

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 18 lipca 2014 roku

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych pismem z dnia 23 czerwca 2014 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o. o.
ul. Włociańska 52, 01-710 Warszawa

dotyczących „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” (znak: UZP/DKD/KND/5/14) z dnia 16 czerwca 2014 roku w przedmiocie zamówienia na zadanie pn.: *„Dostawa oleju napędowego o polepszonych właściwościach niskotemperaturowych i oleju napędowego standardowego”*.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Beata Pakulska
Członkowie:	Anna Packo
	Katarzyna Prowadzisz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 23 czerwca 2014 r. uznaje za częściowo uzasadnione.

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o. o. w Warszawie – realizował, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa oleju napędowego o polepszonych właściwościach niskotemperaturowych i oleju napędowego standardowego”.

W wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych [dalej zwany: „Prezesem UZP”] ustalił następujący stan faktyczny oraz stwierdził następujące naruszenia – *Informacja o wynikach kontroli doraźnej z dnia 16 czerwca 2014 roku* (znak: UZP/DKD/KND/5/14).

Prezes UZP wskazał, że zgodnie z treścią punktu III.6 rozdziału 6. SIWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego do oferty należało załączyć m. in. wyniki badań oferowanego oleju napędowego wykonane przez laboratorium akredytowane przez Polskie Centrum Akredytacji uprawnione do badań oleju napędowego potwierdzające spełnianie wzorcowych wymagań oferowanego oleju napędowego określonych w załączniku nr 6 do SIWZ. Jednym z parametrów wskazanych w załączniku nr 6 do SIWZ była zawartość etanolu/metanolu. Dodatkowo podniósł, że w toku postępowania do zamawiającego wpłynęło pismo wskazujące, iż parametr „zawartość etanolu/metanolu” i podane przy nim metody badań dotyczą tylko benzyn i żadne laboratorium nie posiada akredytacji do przeprowadzania badań w tym zakresie. Powołał się na pismo zamawiającego z dnia 25 czerwca 2012 r., w którym zamawiający przyznał, że żadne laboratorium w kraju nie posiada akredytacji PCA na prowadzenie badań oleju napędowego na zawartość etanolu/metanolu. Zamawiający wyjaśnił, iż nie wymagał w SIWZ, aby laboratorium, którego badania miały potwierdzać zgodność oferowanego produktu z wymaganiami zamawiającego, posiadało akredytację PCA na prowadzenie badań dodatkowych, niestandardowych parametrów oleju napędowego, w tym zawartości etanolu/metanolu. Żądanie akredytacji dotyczyło wyłącznie uprawnień laboratorium do badań oleju napędowego, który to warunek spełnia wiele laboratoriów w Polsce. W ocenie Prezesa UZP, stanowisko zamawiającego, że żądanie akredytacji dotyczyło wyłącznie standardowych parametrów oleju napędowego nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania. Wskazał, że w SIWZ nie zostało zawarte stosowne zastrzeżenie, jak i w toku odpowiedzi na pytania, zamawiający podtrzymał dotychczasowe brzmienie SIWZ.

W ocenie Prezesa UZP, odczytując literalnie wymóg zamawiającego sformułowany w SIWZ, należałoby stwierdzić, iż wymagał on załączenia do oferty dokumentu, którego uzyskanie nie było możliwe. Następnie Prezes UZP stwierdził, że wymóg przedłożenia badań

oferowanego oleju napędowego wykonanych przez laboratorium akredytowane przez PCA uprawnione do badań oleju napędowego potwierdzające spełnienie wzorcowych wymagań oferowanego oleju napędowego w zakresie zawartości etanolu/metanolu nie znajduje uzasadnienia w odniesieniu do przedmiotu postępowania oraz czyni zrealizowanie świadczenia będącego przedmiotem zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ niemożliwym, co stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Ponadto, Prezes UZP wskazał, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna z mocy prawa na podstawie art. 387 § 1 k.c. w zw. z art.139 ustawy P.z.p. Zgodnie zaś z art. 146 ust. 1 ustawy P.z.p., gdy nie może dojść do zawarcia wykonalnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego, spełniona jest przesłanka unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. Zdaniem Prezesa UZP w przedmiotowej sprawie obiektywnie niemożliwe byłoby wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ w zakresie dotyczącym dostawy oleju napędowego, którego zawartość etanolu byłaby potwierdzona wynikiem badań przeprowadzonych przez laboratorium posiadające akredytację PCA w zakresie badania powyższego parametru, dlatego też zamawiający obowiązany był unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.

W dalszej kolejności Prezes UZP odniósł się do kwestii załączonych do oferty przez wykonawcę PKN ORLEN S.A. wyników badań oferowanego oleju napędowego, wykonanych przez ORLEN Laboratorium Sp. z o. o. wskazując, że akredytacją PCA nie zostały objęte badania parametrów: wygląd zewnętrzny, odczyn wyciągu wodnego, ocena smarności z użyciem aparatu o ruchu posuwisto-zwrotnym wysokiej częstotliwości HFRR, korozja na trzpieniu stalowym, wpływ działania wody, zawartość związków organicznych zawierających tlen, zawartość etanolu/metanolu oraz liczba kwasowa. W wynikach badań widnieje też adnotacja, iż nieakredytowane wyniki badań nie były opiniowane przez laboratorium z wyjątkiem wyniku badania oceny smarności, w odniesieniu do której stwierdzono zgodność z wymaganiami normy PN-EN 590+A1:2010. Natomiast załączone przez wykonawcę PKN ORLEN S.A. sprawozdania z badań zawartości etanolu/metanolu zostały wykonane przez laboratorium nieposiadające akredytacji na badanie tych parametrów.

Wskazał też, że z wyników badań ORLEN Laboratorium Sp. z o. o. dla oleju napędowego standardowego wynika, iż liczba cetanowa oferowanego paliwa wynosiła $51,2 \pm 2,9$. Z kolei w odniesieniu do oleju napędowego o polepszonych właściwościach niskotemperaturowych zawartość siarki określona została na poziomie $9,3 \pm 1,1$ mg/kg, a ocena smarności wyniosła 457 ± 40 urn. Mając na uwadze margines błędu wskazany w wynikach badań powyższych parametrów, w ocenie Prezesa UZP, nie sposób jednoznacznie stwierdzić, że oferowane oleje napędowe odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego w SIWZ. Nadto, w załączonych do oferty sprawozdaniach z badań brak jest wyników badań dla wymaganego

w SIWZ parametru „badanie skłonności do zanieczyszczenia rozpylaczy - wskaźnik zmniejszenia drożności rozpylaczy przy wzniosie iglicy 0,10 mm”.

W oparciu o powyższe Prezes UZP wywodził, że dokumenty złożone wraz z ofertą wykonawcy PKN Orlen S.A. nie mogą potwierdzać, że oferowany przez ww. wykonawcę olej napędowy spełnia wymagania zamawiającego określone w SIWZ, a zatem zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. zamawiający winien był odrzucić tą ofertę, z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zaniechanie tej czynności stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Pismem z 23 czerwca 2014 roku zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami zawartymi w punkcie II.1. *Informacji o wyniku kontroli* wskazując, że opierają się one na wadliwej wykładni SIWZ, która to wykładnia nie znajduje oparcia w rzeczywistym brzmieniu odpowiednich postanowień SIWZ. Podniósł, że wykładnia pkt III.6 rozdziału 6. SIWZ, dokonana przez Zamawiającego, prowadzi do wniosku, że zamawiający ustanowił wymaganie, którego spełnienie nie jest możliwe przez żadnego wykonawcę, a zatem, że wybór wykonawcy zamówienia w sposób zgodny z przepisami prawa w wyniku przeprowadzonego postępowania nie jest w ogóle możliwy. Zamawiający odnosząc się do wymagania zawartego w pkt III.6 rozdziału 6. SIWZ o treści: „*Wyniki badań oferowanego oleju napędowego wykonanych przez laboratorium akredytowane przez Polskie Centrum Akredytacji (PCA) uprawnione do badań oleju napędowego potwierdzające spełnianie wzorcowych wymagań oferowanego oleju napędowego określonych w załączniku nr 6 do SIWZ*” wskazuje, że należy je interpretować w taki sposób, iż obowiązkiem wykonawcy było:

- 1) przedłożenie wyników badań oferowanego oleju napędowego, przy czym
- 2) badania winny zostać wykonane przez laboratorium akredytowane przez Polskie Centrum Akredytacji (PCA) uprawnione do badań oleju napędowego,
- 3) wyniki badań potwierdzają spełnianie wzorcowych wymagań oferowanego oleju napędowego określonych w załączniku nr 6 do SIWZ.

Wykonawca mógł przedstawić wyniki badań pochodzące od każdego laboratorium akredytowanego przez PCA uprawnionego do badań oleju napędowego, a zatem jedynym zakresem do jakiego można odnieść wskazany w *Informacji o wyniku kontroli* wymóg akredytacji, było uprawnienie do badań oleju napędowego. Postanowienie to, w opinii zamawiającego, nie odnosi się natomiast do kwestii bezwzględnego posiadania akredytacji w odniesieniu do badania każdego z wzorcowych parametrów wymienionych w załączniku nr 6 do SIWZ. Podobnie nieuprawnione jest wywodzenie konieczności dysponowania opinią laboratorium akredytowanego przez PCA. Zdaniem Zamawiającego dla ustalenia faktycznego

zakresu wymagań Zamawiającego w świetle spornego zapisu SIWZ konieczne było przeanalizowanie w toku postępowania kontrolnego, jak należy rozumieć określenie „laboratorium akredytowane przez Polskie Centrum Akredytacji (PCA) uprawnione do badań oleju napędowego”. Powołał się przy tym na swoje stanowisko zaprezentowane w piśmie z dnia 25 czerwca 2012 roku, w którym wskazał, że „ogólnie wiadomo w branży paliwowej, że uprawnienia laboratorium do badań oleju napędowego dotyczą parametrów, które występowały w obowiązującym (w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) w Polsce akcie prawnym, tj. w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 09.12.2008 r. w sprawie wymagań jakościowych dla paliw ciekłych, zawierającym te same parametry co polska norma PN-EN 590+AU2010 (Paliwa do pojazdów samochodowych - Oleje napędowe - Wymagania i metody badań) (...) zamawiający nie wymagał (z uwagi na nietypowy charakter parametrów w stosunku do ww. Rozporządzenia oraz polskiej normy) akredytacji laboratorium na badania dodatkowych niestandardowych parametrów oleju napędowego - a były to następujące parametry: badanie skłonności do zanieczyszczenia rozpylaczy, odczyn (pH) wyciągu wodnego, właściwości przeciwkorozyjne, liczba kwasowa, zawartość etanolu/metanolu, wygląd (parametr określany organoleptycznie, bez wymagania metody badawczej). Z poniższej analizy wynika, że dodatkowe niestandardowe parametry mogą być zbadane (zgodnie z wymaganiami SIWZ) przez laboratoria akredytowane przez PCA, które posiadają uprawnienia do badań oleju napędowego.”. Zamawiający w przytoczonym piśmie z dnia 25 czerwca 2012 roku wyjaśniał także, iż: „ustanawiając wymóg złożenia wraz z ofertą przez wykonawcę wyników badań dodatkowych niestandardowych parametrów (w tym zawartości etanolu/metanolu w oferowanym oleju napędowym) niewchodzących w skład parametrów badań oleju napędowego, a wykonywanych przez laboratorium akredytowane przez PCA uprawnione do badań oleju napędowego przy okazji badania parametrów oleju napędowego, zamawiający kierował się względami uzyskania wyników badań z laboratorium dającego wysokie gwarancje stosowanych procedur badawczych zapewniających otrzymanie wyników o znacznej wiarygodności”. Wskazał przy tym, że wykonawca mógł po rozeznaniu rynku, wykonać badania zawartości etanolu i metanolu w sposób określony w SIWZ.

Według zamawiającego zakresem akredytacji laboratorium akredytowanego przez PCA uprawnionego do badań oleju napędowego jest objęte badanie parametrów wynikających z obowiązujących przepisów rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 9 grudnia 2008 r. w sprawie wymagań jakościowych dla paliw ciekłych (Dz. U. z 2008 r., Nr 221, poz. 1441) zawierających te same parametry co polska norma PN-EN 590+Al:2010 (Paliwa do pojazdów samochodowych - Oleje napędowe - Wymagania i metody badań). Nie oznacza to jednak, iż laboratoria akredytowane przez PCA uprawnione do badań oleju napędowego nie mogą prowadzić badań innych parametrów oleju napędowego będących poza akredytacją.

Ponadto, zamawiający wskazał, że za bezzasadny należy zatem uznać wniosek organu kontrolującego, iż zamawiający naruszył art. 25 ust. 1 pkt 2 P.z.p., żądając dokumentu, który nie był niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na to, że organ kontrolujący nie kwestionował bowiem uprawnienia zamawiającego do zamieszczenia w SIWZ wymagania, aby oferowany olej napędowy spełniał parametry ponadstandardowe, lecz jedynie żądanie dokumentu, którego pozyskanie nie jest możliwe.

Reasumując wywody w tym zakresie zamawiający wskazał, że postępowanie nie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą i nie było żadnych przesłanek, aby je unieważnić na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 P.z.p.

Odnosząc się do zarzutów wskazanych w punkcie II.2. Informacji o wyniku kontroli zamawiający podnosił, co następuje.

Nie wymagał on od wykonawców, aby przedstawili badania wykonane przez laboratorium akredytowane przez PCA uprawnione do badań oleju napędowego, którego zakres akredytacji obejmował wszystkie wzorcowe parametry określone przez zamawiającego w załączniku nr 6, w tym parametry niestandardowe. Zatem załączone do oferty wyniki badań oferowanego oleju napędowego wykonane przez laboratorium akredytowane przez PCA uprawnione do badań oleju napędowego (ORLEN Laboratorium Sp. z o. o.) zostały uznane za wykonane zgodnie z wymaganiami SIWZ. Podniósł także, że w oparciu o analizę treści sprawozdań z badań przedłożonych wraz ofertą brak jest podstaw do wniosku poczynionego przez organ kontrolujący, iż parametr badania smarności nie został objęty akredytacją. Wskazał także, że skoro wyniki badań potwierdzają zgodność parametru smarności z normą PN-EN 590+A1:2010 brak jest jakichkolwiek podstaw dla wniosku o niezgodności zaoferowanego oleju z SIWZ. Zgodność z wymaganiami normy PN-EN 590+A1-.2010 została również stwierdzona w odniesieniu do nieakredytowanego wyniku badania oceny smarności z użyciem aparatu o ruchu posuwisto-zwrotnym wysokiej częstotliwości HFRR. Ponadto, wskazał, że jedynie wynik badania nie był objęty zakresem akredytacji, a nie parametr oceny smarności. Akredytacja na badanie smarności była, a tylko wynik znalazł się poniżej dolnego progu zakresu akredytowanego, co nie oznacza braku kognicji laboratorium do potwierdzenia zgodności parametru z normą PN-EN 590+A1:2010.

Zamawiający podniósł ponadto, że powołanie się przez zamawiającego na wskazaną w sprawozdaniu z wyników badań tolerancję jako uzasadnienie dla wątpliwości co do spełnienia wymagań SIWZ należałoby uznać za bezpodstawne. Oznaczałoby to bowiem nieuprawnione podważenie ustaleń poczynionych przez laboratorium akredytowane przez PCA w zakresie badań oleju napędowego i to w odniesieniu do akredytowanego parametru. Wykonujące badania laboratorium dokonuje interpretacji uzyskanych wyników zgodnie z normą i w oparciu o powyższą interpretację dokonuje ustaleń w zakresie zgodności danego parametru z normą.

Odnosząc się do zarzutu iż w załączonych do oferty sprawozdaniach z badań brak jest wyników badań dla wymaganego w SIWZ parametru „*badania skłonności do zanieczyszczenia rozpylaczy - wskaźnik zmniejszenia drożności rozpylaczy przy wzniosie iglicy 0,10 mm*” wskazał, że wyniki w zakresie w/w badań znajdują się na stronie 111 oferty.

Ponadto, zamawiający zauważył, że zarzuty szczegółowe dotyczące zgodności oferty PKN ORLEN S.A. z treścią SIWZ nie były przedmiotem pytań ani w toku postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez organ kontrolujący w 2012 roku, ani po wszczęciu kontroli doraźnej w marcu 2014 roku. Zamawiający nie miał zatem możliwości odniesienia się do tych zarzutów na wcześniejszym etapie postępowania.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy P.z.p., Prezes UZP przekazał je pismem z dnia 4 lipca 2014 r. do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej.

W dniu 14 lipca 2014 roku zamawiający złożył pismo, w którym przedstawił dodatkową argumentację na poparcie swojego stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła co następuje:

Oceniając zastrzeżenia kontrolowanego Izba nie podzieliła stanowiska Prezesa UZP w zakresie naruszeń wskazanych w punkcie II.1. *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 16 czerwca 2014 r., w którym Prezes UZP stwierdził naruszenie przez zamawiającego art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. polegające na żądaniu od wykonawców załączenia do oferty dokumentu, którego uzyskanie nie było możliwe.

Kwestią sporną było rozumienie postanowienia zawartego w punkcie III.6 rozdziału 6. SIWZ o następującej treści: „*Wyniki badań oferowanego oleju napędowego wykonanych przez laboratorium akredytowane przez Polskie Centrum Akredytacji (PCA) uprawnione do badań oleju napędowego potwierdzające spełnianie wzorcowych wymagań oferowanego oleju napędowego określonych w załączniku nr 6 do SIWZ.*”. Wzorcowe wymagania oferowanego oleju napędowego określone przez zamawiającego w załączniku nr 6 do SIWZ dotyczyły m.in. parametru „zawartość etanolu/metanolu”. Nie było sporne w trakcie kontroli, że żadne laboratorium akredytowane przez Polskie Centrum Akredytacji uprawnione do badań oleju napędowego nie posiada akredytacji w zakresie parametru „zawartość etanolu/metanolu”, jako że parametr ten dotyczy benzyn.

Zdaniem Prezesa UZP z brzmienia ww. postanowienia SIWZ wynika, że zamawiający wymagał załączenia do oferty dokumentu, którego uzyskanie nie było możliwe, albowiem zamawiający żądał złożenia badań oferowanego oleju napędowego wykonanych przez

laboratorium posiadające akredytację PCA w zakresie badań parametru „zawartość etanolu/metanolu”.

W ocenie Izby interpretacja postanowienia zawartego w pkt III.6 rozdziału 6. SIWZ przedstawiona przez Prezesa UZP jest zbyt daleko idąca w stosunku do treści tego postanowienia. Z treści postanowienia, o którym mowa powyżej, w ocenie Izby, można wywieść to, że zamawiający oczekuje złożenia badań oferowanego oleju napędowego wykonanych przez laboratorium akredytowane przez Polskie Centrum Akredytacji uprawnione do badań oleju napędowego, a zatem wymóg akredytacji odnosi się do laboratorium uprawnionego do badań oleju napędowego. Natomiast to wyniki badań miały potwierdzać spełnianie wzorcowych wymagań oferowanego oleju napędowego określonych w załączniku nr 6 do SIWZ.

Wymóg zamawiających dotyczący akredytacji jest częstym wymogiem odnoszącym się do „jakości” laboratorium, który nie musi oznaczać akredytacji co do wszystkich parametrów – zwłaszcza jeśli zamawiający zdawał sobie sprawę, że nie ma laboratorium akredytowanego dla wszystkich parametrów. Oczywiście laboratorium posiadające akredytację dla wszystkich parametrów byłoby najlepszym możliwym wyborem, a zatem i taki wymóg byłby najlepszy, ale oczywiste jest, że zamawiający musi się dostosować do istniejących realiów.

Zatem w konsekwencji zamawiający wybrał opcję, w której badania wykona laboratorium akredytowane przez PCA w zakresie badań oleju napędowego, ale niektóre z tych badań będą poza zakresem jego akredytacji.

Prezes UZP ani żaden z wykonawców nie negował możliwości wykonywania badań przez akredytowane laboratoria poza zakresem akredytacji, a są one wykonywane, co potwierdzają choćby badania dokonane przez laboratorium PKN Orlen załączone do jego oferty.

Sposób interpretacji przedstawiony przez Prezesa UZP nie znajduje też bezpośrednio potwierdzenia w pytaniu zadany zamawiającemu w toku postępowania przetargowego przez jednego z wykonawców (firmę Lotos), w brzmieniu: *„Rozdział 3., Opis przedmiotu zamówienia. W rozdziale tym umieścili Państwo zestawienie parametrów w formie tabeli, które powinny być spełnione przez oferowane oleje napędowe. Część ujętych tam parametrów nie jest ujęta we wskazanych przez Państwa normach prawnych w rozdz. 3 tj. pkt.2.1. i pkt 2.2. oraz pkt. 3.1. i 3.2. Dodatkowo parametr „zawartość etanolu/metanolu” i podane przy nim metody badań dotyczą tylko benzyn i żadne laboratorium nie posiada akredytacji w tym zakresie. Czy w związku z wysokimi dodatkowymi kosztami jakie oferenci muszą ponieść na badania ON oraz parametrem dotyczącym benzyn zmodyfikują Państwo wymóg zgodności oferowanych olei napędowych do zgodności z normami prawnymi?”*

Odnosząc się do powyższego pytania wskazać należy, że wykonawca zadający pytanie nie miał wątpliwości, że żadne laboratorium nie posiada akredytacji w zakresie badań parametru „zawartość etanolu/metanolu”. Jak słusznie zauważa zamawiający, wykonawca ten nie zadał

pytania czy wystarczające będzie przedłożenie badań z laboratoriów akredytowanych wykonujących badania na zawartość etanolu/metanolu, których akredytacja nie obejmuje badania tego parametru. Nie wskazał też, że żądanie to jest niemożliwe ze względu na brak akredytacji, nie zadał pytania, w jakim zakresie zamawiający uzna wyniki badań pozostałych ponadstandardowych parametrów, które zostały określone w załączniku nr 6 do SIWZ, a które nie wynikają z obowiązujących norm prawnych i nie są objęte zakresem akredytacji. Wnosił on jedynie o to, by zamawiający ograniczył swoje wymagania co do złożenia wyników badań w zakresie dodatkowych parametrów, wskazując jednocześnie na wysokie koszty dodatkowych badań oleju napędowego. Zarówno wykonawca, który złożył ofertę, jak i wykonawca, który postawił ww. pytanie to profesjonaliści, prowadzący zawodowo działalność gospodarczą m.in. w zakresie dostaw olejów napędowych. Skoro nie wskazywali oni na konieczność wyjaśnienia warunku przez wskazanie czy wymóg zamawiającego dotyczy przedłożenia wyników badań obejmujących zakresem akredytacji wszystkie wzorcowe parametry, w tym ponadstandardowe, oznacza to, że nie mieli wątpliwości czego w istocie dotyczy wymóg zamawiającego. Wykonawca zadający pytanie wyraził jedynie wątpliwość, z której wynika, żądanie określenia czy zamawiający podtrzymuje żądanie przeprowadzenia badań wszystkich parametrów w związku z dużymi kosztami badań oraz parametrem, który dotyczy benzyn, a nie olejów napędowych.

Biorąc pod uwagę powyższe, interpretacja Prezesa UZP, sprowadzająca się do stwierdzenia, że z kwestionowanego postanowienia SIWZ wynika wymóg załączenia do oferty wyników badań na zawartość parametrów niestandardowych, w tym etanolu/metanolu wykonanych przez laboratorium posiadające akredytację PCA na badanie także tych parametrów, jest nieuzasadniony. Izba, nie podzielając rozumienia przez Prezesa UZP kwestionowanego postanowienia SIWZ, zauważa, że wymóg, określony w punkcie III.6 rozdziału 6. SIWZ, mógłby zostać odmiennie zrozumiany w zakresie owej akredytacji, co potwierdza chociażby stanowisko Prezesa UZP, jak i w pewnym zakresie pytanie firmy LOTOS.

Zdaniem Izby, Zamawiający widząc po ww. pytaniu, że wykonawca ma wątpliwości co do zakresu żądanych badań (w szczególności w zakresie parametru odnoszącego się bezpośrednio do benzyn) oraz, że jego wymóg wykonawca może rozumieć jako obowiązek posiadania przez laboratorium akredytacji dla wszystkich wymaganych parametrów (pomimo, iż ten sam wykonawca ma świadomość, że takich badań nie jest w stanie uzyskać) powinien był wskazać wykonawcy jak należy rozumieć przedmiotowy warunek. Należy bowiem podkreślić, że zamawiający ma obowiązek takiego opisanie swoich wymagań, aby były one jak najbardziej jasne i jednoznaczne. W szczególności dotyczy to specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej wyjaśniania.

Natomiast Izba podziela co do zasady stanowisko Prezesa UZP w zakresie naruszenia wskazanego w punkcie II.2. Informacji o wyniku kontroli doraźnej, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt

2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PKN ORLEN S.A., której treść nie odpowiadała treści SIWZ, z zastrzeżeniem, o którym mowa poniżej.

Prezes UZP, wskazał m.in., że jedynie część przedstawionych przez PKN Orlen S.A. wyników badań oferowanego produktu objęta była zakresem wymaganej w SIWZ akredytacji PCA i opinią laboratorium. W ocenie Izby, z przyczyn, które zostały uprzednio wskazane w treści niniejszej uchwały, nie sposób uznać, że zamawiający sformułował wymóg SIWZ w ten sposób, iż wszystkie parametry oleju napędowego powinny być objęte zakresem akredytacji PCA w ramach przeprowadzonych badań.

W tym zakresie zarzut niezgodności oferty PKN ORLEN S.A. z treścią SIWZ w ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba podziela jednak stanowisko Prezesa UZP wskazujące na niejednoznaczne wyniki badań poszczególnych wzorcowych parametrów oleju napędowego, a tym samym na niemożność ustalenia czy oferowany olej napędowy spełnia wymagania zamawiającego, określone w treści SIWZ. Prezes UZP wskazał, że z wyników badań ORLEN Laboratorium Sp. z o. o. dla oleju napędowego standardowego wynika, iż liczba cetanowa oferowanego paliwa wynosiła $51,2 \pm 2,9$. Z kolei w odniesieniu do oleju napędowego o polepszonych właściwościach niskotemperaturowych zawartość siarki określona została na poziomie $9,3 \pm 1,1$ mg/kg, a ocena smarności wyniosła 457 ± 40 μ m. Nie ulega wątpliwości, że odnosząc te wyniki badań do wartości maksymalnych i minimalnych poszczególnych parametrów wskazanych przez zamawiającego w treści SIWZ (np. liczba cetanowa min. 51,0; zawartość siarki max. 10,0 mg/kg; smarność max. 460 μ m), należałoby stwierdzić za Prezesem UZP, że margines błędu wskazany w wynikach badań powyższych parametrów nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że oferowane oleje napędowe odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego w SIWZ.

Zamawiający wskazywał wprawdzie, że potwierdzenie zgodności oferowanego oleju napędowego w zakresie badanych parametrów z normą PN-EN 590+A1:2010 zostało dokonane przez laboratorium akredytowane. Jednak zauważyć należy, że zamawiający określając konkretne wartości poszczególnych parametrów w SIWZ i otrzymując wyniki badań niejednoznaczne w tym zakresie, nie powinien ich bezkrytycznie przyjmować. Niezależnie bowiem od tego, czy laboratorium było akredytowane i, czy potwierdziło zgodność wyników badań z normą, wyniki badań nie potwierdzają spełnienia wymagań SIWZ, a ich potwierdzeniu miały służyć.

Odnośnie kwestii braku wyników badań dla wymaganego w SIWZ parametru „badanie skłonności do zanieczyszczenia rozpylaczy - wskaźnik zmniejszenia drożności rozpylaczy przy wzniosie iglicy 0,10 mm, Izba uwzględniła wyjaśnienia zamawiającego, że wyniki w zakresie przedmiotowych badań znajdują się na stronie 111 oferty (na stronie 2 załączonego do oferty sprawozdania nr II/TE/2012 Instytutu Nafty i Gazu w Krakowie - laboratorium akredytowane przez PCA).

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....