

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 13 stycznia 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2024 roku przez wykonawcę Zakład Transportu Handlu i Usług spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Osięcinach, ul. Leśna 38 (odwołującego) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Gmina Waganiec z siedzibą w Wagańcu, ul. Dworcowa 11 (zamawiającego)

postanawia:

1. odrzucić odwołanie,
2. kosztami postępowania obciążyć odwołującego i
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem uiszczonego wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 4792/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na wykonanie zadania pn. „Dostawa oleju napędowego i benzyny bezołowiowej dla Gminy Waganiec” zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych za numerem 2024/BZP 00617436 - 26 listopada 2024 r.

13 grudnia 2024 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

18 grudnia 2024 r. wykonawca Zakład Transportu Handlu i Usług spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Osięcinach, ul. Leśna 38 wniósł odwołanie przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 18 grudnia 2024 r. udzielonego przez członka zarządu. Do odwołania dołączono dowód jego opłacenia oraz dowód przekazania odwołania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

2.1.art. 255 pkt 6 ustawy w powiązaniu z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy przez stworzenie wewnętrznie sprzecznych kryteriów uznania oferty za najkorzystniejszą, co doprowadziło do sytuacji, że oceniając ofertę ubiegających się o udzielenie zamówienia na podstawie formularza ofertowego, oferta M.M. spółka jawna jawiła się jako najkorzystniejsza (upust od cen hurtowych opublikowanych na oficjalnej stronie producenta PKN Orlen S.A w dniu 2.12.2024 r.), tymczasem bazując na kryteriach dokonania faktycznego rozliczenia zamawiającego za nabywane paliwa, a określonych w Projektowanych Postanowieniach Umowy (Załącznik nr 5 do SWZ – dalej PPU) w treści § 4 ust. 1 odniesiono się do innego kryterium niż określonego w formularzu ofertowym, tj. do ceny w dniu zakupu na dystrybutorze pomniejszonej o określony w ofercie upust, a bez odniesienia się do ceny hurtowej publikowanej w dniu zakupu przez producenta PKN Orlen S.A. W konsekwencji, po dokonaniu kalkulacji zgodnie z zapisem w § 4 ust. 1 projektu umowy, to oferta odwołującego była najtańsza. Na skutek powyższego uchybienia, kryteria oceny ofert co do przymiotu spełniania kryterium najniższej ceny w dokumentach – załącznikach do SWZ różnią się i stoją w sprzeczności z kryteriami faktycznej zapłaty, której Zamawiający ma dokonać na skutek zawarcia umowy. Skutkiem powyższego jest uznanie, że kryteria oceny ofert i realizacji zamówienia stoją pomiędzy sobą w sprzeczności, a zamawiający na skutek wyboru najniższej ceny skalkulowanej zgodnie z formularzem ofertowym, zapłaci więcej, niż gdyby dokonano wyboru drugiej oferty,

2.2.art. 16 pkt 2 ustawy przez sformułowanie przez zamawiającego wewnętrznie sprzeczne kryteriów obliczania ceny i kryteriów oceny ofert, a w konsekwencji przeprowadzenie postępowania w sposób nieprzejrzysty,

2.3.art. 240 ust. 1 i ust. 2 ustawy – przez sformułowanie przez zamawiającego wewnętrznie sprzecznych kryteriów obliczania ceny i kryteriów oceny ofert, a w konsekwencji pozostawienie zamawiającemu swobody wyboru najkorzystniejszej oferty

2.4.ewentualnie, art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy przez brak uznania, że to oferta odwołującego była najkorzystniejszą z ofert w oparciu o faktyczne kryteria środków, które zamawiający miałby wydatkować na zakup paliwa.

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

3.1.nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez M.M. spółka jawna,

3.2.Unieważnienie postępowania nr IPŚ.271.13.2024 o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na wykonanie zadania pn. „Dostawa oleju napędowego i benzyny bezołowiowej dla Gminy Waganiec – zgodnie z treścią art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy

Ewentualnie

3.3.nakazanie zamawiającemu dokonania czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty faktycznie najtańszej,

Nadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów w postaci:

4.1.Zdjęcie z dnia 9 grudnia 2024 roku ukazujące ceny paliw na dystrybutorze Zakładu Transportu Handlu i Usług (załącznik nr 4)

4.2.Zdjęcie z dnia 9 grudnia 2024 roku ukazujące ceny paliw widniejące na dystrybutorze ORLEN (należącym do kontroferenta tj. M.M. spółka jawna - załącznik nr 5)

4.3.Przesłuchanie stron w tym w szczególności Pana B.R. w imieniu odwołującego się (adres: ul. Leśna 38; 88-220 Osięciny)

oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa według norm prawem przepisanych lub zestawienia załączonego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył, przy poprawnym zinterpretowaniu przesłanek zawartych w Specyfikacji Warunków Zamówienia najkorzystniejszą ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty M.M. spółka jawna / brak wyboru oferty ZTHiU sp. z o.o. ewentualnie unieważnienia postępowania nr IPŚ.271.13.2024 o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na wykonanie zadania pn. „Dostawa oleju napędowego i benzyny bezołowiowej dla Gminy Waganiec, uniemożliwia odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć. W konsekwencji, może on ponieść szkodę z uwagi na brak możliwości realizacji zamówienia lub ubiegania się o nie w prawidłowo sformułowanym postępowaniu.

Z informacji zawartych w Informacji o złożonych ofertach z dnia 5 grudnia 2024 roku wynika, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły dwie oferty: jedna od Odwołującej ZTHiU Sp. z o.o., druga zaś od M.M. SP.J.

12 grudnia 2024 r. zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (13 grudnia 2024 roku poinformowano przy użyciu środków komunikacji elektronicznej o wyborze najkorzystniejszej oferty), którą to czynnością naruszył przepis art. 239 ust. 1 i 2 ustawy przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez M.M. spółka jawna, podczas gdy zamawiający powinien dokonać wyboru oferty odwołującego ZTHiU Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 7 pkt 3 ustawy za dokumenty zamówienia należy uznać: dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisanie warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań. Za dokumenty zamówienia należy więc uznać, specyfikację warunków zamówienia oraz dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, służące do określenia lub opisanie warunków zamówienia.

Projektowane postanowienia Umowy w sprawie zamówienia publicznego (Wzór Umowy) są natomiast integralną częścią Specyfikacji warunków zamówienia, a w konsekwencji nie może być w treści tych dokumentów oczywistych wewnętrznych sprzeczności.

Odwołujący podkreślił, że wystąpiły w dokumentach zamówienia, tj. w Specyfikacji warunków zamówienia i załącznikach do tej specyfikacji oczywiste wewnętrzne sprzeczności.

W art. 240 ust. 1 ustawy wskazano, że zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Kryteria oceny ofert w tym postępowaniu nie zostały opisane w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Ponadto, co nader istotne są one ze sobą w wewnętrznej sprzeczności.

Zamawiający w Specyfikacji warunków zamówienia w punkcie XX. ppkt 2 i 3 wskazał, że Cena winna być obliczona ściśle według zapisów formularza cenowego.

Zgodnie ze wskazaniem wskazanymi w formularzu cenowym:

Na potrzeby wyliczenia ceny oferty wykonawca w formularzu cenowym podaje cenę producenta za 1 litr oleju napędowego Ekodiesel oraz benzyny bezołowiowej 95 z dnia 02.12.2024 r. publikowaną na oficjalnej stronie producenta PKN Orlen S.A. (www.orken.pl). Zaoferowany upust w złotych jest stały w okresie trwania umowy, niezmienny, nie podlega waloryzacji.

Natomiast § 4 ust. 1 i n. Projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego (Wzór Umowy) stwierdza, że:

Strony ustalają, że ceną jednostkową paliw, będzie cena obliczona w oparciu o ustalony stały upust cenowy liczony od ceny jednostkowej netto litra paliwa, obowiązującej w dniu jego zakupu na dystrybutorze.

Oznacza to, że w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zostały w dwóch dokumentach dot. tego samego zamówienia zawarte dwie różne przesłanki wyboru ceny, w konsekwencji wyboru najkorzystniejszej oferty. W jednym dokumencie zamówienia (SWZ) mowa jest o upuście cenowym liczonym od ceny opublikowanej na stronie internetowej www.orklen.pl, a w drugim dokumencie zamówienia (Wzór Umowy) mowa jest o upuście cenowym liczonym od ceny jednostkowej netto litra paliwa, obowiązującej w dniu jego zakupu na dystrybutorze.

Powyższe sformułowanie przeczy zasadzie jednoznaczności i precyzyjności opisanego kryterium oceny ofert. To zaś stanowi – stosownie do treści art. 255 pkt 6 ustawy – przesłankę unieważnienia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na to, że postępowanie obciążone jest niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Najdobitniej o słuszności przedstawionego stanowiska świadczy fakt, że przykładowo w dniu 09 grudnia 2024 łączny koszt zamówienia, biorąc pod uwagę ceny paliw na dystrybutorze Zakładu Transportu Handlu i Usług (złączenie – załącznik nr 4) po uwzględnieniu zaoferowanego upustu w wysokości 0,15 zł na olej napędowy i 0,01 zł na benzynę bezołowiową 95 są w końcowym rozrachunku całego zamówienia niższe, a co za tym idzie stanowią korzystniejszą ofertę dla zamawiającego niż ceny widniejące na dystrybutorze ORLEN (należącym do kontroferenta – M.M. SP. J. - załącznik nr 5) pomniejszone o upust w wysokości 0,16 zł na olej napędowy i benzynę bezołowiową 95 zaoferowany przez kontrofertę M.M. SP.J.

Symulacja:

OFERTA ZTHiU sp. z o.o.

Benzyna bezołowiowa 95: $(6,29 \text{ zł} - 0,01 \text{ zł}) \times 6\,600 = 41\,448 \text{ zł}$

Olej napędowy: $(6,39 \text{ zł} - 0,15 \text{ zł}) \times 34\,400 = 214\,656 \text{ zł}$

ŁĄCZNIE: 256 104 zł brutto

OFERTA M.M. SP. J.

Benzyna bezołowiowa 95: $(6,39 \text{ zł} - 0,16 \text{ zł}) \times 6\,600 = 41\,118 \text{ zł}$

Olej napędowy: $(6,44 \text{ zł} - 0,16 \text{ zł}) \times 34\,400 = 216\,032 \text{ zł}$

ŁĄCZNIE: 257 150 zł brutto

Przedstawiona symulacja jasno wykazuje, że oferta odwołującego przedstawia niższą cenę, a w konsekwencji jest ofertą korzystniejszą.

Finalna cena będzie stanowiła upust na dystrybutorze, a zatem cena zaproponowana przez odwołującego jest ceną najniższą, lecz przez nieprawidłowo i sprzecznie sformułowane kryteria wyboru ceny, oferta odwołującego jest w przekonaniu zamawiającego ceną wyższą niż cena kontroferenta.

Odwołujący podkreślił, że cena paliwa na dystrybutorze jest ceną zmienną, niepodlegającą obiektywnym miernikom, albowiem obejmuje cenę zakupu paliwa, cenę marży itd. Najlepszym dowodem na potwierdzenie powyższego są załączone do odwołania zdjęcia obrazujące cenę paliw na dystrybutorze odwołującego (załącznik nr 4) oraz na dystrybutorze M.M. SP.J. (załącznik nr 5).

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje zasada związania zamawiającego zasadami oceny ofert opisanymi w dokumentach zamówienia, w tym kryteriami, wagami, a także opisem sposobu oceny ofert w oparciu o poszczególne kryteria. Zamawiający do oceny ofert może zastosować wyłącznie takie kryteria i zasady, jakie wskazał w dokumentach zamówienia.

Powolał pogląd doktryny - Komentarz do art. 240 PZP Granecki/Granecka 2024, wyd. 2, Legalis. Komentarz do art. 240 PZP red. Jaworska 2023, wyd. 5/D. Grześkowiak-Stojek, Legalis.

Ustanowiony przez zamawiającego sposób obliczania ceny, który jest wewnętrznie sprzeczny w dokumentach zamówienia statuując niejako dwie metody obliczenia ceny (tj. cena liczona na podstawie upustu od ceny hurtowej ze strony www.orklen.pl oraz cena liczona na podstawie upustu od ceny jednostkowej netto litra paliwa, obowiązującej w dniu jego zakupu na dystrybutorze).

Taka rozbieżność w dokumentach zamówienia doprowadza w konsekwencji do ustalenia najniższej ceny, a co za tym idzie najkorzystniejszej oferty na podstawie dwóch odmiennych kryteriów. Implikuje to fakt, że kryteria oceny ofert i ich opis nie są przedstawione w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Stanowi to naruszenie dyspozycji art. 240 § 1 ustawy, a zamawiającemu daje nieuprawnioną i niedozwoloną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty. W konsekwencji wycena ofert i wybór najkorzystniejszej oferty nie są oparte na jednym obiektywnym kryterium wskazanym w dokumentach zamówienia i powodują nieuprawnioną uznaniowość, która w postępowaniu nie może mieć miejsca.

Zdaniem odwołującego w przedstawionej sytuacji może mieć zastosowanie przepis art. 255 pkt 6 ustawy w zw. z art.

457 ust. 1 pkt 1 ustawy, który stanowi, że umowa podlegałaby unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia(...). Wobec braku zawarcia umowy przez zamawiającego, prawidłowym tokiem postępowania byłoby unieważnienie postępowania.

Przedstawione sprzeczności w dokumentach zamówienia wskazują, że doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 16 ustawy. Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2023 r., KIO 847/23, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2023 r., KIO 871/23.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie wadliwie sporządzonych kryteriów obliczenia ceny. Stanowi to istotną wadę w dokumentach zamówienia, która nie podlega konwalidacji. To zaś prowadzi do unieważnienia postępowania.

Oferta M.M. SP.J. w rzeczywistości nie jest ofertą najkorzystniejszą, a w konsekwencji to oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Naruszenia przez zamawiającego wymienionych przepisów ustawy oraz powołanych okoliczności nie ulega wątpliwości, że dokonane naruszenia przepisów ustawy miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia 13 stycznia 2025 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o:

1. oddalenie odwołania w całości;

2. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

3. nieuwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą następujących dowodów przedstawionych przez odwołującego:

a) Załącznika nr 4 do odwołania z 18 grudnia 2024 r. -zatyłowanego zdjęcie z dnia 9 grudnia 2024 roku ukazujące ceny paliw widniejące na dystrybutorze Zakładu Transportu Handlu i Usług;

b) Załącznika nr 5 do odwołania z 18 grudnia 2024 r. - zatyłowanego zdjęcie z 9 grudnia 2024 r. ukazujące ceny paliw widniejące na dystrybutorze ORLEN (należącym do kontroferenta tj. M.M.) albowiem przedmiotowe zdjęcia nie stanowią materiału dowodowego istotnego dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, w szczególności nie wykazują, że oferta Zakładu Transportu Handlu i Usług sp. z o.o. przedstawia niższą cenę paliw, a w konsekwencji jest ofertą korzystniejszą niż oferta MICHALIN MIERZEJEWSCY sp.j. przedmiotowe zdjęcia stanowią jedynie dla odwołującego podstawę do przedstawienia symulacji hipotetycznie obliczonej ceny paliwa na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego, przedmiotowe zdjęcia przedstawiają ceny na stacjach paliw - bez udowodnienia na jakiej stacji paliw zostały wykonane i w jakim dniu, a wobec tego nie mogą stanowić podstawy do udzielenia odwołującemu zamówienia na dostawę oleju napędowego i benzyny bezołowiowej dla Gminy Waganiec.

1. Zarzut nr 2.1 - naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy w powiązaniu z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy

Zdaniem zamawiającego brak jest podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w niniejszej sprawie, albowiem odwołujący nie wykazał, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył przepisy ustawy przy udzielaniu zamówienia, bowiem zamawiający nie stworzył wewnętrznie sprzecznych kryteriów uznania oferty za najkorzystniejszą, które stanowiły podstawę do uznania, że oferta M.M. jawiła się jako najkorzystniejsza cenowo.

Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) z dnia 25.11.2024 r. w punkcie XX pn. Sposób obliczenia ceny w podpunkcie 2 wskazuje w sposób jasny i klarowny, że oferowana cena winna być obliczona ściśle według zapisów formularza cenowego. Zaś w podpunkcie 3 zamawiający ustala, że Na potrzeby wyliczenia ceny oferty wykonawca w formularzu cenowym podaje cenę producenta za 1 litr oleju napędowego Ekodiesel oraz benzyny bezołowiowej 95 z dnia 02.12.2024 r. publikowaną na oficjalnej stronie producenta PKN Orlen S.A. (www.orten.pl). Zaoferowany upust w złotych jest stały w okresie trwania umowy, niezmienny, nie podlega waloryzacji. W przypadku gdy na stronach internetowych producenta oleju napędowego Ekodiesel oraz benzyny bezołowiowej 95 nie podano ceny na wskazany dzień należy przyjąć ostatnią aktualną cenę oleju przed dniem 02.12.2024 r.

Zamawiający przyjmując wyżej wskazane kryteria na potrzeby wyliczenia przez wykonawcę zaproponowanej ceny w formularzu cenowym, przyjął obiektywne kryterium jakim jest cena netto za 1 litr oleju napędowego oraz cena netto za 1 litr benzyny bezołowiowej 95, która została opublikowana na oficjalnej stronie u producenta - PKN Orlen S.A. na dzień 02.12.2024 r. Przyjęcie do kalkulacji oferty ceny producenta paliw w określonym dniu, pozwoliła na skalkulowanie ofert w sposób obiektywny to znaczy, w oparciu o oficjalne ceny paliwa, które są publikowane na stronie producenta z uwzględnieniem zaproponowanego przez oferenta upustu od oficjalnej ceny. Zaproponowany przez wykonawcę upust pozostawał w jego swobodnym uznaniu. Natomiast zastosowanie do wyliczenia wartości brutto oferty ceny hurtowej paliwa u producenta w danym dniu zapewniała przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty oraz zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Trudno byłoby uznać za obiektywne kryterium ustalenia najkorzystniejszej ceny, przyjęcie ceny danego rodzaju paliwa u wykonawcy w danym dniu, albowiem cena ta jest zmienna i jest kształtowana swobodnie przez samego przedsiębiorcę

poprzez narzucenie marży.

Odwolujący w złożonym formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr I a do SWZ, od ceny netto za 1 litr oleju napędowego zaproponował upust w wysokości 0,15 zł od ceny producenta na dzień 02.12.2024 r. (4,87 zł — 0,16 zł = 4,72 zł netto za 1 litr oleju napędowego z upustem). Cena brutto za zakup 34 400 litrów oleju napędowego wyniosła 199 712,64 zł. Z kolei na benzynę bezołowiową 95 odwołujący zaproponował upust w wysokości 0,01 zł od ceny za 1 litr u producenta na dzień 02.12.2024 r. (4,63 zł - 0,01 zł = 4,62 zł netto za 1 Litr benzyny bezołowiowej 95). Zaproponowana cena ofertowa brutto za zakup 6 600 litrów benzyny bezołowiowej wyniosła 37 505,16 zł. Łączna wartość zamówienia w okresie obowiązywania umowy wyniosła 237 217,80 brutto.

Kontroferent M.M. w złożonym formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr I a do SWZ od ceny netto za 1 litr oleju napędowego zaproponował upust w wysokości 0,16 zł od ceny producenta na dzień 02.12.2024 r. (4,87 zł - 0,16 zł = 4,71 zł netto za 1 litr oleju napędowego z upustem). Cena brutto za zakup 34 400 litrów oleju napędowego wyniosła 199 289,52 zł. Z kolei za benzynę bezołowiową 95 Wykonawca zaproponował upust w wysokości 0,16 zł za 1 litr od ceny netto producenta na dzień 02.12.2024 r. (4,63 zł - 0,16 zł = 4,47 zł netto za 1 litr benzyny bezołowiowej 95). Zaproponowana cena ofertowa brutto za zakup 6 600 litrów benzyny bezołowiowej wyniosła 36 287,46 zł. Łączna wartość zamówienia w okresie obowiązywania umowy wyniosła 235 576,98 zł.

Natomiast w punkcie XXI podpunkt 1 i 2 SWZ zatytułowanym Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, w sposób jasny i przejrzysty wskazano, że kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty jest Cena - 100 %, a za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta z najniższą ceną.

Kierując się zatem przepisami ustawy - art. 239 ust. 1 i 2 oraz zapisami SWZ zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Ofertą z najniższą ceną okazała się oferta M.M. i została ona wybrana przez Zamawiającego. Na marginesie zamawiający wskazał, że przepisy ustawy nie pozostawiają zamawiającemu miejsca na dowolność i uznaniowość w wyborze oferty.

Odwolujący zaproponował cenę 0 1 640,82 zł wyższą niż kontroferent.

Reasumując, zamawiający w oparciu o art. 16 pkt 1 ustawy przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zawarcie przez zamawiającego w S 4 ust. 1 Projektowanych Postanowieniach Umowy zapisu, że strony ustalają, że ceną jednostkową paliw, będzie cena obliczona w oparciu o ustalony stały upust cenowy liczony od ceny jednostkowej netto paliwa, obowiązującej w dniu jego zakupu na dystrybutorze, nie stanowi wewnętrznie sprzecznych kryteriów uznania oferty za najkorzystniejszą. Należy bowiem mieć na uwadze, że w SWZ na potrzeby kalkulacji oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Zamawiający odniósł się do obiektywnych kryteriów uwzględniających cenę u producenta i upust zaoferowany przez danego Wykonawcę. Zapewniło to zachowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasad uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Natomiast w projektowanych postanowieniach umowy zamawiający winien uwzględnić kryteria ceny rynkowej sprzedaży oleju napędowego i benzyny bezołowiowej przez przedsiębiorcę, która to cena powiększona jest o ustaloną przez danego przedsiębiorcę marżę i inne opłaty. W przeciwnym razie, przedsiębiorca sprzedawałby zamawiającemu paliwa po cenie zakupu u producenta pomniejszoną jeszcze o zaproponowany upust.

Zdaniem zamawiającego wskazywanie, jakoby oferta odwołującego była tańsza aniżeli kontroferenta, biorąc pod uwagę załączone zdjęcia cen paliw na stacjach wykonawców z dnia 09.12.2024 r. (według twierdzeń odwołującego), jest manipulacją, bowiem taki dowód nie może stanowić podstawy do ustalenia, że oferta odwołującego jest korzystniejsza cenowo. Z tego też względu Krajowa Izba Odwoławcza nie powinna uwzględnić jako dowodów w niniejszym postępowaniu załączonych przez odwołującego zdjęć z cenami paliw na przedstawionych stacjach. Na marginesie tylko chcę zauważyć, że ze zdjęć nie wynika, na jakich stacjach zostały wykonane, w szczególności, czy były to zdjęcia odzwierciedlające ceny na stacji paliw odwołującego i kontroferenta - M.M.. Załączone zdjęcia nie stanowią obiektywnego kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż Wykonawcy mogą kształtować ceny paliw niemal dowolnie.

Cena oferty przedstawiona przez wykonawcę w formularzu cenowym służyła wyłącznie porównaniu ofert i dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Natomiast wykonawca wybrany do realizacji zamówienia sprzedaży paliw zamawiającemu dokonywać będzie według rozliczenia według cennika cen detalicznych obowiązujących na dystrybutorze wykonawcy w dniu zakupu paliwa pomniejszonej o stały upust cenowy.

2. Zarzut nr 2.2 — naruszenie art. 16 pkt 2 ustawy przez sformułowanie przez zamawiającego wewnętrznie sprzecznych kryteriów obliczania ceny i kryteriów oceny ofert, a w konsekwencji przeprowadzenie postępowania w sposób nieprzejrzysty.

Zdaniem zamawiającego powyższy zarzut odwołującego jest chybiony, albowiem w SWZ w sposób klarowny i jasny zostały wskazane kryteria i sposób kalkulacji w oparciu o które zostanie wybrana najkorzystniejsza oferta. Na potrzeby wyliczenia ceny oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego brane były pod uwagę:

1. Cena producenta za 1 litr oleju napędowego Ekodiesel oraz benzyny bezołowiowej 95 z dnia 02.12.2024 r.

publikowaną na oficjalnej stronie producenta PKN Orlen S.A. (www.orken.pl) kryterium obiektywne oraz

2 Zaoferowany przez wykonawców upust w złotych od ceny paliw opublikowanej na oficjalnej stronie producenta w dniu 02.12.2024 r. — kryterium subiektywne albowiem zaproponowany upust każdy z wykonawców zaproponował według własnych kalkulacji zysku.

Z kolei zapisy par. 4 ust. 1 Projektowanych Postanowieniach Umowy również są przejrzyste i jasne, jednak zawierają kryteria ceny rynkowej sprzedaży paliwa i uwzględniają zaoferowany zamawiającemu przez wykonawcę w formularzu cenowym stały upust cenowy. Na marginesie wskazał, że żaden racjonalny przedsiębiorca nie zawarłby z zamawiającym umowy, gdyby ten w umowie zawarł postanowienia że za cenę jednostkową paliwa przyjmuje się cenę publikowaną na stronie producenta PKN Orlen S.A. w dniu zakupu, pomniejszoną jeszcze o zaproponowany upust cenowy. To oznaczałoby, że wykonawca sprzedawałby paliwo zamawiającemu ze stratą.

Odwolujący, składając ofertę, złożył podpis elektroniczny pod wszystkimi wymaganymi dokumentami bez zgłaszania jakichkolwiek zastrzeżeń, w tym również pod projektowanymi postanowieniami umowy, zawierającymi kwestionowany aktualnie zapis zawarty w par. 4 ust. 1.

3. Zarzut nr 2.3 — naruszenie przez zamawiającego art. 240 ust. 1 i ust. 2 ustawy przez sformułowanie przez zamawiającego wewnątrznie sprzecznych kryteriów obliczania ceny i kryteriów oceny ofert, a w konsekwencji pozostawianie zamawiającemu swobody wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zdaniem zamawiającego ww. zarzut jest chybiony, albowiem (jak już zostało wskazane wyżej) kryteria oceny ofert zostały sformułowane w sposób jednoznaczny i zrozumiały w SWZ. Kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty stanowiła cena, a za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta M.M., bowiem zaproponowała najniższą cenę zakupu oleju napędowego Ekodiesel oraz benzyny bezołowiowej 95. Powyższe potwierdza formularz cenowy wykonawcy. W przedmiotowej kwestii zamawiający, wbrew twierdzeniom odwołującego, związany był ofertą najniższej ceny zaproponowanej przez wykonawcę w formularzu ofertowym. Zamawiający nie miał swobody wyboru najkorzystniejszej oferty.

4. Zarzut 2.4 — ewentualnie naruszenie art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy przez brak uznania, że to oferta Zakładu Transportu Handlu i Usług sp. z o.o. była najkorzystniejszą z ofert w oparciu o faktyczne kryteria środków, które zamawiający miałby wydatkować na zakup paliwa.

W przekonaniu zamawiającego, odwołujący nie wykazał, że to jego oferta była najkorzystniejsza cenowo. W szczególności nie można uznać że symulacja hipotetycznych cen paliwa przedstawiona przez odwołującego w odwołaniu, może stanowić podstawę do uznania że jego oferta była najkorzystniejsza cenowo i stanowić podstawę do unieważnienia postępowania nr IPŚ.271.13.2024.

W przekonaniu zamawiającego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na zadanie pn. „Dostawa oleju napędowego i benzyny bezołowiowej dla Gminy Waganiec” zostało przeprowadzone w sposób prawidłowy, w oparciu o przepisy ustawy. Zarzuty sformułowane przez odwołującego są chybione, bowiem kryterium sposobu obliczania ceny na potrzeby wyboru najkorzystniejszej oferty zostały skonstruowane w oparciu o kryteria obiektywne, co zapewniło zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu. Natomiast w projektowanych postanowieniach umowy, cena jednostkowa paliwa zakupionego od wykonawcy ustalona jest w oparciu o ceny rynkowe tj. cenę na dystrybutorze, z uwzględnieniem stałego upustu udzielonego zamawiającemu na czas trwania przedmiotowej umowy.

Oferta odwołującego nie była najkorzystniejsza, albowiem w formularzu cenowym odwołujący zaproponował cenę o 1 640,82 zł wyższą niż MICHALIN MICHALIN MIERZEJEWSCY sp.j.

5. Przedłożone przez odwołującego środki dowodowe w postaci dwóch zdjęć (załącznik nr 4 i nr 5) z cenami paliw u rzekomo odwołującego i kontroferenta nie powinny zostać uwzględnione w postępowaniu, bowiem:

1. Nie mogą one stanowić kryterium kalkulacji ceny, która stanowi dla zamawiającego podstawę do udzielenia zamówienia i wyboru najkorzystniejszej cenowo oferty. Zdjęcia przedstawiają ceny paliw na dwóch stacjach paliw - bez wykazania miejsca w którym zostały wykonane. Ceny paliwa są zmienne. Cena paliwa u przedsiębiorcy, który zajmuje się obrotem paliwami ciekłymi zawiera marżę, która jest ustalana indywidualnie przez danego przedsiębiorcę prowadzącego stację paliw. Z tego względu zdjęcie z ceną paliwa w danym dniu, nie może stanowić podstaw do żądania przez odwołującego uznania jego oferty za korzystniejszą cenowo. Podobnie symulacja cenowa przedstawiona przez odwołującego jest całkowicie dowolna i nie poparta obiektywnymi kryteriami ustalenia najkorzystniejszej ceny.

2. Przedstawione zdjęcia w żaden sposób nie potwierdzają, że oferta odwołującego była najkorzystniejsza. Zdaniem zamawiającego jest to twierdzenie całkowicie dowolne. Przy udzielaniu zamówienia publicznego, Zamawiający, jako podmiot publiczny, nie ma żadnej swobody w zakresie wyboru oferty. W tej kwestii musi opierać się na jasnych i obiektywnych kryteriach, które pozwalają zamawiającemu na wybór najkorzystniejszej cenowo oferty, przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Powołane przez odwołującego zarzuty są chybione i nie mogą stanowić podstawy do nakazania zamawiającemu

unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez M.M.. Jak również nie mogą stanowić podstawy do unieważnienia postępowania nr IPŚ.271.13.2024 0 udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na wykonanie zadania pn. „Dostawa oleju napędowego i benzyny bezołowiowej dla Gminy Waganiec”. Brak jest również przesłanek do nakazania zamawiającemu dokonania czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego, jako oferty faktycznie najkorzystniejszej.

Odwołujący złożył na posiedzeniu z udziałem stron dalsze wnioski dowodowe.

Rozważania KIO:

Odwołanie należy odrzucić.

Zgodnie z art. 528 pkt. 3 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza, zwana dalej KIO, odrzuca odwołanie, jeżeli odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Na podstawie art. 515 ust. 2 pkt. 2 ustawy odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

Odwołujący kwestionuje dokumenty zamówienia tj. Specyfikację Warunków Zamówienia (SWZ) oraz projektowane postanowienia umowne (PPU), dopatrując się pomiędzy nimi wewnętrznej sprzeczności prowadzącej do sytuacji, w której zamawiający nie dokona wyboru oferty najkorzystniejszej.

Sam odwołujący w odwołaniu wskazał:

„Zgodnie z art. 7 pkt 3 ustawy za dokumenty zamówienia należy uznać: dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisanie warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań. Za dokumenty zamówienia należy więc uznać, specyfikację warunków zamówienia oraz dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, służące do określenia lub opisanie warunków zamówienia.

Projektowane postanowienia Umowy w sprawie zamówienia publicznego (Wzór Umowy) są natomiast integralną częścią Specyfikacji warunków zamówienia, a w konsekwencji nie może być w treści tych dokumentów oczywistych wewnętrznych sprzeczności.”

Postanowienia SWZ i PPU nie były zmieniane od momentu ich opublikowania, nie były także przedmiotem wyjaśnień ani modyfikacji. Ich treść była jednoznaczna i klarowna przez cały tok postępowania. Zamawiający ogłosił postępowanie 26 listopada 2024 r., a odwołujący nie podnosił, że data zamieszczenia SWZ i PPU była inna. Termin na wniesienie odwołania rozpoczynał swój bieg 26 listopada 2024 r. i kończył się 2 grudnia 2024 r. (1 grudnia 2024 r. to niedziela). Odwołanie w swojej istocie skupione jest na kwestionowaniu przez odwołującego postanowień PPU, które w jego ocenie powinny brzmieć tak samo jak postanowienia SWZ w rozdziale XX pkt. 2.3 czyli jak określone przez zamawiającego kryteria oceny ofert. Jednak to, że zamawiający zaprojektował inaczej kryterium oceny ofert i inaczej projektowane postanowienie umowne w par. 4 ust. 1 ustawy nie było okolicznością nową, która pojawiła się dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej. Ani kryterium, ani postanowienie umowne nie miały charakteru skomplikowanego, nie wymagały zawiłych obliczeń matematycznych w celu ustalenia rozbieżności pomiędzy cenami otrzymanymi w wyniku zastosowania kryterium i możliwymi do uzyskania w wyniku obliczeń na podstawie par. 4 ust. 1 PPU. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że różnice pomiędzy obliczeniami na podstawie SWZ i PPU nie były możliwe do wykrycia na etapie przygotowania ofert. Przeciwnie jak wynika z odwołania, odwołujący zna ceny paliw oferowane przez siebie i swojego konkurenta. Zna także sposoby ustalania cen na dystrybutorze i sposobu oferowania cen sprzedaży przez dostawców paliw pośrednikom/hurtownikom. Wiadomy jest także odwołującemu sposób sporządzania SWZ i PPU na potrzeby innych postępowań przetargowych na dostawy paliw. W tej sytuacji zatem nie zachodzi możliwość powołania się przez odwołującego na to, że wada postępowania ujawniła się dopiero w momencie wyboru oferty najkorzystniejszej. Przeciwnie w ocenie KIO, odwołujący miał świadomość, że sposób ustalenia ceny na potrzeby ofertowania i na potrzeby wykonywania umowy jest różny, jednak wyłącznie ze znanych sobie powodów nie podniósł tej różnicy na wcześniejszym etapie postępowania, jako zapytania do treści SWZ, czy odwołania wobec treści dokumentów zamówienia. Przepis art. 515 ustawy ustanawia terminy zawite na wnoszenie środków ochrony prawnej. Terminy te nie podlegają przywróceniu, ani nie mogą być wydłużane wolą stron. Uchybienie tym terminom powoduje, że środek ochrony prawnej nie może być uznany za skuteczny i rozpoznany merytorycznie. Odwołanie wniesione po upływie terminu na jego wniesienie podlega odrzuceniu. Odwołujący powołał orzecznictwo KIO co do możliwości wnoszenia środków ochrony prawnej po wyborze oferty najkorzystniejszej zmierzających do unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy kryteria oceny ofert były określone niezgodnie z ustawą. Jednak odwołujący nie przeprowadził analizy stanów faktycznych wynikających z tych orzeczeń. Kwestionowanie prawidłowości doboru kryteriów oceny ofert po wyborze oferty najkorzystniejszej jest możliwe w sytuacji, gdy wadliwość tych kryteriów nie dawała się wykryć na etapie przed upływem terminu składania ofert, gdyż pozornie wydawały się obiektywne i prawidłowo dobrane, a dopiero w sytuacji specyficznego stanu faktycznego, jaki

zaistniał po złożeniu ofert okazało się, że zastosowane kryteria nie umożliwiają wyboru oferty najkorzystniejszej. Nadto należy zauważyć, że w tym postępowaniu, to nie kryteria oceny ofert, są w istocie kwestionowane przez odwołującego, ale projektowane postanowienia umowne, gdyż to w ich odmienności, od kryteriów oceny ofert, odwołujący upatruje wadliwości postępowania. To oznacza, że nie mają tu zastosowania przywołane przez odwołującego orzeczenia. Podkreślić trzeba, że w sytuacji, gdy postanowienia SWZ i PPU nie były niezrozumiałe, a przeciwnie jasne i klarowne, nie możliwe jest przyznanie odwołującemu prawa do przywrócenia sobie terminu na wniesienie odwołania. Przyzwolenie na takie działanie mogłoby powodować, że wykonawcy zwlekali by z eliminacją wadliwych postanowień do czasu ustalenia rankingu ofert i w przypadku wyboru własnej oferty, korzystaliby z istniejącej wadliwości. Odwołanie wnosiliby tylko w przypadku, gdyby ich oferta nie została uznana za najkorzystniejszą. Mając to wszystko na uwadze, odwołanie należało odrzucić jako spóźnione na podstawie art. 528 pkt. 3 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 1 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego koszty poniesione przez odwołującego i obciążając go tymi kosztami. KIO nie zasądziła kosztów wydatków pełnomocnika zamawiającego mimo zgłoszonego przez niego wniosku, z tego względu, że koszt wydatków pełnomocnika w przeciwieństwie do procedury cywilnej nie podlega rozliczeniu na podstawie norm przepisanych, ale wymaga wykazania faktu poniesienia kosztu rachunkiem lub spisem kosztów złożonym do akt sprawy – par. 5 pkt. 2 cyt. rozporządzenia. Zamawiający do zamknięcia posiedzenia nie złożył ani rachunku, ani spisu kosztów.

Przewodnicząca:.....