

Sygn. akt: KIO/UZP 25/09

**WYROK**  
**z dnia 22 stycznia 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Członkowie: Magdalena Grabarczyk**  
**Małgorzata Stręciwilk**

**Protokolant: Dorota Witak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „PLUS” Spółka Jawna Jan Jurkiewicz, Sławomir Gorustowicz, 15-521 Białystok - Zaścianki, ul. Szosa Baranowicka 58, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich, 15-620 Białystok, ul. Elewatorska 6, protestu z dnia 24 grudnia 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego XXX po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich, 15-620 Białystok, ul. Elewatorska 6 i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez „PLUS” Spółka Jawna Jan Jurkiewicz, Sławomir Gorustowicz, 15-521 Białystok-Zaścianki, ul. Szosa Baranowicka 58,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich, 15-620 Białystok, ul. Elewatorska 6** na rzecz „**PLUS**” **Spółka Jawna Jan Jurkiewicz, Sławomir Gorustowicz, 15-521 Białystok - Zaścianki, ul. Szosa Baranowicka 58** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 2 926 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**PLUS**” **Spółka Jawna Jan Jurkiewicz, Sławomir Gorustowicz, 15-521 Białystok-Zaścianki, ul. Szosa Baranowicka 58.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę paliwa dla Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych, nr ogłoszenia 252086-2008 z dnia 28 listopada 2008 r. Zamawiający dokonał podziału zamówienia na pakiety i zadania i dopuścił możliwość składania ofert częściowych.

W dniu 17 grudnia 2008 r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym w zakresie pakietu 1 zadanie 1:

- o wykluczeniu z postępowania „PLUS” Sp.j. Jan Jurkiewicz, Sławomir Gorustowicz z siedzibą w Białymstoku na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej Pzp, uznając, iż wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu tj. nie dysponuje stacjami paliw na terenie całego kraju oraz o odrzuceniu oferty tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp,

- o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez PKN Orlen S.A. z siedzibą w Płocku,

oraz w zakresie pakietu 1 zadanie 2:

- o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Pronar Sp. z o.o. z siedzibą w Narwi.

Wobec powyższych czynności zamawiającego oraz wobec zaniechania wykluczenia z postępowania PKN Orlen S.A. i Pronar Sp. z o. o. i odrzucenia złożonych przez tych wykonawców ofert, wniósł protest wykonawca „PLUS” Sp.j. Jan Jurkiewicz, Sławomir Gorustowicz, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 7 ust. 1 i 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 87 ust.1a, art.89 ust.1 pkt 5, art. 91 ust.1 i 3 Pzp poprzez nierówne traktowanie podmiotów, odrzucenie oferty i wykluczenie protestującego z postępowania na pakiet 1 - zadanie 1,
- art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust.1a, art. 91 ust. 1 i 3 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców, wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Pzp i zapisami siwz, zmianę kryteriów oceny ofert po ich otwarciu oraz zaniechanie wykluczenia PKN Orlen S.A. (w pakiecie 1: zadanie 1) i Pronar Sp. z o.o. (w pakiecie 1: zadanie 2), pomimo niespełnienia przez tych wykonawców ustawowych przesłanek i wymagań siwz dotyczących udziału w postępowaniu, a także poprzez zaniechanie odrzucenia ich ofert, zawierających nieprawdziwe oświadczenia o posiadaniu uprawnień do wykonywania działalności, a w wypadku Pronar Sp. z o.o. złożenia również nieprawdziwego oświadczenia o cenach paliw na stacji paliw w Białymstoku przy ul. Handlowej, które podlegały ocenie w ramach kryterium oceny ofert,
- art. 22 ust.1 pkt.1, art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust.1 pkt.1, 2, 3, 5, 8 Pzp „w zakresie przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert oraz posiadania uprawnień przez firmę Pronar Sp. z o.o. i PKN Orlen S.A. do udziału w przetargu na dostawę paliwa do 31.12.2009r, jak również złożenia przez te firmy nieprawdziwych oświadczeń o posiadanych uprawnieniach do wykonania całego przedmiotu zamówienia”. Wykonawca zarzucił „Firmie Pronar [...] stosowanie nieuczciwej konkurencji tj. naruszenie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Z 2003 r. Nr 153, poz.1503) w szczególności przepisu art.15 ust.1 pkt. 5 poprzez złożenie nieprawdziwego oświadczenia wykonawcy co do cen”.

Wykonawca wniósł o wykluczenie z udziału w postępowaniu na pakiet 1 - zadanie 1 - firmy PKN Orlen S.A i w zadaniu 2 - firmy Pronar Sp. z o.o., o odrzucenie ich ofert, o dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu 1 i 2 (pakiet 1). Wykonawca podniósł w uzasadnieniu protestu, że w siwz zamawiający nie określił wymogu posiadania stacji na terenie całego kraju. Jedynym kryterium oceny ofert (pkt.27 siwz)

w postępowaniu jest cena paliwa na stacji paliw wskazanej przez wykonawcę. Wykonawca wyjaśnił, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego potwierdził, iż posiada jedynie dwie stacje paliw na terenie kraju, jedną w Zaściankach oddaloną o około 12 km od siedziby zamawiającego, a drugą w Porosłach 91 - oddaloną o 2,5 km. W ocenie wykonawcy z zapisów siwz wynika, że zamawiający nie wymagał posiadania stacji na terenie całego kraju, a jedynie umożliwienia bezgotówkowego zakupu paliwa na wszystkich stacjach wykonawcy na terenie całego kraju, co zostało zapewnione poprzez złożone oświadczenie i postawienie do dyspozycji zamawiającego obu stacji.

Wykonawca zarzucił, że PKN Orlen S.A. oraz Pronar Sp. z o.o. nie spełniają warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności tj. brak koncesji na czas przewidziany na wykonanie całego przedmiotu zamówienia tj. do 31 grudnia 2009 r. Ustawa prawo energetyczne wymaga posiadania przez wykonawców uprawnień do wykonywania określonej działalności tj. koncesji na obrót paliwami. Jest to bezwzględny wymóg określony w art. 22 ust. 1 pkt.1 Pzp oraz w pkt. 7.7.3 siwz. PKN Orlen S.A. złożył koncesję wygasającą z dniem 31 grudnia 2008 r., a więc przed zakończeniem realizacji przedmiotu zamówienia, a Pronar Sp. z o.o. – z dniem 15 maja 2009r. Zakończenie realizacji zamówienia określono na dzień 31 grudnia 2009 r. (§ 2 projektu umowy). Przedmiotem zamówienia jest całość dostaw, zgodnie z tabelą 1 Instrukcji dla wykonawców, w rozbiciu na poszczególne zadania i miejscowości. Powołując się na orzeczenie ZA z dnia 22 maja 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1453/06 stwierdził, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego winien wykazać się posiadaniem uprawnień do wykonania całego przedmiotu zamówienia.

Ponadto stwierdził, że zgodnie z pkt 27 siwz w związku z pkt 2.1.4 jedynym kryterium ofert w przedmiotowym postępowaniu jest cena paliw na danej stacji oferenta w dniu oceny ofert, a faktury za dostawy będą obejmowały zakupione paliwo i akcesoria po cenach w dniu zakupu na danej stacji wykonawcy (pkt.2.1.2, 2.1.3, 2.1.4, 2.1.6 siwz oraz § 3, 4 i 5 projektu umowy załączonej do siwz). Druk ofertowy załączony do siwz na poszczególne pakiety i zadania nakazywał wykonawcy wskazanie ceny jednostkowej na poszczególne rodzaje paliw na danej stacji paliw w dniu oceny ofert i przemnożenie tej ceny przez ilość litrów. Tak otrzymana wartość, po dodaniu wartości akcesoriów, była przedmiotem oceny ofert zgodnie z pkt. 27 siwz. Firma Pronar Sp. z o.o. dla pakietu 1: zadanie 1 i 2 podała zaniżoną cenę paliw w ofercie w porównaniu do obowiązujących cen na wskazanej przez nią stacji paliw tj. w Białymstoku przy ul. Handlowej. W dniu oceny ofert firma Pronar Sp. z o.o. sprzedawała paliwo znacznie drożej niż przedstawiła to w ofercie. W ofercie nie zastrzeżono, iż ceny podano z opustem i opust ten będzie stały dla realizacji całego przedmiotu zamówienia. Powyższe stanowi złożenie nieprawdziwego oświadczenia przez Pronar Sp. z o.o. mające istotny wpływ na wynik postępowania - zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp

podlega wykluczeniu z postępowania. Protestujący uznał, iż jest to klasyczny przypadek nieuczciwej konkurencji, a oferta Pronar Sp. z o.o. winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt.1, 2, 3, 5 i 8 Pzp.

Zamawiający oddalił protest, uznał, że zarzuty podniesione w proteście dotyczące naruszenia art. 7, art. 87 ust. 1a, art. 91 ust.1 i 3 Pzp są niezasadne. Zamawiający wykluczył protestującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż pomimo wezwania, odwołujący nie uzupełnił wykazu stacji na terenie całego kraju, gdzie zamawiający mógłby dokonywać bezgotówkowego zakupu paliwa. W załączonym wykazie odwołujący wskazał jedynie dwie stacje (Zaścianki i Porosły), obie z okolic Białegostoku. Tym samym nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dysponowania potencjałem technicznym koniecznym do wykonania zamówienia.

Zamawiający stwierdził, że umożliwienie bezgotówkowego zakupu paliw na terenie całego kraju jest jednoznaczne z możliwością wykonawcy dysponowania stacjami na terenie całego kraju. Dysponowanie stacjami na terenie całego kraju stanowiło warunek udziału w postępowaniu, a nie kryterium oceny ofert, jak mylnie podniósł protestujący.

Zamawiający uznał, że nie został naruszony art. 91 ust. 3 Pzp - zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą zgodnie z określonym w siwz kryterium. Natomiast art. 87 ust.1a Pzp dotyczy postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego, więc nie może mieć zastosowania w tym postępowaniu i nie mógł zostać naruszony.

Zamawiający wyjaśnił, że zarzut złożenia przez Pronar Sp. z o. o. i PKN Orlen S.A. nieprawdziwych oświadczeń nie znajduje potwierdzenia w złożonych ofertach. Każdy z wykonawców winien był złożyć koncesję na obrót paliwami ciekłymi. Zamawiający nie określił w siwz wymogów co do okresu ważności koncesji, wychodząc z założenia, że wystarczającym jest, aby wykonawca przedłożył koncesję ważną w dacie składania ofert, aby ocenić jego zdolność do ubiegania się o udzielenie zamówienia. Każdy z uczestników postępowania dopełnił tego warunku. Zdaniem zamawiającego nie zachodzą żadne przesłanki do wykluczenia wskazanych wykonawców z postępowania, ani do odrzucenia ich ofert.

Zamawiający uznał za niezasadny zarzut, iż Pronar Sp. z o.o. złożył nieprawdziwe oświadczenie co do cen paliw, czym naruszył przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Cena jednostkowa wskazana w ofercie Pronar Sp. z o.o. nie jest ceną rażąco niską w stosunku do konkurencyjnych ofert i nie wzbudziła podejrzeń zamawiającego co do działań nieuczciwej konkurencji. Zamawiający w siwz nie wymagał, aby ceny jednostkowe wskazane w ofercie pokrywały się z cenami jednostkowymi paliw na dystrybutorze, na wskazanej stacji, w dniu oceny ofert. Wskazał jedynie sposób rozliczania się z wykonawcą (pkt. 2.1.4 Instrukcji dla wykonawców -siwz). Zamawiający uznał wszystkie

ceny, wskazane w ofertach za wiążące dla niego na dzień podpisania umowy i niezmiennie do czasu zmiany cen u producenta (§ 3 ust. 4 projektu umowy). Ponadto stwierdził, że w jego działaniach brak jest potwierdzenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Od rozstrzygnięcia protestu wykonawca wniósł odwołanie. W odwołaniu Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 22 ust. 1 pkt 1, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 5, 8, art. 91 ust. 1 Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie odwołującego z postępowania w zakresie Pakietu 1 - zadanie 1 i odrzucenie jego oferty;
- art. 22 ust. 1 pkt 1, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 5,8 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia PKN Orlen S.A. z postępowania w zakresie Pakietu 1 - zadanie 1 i zaniechanie odrzucenia jego oferty.

Odwołujący podtrzymał w odwołaniu zarzut dotyczący bezprawnego wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu nie posiadania stacji paliw na terenie całego kraju oraz zarzut dotyczący nie przedłożenia przez PKN Orlen S.A. koncesji ważnej w okresie realizacji całego zamówienia. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty, o nakazanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej (Pakiet 1: zadanie 1) oraz o nakazanie wykluczenia PKN Orlen S.A. z postępowania (Pakiet 1: zadanie 1) i odrzucenia jego oferty, a także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

W ocenie Odwołującego, zamawiający naruszył art. 7 ust.1 i ust 3 Pzp, różnicując wykonawców na tych, co mają dużą ilość stacji paliw i tych mniejszych, posiadających tylko kilka stacji. Tym samym został naruszony także art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wprowadzenie innego, oprócz ceny, kryterium oceny ofert, nie przewidzianego w siwz, jakim jest ilość posiadanych stacji. Postanowienie zawarte w pkt 2.1.1 zd. 2 Instrukcji dla wykonawców wyraża obowiązek zapewnienia bezgotówkowego zakupu paliwa w każdej ze stacji paliw należących do wykonawcy na terenie całego kraju. Warunki udziału w postępowaniu zostały zawarte w pkt 6 Instrukcji. Nie ma wśród nich warunku posiadania stacji paliw, w których będzie zapewniony bezgotówkowy zakup paliwa przez zamawiającego, ani tym bardziej ilości stacji jaką powinien posiadać dany wykonawca na terenie kraju i ich położenia (zagęszczenia). Przepis ten dotyczy opisu zamówienia na dostawę paliwa na potrzeby Zarządu, który ma siedzibę w Białymstoku. Przy takim zamówieniu bezprzedmiotowym byłoby zatem wprowadzanie wymogu posiadania odpowiedniej ilości stacji paliw na terenie całego kraju. Z powyższych względów wykluczenie odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty jest bezprawne.

Odwołujący wskazał ponadto, że w pkt 7.3.3 siwz (Instrukcja) zamawiający przewidział, że w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu Wykonawca powinien przedłożyć koncesję na obrót paliwami, nie zaznaczając w żadnym innym miejscu, że wystarczy koncesja obowiązująca w dniu upływu terminu do złożenia ofert. W tej sytuacji wydaje się być oczywistym, że każdy z wykonawców, zgodnie z § 1 ust 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., Nr 87, poz. 605), powinien był przedłożyć koncesją obowiązującą przez cały okres wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego, tj. do dnia 31.12.2009 r.

PKN Orlen S.A., w zakresie Pakietu 1: zadanie 1, przedłożył koncesję na obrót paliwami, która wygasa z dniem 31 grudnia 2008 r., zamówienie dotyczy zaś 2009 r., tj. termin wykonania zamówienia upływa w dniu 31 grudnia 2009 r. W związku z tym zamawiający może żądać wymaganej przez ustawy koncesji na podjęcie działalności gospodarczej „w zakresie objętym zamówieniem publicznym”. Wykonawca PKN Orlen S.A. powinien był przedłożyć koncesję obowiązującą co najmniej do dnia 31 grudnia 2009 r. Należy przy tym zaznaczyć, że w myśl art. 26 ust 3 zd. 2 Pzp, dokumenty potwierdzające spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę tych warunków nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację akt sprawy, oryginalną dokumentację postępowania oraz wyjaśnienia stron postępowania odwoławczego, złożone na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp we wniesieniu odwołania. Kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu stanowi cena z wagą 100 %. Oferta odwołującego zawiera najniższą cenę spośród złożonych ofert na część zamówienia pn. Pakiet 1: zadanie 1-dostawa paliw do miejscowości Białystok - Zarząd. W tej sytuacji należało przyjąć, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się domniemyanych naruszeń przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień

publicznych, podniesionych w odwołaniu. W przypadku uwzględnienia odwołania w zakresie dotyczącym czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, oferta odwołującego podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą w ww. części zamówienia.

Stosownie do treści przepisu art. 184 ust. 1a Pzp, w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

- wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę,
- opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- wykluczenia wykonawcy z postępowania,
- odrzucenia oferty.

Przy czym punkt 3. i 4. dotyczy czynności już dokonanej – a więc odrzucenia oferty lub wykluczenia odwołującego. W odniesieniu do czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia oferty, prawo do wniesienia odwołania przysługuje jedynie temu wykonawcy, którego one dotyczą, tj. wywierają bezpośrednio niekorzystne skutki dla wykonawcy zainteresowanego uzyskaniem zamówienia. Tym samym wykonawcy nie przysługuje prawo wniesienia odwołania, którego zarzuty odnoszą się do zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy albo do zaniechania wykluczenia z postępowania innego wykonawcy, a nie dokonania czynności. Okoliczność, iż z przepisu art. 184 ust. 1a Pzp wynika prawo złożenia odwołania wyłącznie w zakresie czynności odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy, a nie zaniechania dokonania tej czynności wobec innego wykonawcy, wskazuje również przepis art. 187 ust. 4 pkt 8 Pzp, który mówi o czynności. (podobne stanowisko przedstawione w publikacji UZP Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 roku, wyd. 2008 r., str. 142).

W przedmiotowym postępowaniu, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (wartość zamówienia według szacunku zamawiającego z dnia 14 listopada 2008 r. wynosi 630 298,00 zł, co stanowi równowartość kwoty 162 569,45 euro), odwołanie nie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez PKN Orlen S.A. i od zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Z uwagi na powyższe Izba nie rozpoznawała odwołania w zakresie podniesionego przez odwołującego zarzutu braku złożenia przez PKN Orlen S.A. w ofercie koncesji na obrót paliwami - ważnej w okresie realizacji całego zamówienia, który dotyczy naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez dokonaną przez zamawiającego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez PKN Orlen S.A. oraz zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty (w Pakiecie 1: zadanie 1).



Stosownie do brzmienia art. 184 ust. 1a Pzp rozpoznaniu przez KIO podlegało odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego bezprawnego wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego.

W pkt 2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Instrukcja dla wykonawców) zamawiający zawarł opis zakresu zamówienia, z którego wynika, że w pakiecie 1: zadanie 1 zamówienie obejmuje dostawę 16 000 l. paliwa – benzyna bezołowiowa PB-95 wraz z dostawą akcesoriów samochodowych oraz dotyczy miejscowości Białystok – Zarząd. W pkt 2.1.1 zamawiający zawarł postanowienie o treści „W przypadku dostaw na zadanie nr 1 (tj. Białystok – Zarząd):

- odległość od siedziby Zamawiającego przy ul. Elewatorskiej 6 do stacji paliw, w której będzie realizowane zamówienie nie może przekraczać 5 km oraz
- Wykonawca zapewni możliwość bezgotówkowego zakupu paliwa w swoich stacjach na terenie całego kraju.”

Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu, poprzez zamieszczenie w siwz (pkt 6 Instrukcji) ogólnego określenia warunków, przeniesionego wprost z art. 22 ust. 1 pkt 1-4 Pzp. Zamawiający nie dokonał skonkretyzowania i uszczegółowienia warunków oraz nie odniósł ich w jakikolwiek sposób do przedmiotu zamówienia. W pkt 6.2 zamawiający stwierdził, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy „posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia.”

Zamawiający zawarł również w specyfikacji (pkt 7.2 Instrukcji) wymaganie, iż „w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu wykonawca powinien złożyć [...] wykaz stacji paliw, w których będzie realizowane zamówienie – zał. Nr 1 i Nr 1A (odpowiednio do Zadania z pakietu 1)”. W pkt 2.1.6 określono, że „w załączniku Nr 1 i Nr 1A należy wskazać adresy stacji paliw, w których będzie realizowane zamówienie.”

Odwołujący załączył do oferty (w zakresie pakietu 1 zadanie 1) wykaz stacji według wzoru załącznika Nr 1, wskazując dwie stacje paliw tj. w odniesieniu do pozycji Białystok - stację położoną w Porosły 91, 16-070 Choroszcz, natomiast w pozycji „Pozostałe stacje paliw Wykonawcy na terenie całego kraju” – stację Zaścianki ul. Szosa Baranowicka nr 58 gm. Supraśl.

W toku badania i oceny oferty odwołującego zamawiający uznał, że wykonawca nie spełnia warunku dysponowania potencjałem technicznym, określonego w siwz - Instrukcja dla wykonawców – w pkt 2.1.1. i pkt 6.2 w związku z pkt 7.2, ponieważ z załączonego do oferty "Wykazu stacji paliw" (str. 5 oferty) wynika, że odwołujący dysponuje dwiema stacjami

paliw jedynie w Zaściankach i Porosłach, w związku z czym nie jest w stanie zapewnić bezgotówkowego zakupu paliwa w swoich stacjach na terenie całego kraju.

W ocenie KIO, analiza treści specyfikacji, z uwzględnieniem wyjaśnień stron złożonych na rozprawie, prowadzi do wniosku, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie postawił wykonawcom warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym, polegającego na dysponowaniu stacjami paliw na terenie całego kraju. Izba nie podzieliła w tym zakresie stanowiska zamawiającego, iż taki warunek wynika z wymagania dotyczącego zapewnienia bezgotówkowego zakupu paliwa w stacjach wykonawcy na terenie całego kraju oraz z konstrukcji wzoru wykazu, w którym wydzielono pozycję „Białystok” oraz pozycję „pozostałe stacje”.

Opisując warunek w pkt 6. 2 zamawiający nie dokonał jego konkretyzacji. Konkretyzacja warunku dysponowania potencjałem technicznym nie nastąpiła również w ramach opisu sposobu oceny spełnienia tego warunku, w tym treści wzoru wykazu stacji paliw – zał. Nr 1, żądanego na potwierdzenie spełnienia tego warunku.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że żadne z postanowień specyfikacji (Instrukcji), w tym zawarte w pkt 2.1.1, nie zakreśla wymogu posiadania przez wykonawcę stacji paliw na terenie całego kraju. Wymóg powyższy nie został zapisany w specyfikacji.

W ocenie Izby postanowienie zawarte w pkt 2.1.1 opisuje wymagania zamawiającego dotyczące przedmiotu zamówienia – dostawy paliwa, w szczególności wymaganie w zakresie sposobu spełnienia świadczenia tj. sposobu realizacji dostawy paliwa na rzecz zamawiającego. Z treści tego postanowienia wynika jedynie wymaganie dotyczące umożliwienia bezgotówkowego zakupu paliwa na wszystkich stacjach danego wykonawcy, znajdujących się na terenie całego kraju. Jest to wymóg dotyczący wyłącznie zapewnienia określonego sposobu płatności (bezugotówkowego) na stacjach wykonawcy na terenie całego kraju, co wynika z wykładni językowej (gramatycznej) treści zapisu.

Postanowienie powyższe nie stanowi warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp - w specyfikacji oraz zgodnie z art. 41 pkt 7 Pzp – w ogłoszeniu, zamieszcza się opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, a zatem, w tym samym zamówieniu, postanowienia te powinny być tożsame. W systematyce specyfikacji wyodrębniony został jednoznacznie punkt, w którym zawarto warunki udziału w postępowaniu, w tym warunek dotyczący potencjału technicznego (pkt 6.2 Instrukcji) oraz punkt, w którym zawarto opis oceny spełnienia tego warunku, poprzez wskazanie wymaganego oświadczenia w postaci wykazu stacji (pkt 7.2 Instrukcji). Powyższe zapisy, o identycznej treści zostały zamieszczone również w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja III.1), w którym brak jest jakiegokolwiek informacji w kwestii wymogu posiadania stacji paliw na terenie całego kraju. Ogłoszenie nie zawiera

treści pkt 2.1.1 siwz (Instrukcji), a w związku z tym powyższa treść nie może stanowić treści warunku.

Na marginesie należy wskazać, że nawet gdyby zamawiający postawił warunek dotyczący posiadania stacji paliw „na terenie całego kraju”, to bez dalszego jego uszczegółowienia poprzez określenie minimalnej wymaganej ilości stacji i wymaganego ich położenia na terenie kraju, należałoby uznać, że jego spełnienie następuje w przypadku dowolnej ilości stacji (dwie lub więcej) i bez względu na miejsce ich położenia. Ustanowienie zatem warunku w sposób tak nieprecyzyjny powoduje, iż jego ocena jest możliwa tylko na poziomie ogólnym, stosownie do sposobu, w jaki warunek został sformułowany przez zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie określił minimalnej wymaganej ilości stacji posiadanych przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby, nie znajduje potwierdzenia w treści siwz stanowisko zamawiającego, wyrażone na rozprawie, iż minimalna ilość stacji wymagana przez zamawiającego wynosi trzy stacje paliw, tj. jedna dla pozycji „Białystok” i dwie dla pozycji „pozostałe stacje...”, z uwagi na użycie w tym sformułowaniu liczby mnogiej. Izba uznała, że nie wynika to ani z treści zapisu w pkt 2.1.1 siwz, ani ze sformułowania zawartego we wzorze wykazu stacji (załącznik nr 1) „pozostałe stacje [...]”. Zakres pojęcia „pozostałe” dopuszcza bowiem możliwość wskazania tylko jednej stacji w tej pozycji wykazu.

W świetle powyższego należało uznać, że w przedmiotowym postępowaniu wykazanie przez odwołującego, iż posiada dwie stacje paliw dowodzi spełnienia przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego dysponowania potencjałem technicznym, opisanego przez zamawiającego w pkt 6.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób ogólny, niesprecyzowany ani co do wymaganej ilości stacji, ani co do miejsca położenia.

W tym stanie rzeczy, Izba uznała, że zamawiający, dokonując wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucając złożoną przez odwołującego ofertę, naruszył przepisy art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zamawiający, dokonując w sposób nieuprawniony i bezpodstawny zawężającej interpretacji warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 6.2 siwz (Instrukcji), naruszył przepis art. 7 ust.1 i ust 3 Pzp poprzez dyskryminację wykonawcy, który posiada mniejszą ilość stacji paliw niż PKN Orlen S.A.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wprowadzenie innego, oprócz ceny, kryterium oceny ofert, nie przewidzianego

w siwz, jakim jest ilość posiadanych stacji. Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający dokonał oceny ofert na podstawie kryterium ceny, określonego w pkt 27 siwz (Instrukcji).

Stosownie do brzmienia art. 191 ust. 3 Pzp Izba nie rozpoznawała i nie orzekała co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście dotyczących naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 22 ust. 1 pkt 1, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3 i 8 Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania w zakresie Pakietu 1 - zadanie 1 i odrzucenie jego oferty.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a oraz ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp stosownie do wyniku postępowania. Izba nie uwzględniła kosztów dojazdu odwołującego na posiedzenie Izby oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w łącznej wysokości 3 334,32 zł z uwagi na nie przedłożenie do akt sprawy rachunków. Stosownie do treści § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 ze zm.) do kosztów postępowania zalicza się koszty uczestników postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków. Pełnomocnik odwołującego złożył do akt „spis kosztów w sprawie z odwołania [...]” nie określając, wymaganego w przypadku rachunku - jego adresata. Z uwagi na powyższe Izba uznała, że nie stanowi rachunku przedłożony przez odwołującego spis kosztów.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....