

WYROK
z dnia 13 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2014 r. przez Odwołującego – Silesia Oil Sp. z o.o., ul. Wapienna 2, 43-174 Łaziska Górne, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój

przy udziale Wykonawcy – FUCHS OIL CORPORATION (PL) Sp. z o.o., ul. Kujawska 102, 44-101 Gliwice zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 112/14 po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąga Odwołującego - Silesia Oil Sp. z o.o., ul. Wapienna 2, 43-174 Łaziska Górne, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Silesia Oil Sp. z o.o., ul. Wapienna 2, 43-174 Łaziska Górne, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego - Silesia Oil Sp. z o.o., ul. Wapienna 2, 43-174 Łaziska Górne na rzecz Zamawiającego - Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój, kwotę 3.867 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz zwrotu kosztów dojazdu.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:.....

2

Uzasadnienie

Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Towarowa 1, 44 - 330 Jastrzębie-Zdrój wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę dla kopalń JSW S.A. środków smarnych do maszyn i urządzeń w łącznej ilości 72 257,755 kg z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy (nr sprawy 37/P/DZZ/14).

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 listopada 2013 r. pod numerem ogłoszenia 395669-2013 (2013/S 227- 395669).

W dniu 13 stycznia 2014 r. Odwołujący: Silesia Oil sp. z o.o., ul. Wapienna 2, 43 - 174 Łaziska Górne otrzymał zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej.

Nie zgadzając się z zaproszeniem do udziału w przedmiotowej aukcji elektronicznej dwóch innych wykonawców konkurencyjnych Odwołujący w dniu 23 stycznia 2014r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na:

1. Zaniechanie odrzucenia ofert, których treść nie odpowiada treści specyfikacji Istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: SIWZ), dla zadania 1, w postępowaniu o numerze 37/P/DZZ/14.

2. Przeprowadzenie aukcji elektronicznej w trybie art. 91 a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej ustawą Pzp, dla zadania 1, w postępowaniu o numerze 37/P/DZZ/14.

W swoim odwołaniu zgłosił:

1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie ofert, których treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych Warunków zamówienia, dla zadania 1, w postępowaniu o numerze 37/P/DZZ/14,

2. Zarzut naruszenia art. 91 a ustawy Pzp poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców, których oferty powinny podlegać odrzuceniu i przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w sytuacji, gdy w postępowaniu nie zostały złożone, co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu, dla zadania 1, w postępowaniu o numerze 37/P/DZZ/14.

3

Jednocześnie Odwołujący wnosil o:

1. Nakazanie wykonania Zamawiającemu czynności polegającej na odrzuceniu ofert, których treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które zostały złożone do zadania 1 - Smary do łożysk tocznych AVIALITH KOP EP-2 lub równoważne (pakiet 3 pozycje) w łącznej ilości 50 660,50 kg, w postępowaniu o numerze 37/P/DZZ/14 - przez wykonawców: Orlen Oil sp. z o.o. i Fuchs Oil Corporation (PL) sp. z o.o.,

2. Unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w trybie art. 91a, dla zadania 1, w postępowaniu o numerze 37/P/DZZ/14.

Odwołujący twierdził, że posiada interes w wniesieniu odwołania od wskazanych wyżej czynności i Zamawiającego, gdy przez nieodrzućenie ofert zaniechania podlegających odrzuceniu i dopuszczenie do udziału w postępowaniu w formie aukcji elektronicznej wykonawców, których oferty nie spełniały wymagań przewidzianych w specyfikacji, Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu zawarcie umowy.

Jednocześnie wskazywał, że w przypadku odrzucenia ofert, oferta Odwołującego byłaby jedyną ofertą, której treść odpowiada wymaganiom specyfikacji.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy dla kopalń JSW S.A. środków smarnych do maszyn i urządzeń w łącznej ilości 72 257,755 kg z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, wskazał, że Zamawiający określił 12 zadań, z czego zadanie 1 miało dotyczyć dostawy smarów do łożysk tocznych AVIALITH KOP EP-2 lub równoważne (pakiet 3 pozycje) w łącznej ilości 50 660,50 kg, a do zadania 1 oferty złożono trzech wykonawców, w tym Odwołujący.

W dalszej części odwołania zwrócił uwagę, że załączniku nr 1 do SIWZ - Specyfikacji technicznej - w pkt 2.5. Zamawiający wskazał, że „W przypadku złożenia oferty dostawy produktu równoważnego Wykonawca musi załączyć do oferty dokumenty potwierdzające, że oferowane produkty posiadają parametry techniczne, co najmniej nie gorsze niż produkty wymienione w specyfikacji.”.

Zauważył, że wyżej dla zadania 1 specyfikacja przewidywała smary do łożysk

Według Odwołującego z analizy specyfikacji technicznej wynika, że parametry techniczne smarów równoważnych nie mogą być gorsze niż parametry techniczne smaru AVIALITH KOP EP-2.

W ocenie Odwołującego oferty do zadania 1 złożone przez Orlen Oil sp. z o.o. i Fuchs Oil Corporation (PL) sp. z o.o., były niezgodne z wymaganiami technicznymi, tj. nie były smarami równoważnymi, gdy ich parametry były gorsze od parametrów smaru AVIALITH KOP EP-2. Parametry dla każdego z zaoferowanych produktów przedstawiały się następująco:

OFERENT SILESIA OIL Sp. z o.o.	ORLEN OIL Sp. z o.o.	FUSCH OIL
	o.o. CORPORATIO	N
		(PL) Sp. z o.o.
NAZWA SMARU	AVIALITH KOP LITEN LC EP 2	RENOLIT CEP
	EP 2	
WYMAGANIA		

Penetracja po ugniataniu ≥ 275 278 285
w temp. 25° 1/10 mm C,

Temperatura kroplenia 245 241 185
° nie niższa niż C.

Zakres temperatury -35 do 160 - 35 do 160 - 25 do 130
pracy

° C Specyfikacje i normy: DIN 51825: KP2P-35: ISO 6743/9:L-X- BRAK
ISO 6743/9:2003:L- CDEHB2
XCEEB2
PN-72/C-96134

Według Odwołującego z powyższego zestawienia wynika, że zaoferowane przez Orlen Oil sp. z o.o. i Fuchs Oil Corporation (PL) sp. z o.o. smary nie są równoważne w stosunku do smaru AVIALITH KOP EP-2, a ich parametry są gorsze, a tym samym nie spełniają one wymagań technicznych opisanych w załączniku nr 1 do SIWZ, a co za tym idzie oferta złożona przez ww. Wykonawców do zadania 1 jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych wymagań zamówienia i powinna podlegać odrzuceniu.

Na poparcie ww. okoliczności Odwołujący przedłożył i powołał się na następujące dowody:

- a. Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu o numerze 37/P/DZZ/14,
- b. Załącznik nr 1 do SIWZ w postępowaniu o numerze 37/P/DZZ/14,
- c. Kopia karty technicznej smaru AVIALITH KOP EP-2,
- d. Kopia karty technicznej smaru LITEN LC EP 2,
- e. Kopia karty technicznej smaru RENOLIT CEP 2.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 91a ustawy Pzp wskazał, że oceny ofert z zastosowaniem aukcji można dokonać jedynie w sytuacji, gdy w postępowaniu złożono, co najmniej trzy oferty, co oznacza to, że w postępowaniu, w którym złożono jedną albo dwie oferty, pomimo zaistnienia wszystkich pozytywnych przesłanek wskazanych powyżej, w tym zapowiedzi aukcji w ogłoszeniu o zamówieniu, Zamawiający nie będzie uprawniony do zastosowania aukcji elektronicznej.

Zdaniem Odwołującego oferty dwóch wykonawców powinny być odrzucone, co w

efekcie unieemo liwiloby przeprowadzenie aukcji elektronicznej.

Pismem z dnia 27 stycznia 2014r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Fuchs Oil Corporation sp. z o.o., zwanego dalej Przystępującym bądź uczestnikiem.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zwa yła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), oferty Przystępującego oraz oferty wykonawcy: Orlen Oil sp. z o.o., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 7 lutego 2014r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 7 lutego 2014r., jak również na podstawie zło onych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

6

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91a ustawy Pzp.

Istotnymi zagadnieniami wymagającymi rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy treść ofert zło onych przez Przystępującego oraz przez wykonawcę: Orlen Oil sp. z o.o. odpowiadała treści SIWZ.

Izba, po przeanalizowaniu całości zebranego w sprawie materiału dowodowego nie podzieliła stanowiska Odwołującego o występowaniu sprzeczności treści zło onych przez Przystępującego oraz przez wykonawcę: Orlen Oil sp. z o.o. ofert z treścią SIWZ, skutkującej obowiązkiem odrzucenia tych ofert na zasadzie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, e Zamawiający w pkt 2.5. załącznika nr 1 do SIWZ - Specyfikacja Techniczna – wymagał od wykonawców w przypadku zło enia oferty dostawy produktu równowa nego załączenia do oferty dokumentów potwierdzających, e oferowane produkty posiadają parametry techniczne, co najmniej nie gorsze ni produkty wymienione w specyfikacji.

Nadto w pkt 1.1 załącznika nr 1 do SIWZ – Specyfikacja Techniczna dotyczącego wymaganych Warunków techniczno – u tkowych przedmiotu zamówienia obejmujących wszystkie części zamówienia Zamawiający ądał od wykonawców, aby środki smarne były ujęte w klasyfikacji NLGI lub równowa nej, oraz powinny spełniać wymagania normy ISO 6743 lub równowa nej.

Jednocześnie Izba stwierdziła, e Zamawiający nie określił w SIWZ jakiegokolwiek szczegółowego parametru technicznego, oprócz odwołania się do powy szej normy lub normy równowa nej.

W pkt.2 tego załącznika Zamawiający określił również wykaz dokumentów składanych wraz z ofertą:

- 2.1. Informacja o produkcie (karta techniczna),
- 2.2. Karta charakterystyki produktu,
- 2.3. Oświadczenie wykonawcy, e oferowany wyrób spełnia wymagania prawa polskiego i Unii Europejskiej w zakresie wprowadzenia na rynek.

Natomiast w załączniku nr 1 do formularza ofertowego zadanie 1 Zamawiający opisał pakiet 1 w 3 pozycjach wskazując wymaganą wagę smaru do ł oysk tocznych Avialith KOP EP-2 lub równowa nego. W załączniku tym przewidziana była również rubryka do wpisania

7

wykonania równowa nego/producenta.

Izba stwierdziła, że wykonawca Orlen Oil sp. z o.o. na stronie 24 swojej oferty, a Przystępujący na stronach 39 i 40 oferty przedłożył charakterystyki ogólne i informacje techniczne zaoferowanych produktów, przez co spełnili wymagania określone w pkt. 2 cyt. w jej załączniku nr 1 do SIWZ.

Z powołanego w jej opisie przedmiotu zamówienia nie ma – według zapatrywania Izby - wyprowadzić wniosku o istnieniu sprzeczności treści powyższych ofert z treścią SIWZ.

Zdaniem Izby Zamawiający wymagał jedynie spełniania przez zaoferowany produkt warunku klasyfikacji NLGI lub równoważnej, oraz spełniania wymagań normy ISO 6743 lub równoważnej (pkt. 1.1) oraz innych wymagań, o których mowa w punktach od 1.2 do 1.7.

Wśród tych wymagań nie było wskazanych przez Zamawiającego szczegółowych parametrów technicznych czy tej informacji, że w zakresie tych parametrów należy opierać się na kartach technicznych Odwołującego.

Dodatkowo na rozprawie pełnomocnicy Odwołującego oświadczyli, że zarzuty odwołania nie dotyczą norm, wobec czego Izba przyjęła, że produkty zaoferowane przez wykonawców spełniają wymagania normy ISO 6743 lub równoważnej, zgodnie z treścią SIWZ.

Pozostała, zatem do rozstrzygnięcia kwestia czy oferowane produkty posiadają parametry techniczne, co najmniej nie gorsze niż produkty wymienione w specyfikacji.

Jeżeli chodzi o zarzut braku zaoferowania tych parametrów technicznych, co najmniej nie gorszych niż produkty wymienione w specyfikacji, to Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił, że zaoferowane przez konkurentów parametry są gorsze niż produkty wymienione w specyfikacji.

W ocenie Izby przy takim liberalnym opisie przedmiotu zamówienia, jak określony w SIWZ przez Zamawiającego, bez wprowadzenia wyraźnych i jednoznacznych kryteriów oceny równoważności produktowej w SIWZ, sporne parametry techniczne zaproponowane przez wykonawców należy uznać za porównywalne (równoważne), chociaż nie wyrażały one takich samych wartości.

8

W kontekście powyższego nie znalazła uznania Izby argumentacja Odwołującego o konieczności porównania zaoferowanych przez wykonawców parametrów z parametrami karty technicznej wystawionej przez Odwołującego.

Taka praktyka – w ocenie Izby – stanowiłaby naruszenie zasady równości i konkurencyjności uczestników przetargu, skoro wykonawcy konkurencyjni uzależnieni byłiby od niepewnego oświadczenia Odwołującego deklarującego określone parametry techniczne. Sytuacja ta umożliwiałaby Odwołującemu modyfikację parametrów technicznych produktu w dowolny sposób przed terminem składania ofert.

Z ustaleń Izby wynika, że Odwołujący takiej zmiany karty technicznej przed otwarciem ofert dokonał, a zatem w takich okolicznościach ofertowania wykonawcy byłiby pozbawieni możliwości zaoferowania produktu w pełni porównywalnego spełniającego wymagania SIWZ.

Z powyższych względów, z związku z niepotwierdzeniem się zarzutu zaoferowania przez wykonawców przedmiotu zamówienia o parametrach sprzecznych z treścią SIWZ, Izba nie znalazła podstawy prawnej do odrzucenia ofert tych wykonawców, a wobec tego należy przyjąć, że istnieją w całej rozciągłości przesłanki do zastosowania przez Zamawiającego przepisu art.91a ust.1 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba postanowiła pominąć wniosek dowodowy Odwołującego z karty technicznej dotyczącej smaru Litocal EP, jako niezwiązany ze sprawą.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

Dodatkowo Izba orzekła o zwrocie kosztów przejazdu na rozprawę w dniu 13 lutego 2014r. uznając za uzasadnione jedynie te koszty przejazdu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący.....