

Sygn. akt: KIO 444/13

WYROK

z dnia 13 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 28 lutego 2013 r. przez **Polski Koncern Naftowy ORLEN S. A., adres do korespondencji: ul. Bielańska 12, 00-085 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o., ul. Włociańska 5, 01-710 Warszawa**

przy udziale **LOTOS paliwa Sp. z o.o., adres do korespondencji: ul. Elbląska 135, 80-718 Gdańsk** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Polski Koncern Naftowy ORLEN S. A., adres do korespondencji: ul. Bielańska 12, 00-085 Warszawa i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Polski Koncern Naftowy ORLEN S. A., adres do korespondencji: ul. Bielańska 12, 00-085 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o., ul. Włociańska 5, 01-710 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Dostawę oleju napędowego o polepszonych właściwościach niskotemperaturowych i oleju standardowego”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 21 grudnia 2012 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 grudnia 2012 r. pod numerem 2012/S 248-411429.

Wykonawca Polski Koncern Naftowy ORLEN S. A., adres do korespondencji: ul. Bielańska 12, 00-085 Warszawa (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 27 lutego 2013 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy LOTOS Paliwa Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 6), oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty LOTOS Paliwa Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- 2) dokonania ponownej oceny ofert;
- 3) odrzucenia oferty LOTOS Paliwa Sp. z o.o.,
- 4) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Polskiego Koncernu Naftowego ORLEN S.A.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko w odwołaniu, wskazał, na następujące okoliczności faktyczne:

Odwołujący zaznaczył, że w wyniku tej oceny oferta PKN Orlen S.A. została sklasyfikowana w rankingu na drugim miejscu. Według Odwołującego okoliczność ta jest wynikiem dokonania przez Zamawiającego czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp,

co powinno skutkować uwzględnieniem przedmiotowego odwołania i nakazaniem Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i w konsekwencji wyborem oferty PKN Orlen S.A. jako najkorzystniejszej. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt. 12) ustawy Pzp, Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zawiera co najmniej opis sposobu obliczenia ceny. Opis ten został umieszczony w SIWZ w treści Rozdziału 12 „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” - punkt 4, który stanowił: „Ceny jednostkowe przyjęte przez wykonawcę do obliczenia ceny oferty, będą to ceny obowiązujące w dniu 26 listopada 2012 roku wyliczone w oparciu o średnią cenę tygodniową z tygodnia od 19 listopada do 23 listopada 2012 roku. Ceny jednostkowe przyjęte przez wykonawcę do obliczenia ceny oferty będą obliczone w następujący sposób: *Cena przetargowa (dla oleju napędowego o polepszonych właściwościach niskotemperaturowych)* = 93% średniej ceny tygodniowej z notowań Platfs Marketscan 10 ppm Cargoes CIF NWE/Basis ARA high (z tygodnia od 19.11 do 23.11.2012r.) + 7% średniej ceny tygodniowej z notowań dla estrów metylowych kwasów tłuszczowych FAME minus 10 BARGES FOB Rotterdam high (z tygodnia od 19.11, do 23.11.2012 r.) + akcyza + opłata paliwowa + premia paliwowa + marża/upust + dopłata transportowa (wg tabeli stanowiącej załącznik nr 7 do SIWZ j + VAT.

Cena przetargowa (dla oleju napędowego standardowego) = 93% średniej ceny tygodniowej z notowań Platfs Marketscan 10 ppm Cargoes CIF NWE/Basis ARA high (z tygodnia od 19.11. do 23.11.2012 r.) + 7% średniej ceny tygodniowej z notowań dla estrów metylowych kwasów tłuszczowych FAME minus 10 BARGES FOB Rotterdam high (z tygodnia od 19.11. do 23.11.2012 r.) + akcyza + opłata paliwowa + premia paliwowa + marża/upust + dopłata transportowa (wg tabeli stanowiącej załącznik nr 7 do SIWZ) + VAT.” Premia paliwowa rozumiana jest przez Zamawiającego jako składnik ceny uwzględniający koszty poniesione przez wykonawcę plus jego marżę. Od tak wyliczonej ceny wykonawca może zastosować upust. O ile wykonawca nie uwzględni swojej marży w premii paliwowej, może ją wskazać w odrębnej pozycji.

Stałymi elementami w formule są obowiązujące w dniu 26 listopada 2012 roku:

- a) Akcyza - 1196,00 zł/1000 litrów zgodnie z przepisami Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 grudnia 2004 roku. zmieniającym rozporządzenie w sprawie obniżenia stawek podatku akcyzowego (Dz. U. z 2004 roku, Nr 279, poz. 2763 z późniejszymi zmianami).
- b) Opłata paliwowa - 249,92 zł/m³ zgodnie z Ustawą z dnia 20 listopada 2009 roku o zmianie ustawy o autostradach płatnych oraz o krajowym funduszu drogowym oraz ustawy o obrocie instrumentami finansowymi (Dz. U. z 2009 roku, Nr 223, poz. 1776).

W opinii Odwołującego wykonawca Lotos Paliwa sp. z o.o. obliczyli cenę ofertową w sposób odmienny od określonego w SIWZ (określony poniżej), a następnie tak wyliczoną cenę umieścił w formularzu ofertowym:

Cena przetargowa (dla oleju napędowego o polepszonych właściwościach niskotemperaturowych) = 93% średniej ceny tygodniowej z notowań Platfs Marketscan 10 ppm Cargoes CIF NWE/Basis ARA high (z tygodnia od 19.11 do 23.11.2012r.) + 7% średniej ceny tygodniowej z notowań dla estrów metylowych kwasów tłuszczowych FAME₂ minus 10 BARGES FOB Rotterdam high (z tygodnia od 19.11. do 23.11.2012 r.) + akcyza + opłata paliwowa + premia paliwowa + marża/upust + VAT + dopłata transportowa (wg tabeli stanowiącej załącznik nr 7 do SIWZ).

Cena przetargowa dla oleju napędowego standardowego) = 93% średniej ceny tygodniowej z notowań Platfs Marketscan 10 ppm Cargoes CIF NWE/Basis ARA high (z tygodnia od 19.11. do 23.11.2012 r.) + 7% średniej ceny tygodniowej z notowań dla estrów metylowych kwasów tłuszczowych FAME₂ minus 10 BARGES FOB Rotterdam high (z tygodnia od 19.11. do 23.11.2012 r.) + akcyza + opłata paliwowa + premia paliwowa + marża/upust + VAT + dopłata transportowa (według tabeli stanowiącej Załącznik nr 7 do SIWZ).

Zdaniem Odwołującego tak wyliczona przez wykonawcę cena przetargowa jest niezgodna z opisem sposobu wyliczenia ceny przetargowej, opisanej przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Rozdział 12 punkt 4, .gdyż wykonawca nie uwzględnił w cenie oferty stawki VAT od dopłaty transportowej, co jest niezgodne z treścią SIWZ i stanowi błąd w obliczeniu ceny, a więc wypełnia dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp, a co za tym idzie, stanowi podstawę do odrzucenia oferty tego wykonawcy. Odwołujący zauważył, że zgodnie z orzecznictwem KIO brak zastosowania właściwej stawki VAT nie może być kwalifikowany jako oczywista omyłka rachunkowa, lub inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Powyższe okoliczności powodują, - w ocenie odwołującego - że wskazany błąd w ofercie LOTOS Paliwa Sp. z o.o. nie może zostać poprawiony przez Zamawiającego, a co za tym idzie oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona.

Odnosząc się do uzasadnienia drugiego z zarzutów podnoszonych w *petitum* niniejszego odwołania, Odwołujący wskazał, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej. W sytuacji, w której jedynym

kryterium oceny ofert jest cena, zamawiający zobowiązany jest do wyboru oferty zawierającej najniższą cenę (najniższe koszty realizacji zamówienia). W przedmiotowym postępowaniu złożone zostały dwie oferty:

1. LOTOS Paliwa Sp. z o.o. z ceną 234 506 702 złote
2. PKN Orlen S.A. z ceną 243 882 922 złote.

Na pierwszy rzut oka oferta złożona przez wykonawcę LOTOS Paliwa Sp. z o.o. jest ofertą najkorzystniejszą, jednak mając na uwadze czynniki składowe ceny przetargowej jasnym jest, że koszty realizacji zamówienia w oparciu o tę ofertę będą większe. Jest to spowodowane faktem, że olej napędowy nie będzie w przypadku realizacji zamówienia dostarczany do siedziby Zamawiającego na koszt wykonawcy, lecz Zamawiający będzie zobowiązany do jego odbierania ze wskazanego w ofercie terminalu paliwowego. W przypadku oleju standardowego, konieczność odbioru tego produktu w przypadku oferty LOTOS Paliwa Sp. z o.o. odbywać się będzie z terminalu zlokalizowanego w Modlinie tj. około 34 km od granic miasta stołecznego Warszawa, a w przypadku PKN Orlen Sp. z o.o. z terminalu w Mościskach, który zlokalizowany jest na granicy Warszawy i gminy Izabelin. Terminal ten oddalony jest od granic Warszawy jedynie drogą, co powoduje, że faktyczna odległość tego terminalu od granic miasta wynosi około 10 m. Mając ten fakt na uwadze jasnym jest, że koszty odbioru paliwa z tego terminala magazynowego będą niższe niż określone w SIWZ oraz ofercie na poziomie 39,90 złotych za 1 m³ i będą zbliżone jeśli nie identyczne ze stawką obowiązującą dla terminali zlokalizowanych na terenie Warszawy (24,90 złote za 1 m³). Jednocześnie Odwołujący wskazał, że całkowicie bezzasadnym jest porównywanie kosztów odbioru przedmiotu zamówienia z Mościsk i Modlina i zrównanie ich ze sobą, gdyż takie działanie w żadnym stopniu nie oddaje stanu faktycznego i prowadzi do wyboru oferty mniej korzystnej ekonomicznie (z wyższym kosztem realizacji zamówienia). Jest to niedopuszczalne w sytuacji jeśli jedynym kryterium wyboru ofert jest cena i przeczy idei przetargu. Dla zobrazowania faktycznych kosztów realizacji zamówienia konieczne jest przeliczenie kosztów odbioru paliw ze stacji w Mościskach dla oferty PKN Orlen S.A. przy założeniu, że koszty te będą zbliżone do kosztu odbioru paliwa na terenie Warszawy. I tak wartość ta będzie wynosiła dla zakładanych 25 900 m³ oleju standardowego 644 910 (sześćset czterdzieści cztery tysiące dziewięćset dziesięć) złotych nie zaś 1 033 410 (jeden milion trzydzieści trzy tysiące czterysta dziesięć) złotych. Urealnienie tej kwoty powoduje że cena oferty PKN Orlen S.A. kształtowała by się na poziomie 243 494 422 złotych, zaś cena oferty LOTOS Paliwa Sp. z o.o. pozostałaby na poziomie 243 586 702 złotych. Jest to spowodowane między innymi faktem, że cena samego produktu jakim w przedmiotowym zamówieniu jest olei napędowy, w ofercie PKN Orlen została zaoferowana jako cena niższa od konkurencyjnej oferty LOTOS Paliwa Sp. z o.o. Przywołane wyżej wyliczenia wskazują, -

w ocenie Odwołującego - iż realizacja zamówienia w oparciu o ceny zawarte w ofercie LOTOS Paliwa Sp. z o.o. będzie droższa, niż w oparciu o ofertę PKN Orlen S.A., co powoduje, że oferta ta nie może być uznana za najkorzystniejszą, a więc jej wybór przez Zamawiającego stanowi naruszenie dyspozycji art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Czynność Zamawiającego z dnia 18 lutego 2013 r. – dotycząca wyboru najkorzystniejszej oferty - stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę Polski Koncern Naftowy ORLEN S. A., adres do korespondencji: ul. Bielańska 12, 00-085 Warszawa.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca LOTOS Paliwa Sp. z o.o.

Pismem z dnia 5 marca 2013 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami odwołania oraz wnosząc o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, oraz ofertę wykonawcy LOTOS Paliwa Sp. z o.o. jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 28 lutego 2013 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2013 r.) wykonawcy LOTOS paliwa Sp. z o.o., adres do korespondencji: ul. Elbląska

135, 80-718 Gdańsk (zwany dalej: „Przystępującym”), tj. przystąpienia w 4- dniu (ponieważ 3 dzień jako dzień ustawowo wolny od pracy upływał w dniu 3 marca 2013 r. w niedzielę).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa oleju napędowego o polepszonych właściwościach niskotemperaturowych i oleju standardowego.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ”) zawierała przykładowo następujące postanowienia:

Rozdział 3 „Opis przedmiotu zamówienia” ust. 5 SIWZ:

Odległość terminala paliwowego od Warszawy należy obliczyć wg informacji podawanych na mapach samochodowych wydawanych przez Polskie Przedsiębiorstwo Wydawnictw Kartograficznych im. Eugeniusza Romera S.A. z uwzględnieniem najkrótszej trasy przejazdu, ale po drogach dopuszczonych dla autocystern Zamawiającego zgodnie z §1 i §2 Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 06.09.2012 roku w sprawie wykazu dróg krajowych oraz dróg wojewódzkich, po których mogą poruszać się pojazdy o dopuszczalnym nacisku pojedynczej osi do 10 t (Dz.U. z 2012 r., poz. 1061).

Rozdział 12 „Opis sposobu obliczania ceny oferty” SIWZ:

Pkt 4 - Ceny jednostkowe przyjęte przez wykonawcę do obliczenia ceny oferty, będą to ceny obowiązujące w dniu 26 listopada 2012 r. wyliczone w oparciu o średnią cenę tygodniową z tygodnia od 19 listopada do 23 listopada 2012 r.

Ceny jednostkowe przyjęte przez wykonawcę do obliczenia ceny oferty będą obliczone w następujący sposób:

Cena przetargowa (dla oleju napędowego o polepszonych właściwościach niskotemperaturowych) = 93% średniej ceny tygodniowej z notowań Platt's Marketscan 10 ppm Cargoes CIF NWE/Basis ARA high (z tygodnia od 19.11 do 23.11.2012 r. + 7% średniej ceny tygodniowej z notowań dla estrów metylowych kwasów tłuszczowych FAME₂ minus 10 BARGES FOB Rotterdam high (z tygodnia od 19.11. do 23.11.2012 r.) + akcyza + opłata

paliwowa + .premia paliwowa + marża/upust + dopłata transportowa (wg tabeli stanowiącej załącznik nr 7 do siwz) +VAT.

Cena przetargowa (dla oleju napędowego standardowego) = 93% średniej ceny tygodniowej z notowań Platfs Marketscan 10 ppm Cargoes CIF NWE/Basis ARA high (z tygodnia od 19.11. do 23.11.2012 r.) +7% średniej ceny tygodniowej z notowań dla estrów metylowych kwasów tłuszczowych FAME₂ minus 10 BARGES FOB Rotterdam high (z tygodnia od 19.11. do 23.11.2012 r.) + akcyza + opłata paliwowa +premia paliwowa + marża/upust + dopłata transportowa (wg tabeli stanowiącej załącznik nr 7 do siwz) +VAT.

Premia paliwowa rozumiana jest przez zamawiającego jako składnik ceny uwzględniający koszty poniesione przez wykonawcę plus jego marżę. Od tak wyliczonej ceny wykonawca może zastosować upust. O ile wykonawca nie uwzględni swojej marży w premii paliwowej, może ją wskazać w odrębnej pozycji.

Stałymi elementami w formule są obowiązujące w dniu 26.11.2012 r.: Akcyza - 1196,00 zł/1000 litrów zgodnie z przepisami Rozporządzenia Ministra Finansów z 22.12.2004 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie obniżenia stawek podatku akcyzowego (Dz. U. z 2004r., nr 279, poz. 2763 z późn. zm).

Opłata paliwowa - 249,92 zł/m³ zgodnie z Ustawą z dnia 20.11.2009 r. o zmianie ustawy o autostradach płatnych oraz o krajowym funduszu drogowym oraz ustawy o obrocie instrumentami finansowymi (Dz. U. z 2009r., nr 223, poz. 1776).

Zamawiający w toku postępowania udzielał m. in. następujących odpowiedzi na zadawane przez wykonawców pytania:

Pytanie nr 8:

Dotyczy rozdziału 3 ust. 5 treści SIWZ

W punkcie tym Zamawiający żąda od Oferenta podania odległości pomiędzy terminalem nalewczym paliw a granicami miasta Warszawa. Odległość ma być obliczona wg map samochodowych wydanych przez PPWK im. Eugeniusza Romera S.A. dla samochodów i po trasach o dopuszczalnym nacisku pojedynczej osi do 10 ton (zgodnie z obowiązującym Rozporządzeniem). Zamawiający w trakcie ocen złożonych Ofert będzie musiał dokonać weryfikacji podanych przez Oferentów odległości, dlatego też biorąc pod uwagę niewielkie rozbieżności pomiędzy różnymi producentami map, Oferent prosi o potwierdzenie poniższych przedziałów odległości, zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ:

- Baza paliw OLPP nr 5, Emilianów, 05-205 Klembów - do 50 km,
- Baza paliw OLPP nr 6, 26-115 Skarżysko Kościelne, ul. Kościelna 4 -między 150 - 200 km,
- Baza paliw Modlin, 05-180 Pomiechówek, Stanisławowo - do 50 km,

- Baza paliw 87-500 Rypin, ul. Dworcowa - między 150 - 200 km,
- Baza Paliw Mościska, ul. Estrady 8 - do 50 km,
- Płock, ul. Chemików 7 - między 101 - 125 km.

Odpowiedź Zamawiającego z dnia 24 stycznia 2013 r:

Odpowiedź nr 8:

Zamawiający potwierdza powyższe przedziały odległości.

Mając powyższe na względzie Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba odnosząc się do zarzutu nr 2 - dotyczącego złożenia przez wykonawcę LOTOS Paliwa Sp. z o.o. oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, mając na uwadze czynniki składowe ceny przetargowej oraz, że koszty realizacji zamówienia w oparciu o tę ofertę będą większe - Izba zważyła co następuje.

Z treści złożonego odwołania oraz z argumentacji przedstawionej na rozprawie wynika, iż niniejszy zarzut odwołania dotyczy postanowień SIWZ ukształtowanych przez Zamawiającego.

Izba oceniając niniejszy zarzut - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne:

Po pierwsze Odwołujący nie zakwestionował konkretnych postanowień oferty Przystępującego, odnosząc się do w ogólności do jej treści oraz specyfikacji ukształtowanej przez Zamawiającego. W ocenie Izby powyższy zarzut sprowadza się do kwestionowania postanowień SIWZ, które w kształcie na moment składania ofert – mogły być, jak twierdził Odwołujący dla niego niekorzystnie. Na powyższe wskazuje stanowisko Odwołującego wyrażone w odwołaniu oraz na rozprawie. Odwołujący nie zgadzał się z SIWZ i twierdził, że *„wprowadzone przedziały co 50 km, a następnie co 25 km oraz przyjęcie stawki ryczałtowej, spowodowało, iż Zamawiający nie zróżnicował kosztów transportu w zależności od tego, czy stacja jest położona 1 km od granicy Warszawy, czy 50 km a w przypadku przejechania 100 km bądź 2 km (tam i z powrotem) cena będzie taka sama”*. Na rozprawie podtrzymywał, że *„tak przyjęte postanowienia specyfikacji powodują, iż złożone oferty nie są miarodajne i gdyby przyjąć realny sposób liczenia to oferta Odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą”*. Ponadto podkreślał, że *„sposób oceny ofert, wskazany przez Zamawiającego został przedstawiony w sposób nierealistyczny i zatem w ocenie Odwołującego jest podstawa do zarzucenia Zamawiającemu naruszenia art. 91 w związku z art. 7 ustawy Pzp, gdyż oferty w niniejszym postępowaniu są nieporównywalne.*

W ocenie Izby powyższy zarzut – sprowadzający się do kwestionowania postanowień SIWZ i jej modyfikacji – należy uznać za spóźniony.

Skoro modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonana pismem z dnia 24 stycznia 2013 r.) została przekazana i udostępniona wykonawcom zainteresowanym złożeniem oferty, to należy uznać że termin zaskarżenia jej postanowień w postępowaniu upłynął w dniu 4 lutego 2013 r.

Zatem wykonawca nie kwestionując powyższych zapisów SIWZ na wcześniejszym etapie niejako zgodził się na ich kształt i argumentacja Odwołującego, że: *„tak przyjęte postanowienia specyfikacji powodują, iż złożone oferty nie są miarodajne i gdyby przyjąć realny sposób liczenia to oferta Odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą”* - jest spóźniona.

Mając powyższe na uwadze, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie w zakresie niniejszego zarzutu zostało wniesione z uchybieniem terminu, co obligowało Izbę do uznania powyższego zarzutu za spóźniony.

Termin na wniesienie odwołania (w świetle dyspozycji art. 182 ustawy Pzp) ma charakter zawity i jego bezskuteczny upływ spowodował wygaśnięcie uprawnień wykonawcy do skorzystania z tego środka ochrony prawnej. Zatem w świetle przedstawionej argumentacji powyższy zarzut podnoszony na niniejszym etapie postępowania należy uznać za spóźniony.

Należy również pamiętać, że wykonawca jako profesjonalista ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek, (wnosząc środki ochrony prawnej) działania z należytą starannością, tak aby w postępowaniu realizowana była zasada szybkości i efektywności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i tak aby zapobiegać ewentualnemu zbędnemu, a w niektórych wypadkach celowemu przedłużaniu procedur przetargowych, gdyż działania wykonawców zmierzające do przedłużania procedury nie leżą również w interesie publicznym. Zatem wykonawca nie kwestionując postanowień SIWZ na wcześniejszym etapie zgodził się z ich treścią, a powyższy zarzut postawiony w odwołaniu z dnia 28 lutego 2013 r. jest zarzutem spóźnionym.

Odnosząc się do złożonych przez Odwołującego oraz Zamawiającego dowodów – szczegółowych wycień oraz dowodu wydania – Izba uznała, że powyższe dowody wobec przedstawionej argumentacji należy uznać w niniejszej sprawie jako bezprzedmiotowe.

Biorąc pod uwagę, że ustawa Pzp nie zna instytucji częściowego odrzucenia odwołania, a zarzut który uznany został za spóźniony – nie podlega częściowemu odrzuceniu jednak nie może być przedmiotem rozpoznania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Tylko zatem w zakresie zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny oferty LOTOS Paliwa Sp. z o.o. - złożone odwołanie mogło podlegać rozpoznaniu na przeprowadzonej przez Izbę rozprawie, co w niniejszej sprawie Izba uczyniła.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie znalazł potwierdzenia w złożonym materiale dowodowym, zatem podlega oddaleniu.

Izba wzięła pod rozwagę stanowisko Zamawiającego i Przystępującego wyrażone w niniejszej sprawie. Należy zgodzić się z Zamawiającym i Przystępującym, że ze zwrotu „dopłata transportowa (wg tabeli stanowiącej załącznik nr 7 do siwz) + VAT” wynika jedynie, że zarówno kwota dopłaty transportowej, jak i kwota podatku VAT, winny zostać uwzględnione przy obliczaniu ceny oferty jako dwa elementy składowe ceny. Nie wynika natomiast ze wskazanego zwrotu, że na potrzeby obliczenia ceny oferty podatek VAT winien być naliczany również od kwoty dopłaty transportowej. Przede wszystkim Zamawiający i Przystępujący zwrócili uwagę na treść tabeli kosztów transportu ponoszonych przez Zamawiającego stanowiącej Załącznik nr 7 do przedmiotowej SIWZ, do której to tabeli w pierwszej kolejności odsyłają wskazane wyżej formuły cenowe. W przedmiotowej tabeli Zamawiający podał definicję dopłaty transportowej – którą jest „kwota, o którą będzie zwiększona cena oferty brutto do oceny ofert [zł/m³]”. Zatem z zastosowanej w SIWZ definicji dopłaty transportowej wynika, iż dopłata transportowa winna zostać dodana do ceny ofertowej po naliczeniu podatku VAT, nie zaś przed takim naliczeniem - jak domagał się tego Odwołujący - a w konsekwencji, że dopłata transportowa nie podlega opodatkowaniu podatkiem VAT na potrzeby obliczania najkorzystniejszej ceny.

Zamawiający i Przystępujący wskazali, iż charakter dopłaty transportowej ma na celu urealnienie porównania ofert dostawy paliw w zależności od odległości miejsca załadunku paliwa od siedziby Zamawiającego i kosztów transportu paliwa oraz, że opłata transportowa nie stanowi faktycznego składnika ceny dostawy. Powyższa konkluzja znajduje również oparcie w treści Załącznika nr 5 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 21 grudnia 2012 r. - Formularz cenowy. Zawarte w tym Formularzu dwie tabele jednoznacznie określają, jakie elementy i w jakim porządku obliczane, winny składać się na cenę oferty. W

punkcie 10 obydwu tabel podano, że kwotę podatku VAT oblicza się dla pozycji 7 Formularza cenowego, tj. łącznej wartości ceny netto paliw, opłaty paliwowej, premii paliwowej, marży i upustu, tym samym podatku VAT nie nalicza się od stawki dopłaty transportowej wspomnianej w punkcie 8 obydwu tabel. Z kolei punkt 12 obydwu tabel stanowi, że o kwotę dopłaty transportowej zwiększa się cenę oferty brutto, tj. cenę uwzględniającą już naliczony podatek VAT, zaś tak obliczona cena stanowi finalną cenę oferty. Zatem zawarty w w/w formułach cenowych zwrot „dopłata transportowa (wg tabeli stanowiącej załącznik nr 7 do siwz) + VAT” można rozumieć wyłącznie jako wskazanie na dwa elementy składowe ceny oferty, nie zaś jako wymóg powiększenia stawki dopłaty transportowej o naliczony od tej dopłaty podatek VAT.

Reasumując – biorąc powyższą argumentację pod rozwagę - Izba nie znalazła podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszenia dyspozycji art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 6), oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238), w tym - również wobec nieuwzględnienia wniosków Przystępującego o zwrot kosztów - § 5 ust. 3 pkt 1) niniejszego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....