

Sygn. akt: KIO/UZP 1197/09

WYROK

z dnia 8 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Luiza Łamejko

Jolanta Markowska

Protokolant: Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 07 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Andrzeja Muniaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AM Mobilis, 59-975 Sulików k/Zgorzelca, ul. Sportowa 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Łużycka Higiena Komunalna Sp. z o.o., 59-900 Zgorzelec, ul. Bolesławecka 37** protestu z dnia 6 sierpnia 2009 roku

~~przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** po stronie zamawiającego *~~

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Łużycką Higienę Komunalną Sp. z o.o., 59-900 Zgorzelec, ul. Bolesławecka 37** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Andrzeja Muniaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AM Mobilis, 59-975 Sulików k/Zgorzelca, ul. Sportowa 1,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 607 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćset siedem złotych zero groszy) przez **Łużycką Higienę Komunalną Sp. z o.o., 59-900 Zgorzelec, ul. Bolesławecka 37** na rzecz **Andrzeja Muniaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AM Mobilis, 59-975 Sulików k/Zgorzelca, ul. Sportowa 1,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i kosztów dojazdu na posiedzenie,
- ~~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 **3 038 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Andrzeja Muniaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AM Mobilis, 59-975 Sulików k/Zgorzelca, ul. Sportowa 1.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Zgorzelec w imieniu której działa Łużycka Higiena Komunalna sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę oleju napędowego”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 6 lipca 2009 roku pod pozycją 279158.

Zamawiający pismem z dnia 29 lipca 2009 roku, przekazanych wykonawcom w dniu 31 lipca 2009 roku poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę Łukasik i Spółka PETROEL s.j. z siedzibą w Zgorzelcu.

Dnia 4 sierpnia 2009 roku Andrzej Muniak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą AM Mobilis otrzymał od Zamawiającego kopię protokołu z rozpatrzenia ofert, w którym znajdowała się decyzja wraz z uzasadnieniem, dotycząca odrzucenia jego oferty z postępowania.

Dnia 6 sierpnia 2009 roku Andrzej Muniak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą AM Mobilis wniósł do Zamawiającego protest dotyczący czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wskazując na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz na zmianie kryteriów oceny ofert w toku postępowania, po czynności otwarcia ofert.

Uzasadniając wskazał, iż błędne jest stanowisko komisji przetargowej z dnia 28 lipca 2009 roku, stwierdzające, iż *„Według dokumentów posiadanych przez naszą firmę (przyp. Zamawiającego), tj. dokumenty tankowań, cena we wskazanym terminie wynosiła 3,80 zł, natomiast wykazana przez firmie AM Mobilis w załączniku Nr 1 wynosi 3,75 zł. Wskazuje to na przekłamanie i aminię wartości ofertowej.”*. Zdaniem Protestującego, komisja przetargowa, przy rozpatrywaniu pozostałych ofert nie posługiwała się takimi samymi dokumentami, jak przy ocenie oferty protestującego. Poinformował ponadto, iż ceny paliw w dniu 7 lipca 2009 roku zmieniały się na jego stacji w ciągu dnia.

Zamawiający, pismem z dnia 7 sierpnia 2009 roku (przesłanym protestującemu w dniu 10 sierpnia 2009 roku) odrzucił protest. Jako uzasadnienie prawne powołał się na przepis art. 180 ust. 7 ustawy Pzp. W zakresie uzasadnienia faktycznego powołał się na okoliczność, iż protest wpłynął do siedziby Zamawiającego w dniu 6 sierpnia 2009 roku o godzinie 14.35, tj. w 9 (dziewiątym) dniu od daty ogłoszenia wyników postępowania.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 14 sierpnia 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu wadliwą czynność odrzucenia protestu, czym Zamawiający naruszył art. 180 ust. 2 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o uznanie protestu za wniesiony w terminie i o jego rozpatrzenie przez Zamawiającego oraz o wstrzymanie przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy do czasu rozstrzygnięcia protestu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron, na rozprawie, stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do wadliwej jej zdaniem czynności odrzucenia protestu. Zdaniem Izby, informację stanowiącą podstawę do wniesienia protestu Odwołujący powziął w dniu 31 lipca 2009 roku, otrzymując zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Wadliwość powyższej informacji polega na fakcie, iż zgodnie z przepisem art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający, niezwłocznie, po wyborze oferty najkorzystniejszej zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Zamawiający w swoim zawiadomieniu z dnia 29 lipca 2009 roku, informacji takiej nie zawarł. Powyższy fakt ma o tyle znaczenie, iż wpływa na termin na wnoszenie środków ochrony prawnej. W

powyższym zakresie Izba przyznała rację Odwołującemu się uznając, iż kompletną informację w zakresie wyników postępowania powziął dopiero w dniu 4 sierpnia 2009 roku. Tym samym, wnosząc protest w dniu 6 sierpnia dochował terminu na wniesienie protestu.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z protokołem postępowania o udzielenie zamówienia – druk ZP-2 wartość szacunkowa zamówienia wynosi 237 120,00 zł, co stanowi równowartość kwoty 61 001,78 euro.

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dział VI *Oferent zobowiązany jest do podania średnich cen jednostkowych za 1 litr oleju napędowego, wysokości rabatu wyrażonego w procentach (%), ceny jednostkowej brutto po uwzględnieniu rabatu oraz łącznej wartości netto, należny podatek od towarów i usług VAT oraz kwotę brutto*. Powyższe znalazło swoje odzwierciedlenie w druku oferty, stanowiącym załącznik Nr 1 do s.i.w.z., gdzie w kolumnie a Zamawiający żądał podania „Średniej ceny jednostkowej brutto na 07.07.09 średnia cena ze STACJI”.

Odwołujący w swojej ofercie, na stronie 4, odniósł się do dyspozycji Zamawiającego wypełniając rzeczony załącznik Nr 1 w ten sposób, iż wpisał w kolumnie a *średnią cenę [...]* w wysokości 3,75 zł, oraz w kolumnie b podał rabat procentowy w wysokości 2,1 %.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Zamawiający, dokonując czynności odrzucenia oferty uchybił przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych jak i postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z protokołu z rozpatrzenia ofert na zakup paliwa z dnia 28 lipca 2009 roku wynika, iż Zamawiający stwierdzając przekłamanie i zmianę wartości ofertowej – „ofertę wykluczył”. Ustawa Prawo zamówień publicznych, w obecnym brzmieniu, nie znajduje instytucji wykluczenia oferty. Możliwym jest bowiem odrzucenie oferty bądź też wykluczenie wykonawcy, które to instytucje uregulowane są odrębnymi przepisami ustawy. W kontekście zarzutów postawionych Odwołującemu, stwierdzić można, iż Zamawiający miał raczej na myśli wykluczenie wykonawcy. Stan faktyczny podstawy wykluczenia pozwala na stwierdzenie, iż podstawą prawną wykluczenia był przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo

zamówień publicznych, który stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zdaniem Izby tak postawiony zarzut, wobec Odwołującego, nie znajduje swojego odzwierciedlenia z zgromadzonym materiale dowodowym. Istotą sporu, jest okoliczność posiadania przez Zamawiającego informacji z dnia 7 lipca 2009 roku, ze stacji Odwołującego, na której w tym dniu dokonał tankowania oleju napędowego, iż cena 1 litra oleju napędowego wynosiła 3,80 zł, a nie jak to przedstawił w ofercie Odwołujący 3,75 zł.

Zdaniem Izby za udowodnione, należy przyjąć stanowisko Odwołującego, który twierdził, iż w ciągu jednego dnia, cena paliwa może zmieniać się kilkakrotnie, co spowodowane jest zmianami cen paliw na rynkach światowych. Na tą okoliczność przedstawił dowód, iż w tym dniu sprzedawał paliwo po cenie 3,75 zł za 1 litr (faktura VAT Nr 1933/09 z dnia 07.07.2009r.).

Ponadto, zdaniem Izby Zamawiający nie miał podstawy prawnej, na której mógłby się oprzeć w kreowaniu takiego zarzutu, gdyż zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to wykonawcy mieli obowiązek przedstawić średnią cenę jednostkową brutto na dzień 07.07.2009 r., a Zamawiający nie zdefiniował żadnych *narzędzi*, którymi miałyby się kierować przy sprawdzaniu zaoferowanej – podanej w ofercie ceny. Ponadto wybiórcza ocena w powyższym zakresie wyłącznie oferty Odwołującego stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie może zostać uznany za wystarczający dowód, na który powoływał się Zamawiający, równego traktowania wykonawców fakt, iż w dniu 6 sierpnia 2009 roku otrzymał pismo od wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą zawierające informację cyt. „[...] *uprzejmie informujemy, że zgodnie ze złożoną ofertą [...] przedstawiliśmy w niej oferowaną cenę sprzedaży oleju napędowego, która wynosiła 3,84 zł. Stosownie w dniu 07.07.2009 r. ceny sprzedaży oleju napędowego w naszej stacji paliw przedstawiały się w poniższych cenach [...] 3,73 zł/litr, 3,78 zł/litr, 3,80 zł/litr, 3,83 zł/litr, 3,88 zł/litr.*”. W powyższym względzie uznać należy, że Zamawiający dokonywał oceny tej oferty po podjęciu decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, co niezgodne jest z ustawą Prawo zamówień publicznych. Ponadto, informacja powyższa, złożona przez tego wykonawcę, wręcz umacnia argumentację Odwołującego, iż w ciągu dnia ceny paliwa na stacji ulegają kilkakrotnej zmianie.

Zdaniem Izby, Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 91 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1, 92 ust. 1 oraz w zakresie nieprawidłowego odrzucenia protestu art. 180 ust. 2 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na marginesie Izba zauważa, iż Zamawiający zawarł umowę przed upływem terminów, o których mowa w art. 94 ust. 1, czym naruszył przepis art. 146 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przepisem art. 182 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający, do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu nie może zawrzeć umowy. Zgodnie z pkt 3 ust. 2 art. 182 protest jest ostatecznie rozstrzygnięty w przypadku wniesienia odwołania – z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku Izby. W związku z powyższym, Zamawiający zawierając w dniu 7 sierpnia 2009 roku umowę w sprawie zamówienia publicznego Nr 1/08/P/2009 uchybił powyższym przepisom.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego sprawy, w oparciu o przepis art. 191 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji. Izba uznała, że naruszenie przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Izba nie nakazała Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż w przedmiotowym postępowaniu została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie, na podstawie przedłożonego biletu, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a 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. Nr 128, poz. 886 ze zmianami)

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Jeleniej Górze**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....