

WYROK
z dnia 2 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Członkowie: Stanisław Sadowy
Luiza Łamejko
Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* 1 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Instytut Paliw i Energii Odnawialnej, ul. Jagiellońska 55 bud. 6, Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego, **Główny Inspektorat Inspekcji Handlowej, ul. Niedźwiedzia 6E, Warszawa** protestu/protestów* z dnia 28 lutego 2008 r.

przy udziale **Ośrodka Badawczo-Rozwojowego Przemysłu Rafineryjnego S.A., ul. Chemików 5, Płock**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Instytut Paliw i Energii Odnawialnej, ul. Jagiellońska 55 bud. 6, Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Instytut Paliw i Energii Odnawialnej, ul. Jagiellońska 55 bud. 6, Warszawa**;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Instytut Paliw i Energii Odnawialnej, ul. Jagiellońska 55 bud. 6, Warszawa** na rzecz **Głównego Inspektoratu Inspekcji Handlowej, ul. Niedźwiedzia 6E, Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Instytutu Paliw i Energii Odnawialnej, ul. Jagiellońska 55 bud. 6, Warszawa**.

U z a s a d n i e

Główny Inspektorat Inspekcji Handlowej w Warszawie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r., Dz. U. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Usługi badania próbek paliw ciekłych w ramach systemu monitorowania i kontrolowania jakości paliw realizowanego przez Inspekcję Handlową”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 grudnia 2007 r. (2007/S 246-300179). Zamówienie to zostało podzielone na dwie części:

- **część I Rejon południe**, obejmujący województwa: dolnośląskie, opolskie, śląskie, małopolskie, podkarpackie i świętokrzyskie i
- **część II Rejon centrum – wschód**, obejmujący województwa: mazowieckie, podlaskie, lubelskie, warmińsko- mazurskie.

Rozpatrywane odwołanie dotyczy wyłącznie części II zamówienia, tj. Rejonu centrum – wschód.

Zamawiający w piśmie z dnia 22 lutego 2008 r. (doręczenie w dniu 25 lutego 2008 r.) poinformował wykonawców o wyniku postępowania i wyborze najkorzystniejszej oferty w obu częściach zamówienia, w tym w zakresie części drugiej - oferty złożonej przez Ośrodek Badawczo- Rozwojowy Przemysłu Rafineryjnego S.A. z siedzibą w Płocku, zwanym dalej: „OBRPR”.

Zamawiający poinformował jednocześnie o odrzuceniu oferty Instytutu Paliw i Energii Odnawialnej z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Odwołującym”, z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ. Podstawą odrzucenia tej oferty było podanie przez Odwołującego w Formularzu cenowym, na str. 52 oferty, ceny za mycie butelek szklanych (...) w wysokości 1,037 zł brutto oraz ceny za przewóz próbek paliw samochodem specjalistycznym (...) w wysokości 0,488 zł brutto, tj. nie spełnienie wymogu SIWZ zawartego w Rozdziale XIII w pkt 5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) w zakresie określania cen jednostkowych w formularzach cenowych oraz w zakresie ceny ostatecznej, określonej w formularzu oferty z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

Na tę czynność Zamawiającego Odwołujący w piśmie z dnia 28 lutego 2008 r., doręczonym Zamawiającemu w dniu 29 lutego 2008 r., złożył protest. W proteście tym, zostały podniesione zarzuty naruszenia przez Zamawiającego następujących przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, co w ocenie wnoszącego protest skutkuje również naruszeniem art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.) oraz art. 31 ustawy o Narodowym Banku Polskim (Dz. U. z 1997 r., Nr 140, poz. 938 ze zm.). W proteście wskazano również na zarzut niejednakowego traktowania podmiotów uczestniczących w przetargach organizowanych przez Zamawiającego.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, że:

- po pierwsze - wybór oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu nastąpił z rażącym naruszeniem zasad określonych w ustawie. W ofercie cenowej (załącznik nr 3b wynikający z SIWZ) wykonawca, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą (oferta OBRPR) podało cenę jednostkową 0 zł za wykonanie usługi badania parametru indeksu lotności. Tym samym wykonawca ten naruszył przepisy ustawy o cenach (art. 3 ust. 1 pkt 1 tej ustawy – ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę) oraz ustawy o Narodowym Banku Polskim (art. 31 tej ustawy – znakami pieniężnymi w Rzeczypospolitej Polskiej są banknoty i monety opiewające na złote i grosze, a nie występują banknoty i monety o wartości 0 zł). W ocenie Odwołującego, wykonawca, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą oferując cenę 0 zł udzielił Zamawiającemu darowizny w postaci wykonania badania parametru indeksu lotności.

- po drugie – wskazując na niejednakowe traktowanie podmiotów uczestniczących w przetargach organizowanych przez Zamawiającego Odwołujący przywołał przykład innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego na wykonanie usług badania próbek gazu skroplonego (LPG) w ramach systemu monitorowania i kontrolowania jakości paliw w zakresie zadania nr IV (postępowanie oznaczone nr: BGI/ZP-270-11/07), w którym to postępowaniu wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą (J.S. HAMILTO Poland LTD Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni) złożył ofertę cenową w zakresie przewozu próbek gazu w kwocie: 0,7846 zł netto, pomimo wymogów SIWZ, że ceny powinny być określone do dwóch miejsc po przecinku. Oferta tego wykonawcy we wskazanym postępowaniu nie została przez Zamawiającego odrzucona, podczas gdy w analogicznej sytuacji w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (postępowanie oznaczone nr: BGI/ZP-270-24/07) oferta Odwołującego z tego powodu została odrzucona. W ocenie Odwołującego podanie w jego ofercie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego cen bez zaokrąglenia do dwóch miejsc po przecinku nie wpłynęło na końcową cenę brutto zamieszczoną w formularzu ofertowym.

Podnosząc wskazane zarzuty Odwołujący w swoim proteście wniósł o:

- unieważnienie dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia i
- ogłoszenie nowego przetargu na wykonywanie usług badania próbek paliw ciekłych w ramach systemu monitorowania i kontrolowania jakości paliw w zakresie części II zamówienia.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu na skutek wezwania Zamawiającego, zawartego w piśmie z dnia 29 lutego 2008 r. (doręczenie faksem w dniu: 29 marca 2008 r.) swoje przystąpienie w piśmie z dnia 3 marca 2008 r. (doręczenie Zamawiającemu faksem w dniu 3 marca 2008 r.), złożył OBRPR, odpierając argumenty podnoszone w proteście Odwołującego. Wykonawca ten wskazał na brak interesu prawnego w złożeniu protestu przez Odwołującego z tego względu, że wykonawca ten żąda unieważnienia postępowania, a więc nie ma szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do złożonego protestu Zamawiający w piśmie z dnia 10 marca 2008 r. (doręczonym Odwołującemu w dniu 13 marca 2008 r.) protest oddalił. W uzasadnieniu oddalenia protestu Zamawiający podtrzymał swoją argumentację zawartą w informacji o rozstrzygnięciu postępowania, że oferta Odwołującego, w której wskazano ceny jednostkowe do trzech, a nie dwóch miejsc po przecinku, jest niezgodna z SIWZ oraz nieważna na podstawie innych ustaw, czym została wypełniona dyspozycja dwóch przesłanek do odrzucenia oferty, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy.

Odnosząc się do wskazanych przez Odwołującego podstaw do odrzucenia oferty uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza (OBRPR) Zamawiający stwierdził, że żądanie Odwołującego w tym zakresie jest niezasadne. Zgodnie bowiem z postanowieniami SIWZ wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, obliczając wartość parametru badanego powinni byli wpisać cenę badania pomniejszoną o cenę badania parametru lub parametrów pośrednich. Cena badania parametru pomniejszona o cenę badania jest zatem – w ocenie Zamawiającego – zawsze kompilacją kilku składowych, czyli jest zawsze wyższa od wartości 0 zł, w konsekwencji zatem wyższa od tej wartości jest również cena wykonania zleconej usługi badania próbki paliwa.

Od tego rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w piśmie z dnia 14 marca 2008 r., złożonym w urzędzie pocztowym w tej samej dacie złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Kopia odwołania w tej samej dacie została przekazana Zamawiającemu.

W treści odwołania Odwołujący podtrzymał zarzuty i argumentację zawartą w proteście. Niezależnie od powyższego zarzuty dotyczące nie odrzucenia oferty OBRPR zostały w treści odwołania zmodyfikowane o wskazanie, iż oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona z powodu podania ceny jednostkowej 0 zł, nie tylko w zakresie badania parametru indeksu lotności (poz. nr 17 w zał. 3b do SIWZ) - jak podniesiono w proteście – ale również w zakresie badania indeksu cetanowego (poz. nr 6 w zał. Nr 3a do SIWZ).

W treści odwołania podniesiono dodatkowy zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy oraz zmodyfikowano wnioski w stosunku do złożonych w treści protestu. Odwołujący mianowicie wniósł o:

- 1) unieważnienie dokonanego odrzucenia oferty Odwołującego
- 2) unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia;
- 3) nakazanie dokonania ponownej oceny złożonych ofert ewentualnie o
- 4) unieważnienie przedmiotowego postępowania o zamówienie w zakresie części II na podstawie art. 191 ust. 3 w związku z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w piśmie z dnia 26 marca 2008 r., doręczonym do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 27 marca 2008 r. drogą faksową, swoje przystąpienie złożył Ośrodek Badawczo – Rozwojowy Przemysłu Rafineryjnego S.A.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, treść oferty Odwołującego i OBRPR, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszym rzędzie ustalił, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy uprawniający go do złożenia protestu i odwołania. Wykonawca ten jako uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, składający w tym postępowaniu ofertę posiada szeroko pojmowany interes prawny w tym, aby kontrolować Zamawiającego w zakresie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Wykonawca ten w swoim proteście, a następnie w złożonym odwołaniu zakwestionował zasadność odrzucenia jego oferty w tym postępowaniu oraz zaniechanie odrzucenia oferty uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Przyjmując, iż zarzuty podniesione przez Odwołującego są zasadne, należy stwierdzić, iż wprost miałby on szansę na uzyskanie tego konkretnego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do pierwszego zarzutu – bezzasadnego odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego z powodu podania w dwóch miejscach formularza cenowego ceny bez zaokrąglenia do dwóch miejsc po przecinku – skład orzekający Izby uznał, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zamawiający w rozdz. XIII pkt 5 SIWZ wprowadził wymóg, aby wszystkie ceny określone w formularzach cenowych oraz ostateczna cena oferty określona w formularzu oferty były liczone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Odwołujący nie dopełnił tego wymogu podając w formularzu cenowym na str. 52 oferty cenę za: mycie butelek szklanych (...) w wysokości 1,037 zł brutto oraz cenę za przewóz próbek paliw samochodem specjalistycznym (...) w wysokości 0,488 zł brutto.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji ceny. Definicja ceny określona jest w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach. Zgodnie z treścią przedmiotowego przepisu ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest zobowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, z uwzględnieniem podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, o ile na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Jednostką pieniężną jest natomiast, zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego (Dz. U. z 1994 r., Nr 84, poz. 386 ze zm.), „jednostka pieniężna o nazwie złoty”, która dzieli się na 100 groszy. Kwoty zawierające tysięczne części złotego nie są więc znane polskiemu systemowi płatniczemu. W przypadku ich wystąpienia są one zaokrąglane do pełnych groszy, czego prawidłowo wymagał Zamawiający w postanowieniach SIWZ.

Co do drugiego zarzutu – zaniechania odrzucenia oferty uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza (OBRPR) z powodu podania ceny 0 zł w zakresie badania parametru indeksu cetanowego oraz parametru indeksu lotności - skład orzekający Izby uznał, że zarzut dotyczący indeksu cetanowego nie może być rozpatrzony przez Izbę, gdyż Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście a zarzut ten nie był wcześniej podniesiony. Natomiast zarzut dotyczący podania ceny 0 zł w zakresie badania parametru indeksu lotności nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w rozdz. XIII pkt 7 SIWZ określił opis sposobu obliczenia ceny również w zakresie cen jednostkowych badań, wskazując iż „Wykonawca w formularzach cenowych na usługi badania parametrów jakościowych paliw ciekłych (załączniki 3a, 3b do SIWZ) powinien podać ceny jednostkowe badań laboratoryjnych poszczególnych parametrów. W sytuacji, jeżeli do badania danego parametru (parametr X) niezbędne jest uprzednie zbadanie innego parametru lub parametrów pośrednich, a następnie podstawienie go do odpowiedniego wzoru, oczywiście jest, że ten inny parametr(y) należy zbadać.

W formularzu cenowym dla parametru X Wykonawca winien wpisać cenę badania pomniejszoną o cenę badania parametru lub parametrów pośrednich.

Jeżeli badanie danego parametru pośredniego niezbędne do zbadania parametru X nie zostanie objęte odrębnie danym zleceniem, Wykonawca powinien w fakturze doliczyć cenę za zbadanie takiego parametru pośredniego do ceny za zbadanie parametru X, zgodnie z kwotą wpisaną w formularzu cenowym jako cena badań tego parametru pośredniego.”

Jednocześnie w „Formularzu cenowym” (załącznik nr 3b do SIWZ) pozycja 17 „Indeks lotności, VLI” w rubryce nr 4 „Akredytowana metoda badania” Zamawiający wskazał, iż będzie on „obliczany na podstawie wzoru (pkt I podpunkt 15 załącznika do rozporządzenia)”.

Istotnie, powołane rozporządzenie określa metody badania jakości paliwa, niemniej jednak sposób obliczenia indeksu lotności określony w pkt I podpunkt 15 załącznika został wykorzystany przez Zamawiającego w tabeli zawierającej ceny dla badań benzyn silnikowych (załącznik nr 3b do SIWZ) w celu ustalenia ceny parametru indeks lotności, VP (w oparciu o ten wzór miała zostać wyliczona cena jednostkowa netto wykonania usługi badania).

W pkt I podpunkt 15 załącznika „Metody badania jakości paliwa”, stanowiącego załącznik do rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 3 listopada 2006 r. w sprawie metod badania jakości paliw ciekłych (Dz. U. z 2006 r., Nr 220, poz. 1606) określono, iż indeks lotności (VLI) oblicza się, biorąc pod uwagę dwa parametry pośrednie: prężność par, VP oraz destylację. W ofercie wykonawcy (OBRPR) prężność par, VP wyceniono na kwotę 60,00 zł netto (pozycja 3 załącznika nr 3b), natomiast destylację na kwotę 85,00 zł netto (pozycja 4 załącznika nr 3b). Aby więc uzyskać parametr indeksu lotności (VLI) należało do parametru prężności par, VP dodać parametr destylacji. Następnie od tak uzyskanej ceny jednostkowej usługi (badania parametru lotności, VP), stosując zapisy SIWZ, należało odjąć cenę parametrów pośrednich: parametru prężności par, VP oraz parametru destylacji, uzyskując cenę jednostkową indeksu lotności (VLI), w tym przypadku o wartości 0 zł.

Oznacza to, iż ceną, jaką Zamawiający zapłaci za badanie parametru indeksu lotności (VLI) nie będzie cena o wartości 0 zł lecz będzie ona sumą cen badań jej parametrów pośrednich i będzie wynosić 145,00 zł netto, gdyż w sytuacji, w której badanie danego parametru pośredniego niezbędne do zbadania parametru indeksu lotności, nie zostanie objęte odrębnie danym zleceniem, wykonawca (OBRPR) w fakturze powinien doliczyć cenę za zbadanie takiego parametru pośredniego do ceny za zbadanie indeksu lotności, zgodnie z kwotą wpisaną w formularzu cenowym jako cena badań tego parametru pośredniego, a więc parametru prężności par, VP oraz parametru destylacji.

Niewątpliwie cena powinna obejmować określone elementy cenotwórcze (takie jak, np. koszty pracy pracownika, amortyzacja itp.), jednak uzyskanie przez OBRPR wartości 0 zł, nie oznacza, iż elementy te nie zostały już skalkulowane przez wykonawcę, przy ustalaniu ceny parametrów pośrednich, które decydują o wysokości zapłaty za realizację przedmiotowego zadania.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, Izba nie dopatrzyła się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, jak również przepisu art. 7 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U., Nr 128, poz. 886), uznał za uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*