

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2013 r. przez wykonawcę Zakład Komunalny Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Stalowej Woli, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zakład Miejskiej Komunikacji Samochodowej w Stalowej Woli

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zakładowi Miejskiej Komunikacji Samochodowej w Stalowej Woli unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty Zakładu Komunalnego Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Stalowej Woli i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża Zakład Miejskiej Komunikacji Samochodowej w Stalowej Woli i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Zakład Komunalny Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Stalowej Woli tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zakładu Miejskiej Komunikacji Samochodowej w Stalowej Woli na rzecz Zakładu Komunalnego Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Stalowej Woli, kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

1

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

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający - Zakład Miejskiej Komunikacji Samochodowej w Stalowej Woli - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest bezgotówkowe tankowanie oleju napędowego na potrzeby Zakładu Miejskiej Komunikacji Samochodowej w Stalowej Woli. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 stycznia 2013 r. pod numerem 2013/S 014-019281. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

20 marca 2013 r. zamawiający przesłał informację wyborze jako najkorzystniejszej oferty PKN Orlen S.A. w Płocku oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Miejskiego Zakładu Komunalnego Sp. z o. o. w Stalowej Woli na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, który wniósł

odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób, który narusza zasady uczciwej konkurencji oraz nierówno traktuje wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;
- art. 87 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 Pzp i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) dalej jako „rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów” przez wadliwe wezwanie PKN Orlen S.A. do uzupełnienia oferty;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego, w przypadku kiedy brak było ku temu podstaw prawnych;
- art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez niewłaściwe zastosowanie, polegające na odrzuceniu oferty odwołującego, której złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji;
- art. 90 ust 2 i 3 Pzp przez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez odwołującego dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny i bezpodstawne odrzucenie oferty;
- art. 91 ust. 1 Pzp ze względu na sprzeczne z ustawą dokonanie wyboru oferty

3

najkorzystniejszej, będącej następstwem wadliwych czynności poprzedzających wybór oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty, czynności najkorzystniejszej unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego, dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej i o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego. Z ostrożności procesowej, w przypadku nie uznania zarzutów wskazanych powyżej wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej oceny ofert, odrzucenie oferty PKN Orlen S.A., oraz o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, na skutek nie złożenia żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że oświadczenie zarządu odwołującego jest właściwym dokumentem na potwierdzenie ceny paliwa z dnia 16.01.2013 r., gdyż zamawiający zażądał ogólnie dołączenia dokumentów potwierdzających cenę paliwa w tym dniu, a wymóg przedstawienia dowodów pozostawił otwarty i do uznania wykonawcy składającego ofertę.

Zarzucił, że w razie zastosowania w art. 89 ust. 1 ciężar udowodnienia faktów spoczywa na podmiocie, który z faktów tych wywodzi skutki prawne. Podniósł, że decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp zawiera nieprawdziwe odniesienia do przepisu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) - zamawiający mylnie wskazał jedynie, iż zachodzi przypuszczenie, że odwołujący skalkulował cenę bez wymaganego zysku, poniżej kosztów zakupu.

Wywiódł, że w ramach stałego rabatu uzyskanego w postępowaniu PN/27/2012, mógł tak skalkulować cenę w niniejszym postępowaniu, aby osiągnąć zysk w wysokości 8 groszy na jednym litrze paliwa. Okoliczności związane z obliczeniem ceny wyjaśnił zamawiającemu w piśmie z 11 marca 2013 r., jednak nie zostały one uwzględnione z naruszeniem art. 90 ust. 1 Pzp.

Uzasadniając zarzut zaniechania odrzucenia oferty PKN Orlen S.A. odwołujący podniósł, że rachunek lub faktura nie jest dokumentem, o którym stanowi rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów. Uznał, że zamawiający nie mógł wzywać do jego uzupełnienia. Brak wykazania ceny na dzień 16 stycznia 2013 r. stanowi nieusuwalny brak oferty, który winien przynieść skutek odrzucenia oferty PKN Orlen S.A., a w konsekwencji unieważnianie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

4

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Wywodził w niej przede wszystkim, że dokumentem potwierdzającym cenę obowiązującą 16 stycznia b.r. jest rachunek, faktura lub dokument typu wz, o czym odwołujący wiedział, jako uczestnik rozprawy w sprawie o sygn. KIO 199/13. Zamawiający uzasadniał, że wobec cen stosowanych przy zakupach hurtowych przez PKN Orlen cena oferty odwołującego obliczona została poniżej kosztów zakupu.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale XII pkt 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał, aby cena 1 litra oleju napędowego ON podana w tabeli Formularza cenowego dotyczyła ceny detalicznej (brutto) 1 litra oleju napędowego na dystrybutorze stacji paliw, na której wykonawca planuje realizację dostaw, w g cen obowiązujących w dniu 16.01.2013 r. W rozdziale XIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający ustalił cenę jako jedyne kryterium oceny ofert.

W Formularzu cenowym (załączniku nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) zamawiający nakazał podanie ceny za 1 litr oleju napędowego na dystrybutorze stacji paliw, na której wykonawca planuje realizację dostaw, wg cen obowiązujących w dniu 16.01.2013 r. oraz stałego rabatu, do zastosowania którego wykonawca się zobowiązuje. Ustalił też, że cenę oferty stanowi iloczyn ceny detalicznej za 1 litr brutto z uwzględnieniem rabatu cenowego oraz szacunkowego zużycia paliwa w litrach podanego przez zamawiającego.

W odpowiedzi na pytanie nr 1 31 stycznia 2013 r. zamawiający wyjaśnił, że cena obliczona na podstawie Formularza cenowego ma jedynie charakter deklaracyjny.

Do upływu terminu składania zostały złożone dwie oferty: odwołującego – 5,27 zł brutto za litr paliwa i oferta PKN Orlen S.A. z ceną 5,41 zł brutto za litr paliwa.

Dla potwierdzenia ceny paliw obowiązującej 16 stycznia 2013 r. odwołujący złożył wraz z ofertą oświadczenie zarządu, zgodnie z którym 16 stycznia 2013 r. cena 1 litra oleju napędowego na dystrybutorze paliw wynosiła 5,33 zł.

PKN Orlen S.A. nie złożył wraz z ofertą dokumentu potwierdzającego cenę 1 litra oleju napędowego 16 stycznia 2013 r. Na wezwanie zamawiającego 4 marca 2013 r. wykonawca złożył kopię paragonu fiskalnego oraz kopię odpisu paragonu fiskalnego, które potwierdzają cenę wskazaną w formularzu.

Pismem z 1 marca 2013 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Podniósł, że

5

według posiadanej wiedzy podana w ofercie cena 1 litra oleju napędowego obowiązująca 16 stycznia 2013 r. jest znacznie niższa, niż cena obowiązująca w tym dniu na innych stacjach paliw zlokalizowanych w granicach administracyjnych gminy Stalowa Wola. Zamawiający nie uznał oświadczenia zarządu za dokument potwierdzający obowiązującą cenę i wezwał do złożenia właściwego dokumentu.

W odpowiedzi odwołujący wskazał na wyjątkowo korzystne warunki prowadzenia działalności w tym, że dzięki upustowi otrzymanemu w postępowaniu PN/27/2012, efektowi skali (im większe zamówienie, tym niższa cena) oraz dogodnemu sposobowi dostawy uzyskuje korzystniejsze ceny, niż cena hurtowa PKN Orlen i osiąga dodatnie wyniki na działalności gospodarczej. Pogląd, że oświadczenie zarządu nie odpowiada wymaganiom specyfikacji uznał za naruszający art 7 ust. 1 Pzp oraz stanowiący ukryty warunek udziału w postępowaniu.

Zamawiający uznał wyjaśnienia za niewystarczające i pismem z 7 marca 2013 r. zażądał od wykonawcy wskazania kalkulacji ceny z uwzględnieniem daty dostawy oleju napędowego i ceny dostawy, ceny hurtowej PKN Orlen S.A. ze wskazaniem daty, wg której przyjęto cenę hurtową, marży wykonawcy. Po analizie dokumentów z postępowania PN/27/2012 zamawiający uznał, że odwołujący nie mógł w styczniu 2013 r. otrzymać dostawy oleju napędowego typu standard, lecz jedynie dostawę oleju „o polepszonych właściwościach niskotemperaturowych”.

W odwidzi udzielonej 11 marca 2013 r. odwołujący wyjaśnił, że cenę oferty obliczył zgodnie z wymaganiami specyfikacji na 16 stycznia 2013 r. W tym dniu cena hurtowa PKN Orlen na wynosiła 5, 27 zł (brutto) za litr. Wynikający z postępowania PN/27/2012 upust wynosi 0.08 zł za litr, czyli cena dostawy dla odwołującego wynosi 5.19 zł za litr. Odwołujący zaoferował rabat

0,06 zł brutto/litr paliwa, zatem cena detaliczna dla zamawiającego wynosi 5,27 zł brutto za litr paliwa typu „standard”. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z wyjaśnieniem z 31 stycznia 2013 r. cena ma charakter deklaracyjny i powinna wynikać z kalkulacji.

Prawidłowość wyliczenia ceny oferty na podstawie umowy w wyniku postępowania PN/27/2012 odwołujący potwierdził na rozprawie składając kopię umowy zawartej 31 grudnia 2012 r. w wyniku tego postępowania oraz kalkulację ceny. Zgodnie z § 1 ust. 2 umowy w styczniu 2013 r. dostarczane będzie paliwo o polepszonych właściwościach niskotemperaturowych. Odwołujący złożył również kopię umowy z 3 stycznia 2012 r. dotyczącej postępowania PN/29/2012 zgodnie, z którą cena za litr oleju napędowego typu standard wynosi 5.336.97 zł za 1000 litrów oraz fakturę z 5 lipca 2012 r.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Cena oferty odwołującego jest niższa, niż cena oferty wybranej. Zarzucane zamawiającemu

6

naruszenia przepisów powodują zatem, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą i utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie,

Podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania ma wykładnia postanowienia specyfikacji, co do dokumentu potwierdzającego cenę 1 litra oleju obowiązującą 16 stycznia 2013 r.

Izba nie uwzględniła argumentacji zamawiającego, że odwołujący jako strona sprawy o sygn. akt KIO 199/13 winien wiedzieć, że dokumentem potwierdzającym cenę oleju zgodnie z wymaganiem zamawiającego był wyłącznie dokument potwierdzający dokonanie sprzedaży - typu paragon, faktura lub dokument wz.

Zastrzeżenie takie nie wynika z przywołanych postanowień specyfikacji, a zgodnie z zasadami prowadzenia postępowania, w szczególności zapisanymi w art. 7 ust. 1 Pzp zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zamawiający nie może dokonywać czynności w postępowaniu na podstawie wymagań, które nie zostały jasno wyrażone w dokumentach postępowania. Zamawiający nie określił specyfikacji oraz stanowiącym jej część załączniku nr 2, jakie dokumenty uzna za wystarczające, zatem wybór dokumentu pozostawił swobodnemu uznaniu wykonawców. Pogląd o wiążącym charakterze specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz niedopuszczalności rozszerzającej interpretacji jej postanowień jest utrwalony w orzecznictwie Izby oraz potwierdzony przez sądy powszechne.

Odwołujący był uprawniony do tego, aby potwierdzić cenę oleju typu standard obowiązującą na jego dystrybutorze 16 stycznia 2013 r. za pomocą własnego oświadczenia.

Izba uznała, że zamawiający nie tylko usiłuje w toku oceny oferty odwołującego uzupełnić postanowienia specyfikacji o nowe treści, ale czyni to również w sposób dyskryminujący. Zamawiający nie opisał w warunkach udziału w postępowaniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy 16 stycznia 2013 r. dokonywali rzeczywistego obrotu olejem napędowym typu standard. Co więcej w przywołanej przez odwołującego odpowiedzi na pytanie 1 z 31 stycznia 2013 r. zamawiający jasno wskazał, że ma na myśli wyłącznie cenę deklarowaną. Cena deklarowana to zdaniem Izby cena, za którą wykonawca uwzględniając cenę oleju z 16 stycznia 2012 r., na oraz mając na względzie rachunek ekonomiczny był w stanie zaoferować zamawiającemu olej stanowiący przedmiot zamówienia. Odwołujący potwierdził, że cena jego oferty została obliczona prawidłowo, niezależnie, czy za punkt odniesienia przyjmie się cenę wynikającą z umowy zawartej w wyniku postępowania PN/27/2012, czy PN/29/2012.

7

Odwołujący dokonał potwierdzenia ceny wskazanej w ofercie zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Cena oferty odwołującego nie została skalkulowana poniżej kosztów zakupu, nie ma zatem charakteru rażąco niskiego. Złożenie przez odwołującego oferty z taką

ceną nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Czynność odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp narusza prawo.

Niezasadnie natomiast żąda odwołujący odrzucenia oferty PKN Orlen S.A. Całkowicie niezasadny jest pogląd, że wykazanie ceny obowiązującej 16 stycznia 2013 r. stanowi treść oferty nie może być uzupełnione. W myśl postanowień specyfikacji dokument lub oświadczenie potwierdzające omawianą cenę mają na celu wskazanie podstaw obliczenia ceny oferty. Stanowi zatem dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania i potwierdzający zgodność obliczenia ceny zamawianych dostaw z wymaganiami zamawiającego. Nie ma zatem przeszkód, by uznać go za dokument wskazany w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Dostrzec trzeba, że dla określenia oświadczenia wykonawcy jako treści oferty lub dokumentu o charakterze przedmiotowym nie ma przesadzającego znaczenia umiejscowienie go w ofercie, lecz natura prawna oświadczenia lub dokumentu. Trafnie zatem zamawiający wezwał PKN Orlen S.A. do **uzupełnienia** na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy, wobec faktu, że naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy miały istotny wpływ na wynik postępowania, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 i 3 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący:.....

8

9