

WYROK

z 28 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie 24 września 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę Petrojet Sp. z o.o. z siedzibą w Kieszku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejski Zakład Komunikacji Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, przy udziale wykonawcy Orlen Paliwa Sp. z o.o. z siedzibą w Widelce

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - 1.2 unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,
 - 1.3 przeprowadzenie ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu.
2. Kosztami postępowania obciąża Miejski Zakład Komunikacji Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego - Petrojet Sp. z o.o. z siedzibą w Kieszku tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego - Miejskiego Zakładu Komunikacji Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku na rzecz Petrojet Sp. z o.o. z siedzibą w Kieszku kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Sukcesywne dostawy paliw ciekłych dla: 1) Miejskiego Zakładu Komunikacji Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, 2) Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Słupsku, 3) Wodociągów Słupsk Sp. z o.o. w Słupsku”, numer: 4/NPR/2021, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 1 czerwca 2021 r. pod numerem 2021/S 104-274910.

6 sierpnia 2021 r. wykonawca Petrojet Sp. z o.o. z siedzibą w Kieszku (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 19 Pzp w zw. z Rozdziałem IV ust. 5 pkt 10 SWZ przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia podczas gdy:

a) oferta Odwołującego była zgodna z warunkami zamówienia i wypełnione zostały wszelkie wymogi postawione w SWZ;

b) złożono wraz z ofertą, zgodnie z Rozdziałem V SWZ (w treści formularza ofertowego) przedmiotowe środki dowodowe;

c) Odwołujący na wadliwe wezwanie w trybie art. 187 Pzp (dotyczące dialogu konkurencyjnego) złożył poświadczoną elektronicznie kserokopię umowy handlowej z producentem paliwa umowę z BP Europa SE z siedzibą w Hamburgu, działającym na terenie Polski przez BP Europa SE Spółka Europejska Oddział w Polsce;

d) Odwołujący na ponowne wezwanie, ale z art. 223 ust. 1 Pzp (mimo, że Zamawiający wadliwie wezwał do złożenia ww. umowy - do czego w świetle tego przepisu nie był uprawniony) ponownie złożył poświadczoną elektronicznie prawidłową umowę z BP Europa SE z siedzibą w Hamburgu, działającym na terenie Polski przez BP Europa SE Spółka Europejska Oddział w Polsce;

e) zgodnie z ust. 5 pkt 10 rozdziału IV SWZ „Zamawiający wymagać będzie, aby Wykonawca, którego oferta została wybrana, przed podpisaniem umowy złożył Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kserokopię

umowy handlowej z producentem paliwa, z której będzie wynikała dostępność paliw dla potrzeb realizacji niniejszego przetargu. Z wymogu zwolnieni będą producenci paliw. Zamawiający dopuszcza złożenie przez Wykonawcę zamiast ww. umowy oświadczenia producenta paliwa, z którego będzie wynikała dostępność paliw dla potrzeb realizacji niniejszego przetargu”, wybór zaś nastąpił dopiero 28 lipca 2021 r., kiedy odrzucono ofertę Odwołującego, a zatem Zamawiający nie miał prawa do żądania jakichkolwiek umów i tym bardziej w oparciu o nie weryfikowania zgodności z warunkami zamówienia oferty wykonawców;

f) umowa, o której mowa w ww. postanowieniu SWZ nie była przedmiotowym środkiem dowodowym, gdyż ich lista była w Rozdziale V SWZ;

g) żądanie przez Zamawiającego złożenia umów z producentem stanowiło nadmiarowe wezwanie, nie znajdujące oparcia w postanowieniach SWZ, ani w przepisach Pzp, a zatem nie mogło wywołać negatywnych skutków dla wykonawcy, gdyż nie określono w SWZ, że Zamawiający będzie w oparciu o te dokumenty weryfikował zgodność oferty z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zamawiający określił w Rozdziale IV ust. 5 pkt 10 SWZ: „Zamawiający wymagać będzie, aby Wykonawca, którego oferta została wybrana, przed podpisaniem umowy złożył Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kserokopię umowy handlowej z producentem paliwa, z której będzie wynikała dostępność paliw dla potrzeb realizacji niniejszego przetargu. Z wymogu zwolnieni będą producenci paliw. Zamawiający dopuszcza złożenie przez Wykonawcę zamiast ww. umowy oświadczenia producenta paliwa, z którego będzie wynikała dostępność paliw dla potrzeb realizacji niniejszego przetargu”.

Analogiczne postanowienie zostało zawarte w Rozdziale XX ust. 2 SWZ, mówiącym o formalnościach przed podpisaniem umowy. Wymóg złożenia umowy lub oświadczenia, o którym mowa w Rozdziale IV ust. 5 pkt 10 SWZ oraz czas, kiedy należy je złożyć powodował, że te dokumenty nie były przedmiotowym środkiem dowodowym, gdyż nie były składane wraz z ofertą. Ponadto wykaz przedmiotowych środków dowodowych znajdował się w Rozdziale V SWZ, a tam nie było mowy o umowie lub oświadczeniu z Rozdziału IV ust. 5 pkt 10 SWZ. Co więcej, tylko w ww. przypadkach była mowa o złożeniu takiego dokumentu.

Ocena zgodności ofert z SWZ dokonywana miała być w oparciu o treść oferty wykonawcy, a w zakresie producenta paliw, zgodnie ze środkiem z Rozdziału V ust. 3 SWZ, czyli według oświadczenia wykonawcy z formularza ofertowego. Mając powyższe na uwadze, przed wyborem oferty najkorzystniejszej i opublikowania informacji o wyborze, nie było podstaw do żądania przez Zamawiającego takich dokumentów jak sporna umowa.

Mimo braku umocowania w SWZ, Zamawiający 13 lipca 2021 r. wezwał Odwołującego do złożenia tych dokumentów po otwarciu ofert, a przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wezwał Odwołującego w oparciu o art. 187 Pzp, który nie dotyczy przetargu nieograniczonego, a dialogu konkurencyjnego. Mimo to w odpowiedzi Odwołujący złożył zeskanowaną kopię umowy z BP Europa SE z siedzibą w Hamburgu, działającym na terenie Polski przez BP Europa SE Spółka Europejska Oddział w Polsce zaopatrzoną przez Odwołującego w kwalifikowany podpis elektroniczny, co w świetle § 6 i 7 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. poz. 2452), było prawidłowym poświadczeniem. Mimo zatem wadliwości i niedopuszczalności wezwania, Odwołujący je prawidłowo wykonał.

Mimo powyższego Zamawiający w oparciu o art. 223 ust. 1 PZP ponownie wezwał 16 lipca 2021 r. do złożenia umowy z producentem paliw. Odwołujący 19 lipca 2021 r. ponownie przesłał poświadczoną umowę z BP Europa SE z siedzibą w Hamburgu, działającym na terenie Polski przez BP EUROPA SE Spółka Europejska Oddział w Polsce.

Odwołujący przekazał Zamawiającemu trzy umowy:

1. umowa ze spółką z grupy kapitałowej producenta PKN ORLEN S.A. - Orlen Paliwa Sp. z o. o wraz z deklaracją wolumenu,
2. umowa ze spółką z grupy kapitałowej producenta Grupy Lotos S.A. - Lotos Paliwa Sp. z o.o. wraz z deklaracją wolumenu,
3. umowa z producentem BP Europa SE z siedzibą w Hamburgu, działającym na terenie Polski przez BP EUROPA SE Spółka Europejska Oddział w Polsce.

Odwołujący wskazał przy tym, że deklaracja wolumenowa w umowach z Orlen Paliwa Sp. z o.o. oraz Lotos Paliwa Sp. z o.o. jest wymogiem wewnętrznym wymienionych spółek. W zakresie BP Europa SE z siedzibą w Hamburgu, działającym na terenie Polski przez BP Europa SE Spółka Europejska Oddział w Polsce zapewniona współpraca miała charakter nieograniczony ilościowo, spełniający aż nadto zakresy ilościowe paliwa z SWZ. Mając na uwadze wszystkie trzy umowy, wolumen możliwych dostaw znacznie przekraczał zapotrzebowanie Zamawiającego.

Odwołujący wskazał ponadto, że ze złożonej umowy z BP Europa SE z siedzibą w Hamburgu wynikało, iż Odwołujący miał ważną umowę z producentem paliw. To, że ww. podmiot jest producentem paliw było bezsporne, gdyż znajdował się m.in. na liście Rejestru Producentów i Handlowców (stan na 9 lipca 2021 r., numer koncesji OPZ/7/1031/W/DRG/2014/MJ) - w zakresie „Benzyny silnikowe, inne nafty, oleje napędowe, lekkie oleje opałowe i pozostałe oleje napędowe”. Rejestr ten ma charakter rejestru publicznego i jest prowadzony przez Rządową Agencję Rezerw Strategicznych.

Z uwagi na strukturę działalności BP Europa SE, Odwołujący wskazał, że ten podmiot jest producentem paliwa i gwarantem produkcji i dostaw. Na dowód złożył rejestr handlowy wraz z tłumaczeniem przysięgłym, dotyczący spółki BP Europa SE z Hamburga, gdzie ujęto przedmiot działalności m.in. produkcja paliwa. Dodatkowo wskazać należy, że BP Europa SE powstała na skutek połączeniu wielu podmiotów, w tym BP Polska S.A. Jednostka BP Europa SE Oddział w Polsce jest zaś oddziałem zagranicznego przedsiębiorcy, przez który ten podmiot zagraniczny musi działać, i nie jest podmiotem odrębnym od tego zagranicznego przedsiębiorcy, a jest emanacją na terenie Polskie (zakres regionalny) wszystkich praw, obowiązków, uprawnień i możliwości samego przedsiębiorcy zagranicznego - BP Europa SE z Hamburga.

Na potwierdzenie powyższych okoliczności Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

1. wezwanie z 13 lipca 2021 r. - w aktach postępowania,
2. pismo z 15 lipca 2021 r. - w aktach postępowania,
3. wezwanie z 16 lipca 2021 r. - w aktach postępowania,
4. dwa pisma z 19 lipca 2021 r. - w aktach postępowania,
5. rejestr Producentów i Handlowców Paliw - załącznik 4 do odwołania,
6. umowa z BP Europa SE z siedzibą w Hamburgu, działającym na terenie Polski przez BP Europa SE Spółka Europejska Oddział w Polsce, objęta tajemnicą przedsiębiorstwa - w aktach postępowania,
7. umowa z Lotos Paliwa Sp. z o.o. z deklaracją wolumenu, objęta tajemnicą przedsiębiorstwa - w aktach postępowania,
8. umowa z Orlen Paliwa Sp. z o.o. z deklaracją wolumenu, objęta tajemnicą przedsiębiorstwa - w aktach postępowania,
9. tłumaczenie przysięgłe rejestru handlowego BP Europa SE wraz z tekstem oryginalnym w języku niemieckim - załącznik 5 do odwołania.

Odwołujący podniósł, że na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp można żądać złożenia wyjaśnień, a nie dokumentów. Procedura uregulowana w art. 223 ust. 1 Pzp nie polega na uzupełnieniu bądź negocjacji treści oferty, ani tym bardziej jej zmiany, ale służy do usunięcia wątpliwości wynikających z jej treści i uczynienia jej bardziej zrozumiałą dla zamawiającego. Nie można jednak było utożsamiać żądania złożenia wyjaśnień z żądaniem złożenia dokumentów. Niezgodne z Pzp i SWZ działanie Zamawiającego nie mogło doprowadzić do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zamawiający nie był uprawniony do wezwania Odwołującego do złożenia umów, które miały zostać złożone dopiero na etapie przed podpisaniem umowy. Złożenie umowy nie było zatem konieczne i wymagane do weryfikacji zgodności oferowanego przedmiotu w zakresie zgodności z warunkami zamówienia. Zamawiający przed wezwaniami z 13 i 16 lipca 2021 r., jak też i później, nie wezwał Odwołującego w trybie art. 126 Pzp w zw. z Rozdziałem X SWZ do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Mając powyższe na uwadze, doszło również do naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 19 Pzp, ponieważ Zamawiający przypisał formalnościom przed zawarciem umowy, a realizowanym po wyborze oferty, cechy podstawy faktycznej do odrzucenia oferty za rzekome niezgodności z SWZ. Na etapie badania i oceny ofert Zamawiający nie miał możliwości wymagania od wykonawcy przedstawienia dokumentów związanych z formalnościami przed podpisaniem umowy.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, że nie złożono poświadczonych umów, co nie było prawdą, gdyż Odwołujący dwukrotnie złożył taką umowę. Nietrafny był też zarzut braku dostępności paliwa na potrzeby przedmiotowego postępowania. Dostępność paliwa wynikała ze złożonych umów jak i z treści wyjaśnień Odwołującego. Złożona umowa ma charakter generalny, dzięki której BP Europa SE z siedzibą w Hamburgu, działającym na terenie Polski przez BP Europa SE Spółka Europejska Oddział w Polsce sprzedawała paliwo Odwołującemu i była do tego zobowiązana, niezależnie od ilości tego paliwa. Z treści ww. umowy, jak też z treści wyjaśnień nie wynikało, aby ta przeczyła dostępności paliwa tego producenta w ramach zamówienia wykonywanego przez Odwołującego. Dodatkowo złożono umowy z Lotos Paliwa Sp. z o.o. oraz Orlen Paliwa Sp. z o.o. na określone wolumeny paliwa. Pokazuje to, że Odwołujący posiadał dostęp i zapewnienie w zakresie dostaw paliw w ilościach znacznie przewyższających potrzeby Zamawiającego. Z treści SWZ nie wynikało, aby umowy miały być zawierane na potrzeby

przedmiotowego postępowania, a jedynie miały potwierdzać współpracę wykonawcy umożliwiającą dostawę określonej ilości paliwa, czyli wskazywać na dostępność.

17 września 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wnioś o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Dokumenty złożone przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwania z 13 oraz 16 lipca 2021 r., nie pozwoliły Zamawiającemu ustalić, czy prawdziwe były oświadczenia Odwołującego w zakresie spełniania warunków określonych w Rozdziale V pkt 3 SWZ - tj. wskazanie producenta paliw, od którego będzie nabywał paliwo celem odsprzedaży Zamawiającemu. Zamawiający zastrzegł, że przed zawarciem umowy będzie wymagał przedstawienia umowy z producentem paliw, z której będzie wynikała dostępność paliw dla potrzeb realizacji niniejszego przetargu (z wymogu zwolnieni byli producenci paliw) lub oświadczeniem producenta paliwa, z którego będzie wynikała dostępność paliw dla potrzeb realizacji niniejszego przetargu. Przedstawione przez Odwołującego dokumenty nie pozwoliły pozytywnie zweryfikować jego oświadczeń, co do posiadania umów z producentami paliw wskazanymi w ofercie, ani nie potwierdzały spełniania warunku opisanego w Rozdziale IV pkt 5 ppkt 10 SWZ.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 13 lipca 2021 r., Odwołujący złożył

Zamawiającemu umowy z Lotos Paliwa Sp. z o.o., wraz deklaracją wolumenu, umowę z Orlen Paliwa Sp. z o.o. wraz z deklaracją wolumenu oraz umowę z BP Europa Spółka Europejska z siedzibą w Hamburgu, działającą na terenie Polski przez BP Europa Spółka Europejska Oddział w Polsce. Żadna z ww. umów nie była umową z producentem paliw zamawianych przez Zamawiającego

w postępowaniu. W ogólnodostępnym wykazie koncesji dostępnym na stronie internetowej Urzędu Regulacji Energetyki Zamawiający sprawdził, że Lotos Paliwa Sp. z o.o. posiada koncesję na obrót paliwami ciekłymi, Orlen Paliwa Sp. z o.o., posiada także koncesję na obrót paliwami ciekłymi, a BP Europa Spółka Europejska z siedzibą w Hamburgu, działająca na terenie Polski przez BP Europa Spółka Europejska Oddział w Polsce posiada koncesję na obrót paliwami ciekłymi i koncesję na obrót paliwami ciekłymi z zagranicą.

Ponadto wszystkie wyżej wymienione umowy były ogólnymi umowami handlowymi, z których nie wynikała dostępność paliw dla potrzeb realizacji przedmiotowego postępowania. Zamawiający wskazał również, że wszystkie umowy złożone przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z 13 lipca 2021 r. zostały zawarte na wiele lat przed wszczęciem przedmiotowego postępowania i chociażby z racji tego nie mogły być gwarancją producenta zapewnienia dostępności paliw dla potrzeb realizacji przedmiotowego zamówienia.

Wezwanie Zamawiającego oraz warunek określony w Rozdziale IV pkt 5 ppkt 10 SWZ zostały sformułowane precyzyjnie i z ich treści jasno wynikało, że umowa lub oświadczenie producenta paliwa, powinny odnosić się do przedmiotowego postępowania.

W związku, z tym, że dokumenty złożone przez Odwołującego nie potwierdziły spełnienia przez niego ww. warunku SWZ, Zamawiający ponownie, 16 lipca 2021 r., wezwał Odwołującego do złożenia poświadczonych za zgodność z oryginałem umowy z producentem paliwa, z której miała wynikać dostępność paliw dla potrzeb realizacji przedmiotowego postępowania (z wymogu zwolnieni byli producenci paliw) lub oświadczeniem producenta paliwa, z którego będzie wynikała dostępność paliw dla potrzeb realizacji przedmiotowego zamówienia.

W odpowiedzi Odwołujący złożył dwa pisma. W pierwszym Odwołujący odniósł się do Umowy z BP Europa Spółka Europejska z siedzibą w Hamburgu, działającą na terenie Polski przez BP Europa Spółka Europejska Oddział w Polsce, i zapytał Zamawiającego o przyczynę, dla której ten nie uważał powyższej umowy za wystarczającą na potwierdzenie spełnienia warunku wymienionego w SWZ oraz wezwał Zamawiającego do wycofania wezwania z 16 lipca 2021 r.

W drugim piśmie Odwołujący poinformował Zamawiającego, że złożona przez niego umowa z BP Europa Spółka Europejska z siedzibą w Hamburgu, działająca na terenie Polski przez BP Europa Spółka Europejska Oddział w Polsce była umową z producentem paliwa i że umowa gwarantowała mu zakup każdej ilości paliwa tzn. również ilości potrzebnej do realizacji przedmiotowego zamówienia. Do pisma Odwołujący ponownie załączył umowę z BP Europa SE oraz informację pochodzącą z rejestru producentów i handlowców Rządowej Agencji Rezerw Strategicznych.

Zamawiający dokonał ponownej analizy tej umowy oraz informacji zawartej we wskazanym przez Odwołującego rejestrze. Analiza wykazała, że BP Europa SE z siedzibą w Hamburgu, działająca na terenie Polski przez BP Europa Spółka Europejska Oddział w Polsce nie jest producentem paliwa, bowiem nie posiada koncesji na wytwarzanie paliw ciekłych. W tym miejscu Zamawiający podkreśla odrębny zakres koncesji Polskiego Oddziału BP Europa SE uwidocznionej pod adresem od informacji pochodzącej z rejestru handlowego, a dotyczącej BP Europa SE załączonej do odwołania.

Zatem wbrew twierdzeniom przytoczonym w odwołaniu koncesja OPZ/7/1031/W/DRG/2014/MJ nie potwierdza, żeby firma BP Europa SE z siedzibą w Hamburgu, działająca na terenie Polski

przez BP Europa Spółka Europejska Oddział w Polsce posiadała koncesję na wytwarzanie paliw ciekłych. Zamawiający wskazał, że użyte w rejestrze oznaczenia są skrótami (pierwszymi literami od rodzaju danej koncesji), stąd np. skrót WPC - oznacza wytwarzanie paliw ciekłych, OPC - obrót paliwami ciekłymi, a OPZ - obrót paliwami ciekłymi z zagranicą.

Ponadto Zamawiający uznał, że spoma umowa jest ogólną umową handlową, z której nie wynikało, żeby producent miał gwarantować Odwołującemu cokolwiek, co było zbliżone w jakimkolwiek sensie do gwarancji dostawy produktów na potrzeby realizacji zadania. Z tego względu Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego w związku z tym, że jego oferta była niezgodna z warunkami zamówienia, tj. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zamawiający w Rozdziale V pkt 3 SWZ zapisał, że „Wykonawca zobowiązany jest wskazać producenta paliw, od którego będzie nabywał paliwo celem odsprzedaży Zamawiającemu przez złożenie na tę okoliczność oświadczenia, a jeżeli Wykonawca jest równocześnie producentem paliwa - składa oświadczenie, iż jest producentem paliwa i że paliwo dostarczane Zamawiającemu pochodzi z własnej produkcji”. Oświadczenie na wyżej wymienione okoliczności zawarte zostało w formularzu ofertowym.

Mając na względzie powyższe Zamawiający wezwał, wykonawców, którzy w przedmiotowym przetargu nie brali udziału jako producenci paliwa, tj. Odwołującego i Orlen Paliwa Sp. z o.o.

z siedzibą w Wiedelce (dalej: Przystępujący), do złożenia wyjaśnień co do złożonych ofert, w celu potwierdzenia spełnienia przez nich powyższego warunku dotyczącego przedmiotowych środków dowodowych. Wykonawcy ci w formularzu ofertowym, poinformowali, że producentem paliwa, od którego będą nabywać paliwo celem odsprzedaży Zamawiającemu będą odpowiednio PKN Orlen S.A., Grupa Lotos S.A. i BP Europa SE w przypadku Odwołującego oraz PKN Orlen S.A. w przypadku Przystępującego.

Celem powyższego wezwania było wyjaśnienie wątpliwości Zamawiającego, czy wykonawcy, którzy złożyli oferty nie będąc producentami paliwa, będą w stanie wypełnić złożoną deklarację. Wprowadzenie w SWZ wymogu gwarancji producenta, co do zapewnienia wykonawcy dostaw paliwa miało na celu dać Zamawiającemu, który świadczy usługi komunikacji miejskiej, które charakteryzują się przede wszystkim regularnością i pewnością ciągłości, że paliwo będzie wysokiej jakości, a komunikacja miejska będzie wykonywana zgodnie z rozkładem jazdy i nie zostanie przerwana przez nieterminowość dostaw lub złą jakość paliwa.

Odwołujący złożył trzy, ogólne umowy handlowe z pośrednikami w handlu paliwem, które nijak nie odnosily się do przedmiotowego postępowania. Tym samym Odwołujący potwierdził obawy Zamawiającego, że paliwo nie będzie pochodziło od producenta paliwa. Zamawiający podkreślił, że warunek opisany w Rozdziale V pkt 3 SWZ, dotyczył wskazania producenta paliwa, od którego wykonawca będzie nabywał paliwo celem odsprzedaży, a nie pośredników w handlu paliwem. Należy tym samym uznać, że oświadczenie Odwołującego w przedmiocie producentów z którymi współpracował zostało zweryfikowane negatywnie, bowiem Odwołujący nie miał zawartej żadnej umowy na nabywanie paliw od PKN Orlen S.A., Grupa Lotos S.A.

Przystępujący złożył oświadczenie producenta paliwa, którego wymienił w formularzu ofertowym, z którego to oświadczenia jasno wynikało, że producent paliwa, daje wykonawcy gwarancję dostaw dotyczącą konkretnych produktów na potrzeby konkretnego postępowania. Treść takiego oświadczenia nie budziła wątpliwości Zamawiającego.

Drugim celem, dla którego Zamawiający zwrócił się do wykonawców o złożenie dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków dotyczących przedmiotowych środków dowodowych, była ochrona interesów wykonawcy, który na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 3 Pzp utraciłby wadium, w przypadku, gdyby jego oferta została wybrana, a on nie dysponował dokumentami wskazanymi w Rozdziale IV pkt 5 ppkt 10 SWZ (wadium w postępowaniu zostało określone na poziomie 500 000,00 zł). Zatem w interesie wykonawców, było złożenie dokumentów wskazanych w niniejszej odpowiedzi na odwołanie, bowiem ich brak lub nieprawidłowość powodowałaby utratę wadium w znaczącej wysokości

Obawa o interes wykonawców znalazła swoje uzasadnienie w toku badania dokumentów, złożonych przez wykonawców, bowiem dokumenty złożone przez Odwołującego nie potwierdziły, żeby posiadał on potwierdzoną za zgodność z oryginałem, umowę handlową z producentem paliwa, z której będzie wynikała dostępność paliw dla potrzeb realizacji przedmiotowego postępowania, ewentualnie dysponował oświadczeniem producenta paliwa, z którego będzie wynikała dostępność paliw dla potrzeb realizacji zamówienia.

Z uwagi na powyższe, Zamawiający wskazał, że uchronił Odwołującego od utraty wysokiego wadium.

Zamawiający nie zgodził się również ze stanowiskiem Odwołującego, co do możliwości naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający podkreślił, że do wyjaśnień wezwał nie tylko Odwołującego, ale również Przystępującego.

Ponadto Odwołujący w żadnej części odwołania nie przytoczył okoliczności faktycznych na potwierdzenie zarzutu.

Z ostrożności, Zamawiający podniósł, że Odwołujący odpowiadał na każde kwestionowane wezwanie do złożenia dokumentów, które uważał za przedwcześnie na danym etapie postępowania i - co więcej - przedkładał dokumenty, które jego zdaniem miały wypełnić warunek opisany przez Zamawiającego w Rozdziale IV pkt 5 ppkt 10 SWZ. Stąd w ocenie Zamawiającego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 134 ust. 1 pkt 19 Pzp, w sytuacji, gdy Odwołujący, jako profesjonalista w obrocie prawnym, per facta concludentia, uznawał że postępowanie Zamawiającego domagającego się dokumentów było właściwe, był zarzutem spóźnionym.

Zamawiający wskazał ponadto, że z całokształtu okoliczności wynikało, że Odwołujący na etapie badania ofert w żadnym z złożonych pism nie podnosił, że wezwania Zamawiającego były przedwcześnie. Tym samym Odwołujący akceptował, jako uprawnione, postępowanie Zamawiającego, które aktualnie kwestionuje. Zatem z uwagi na ww. okoliczności przedmiotowy zarzut był spóźniony, a korzystanie przez niego na etapie postępowania odwoławczego stanowiło nadużycie przez Odwołującego prawa podmiotowego.

Przystępujący 12 sierpnia 2021 r. złożył pismo procesowe wraz ze zgłoszeniem przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i wskazał:

Odwołujący w formularzu ofertowym złożył oświadczenie, iż producentem paliwa/dystrybutorem, od którego będzie nabywał paliwo celem odsprzedaży Zamawiającemu będą PKN Orlen S.A., Grupa Lotos S.A., BP Europe SE. Natomiast w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dot. m.in. złożenia kserokopii umowy handlowej z producentem paliwa, z której będzie wynikała dostępność paliwa dla potrzeb realizacji zamówienia Odwołujący złożył umowy z Orlen Paliwa Sp. z o.o., Lotos Paliwa Sp. z o.o. oraz BP Europa SE w Hamburgu działająca w Polsce przez BP Europa SE Oddz. w Polsce. Orlen Paliwa Sp. z o.o., Lotos Paliwa Sp. z o.o. oraz BP Europa SE Oddz. w Polsce nie posiadały koncesji na wytwarzanie paliw w Polsce, a jedynie na obrót. Tym samym ww. podmioty nie były producentami paliw (informacje dostępne na stronie Urzędu Regulacji Energetyki oraz na stronie Rządowej Agencji Rezerw Strategicznych). Przyjmując nawet argumentację Odwołującego, że BP Europa SE Oddz. w Polsce jest emanacją na terenie Polski BP Europa SS z siedzibą w Hamburgu, a tym samym podmiotu, który był producentem paliw należy wskazać, iż lektura załączonych przez Odwołującego umów handlowych z Orlen Paliwa Sp. z o.o., Lotos Paliwa Sp. z o.o. oraz BP Europa SE prowadziła do wniosku, że były to umowy o charakterze ogólnym. Nie potwierdzały one by Odwołujący miał zapewnioną dostępność paliw dla potrzeb realizacji niniejszego przetargu - co było wymogiem Zamawiającego. Nie można było w tym zakresie przyjąć narracji Odwołującego, że z umowy zawartej z BP Europa SE wynikała dostępność paliwa w każdej ilości.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu i pismach procesowych a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozdział V SWZ - Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych, wprowadził następujące wymogi w postępowaniu:

1. „Wykonawca, na potwierdzenie wymagań jakościowych składa oświadczenie, że oferowane paliwa spełniają:

1) wymagania aktualnie obowiązujących Polskich Norm:

- a) PN-EN 590+A1: 2017-06/Ap1 - dla oleju napędowego,
- b) PN-EN 228+A1:2017-06/Ap1 - dla benzyny bezołowiowej Pb95;

lub że oferowane paliwa spełniają wymagania jakościowe, które są równoważne z wyżej wymienionymi normami.

W przypadku powołania się przez Wykonawcę na przesłankę równoważności z normami określonymi przez Zamawiającego, Wykonawca wskazuje jakie normy lub inne wymagania jakościowe spełniają dostarczane przez niego olej napędowy i benzyna bezołowiowa Pb95.

2) wymagania jakościowe, określone w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 9 października 2015 r. w sprawie wymagań jakościowych dla paliw ciekłych (Dz. U. z 2015 r., poz. 1680 z późn. zm.).

Oświadczenie na w/w okoliczności znajduje się w formularzu ofertowym.

2. Wykonawca składa oświadczenie, iż oferowane paliwo transportowane jest zgodnie z wymaganiami przepisów szczegółowych o transporcie materiałów niebezpiecznych, określonym w umowie ADR - oświadczenie na tę okoliczność zawarte jest w formularzu ofertowym.

3. Wykonawca zobowiązany jest wskazać producenta paliw, od którego będzie nabywał paliwo celem odsprzedaży Zamawiającemu poprzez złożenie na tę okoliczność stosownego oświadczenia, a jeżeli Wykonawca jest równocześnie producentem paliwa - składa oświadczenie, iż jest producentem paliwa i że paliwo dostarczane Zamawiającemu pochodzi z własnej produkcji, oświadczenie na wyżej wymienione okoliczności zawarte jest w formularzu ofertowym.

4. Jeżeli Wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

5. Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących przedmiotowych środków dowodowych”.

Tym samym, na potwierdzenie spełniania przez oferowane paliwa kryteriów jakościowych, jak i pozostałych ww. wymogów Zamawiający żąda złożenia stosownych oświadczeń w treści oferty. W formularzu ofertowym zawarte zostało również oświadczenie dotyczące producenta oferowanych paliw.

W Rozdziale XX pkt 2 ppkt 1 Zamawiający wskazał: „Przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, Zamawiający żąda od Wykonawcy, którego oferta została wybrana do przedłożenia poświadczonych za zgodność z oryginałem kserokopii umowy handlowej z producentem paliwa, z której będzie wynikała dostępność paliw dla potrzeb realizacji niniejszego przetargu. Z wymogu zwolnieni będą producenci paliw”.

Zamawiający nie ustanowił wymogu, by już na etapie składania ofert wykonawcy mieli zawarte umowy handlowe z producentami paliw. Jedyna regulacja dotycząca momentu, w którym wykonawcy obowiązani są do dysponowania taką umową zawarta została w przytoczonym wyżej punkcie 2 ppkt 1 Rozdziału XX. Zamawiający nie ustanowił również żadnych wymogów dotyczących treści umów z producentami paliw, czy stopnia ich szczegółowości.

Odwołujący w punkcie 5 formularza ofertowego złożył następujące oświadczenie: „Składając niniejszą ofertę Wykonawca oświadcza, że producentem paliwa/dystrybutorem, od którego będzie nabywał paliwo celem odsprzedaży Zamawiającemu jest PKN ORLEN S.A., GRUPA

LOTOS S.A., BP EUROPE SE”.

13 lipca 2021 r. Zamawiający skierował do Odwołującego następujące wezwanie:

„Działając w imieniu Miejskiego Zakładu Komunikacji Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, jako

Zamawiającego, na podstawie art. 187 ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych, wnoszę o wyjaśnienie oraz uszczegółowienie złożonej przez Państwa oferty

poprzez:

1) przedłożenie kserokopii umowy handlowej z producentem paliwa, z której będzie wynikała dostępność paliw dla potrzeb realizacji niniejszego przetargu ewentualnie oświadczenia producenta paliwa w tym przedmiocie (...).

W odpowiedzi, 15 lipca 2021 r. Odwołujący wskazał:

„W załączniku przesyłamy umowy z których wynika, że posiadamy dostępność paliw dla potrzeb niniejszego przetargu z zastrzeżeniem że prezentowane obecnie dokumenty stanowią tajemnicę handlową przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za tajemnicę handlową przedsiębiorstwa należy uznać umowy i zawarte tam zapisy które podpisywane są w celu uzyskania jak najlepszej ceny zakupu co w konsekwencji wiąże się z rozwojem oraz osiągnięciem zysków. :

- umowa z producentem BP Europa SE,
- umowa ze spółką z grupy kapitałowej producenta PKN ORLEN S.A. - Orlen Paliwa Sp. z o. o. wraz z deklaracją wolumenu,
- umowa ze spółką z grupy kapitałowej producenta Grupy Lotos S.A. - Lotos Paliwa Sp. z o.o. wraz z deklaracją wolumenu.

Deklaracja wolumenowa w umowach z Orlen Paliwa oraz Lotos Paliwa jest wymogiem

wewnętrznym wymienionych spółek (...).

16 lipca 2021 r. Zamawiający skierował do Odwołującego następujące wezwanie:

„Działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych, wzywam do przedłożenia Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kserokopii umowy handlowej z producentem paliwa, z której będzie wynikała dostępność paliw dla potrzeb realizacji niniejszego przetargu ewentualnie do przedłożenia oświadczenia producenta paliw w tym przedmiocie w terminie do dnia 19 lipca 2021 r. do godziny 14:30.

Z załączonych przez Państwa dokumentów do pisma z dnia 15 lipca 2021 r, nie wynika, aby dysponowali Państwo wskazanymi powyżej dokumentami”.

19 lipca 2021 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi o treści:

„W nawiązaniu do otrzymanego pisma w dniu 16.07.2021 oraz przesłanego do Państwa pisma w dniu 19.07.2021 dosyłam raz jeszcze potwierdzoną za zgodność z oryginałem umowę z producentem BP Europa SE którego w Polsce reprezentuje Oddział BP Europa SE z siedzibą w Krakowie przy ul. Jasnogórskiej 1, 31- 358 Kraków z zastrzeżeniem że prezentowane obecnie dokumenty stanowią tajemnicę handlową przedsiębiorstwa (...). W załączniku przesyłamy jednocześnie potwierdzenie, że BP Europa SE jest producentem i jest wpisana w Polski rejestr producentów i handlowców w Rządowej Agencji Rezerw Strategicznych na stronie:

Oświadczamy jednocześnie, że przesłana umowa umożliwia nam zakup każdej ilości paliwa tzn. również ilości potrzebnej do realizacji niniejszego przetargu. Zamawiający nie określił w SWZ, że umowa ma zawierać konkretne zapisy, a jedynie gwarantować dostępność paliw dla potrzeb realizacji przetargu i przesłana umowa to gwarantuje. Mając to na uwadze raz jeszcze wnosimy o uznanie przesłanej umowy jako spełnienie warunku postawionego przez Zamawiającego (...).

28 lipca 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez Przystępującego. Zamawiający powiadomił uczestników postępowania także o odrzuceniu oferty Odwołującego. Uzasadnienie odrzucenia oferty brzmiało:

„Zamawiający odrzucił ofertę nr 3, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, w związku z tym, że Wykonawca nie przedłożył Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kserokopii umowy handlowej z producentem paliwa, z której będzie wynikała dostępność

paliw dla potrzeb realizacji niniejszego przetargu lub oświadczenia producenta paliwa, z którego będzie wynikała dostępność paliwa dla potrzeb realizacji niniejszego przetargu. Zamawiający wskazuje, że dwukrotnie wzywał Wykonawcę do przedłożenia w/w dokumentów, najpierw pismem z dnia 13 lipca 2021 r., a następnie pismem z dnia 16 lipca 2021 r. Wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów”.

W ocenie Izby ww. czynność odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania była nieprawidłowa.

W pierwszym rzędzie podkreślenia wymaga, że zgodnie z przytoczonymi wyżej regulacjami SWZ, Zamawiający założył ocenę ofert pod kątem zgodności oferowanych mu paliw z wymogami SWZ wyłącznie na podstawie oświadczeń wykonawców, które zostały zawarte w formularzu ofertowym. Zamawiający nie przewidział żadnej formy weryfikacji, czy na etapie oceny ofert wykonawcy rzeczywiście dysponują paliwem na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. Weryfikacja taka nastąpić miała dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty - Zamawiający przed podpisaniem umowy z wybranym wykonawcą zamierzał zażądać od tego wykonawcy złożenia kserokopii umowy handlowej z producentem paliwa, z której będzie wynikała dostępność paliw dla potrzeb realizacji przedmiotowego zamówienia. Niewątpliwym jest, że kserokopie umów zawartych przez Odwołującego z Orlen Paliwa Sp. z o.o. oraz Lotos Paliwa Sp. z o.o. mogły budzić wątpliwości Zamawiającego w świetle treści oświadczenia Odwołującego zawartego w formularzu ofertowym. Odwołujący wskazał tam inne podmioty - PKN Orlen S.A. oraz Grupę Lotos S.A. W przypadku BP Europa SE podstaw do takich wątpliwości nie było - podmiot ten jest producentem paliw, co Odwołujący udowodnił w oparciu o Rejestr producentów i handlowców paliw płynnych ze strony internetowej Rządowej Agencji Rezerw Strategicznych. W dokumencie tym BP Europa SE wymieniony jest jako producent i handlowiec, który dysponuje koncesją OPZ, tj. koncesją zezwalającą na obrót paliwami z zagranicą. Koncesja taka może uprawniać m. in. do importu paliw do Polski. Tym samym zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego stwierdzenie „Wykonawca nie przedłożył Zamawiającemu poświadczonych za zgodność z oryginałem kserokopii umowy handlowej z producentem paliwa, z której będzie wynikała dostępność paliw dla potrzeb realizacji niniejszego przetargu” nie było prawdziwe. BP Europa SE jest producentem paliw dysponującym odpowiednią koncesją, a umowa zawarta przez Odwołującego z tym podmiotem potwierdza, że Odwołujący dysponuje możliwością nabycia paliwa na warunkach określonych w umowie. Fakt, że umowa nie została zawarta na potrzebę realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego nie oznacza, że nie potwierdza ona, że Odwołujący dysponuje paliwem na cele realizacji tego zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający błędnie ocenił treść umowy i w konsekwencji nieprawidłowo uznał, że Odwołujący nie wykazał dostępności paliw dla potrzeb realizacji zamówienia.

Odwołujący słusznie kwestionował moment wezwania go do złożenia kserokopii umów handlowych oraz wskazane przez Zamawiającego podstawy prawne tych wezwań, ale mimo to wykonał wezwania i nie wniósł odwołań przeciwko treści wezwań z 13 i 16 lipca 2021 r. Nie zmienia to jednak faktu, że Zamawiający był uprawniony żądać kserokopii umów z producentem paliw dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty. Chybiony jest również zarzut Zamawiającego dotyczący nadmiernego stopnia ogólności złożonych przez

Odwołującego umów z producentami paliw. Zamawiający, jak zostało stwierdzone wyżej, nie ustanowił w tej mierze żadnych wymogów, nie może zatem na etapie oceny ofert doprecyzować swoich oczekiwań, co do treści tych dokumentów.

Zawarta w odpowiedzi na odwołanie argumentacja Zamawiającego, który stwierdził, że odrzucając ofertę Odwołującego działał w jego interesie, by uchronić go przed utratą wadium urąga jednej z podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadzie równego traktowania wykonawców. Obowiązkiem Zamawiającego jest rzetelne prowadzenie postępowania, w sposób w pełni odpowiadający regulacjom Pzp oraz zasadom zawartym w SWZ. W ocenie Izby Zamawiający naruszył te zasady, w sposób opisany wyżej.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W ocenie Izby w stosunku do oferty Odwołującego przesłanki zawarte w tym przepisie nie zostały wypełnione, zatem odrzucenie oferty było błędne.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowód z następujących dokumentów:

1. dowodów załączonych do odwołania,
2. dowodu złożonego przez Odwołującego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron,

tj. wydruków ze strony internetowej na potwierdzenie, że BP Europa SE jest producentem paliw.

Ponadto Izba przeprowadziła dowód z następujących dokumentów wchodzących w skład dokumentacji postępowania:

3. SWZ,
4. oferty Odwołującego,
5. wezwań skierowanych przez Zamawiającego do Odwołującego 13 i 16 lipca 2021 r. wraz z odpowiedziami udzielonymi przez Odwołującego (w tym umów z Orlen Paliwa Sp. z o. o., Lotos Paliwa Sp. z o.o. oraz BP Europa SE),
6. informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 28 lipca 2021 r.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).