

Sygn. akt KIO/UZP 284/10

POSTANOWIENIE
z dnia 23 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Członkowie: Ewa Sikorska
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 23 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Agropin Sp. z o.o., 89-200 Szubin, Pińsko** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Brodnicy Spółka Akcyjna, 87-300 Brodnica, ul. Podgórna 66a** protestu z dnia 25 stycznia 2010 r.

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

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Agropin Sp. z o.o., 89-200 Szubin, Pińsko i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Agropin Sp. z o.o., 89-200 Szubin, Pińsko**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Agropin Sp. z o.o., 89-200 Szubin, Pińsko**

Uzasadnienie

Zamawiający - Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej S.A., ul. Podgórna 66, 87-100 Toruń wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na systematyczne dostawy oleju napędowego ogłoszonego w DUUE - dokument 2009/S-229/329202 z dn.27.11.2009r.

W dniu 19.01.2010r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty- Hurtowni Olejów i paliw „OLKOP "Gabriel Kropkowski.

W dniu 29.01.2010 r. Odwołujący - Przedsiębiorstwo AGROPIN Sp. z o.o. Pińsko 89-200 z siedzibą w Szubinie wniósł do Zamawiającego protest.

W swoim proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z dnia 2007, nr 223, poz.1655 z póź. m.), a mianowicie: art.7 ust.1 i ust.2, art.91 ust.1 i ust. 2, art.29.

Odwołujący wnosił o unieważnienie postępowania z uwagi na wybór najkorzystniejszej oferty z rażącym naruszeniem prawa oraz naruszenie przepisów mające wpływ na wynik postępowania co nie pozwala na zawarcie ważnej umowy - art. 93 ust.7 w związku z art.146 ust.5 i 6 Pzp.

W pierwszej kolejności Odwołujący powołał się na treść wynikającą z wymagań zamawiającego zawartych w części III SIWZ na podstawie, których tankowanie zbiorników pojazdów odbywać się będzie ze stacji paliw, którą wykonawca przejmie w odpłatne użytkowanie na czas trwania realizacji zamówienia.

Zgodnie z SIWZ Kryterium oceny ofert stanowiła cena 100%.

Jednocześnie za najkorzystniejszą miała zostać uznana oferta, która uzyska największą liczbę punktów łącznie za cenę oleju napędowego i cenę najmu stacji paliw.

Sposób obliczenia wartości punktowej na dostawę oleju miał nastąpić według następującego algorytmu:

$$P = \frac{CN}{Co} \times 95$$

Natomiast sposób obliczenia wartości punktowej na dzierżawę miał nastąpić według następującego algorytmu:

$$P = \frac{Co}{Cw} \times 5$$

P- ilość punktów

Co - oferta badana

Cn oferta najniższa

Cw- oferta najwyższa

Odwołujący podniósł, iż przedmiotem przetargu nieograniczonego było jedynie udzielenie zamówienia publicznego na sukcesywną dostawę oleju napędowego, a Zamawiający dopuścił ocenę według kryterium adekwatnego dla innego zakresu przedmiotu zamówienia tj. na dostawę oleju i dzierżawę nieruchomości.

Według Odwołującego zakres oceny oferty był szerszy niż zakres zamówienia według dokonanego opisu zamówienia. Zamawiający zamierzał w wyniku niniejszego przetargu zawrzeć dwie umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Treść ogłoszenia o zamówieniu na sukcesywne dostawy oleju napędowego dawała informację jedynie o jednym przedmiocie zamówienia publicznego, co mogło zawęzić krąg potencjalnych wykonawców. Ponadto zawierając dwie umowy o różnym przedmiocie zamówienia w każdej umowie cena de facto stanowiłaby 100%, natomiast z opisu kryterium oceny ofert wynika, iż cena w umowie na dostawę stanowi 95% a cena w umowie na dzierżawę stanowi tylko 5%.

Odwołujący powołał się na treść art.2 pkt.13, art. 4 ust.3 lit. i ustawy Pzp i w aspekcie tych przepisów uznał, iż błędem jest prowadzenie w jednym przetargu dwóch odrębnych postępowań o różnym przedmiocie, rządzących się odrębnymi zasadami, skutkujących zawarciem dwóch odrębnych umów i ustalenie dla nich łącznie jednego kryterium ceny, przy czym każdy składnik ceny ma swoje własne znaczenie.

Przytoczył on również brzmienie z art.91 ust.2 Pzp argumentując, że ustawodawca przewidział dwa rozłączne kryteria oceny ofert albo cenę albo cenę i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia poza ceną.

Dalej Odwołujący wywodził, że w pierwszym wypadku za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która przedstawi najniższą cenę, w drugim zaś przypadku za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która przedstawi najlepszy bilans ceny, a mając na uwadze definicję zamówienia publicznego określoną w art. 2 pkt.13 ustawy nie ulega wątpliwości, że w przypadku ustalenia jednego kryterium ceny- najkorzystniejszą jest oferta z najniższą ceną.

Dodatkowo podniósł on, iż potwierdza to reguła zawarta w art.91ust.5 i 6 Pzp według, której jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny jest cena, nie można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych. Wykonawcy składający oferty dodatkowe nie mogą zaoferować cen wyższych niż zaoferowane w złożonych ofertach złożenie ofert dodatkowych stało się niemożliwe.

Z tych powodów, zdaniem Odwołującego, wadliwe było określenie ceny za dostawę paliwa i ceny za dzierżawę nieruchomości w jedynym kryterium ceny 100% i nadanie im samodzielnych znaczeń 95% i 5%.

Poza tym Odwołujący zauważył, że wybór dzierżawcy nieruchomości nie podlega stosowaniu ustawy, a nawet w przypadku dobrowolnego zastosowania trybu przetargu wówczas cena za dzierżawę powinna stanowić 100% kryterium oceny ofert.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że na połączenie w jedynym kryterium ceny za dostawę paliwa i dzierżawę stacji nie pozwala odmiennosc przedmiotu

zamówienia, bowiem w pierwszym przypadku chodzi o uzyskanie najniższej ceny, a w drugim przypadku o uzyskanie ceny najwyższej.

Jak wynikało z zapisów SIWZ kryterium oceny ofert była cena w 100%, ale wcale nie wygrywała oferta z najniższą ceną, lecz oferta która przedstawiała najkorzystniejszy bilans ceny, przy czym brak było innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Cena za główny przedmiot zamówienia oraz cena za dzierżawę stacji benzynowej były obliczane według własnych algorytmów. Przy czym w pierwszym przypadku chodziło o uzyskanie ceny jak najniższej a w drugim przypadku chodziło o uzyskanie ceny jak najwyższej.

Za najkorzystniejszą miała zostać wybrana oferta, która uzyska największą liczbę punktów łącznie za cenę oleju napędowego i cenę najmu stacji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że w SIWZ nie było algorytmu nakazującego dodanie ceny za dostawę paliwa z ceną za dzierżawę stacji.

Takie postępowanie Zamawiającego było niezgodne z dopuszczalnym opisem przedmiotu zamówienia oraz zasadami rządzącymi kryteriami oceny ofert i nie mogło doprowadzić do zawarcia ważnej umowy.

Odwołujący wprawdzie przyznał, że w niniejszym postępowaniu nie wniesiono protestu na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz nie może to sanować jej wadliwości, gdyż zawarcie umowy w takim wadliwym postępowaniu będzie zawsze skutkować jej nieważnością.

Powyższy protest Zamawiający rozstrzygnął w dniu 3.02.2010r. w ten sposób, że oddalił protest w całości.

Zamawiający podniósł, że postępowanie o dostawę oleju napędowego można połączyć z dzierżawą własnej stacji paliw przez potencjalnego Wykonawcę. Za całkowicie bezzasadne uznał on stanowisko, że Zamawiający nie mógł ogłosić przetargu, który zawierałby udzielenie zamówienia publicznego na dzierżawę stacji paliw. Według niego art. 4 ust. 3 lit. i ustawy Pzp nie może dotyczyć nieruchomości Zamawiającego, ale nabycia nieruchomości oraz zawarcia umów dzierżawy, czy najmu na nieruchomości, niebędących w posiadaniu Zamawiającego, ponieważ tylko w tym zakresie doszłoby do wydatkowania pieniędzy „publicznych”. Zawarcie umowy

dzierżawy lub najmu na nieruchomości, będące w posiadaniu Zamawiającego nie podlega wymogom ustawy PZP, ponieważ zawierane umowy dotyczą raczej przysporzenia w majątku Zamawiającego, a nie jego obciążenia wydatkami. Zamawiający zaznaczył, że może zastosować przepisy ustawy Pzp w każdym przypadku, w którym chce uczynić zadość wymogom dbałości o stan finansów publicznych, z zachowaniem jednak wtedy konsekwentnie wszystkich przepisów ustawy.

Za nieuzasadnione uznał on również stanowisko dotyczące naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy Pzp poprzez ustalenie ceny maksymalnej i ceny minimalnej w jednym postępowaniu jako kryterium oceny ofert. Według Zamawiającego z przepisu tego nie wynika to, że oferta, która otrzymuje w ramach oceny ofert ocenę najwyższą musi dotyczyć jedynie ceny najniższej. W przypadku kiedy zamówienie publiczne dotyczy dostawy oleju napędowego przy użyciu stacji paliw, będącej w posiadaniu Zamawiającego, trudno oczekiwać, że Zamawiający odda stację paliw w dzierżawę za najniższą cenę. Dbałość o finanse publiczne wyklucza brak ustalenia korzyści majątkowych dla Zamawiającego za możliwość korzystania ze stacji paliw przez Wykonawcę, który wygra przetarg na dostawę oleju napędowego. Jednocześnie nie jest racjonalne ekonomicznie – w ocenie Zamawiającego - brak wykorzystania w celach prowadzonej działalności istniejącej stacji paliw, ponieważ na podstawie zapisów SIWZ potencjalny Wykonawca jest zobowiązany do dbania o stan techniczny stacji paliw, co prowadzi do zapewnienia przez Zamawiającego utrzymania majątku w należyтым, nie pogorszonym stanie.

Zamawiający uznał za prawidłowe nadanie wagi cenie za dostarczane paliwo i cenie dzierżawy nieruchomości odpowiednich wartości [95 i 5%], ponieważ pozostaje to w ścisłym związku z wartością zamówienia. Jednocześnie wskazał on, że w tej sytuacji wygrywa najkorzystniejszy bilans ceny tj. najniższa cena za paliwo i najwyższa cena za dzierżawę stacji paliw. Ostatecznie Zamawiający zlicza punkty otrzymane za każdą cenę i w ten sposób dochodzi do wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie przyjął za zasadne stanowiska, że nie jest możliwe wybranie najkorzystniejszej oferty z zachowaniem przepisów ustawy. Określone w SIWZ kryteria oceny ofert są jasne i czytelne. Nie może być mowy o tym, że Zamawiający wybiera ofertę z naruszeniem zasady konkurencji, a w konsekwencji nie można stwierdzić, że doszło do wyboru oferty w wyniku jakiegokolwiek naruszenia prawa.

Przytaczając przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający jako wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego uważał obiektywną niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. Zazwyczaj niemożność ta wiąże się z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów prawa, w tym ustawy Prawo zamówień publicznych. W tym stanie rzeczy Zamawiający nie dopatrył się przesłanek do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z powyższym rozstrzygnięciem protestu Odwołujący się nie zgodził i wniósł w dniu 12.02.2010r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty jak w proteście i wnosząc o unieważnienie czynności wyboru oferty i wszystkich wiążących się z tym czynności.

Pismem z dnia 26.02.2010r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie utrzymując wnioski jak w rozstrzygnięciu protestu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

W trakcie dokonywania kontroli formalnej w trybie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych, na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, Izba doszła do przekonania, iż w istocie zaskarżone odwołaniem czynności Zamawiającego dotyczą treści postanowień sekcji IV pkt 2 ppkt 1 z ogłoszenia o zamówieniu z dnia 27 listopada 2009 r. nr 2009/S229-329207.

Izba reprezentuje pogląd, iż to treść powyższego dokumentu, co do meritum, została zaskarżona, a nie inne czynności zamawiającego. Izba zwraca uwagę, iż już na tym etapie wykonawcy mogli zapoznać się z informacją wskazującą dwa kryteria udzielenia zamówień publicznych : cenę zakupu oleju napędowego i cenę dzierżawy stacji paliw.

Zważywszy na to, że protest poprzedzający odwołanie został wniesiony w dniu 29 stycznia 2010 r., odwołanie zostało wniesione w dniu 12.02.2010r. Izba uznała, iż protest i odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów w ustawie przewidzianych.

Zgodnie z art. 180 ust. 3 pkt 2 cytowanej wyżej ustawy Pzp protest dotyczący treści ogłoszenia, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 14 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 - przepisu ust. 2 zdanie pierwsze nie stosuje się.

W niniejszej sprawie Odwołujący nie dochował prawem przewidzianych terminów ustawowych do wniesienia środków ochrony prawnej.

Z powyższych względów Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....