Sygn. akt: KIO 905/16

WYROK
z dnia 9 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2016 r. przez wykonawcę **LOMAX PALIWA Sp. z o.o., Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zarząd Komunikacji Sp. z o.o. w Koszalinie,**

przy udziale wykonawcy **LOTOS PALIWA Sp. z o.o., Gdańsk** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **LOMAX PALIWA Sp. z o.o., Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **LOMAX PALIWA Sp. z o.o., Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koszalinie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 905/16

Uzasadnienie

Miejski Zarząd Komunikacji Sp. z o.o. w Koszalinie (dalej: „zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę paliw ciekłych dla Miejskiego Zakładu Komunikacji Sp. z o.o. w Koszalinie oraz Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Koszalinie. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 poz. 2164), zwanej dalej: „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 marca 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2016/S 058-097535.

W dniu 30 maja 2016 r. wykonawca LOMAX PALIWA Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności zamawiającego polegających na braku wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, bezzasadnego uznania, iż odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, wykluczeniu odwołującego z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji odrzuceniu jego oferty oraz wyborze oferty najkorzystniejszej z pominięciem odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 22 ust. 1, 24 ust. 1 i 25 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że zaświadczenie potwierdzające, że produkty będące przedmiotem dostawy odpowiadają określonym normom mieści się w zakresie warunków udziału w postępowaniu,
2) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na niezasadne uznanie, że odwołujący nie spełnił warunków do udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy odwołujący wykazał spełnianie wszystkich warunków udziału w postępowaniu,
3) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu,
4) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego wskutek uznania, że została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania w sytuacji, gdy nie zaistniały przesłanki do wykluczenia odwołującego,

5) art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez wskazanie błędnej podstawy prawnej i faktycznej wykluczenia odwołującego,
6) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów czynności potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego,
7) art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez wskazanie błędnej podstawy prawnej i faktycznej wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty,
8) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt ustawy Pzp poprzez dokonanie interpretacji niejednoznacznych postanowień SIWZ w sposób niekorzystny dla odwołującego i uznanie, że treść oferty nie odpowiada SIWZ,
9) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, oferty złożonej przez LOTOS PALIWA Sp. z o.o., która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą cenowo oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej,
10) ewentualnie w razie ustalenia, iż zaświadczenia pochodzące od pozostałych wykonawców nie zostały sporządzone przez niezależne podmioty - naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 6 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) poprzez dopuszczenie w postępowaniu zaświadczeń, które nie zostały sporządzone przez niezależne podmioty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący stwierdził, że zamawiający bezzasadnie uznał, że odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, co było bezpośrednią przyczyną wykluczenia odwołującego. Odwołujący podniósł, że zamawiający nie sprecyzował ani w punkcie 6.2 SIWZ, ani w późniejszej korespondencji, który konkretnie warunek miałby być wykazany za pomocą przedstawienia świadectwa jakości paliwa posiadanego przez odwołującego akurat w chwili pobrania próbek, powołując się jedynie ogólnikowo na art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. W przekonaniu odwołującego, zaświadczenie potwierdzające, że próbka paliwa pobrana przed upływem terminu składania ofert odpowiada określonym normom nie stanowi spełnienia żadnego z warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Takie zaświadczenie potwierdza tylko i wyłącznie fakt, że w danej chwili przypadającej przed dniem składania ofert dany wykonawca dysponował paliwem spełniającym normy, czego nie sposób, zdaniem odwołującego, przyporządkować do któregokolwiek z punktów wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wywiódł, że

jeśli zaświadczenie potwierdzające, że poddana badaniu próbka paliwa odpowiada określonym normom nie świadczy o spełnieniu któregokolwiek z warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, to nawet w razie braku przedłożenia takiego dokumentu nie sposób uznać, by dany wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w myśl art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym, w ocenie odwołującego, wykluczenie odwołującego i odrzucenie jego oferty na tej podstawie prawnej uznać należy za całkowicie bezzasadne.

Jak zauważył odwołujący, żądanie przedstawienia zaświadczenia potwierdzającego jakość paliwa mogłoby być rozpatrywane jedynie w kontekście art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Odwołujący zwrócił uwagę, że w przepisie tym wyraźnie rozróżniono dokumenty wykazujące spełnienie warunków udziału od spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. Jak wskazał odwołujący, w myśl art. 25 ust. 2 ustawy Pzp rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy określa Prezes Rady Ministrów w drodze rozporządzenia. Analizując zaś treść owego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich

te dokumenty mogą być składane odwołujący zauważył, że w myśl § 6 ust. 1 pkt 2 w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym. Odwołujący zaznaczył, że zaświadczenie dotyczące jakości paliwa nie stanowi spełnienia warunków udziału w przetargu, lecz jest to jedynie dodatkowy dokument, którego może żądać zamawiający zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jak podkreślił odwołujący, również w tym kontekście niedopuszczalny jest zarzut, jakoby odwołujący nie spełnił warunków do udziału w postępowaniu. Zdaniem odwołującego, odwołujący bez cienia wątpliwości przedłożył wszelkie dokumenty wykazujące spełnienie warunków do udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz dokumenty wykazujące brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że ewentualne zarzuty mogłyby być formułowane jedynie w odniesieniu do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez

zamawiającego, co jednak nie mieści się w zakresie warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie, uznać należy, iż odwołujący spełnił warunki do udziału w postępowaniu i nie naruszył wymogów określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i 24 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego, zamawiający mógł jedynie powziąć wątpliwość co do tego, czy odwołujący spełnił pozostałe wymogi SIWZ, tj. czy wykazał, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył, iż jest to jednak inny przypadek niż spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W opinii odwołującego, w sytuacji, gdyby zamawiający powziął wątpliwości co do dokumentu Sprawozdania z badań złożonego w ramach art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, to zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający zobligowany był do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, czego jednak zamawiający nie uczynił. Zamawiający poprzestał na uznaniu, że odwołujący nie dysponował na chwilę składania ofert paliwem spełniającym właściwe normy pomimo tego, że taka okoliczność ze Sprawozdania z badań nie wynika.

Odwołujący podał, że w orzecznictwie wskazuje się, że zamawiający ma obowiązek realizowania procedury wezwania w sposób wyczerpujący, jak również obowiązek całościowej weryfikacji dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, z którymi sprzężony jest obowiązek wezwania do ich uzupełnienia w zakresie, który wynika z kompleksowej oceny. W konsekwencji tego jest możliwe kolejne wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu, jednakże dotyczące innych okoliczności niż uprzednie wezwanie. Mając na uwadze powyższe, odwołujący stwierdził, że ponieważ wcześniej zamawiający nie wzywał odwołującego do wskazania daty pobrania badanych próbek, to w kontekście przytoczonego przepisu i orzecznictwa zobligowany był do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Co istotne, zdaniem odwołującego, powodem wezwania może być zarówno fakt, iż pierwotne wyjaśnienia są niewystarczające, jak i fakt stwierdzenia innych wątpliwości. Odwołujący podkreślił przy tym, że przepisy nie pozostawiają tu zamawiającemu dowolności - art. 26 ust. 4 ustawy Pzp obliguje zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Dodatkowo, zamawiający zobowiązany jest precyzyjnie określić w wezwaniu zakres informacji wymagających wyjaśnienia lub uzupełnienia. Odwołujący zwrócił uwagę, że w wezwaniu z dnia 11 maja 2016 r. zamawiający wezwał wyłącznie do przedłożenia zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że produkty będące przedmiotem dostawy odpowiadają określonym normom. Zamawiający nie żądał żadnych dodatkowych wyjaśnień czy informacji, nie stawiał również żadnych dodatkowych wymogów wobec takiego sprawozdania. Co więcej, poprzednio złożonemu sprawozdaniu zarzucił jedynie brak uwzględnienia wszystkich parametrów wynikających z rozporządzenia

Ministra Gospodarki, a nie brak jakichkolwiek innych informacji (jak choćby brak informacji o dacie pobrania próbki do badań). Odwołujący w tym kontekście przedstawił dokument w pełni zgody z wezwaniem zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze odwołujący stwierdził, że zamawiający bezzasadnie wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że wymagania odnoszące do się do przedmiotu zamówienia (oferowanych dostaw) nie stanowią warunków udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Z tego względu, zdaniem odwołującego, brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia tego przepisu. Odwołujący zwrócił uwagę, że konsekwencją bezpodstawnego uznania, iż odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu i winien zostać wykluczony było odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Przepis ten dotyczy wyłącznie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego, a skoro, jak zaznaczył odwołujący, nie zaistniały przesłanki do wykluczenia odwołującego, to też bezprawne było odrzucenie oferty odwołującego jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego.

Odwołujący podniósł, że to na zamawiającym ciąży obowiązek prawidłowego wskazania podstawy faktycznej i prawnej wykluczenia wykonawcy, czemu w tym przypadku zamawiający nie sprostał. Zamawiający powołał się bowiem tylko i wyłącznie na niespełnienie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu i związane z tym wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Tymczasem, jak wskazał odwołujący, odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, które to warunki wynikają z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji zaś, w ocenie odwołującego, nie zaszły przestanki do wykluczenia odwołującego na postawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający wskazał zarówno błędną podstawę faktyczną wykluczenia (niespełnienie warunków udziału w postępowaniu), jak i podstawę prawną (art. 22 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp). W konsekwencji tych błędów, zamawiający wskazał również błędną podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego - zamawiający w piśmie z dnia 19 maja 2016 r. powołał się na art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj. odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 października 2011 r., zgodnie z którym zamawiający dokonując czynności wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty winien wskazać wszelkie podstawy faktyczne i prawne, na jakich opiera czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty i poinformować o tym wykonawcę w formie pisemnej (lub w innej formie porozumiewania, przewidzianej w SIWZ), o takich podstawach i okolicznościach. Zamawiający nie może w trakcie rozprawy

formułować nowych podstaw wykluczenia wykonawcy, o których nie poinformował wcześniej wykonawcy w sposób przewidziany w ustawie (sygn. akt KIO 2228/11). Tym samym, w ocenie odwołującego, zamawiający nie może w toku postępowania odwoławczego formułować nowej podstawy wykluczenia odwołującego, zaś Izba winna dokonać oceny zasadności wykluczenia odwołującego właśnie w kontekście wskazanego przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, to jest tego, czy odwołujący wykazał spełnienie warunków do udziału w postępowaniu, określonych w art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że przedstawił wszelkie dokumenty wymagane przez SIWZ, w tym przedstawił prawidłowe zaświadczenie potwierdzające, że produkty będące przedmiotem dostawy odpowiadają określonym normom. Odwołujący podał, że składając ofertę załączył Sprawozdanie z badań 9C-793/16 z dnia 21 kwietnia 2016 r. wykonane przez Polcargo International Sp. z o.o. Zamawiający uznał złożony dokument za niewystarczający, bowiem jego zdaniem w sprawozdaniu nie zostały uwzględnione wszystkie parametry wymagań jakościowych dla oleju napędowego. Wobec powyższego, zamawiający pismem z dnia 11 maja 2016 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów poprzez przedłożenie dokumentów uwzględniającego wszystkie parametry z Polskiej Normy i z rozporządzenia Ministra Gospodarki w sprawie wymagań jakościowych dla paliw ciekłych. Ponieważ odwołujący dysponował próbkami paliwa zabezpieczonymi w dniu 6 maja 2016 r., przekazał je w dniu 12 maja 2016 r. do laboratorium Polcargo International Sp. z o.o. w celu ponownego wykonania pełnego badania, zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. Sprawozdanie z badań próbki, potwierdzające, że paliwo spełnia wszystkie normy, odwołujący przekazał zamawiającemu. Mimo tego, zamawiający uznał, iż uzupełniony dokument nie potwierdza spełnienia warunku na dzień otwarcia ofert, tj. na dzień 10 maja 2016 r., gdyż został sporządzony w dniu 16 maja 2016 r. z próbki przyjętej do

badania w dniu 12 maja 2016 r.

Odwołujący zwrócił uwagę, że data przyjęcia próbki do badania w najmniejszym stopniu nie świadczy o tym, że odwołujący nie spełniał warunków udziału w postępowaniu w dniu składania ofert. Decydujący jest bowiem nie moment przekazania próbki czy poddania jej badaniu, lecz moment pobrania próbki. Odwołujący wskazał, że jak wynika z załączonego do odwołania protokołu pobrania próbek, próbki zostały pobrane w dniu 6 maja 2016 r., a następnie przekazane do badania w dniu 12 maja 2016 r., o czym świadczy podpis pracownika Laboratorium przyjmującego próbki. Odwołujący wyjaśnił, że dysponowanie przez odwołującego próbkami pobranymi kilka dni wcześniej nie jest niczym nadzwyczajnym, a wręcz jest stałą praktyką. W wielu umowach zawartych z nabywcami paliwa zastrzeżony jest wymóg pobierania próbek paliwa, które następnie stanowią

podstawę do rozpatrywania ewentualnej reklamacji w razie zastrzeżeń co do jakości paliwa. Próbki te przechowywane są co najmniej do chwili dokonywania kolejnej dostawy na rzecz danego kontrahenta, tj. zazwyczaj ok. 1-2 tygodni. Jeśli w tym okresie pojawią się wątpliwości co do jakości paliwa, próbki są poddawane badaniu w akredytowanym laboratorium. Stąd też odwołujący w momencie otrzymania wezwania do przedłożenia rozszerzonego sprawozdania był w stanie bez problemu przekazać do badania próbki wcześniej zabezpieczone, by następnie przedstawić dokument potwierdzający, że paliwo, którym odwołujący dysponował w chwili składania ofert spełnia wymogi wynikające z PN i z właściwego rozporządzenia (które to wymogi pokrywają się).

Dodatkowo, jak zauważył odwołujący, na prośbę zamawiającego Polcargo International Sp. z o.o. dokonała uzupełnienia złożonego wcześniej sprawozdania z badań nr 9C-984/16 poprzez uzupełnienie opisu próbki. Odwołujący wyjaśnił, że standardowo w tego rodzaju sprawozdaniach wskazuje się jedynie opis próbek polegający na podaniu rodzaju pojemników i ich ewentualnych oznaczeń lub zabezpieczeń. Stąd też sprawozdanie z badań 9C-984/16 zawierało tylko te standardowe informacje, podobnie jak złożone pierwotnie sprawozdanie z badań 9C-793/16, w odniesieniu do którego zamawiający nie zgłaszał zastrzeżeń dotyczących braku wskazania daty pobrania próbki. Odwołujący zaznaczył, że chcąc rozwiać wszelkie wątpliwości w tym zakresie, zwrócił się do Laboratorium o uzupełnienie opisu próbek poprzez wskazanie, na jakiej podstawie zostały przekazane do Laboratorium. W rezultacie opis próbek został uzupełniony poprzez wskazanie, iż są to te same próbki, które zgodnie z protokołem pobrania próbek zostały pobrane w dniu 6 maja 2016 r. i przekazane do badania w dniu 12 maja 2016 r. Tym samym, w opinii odwołującego, nie ma żadnych wątpliwości co do tego, że w dniu składania ofert, tj. 10 maja 2016 r., paliwo dostarczane przez odwołującego spełniało wymagania jakościowe. Jakość paliwa była identyczna zarówno w dniu pobrania próbki, tj. 6 maja 2016 r., w dniu składania ofert, tj. 10 maja 2016 r., jak i w dniu badania, tj. 16 maja 2016 r., bowiem zabezpieczona próbka paliwa nie zmienia swych właściwości. Odwołujący zwrócił również uwagę, że dopuszczalne jest złożenie dokumentu wystawionego dopiero w następstwie wezwania przez zamawiającego, o ile warunek udziału przetargu spełniony był także w chwili upływania terminu do składania ofert. Odwołujący dodał, że jeśli zamawiający miał wątpliwości co do tego, czy próbka została pobrana przed upływem terminu składania ofert (dla odwołującego było to bowiem oczywiste, a wobec braku takiego żądania ze strony zamawiającego, przedłożył tylko i wyłącznie dokument wskazany w wezwaniu z dnia 11 maja 2016 r.) to miał prawo zwrócić się do odwołującego o złożenie wyjaśnień w tym zakresie.

Odwołujący podkreślił, że w piśmie z dnia 11 maja 2016 r. zamawiający wskazał

jedynie, iż wzywa do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust 1 ustawy Pzp, tj. zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że produkty będące przedmiotem dostawy odpowiadają określonym normom. Odwołujący bezsprzecznie taki wymóg spełnił, albowiem przedłożył sprawozdanie z badań, które jednoznacznie potwierdza, iż oferowane przez niego paliwo spełnia wszelkie normy. Jak wskazał odwołujący, zamawiający nie wymagał złożenia dodatkowych wyjaśnień czy podania dodatkowych informacji. Jedynym wymogiem było to, by zaświadczenie z badań wskazywało na spełnienie przez paliwo określonych norm, a temu

wymogowi przedłożone sprawozdanie z badań sprostało. W tym kontekście, zdaniem odwołującego, jeśli zamawiający uznawał, że potrzebne mu są jeszcze dodatkowe informacje (jak choćby informacja o dacie pobrania próbki), mógł zwrócić się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień. Odwołujący, jak zaznaczył, nie mógł zakładać, że zamawiający poweźmie w tym zakresie wątpliwości, skoro w przypadku poprzednio złożonego sprawozdania z badań 9C-793/16 takich zastrzeżeń nie zgłaszał, tj. nie domagał się od odwołującego wskazania, kiedy została pobrana próbka przekazana do badań.

Odwołujący zwrócił również uwagę na nieprecyzyjność samej specyfikacji, za którą odpowiedzialności nie może ponosić odwołujący. Zamawiający wskazał bowiem, iż wykonawcy mają dostarczyć zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że produkty będące przedmiotem dostawy odpowiadają określonym normom. W zapisie tym brak jest wskazania, jakim konkretnie normom paliwo ma odpowiadać. Zamawiający określając powyższy warunek nie odniósł się ani do Polskiej Normy, ani do załącznika do rozporządzenia Ministra Gospodarki w sprawie wymagań jakościowych dla paliw ciekłych, przy tym sam załącznik do rozporządzenia zawiera 19 parametrów, dla których ustalono normy. Zamawiający nie określił, czy oczekuje przedłożenia zaświadczenia dotyczącego wszystkich parametrów zawartych w rozporządzeniu, czy może tylko niektórych.

Zdaniem odwołującego, posłużenie się pojęciem „określonym normom" oznacza, że zamawiający winien był te normy określić, choćby poprzez odwołanie się do Polskiej Normy czy rozporządzenia. Bardziej precyzyjne byłoby choćby posłużenie się pojęciem „właściwych przepisów", bowiem właściwymi przepisami w tym zakresie są przepisy rozporządzenia. Tymczasem zamawiający poprzestał na wskazaniu, że zaświadczenie ma dotyczyć określonych norm, jednocześnie nie określając tychże norm w żaden sposób. Jak zauważył odwołujący, zamawiający wskazał wprawdzie w punkcie 3.3. SIWZ, że dostarczane paliwa muszą spełniać wymagania aktualnie obowiązujących Polskich Norm oraz wymagania określone w rozporządzeniu. W tym punkcie SIWZ zamawiający doprecyzował także, iż parametry techniczne i chemiczne dostarczanych paliw nie mogą być gorsze niż określone

w załącznikach do powołanego rozporządzenia. Zamawiający zastrzegł również w punkcie 3.4.1. SIWZ, że z każdą dostawą ma być przedłożone świadectwo jakości. Jednakże opisane powyżej wymogi dotyczą już etapu realizacji umowy, a nie etapu składania i oceny ofert i tylko w tym kontekście mogą podlegać ocenie.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że konstruując wykaz dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy zamawiający nie doprecyzował, spełnienie jakich norm ma wynikać z żądanego zaświadczenia (tzn. wbrew treści punktu 6.2.f SIWZ nie określił tych norm), a jak wynika z orzecznictwa, wszelkie niejasne, nieprecyzyjne wymogi SIWZ nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawcy w postępowaniu, a więc przede wszystkim nie mogą prowadzić do odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Jak stwierdził odwołujący, nie był on zobligowany do samodzielnego dokonywania jakiejkolwiek wykładni SIWZ. Odwołujący podkreślił, że intencje zamawiającego nie mogą przesądzać o treści i zakresie wymogów stawianych wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji stanowić podstawy dla oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym, w ocenie odwołującego, wobec braku precyzyjnego wskazania, jakie normy mają być objęte żądanym zaświadczeniem, odwołujący uprawniony był do przedłożenia zaświadczenia wskazującego na spełnienie dowolnie wybranych norm, które uznał za celowe i istotne w warunkach niniejszego postępowania. Odwołujący podał, że składając wraz z ofertą sprawozdanie z badań 9C-793/16 oparł się na typowych, powszechnie badanych parametrach, niezbędnych dla prawidłowego działania pojazdów zasilanych danym paliwem. Skoro bowiem przedmiotem zamówienia są paliwa ciekłe (olej napędowy i benzyna), to dla prawidłowości realizacji zamówienia istotne są tylko te normy, które mają wpływ na działanie pojazdów. Pozostałe parametry paliwa, które mogą zostać zbadane, nie mają wpływu na prawidłowe działanie pojazdu, a tym samym nie mają znaczenia dla celu zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że jak wynika z treści pierwotnie złożonego sprawozdania 9C-793/16 z dnia 21 kwietnia 2016 r., w zakresie zbadanych parametrów próbka paliwa spełnia wymagania rozporządzenia Ministra Gospodarki w sprawie wymagań jakościowych dla paliw ciekłych. Tym samym należałoby uznać, iż już w momencie złożenia oferty odwołujący przedłożył wszystkie dokumenty określone w SIWZ. Bez wątpienia bowiem

odwołujący przedłożył zaświadczenie potwierdzające, że produkty będące przedmiotem dostawy odpowiadają określonym normom (tj. tym normom, które zostały uwzględnione w badaniu). Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym jeśli w treści warunku występują niejasności lub jakakolwiek niejednoznaczność, to zawsze należy przyjąć interpretację korzystniejszą dla wykonawców, tj. interpretację powodującą większą konkurencyjność postępowania. Odwołujący wskazał na analogiczne

stanowisko prezentowane w doktrynie, gdzie wskazuje się, iż istotne przy tym jest, żeby określając wymóg dotyczący dokumentu przedmiotowego, zamawiający określił szczegółowo, jakie aspekty, parametry przedmiotu zamówienia dokument ten powinien potwierdzać. W ocenie odwołującego, powyższemu wymogowi zamawiający nie sprostał, bowiem poprzestał na wskazaniu, że produkty mają odpowiadać „określonym normom", bez jednoczesnego określenia tych norm lub choćby doprecyzowania, co przez owe określone normy rozumie. W konsekwencji, zdaniem odwołującego, uznać należy, iż zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność co do tego, do jakich norm się odniosą. Odwołujący zaznaczył przy tym, że niedopuszczalne jest precyzowanie niejasnych zapisów SIWZ na etapie oceny ofert.

Odwołujący zwrócił również uwagę na drugą nieścisłość płynącą w punktu 6.2.f SIWZ. Wskazał, że według zamawiającego, zaświadczenie ma potwierdzać, że produkty będące przedmiotem dostawy odpowiadają określonym normom. Takie sformułowanie sugeruje, zdaniem odwołującego, że każdy z wykonawców uczestniczących w postępowaniu już w chwili przystępowania do przetargu winien mieć zabezpieczoną w zbiornikach całą ilość paliwa, którą miałby dostarczyć zamawiającemu w toku realizacji umowy (w razie gdyby jego oferta została uznana za najkorzystniejszą), a także winien poddać badaniu próbę paliwa z tej konkretnej dostawy. Następnie w toku realizacji umowy wykonawca winien dostarczać zamawiającemu tylko i wyłącznie paliwo pochodzące z tej zabezpieczonej partii. Tylko w takim bowiem hipotetycznym przypadku, jak wskazał odwołujący, przedstawione zaświadczenie faktycznie wykazywałoby, że produkt będący przedmiotem dostawy spełnia normy. O tym, że taka hipotetyczna sytuacja nigdy nie ma miejsca w rzeczywistości wie także zamawiający i właśnie z tego względu w punkcie 3.4.1. SIWZ wskazał wymóg dostarczania świadectwa jakości wraz z każdą dostawą. Po pierwsze bowiem żaden dostawca nie przechowuje przez cały rok konkretnej dostawy obejmującej ponad 6.500 m3 paliw. Jest to niemożliwe ze względu na ograniczoną pojemność magazynową i jednocześnie konieczność zapewnienia ciągłości dostaw na rzecz innych podmiotów, z którymi wykonawcy współpracują. Dodatkowo, uwzględniając fakt, iż każdy w uczestników postępowania musiałby mieć zabezpieczone takie zapasy, to w tym konkretnym przypadku ilość zapasów rośnie trzykrotnie. Odwołujący zaznaczył, że paliwa są towarem podlegającym ciągłemu obrotowi, tzn. paliwo zakupione jest dość szybko odsprzedawane, a następnie zamawiane są kolejne dostawy odpowiadające zapotrzebowaniu kontrahentów. Tylko w taki sposób można zapewnić płynność obrotu i efektywne wykorzystanie ograniczonych pojemności magazynowych, czego świadomość ma też zamawiający. Po drugie, paliwa ciekłe nie są produktem, który ma stałe, przy każdej dostawie takie same parametry. Każda dostawa charakteryzuje się różnymi wartościami poszczególnych parametrów, wciąż

mieszczącymi się w przedziałach określonych właściwymi przepisami. Co więcej, jak podał odwołujący, nawet w ramach jednej partii paliwa owe parametry mogą się różnić, w zależności od tego, czy próbka zostanie pobrana z góry, czy z dołu zbiornika. Stąd też przedstawienie pozytywnego wyniku badania próbki pobranej przez terminem składania ofert nie będzie stanowiło dowodu na okoliczność, że produkty będące przedmiotem dostawy odpowiadają określonym normom. Taki wynik badania potwierdzi tylko i wyłącznie to, że parta paliwa, która w danym dniu znajdowała się w dyspozycji wykonawcy, spełniała wymogi określone w załączniku do rozporządzenia. Jeśli świadectwo jakości datowane jest na kwiecień lub nawet na pierwsze dni maja, to i tak w ostatnim dniu składania ofert, tj. 10 maja 2016 r., żaden z wykonawców już tego przebadanego wcześniej paliwa nie miał. W istocie zatem przedłożenie zaświadczenia, o którym mowa w punkcie 6.2.f SIWZ nie ma najmniejszego znaczenia dla prawidłowej realizacji umowy, albowiem nie świadczy o tym, że

dostarczany produkt będzie należytej jakości. Celowe jest jedynie żądanie zawarte w punkcie 3.4.1. SIWZ dotyczące konieczności posiadania przez każdą dostawę świadectwa jakości. Tylko w ten sposób można bowiem weryfikować, czy dostarczany produkt spełnia normy wynikające z Polskiej Normy i załącznika do rozporządzenia Ministra Gospodarki. W związku z powyższym, w ocenie odwołującego, przedstawienie dokumentu w pełni zgodnego z jakże nieprecyzyjnym zapisem punktu 6.2.f SIWZ jest niemożliwe.

W kontekście poczynionych powyżej uwag o braku przydatności takiego świadectwa jakości odwołujący wskazał, że „praktyka stosowania Pzp jak i analiza orzecznictwa pozwalają na wyodrębnienie jeszcze jednej kategorii dokumentów o charakterze „przedmiotowym", które pojawiają się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Zdarza się, że zamawiający w siwz kreują kategorię dokumentów fakultatywnych iub poglądowych (por. wyr. KIO z 27.7.2011 r., KIO 1510/11, Legalis). Czasem taki status dokument może uzyskać dopiero na etapie postępowania w wyniku wykładni dokonanej przez wykonawców lub KIO z uwagi na jego wadliwe opisanie w siwz. Na taką możliwość zwróciła uwagę KIO w wyr. z 12.12.2013 r. (KIO 2771/13, Legalis), gdzie stwierdzono, że jednemu z wymienionych w siwz dokumentów nie została przypisana jakakolwiek funkcja, nie zawierał także żadnych informacji mających wpływ na realizację zamówienia. Tym samym Izba zakwalifikowała ten dokument jako dokument jedynie poglądowy, którego niezłożenie wraz z ofertą nie może być podstawą do odrzucenia oferty. W uzasadnieniu powyższego wyroku Izba wskazała, że "aby możliwe było odrzucenie oferty z powodu jej niezgodności z treścią siwz, niezbędne jest w sposób niebudzący wątpliwości wykazanie, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom.". W ocenie odwołującego, należałoby rozważyć, czy przedłożenie zaświadczenia

wskazującego na jakość badanej próbki paliwa nie winno być rozpatrywane właśnie jako żądanie przedłożenia dokumentu poglądowego. Bez wątpienia bowiem takie świadectwo nie ma wpływu na prawidłową realizację umowy, gdyż nie stanowi gwarancji, że przyszłe dostawy również będą spełniały normy. Konsekwencją uznania zaświadczenia za dokument poglądowy musiałoby być uznanie, że niezłożenie takiego dokumentu nie może skutkować odrzuceniem oferty.

Odwołujący z daleko posuniętej ostrożności wskazał ponadto, iż analizie winno być poddane również to, czy zaświadczenia, o których mowa w punkcie 6.2.f SIWZ przedłożone przez pozostałych wykonawców spełniają wymóg wynikający z § 6 ust. 1 pkt 2 rozporządzania w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Odwołujący zauważył, że z powołanego przepisu wynika, iż w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym. Odwołujący podniósł, że w dotychczasowej działalności spotykał w przypadku pozostałych dwóch wykonawców, tj. Lotos Paliwa Sp. z o.o. i Orlen Paliwa Sp. z o.o. wyłącznie świadectwa jakości sporządzane przez laboratoria albo należące bezpośrednio do tych podmiotów, albo do spółek powiązanych. Tymczasem ustawodawca wymaga, aby zaświadczenia wskazane w § 6 ust. 1 pkt 2-4 rozporządzenia były wydawane przez niezależny podmiot. Takie sformułowanie dyskwalifikuje, zdaniem odwołującego, możliwość uznania za zaświadczenie jakikolwiek dokument własny wykonawcy. Trudności może rodzić natomiast ocena, czy wystawca dokumentu będący podmiotem zewnętrznym od wykonawcy jest również podmiotem niezależnym. Odwołujący wskazał, że stanowisko w tym przedmiocie zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 370/15), rozstrzygając spór, od kogo dokładnie może pochodzić raport zawierający wyniki badań prowadzonych przez jednostkę niezależną. Izba uznała wówczas, że autorem zaświadczenia ma być podmiot niezależny, a nie producent, czy dostawca zainteresowany wynikiem postępowania.

Odwołujący wyjaśnił, że w związku z faktem, iż w terminie do złożenia odwołania były tylko 3 dni robocze, odwołujący nie zdążył zweryfikować tego, od kogo pochodziły zaświadczenia przedłożone przez pozostałych wykonawców. Jeśli jednak nie spełniały

wymogu wydania przez podmiot niezależny, to także w przypadku pozostałych wykonawców zamawiający winien był zastosować procedurę przewidzianą w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a w razie braku przedłożenia prawidłowego dokumentu - oferty te winny zostać odrzucone

13

---

jako niespełniające warunków określonych w SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
1) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
2) unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania odwołującego i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą,
3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym:
a. uzupełnienia czynności wezwania odwołującego do wyjaśnienia, kiedy została pobrana próbka paliwa przekazana do badania w dniu 12 maja 2016 r.,
b. ewentualnie w razie stwierdzenia, iż pozostali wykonawcy nie przedłożyli zaświadczeń, o których mowa w punkcie 6.2.f SIWZ pochodzących od niezależnych podmiotów - wezwania ich do uzupełnienia dokumentów,
c. dokonania powtórnej oceny złożonych dokumentów i wyjaśnień z uwzględnieniem obowiązku interpretowania niejasnych zapisów SIWZ na korzyść wykonawców,
4) ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego,
5) ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca LOTOS PALIWA Sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez odwołującego, treść wezwania wystosowanego przez zamawiającego w dniu 11 maja 2016 r. do odwołującego, treść odpowiedzi odwołującego z dnia 16 maja 2016 r., treść informacji o wynikach oceny ofert z dnia 19 maja 2016 r., oraz dokumenty wskazane w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

14

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Izba ustaliła, że sporny dokument w postaci zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że produkty będące przedmiotem dostawy odpowiadają określonym normom został wskazany przez zamawiającego w pkt 6.2. lit. f) SIWZ jako dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Odpowiadający temu dokumentowi warunek został wskazany w pkt 5.1.2.2. SIWZ jako: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, których produkty będące przedmiotem zamówienia odpowiadają normom określonym w pkt 3.3. SIWZ". W pkt 3.3. SIWZ zamawiający postawił wymaganie, aby dostarczane paliwa spełniały wymagania aktualnie obowiązujących Polskich Norm:

a. olej napędowy PN-EN 590

b. benzyna bezołowiowa Pb 95 PN-EN 228
c. benzyna bezołowiowa Pb 98 PN-EN 228
oraz spełniały wymagania jakościowe dla benzyn silnikowych i olejów napędowych określone w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 9 października 2015 r. w sprawie wymagań jakościowych dla paliw ciekłych (Dz. U. 2015, poz. 1680). Zamawiający zastrzegł również, że parametry techniczne i chemiczne dostarczanych paliw nie mogą być gorsze niż określone w załącznikach do przywołanego wyżej rozporządzenia. Dostarczane paliwo musiało też być zgodne z dniu dostawy z aktualnie obowiązującymi przepisami w tym zakresie.

Izba stwierdziła, że zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzające, że produkty będące przedmiotem dostawy odpowiadają określonym normom nie stanowi dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ale,

---

jako że dotyczy wymagań jakościowych dla przedmiotu zamówienia, stanowi dokument potwierdzający, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Powyższe zostało przyznane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Izba uznała jednak, że niewłaściwe przyporządkowanie tego dokumentu przez zamawiającego w treści SIWZ samo w sobie nie wpływa na sytuację odwołującego w postępowaniu. Wymaganie zamawiającego nie zostało zakwestionowane przez wykonawców na właściwym etapie postępowania i pozostaje aktualne. Z uwagi jednak na niewłaściwe umiejscowienie przedmiotowego dokumentu w treści SIWZ należy uznać, iż skutkiem niezłożenia przez wykonawcę spornego dokumentu bądź złożenia dokumentu niepotwierdzającego wymagań zamawiającego, powinno być nie wykluczenie wykonawcy z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Izba nie zgodziła się z odwołującym, który stwierdził, że w SIWZ nie wskazano, jakim normom ma odpowiadać paliwo. W pkt 6.2. lit. f SIWZ zamawiający wymagał zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że produkty będące przedmiotem dostawy odpowiadają określonym normom, zaś w pkt 5.1.2.2. SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, których produkty będące przedmiotem zamówienia odpowiadają normom określonym w pkt 3.3. SIWZ, gdzie z kolei normy te zostały wskazane wprost, o czym mowa powyżej. W ocenie Izby, wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie nie mogli mieć wątpliwości co do tego, których norm dotyczyło wymaganie zamawiającego. Wątpliwości w tym zakresie nie mieli również inni wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie, a także odwołujący, który na wezwanie zamawiającego złożył prawidłowe pod tym względem sprawozdanie, nie kwestionując wymagania uwzględnienia w sprawozdaniu wszystkich parametrów wymagań jakościowych dla oleju napędowego zgodnie z załącznikiem nr 3 do rozporządzenia w sprawie wymagań jakościowych dla paliw ciekłych. Wobec powyższego, Izba stwierdziła, że ocena przez zamawiającego pierwotnie złożonego przez odwołującego Sprawozdania z badań paliwa 9C-793/16, które odnosiło się jedynie do 9 parametrów oleju napędowego, była prawidłowa.

Izba zważyła, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego uzupełnione na wezwanie zamawiającego powinny potwierdzać spełnianie wymagań nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Nie ulega zatem wątpliwości, że uzupełnione na wezwanie zamawiającego sprawozdanie z badań powinno być zgodne z ww. normą. Tymczasem złożone przez odwołującego wraz z pismem z dnia 16 maja 2016 r.

Sprawozdanie z badań 9C-984/16 wskazuje na dzień 12 maja 2016 r. jako datę przyjęcia próbki, oraz na dzień 16 maja 2016 r., jako na dzień zakończenia badań. Zważywszy na okoliczność, iż termin na składanie ofert upłynął w dniu 10 maja 2016 r. (pkt 7 ppkt 2 Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego), Izba stwierdziła, że zawarty w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wymóg nie został przez odwołującego dochowany.

Nie znalazło potwierdzenia w przedmiotowym stanie faktycznym twierdzenie odwołującego, iż zamawiający zobowiązany był do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień. Obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnień wynikający z art. 26 ust. 4 ustawy

Pzp aktualizuje się bowiem w sytuacji, gdy złożone oświadczenia lub dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego. Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego, iż brak było podstaw do powzięcia wątpliwości co do treści złożonego przez odwołującego na wezwanie do uzupełnienia dokumentów sprawozdania z badań. Tym samym, nie zachodziły podstawy do zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Co więcej, Izba zważyła, że wykonawca zobowiązany jest do wykazania, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego przy pomocy żądanych przez zamawiającego dokumentów. To z ich treści, nie zaś z oświadczeń wykonawcy, powinny wynikać wszelkie okoliczności wymagane w treści SIWZ, jak też fakt spełniania wymagań zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Izba zgodziła się również z zamawiającym co do tego, że wobec braku w treści SIWZ wymagania wskazania w sprawozdaniu z badań daty pobrania próbek, nie można stawiać zamawiającemu zarzutu, iż nie wezwał odwołującego do wskazania tej daty. To odwołujący zobowiązany był wykazać należytą staranność przy wykazaniu zamawiającemu spełniania sporego wymagania.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że wskazana przez zamawiającego w piśmie z dnia 19 maja 2016 r. podstawa wykluczenia odwołującego z postępowania nie była prawidłowa. Izba ustaliła jednak, że wskazana przez zamawiającego podstawa faktyczna odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego w postaci nie uwzględnienia w pierwotnym sprawozdaniu z badań wszystkich parametrów wymagań jakościowych dla oleju napędowego postawionych przez zamawiającego oraz nie potwierdzenia w uzupełnionym sprawozdaniu z badań spełniania wymagań na dzień składania ofert, pozostała aktualna. Mając zatem na względzie dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba stwierdziła, że przywołana przez zamawiającego w piśmie z dnia 19 maja 2016 r. nieprawidłowa podstawa prawna pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, bowiem oferta odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ nie może zostać przywrócona do postępowania.

Izba pozostawiła bez rozpoznania przypuszczenia odwołującego odnoszące się do treści sprawozdań z badań złożonych przez pozostałych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Izba wzięła pod uwagę okoliczność, iż nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Izba stwierdziła zaś, że odwołujący nie sformułował zarzutów co do treści złożonych przez innych wykonawców sprawozdań z badań. Wskazać należy, że dla podniesienia zarzutu konieczne jest wskazanie w odwołaniu nie tylko podstawy prawnej naruszenia, ale przede wszystkim okoliczności faktycznych związanych z określonym zaniechaniem zamawiającego czy też bezprawną czynnością. Odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” (sygn. akt X Ga 110/09). Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r.: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (…) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu

toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.” (sygn. akt I Ca 117/12). W przedmiotowej sprawie odwołujący nie wskazał żadnych sprecyzowanych faktów, nie odniósł się do konkretnych informacji, postanowień sprawozdań z badań złożonych przez innych wykonawców. Co więcej, jak wynika z treści odwołania, odwołujący nie zapoznał się z treścią sprawozdań złożonych przez innych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu pozostawiając Izbie samodzielnej ich badanie i ocenę. Niezależnie od powyższego, Izba

stwierdziła, że ewentualne zarzuty w ww. zakresie i ich uwzględnienie pozostawałoby bez wpływu na sytuację odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, bowiem to cena zaoferowana przez odwołującego jest najkorzystniejsza, stąd w przypadku przywrócenia odwołującego do postępowania to jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Hipotetyczne uchybienia w ofertach pozostałych wykonawców nie wpłynęłyby na sytuację odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……