

Sygn. akt: KIO 1702/10

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak – Żuraw

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Shell Polska Sp. z o.o., 02-366 Warszawa, ul. Bitwy Warszawskiej 1920r. 7a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., 01-224 Warszawa, ul. M. Kasprzaka 25**

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Shell Polska Sp. z o.o., 02-366 Warszawa, ul. Bitwy Warszawskiej 1920r. 7a i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Shell Polska Sp. z o.o., 02-366 Warszawa, ul. Bitwy Warszawskiej 1920r. 7a,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 51 zł 00 gr (słownie: pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) przez **Shell Polska Sp. z o.o., 02-366 Warszawa, ul. Bitwy Warszawskiej 1920r. 7a** na rzecz **Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwo S.A., 01-224 Warszawa, ul. M. Kasprzaka 25** stanowiącej

uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., ul. M. Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759) (dalej „ustawa Pzp”), którego przedmiotem są „Dostawy olejów dla silników gazowych wraz z usługą monitoringu na potrzeby eksploatacji zestawów tłocznych eksploatowanych przez Oddziały PGNiG S.A. w latach 2011-2013”. Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2010/S 140 216021 dnia 30 lipca 2010 r. („Ogłoszenie o zamówieniu”).

W dniu 9 sierpnia 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez Shell Polska sp. z o.o., ul. Bitwy Warszawskiej 1920 r. 7A, 02-366 Warszawa od treści Ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1 i art. 29 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez:

- 1) sformułowanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) opisu przedmiotu zamówienia w zakresie części 2 zamówienia w sposób nieznapewniający uzasadnienia w obiektywnych i rzeczywistych potrzebach, a jednocześnie powodujący zmniejszenie konkurencji pomiędzy potencjalnymi uczestnikami,
- 2) sformułowanie w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia w sposób prowadzący do fikcyjności znaczenia zapisu „lub równoważny” i zmierzający do obejścia przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, a jednocześnie powodujący zmniejszenie konkurencji pomiędzy potencjalnymi uczestnikami,
- 3) sformułowanie w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych zawartych w klasyfikacji API, które nie znajduje uzasadnienia w świetle art. 30 ustawy Pzp,

oraz

- 4) sformułowanie w SIWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazania minimum dostaw przedmiotu zamówienia w zakresie części 2 zamówienia ponad

potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać podmiot zdolny do jego realizacji, co może utrudniać konkurencję pomiędzy uczestnikami postępowania.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, na podstawie art. 180 ust. 3 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany dotychczasowej treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w następującym zakresie:
 - a) poprzez usunięcie z Załącznika nr 1 do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” część 2 zamówienia która obejmuje dostawę oleju silnikowego dla silników gazowych eksploatowanych przez Oddział PGNiG S.A. w Zielonej Górze punktów nr 1) i 2) o treści: „1) wyprodukowanego w oparciu o bazę olejową z grupy IV według klasyfikacji API,” oraz „2) Pegasus 1 lub równoważnego, przy czym przez olej równoważny Zamawiający rozumie olej wyprodukowany o bazę olejową z grupy IV według klasyfikacji API i o zawartości popiołów siarczanowych pomiędzy 0,45 - 0,52 % (norma ASTM D 874)”, które naruszają w/w przepisy ustawy Pzp, zasady uczciwej konkurencji oraz powodują, że w istocie tylko jeden podmiot może sprostać wymogom SIWZ (na rozprawie zmodyfikował, iż chodzi o pkt 2 i 3), oraz
 - b) poprzez usunięcie pkt 5 ppkt 5.1.2 SIWZ o treści „Wykażą się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, co najmniej jednej dostawy nie mniej niż 10 tys. litrów olejów. Pod pojęciem jednej dostawy Zamawiający rozumie dostawę nie mniej niż 10 tys. litrów olejów w ramach jednej umowy na rzecz jednego zamawiającego w ciągu jednego roku lub zrealizowania zamówienia nie mniej niż z 10 tys. litrów olejów na rzecz jednego zamawiającego w ciągu jednego roku. - Dotyczy części 2 zamówienia”, bowiem zapis taki powoduje, iż tylko jeden podmiot będzie mógł ubiegać się o udzielenia przedmiotowego zamówienia.

ewentualnie:

- 2) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego, tj. unieważnienia postanowień SIWZ w całości lub w części naruszającej powołane powyżej przepisy ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z art. 29 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i

wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

Zgodnie z treścią Załącznika nr 1 do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” część 2 zamówienia obejmuje dostawę oleju silnikowego dla silników gazowych eksploatowanych przez Oddział PGNiG S.A. w Zielonej Górze:

- 1) wyprodukowanego w oparciu o bazę olejową z grupy IV według klasyfikacji API,
- 2) Pegasus 1 lub równoważnego, przy czym przez olej równoważny Zamawiający rozumie olej wyprodukowany o bazę olejową z grupy IV według klasyfikacji API i o zawartości popiołów siarczanowych pomiędzy 0,45 - 0,52 % (norma ASTM D 874),
- 3) zgodnego z wymogami producenta silników gazowych - firmy Waukesha dotyczących eksploatacji w/w silników,
- 4) posiadającego dopuszczenie wytwórcy silników, tj. firmy Waukesha odnośnie stosowania ich przy eksploatacji silników gazowych poprzez umieszczenie w następujących dokumentach - Waukesha Fuels & Lubrication 1A EN: 1503398 z 04.2009r. (tabela 2 na stronie 3) lub Waukesha Service Bulletin No. 12-1880AD z dnia 15 sierpnia 2008r. (tabela 2 na stronie 3).

Jak wynika z powyższego Zamawiający szczegółowo opisał przedmiot zamówienia poprzez wskazanie aż czterech bardzo skonkretyzowanych i precyzyjnych wymogów.

Odwołujący wskazywał, że zauważyć jednak należy, iż Zamawiający potrzebuje olejów do silników gazowych produkowanych przez firmę Waukesha. Do eksploatacji silników Waukesha wystarczają i zalecane przez Waukesha są oleje, które: zostały dopuszczone do eksploatacji i wymienione w biuletynach producenta silników przywołane w warunkach przedmiotowego przetargu. Wśród zalecanych marek olejów Waukesha wymienia: ShellMysella MA 40, Shell Mysella XL 40, Mysella LA40, Pegasus 710, Pegasus 1005, Petro Canada LD 5000 i inne. Dopuszczenie przez Waukesha stosowania olejów przy eksploatacji silników gazowych poprzez umieszczenie w dokumentach - Waukesha Fuels & Lubrication 1A EN: 1503398 z 04.2009r. (tabela 2 na stronie 3 oraz tabela 3 na stronie 4) lub Waukesha Service Bulletin No. 12-1880AD z dnia 15 sierpnia 2008r. (tabela 2 na stronie 3 oraz tabela 3 na stronie 4) posiadają: Mysella MA 40, Mysella XL 40, Mysella LA 40 i innych

świadczy o tym, że oleje te spełniają wymogi producenta silników i zapewniają jego sprawną i długotrwałą eksploatację. Zatem korzystającemu z silników gazowych Waukesha Zamawiającemu rzeczywiście potrzebne (i wystarczające dla prawidłowej eksploatacji jego silników gazowych) są oleje o wskazanych powyżej parametrach (w tym oleje dostępne pod w/w markami). Dodatkowe wymagania musiałyby być szczególnie uzasadnione. Tymczasem SIWZ zawierają w opisie przedmiotu zamówienia nieuzasadnione, wymieniony w pkt 2) powyżej, wymóg, aby przedmiot zamówienia został wyprodukowany w oparciu o bazę olejową z grupy IV według klasyfikacji API. Oznacza to, że bez wymogu koniecznego ze strony producenta silników Waukesha dla zapewnienia bezawaryjnej pracy, Zamawiający ogranicza się do jednego producenta oleju. Pomimo tego przynależność oleju do grupy IV klasyfikacji API nie jest konieczna do prawidłowej eksploatacji silników Waukesha, nie jest wymagana przez Waukesha, nie stanowi o lepszej jakości oleju i nie wpływa na jakość eksploatacji silników. Brak zatem obiektywnych przyczyn umieszczenia w opisie SIWZ wymogu przynależności przedmiotu zamówienia do grupy IV API. Sformułowanie tego warunku SIWZ co do przedmiotu zamówienia jest zatem nieuzasadnione w świetle obiektywnych i rzeczywistych potrzeb Zamawiającego. Postawienie przez Zamawiającego warunku przynależności przedmiotu zamówienia do grupy IV API nie stanowi realizacji celu założonego do osiągnięcia w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zapewnienia prawidłowej eksploatacji silników Waukesha.

Natomiast *de facto* zgodnie z aktualnym brzmieniem SIWZ wymagania wobec przedmiotu zamówienia spełniają tylko dwa produkty: olej Pegasus 1 i olej Total Nateria X 405 (jako „równoważny” dla Pegasus 1). Zamawiający zatem formułując warunki SIWZ poprzez umieszczenie wymogu przynależności przedmiotu zamówienia do grupy IV API ograniczył sobie wybór z 15 produktów, które nadają się do eksploatacji jego silników do dwóch produktów (olej Pegasus 1 i olej Total Nateria X 405 (jako „równoważny” dla Pegasus 1 i jednocześnie spełniający warunki grupy IV klasyfikacji API). Tym samym ofertę spełniającą warunki SIWZ, zdaniem Odwołującego, może złożyć bardzo ograniczona liczba wykonawców specjalizujących się w dostawach tych dwóch olejów, czy wręcz będących monopolistami w dostawach wymienionych marek olejów. Zamawiający poprzez przedmiotowy zapis SIWZ z góry wyłącza z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i ewentualnie z eksploatacji oleje, które spełniają warunki eksploatacji producenta silników używanych przez Zamawiającego i nie odbiegają jakością od jakości olejów Pegasus 1 i olej Total Nateria X 405. Jednocześnie, co istotne dla Zamawiającego jako podmiotu obowiązującego stosować ustawę Pzp, Zamawiający z góry wyłącza oleje spełniające w/w warunki, które często są dostępne na rynku w dużo niższej cenie niż olej Pegasus 1 i olej Total Nateria X 405.

Wobec powyższego Odwołujący stwierdzał, że przedmiot zamówienia został opisany w SIWZ w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję. Teza ta znajduje potwierdzenie w dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie stwierdzono, iż *„Zasadę uczciwej konkurencji narusza zbyt rygorystyczne określenie wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia, jeżeli nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia”* (wyrok KIO/UZP 1273/08). Pogląd powyższy został potwierdzony także w orzeczeniu wydanym w sprawie o sygn. akt UZP/ZO/0-913/07; UZP/ZO/0-943/07).gdzie stwierdzono, że *„Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych nie wymaga faktycznego wykazania przez odwołującego, lecz uznaje za wystarczające samo uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji. Jeżeli zamawiający skutecznie nie udowodni, iż stawiany przez niego wymóg odnoszący się do parametrów technicznych przedmiotu zamówienia jest uzasadniony potrzebami zamawiającego i stanowi realizację celu założonego do osiągnięcia w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to przyjęcie należy, iż jest on sprzeczny z wymogami art. 29 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.”*

Odwołujący podnosił, że Zamawiający, przygotowując postępowanie, przeprowadził na własne potrzeby badania olejów, które spełniałyby warunki eksploatacji silników gazowych Waukesha używanych przez Zamawiającego. Z badań tych wynikało, że warunki te spełniają także inne oleje poza olejami: Pegasus 1 i Total Nateria X 405. Dowodem na powyższe twierdzenie są zdaniem Odwołującego wyniki testów znajdujące się w posiadaniu Zamawiającego. Natomiast, pomimo wyników wspomnianych badań, Zamawiający, przygotowując warunki przetargu i sporządzając SIWZ, zamieścił w opisie przedmiotu zamówienia zastrzeżenie ograniczające udział w przetargu innych olejów spełniających oczekiwania Zamawiającego w świetle przeprowadzonych przez niego uprzednio badań. Zapis ograniczający udział innych olejów poza ww. dwoma olejami zmierza w nieuzasadniony sposób do ograniczenia konkurencji w postępowaniu przetargowym.

Uzasadniając zarzut sformułowania w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia w sposób prowadzący do fikcyjności znaczenia zapisu „lub równoważny” i zmierzający do obejścia przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, a jednocześnie powodujący zmniejszenie konkurencji pomiędzy potencjalnymi uczestnikami, Odwołujący podnosił, że zgodnie z art. 29 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wskazywał, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą

dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

Odwołujący podkreślał, że wobec tego, że zważywszy na wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym sytuację na rynku olejów, istnieje duże prawdopodobieństwo, że rzeczywiście tylko oferta dostawy oleju Pegasus 1 spełniałaby warunki grupy IV API, dodatek w opisie zamówienia "lub równoważny" pozostaje bez znaczenia. Zapis warunku dotyczącego grupy IV klasyfikacji API powoduje bowiem, że warunki SIWZ spełnia tylko wymieniony w SIWZ z nazwy Pegasus 1, natomiast olejem „równoważnym” dla oleju Pegasus 1 w świetle całego opisu przedmiotu zamówienia może być tylko olej Total Nateria X 405, co właściwie uznać należy za zawołowane oznaczenie przedmiotu zamówienia z użyciem znaku towarowego (zatem z fikcyjnym na tle SIWZ dodatkiem „lub równoważny” - który jest wymagany przez art. 29 ust. 3 ustawy Pzp). Warunek przynależności olejów do grupy IV klasyfikacji API w opisie przedmiotu zamówienia należy uznać zatem w przedmiotowym postępowaniu za zmierzający do obejścia przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp (ponieważ warunki SIWZ spełniałby jedynie olej wymieniony w SIWZ z użyciem znaku towarowego: Pegasus 1 i Total Nateria X 405). Zamawiający może także opisać przedmiot zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń i określeniami takimi (w szczególności mając na uwadze rzeczywiste potrzeby Zamawiającego) - danymi dostatecznie dokładnymi - są choćby pozostałe dane wskazane w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia. Użycie zatem znaku towarowego Pegasus 1 z dodatkiem „lub równoważny” jest fikcyjne, pozbawione sensu nadanego temu wymogowi przez art. 29 ust. 3 ustawy Pzp i nieuprawnione. Tym samym postanowienia SIWZ mogą prowadzić do utrudnienia konkurencji, która nie znajduje uzasadnienia w realizacji celu zamówienia, ani nie może być uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia.

Odwołujący, podnosząc zarzut sformułowania w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych zawartych w klasyfikacji API, które nie znajduje uzasadnienia w świetle art. 30 ustawy Pzp, uzasadniał, że Zamawiający zgodnie z tym przepisem opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy uwzględnia się w kolejności:

- 1) europejskie aprobaty techniczne;
- 2) wspólne specyfikacje techniczne;

- 3) normy międzynarodowe;
- 4) inne techniczne systemy odniesienia ustanowione przez europejskie organy normalizacyjne.

W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy oraz aprobat, specyfikacji, norm i systemów, o których mowa powyżej, uwzględnia się w kolejności:

- 1) Polskie Normy;
- 2) polskie aprobaty techniczne;
- 3) polskie specyfikacje techniczne.

W SIWZ zastosowana została w opisie przedmiotu zamówienia amerykańska klasyfikacja API. Nie jest to zatem ani klasyfikacja europejska, ani międzynarodowa (nie została stworzona przez międzynarodową organizację). Zastosowanie zatem tej klasyfikacji jest nieuprawnione w świetle art. 30 ustawy Pzp, zwłaszcza, że jej użycie nie było konieczne w świetle rzeczywistych potrzeb Zamawiającego.

Odnosnie zarzutu sformułowania w SIWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazania minimum dostaw przedmiotu zamówienia w zakresie części 2 zamówienia ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać podmiot zdolny do jego realizacji, co może utrudniać konkurencję pomiędzy uczestnikami postępowania Odwołujący wskazywał, że zgodnie z ustawą Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zgodnie z art. 29 ustawy Pzp Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zgodnie z pkt 5 ppkt 5.1.2 SIWZ „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 1-4 Ustawy (ustawy Pzp – dop. autora), tzn. wykażą się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, co najmniej jednej dostawy nie mniej niż 10 tys. litrów olejów. Pod pojęciem jednej dostawy Zamawiający rozumie dostawę nie mniej niż 10 tys. litrów olejów w ramach jednej umowy na rzecz jednego zamawiającego w ciągu jednego roku lub zrealizowania zamówienia nie mniej niż z 10 tys.

litrów olejów na rzecz jednego zamawiającego w ciągu jednego roku. - Dotyczy części 2 zamówienia".

Przewidywane zużycie oleju w zakresie części 2 Zamówienia zostało oszacowane w SIWZ na 111 tys. litrów.

Zważywszy na realia rynku oleju i możliwości funkcjonujących na tym rynku podmiotów zauważyć należy, że warunek zrealizowania dostaw 10 tys. litrów oleju zgodnie z SIWZ jest określony ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać podmiot zdolny do jego realizacji, zwłaszcza, że warunek ten może spełnić tylko jeden podmiot funkcjonujący na rynku olejów.

Z informacji Odwołującego i obiektywnych, znanych w branży olejów danych wynika, że oleje (ściśle spełniające sprecyzowane przez Zamawiającego warunki) to faktycznie tylko 2 produkty: Pegasus 1 i Total Nateria X 405 (jako równoważny dla Pegasus 1). W przypadku oleju Pegasus 1 minimum dostaw wskazaną przez Zamawiającego może wykazać tylko jeden podmiot, tj. producent tego oleju Exxon Mobil Petroleum Chemical bvba. Natomiast w przypadku oleju Total Nateria X 405 istnieje duże prawdopodobieństwo, że żaden podmiot funkcjonujący na rynku olejów nie będzie w stanie wykazać dostawy tego oleju w ilościach wymaganych w pkt. 5 ppkt. 5.1.2 SIWZ. Olej ten znajduje małe zastosowanie. Wedle wiedzy Odwołującego w żadnej znanej aplikacji na terenie RP, również w silnikach konkurencyjnych do Waukesha nie jest stosowany olej Total Nateria X 405 w ilościach spełniających wymagania ilościowe niniejszego przetargu. Żądane zatem w SIWZ wymogi dostawy w ilości 10 tys. litrów oleju są zatem nieproporcjonalne w stosunku do potrzeby wykazania, że zamówienie będzie wykonywać podmiot zdolny do jego realizacji, zważywszy na znajomość rynku olejów, oraz z uwagi na inne wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. w szczególności z uwagi na opis przedmiotu zamówienia zawężający wybór Zamawiającego do dwóch wskazanych powyżej produktów. Zdaniem Odwołującego, opisana powyżej sytuacja jest bardzo prawdopodobna w świetle sformułowań SIWZ w zakresie warunków uczestnictwa w przetargu i opisu przedmiotu zamówienia, co może utrudnić konkurencję pomiędzy uczestnikami postępowania. Odwołujący stwierdzał, że nieuzasadnione kryteria udziału w postępowaniu, które w połączeniu z wymogami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia prowadzą do zawężenia kręgu wykonawców, mogą prowadzić do ograniczenia konkurencji. Zakaz utrudniania konkurencji obowiązuje Zamawiającego nie tylko przy opisie przedmiotu zamówienia, ale przy wszystkich czynnościach w postępowaniu - czyli także przy opisie warunków spełniania udziału w postępowaniu. Wymogi udziału w postępowaniu nie powinny być zbyt wygórowane w

zestawieniu z potrzebami Zamawiającego i zważywszy na cel zapewnienia wykonywania zamówienia przez wiarygodny podmiot. Wskazywał także, że ewentualna możliwość skorzystania przez uczestników, którzy samodzielnie nie mogą spełnić warunków SIWZ, z uprawnienia do wspólnego udziału przetargu z innymi podmiotami na podstawie art. 23 ustawy Pzp lub posłużenia się potencjałem technicznym innego podmiotu na podstawie art. 26 nie eliminuje realnego utrudniania uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu. Aby spełnić rygorystyczne wymogi SIWZ dla przedmiotu zamówienia, uczestnicy musieliby kupować oleje od innego uczestnika przetargu. Tym samym nie mogliby (ewentualnie byłoby to bardzo trudne) złożyć konkurencyjnej oferty w stosunku do oferty podmiotu, od którego mieliby kupować oleje, w tym samym przetargu na oleje.

Jednocześnie Odwołujący wskazywał, że interes prawny do wniesienia niniejszego odwołania wynika z faktu, iż zajmuje się sprzedażą olejów w tym olejów stosowanych w silnikach gazowych, które wedle zaleceń Waukesha mogą zostać zastosowane w przedmiotowych silnikach, w związku z czym jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże sposób sformułowania SIWZ przez Zamawiającego w nieuzasadniony sposób wyklucza możliwość udziału Odwołującego w tym postępowaniu.

Odpis odwołania doręczono Zamawiającemu faxem na numer wskazany w SIWZ w dniu 9 sierpnia 2010 r., na dowód czego do odwołania załączono potwierdzenie nadania faksu.

W dniu 10 sierpnia 2010 r. Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, przekazując kopię odwołania (publikacja na stronie internetowej). W ustawowym terminie do dnia 13 sierpnia 2010 r. ani do dnia posiedzenia i rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą nikt nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający w dniu 17 sierpnia 2010 r. wniósł odpowiedź na odwołanie, w której ustosunkował się do zarzutów podniesionych w odwołaniu. W jego ocenie odwołanie należy uznać za całkowicie bezzasadne. Zamawiający wskazywał, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie części 2 dotyczy olejów opartych na bazie syntetycznej. Prawdą jest zatem, iż powoływany przez Odwołującego olej Shell Mysella MA 40 czy Shell Mysella XL 40 co do zasady spełniają wymagania Waukesha, jednak są to oleje oparte na bazach mineralnych, a zatem odmiennych od oczekiwania Zamawiającego. Zamawiający podkreślał, iż określił optymalne ze względu na swoje potrzeby cechy przedmiotu zamówienia. Sprecyzowanie

pożądanych kryteriów zostało poprzedzone długotrwałymi i złożonymi analizami i testami. Przeprowadzone testy wykazały m.in. że najkorzystniejsze i najbardziej odpowiadające zapotrzebowaniu Zamawiającego są oleje odpowiadające warunkom sprecyzowanym w treści SIWZ. W szczególności przeprowadzone testy wykazały, że dostawa olejów syntetycznych o określonych parametrach przy niewielkim wzroście kosztów dostawy spowoduje znaczną korzyść ekonomiczną realizowaną przy pomocy wydłużonych czasów eksploatacji, jak i okresów między przeglądami obowiązkowymi, a także – zdecydowanym zmniejszeniu liczby awarii. Oleje o parametrach określonych w treści SIWZ pozwalają – bez zbędnych zabiegów, na wydłużony okres pomiędzy wymianami. Zamawiający wskazywał, że w przypadku olejów syntetycznych serwis Bulletin Waukesha 12-1880AD pozwala na wydłużenie okresu pomiędzy wymianami od 3 do 5 razy (tj. od 4.500 do 7.500 godzin). Zamawiający podnosił, iż nie określiła zatem przedmiotu zamówienia ani w sposób dowolny, ani też naruszający zasady uczciwej konkurencji. Przeciwnie – określił przedmiot zamówienia w taki sposób, aby uzyskać produkt odpowiadający jego wymaganiom, co należy uznać za działanie w pełni zgodne z dyspozycją przepisów powołanych przez Odwołującego w treści odwołania, jak i z całością regulacji ustawy Pzp. Zamawiający odwoływał się do aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, podając jako przykład wyrok z dnia 12 lutego 2010 r. (sygn. akt KIO 1/10), w którym stwierdzono, że: *„Ustalając kryteria Zamawiający powinien kierować się przede wszystkim własnymi potrzebami, mając jednocześnie na względzie, aby każdy wykonawca zdolny zaoferować przedmiot zamówienia zaspokajający te potrzeby, był równo traktowany. Zamawiający ma prawo oczekiwać dostawy urządzeń o najbardziej przez niego pożądanym parametrach, nowoczesnych, najbardziej funkcjonalnych, nawet jeśli te najbardziej pożądane może spełnić sprzęt jednego producenta”*. Na podobnym stanowisku Krajowa Izba Odwoławcza stanęła także w innych orzeczeniach, np. w wyroku z 4 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1602/09) czy wyroku z 7 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP/1188, 1198, 1199). Analizy i testy przeprowadzone przez Zamawiającego wykazały, że olejem spełniającym warunki konieczne do uzyskania najkorzystniejszego rozwiązania jest olej wyprodukowany w oparciu o bazę olejową z grupy IV według klasyfikacji API o zawartości popiołów siarczanowych pomiędzy 0,45-0,52% (norma ASTM D 874). Zgodnie z wiedzą Zamawiającego warunki powyższe spełniają oleje: Pegasus 1, Total Nateria X 405 i Exxon Ellite Sintetic, a zatem trzy różne produkty wytwarzane przez dwóch różnych producentów, a dystrybuowane przez szereg dalszych podmiotów, z których każdy może potencjalnie złożyć ofertę.

Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp poprzez sformułowanie w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia w sposób prowadzący do fikcyjności zapisu „lub równoważny” i zmierzający do obejścia przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, a jednocześnie

powodujący zmniejszenie konkurencji pomiędzy potencjalnymi uczestnikami, Zamawiający podnosił, że nadał produktowi Pegasus 1 charakter przykładowy, a dopuszczając rozwiązania równoważne, dookreślił warunki równoważności. W odniesieniu do części 2 przedmiotu zamówienia na str. 21 SIWZ Zamawiający wskazał w polu „nazwa materiału” – „Pegasus 1 lub równoważny”, a następnie sprecyzował, że za równoważny uznany zostanie olej wyprodukowany w oparciu o bazę olejową z grupy IV klasyfikacji API i o zawartości popiołów siarczanowych pomiędzy 0,45-0,52% (norma ASTM D 874). Podkreślał, że produktami równoważnymi dla Pegasus 1 są Total Nateria X 405 i Exxon Ellite Sintetic, a zatem trzy różne produkty wytwarzane przez dwóch różnych producentów, a dystrybuowane przez szereg dalszych podmiotów. Możliwość złożenia oferty równoważnej ma zatem charakter rzeczywisty, co czyni zarzut fikcyjności dopuszczenia rozwiązań równoważnych dla oleju Pegasus 1 całkowicie bezzasadnym.

Z kolei w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 30 ustawy Pzp Zamawiający wskazywał, że z przepisu tego wynika, że w przedku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich EOG przenoszących te normy uwzględnia się także normy międzynarodowe i z taką sytuacją wystąpiła w przedmiotowej sprawie. Zamawiający wskazywał, że normy amerykańskie API stanowią podsumowanie wszystkich kryteriów jakościowych odnoszących się do olejów. Amerykański Instytut Naftowy (American Petroleum Institute – API) jest zrzeszeniem branżowym producentów ropy naftowej. Jego członkami jest 400 spółek działających w branży, które zajmują się m.in. produkcją, rafinacją i zaopatrzeniem w ropę, eksploatacją rurociągów naftowych czy transportem morskim. Normy API są powszechnie stosowane w obrocie maszynami i surowcami – w tym olejami. Producent silników używanych przez Zamawiającego – Waukesha posługuje się normami zgodnymi z tą klasyfikacją. Zamawiający nie dysponuje wiedzą na tyle specjalistyczną, aby móc wskazać innego rodzaju parametry (wymagania jakościowe) – w miejsce norm API używanych zarówno przez producenta Waukesha, jak i powszechnie stosowanych na rynku polskim – bez ryzyka otrzymania produktu nie dostosowanego do charakteru i wymagań używanych przez niego maszyn oraz mogącego potencjalnie doprowadzić do uszkodzenia. Zamawiający zauważał także, iż Odwołujący, kwestionując zastosowanie norm API, nie wskazał równocześnie żadnych innych kryteriów jakościowych odpowiadających tym ostatnim. Zamawiający argumentował zatem, że odniesienie się do jakichkolwiek innych norm w treści SIWZ byłoby nieczytelne i nieprecyzyjne, a co za tym idzie czyniłoby opis przedmiotu zamówienia niejednoznacznym i niewyczerpującym, co naruszałoby art. 29 ustawy Pzp, jak i rodziłoby ryzyko otrzymania produktu nie w pełni odpowiadającego potrzebom Zamawiającego.

Odpowiadając na zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ustawy Pzp z uwagi na sformułowanie w SIWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się minimum dostaw w części 2 ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie wykonywać będzie podmiot zdolny do jego realizacji, co może utrudnić konkurencję pomiędzy uczestnikami postępowania, ponieważ tylko oleje Pegasus 1 i Total Nateria X 405 spełniają warunki określone w SIWZ, a ich zastosowanie jest na tyle małe, że czyni wymóg wykonania dostaw na poziomie 10.000 litrów nadmiernym i prowadzącym do ograniczenia konkurencji, Zamawiający podnosił, że Odwołujący błędnie zinterpretował warunek udziału w postępowaniu, który kwestionuje. Interpretacja warunku zawartego w pkt 5.1.2. SIWZ nie odpowiada bowiem ani jego literalnej treści ani intencji Zamawiającego. Zamawiający w pkt 5.1.2. SIWZ wymagał wykazania się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywaniem, co najmniej jednej dostawy nie mniej niż 10 tys. litrów olejów. Pod pojęciem jednej dostawy Zamawiający rozumiał dostawę nie mniej niż 10 tys. litrów olejów w ramach jednej umowy na rzecz jednego zamawiającego w ciągu jednego roku lub zrealizowanie zamówienia nie mniej 10.000 litrów olejów na rzecz jednego zamawiającego w ciągu jednego roku. Warunek określony przez Zamawiającego odnosi się zatem do dostaw jakichkolwiek olejów, nie zaś olejów odpowiadających przedmiotowi zamówienia w zakresie części 2. Zamawiający wskazywał, iż biorąc pod uwagę skalę dostaw w okresie 3 lat na poziomie 111 tys. litrów trudno uznać warunek za nadmierny. Zdaniem Zamawiającego jest to niezbędne minimum, poniżej którego nie miałyby gwarancji prawidłowego wykonania zamówienia przez wybranego wykonawcę. Zarzut nieprawidłowego sformułowania warunku udziału w postępowaniu należy zatem uznać za niezasadny.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, w tym dokumentację postępowania, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również wyjaśnienia i dokumenty złożone przez strony na rozprawie, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, uiszczono od niego wpis, jak również nie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania określone ustawą Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący spełnił również wymogi warunkujące wniesienie odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący zajmuje się sprzedażą olejów, w tym olejów stosowanych w silnikach gazowych, które wedle zaleceń Waukesha

mogą zostać zastosowane w przedmiotowych silnikach. Tym samym jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, jednak sposób sformułowania SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie części 2 oraz warunku udziału w postępowaniu ustalonego przez Zamawiającego w tym zakresie uniemożliwiają mu wzięcie udziału w postępowaniu i złożenie oferty nie podlegającej odrzuceniu. Może on zatem ponieść szkodę, gdyż z uwagi na kwestionowane brzmienie opisu przedmiotu zamówienia oraz warunku udziału w postępowaniu traci możliwość uczestniczenia w postępowaniu w odniesieniu do części 2 oraz ewentualnego uzyskania zamówienia.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzone w sprawie materiały dowodowe, uwzględniając stanowiska stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezajdujący uzasadnienia w obiektywnych i rzeczywistych potrzebach Zamawiającego a jednocześnie powodujący zmniejszenie konkurencji pomiędzy potencjalnymi uczestnikami, tj. w sposób naruszający art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ustawy Pzp, Izba ustaliła, iż nie znalazł on potwierdzenia w niniejszej sprawie.

Izba podnosi, że szczegółowe opisanie przedmiotu zamówienia jest zarówno obowiązkiem, jak i uprawnieniem zamawiającego. Oznacza to zarazem, że obowiązek przestrzegania reguł opisywania przedmiotu zamówienia nie stoi w sprzeczności z określaniem przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający potrzeby zamawiającego. Zachowując bowiem zasady ustawowe, zamawiający może tak opisać przedmiot zamówienia, by mu odpowiadał, a jednocześnie nie godził w zasadę uczciwej konkurencji. Jednakże wymogu takiego opisanie przedmiotu zamówienia, żeby nie utrudniało to uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z koniecznością istnienia zdolności do realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. Jeżeli bowiem warunki stawiane przez zamawiającego (a wynikające m. in. z opisu przedmiotu zamówienia) znajdują uzasadnienie w świetle celu jakiego ma służyć przedmiot zamówienia, to nie może być przyczyną ich ograniczenia fakt, że nie każdy produkt czy usługa dostępna na rynku może je spełnić (opinia UZP na stronie www.uzp.gov.pl, wyrok KIO z 21 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 311/08). Tym samym sam fakt, że niektórym wykonawcom łatwiej jest spełnić wymagania zamawiającego i łatwiej uzyskać lepszą cenę oferty niż innemu wykonawcy, nie może być traktowany jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Argumentacja Odwołującego przedstawiona w odwołaniu, a następnie na rozprawie opierała się na twierdzeniu, że jedynie postawienie minimalnych wymagań wystarczających do prawidłowej eksploatacji silników Waukesha oznacza spełnienie wymogu zachowania

uczciwej konkurencji, przy czym do spełnienia tych minimalnych wymogów nie jest konieczne, aby stosować oleje oparte na bazie olejowej z grupy IV klasyfikacji API (oleje syntetyczne). W ocenie Izby nie sposób podzielić powyższego stanowiska. Zamawiający ma bowiem prawo opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, który uzasadnia jego racjonalne i obiektywne potrzeby, przy czym nie muszą być to potrzeby określone na poziomie minimalnym. Izba uznała za wiarygodną i spójną argumentację Zamawiającego, iż z uwagi na przewidywane korzyści ekonomiczne oraz eksploatacyjne, w tym oczekiwane wydłużenie okresów pomiędzy wymianami oleju, planowane porównanie całkowitych kosztów posiadania urządzeń przy stosowaniu olejów syntetycznych, zmniejszenie liczby awarii, Zamawiający mógł dokonać opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, iż w ramach części 2 oczekiwał dostawy olejów syntetycznych o określonych parametrach. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż postawienie przez Zamawiającego warunku przynależności przedmiotu zamówienia do grupy IV klasyfikacji API nie stanowi realizacji celu założonego przez Zamawiającego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – zapewnienia prawidłowej eksploatacji silników Waukesha, a korzyści ekonomiczne są jedynie hipotetyczne. Z wyjaśnień przedstawionych przez Zamawiającego w treści odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie wynikało bowiem, że założone przez niego cele są znacznie szersze i dla ich realizacji uzasadnione jest uzyskanie zamówienia w zakresie wskazanym w SIWZ część 2. Tym samym okoliczność, iż w złożonym do akt sprawy raporcie dotyczącym problemów z eksploatowanymi silnikami gazowymi i z przeprowadzonych testów olejowych oferowany przez Odwołującego olej Shell Mysella XL 40 nie należący do grupy IV klasyfikacji API uzyskał pozytywny wynik testów związanych z ustalaniem przyczyn awarii silników nie przesądza jeszcze o zakresie uprawnień Zamawiającego co do określania przedmiotu zamówienia przy dostawie olejów na swoje potrzeby, w tym nie wyłącza uprawnienia do żądania dostawy olejów syntetycznych. W świetle powyższej argumentacji Izba podziela pogląd, że stosowanie przepisów ustawy Pzp prowadzące do narzucenia Zamawiającemu zakupów, które nie odpowiadają jego potrzebom i ograniczają zakres swobody w podejmowaniu decyzji związanych z działalnością Zamawiającego, nie daje się pogodzić z postulatem racjonalności ustawodawcy. Ustawa Pzp nie powinna być bowiem stosowana i interpretowana jedynie przez pryzmat pojmowanej absolutnie zasady równej konkurencji, a w oderwaniu od innego celu jej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów (wyrok KIO z dnia 3 lutego 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 91/09, KIO/UZP 92/09). Argumentem przemawiającym za uznaniem, iż w przedmiotowym przypadku nie można mówić o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji poprzez postawienie wymagania nadmiernego i wykraczającego poza potrzeby Zamawiającego jest również sam sposób, w jaki skonstruowana została SIWZ: w części 1 dotyczy ona dostawy olejów z grupy I-III API (oleje mineralne), a w części 2 – olejów z grupy IV (syntetycznych). Tym samym nie

została ograniczona konkurencja, wręcz przeciwnie poprzez podział na części umożliwiono złożenie ofert zarówno dostawcom olejów mineralnych, jak i syntetycznych, nie ograniczając się do podmiotów, które zajmują się produkcją/dystrybucją obu typów olejów łącznie. Ponadto przyjęcie argumentacji Odwołującego skutkowałoby podważeniem racjonalności całej konstrukcji SIWZ – wówczas nie byłoby różnicy pomiędzy zakresem zamówienia wynikającego z obu tych części. W odniesieniu natomiast do zarzutu, iż olej Total Nateria X 405 jest olejem na rynku polskim niszowym i nie ma obecnie podmiotu zdolnego zrealizować zamówienie na skalę wymaganą przez Zamawiającego, należy podnieść, iż przedmiotowe zamówienie może być realizowane nie tylko przez podmioty działające na rynku polskim, zaś Odwołujący nie wykazał, iż rzeczywiście nie ma podmiotów np. na rynku europejskim, które byłyby w stanie wykonać zamówienie. Z kolei ocena ekonomicznej prawidłowości zamówienia nie należy do wykonawców. Zamawiający jako spółka prawa handlowego może podejmować samodzielne decyzje biznesowe, do których kontroli uprawnione są odpowiednie organy korporacyjne oraz inne podmioty nadzorujące działalność Zamawiającego, a nie wykonawcy – potencjalni uczestnicy postępowania. Okoliczność, iż z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia jest ograniczona liczba jego producentów/dostawców czy ograniczona liczba produktów spełniających wymagania nie może wpływać na pozbawienie Zamawiającego prawa do zamówienia tego, czego obiektywnie potrzebuje. Ponadto Odwołujący nie zaprzeczył, iż jest wielu dystrybutorów olejów spełniających wymogi Zamawiającego, lecz argumentował, iż dystrybutor nie będzie w stanie przedstawić lepszej ceny niż producent. Powyższe jednak nie świadczy jeszcze o naruszeniu uczciwej konkurencji przez Zamawiającego, a jak już wskazano, wynika ze specyfiki rynku. O takim naruszeniu można by mówić wówczas, gdyby opis przedmiotu zamówienia był skonstruowany w ten sposób, iż może go spełnić tylko konkretny wykonawca lub konkretny produkt, a z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Okoliczność, iż dostawa określonego produktu stanowi trudność czy jest nawet niemożliwa dla Odwołującego nie stanowi podstawy do uznania, że Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (wyrok KIO z dnia 3 lutego 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 91/09, KIO/UZP 92/09, wyrok z 6 czerwca 2008 KIO/UZP 510/08).

W odniesieniu do zarzutu sformułowania w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia w sposób prowadzący do fikcyjności znaczenia zapisu „lub równoważny” i zmierzający do obejścia przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, a jednocześnie powodujący zmniejszenie konkurencji pomiędzy potencjalnymi uczestnikami, Izba uznała zarzut ten za niezasadny. Odwołujący argumentował, iż wymóg przynależności do grupy IV w klasyfikacji API powoduje, że warunki SIWZ spełnia tylko wymieniony z nazwy olej Pegasus 1 oraz jako równoważny do niego olej Total Nateria X 405, przy czym z uwagi na warunki na rynku

olejów istnieje duże prawdopodobieństwo, że tylko oferta dostawy oleju Pegasus 1 spełniałaby warunki grupy IV API, a dodatek „lub równoważny” pozostaje bez znaczenia. Zdaniem Odwołującego pozostałe dane opisujące przedmiot zamówienia były wystarczające, a zatem użycie znaku towarowego Pegasus 1 z dodatkiem „lub równoważny” jest fikcyjne i pozbawione sensu nadanego temu wymogowi przez art. 29 ust. 3 ustawy Pzp oraz nieuprawnione. Tym samym postanowienia SIWZ mogą prowadzić do utrudnienia konkurencji, która nie znajduje uzasadnienia w realizacji celu zamówienia, ani nie może być uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia. Izba wskazuje, że w SIWZ Załącznik nr 1 „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” w zakresie części 2 Zamawiający wskazał, że obejmuje ona dostawę oleju silnikowego dla silników gazowych eksploatowanych przez Oddział PGNiG w Zielonej Górze: 1) wyprodukowanego w oparciu o bazę olejową z grupy IV według klasyfikacji API, 2) Pegasus 1 lub równoważnego, przy czym przez olej równoważny Zamawiający rozumie olej wyprodukowany w oparciu o bazę olejową z grupy IV API i o zawartości popiołów siarczanowych pomiędzy 0,45-0,52% (norma ASTM D 874) 3) zgodnego z wymogami producenta silników gazowych Waukesha dotyczących eksploatacji ww silników, 4) posiadającego dopuszczenie wytwórcy silników tj. Waukesha odnośnie stosowania ich przy eksploatacji silników gazowych poprzez ich umieszczenie w następujących dokumentach – Waukesha Fuels&Lubrication 1A EN:1503398 z 04. 2009 r. (tabela 2 na str. 3) lub Waukesha Service Bulletin No 12-18880AD z dnia 15 sierpnia 2008 r. (tabela 2 na str. 3). Odwołujący wskazywał, że takie określenie przedmiotu zamówienia powoduje, iż jedynym równoważnym olejem do wskazanego przez Zamawiającego jest olej Total Nateria X 405. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podnosił, że warunki powyższe spełnia także olej Exxon Ellite Sintetic, czemu Odwołujący nie zaprzeczał. Zarzut postawiony przez Odwołującego rozpatrywany może być w dwojaki sposób: jako zarzut formalnej nieprawidłowości SIWZ, która niepotrzebnie w opisie przedmiotu zamówienia posługuje się znakiem towarowym z określeniem „lub równoważny” skoro w pozostałym zakresie w sposób wyczerpujący opisuje przedmiot zamówienia oraz jako zarzut odnoszący się do merytorycznej zawartości opisu, tj. z uwagi na niską podaż oleju Total Nateria X 405, co podnosił Odwołujący, w rzeczywistości wykonanie zamówienia w oparciu o olej równoważny do Pegasus 1 nie będzie możliwe. W ocenie Izby powyższa argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie. Nie została także poparta żadnymi dowodami. Odwołujący nie wykazał, że przedmiot zamówienia bez uszczerbku dla jego czytelności mógł zostać opisany bez użycia znaków towarowych i że opis z wykorzystaniem tych znaków nie jest uzasadniony specyfiką przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający, dokonując takiego opisu, kierował się przede wszystkim tym, aby w sposób jednoznaczny określić, jaki przedmiot zamówienia chciałby uzyskać w wyniku realizacji zamówienia. Posłużenie się nazwą produktu z tej grupy jako przykładu przy równoczesnym użyciu określenia „lub równoważne”

wraz ze wskazaniem zasad równoważności nie stanowi uchybienia w zakresie art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, a gdyby nawet uznać argumentację, iż można było dokonać opisu bez wskazywania znaku towarowego, to w przedmiotowej sprawie jest to uchybienie czysto formalne związane z wybranym sposobem opisu przedmiotu zamówienia i pozostające bez wpływu na wynik postępowania ani nie naruszające uczciwej konkurencji. Co najwyżej mogło się to przyczynić do zwiększenia jasności opisu przedmiotu zamówienia. Z kolei odnosząc się do merytorycznej zawartości opisu przedmiotu zamówienia, jak zostało to wskazane powyżej, Zamawiający miał prawo dokonać opisu przedmiotu zamówienia stosownie do swoich potrzeb i nie był zobowiązany do zapewnienia możliwości uczestnictwa w postępowaniu podmiotom – producentom, którzy nie dysponują produktem spełniającym warunki Zamawiającego. Odwołujący nie kwestionował bowiem, iż na rynku istnieją produkty równoważne pochodzące od dwóch różnych producentów, a dystrybuowane przez szereg innych podmiotów.

W zakresie zarzutu sformułowania opisu przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych zawartych w klasyfikacji API, które nie znajdują uzasadnienia w art. 30 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że zarzut ten również nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, iż dokonał opisu przedmiotu zamówienia za pomocą amerykańskiej klasyfikacji API. Twierdził, iż z uwagi na okoliczność, że nie jest to ani klasyfikacja europejska ani międzynarodowa (nie została stworzona przez organizację międzynarodową), jej zastosowanie jest nieuprawnione na podstawie art. 30 ustawy Pzp, zwłaszcza że, zdaniem Odwołującego, jej użycie nie było konieczne w świetle rzeczywistych potrzeb Zamawiającego. Izba wskazuje, że przedstawiona przez Odwołującego interpretacja art. 30 ustawy Pzp nie jest poprawna. Przede wszystkim zgodnie z przepisami ustawy Pzp przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób obiektywny i za pomocą dostatecznie dokładnych i powszechnie zrozumiałych określeń, tak aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, co jest przedmiotem zamówienia. Celowi temu służyć mają właśnie odpowiednie określenia, czy cechy techniczne lub jakościowe. Ponadto, zgodnie z wolą ustawodawcy, zachowaniu obiektywizmu opisu przedmiotu zamówienia służy również formułowanie go przy przestrzeganiu Polskich Norm przenoszących europejskie normy zharmonizowane. Brzmienie art. 30 ustawy Pzp wskazuje zatem, że zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z właściwymi normami. Ww. przepis nie zawiera natomiast obowiązku posługiwania się normami w opisie przedmiotu zamówienia, ani nie wymaga, by opis przedmiotu zamówienia ściśle odpowiadał treści właściwej normy. Wyrażenie "przy przestrzeganiu" sugeruje pomocniczy charakter ww. norm, pewne warunki minimalne lub maksymalne, którym przedmiot zamówienia powinien odpowiadać (tak w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 23.03.2005r. sygn. akt UZP/ZO/0-494/05). Z przepisu art. 30 ust. 1 ustawy

Pzp nie można wywieść obowiązku zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą Polskich Norm przenoszących europejskie normy zharmonizowane. Przepis ten nakłada na zamawiającego obowiązek przestrzegania norm, tzn. zamawiający ma obowiązek żądania od wykonawców oferowania produktów spełniających polskie normy przenoszące europejskie normy zharmonizowane. Zamawiający nie musi jednak opisywać przedmiotu zamówienia w sposób literalnie odpowiadający właściwej normie, może zastrzyć swe wymagania lub opisać je odmiennie od literalnych sformułowań normy, jeżeli nie naruszy w ten sposób jej zasadniczych postanowień. Zamawiający ma prawo ustalić wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia nie przewidziane przez daną normę. Postępowanie takie nie narusza art. 30 ust. 1 ustawy Pzp (tak w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 29.08.2005r. sygn. akt UZP/ZO/0-2336/05 oraz UZP/ZO/0-2337/05). Należy zatem zauważyć, że konieczność opisu przedmiotu zamówienia przy przestrzeganiu norm nie stoi w sprzeczności z możliwością ustalenia przez zamawiającego takich wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są przez normę przewidziane lub które nie zawierają doprecyzowania wszystkich elementów przedmiotu zamówienia uregulowanych odpowiednią normą (o ile nie narusza to zasady uczciwej konkurencji). Przyjęcie odmiennego poglądu (tj. takiego, jaki prezentuje Odwołujący) prowadziłoby do tego, iż przepisy regulujące zasady dokonywania opisu przedmiotu zamówienia zawarte w art. 29 ust. 1-2 ustawy Pzp należałoby uznać za bezprzedmiotowe i zbędne, co podważałoby tezę o racjonalności ustawodawcy (np. wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2008 r. sygn. KIO/UZP 28/97, KIO/UZP 100/07; wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1602/09). Izba uznała, że posłużenie się przez Zamawiającego powszechnie znaną wśród podmiotów zajmujących się sprzedażą olejów klasyfikacją API miało na celu zapewnienie odpowiedniej czytelności i precyzji opisu przedmiotu zamówienia oraz zagwarantowanie otrzymania produktu dostosowanego do posiadanych urządzeń. Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, iż producent silników używanych przez Zamawiającego posługuje się normami zgodnymi z tą klasyfikacją, a sam Zamawiający nie dysponuje wiedzą na tyle specjalistyczną, aby móc wskazać innego rodzaju parametry w miejsce norm API używanych przez producenta Waukesha, jak i powszechnie stosowanych na rynku, bez ryzyka otrzymania produktu niedostosowanego do charakteru i wymagań używanych przez niego maszyn. Ponadto rodziłoby to ryzyko nie tylko sformułowania przedmiotu zamówienia w sposób nieczytelny, ale otrzymaniem produktu nie w pełni odpowiadającego potrzebom Zamawiającego. Powyższe potwierdza także konstrukcja SIWZ. Odwołujący kwestionując sposób opisu przedmiotu zamówienia zawarty w części 2 całkowicie pomija okoliczność, iż SIWZ została skonstruowana w ten sposób, iż Zamawiający w części 1 odwołał się do tej samej klasyfikacji API – kategorii I-III (obejmującej oleje mineralne), a w części 2 do kategorii IV (oleje syntetyczne). Jest to rozwiązanie logiczne i uzasadnione w świetle potrzeb Zamawiającego,

a równocześnie wskazujące na zamiar poszanowania uczciwej konkurencji poprzez umożliwienie szerszemu uczestnikom rynku złożenia oferty w zakresie, w którym spełniają warunki podmiotowe i przedmiotowe. Niezależnie od powyższego, Izba podkreśla, iż Odwołujący nie wskazał, czy opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą norm, przy równoczesnym respektowaniu postanowień art. 29 ustawy Pzp, w ogóle było możliwe. Na rozprawie oświadczył jedynie, że wystarczające w tym zakresie jest odwołanie się do Polskich Norm, przy czym ani tych norm nie wskazał, ani nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie swojego stanowiska. Zdaniem Izby, wbrew twierdzeniu Odwołującego prezentowanym na rozprawie, ciężar udowodnienia tej okoliczności, zgodnie z ogólnymi zasadami rozkładu ciężaru dowodu wyrażonymi w art. 6 Kc, spoczywał w tym zakresie na Odwołującym. Ponadto należy wskazać, iż Odwołujący nie zarzucał Zamawiającemu, iż dokonany przez niego opis jest sprzeczny z normami przywołanymi w przepisie, czy też, że dokonany opis nie odwołuje się do kryteriów jakościowych. Jedynym uzasadnieniem naruszenia art. 30 ustawy Pzp był brak wskazania norm w treści opisu przedmiotu zamówienia, co samo w sobie nie stanowi naruszenia art. 30 ustawy Pzp. Tym samym zarzut naruszenia tego przepisu Izba uznała za niezasadny.

Odnośnie zarzutu sformułowania w SIWZ warunków udziału w postępowaniu dla wykazania minimum dostaw przedmiotu zamówienia w zakresie części 2 zamówienia ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać podmiot zdolny do jego realizacji, co może utrudniać konkurencję pomiędzy uczestnikami postępowania, Izba ustaliła, iż zarzut nie może być uznany za zasadny. Przede wszystkim należy podzielić stanowisko Zamawiającego wyrażone w treści odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, iż Odwołujący zinterpretował warunek określony w pkt 5 ppkt 5.1.2 SIWZ niezgodnie z jego literalnym brzmieniem. SIWZ w przywoływanym pkt przewiduje: „ (...) Wykażą się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, co najmniej jednej dostawy nie mniej niż 10 tys. litrów olejów. Pod pojęciem jednej dostawy Zamawiający rozumie dostawę nie mniej niż 10 tys. litrów olejów w ramach jednej umowy na rzecz jednego zamawiającego w ciągu jednego rok lub zrealizowanie zamówienia nie mniej niż 10 tys. litrów olejów na rzecz jednego zamawiającego w ciągu jednego roku.” SIWZ nie definiowała na potrzeby określenia tego warunku pojęcia „olejów”, a zatem należy uznać, zgodnie z intencją Zamawiającego, iż wykazanie się dostawą o określonej wielkości dotyczy jakichkolwiek olejów, a nie tylko tych, które stanowią przedmiot zamówienia w zakresie części 2. Odwołujący nie wskazuje, z czego wywodzi argumentację, że warunek udziału w postępowaniu wskazany w pkt 5 ppkt 5.1.2. SIWZ dotyczyć miałby jedynie olejów stanowiących przedmiot zamówienia w ramach

części 2. Na rozprawie Odwołujący podtrzymał zarzut, wskazując, że warunek jest nadmierny i może utrudniać uczciwą konkurencję także przy przyjęciu, iż dotyczy dostawy jakichkolwiek olejów. Istotny jest bowiem wymagany wolumen dostawy w okresie jednego roku na rzecz jednego zamawiającego. Odwołujący podnosił, iż na rynku zamówienia w takiej skali rocznej na rzecz jednego podmiotu nie są częste i tylko bardzo ograniczona liczba podmiotów może się nimi wykazać. Izba pragnie podkreślić, że podobnie jak w przypadku zarzutu w zakresie możliwości łatwego opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą Polskich Norm Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie swoich twierdzeń. Zamawiający wskazywał, że zakres dopuszczalnych dostaw został określony bardzo szeroko i obejmuje np. oleje stosowane w branży motoryzacyjnej, w której roczne dostawy na poziomie wymaganym przez Zamawiającego należy uznać za przeciętne. Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego tym twierdzeniom. Ponadto Izba uznała, iż warunek nie jest nadmierny, odpowiada zakresowi zamówienia ani nie narusza uczciwej konkurencji. Z uwagi na przewidywane zużycie oleju w zakresie części 2 na poziomie 111 tys. litrów, a zatem roczne wynoszące 37 tys. litrów wykazanie się dostawą w ciągu roku 10 tys. litrów olejów na rzecz jednego zamawiającego jest warunkiem pozwalającym na wyłonienie wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. Izba wskazuje, że wymóg wykazania się jedną dostawą na tym poziomie obejmuje nie tylko dostawę w ramach jednej umowy na rzecz jednego zamawiającego, ale również zrealizowanie zamówienia nie mniej niż 10 tys. litrów olejów na rzecz jednego zamawiającego, niezależnie od liczby dostaw, byleby łącznie wykonawca dostarczył wymaganą ilość w okresie roku. Zamawiający, ustanawiając warunki udziału w postępowaniu musi działać z poszanowaniem uczciwej konkurencji, ale równocześnie w oparciu o racjonalną analizę swoich potrzeb, tak, aby zapewnić sobie realizację zamówienia przez podmiot do tego zdolny i nie narazić się na zarzut niedołożenia w tym zakresie należytej staranności.

W związku z brakiem stwierdzenia zarzucanych naruszeń na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) i 2) oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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), przy czym Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, ponieważ do zamknięcia rozprawy nie została w tym zakresie złożona faktura ani rachunek. Izba uznała, iż złożony do akt sprawy spis kosztów obejmujący koszty opłaty skarbowej w wysokości 51 zł oraz wynagrodzenie

pełnomocnika w wysokości 3 600 zł nie stanowi wystarczającej podstawy dla zasądzenia kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w rozumieniu § 3 pkt 2) ww rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, ponieważ nie może być uznany za rachunek, a sam pełnomocnik przyznał, iż odpowiednia faktura nie została jeszcze Zamawiającemu wystawiona.

Przewodniczący:

.....