

Sygn. akt: KIO 26/11

WYROK
z dnia 21 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania z dnia 7 stycznia 2011 r. wniesionego przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe PETROMOT Tadeusz Dębowski, 62-560 Skulsk, ul. Konińska 45**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Powiat Płocki reprezentowany przez Zarząd Powiatu w Płocku, 09-400 Płock, ul. Bielska 59**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Powiat Płocki reprezentowany przez Zarząd Powiatu w Płocku, 09-400 Płock, ul. Bielska 59**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe PETROMOT Tadeusz Dębowski, 62-560 Skulsk, ul. Konińska 45**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Powiat Płocki reprezentowany przez Zarząd Powiatu w Płocku, 09-400 Płock, ul. Bielska 59** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe PETROMOT Tadeusz Dębowski, 62-560 Skulsk, ul. Konińska 45** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty XXX (słownie: XXX) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz XXX.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Płocku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Powiat Płocki, ul. Bielska 56, 09-400 Płock wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa oleju napędowego grzewczego w 2011 roku dla szkół oraz domów pomocy społecznej będących jednostkami organizacyjnymi Powiatu Płockiego«. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

13.11.2010 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2010/S 221-338376.

30.12.2010 r. zamawiający zawiadomił o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy „AUTOCENTRUM” Waldemar Nowak, Mirosław Sikorski, Spółka Jawna, ul. Dobrzyńska 56, 09-400 Płock;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Petromot”, Tadeusz Dębowski, ul. Konińska 45, 62-560 Skulsk, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

07.01.2011 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Petromot”, Tadeusz Dębowski, ul. Konińska 45, 62-560 Skulsk wniósł do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) odrzucenie oferty odwołującego;
- 2) wybór oferty „AUTOCENTRUM” Waldemar Nowak, Mirosław Sikorski, Spółka Jawna, ul. Dobrzyńska 56, 09-400 Płock.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo tego, że oferta odwołującego nie jest sprzeczna z treścią specyfikacji;
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty „AUTOCENTRUM”, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Argumentacja odwołującego

30.12.2010 r. odwołujący otrzymał pismo informujące o odrzuceniu jego oferty oraz dokonaniu przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty, którą okazała się oferta złożona przez „AUTOCENTRUM” Waldemar Nowak, Mirosław Sikorski Spółka Jawna ul. Dobrzyńska 56, 09-400 Płock.

Podstawą odrzucenia oferty odwołującego miała być niezgodność oferty z treścią specyfikacji (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp).

Zamawiający bezpodstawnie zarzucił odwołującemu złożenie oferty sprzecznej z treścią specyfikacji.

Zgodnie z treścią specyfikacji zadaniem wykonawcy było między innymi podanie w formularzu oferty ceny za 1 litr oleju napędowego grzewczego producenta na 14.12.2010 r. Zamawiający nie określił w specyfikacji co należy rozumieć pod pojęciem »ceny Producenta«.

Dopiero w piśmie odrzucającym ofertę odwołującego, zamawiający po raz pierwszy podał, że według niego »Cena oleju napędowego grzewczego producenta jest ceną oficjalną Producenta publikowaną na dany dzień na stronie internetowej«, a nie ceną »wynegocjowaną dla firmy«.

W żadnym fragmencie specyfikacji zamawiający w ten sposób nie definiował pojęcia »ceny producenta«.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej:

»Aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji niezgodność ta musi dotyczyć jedynie tych postanowień specyfikacji, które są jasne i klarowne, a niezgodność jest oczywista. Wszelkie wątpliwości interpretacyjne postanowień specyfikacji muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy (wyrok KIO z 24 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO 1096/10);

»To na zamawiającym spoczywa obowiązek jednoznacznego i jasnego precyzowania postanowień specyfikacji. Fakt, że postanowienia te nie czynią zadość tym wymogom, nie mógłby być poczytany na niekorzyść odwołującego i nie mógłby prowadzić do zastosowania sankcji odrzucenia oferty« (wyrok KIO z 29 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 48/09);

»Nie można na niekorzyść wykonawców interpretować postanowień specyfikacji, które mogą budzić wątpliwości, gdyż działają oni w zaufaniu do zamawiającego, na którym ciąży obowiązek jednoznacznego i jasnego sformułowania specyfikacji. Wykonawcy nie mogą być obciążeni negatywnymi skutkami niewystarczającego doprecyzowania przez zamawiającego postanowień specyfikacji« (wyrok KIO z 29 sierpnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 844/08).

Brak jest podstaw do odrzucenia oferty odwołującego. Należy przyznać, że odwołujący nie podał oficjalnej ceny producenta z jego strony internetowej z 14.12.2010 r. Jednakże fakt ten nie może być podstawą odrzucenia oferty, gdyż zamawiający w specyfikacji tego nie wymagał,

więc brak sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji. Wskazana przez zamawiającego podstawa prawna odrzucenia oferty odwołującego – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest chybiona.

Poza tym inne postanowienia specyfikacji świadczą o tym, że zamawiającemu nie chodziło o »cenę oficjalną publikowaną na stronie internetowej«. Skoro cena producenta jest istotna tylko z punktu widzenia indeksacji ceny, tj. zmiany ceny w toku wykonywania umowy w związku ze zmianami cen producenta, to zwrócić należy uwagę na postanowienie § 3 pkt 5 wzoru umowy. Z postanowienia tego wynika, że podstawą indeksacji będzie »dokument stwierdzający podwyżkę lub obniżkę cen producenta (...) – załączony do wystawianej faktury«. Podstawą indeksacji nie jest więc zmiana ceny producenta publikowana na stronie internetowej lecz dokument. Dokumentem jest podpisane pisemne oświadczenie, a nie wydruk ze strony internetowej.

Oferta, zgodnie z art. 66 Kc, to:

- oświadczenie woli zawarcia umowy,
- złożone drugiej stronie,
- obejmujące istotne postanowienia tej przyszłej umowy.

Sprzeczność oferty z treścią specyfikacji to sprzeczność oferty w rozumieniu art. 66 Kc z konkretnym postanowieniem specyfikacji. Taka sprzeczność powoduje, że wykonawca oferuje coś innego niż to, czego oczekuje zamawiający. Jest sprawą oczywistą, że w takim przypadku ofertę taką należy wyeliminować z postępowania.

Według zamawiającego cena producenta to cena opublikowana na oficjalnej stronie internetowej. W związku z powyższym, oświadczenie wykonawcy w tym zakresie jest oświadczeniem wiedzy, a nie oświadczeniem woli i z tego względu nie jest ofertą i nie może być rozpatrywane w kontekście zgodności tego oświadczenia ze specyfikacją (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Zamawiający mógłby sam ustalić cenę producenta bez konieczności wpisywania tej informacji przez wykonawcę zaglądając na stronę internetową producenta.

Z oferty odwołującego i jego wyjaśnień do oferty wynika, że producentem jest PKN ORLEN i to w zasadzie tylko ta informacja ma znaczenie z punktu widzenia postanowień przyszłej umowy. Cena producenta nie jest elementem składowym obliczenia ceny. Określa ona producenta po to, by strony określiły paliwo jakiego producenta będzie dostarczał wykonawca oraz w jaki sposób będzie się zmieniać cena paliwa w przypadku zmian cen producenta.

07.01.2011 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

07.01.2011 r. zamawiający przesał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom. Zamawiający okazał potwierdzenia odbioru 10.01.2011 r. – poniedziałek (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

13.01.2011 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy (art. 186 ust. 1 Pzp).

Argumentacja zamawiającego:

Stanowiska odwołującego zawartego w odwołaniu nie można uznać za zasadne i z tych względów odwołanie winno być oddalone.

Zgodnie z częścią II pkt 1 formularza oferty stanowiącego załącznik Nr 1 do specyfikacji wykonawca powinien wpisać do oferty „cenę jednego litra oleju napędowego grzewczego producenta na dzień 14.12.2010 r.”.

Ta cena producenta ma stanowić podstawę do ustalania punktów procentowych mających wpływ na podwyższenie lub obniżenie ceny wykonawcy w okresie realizacji umowy. Producenci oleju opałowego grzewczego (Orlen oraz Lotos) podają cenę tego produktu na każdy dzień na stronie internetowej. Tak podana cena jest ceną producenta. Nie zachodzi więc potrzeba definiowania tego pojęcia.

Dla potrzeb ustalenia ceny wykonawcy dla oceny oferty zamawiający nie bierze więc pod uwagę ceny nabycia oleju przez wykonawcę od producenta, a wyłącznie cenę wykonawcy podaną w części II pkt 2 oferty.

W piśmie z 12.01.2011 r. skierowanym do Powiatowego Zespołu Ekonomicznego Szkół w Płocku, ul. Bielska 59, 09-400 Płock PKN Orlen poinformował, że „cena producenta oleju napędowego grzewczego [...] rozumiana jest jako cena SPOT, która ogólnie jest dostępna w cenniku na stronie internetowej www.ornlen.pl.”. Dowód: wymienione pismo z dnia 12.01.2011 r.

Wątpliwości interpretacyjnych w zakresie wskazania ceny producenta oleju opałowego grzewczego nie mieli uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia w 2008 r., 2009 r. oraz 2010 r. podając cenę producenta ogłoszoną na stronie internetowej. Postanowienia w formularzu ofertowym były identyczne jak obecne.

Wątpliwości takich nie miał również odwołujący przystępując do przetargu w 2009 r., ogłoszonego przez Powiat Płocki na dostawę oleju opałowego grzewczego w 2010 r. Odwołujący podał wówczas jako cenę producenta cenę ogłoszoną na stronie internetowej mimo, że udokumentował nabycie oleju opałowego od producenta po cenach niższych z uwagi na udzielony przez producenta rabat cenowy.

Dowód: formularz ofertowy na dostawę oleju opałowego w 2009 r., oferta PH „Pader” sp. z o.o. w Warszawie z 15.12.2008 r., oferta „Orlen” Petro Centrum sp. z o.o. w Płocku z 16.12.2008 r., wydruk z archiwum cen PKN Orlen – grudzień 2008 r., formularz ofertowy na

dostawę oleju opałowego w 2010 r., oferta Orlen Petro Centrum sp. z o.o. w Płocku z 11.12.2009 r. oferta PHU „Petromot” z 11.12.2009 r., . wydruk z archiwum cen PKN Orlen – grudzień 2009 r., pismo PHU „Petromot” z 15.12.2009 r., w którym odwołujący informuje o rabacie cenowym.

W świetle powyższego zamawiający nie widzi potrzeby definiowania pojęcia „cena producenta”, gdyż jak widać pojęcie to jest jednoznacznie rozumiane.

Podanie, w ofercie w części II pkt 1 jako ceny producenta – ceny w kwocie niższej od cen podanych przez producenta na stronie internetowej, jak podał to odwołujący, może spowodować znaczne podwyższenie ceny wykonawcy zamówienia w sytuacji, gdy wykonawca pozbawiony zostanie przez producenta rabatu cenowego. Nastąpiłby wówczas znaczny wzrost ceny wykonawcy z uwagi na znaczny wzrost ilości punktów procentowych, o których mowa w części II pkt 3 oferty.

W związku z powyższym zasadnym było wykonanie czynności odrzucenia oferty PHU „Petromot” z uwagi na sprzeczność oferty ze specyfikacją.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez zamawiającego:

1) (dowód nr 2) pismo pod nazwą „Odpowiedź zamawiającego” wraz z załącznikami, z którego zamawiający wywodzi niezasadność odwołania;

dowodów złożonych przez odwołującego:

2) (dowód nr 1) definicja wyrażenia »cena producenta« ze słownika internetowego, z którego odwołujący wywodzi, że zamawiający w specyfikacji nie zawarł wymogu, na którego podstawie odrzucił ofertę odwołującego

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, pierwszy zarzut – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo tego, że oferta odwołującego nie jest sprzeczna z treścią specyfikacji – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w części II pkt 1 formularza oferty wymagał aby wykonawca wpisał w tym miejscu cyt.: »Cena jednego litra oleju napędowego grzewczego Producenta na dzień 14.12.2010 r. wynosi ... zł brutto, w tym netto ..., VAT ...% ...«. Ponadto zamawiający nigdzie nie doprecyzował co należy rozumieć pod pojęciem »cena producenta«, dlatego wykonawcy mogli i powinni rozumieć to wyrażenie, tak jak jest to obiegowo rozumiane, czyli cena, za którą konkretny producent sprzedaje produkty indywidualnie określone odbiorcy.

W związku z tym, że cena między producentem i różnymi odbiorcami może być różna, a także może być tajemnicą między umawiającymi się stronami – zamawiający nie może wymagać w zasadzie niemożliwych do uzyskania i przedstawienia informacji od wykonawców, dlatego nie można ogólnego pojęcia »cena producenta« odnosić do niezindywidualizowanej ceny.

Ponadto zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania (art. 25 ust. 1 *in initio* Pzp), w związku z tym żądanie informacji powszechnie dostępnych bez najmniejszego problemu (dla podmiotów posiadających Internet) może być uznane za zbędne. Czyli wykonawcy mogą uznać, że zamawiający nie żądał informacji, które posiada czy może w każdej chwili uzyskać, a zamawiającemu chodziło o uzyskanie informacji szczególnych czyli w zakresie ceny producenta – ceny, która obowiązuje w transakcjach między producentem a konkretnym wykonawcą. Odwołujący w ofercie złożył zamawiającemu informacje o tak rozumianej cenie producenta.

Również skład orzekający Izby wziął pod uwagę, że zamawiający dopiero po upływie terminu składania ofert doprecyzował pojęcie »cena producenta« – pismo zamawiającego z 22.12.2010 r. drugi akapit od dołu, cyt. »Wskazana przez wykonawcę cena producenta [...] jest niższa od cen producentów oleju na terenie Polski opublikowanych na stronie internetowej np. PKN ORLEN [...]«. Natomiast w samej specyfikacji nie znajdowało się to doprecyzowanie, w związku z czym wykonawca nie był obowiązany tak rozumieć przedmiotowego pojęcia. Natomiast wszelkie nieprecyzyjności zawarte w specyfikacji nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców. Stanowisko to jest ugruntowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, przykładowo wyrok Krajowej izby Odwoławczej z 24 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO 1096/10 – cyt.: »Aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji niezgodność ta musi dotyczyć jedynie tych postanowień specyfikacji, które są jasne i klarowne, a niezgodność jest oczywista. Wszelkie wątpliwości interpretacyjne postanowień specyfikacji muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy«.

Argument zamawiającego, że w innych postępowaniach podmioty (a w tym i obecny odwołujący) inaczej rozumiały wyrażenie »cena producenta« nie może przesadzić o słuszności działań zamawiającego, gdyż każde postępowanie jest postępowaniem

indywidualnym, a specyfikacja jest kierowana każdorazowo do nieograniczonego kręgu wykonawców, wśród których mogą się znaleźć podmioty nie mające styczności z poprzednim postępowaniem, a więc powoływanie się na poprzednie postępowanie stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego pierwszy zarzut – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo tego, że oferta odwołującego nie jest sprzeczna z treścią specyfikacji – zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, drugi zarzut – naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty „AUTOCENTRUM”, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający dokonał niewłaściwego odrzucenia jednej z ofert i w związku z tym dalsze czynności uległy wypaczeniu, gdyż nie obejmowały wszystkich ofert, które powinny być brane pod uwagę przez zamawiającego.

Wobec powyższego drugi zarzut – naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty „AUTOCENTRUM”, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego i w związku z tym dokonał niewłaściwego wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....