

Sygn. akt: KIO 1911/17

WYROK
z dnia 29 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka
Jolanta Markowska
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2017 r. przez wykonawcę:

P. K. N. O. Spółka Akcyjna z siedzibą w P. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Agencję Rezerw Materiałowych w W.**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: P. K. N. O. Spółka Akcyjna z siedzibą w P., i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: P. K. N. O. Spółka Akcyjna z siedzibą w P. 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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Agencja Rezerw Materiałowych (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa magazynowania 150 000 m³ zapasów agencyjnych oleju napędowego – znak sprawy: BPzp.261.61.2017” (dalej jako „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 września 2017 r. (nr 2017/S 168-345629). Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 2 września 2017 r.

Odwołujący – P. K. N. O. Spółka Akcyjna z siedzibą w P. (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie od treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”) opublikowanych przez Zamawiającego w związku z wszczęciem Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych /Dz. U. z 2017 r., poz. 1579/ (dalej jako „ustawa Pzp”):

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i powodujący nierówne traktowanie wykonawców poprzez wybór konkretnego rodzaju magazynu służącego do świadczenia usług magazynowania oleju napędowego bez obiektywnego uzasadnienia dla takiego wyboru technologii magazynowania;
- 2) art. 29 ust. 3 ustawy Pzp – poprzez wskazanie szczególnego procesu magazynowania oleju napędowego, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, co prowadzi do wyeliminowania Odwołującego, pomimo, że nie jest to uzasadnione specyfiką zamówienia;
- 3) art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 1 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwe opisanie warunków udziału w Postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących zmian:

- 1) w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ wraz z załącznikami – zmiany polegającej na zastąpieniu pojęcia „*zbiornikowej pojemności magazynowej*” oraz „*zbiornika*” pojęciem „*magazynu*”;
- 2) w treści SIWZ wraz z załącznikami - zmiany polegającej na zastąpieniu pojęcia „*Bazy paliw*” pojęciem „*magazynu*”;
- 3) w treści SIWZ doprecyzowanie pojęcia „*magazynu*” poprzez odwołanie się do pojęcia instalacji magazynowania paliw ciekłych w rozumieniu art. 3 pkt 10 f ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne /tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 220/ (dalej jako „ustawa Prawo energetyczne”), z wykorzystaniem której możliwe jest świadczenie w Polsce usługi objętej ogłoszeniem o zamówieniu.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący stwierdził, iż ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o zapasach ropy naftowej, produktów naftowych i gazu ziemnego oraz zasadach postępowania w sytuacjach zagrożenia bezpieczeństwa paliwowego państwa i zakłóceń na rynku naftowym /Dz. U. z 2016 r., poz. 1899, ze zm./ (dalej jako „ustawa o zapasach”) nie różnicuje wymagań co do zasad utrzymywania zapasów obowiązkowych i zapasów agencyjnych pod względem technicznym, czego najlepszym przykładem jest art. 3 ust. 12 ustawy o zapasach, przewidujący, że zapasy interwencyjne utrzymuje się w magazynach, których parametry techniczne oraz parametry techniczne związanych z tymi magazynami systemów przesyłowych i transportowych umożliwiają interwencyjne uwolnienie całości zapasów interwencyjnych zmagazynowanych w danym magazynie, w tym wyłoczenie tych zapasów, w okresie 90 dni (dostępność fizyczna). Zgodnie z art. 21d ustawy o zapasach, do umów dotyczących zawierania umów na magazynowanie zapasów agencyjnych stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące umów na magazynowanie zapasów obowiązkowych. Przepisy dotyczące kontroli przez Zamawiającego magazynu odnoszą się do ogólnego pojęcia zapasów interwencyjnych (art. 29d i in. ustawy o zapasach). Podobnie, zapasów interwencyjnych dotyczą przepisy rozdziału 5 w zakresie planów na wypadek zagrożenia bezpieczeństwa paliwowego państwa.

Podsumowując powyższe, Odwołujący stwierdził, iż ustawodawca określił wspólne normy w zakresie magazynowania wszystkich zapasów interwencyjnych, czy zapasów obowiązkowych utrzymywanych przez przedsiębiorców, czy to zapasów agencyjnych, czego najlepszym przykładem jest art. 3 ust. 12 ustawy o zapasach, przewidujący, iż zapasy interwencyjne utrzymuje się w magazynach, których parametry techniczne oraz parametry techniczne związanych z tymi magazynami systemów przesyłowych i transportowych umożliwiają interwencyjne uwolnienie całości zapasów interwencyjnych zmagazynowanych

w danym magazynie, w tym wytlóczenie tych zapasów, w okresie 90 dni (dostępność fizyczna).

Następnie Odwołujący wskazał, iż w zakresie magazynowania zapasów interwencyjnych ropy naftowej i paliw (obowiązkowych i agencyjnych) ustawa nie zawiera definicji legalnej pojęcia „magazynu”, wskazując równocześnie wprost wymagania w zakresie parametrów technicznych dedykowanych dla bezzbiornikowych magazynów ropy naftowej (art. 3 ust. 13 ustawy o zapasach). Tym samym całkowicie uzasadnionym jest twierdzenie, że także w zakresie magazynowania paliw (paliw ciekłych) objętych ogłoszeniem o zamówieniu, którego dotyczy odwołanie, ustawa o zapasach pod pojęciem magazynu rozumie, poza naziemnymi pojemnościami zbiornikowymi, także bezzbiornikowe magazyny paliw (paliw ciekłych). Ponadto ustawa o zapasach nie zawiera żadnych postanowień limitujących możliwości utrzymywania określonych ilości zapasów w ramach całkowitej ilości zapasów interwencyjnych wymaganych dla Polski, co czyni ten rodzaj infrastruktury paliw ciekłych równoprawnym względem pojemności zbiornikowych.

Odwołujący stwierdził, iż objęta ogłoszeniem o zamówieniu usługa magazynowania oleju napędowego będącego paliwem w rozumieniu ustawy o zapasach jest równocześnie paliwem ciekłym w rozumieniu prawa energetycznego wymagającego do tego celu, co do zasady, posiadania koncesji na magazynowanie paliw ciekłych. Zgodnie z wymaganiami prawa energetycznego całość utrzymywanych usługowo zapasów obowiązkowych paliw (paliw ciekłych), ze względu na obowiązek posiadania do tego celu stosownej koncesji, może być utrzymywana w instalacjach magazynowania paliw ciekłych. Zgodnie z art. 3 ust. 10f ustawy Prawo energetyczne instalacja magazynowania paliw ciekłych to *„zbiorniki magazynowe oraz instalacje przeładunkowe paliw ciekłych wykorzystywane do przechowywania oraz przeładunku paliw ciekłych z wyłączeniem stacji paliw ciekłych, a także bezzbiornikowe magazyny paliw ciekłych”*. Tym samym bezzbiornikowe magazyny paliw ciekłych podlegają na równi z wymaganiami dla pojemności zbiornikowych wymogowi uzyskania tej samej koncesji uprawniającej na równych prawach do świadczenia tej samej usługi magazynowania paliwa (paliwa ciekłego).

Odwołujący poinformował, iż posiada koncesję na magazynowanie paliw ciekłych, wydaną decyzją Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (dalej jako „Prezes URE”) z dnia 17 grudnia 1999 r. (nr: MPC/61/554/W/1/2/99/EB) ze zmianami, przedłużoną decyzją Prezesa URE z dnia 18 sierpnia 2008 r. (nr: MPC/61-ZTO/554/W/1/2008/MJ) na okres do dnia 31 grudnia 2025 r. Odwołujący wskazał, iż z treści koncesji wynika wprost uprawnienie do świadczenia przez niego usługi magazynowania paliw ciekłych, do których zalicza się pojemności zbiornikowe w terminalach paliw oraz pojemności bezzbiornikowe w podziemnym

bezzbiornikowym magazynie paliw ciekłych zlokalizowanym w miejscowości Góra w gminie Inowrocław. Tym samym Odwołujący spełnia między innymi wskazany w SIWZ wymóg posiadania koncesji na magazynowanie paliw ciekłych, która na równi traktuje magazynowanie zbiornikowe i bezzbiornikowe paliw ciekłych.

W ocenie Odwołującego możliwość utrzymywania zapasów interwencyjnych w bezzbiornikowych magazynach paliw ciekłych nie budzi również wątpliwości Prezesa Agencji Rezerw Materiałowych, który jako organ nadzoru odpowiada za weryfikację przestrzegania przez przedsiębiorców świadczących usługi magazynowania obowiązków utrzymania zapasów interwencyjnych. Sam Zamawiający utrzymuje u Odwołującego w bezzbiornikowych magazynach ropy naftowej zapasy agencyjne ropy naftowej. Prezes Agencji Rezerw Materiałowych wielokrotnie kontrolował zarówno zasady przechowywania zapasów agencyjnych w zakresie ropy naftowej, jak i przechowywania przez Odwołującego w I. K. S. S. (dalej jako „I. S.”) zapasów obowiązkowych w zakresie ropy naftowej i w zakresie paliw ciekłych, w tym oleju napędowego, nie kwestionując prawidłowości usługi.

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że przy braku legalnej definicji magazynu w ustawie o zapasach oraz przy uwzględnieniu zakresu koncesjonowanej działalności polegającej na magazynowaniu paliw (paliw ciekłych) w Polsce, w celu zapewnienia niedyskryminujących warunków ubiegania się o przedmiotowe zamówienie przez wszystkich koncesjonowanych przedsiębiorców świadczących usługi magazynowania paliw ciekłych w Polsce, koniecznym jest doprecyzowanie w treści dokumentacji postępowania pojęcia magazynu poprzez odwołanie się do pojęcia instalacji magazynowania paliw ciekłych w rozumieniu art. 3 pkt 10f ustawy Prawo energetyczne.

W dalszej części odwołania Odwołując wymienił liczne zalety technologii bezzbiornikowego magazynowania paliw, a ponadto wskazał, iż zalety użytkowe kawern w tym zakresie zostały wprost uznane w obowiązującej i przyjętej uchwałą Rady Ministrów polityce energetycznej państwa do roku 2030 (M.P. z 2010 poz. 2, nr 11), gdzie wyraźnie wskazano, że szczególnymi celami polityki w obszarze ropy naftowej i paliw płynnych jest rozbudowa i budowa magazynów na ropę naftową i paliwa płynne (magazyny kawernowe, bazy przeładunkowo-magazynowe).

Odwołując podkreślił, iż wykluczenie pojemności bezzbiornikowych magazynów paliw (paliw ciekłych) eliminuje nie tylko lepszą technologię świadczenia usług magazynowania, ale prowadzi do sytuacji, w której dochodzi do wskazania szczególnego procesu, który charakteryzuje usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, ograniczając możliwość uczestnictwa w przetargu przez Odwołującego. Dostępne pojemności magazynowych paliw ciekłych w Polsce wynoszą bowiem łącznie ok. 5,47 mln m³, z czego:

- pojemności naziemne (zbiornikowe) usytuowane w bazach i terminalach wynoszą ok. 3,67 mln m³ (67% rynku)
- pojemności podziemne (bezzbiornikowe) usytuowane w kawernach solnych wynoszą ok. 1,8 mln m³ (33 % rynku).

Pojemności na paliwa podziemne (bezzbiornikowe) należą w całości do Odwołującego.

Z kolei pojemności naziemne (zbiornikowe) należą do O. (ok. 1,83 mln m³), Odwołującego (ok. 0,94 mln m³), G. L. (ok. 0,56 mln m³), firmy T. (ok. 0,14 mln m³) oraz pozostałych (ok. 0,19 mln m³).

W związku z powyższym Odwołujący uznał, iż w efekcie wprowadzonego przez Zamawiającego ograniczenia wyeliminowano z postępowania ok. 1/3 istniejących w Polsce instalacji magazynowych, bezpośrednio wpływając na wynik przetargu mimo braku uzasadnienia merytorycznego. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia i bezzasadnie zawężając go jedynie do instalacji zbiornikowych, naruszył zasady określone w art. 29 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 22 września 2017 r. (objętym częściowo tajemnicą przedsiębiorstwa) Odwołujący przedstawił dodatkowe stanowisko w sprawie, skupiając się na znaczeniu magazynu ropy naftowej w Górze dla polskiego systemu obowiązkowych zapasów ropy naftowej i produktów naftowych oraz bardzo dobrej lokalizacji ww. magazynu do przechowywania i wydawania zapasów agencyjnych w przypadku zaistnienia sytuacji kryzysowej na rynku paliw (wraz ze wskazaniem połączeń rurociągowych). Do ww. pisma Odwołujący dołączył Informację o wynikach kontroli NIK oraz dwa dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa (ekspertyza i prezentacja).

Pismem z dnia 25 września 2017 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Uzasadniając powyższe stanowisko Zamawiający wskazał, iż jak wynika z treści samego odwołania co najmniej trzech wykonawców posiada pojemności zbiornikowe pozwalające na złożenie oferty w Postępowaniu na wszystkie zadania (tj. Odwołujący, G. L. oraz O. Sp. z o.o.). Ponadto, z informacji posiadanych przez Zamawiającego wynika, iż na rynku działają jeszcze co najmniej trzy podmioty, które posiadają potencjalne możliwości do złożenia oferty na część zadań.

Jednocześnie Zamawiający poinformował, iż w związku z zaleceniem Ministra Gospodarki dotyczącym nadmiernej koncentracji utrzymywanych zapasów interwencyjnych w magazynach I. S. S.A., zawartym w piśmie z dnia 14 lipca 2014 r. (znak: DRO-II-4128-1/125/14; DRO/1283/2014) stanowiącym załącznik do odpowiedzi na odwołanie,

Zamawiający musi uwzględniać w swoich działaniach możliwości magazynowania ropy naftowej i paliw w magazynach zbiornikowych, które będą mogły być dostarczone do odbiorców w ciągu 90 dni, zgodnie z brzmieniem art. 3 ust. 12 ustawy o zapasach. Zalecenie dotyczące odpowiedniej alokacji zapasów na terytorium RP zostało podtrzymane również przez Ministra Energii, w piśmie z dnia 8 marca 2016 r. (znak: DRO-II-4171-1/17/16; DRO/331/16), stanowiącym załącznik nr 2 do odpowiedzi na odwołanie.

Kwestie dotyczące konieczności dyslokacji zapasów interwencyjnych stanowiły również jeden z wniosków końcowych wskazanych w opracowanym przez Agencję Rezerw Materiałowych dokumencie strategicznym pn.: „*Plan Agencji Rezerw Materiałowych w zakresie magazynowania zapasów agencyjnych*” (załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie), przekazanym do Ministra Energii pismem z dnia 25 marca 2016 r., w którym wskazano, że ze względu na konieczne rozśrodkowanie zapasów oraz konieczność zachowania ich pełnej dyspozycyjności:

- zapasy agencyjne paliw do końca 2019 r. utrzymywane będą w zbiornikowych pojemnościach magazynowych,
- ARM nie planuje powiększania stanów ilościowych zapasów agencyjnych utrzymywanych w kawernach solnych należących do I. S. S.A. (...).

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że zapasy interwencyjne oleju napędowego w kraju charakteryzują się w dalszym ciągu wysokim stopniem koncentracji. I. S. S.A. obecnie przechowuje ok. 35% zapasów interwencyjnych oleju napędowego przechowywanego w całym kraju, natomiast w układzie regionalnym, na Województwo Kujawsko – Pomorskie, w którym zlokalizowany jest I. S. S.A. przypada ok. 42% przechowywanych zapasów interwencyjnych oleju napędowego (załącznik nr 4).

Ponadto, Zamawiający wskazał, iż uwzględnienie przez niego wskazanych w treści odwołania propozycji w zakresie modyfikacji dokumentacji przetargowej spowodowałoby wykluczenie pozostałych wykonawców, którzy przechowują paliwa w pojemnościach zbiornikowych, gdyż koszty przechowywania paliw w kawernach są zdecydowanie niższe w porównaniu do kosztów magazynowania w pojemnościach zbiornikowych. Zamawiający zwrócił także uwagę na okoliczność, iż Podziemny Magazyn Ropy i Paliw w G. jest jedyną w pełni funkcjonalną instalacją bezzbiornikowego magazynowania w Polsce, tzn. żaden inny podmiot prowadzący działalność w zakresie usługowego magazynowania paliw nie dysponuje takimi pojemnościami i nie byłby w stanie złożyć oferty na świadczenie usługi bezzbiornikowego magazynowania paliw. Tym samym każda inna oferta byłaby gorsza w stosunku do oferty Odwołującego. W efekcie uwzględnienia odwołania nastąpiłaby dalsza,

znacząca koncentracja zapasów interwencyjnych oleju napędowego w jednej lokalizacji, co stanowi zagrożenie dla bezpieczeństwa energetycznego państwa.

Podsumowując Zamawiający stwierdził, iż przyjęty przez niego sposób przygotowania postępowania oraz sporządzona dokumentacja przetargowa zapewnia dostęp do zamówienia szerokiemu kręgu odbiorców, a także realizuje uzasadnione potrzeby Zamawiającego w zakresie niezbędnej dyslokacji zapasów agencyjnych paliw gwarantujących bezpieczeństwo energetyczne państwa.

W terminie określonym przepisami ustawy Pzp do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiskami stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Konieczność udzielenia zamówienia objętego Postępowaniem wynika z obowiązków nałożonych na Zamawiającego przepisami ustawy o zapasach, dotyczących utrzymywania określonych zapasów interwencyjnych. Na zapasy interwencyjne, zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy o zapasach, składają się zapasy obowiązkowe ropy naftowej lub paliw (utrzymywane w wielkości określonej przez ustawę przez przedsiębiorców) oraz zapasy agencyjne (tworzone przez Zamawiającego), stanowiące zgodnie z art. 21a ustawy o zapasach dopełnienie zapasów obowiązkowych. Zgodnie z art. 21d ustawy o zapasach Zamawiający może zlecić, na podstawie umowy, magazynowanie zapasów agencyjnych przedsiębiorcom świadczącym usługi magazynowania ropy naftowej lub paliw.

Zgodnie z treścią Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „OPZ”) przedmiotem zamówienia jest odpłatne świadczenie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego usługi magazynowania zapasów agencyjnych oleju napędowego (dalej jako „paliwo”) w pojemności zbiornikowej w celu wypełnienia dyspozycji art. 3 ust. 2 pkt 2 ustawy o zapasach w ilości do 150 000 m³ i terminie:

- a) od 1 października 2018 r. do 31 grudnia 2026 r. (99 miesięcy) – dla zadania nr 1-2;
- b) od 1 listopada 2018 r. do 31 grudnia 2026 r. (99 miesięcy) - dla zadania nr 3-6 (pkt 1 OPZ).

Usługa magazynowania, o której mowa powyżej obejmuje:

- a) zagwarantowanie i udostępnienie pojemności magazynowej dla potrzeb przechowywania paliwa;
- b) przyjęcie i wyładunek paliwa z transportu kolejowego lub rurociągowego do zbiorników magazynowych bazy paliw;
- c) przechowywanie paliwa;
- d) wydanie przechowywanego paliwa na transport kolejowy lub samochodowy;
- e) prowadzenie wymiany (rotacji) paliwa;
- f) nadzór nad ilością i jakością przechowywanego paliwa (pkt 2 OPZ).

W pkt 2.1 OPZ zostały określone wymagania w zakresie magazynowania paliw. Zgodnie z pkt 2.1 lit. c) Wykonawca zapewni Zamawiającemu minimalną pojemność pojedynczego zbiornika, w którym przechowywane będzie paliwo Zamawiającego nie mniejszą niż 1 000 m³. Zgodnie z pkt 2.1 lit. d) baza paliw spełniać musi wymagania określone w art. 3 ust. 12 ustawy o zapasach.

Zgodnie z art. 3 ust. 12 ustawy o zapasach [wejdzie w życie 1 stycznia 2018 r.] zapasy interwencyjne utrzymuje się w magazynach, których parametry techniczne oraz parametry techniczne związanych z tymi magazynami systemów przesyłowych i transportowych umożliwiają interwencyjne uwolnienie całości zapasów interwencyjnych zmagazynowanych w danym magazynie, w tym wyłoczenie tych zapasów, w okresie 90 dni (dostępność fizyczna). Zgodnie z art. 3 ust. 13 ustawy o zapasach [wejdzie w życie 1 stycznia 2018 r.] w przypadku bezzbiornikowego magazynowania ropy naftowej, o którym mowa w ustawie z dnia 9 czerwca 2011 r. - Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 2014 r. poz. 613), parametry techniczne magazynów oraz parametry techniczne związanych z tymi magazynami systemów przesyłowych i transportowych odpowiadają wymaganiom w zakresie dostępności fizycznej, w okresie: 1) 150 dni - od dnia 1 stycznia 2018 r.; 2) 90 dni - od dnia 1 stycznia 2024 r.

Zgodnie z treścią SIWZ (pkt IX) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy spełniający m. in. następujące warunki:

2) spełniają warunek określony w art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp, tj. posiadają kompetencje lub uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;

Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli wykonawca posiada:

- koncesję na magazynowanie paliw ciekłych, i
- koncesję na obrót paliwami ciekłymi (pkt IX. 1. 2) SIWZ).

4) spełniają warunek określony w art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp, tj. posiadają zdolność techniczną lub zawodową do wykonania zamówienia.

Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli wykonawca:

- a) dysponuje zbiornikową pojemnością magazynową, możliwą do udostępnienia zamawiającemu, przystosowaną do przechowywania oleju napędowego w ilości nie mniejszej niż 25 000 m³, zlokalizowaną na terytorium Polski,
- b) posiada zbiorniki magazynowe spełniające wymagania w zakresie przechowywania i dystrybucji oleju napędowego, a możliwości wydawcze baz magazynowych zapewniają wydanie całej ilości oleju napędowego Zamawiającego utrzymywanego w danej bazie wraz z utrzymywanymi w tej bazie zapasami obowiązkowymi w terminie nie dłuższym 90 dni,
- c) posiada tytuł prawny do magazynów spełniających wymagania określone w lit. b,
- d) zapewnia ochronę przechowywanego paliwa w formach opisanych w ustawie z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1432, ze zm.) (pkt IX. 1. 4) SIWZ).

Zgodnie z przepisem art. 3 ust. 10f ustawy Prawo energetyczne instalacja magazynowania paliw ciekłych - zbiorniki magazynowe oraz instalacje przeładunkowe paliw ciekłych wykorzystywane do przechowywania oraz przeładunku paliw ciekłych z wyłączeniem stacji paliw ciekłych, a także bezzbiornikowe magazyny paliw ciekłych.

Odwołujący jest jedynym w Polsce podmiotem dysponującym pojemnościami na paliwa podziemne (bezzbiornikowe).

Z kolei pojemności naziemne (zbiornikowe) należą do większego kręgu podmiotów, w tym do O., Odwołującego, G. L., T. oraz pozostałych.

Koszty przechowywania paliw w pojemnościach bezzbiornikowych są niższe od magazynowania paliw w pojemnościach zbiornikowych w stopniu mającym znaczenie dla konkurencyjności ofert w Postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż odwołujący jest uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzuty określone w pkt 1 i 2 odwołania (dotyczące opisu przedmiotu zamówienia):

Uwzględniając z jednej strony sposób sformułowania ww. zarzutów w odwołaniu, a z drugiej stanowisko ustne zaprezentowane przez Odwołującego w trakcie rozprawy, zarzuty te sprowadzały się do niezasadnego w ocenie Odwołującego wyeliminowania technologii magazynowania bezzbiornikowego oraz wskazanie wyłącznie technologii magazynowania zbiornikowego, co prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności poprzez wyeliminowanie z Postępowania Odwołującego.

Fundamentalnymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wprowadza zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Do zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca odniósł się także w przepisie art. 29 ust. 3 tejże ustawy. W myśl tego uregulowania przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

Należy podkreślić, iż zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców) nie mają jednak charakteru absolutnego. Na gruncie regulacji dotyczących opisywania przedmiotu zamówienia ograniczenie konkurencji jest bowiem dopuszczalne, jeżeli jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego.

Odwołując się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej należy wskazać, iż zamawiający zobowiązany jest zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań co do opisu przedmiotu zamówienia z góry eliminować z udziału w postępowaniu czy też utrudniać im udział w postępowaniu o zamówienie publiczne (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 664/17). Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie ma obowiązku czynienia tego w sposób najbardziej dogodny dla ewentualnych wykonawców. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia

tak, aby odpowiadał wszystkim zainteresowanym wykonawcom. Warunkiem prawidłowego przeprowadzenia postępowania jest w takim przypadku wyeliminowanie sytuacji, w których dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający udział w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz w sytuacji, w której dochodzi do zamierzonego przez zamawiającego uprzywilejowania określonej grupy wykonawców (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z 30 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 71/17).

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, należy przede wszystkim stwierdzić, iż Odwołujący nie jest wykonawcą, któremu Zamawiający – poprzez określenie przedmiotu zamówienia – uniemożliwił wzięcie udziału w Postępowaniu. Jak bowiem wynika z informacji przekazanych przez Zamawiającego w treści odpowiedzi na odwołanie, jest on jednym z trzech podmiotów posiadających pojemności zbiornikowe o objętości pozwalającej na złożenie oferty w Postępowaniu na wszystkie zadania. Pozostali potencjalni wykonawcy (w ocenie Zamawiającego jest ich co najmniej trzech) mogą złożyć oferty jedynie na część zadań. Powyższym informacjom nie zaprzeczył Odwołujący, a ponadto są one zbieżne z danymi zawartymi przez Odwołującego w treści odwołania.

W konsekwencji, Odwołującego należy uznać za jednego z trzech wykonawców, którzy mają szanse na udzielenie im całości zamówienia, a przynajmniej na większość zadań składających się na przedmiot zamówienia.

W toku rozprawy, w odpowiedzi na pytanie o powody uzasadniające zawarte w treści odwołania stwierdzenie, iż obecne zapisy ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ uniemożliwiają mu złożenie oferty w Postępowaniu, Odwołujący wskazał na stopień zajętości magazynów (pojemności zbiornikowych), którymi dysponuje. Przedstawione przez Odwołującego powody w żadnym wypadku nie mogą być brane pod uwagę w kontekście rozstrzygnięcia o dokonaniu ewentualnego naruszenia przepisów ustawy Pzp ustanawiających zakaz ograniczania konkurencji na gruncie opisywania przedmiotu zamówienia, albowiem wynikają one wyłącznie z indywidualnych decyzji gospodarczych Odwołującego. Okoliczność, iż jeden z wykonawców zawarł z podmiotami trzecimi umowy na świadczenie podobnych usług, co objęte przedmiotem zamówienia w ramach toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może skutkować nakazaniem zamawiającemu dokonanie takiej zmiany przedmiotu zamówienia, aby dostosować go do potrzeb i możliwości tego wykonawcy. Innymi słowy, należy stwierdzić, iż Odwołujący – ze względu na posiadane przez niego pojemności zbiornikowe - ma obiektywną możliwość złożenia oferty w Postępowaniu (jak i dużą szansę na uzyskanie zamówienia), a okoliczność stopnia zajętości pojemności zbiornikowych, którymi dysponuje, nie ma w tym kontekście żadnego znaczenia.

Jedynie na marginesie należy dodać, iż na poparcie swoich twierdzeń w powyższym zakresie Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów.

Wymaga zatem podkreślenia, iż przepisy ustawy Pzp zabraniają nieuzasadnionego potrzebami Zamawiającego wykluczenia z przedmiotu zamówienia określonych rozwiązań, np. technologii – ale nie technologii samych w sobie, lecz w sytuacji, gdy takie ograniczenie jest integralnie powiązane z wyeliminowaniem lub istotnym ograniczeniem (obiektywnej) możliwości wzięcia udziału w postępowaniu wykonawców (dysponujących takimi technologiami), potencjalnie zdolnych do zrealizowania zamówienia. Z taką sytuacją nie mamy natomiast do czynienia w przedmiotowej sprawie, albowiem Odwołujący jest podmiotem posiadającym znaczne ilości pojemności zbiornikowych, a zatem zastosowane przez Zamawiającego ograniczenie przedmiotu zamówienia wyłącznie do technologii zbiornikowych nie jest powiązane z wyeliminowaniem Odwołującego z Postępowania.

Podsumowując, należy stwierdzić, iż Odwołujący należy do kręgu podmiotów, które mają obiektywną możliwość złożenia oferty w Postępowaniu, Już zatem wyłącznie z tego powodu zarzut określony w pkt 1 i 2 odwołania w ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie.

Ponadto, Izba wzięła pod uwagę także następujące okoliczności.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie wskazał powody, jakimi kierował się ograniczając przedmiot zamówienia wyłączenie do pojemności zbiornikowych.

Po pierwsze, Zamawiający wskazał, iż musi uwzględniać w swoich działaniach możliwości magazynowania ropy naftowej i paliw w magazynach zbiornikowych, które będą mogły być dostarczone do odbiorców w ciągu 90 dni, zgodnie z brzmieniem art. 3 ust. 12 ustawy o zapasach (tzw. dostępność fizyczna).

Do powyższej okoliczności Odwołujący się nie odniósł. Po zapoznaniu się z treścią złożonej odpowiedzi na odwołanie, Odwołujący nie kwestionował wskazanej powyżej potrzeby Zamawiającego odnoszącej się do dostępności fizycznej. Także w toku rozprawy Odwołujący nie wykazywał, iż wbrew stanowisku przedstawionemu przez Zamawiającego, posiadane przez niego pojemności zbiornikowe spełniają wskazany powyżej wymóg Zamawiającego.

Po drugie, Zamawiający powołał się na konieczność zapewnienia dyslokacji zapasów interwencyjnych, wskazywanej między innymi w wytycznych Ministra Gospodarki oraz Ministra Energii (odpowiednio pismo Ministra Gospodarki z dnia 17 lipca 2014 r., znak: DRO-II-4128-1/125/14; DRO/1283/2014 oraz pismo Ministra Energii z dnia 8 marca 2016 r., znak: DRO-II-4171-1/17/16; DRO/331/16) oraz w dokumencie strategicznym pn. „Plan Agencji

Rezerw Materiałowych w zakresie magazynowania zapasów agencyjnych” przygotowany na polecenie Ministra Energii.

Konieczność uwzględnienia ww. potrzeby nie została zakwestionowana przez Odwołującego. W trakcie rozprawy przed Izbą Odwołujący stwierdził, iż nie kwestionuje wskazywanej przez Zamawiającego konieczności dokonywania dywersyfikacji geograficznej. Jednakże wskazał, iż w jego ocenie cele Zamawiającego mogłyby być spełnione także w inny sposób niż poprzez wyłączenie technologii bezzbiornikowej, tj. przykładowo poprzez dokonanie podziału zamówienia na części, z przypisaniem poszczególnym częściom odpowiednich obszarów geograficznych.

Mając na uwadze przedstawione stanowiska stron oraz przedłożony materiał dowodowy Izba uznała, iż konieczność zapewnienia dyslokacji zapasów interwencyjnych należy niewątpliwie uznać za istotną potrzebę Zamawiającego w odniesieniu do prowadzonego Postępowania. Okoliczność ta wynika z dokumentów załączonych przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, nie była kwestionowana przez Odwołującego, a ponadto – co ma istotne znaczenie w kontekście przedmiotowej sprawy – związana jest z istotnym interesem publicznym, jakim jest zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego państwa.

W treści pisma z dnia 22 września 2017 r. [objętego częściowo tajemnicą przedsiębiorstwa] oraz w trakcie przedstawiania stanowiska ustnego w toku rozprawy [w części, która została przeprowadzona z wyłączeniem jawności] Odwołujący wskazywał na okoliczności uzasadniające twierdzenie, iż także w przypadku dopuszczenia przez Zamawiającego pojemności bezzbiornikowych Odwołujący będzie w stanie przy realizacji zamówienia zapewnić wymaganą przez Zamawiającego dyslokację zasobów. W ocenie Izby przedstawione przez Zamawiającego stanowisko ustne, jak i treść pisma z dnia 22 września 2017 r. wraz z załącznikami, powyższej tezy nie potwierdza.

Jednakże nie uszło uwadze Izby, iż obecna treść SIWZ nie zawiera postanowień, które w sposób wystarczający zapewniałyby realizację wskazywanej przez Zamawiającego potrzeby przeciwdziałania nadmiernej koncentracji zapasów interwencyjnych oleju napędowego w jednej lokalizacji. Przykładem tego jest przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie w zakresie dokonania podziału zamówienia na części bez jednoczesnego powiązania go z odpowiednim podziałem terytorialnym. Niemniej jednak okoliczność ta nie może stanowić wystarczającego uzasadnienia dla uwzględnienia odwołania i dopuszczenia w ramach opisu przedmiotu zamówienia pojemności bezzbiornikowych.

Po pierwsze, udzielenie zamówienia Odwołującemu oferującemu pojemności bezzbiornikowe, w każdym wypadku, bez względu na ilość części, których by to zamówienie

dotyczyło, nie przyczyniałoby się do urzeczywistnienia wskazywanego przez Zamawiającego celu, jakim jest dążenie do eliminowania nadmiernej koncentracji zapasów interwencyjnych (w tym przypadku oleju napędowego) w jednej lokalizacji. Po drugie, postanowienia SIWZ w zakresie dokonanego podziału zamówienia na części nie zostały przez Odwołującego zaskarżone. Izba nie jest uprawniona do orzekania ponad zakres zaskarżenia, a zatem nie może orzec o konieczności wprowadzenia do dokumentacji Postępowania modyfikacji, w odniesieniu do postanowień, które nie były objęte odwołaniem, a które to zmiany będą stanowiły uzasadnienie dla uwzględnionych jednocześnie żądań odwołania. Jednocześnie, Izba uwzględniając odwołanie i nakazując Zamawiającemu dokonanie tylko takich zmian, do których nakazania jest uprawniona w świetle treści odwołania, nie może oczekiwać, iż sam Zamawiający z własnej woli dokona stosownych modyfikacji. Po czwarte wreszcie, nie zostało przez Odwołującego w żaden sposób wskazane i udowodnione, jakie konkretnie rozwiązania przyjęte w tym zakresie byłyby wystraszające z jednej strony dla dopuszczenia pojemności bezzbiornikowych, a z drugiej strony dla urzeczywistnienia potrzeby Zamawiającego dyslokacji zapasów interwencyjnych.

Kolejną kwestią, jaka została wzięta pod uwagę przez Izbę przy rozstrzygnięciu niniejszej sprawy, jest podnoszona przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie okoliczność znacznie niższych kosztów przechowywania paliw w kawernach solnych w stosunku do kosztów magazynowania w pojemnościach zbiornikowych. Jak wskazał Zamawiający, *„koszty przechowywania w kawernach solnych są zdecydowanie niższe w porównaniu do kosztów magazynowania w pojemnościach zbiornikowych. Ponadto należy zwrócić uwagę, iż Podziemny Magazyn Ropy i Paliw w G., którego dotyczy wniosek P. O. jest jedyną w pełni funkcjonalną instalacją bezzbiornikowego magazynowania w Polsce, tzn. żaden inny podmiot prowadzący działalność w zakresie usługowego magazynowania paliw nie dysponuje takimi pojemnościami i nie byłby w stanie złożyć oferty na świadczenie usługi bezzbiornikowego magazynowania paliw. Tym samym każda inna oferta byłaby gorsza w stosunku do oferty P. O.”* Powyższemu nie zaprzeczył Odwołujący, stwierdzając w toku rozprawy, iż *„uwzględnienie odwołanie nie spowoduje wykluczenia innych wykonawców z postępowania, jednakże może spowodować, że z uwagi na koszty stosowanej technologii oferta Odwołującego będzie bardziej konkurencyjna.”*

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż sytuacja uprzywilejowania jednego z wykonawców wystąpiłaby dopiero w przypadku uwzględnienia odwołania, a mianowicie uprzywilejowanym wykonawcą byłby Odwołujący, który jest jedynym podmiotem dysponującym technologią bezzbiornikową w zakresie umożliwiającym złożenie oferty w Postępowaniu i w związku z tym miałby możliwość zaoferować niższej ceny w stosunku do

pozostałych wykonawców - w stopniu mającym znaczenie dla rozstrzygnięcia Postępowania w oparciu o przyjęte kryteria oceny ofert.

Zarzut określony w punkcie 3 odwołania (dotyczący warunków udziału w postępowaniu):

Zarzut ten w ocenie Izby nie zasługiwał na uwzględnienie.

W treści złożonego odwołania, dodatkowego pisma procesowego z dnia 22 września 2017 r., jak i w ramach stanowiska ustnego przedstawianego w trakcie rozprawy, Odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla sformułowanego w pkt 3 zarzutu.

Przed wszystkim nie było Izbie wiadome, które konkretnie warunki udziału w postępowaniu miał na myśli Odwołujący formułując ww. zarzut: czy warunek dotyczący posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności (pkt IX. 1. 2) SIWZ) oraz warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej do wykonania zamówienia (pkt IX. 1. 4) SIWZ), tylko jeden z tych warunków czy może wszystkie warunki, które zostały określone w SIWZ. Nie zostały również wskazane powody, uzasadniające w ocenie Odwołującego twierdzenie, iż obecna treść któregoś z warunków lub wszystkich warunków została sformułowana w sposób wadliwy, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji – jak wskazał Odwołujący w treści postawionego zarzutu.

Biorąc pod uwagę treść wniosków (żądań) zawartych w odwołaniu można by wysunąć przypuszczenie, iż Odwołujący miał na myśli warunek w dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej do wykonania zamówienia (pkt IX. 1. 3) SIWZ), Oznaczałoby to jednak, że dokonywał on porównania treści warunku postawionego przez Zamawiającego i wynikającego z obecnie obowiązującej treści SIWZ do postulowanej treści opisu przedmiotu zamówienia, która obowiązywała dopiero na skutek uwzględnienia żądań odwołania. Powyższe stanowi jedynie domysły Izby.

Należy zatem podkreślić, iż Izba nie jest obowiązana, a przede wszystkim uprawniona do zastępowania Odwołującego w formułowaniu stawianych w odwołaniu zarzutów, a następnie w przedstawianiu odpowiadającej im argumentacji faktycznej i prawnej.

Z oczywistych zatem względów, niesprecyzowany przez Odwołującego zarzut nr 3 nie mógł zostać uznany za zasadny, gdyż w istocie nie nadawał się on do rozpoznania.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp – orzekła jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz 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 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....