

Sygn. akt: KIO 2302/17

**Postanowienie
z dnia 6 listopada 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 6 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2017 r. przez wykonawcę: **UNIMOT S.A. z siedzibą w Zawadzkiem** (ul. Świerkłańska 2A, 47-120 Zawadzkie), w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez zamawiającego: **Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej Sp. z o.o. w Gdyni** (ul. Platynowa 19/21, 81-154 Gdynia), przy udziale wykonawcy: **LOTOS Paliwa Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** (ul. Elbląska 135, 80-718 Gdańsk), zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **UNIMOT S.A. z siedzibą w Zawadzkiem** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej Sp. z o.o. w Gdyni (zwane dalej: „zamawiającym”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (zamówienie sektorowe) na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), (zwanej dalej: „ustawą Pzp”), którego przedmiotem są: *Sukcesywne dostawy oleju napędowego oraz oleju opałowego.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 października 2017 roku, nr 2017/S 202-416789. Natomiast specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 23 października 2017 roku. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 2 listopada 2017 roku wykonawca - UNIMOT S.A. z siedzibą w Zawadzkiem (zwany dalej: „odwołującym”), wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zażądanie złożenia dokumentów, które nie są niezbędne do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 7.3.1 SIWZ (dot. Części I), tj. żądanie od wykonawcy złożenia zobowiązania producenta oferowanych paliw na rzecz Wykonawcy dotyczący ilościowej i jakościowej dostępności paliwa będącego przedmiotem zamówienia w okresie 24 miesięcy obowiązywania umowy;
- 2) art. 7 ustawy Pzp poprzez żądanie od wykonawcy złożenia zobowiązania producenta paliwa o zapewnieniu dostaw na realizację niniejszego zamówienia, co powoduje nieuzasadnione preferowanie wykonawców będących producentami paliwa (w rezultacie producentów paliwa prowadzących działalność na terenie Polski) oraz ich spółek należących do tej samej grupy kapitałowej poprzez:

- a) uniemożliwienie uczciwego konkurencyjnego ceną i pozostałymi kryteriami oceny ofert w niniejszej procedurze producentów paliwa z pozostałych Państw UE korzystających na terenie RP z wyspecjalizowanych baz paliw,
 - b) brak możliwości udziału w postępowaniu importerów paliwa importujących paliwo od różnych producentów paliwa,
- podczas gdy specyfika działalności importerów paliwa polega na jego imporcie z różnych źródeł i od różnych producentów (w tym producentów z Państw Członkowskich UE oraz innych państw), co determinuje w praktyce brak stosowania zobowiązań do dostarczania paliwa do realizacji konkretnego kontraktu we wskazanej ilości i terminie realizacji.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ i ogłoszenia odpowiednio poprzez wykreślenie z treści SIWZ i ogłoszenia treści:

- 1) Punkt 7.3.1 „Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy dysponowali potencjałem w postaci ilościowej i jakościowej dostępności paliwa będącego przedmiotem zamówienia, tj. dysponowali w okresie na jaki zostanie zawarta umowa olejem napędowym w ilości 8.300.000 litrów, w tym 350.000 litrów oleju napędowego arktycznego, spełniającym wymogi jakościowe dla paliw ciekłych określone Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 9 października 2015 r. w sprawie wymagań jakościowych dla paliw ciekłych (Dz.U.2015 poz.1680) oraz normą PN-EN 590+A1:2017 Paliwa do pojazdów samochodowych - Oleje napędowe - Wymagania i metody badań.”.
- 2) Punkt 10.1.2 „zobowiązanie producenta oferowanych paliw na rzecz Wykonawcy dotyczące zapewnienia ilościowej i jakościowej dostępności paliwa będącego przedmiotem zamówienia w okresie 24 miesięcy obowiązywania umowy, na potwierdzenie warunku określonego w punkcie 7.3.1. SIWZ Dotyczy części I.”.

Na podstawie dokumentacji przekazanej przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Na podstawie informacji otrzymanej od zamawiającego ustalono, że zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem wykonawców do przystąpienia

do postępowania odwoławczego zamieścił na swojej stronie internetowej w dniu 2 listopada 2017 roku.

W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp (tj. w dniu 6 listopada 2017r.) w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawca - LOTOS Paliwa Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wskazując jednocześnie interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił oraz załączając dowody przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba z urzędu na posiedzeniu niejawnym dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Stosownie do brzmienia art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp: *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.* Natomiast zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp: *Odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.*

Odwołanie w niniejszej sprawie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”), a wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Jak już powyżej zostało wskazane ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 października 2017 roku, zaś SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu

23 października 2017 roku. Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 2 listopada 2017 roku.

Istotne dla ustalenia początku biegu terminu na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie, a w konsekwencji dla rozstrzygnięcia samej sprawy, jest to, iż odwołanie dotyczy tożsamych postanowień zawartych zarówno w treści ogłoszenia o zamówieniu, jak i w SIWZ. Otóż, odwołujący kwestionuje zasadność ustanowienia przez zamawiającego wymogu opisanego jednocześnie w pkt 7.3.1. SIWZ i w sekcji VI ogłoszenia o zamówieniu w pkt VI.3) ppkt I.1) o treści następującej: *„Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy, w zakresie części I zamówienia, dysponowali potencjałem w postaci ilościowej i jakościowej dostępności paliwa będącego przedmiotem zamówienia, tj. dysponowali w okresie na jaki zostanie zawarta umowa olejem napędowym w ilości 8.300.000 litrów, w tym 350.000 litrów oleju napędowego arktycznego, spełniającym wymogi jakościowe dla paliw ciekłych określone Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 9 października 2015 r. w sprawie wymagań jakościowych dla paliw ciekłych (Dz.U.2015 poz.1680) oraz normą PN-EN 590+A1:2017 Paliwa do pojazdów samochodowych - Oleje napędowe - Wymagania i metody badań.”*

Ponadto, odwołujący negował zasadność wymagania w zakresie przedłożenia dokumentu: *„zobowiązanie producenta oferowanych paliw na rzecz Wykonawcy dotyczące zapewnienia ilościowej i jakościowej dostępności paliwa będącego przedmiotem zamówienia w okresie 24 miesięcy obowiązywania umowy, na potwierdzenie warunku określonego w punkcie 7.3.1. SIWZ Dotyczy części I.”*. Postanowienie o tożsamej treści w zakresie wymaganego dokumentu zostało zawarte zarówno w pkt 10.1.2. SIWZ, jak i w sekcji VI ogłoszenia o zamówieniu w pkt VI.3) ppkt I.2).

Należy stwierdzić, że postanowienia skarżone przez odwołującego zostały zawarte już w samym ogłoszeniu o zamówieniu. Odwołanie nie zawiera jakichkolwiek zarzutów opartych na postanowieniach treści SIWZ, a nie ujętych jednocześnie w ogłoszeniu o zamówieniu. Tym samym już w związku z publikacją ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej odwołujący mógł poznać informacje o postanowieniach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. W związku z powyższym termin na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie powinien być

liczony od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, tj. od dnia 20 października 2017 roku, co oznacza, że odwołanie wniesione w dniu 2 listopada 2017 roku, zostało wniesione z uchybieniem 10-dniowego terminu wynikającego z ustawy Pzp, który mijał w dniu 30 października 2017 roku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) 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 ze zm.).

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp: *W wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 10 ustawy Pzp: *Strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Z kolei przepis § 3 pkt 1 lit. a) powołanego powyżej Rozporządzenia stanowi, iż: *Do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej "kosztami", zalicza się: wpis, obejmujący w szczególności: wynagrodzenia, wydatki i opłaty Urzędu związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Krajowej Izby Odwoławczej, zwanej dalej "Izbą", przygotowującymi do należytego rozpoznawania odwołań".*

Stosownie do art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp: *Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.* Z kolei art. 192 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż: *O oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.*

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: