

Sygn. akt: KIO 2536/21

WYROK
z dnia 8 października 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę KONPAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Konopkach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy PETROJET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pionkach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego KONPAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Konopkach i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego KONPAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Konopkach na rzecz zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot uzasadnionych kosztów postępowania poniesionych przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Bezgotówkowy zakup oleju napędowego ON oraz wodnego roztworu mocznika (AdBlue) do samochodów służbowych oraz sprzętu Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m. st. Warszawie sp. z o.o.” (nr ref. SZP.27.26.2021.KR). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 lipca 2021 r. pod numerem 2021/S 129-341706. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 26 sierpnia 2021 r. wykonawca KONPAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Konopkach (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ww. postępowaniu w zakresie Zadania 1 zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) oraz pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która została złożona przez wykonawcę Petrojet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością niespełniającego warunku udziału w postępowaniu posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej oraz, który nie złożył w przewidzianym terminie dokumentu koncesji obejmującej swoim przedmiotem obrót olejem napędowym oraz zbiorniki naziemne, mimo iż złożenie takiego dokumentu było wymagane, a także której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż wykonawca ma zamiar wykonywać zamówienie niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego w szczególności w zakresie zgłoszeń SENT oraz rozliczeń.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty wykonawcy Petrojet.

Uzasadniając postawione zarzuty Odwołujący opisał stan faktyczny i przywołał postanowienia SWZ odnoszące się do przedmiotu odwołania. Podniósł, że Zamawiający nie różnicował warunków udziału w postępowaniu ani sposobu wykazania ich spełnienia zależnie od wybranego wariantu. Innymi słowy dla Zadania 1, zarówno wariant I, jak i wariant II wymagał posiadania koncesji obejmującej swym przedmiotem obrót olejem napędowym oraz zbiorniki naziemne. Dodał, iż sposób realizacji Zadania I pomiędzy wariantem I oraz wariantem II jest podobny. W obu przypadkach Zamawiający wymaga, aby wykonawca

dostarczał paliw ciekłych za pomocą infrastruktury technicznej, w tym zbiorników naziemnych. Zarówno paliwo, jak i zbiorniki miały należeć do wykonawcy do chwili tankowania. Zdaniem Odwołującego potwierdzenie, iż dla Zadania 1 wariant I jest niezbędna koncesja obejmująca swym przedmiotem obrót olejem napędowym oraz zbiorniki naziemne stanowi również potwierdzenie, iż taka koncesja jest niezbędna również dla Zadania 1 wariant II. Odwołujący zauważył, że wykonawca Petrojet posiada uprawnienia (koncesję) na obrót paliwami ale bez wykorzystania infrastruktury naziemnej koncesjonariusza (wykonawcy Petrojet). Odwołujący nie zgodził się z tezą, iż używanie zbiornika naziemnego pozostającego własnością wykonawcy Petrojet do dystrybucji paliwa pozostającego własnością wykonawcy Petrojet nie wymaga koncesji obejmującej swym przedmiotem obrót olejem napędowym oraz zbiorniki naziemne. Koncesja obejmująca swym przedmiotem obrót olejem napędowym oraz zbiorniki naziemne stanowi dokument podmiotowy, składany w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu jak 6.2.2.1. SWZ. Zdaniem Odwołującego rozważania wykonawcy Petrojet przedstawione w piśmie z dnia 10 sierpnia 2021 r. są również spóźnione. Wykonawca Petrojet powinien był je przedstawić w sposób i w terminach przewidzianych w art. 135 ust. 1 ustawy Pzp (wyjaśnienie treści SWZ) lub art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia).

Reasumując, zakładany przez Zamawiającego sposób realizacji zamówienia obejmował wymaganie posiadania takiej koncesji. Koniecznym więc było postawienie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał, iż posiadanie koncesji w całym przewidzianym zakresie jest konieczne do prawidłowej realizacji zamówienia. Odwołujący podniósł ponadto, iż w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp chodzi o warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w dokumentacji zamówienia. W postępowaniu Zamawiający wskazał, iż „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, tj. posiadają uprawnienia do prowadzenia działalności w zakresie obrotu paliwami ciekłymi, zgodnie z ustawą Prawo Energetyczne (tekst jedn. Dz. U. 2021 poz. 716 z późn. zm.), obejmujące swym przedmiotem obrót olejem napędowym oraz zbiorniki naziemne.” (pkt 6.2.2.1. SWZ), tymczasem wykonawca Petrojet nie posiada koncesji obejmującej swym przedmiotem zbiorniki naziemne, co jasno wynika z treści koncesji Nr OPC/16713/19693/W/DPC/2018/MJ oraz przedstawionych przez Wykonawcę Petrojet w dniu 10 sierpnia 2021 r. wyjaśnień.

Odwołujący wskazał także na art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c) ustawy Pzp, podnosząc, że z dokumentacji postępowania, w szczególności z zapisu 7.3.1.1. SWZ, jasno wynika, iż „aktualna koncesja na prowadzenie działalności w zakresie obrotu paliwami ciekłymi,

wydana przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki stosownie do ustawy Prawo Energetyczne (tekst jedn. Dz. U. 2021 poz. 716 z późn. zm.) obejmująca swym przedmiotem obrót olejem napędowym oraz zbiorniki naziemne” była wymagana jako podmiotowy środek dowodowy. Dokonując wykładni zapisu 7.3.1.1. SWZ zgodnie z zasadami logiki prawniczej oraz przyjętymi zasadami wykładni oświadczeń woli należy przyjąć, iż Zamawiający wymagał przedstawienia przedmiotowego środka dowodowego tj. koncesji, która obejmowałaby swoim przedmiotem łącznie obrót olejem napędowym oraz zbiorniki naziemne. Wykonawca Petrojet nie przedstawił wymaganego podmiotowego środka dowodowego, tj. koncesji, która obejmowałaby swoim przedmiotem łącznie obrót olejem napędowym oraz zbiorniki naziemne. Niespornym jest, iż koncesja wydana dla Petrojet OPC/16713/19693/W/DPC/2018/MJ na obrót paliwami ciekłymi na okres od 19 stycznia 2018 r. do 31 grudnia 2030 r. nie obejmuje swym przedmiotem zbiorników naziemnych. Hipoteza normy wyinterpretowanej z cytowanego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c) ustawy Pzp, obejmuje właśnie taką sytuację, czyli brak złożenia przez wykonawcę środka dowodowego wymaganego przez Zamawiającego. Dyspozycja również jest jasna i nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, który nie przedstawił wymaganego podmiotowego środka dowodowego.

Następnie Odwołujący wskazał, iż w celu ominięcia konieczności posiadania koncesji do realizacji zamówienia wykonawca Petrojet zakłada sposób realizacji niezgodny z warunkami zamówienia. Jest to działanie chybione, gdyż zmiana sposobu realizacji zamówienia nie spowoduje zmiany warunków udziału w postępowaniu ani opisu sposobu ich spełniania. W swoich wyjaśnieniach z 10 sierpnia 2021 r. wykonawca Petrojet przedstawił zakładany przez siebie sposób realizacji zamówienia i wskazał, że: „Z uwagi na ograniczenia w transporcie paliw płynnych wynikających z ustawy z dnia 9 marca 2017 r. o systemie monitorowania drogowego i kolejowego przewozu towarów oraz obrotu paliwami opałowymi (Dz. U. z 2020 r poz. 859) zostanie za każdym razem stworzony SENT na platformie Krajowej Administracji Skarbowej na ilość dostarczoną do zbiornika którą Zamawiający winien potwierdzić.” Odwołujący podkreślił, że żaden z zapisów dokumentacji zamówienia nie obliguje Zamawiającego do wypełniania lub potwierdzania zgłoszeń SENT. W ocenie Odwołującego Zamawiający w ogóle nie będzie mógł tego uczynić, gdyż zarówno zbiorniki, jak i paliwo pozostają na tym etapie własnością wykonawcy, na co wyraźnie wskazują warunki zamówienia odnoszące się do faktu, iż paliwo ma być rozliczone dopiero po zatankowaniu. Odnosząc się do zawartego w wyjaśnieniach Petrojet stwierdzenia „Dostawa wygeneruje dokument WZ który stanie się jedynie potwierdzeniem ilości dostarczonego oleju napędowego do zbiornika. Rozliczenie i f. vat powstanie natomiast dopiero po zsumowaniu ilości pobranego paliwa według okresów i wytycznych podanych w SWZ.” Odwołujący

podniósł, że Zamawiający zakładał, iż paliwo będzie fakturowane dopiero po tankowaniu, a nie już po dostarczeniu do zbiornika. Działając w sposób proponowany przez wykonawcę Petrojet Zamawiający zapłaci również za paliwo, którego może nie zatankować do końca realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał, iż terminy wystawienia faktur nie muszą pokrywać się z terminami określonymi w § 3 ust. 5 projektowanych postanowień umowy dla wariantu II Zadanie 1. W szczególności z uwagi na fakt, iż faktura wystawiona do dokumentów WZ musi być zgodna z tym dokumentem. Ile będzie dostaw w miesiącu tyle faktur Zamawiający otrzyma. Po wystawieniu dokumentu WZ paliwo przechodzi na własność Zamawiającego, a więc również odpowiedzialność za administrowanie i składowanie. Jest to niezgodne z postanowieniami SWZ, które zakładały zakup paliwa przez Zamawiającego dopiero po zatankowaniu.

Zdaniem Odwołującego opisana przez Petrojet metoda wykracza poza dopuszczalny dla zadania 1 wariant II sposobu realizacji zamówienia i ma prowadzić wyłącznie do obejścia warunku posiadania koncesji obejmującej swym przedmiotem również zbiorniki naziemne. W ocenie Odwołującej wymóg posiadania koncesji obejmującej swym przedmiotem również zbiorniki naziemne stanowi również wymaganie, co do sposobu realizacji zamówienia. Zapisy dokumentacji zamówienia należy odczytywać w całości, co tylko dalej potwierdza niezgodność założeń wykonawcy Petrojet z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący wskazał na art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, podkreślając, że Zamawiający nie może prowadzić z wykonawcami negocjacji dotyczących treści oferty - jest w tym zakresie związany oświadczeniami złożonymi przez wykonawcę oraz zapisami dokumentacji zamówienia. Nie może na etapie prowadzenia postępowania uznać, iż treść oferty zmierzająca do wykonania wariantowego w rozumieniu art 92 ust. 1 ustawy Pzp jest do przyjęcia, jeżeli Zamawiający nie zaznaczył, iż dopuszcza oferty wariantowe. W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający wprost nie dopuścił ofert wariantowych (pkt 4.5. SWZ) w rozumieniu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp i postawił wymagania dotyczące dysponowania odpowiednią koncesją, sposobu fakturowania oraz odpowiedzialności za paliwo, których to wymagań oferta Petrojet nie spełnia. Odwołujący wskazał na art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp podnosząc, iż warunki zamówienia wynikają z dokumentacji zamówienia i obejmują omówione powyżej wymagania dotyczące dysponowania odpowiednią koncesją, sposobu fakturowania oraz przejścia własności paliwa, których to wymagań oferta Petrojet nie spełnia. W takiej sytuacji wprost zachodzi przesłanka do odrzucenia oferty wykonawcy Petrojet wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający na posiedzeniu w dniu 4 października 2021 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości z uwagi na bezzasadność podniesionej przez Odwołującego argumentacji oraz o zasądzenie od Odwołującego na rzecz

Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym, popartych rachunkiem złożonym do akt sprawy na rozprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia wymogów określonych art. 525 ust. 1-3 ustawy Pzp Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia dokonane przez wykonawcę PETROJET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pionkach (dalej jako „Przystępujący”) po stronie Zamawiającego i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Przystępującego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, ofertę Przystępującego, wezwanie skierowane przez Zamawiającego do Przystępującego w zakresie posiadanej koncesji i udzielone przez Przystępującego w odpowiedzi wyjaśnienia, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto dowody z dokumentów złożonych przez Przystępującego na rozprawie w postaci koncesji posiadanej przez Odwołującego (decyzja Prezesa URE z dnia 17 maja 2019 r.) oraz umów, które Przystępujący obecnie realizuje na podstawie posiadanej koncesji, tj. umowy z dnia 17 marca 2021 r. zawartej z Gminnym Przedsiębiorstwem Komunalnym Mełgiew Sp. z o.o., umowy z dnia 25 czerwca 2021 r. zawartej z Miejskim Zakładem Komunikacyjnym Sp. z o.o. oraz umowy z dnia 11 marca 2021 r. zawartej z JSW Zwałowanie i Rekultywacja Sp. z o.o., na okoliczności wynikające z ich treści i wskazane przez Przystępującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem postępowania jest bezgotówkowy zakup oleju napędowego ON oraz wodnego roztworu mocznika (AdBlue) do samochodów służbowych oraz sprzętu Zamawiającego. Zamawiający w pkt 4.2 Części I SWZ - IDW dopuścił składanie ofert częściowych z podziałem na 2 zadania określone w Części II SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia, tj. Zadanie 1 – bezgotówkowy zakup oleju napędowego ON do samochodów służbowych oraz sprzętu Zamawiającego; Zadanie 2 – bezgotówkowy zakup wodnego roztworu mocznika (AdBlue) do samochodów służbowych oraz sprzętu Zamawiającego.

Zamawiający w pkt 6.2.2.1 określił jako warunek udziału w postępowaniu dla zadania nr 1 warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, tj. posiadają uprawnienia do prowadzenia działalności w zakresie obrotu paliwami ciekłymi, zgodnie z ustawą Prawo Energetyczne (tekst jedn. Dz. U. 2021 poz. 716 z późn. zm.), obejmujące swym przedmiotem obrót olejem napędowym oraz zbiorniki naziemne. Zamawiający wskazał, iż wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia aktualności uprawnień, o których mowa powyżej przez cały okres obowiązywania umowy. Zgodnie z pkt 7.3.1.1 SWZ – IDW podmiotowym środkiem dowodowym w tym zakresie była aktualna koncesja na prowadzenie działalności w zakresie obrotu paliwami ciekłymi, wydana przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki stosownie do ustawy Prawo Energetyczne (tekst jedn. Dz. U. 2021 poz. 716 z późn. zm.) obejmująca swym przedmiotem obrót olejem napędowym oraz zbiorniki naziemne.

W części II SWZ – OPZ w zakresie zadania nr 1 Zamawiający wskazał m.in., iż umowa będzie realizowana przez okres 24 miesięcy, licząc od dnia podpisania umowy, w oparciu o cenę hurtową netto sprzedaży producenta (cena z oficjalnej strony internetowej Producenta) obowiązującą w dniu tankowania po uwzględnieniu oferowanej marży, wyszczególnionej w formularzu cenowym oraz po doliczeniu podatku VAT zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu jego naliczenia. Zamawiający wskazał, iż dopuszcza realizację przedmiotu zamówienia poprzez zastosowanie wariantu I lub wariantu II. Oferowany przez wykonawcę sposób realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca wskazuje w formularzu oferty. Wykonawca może wskazać w ofercie tylko jeden wariant. Zamawiający wskazał także, iż prognozowane miesięczne średnie zużycie oleju napędowego wynosi około 170.000 litrów (prognozowane zużycie w okresie 24 miesięcy: 4.080.000 litrów), w tym z Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów „Kampinoska” w Warszawie przy ul. Kampinoskiej 1, około 30.000 litrów. Zamawiający będzie tankował przedmiot zamówienia według potrzeb. Podane powyżej ilości litrów w skali miesiąca są tylko prognozą i Zamawiający nie jest tymi ilościami związany. Zamawiający wskazał także siedem lokalizacji poszczególnych Rejonów Zamawiającego, dla których mają być wystawiane faktury wraz z raportami (zestawieniami). Zamawiający zastrzegł też możliwość

wprowadzenia zmian tych lokalizacji w przypadku zmiany lokalizacji i zmian wynikających ze struktury organizacyjnej Zamawiającego (m.in. zmiana nazw, zmiana adresów, zmniejszenie lub zwiększenie ilości wystawianych faktur).

W SWZ-OPZ, w odniesieniu do wariantu II wskazano m.in., iż w przypadku realizacji zamówienia w wariantcie II Wykonawca zobowiązuje się do udostępnienia, w ramach łącznego wynagrodzenia wykonawcy, na okres trwania umowy, w lokalizacjach wskazanych w pkt 16 ppkt b) – f) wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia i realizacji zlecenia zbiorników spełniających warunki określone w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 18.09.2001 r. w sprawie warunków technicznych dozoru technicznego, jakim powinny odpowiadać zbiorniki bezciśnieniowe i niskociśnieniowe przeznaczone do magazynowania materiałów ciekłych zapalnych (Dz. U. z 2001 r., Nr 113, poz. 1211 z późn. zm.) z układem dystrybucyjnym do bezobsługowego poboru paliwa identyfikującego niezależnie pojazdy samochodowe, maszyny i urządzenia oraz kierowców, służące do wewnętrznego tankowania pojazdów Zamawiającego olejem napędowym. Zamawiający wskazał, iż zbiorniki zostaną udostępnione Zamawiającemu na okres trwania umowy w ramach łącznego wynagrodzenia wykonawcy. Zbiorniki stanowią własność wykonawcy, a na czas obowiązywania umowy zostają przekazane do wyłącznego korzystania przez Zamawiającego. Korzystanie z nich następuje w ramach łącznego wynagrodzenia wykonawcy, bez konieczności ponoszenia przez Zamawiającego dodatkowych kosztów. Pojemność zbiorników musi zapewnić możliwość bieżącego dostępu do paliwa/płynu (możliwość tankowania bez przestojów) przy założeniu, że dobowe zapotrzebowanie na olej napędowy może wynieść nawet 5.000 litrów (w jednej lokalizacji). Wskazano także, że dostawa oleju napędowego do zbiorników musi być realizowana bez wezwania Zamawiającego, w sposób zapewniający ciągłość tankowań przez Zamawiającego, tj. wykonawca zobligowany jest prowadzić stały monitoring ilości paliwa w zbiornikach. Zamawiający wskazał ponadto, iż wykonawca będzie fakturował olej napędowy, we wskazanych w pkt 13 wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia i realizacji zlecenia, okresach rozliczeniowych, po zatankowaniu go przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał, aby wykonawca utrzymywał minimalny stan oleju napędowego w zbiornikach na poziomie min. 2 tys. litrów.

Zgodnie z § 3 ust. 5 wzoru umowy (Część VI SWZ – Projektowane Postanowienia Umowy) wykonawca niezwłocznie po zakończeniu każdego okresu rozliczeniowego (od 1-go do 15-go oraz od 16-go do ostatniego dnia miesiąca kalendarzowego) będzie wystawiał Zamawiającemu zbiorcze faktury dla każdej lokalizacji Rejonów Zamawiającego odrębnie (zgodnie z § 2 ust. 20 umowy). Faktury wraz załącznikami, o których mowa w § 2 ust. 20 umowy, muszą być dostarczone koordynatorowi realizacji umowy ze strony Zamawiającego w formie nośnika elektronicznego tj. płyta CD, DVD, pendrive bądź plik przekazany przez

pocztę elektroniczną (scan faktur i zestawień). Zamawiający dopuszcza możliwość samodzielnego pobierania obrazu faktur np. ze strony dedykowanej Zamawiającemu pod warunkiem, że wykonawca po zakończeniu okresu rozliczeniowego prześle do Zamawiającego, drogą elektroniczną, na adres mailowy koordynatora realizacji umowy ze strony Zamawiającego, wskazanego w § 2 ust. 25 umowy, raport (zestawienie) ze zrealizowanych operacji tankowania oraz informację o możliwości pobrania faktur. Realizacja wg dopuszczenia będzie uznana za dostarczenie faktur koordynatorowi realizacji umowy ze strony Zamawiającego, wskazanego w § 2 ust. 25 umowy. Zgodnie zaś z ust. 6 płatność za przedmiot umowy dokonana będzie przez Zamawiającego w terminie 14 dni, licząc od dnia otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionych faktur i będzie realizowana przelewem na rachunek bankowy wykonawcy wskazany na fakturach.

W postępowaniu na Zadanie 1 wpłynęły dwie oferty – Odwołującego i Przystępującego. Pismem z dnia 23 lipca 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, którego ofertę oceniono najwyżej, na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym aktualnej koncesji na prowadzenie działalności w zakresie obrotu paliwami ciekłymi, wydana przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki stosownie do ustawy Prawo Energetyczne (tekst jedn. Dz. U. 2021 poz. 716 z późn. zm.) obejmującej swym przedmiotem obrót olejem napędowym oraz zbiorniki naziemne.

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący złożył decyzję Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 30 kwietnia 2021 r. znak DPC.DPC-4.4113.171.2020.MSa ustalającą treść decyzji koncesyjnej na obrót paliwami ciekłymi nr OPC/16713/19693/W/DPC/2018/MJ na okres od 19 stycznia 2018 r. do 31 grudnia 2030 r. Zgodnie z punktem 1.I Przedmiot działalności objętej koncesją stanowi działalność gospodarcza w zakresie obrotu następującymi paliwami ciekłymi:

- gazem płynnym LPG 0 kodach CN: 2711 12, 2711 13, 2711 14 00, 2711 19 00, z wyłączeniem mieszanin propanu - butanu uzyskiwanych w procesach uzdatniania płynów złożowych;
- benzynami silnikowymi o kodach CN: 2710 12 25 z wyłączeniem benzyn lądowych i przemysłowych, 2710 12 41, 2710 12 45, 2710 12 49, 2710 12 50, 2710 12 90, 2207 20 00 z wyłączeniem alkoholu etylowego skażonego i pozostałych wyrobów alkoholowych skażonych, przeznaczonych na cele inne niż opałowe, napędowe lub żeglugowe;
- olejami napędowymi o kodach CN: 2710 19 43, 2710 20 11;
- olejami napędowymi (do celów grzewczych) o kodach CN: 2710 19 43;
- lekkimi olejami opałowymi o kodach CN: 2710 19 46, 2710 19 47, 2710 19 48, 2710 20 16, 2710 20 19;
- ciężkimi olejami opałowymi o kodach CN: 2707 99 19, 2707 99 91, 2707 99 99, 2710 19

62, 2710 19 66, 2710 19 67;

na zasadzie pośrednictwa w sprzedaży bez wykorzystania infrastruktury technicznej eksploatowanej przez Koncesjonariusza.

Zamawiający pismem z dnia 5 sierpnia 2021 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj.: aktualną koncesję na prowadzenie działalności w zakresie obrotu paliwami ciekłymi, wydaną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki stosownie do ustawy Prawo Energetyczne (tekst jedn. Dz. U. 2021 poz. 716 z późn. zm.) obejmującą swym przedmiotem obrót olejem napędowym oraz zbiorniki naziemne. Zamawiający w pkt 6.2.2.1. SWZ wskazał, że „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, tj. posiadają uprawnienia do prowadzenia działalności w zakresie obrotu paliwami ciekłymi, zgodnie z ustawą Prawo Energetyczne (tekst jedn. Dz. U. 2021 poz. 716 z późn. zm.), obejmujące swym przedmiotem obrót olejem napędowym oraz zbiorniki naziemne. Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia aktualności uprawnień, o których mowa powyżej przez cały okres obowiązywania umowy”. Zgodnie z pkt 7.3.1.1 SWZ, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawca, na wezwanie Zamawiającego miał dostarczyć aktualną koncesję na prowadzenie działalności w zakresie obrotu paliwami ciekłymi, wydaną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki stosownie do ustawy Prawo Energetyczne (tekst jedn. Dz. U. 2021 poz. 716 z późn. zm.) obejmującą swym przedmiotem obrót olejem napędowym oraz zbiorniki naziemne - dotyczy Zadania 1. Wykonawca złożył na Platformie, w dniu 02.08.2021 r., na wezwanie Zamawiającego (pismo nr SZP.27.26.2021.4.KR z dnia 23.07.2021 r.), kopię Koncesji nr OPC/16713/19693/W/DPC/2018/MJ na obrót paliwami ciekłymi na okres od 19.01.2018 r. do 31.12.2030 r. Zamawiający dokonał analizy, treści ww. Koncesji i stwierdził, że nie obejmuje ona swym przedmiotem zbiorników naziemnych, czego wymagał Zamawiający w SWZ. Ponadto, w pkt 1. Przedmiotowej Koncesji - Przedmiot i zakres działalności, widnieje zapis: „Przedmiot działalności objętej niniejszą koncesją stanowi działalność gospodarcza w zakresie obrotu następującymi paliwami ciekłymi: (...) - olejami napędowymi o kodach CN: 2710 19 43, 2710 20 11; (...) na zasadzie pośrednictwa w sprzedaży bez wykorzystania infrastruktury technicznej eksploatowanej przez Koncesjonariusza.” Mając na uwadze powyższe Zamawiający wezwał do uzupełnienia w zakresie Zadania 1 aktualnej koncesji na prowadzenie działalności w zakresie obrotu paliwami ciekłymi, wydanej przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki stosownie do ustawy Prawo Energetyczne (tekst jedn. Dz. U. 2021 poz. 716 z późn. zm.) obejmującej swym przedmiotem zbiorniki naziemne.

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący wyjaśnił, że przesłana koncesja spełnia wszystkie postawione wymagania przez Zamawiającego w SWZ dla zadania 1 wariant II tj. zakupu oleju napędowego ON do samochodów służbowych oraz sprzętu Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. poprzez udostępnione zbiornik Zamawiającemu na okres trwania umowy w ramach łącznego wynagrodzenia do wyłącznego korzystania przez Zamawiającego. Sprzedaż paliw do zbiornika który został oddany do wyłącznego korzystania przez jednego przedsiębiorcę w myśl obowiązującej ustawy traktowany jest jako zbiornik na użytek własny a zakupione paliwo na potrzeby własne przedsiębiorcy. Taki rodzaj sprzedaży nie wypełnia definicji stacji paliw ani stacji kontenerowej o których jest mowa w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 21 listopada 2005 r. a tym samym nie dotyczą go przepisy zobowiązujące do uzyskania koncesji z wpisaniem adresów poszczególnych zbiorników/ infrastruktury technicznej eksploatowanej przez dostawcę paliw płynnych. Do takiej sprzedaży dedykowana jest koncesja OPC na obrót paliwami ciekłymi.

Przystępujący wskazał, iż Wariant II dla zadania 1 to sprzedaż paliw która odbywa się w następujący sposób: Petrojet Sp.z o.o. dostarczy do Zamawiającego dwupłaszczowe zbiorników typu Fuelmaster które zgłoszone będą do UDT przez firmę Petrojet Sp. z o.o. na użytkownika tj. Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. W użyczonych zbiornikach zamontowany zostanie system X-TRAC który będzie służył między innymi do monitoringu ilości oleju w zbiornikach przez Wykonawcę, planowaniu dostawy, dokonaniu rozliczeń oraz umożliwi Zamawiającemu w każdej chwili skontrolowanie minimalnego stan oleju napędowego w poszczególnych zbiornikach. Dostawa oleju napędowego do zbiorników będzie realizowana bez wezwania Zamawiającego za pomocą autocystern wyposażonych w legalizowane układy wydawcze przy wskazaniach systemu minimalnej ilości paliwa w zbiornikach Z uwagi na ograniczenia w transporcie paliw płynnych wynikających z ustawy z dnia 9 marca 2017 r. o systemie monitorowania drogowego i kolejowego przewozu towarów oraz obrotu paliami opałowymi (Dz. U. z 2020 r poz. 859) zostanie za każdym razem stworzony SENT na platformie Krajowej Administracji Skarbowej na ilość dostarczoną do zbiornika którą Zamawiający winien potwierdzić. Dostawa wygeneruje dokument WZ który stanie się jedynie potwierdzeniem ilości dostarczonego oleju napędowego do zbiornika. Rozliczenie i f. vat powstanie natomiast dopiero po zsumowaniu ilości pobranego paliwa według okresów i wytycznych podanych w SWZ. Wracając do tematu koncesji z wezwania to jest ona niezbędna ale tylko i wyłącznie dla zadania 1 wariant I tj. sprzedaż paliwa na wskazanej sieci stacji paliwowych, zlokalizowanych w obrębie granic administracyjnych miasta stołecznego Warszawy. Stacji paliw czyli obiektów budowlanych, w skład którego mogą wchodzić: budynek, podziemne zbiorniki magazynowe paliw płynnych, podziemne lub

naziemne zbiorniki gazu płynnego, odmierzacze paliw płynnych i gazu płynnego, instalacje technologiczne, w tym urządzenia do magazynowania i załadunku paliw płynnych oraz gazu płynnego, instalacje wodno - kanalizacyjne i energetyczne, podjazdy i zadaszania oraz inne urządzenia usługowe i pomieszczenia pomocnicze. Taką formę sprzedaży obowiązujące przepisy zobowiązują do uzyskanie stosownej koncesji w której będzie podany również dokładny adres posadowienia zbiorników wymienionych w informacji o rodzajach i lokalizacji infrastruktury paliw ciekłych wykorzystywanej do prowadzenie działalności. Mając na uwadze powyższe w załączniku Przystępujący raz jeszcze przesłał koncesję obowiązującą dla Zadania 1 wariant II.

Zamawiający w dniu 20 sierpnia 2021 r. dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w Zadaniu 1.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Okolicznością bezsporną w przedmiotowym postępowaniu było to, że Przystępujący jako podmiotowy środek dowodowy służący potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 6.2.2.1 SWZ dla zadania nr 1 złożył dokument koncesji obejmujący swym zakresem „działalność gospodarcza w zakresie obrotu następującymi paliwami ciekłymi: [...] na zasadzie pośrednictwa w sprzedaży bez wykorzystania infrastruktury technicznej eksploatowanej przez Koncesjonariusza.” Z treści ww. warunku udziału w postępowaniu wynikało zaś, że Zamawiający wymagał posiadania przez wykonawcę „uprawnienia do prowadzenia działalności w zakresie obrotu paliwami ciekłymi, zgodnie z ustawą Prawo Energetyczne, obejmującego swym przedmiotem obrót olejem napędowym oraz zbiorniki naziemne.”

Argumentacja przedstawiona w odwołaniu w zakresie rozpoznawanego zarzutu sprowadzała się do stwierdzenia, że zarówno wariant I, jak i wariant II realizacji zamówienia wymagał posiadania koncesji obejmującej swym zakresem zbiorniki naziemne, gdyż w obu

tych wariantach Zamawiający wymaga dostawy paliw ciekłych za pomocą infrastruktury technicznej, w tym zbiorników naziemnych. Odwołujący okoliczności tej jednak nie wykazał.

Po pierwsze, Odwołujący nie odparł twierdzeń Przystępującego, że w wariant II realizacji zamówienia wpisuje się rozwiązanie oferowane przez Przystępującego, tj. dostawa oleju napędowego ON z wykorzystaniem dwupłaszczowych zbiorników naziemnych o pojemności do 5 m³ na potrzeby własne użytkownika (Zamawiającego). Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dla tego wariantu wykonawca zobowiązywał się do udostępnienia zbiorników spełniających warunki określone w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 18.09.2001 r. w sprawie warunków technicznych dozoru technicznego, jakim powinny odpowiadać zbiorniki bezciśnieniowe i niskociśnieniowe przeznaczone do magazynowania materiałów ciekłych zapalnych (Dz. U. z 2001 r., Nr 113, poz. 1211 z późn. zm.) z układem dystrybucyjnym do bezobsługowego poboru paliwa identyfikującego niezależnie pojazdy samochodowe, maszyny i urządzenia oraz kierowców, służące do wewnętrznego tankowania pojazdów Zamawiającego olejem napędowym. Zbiorniki na czas obowiązywania umowy miały zostać przekazane do wyłącznego korzystania przez Zamawiającego. Odwołujący nie wykazał, aby dwupłaszczowe zbiorniki naziemne o pojemności do 5 m³, za pomocą których Przystępujący zamierzał realizować zamówienie nie stanowiły zbiorników, o których mowa w opisie przedmiotu zamówienia, czy też by nie spełniały warunków technicznych opisanych w ww. rozporządzeniu. Izba miała ponadto na uwadze, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia dla wariantu II nie zawarł żadnych ograniczeń co do pojemności udostępnianych zbiorników. Zamawiający wskazał jedynie, że pojemność zbiorników musi zapewnić możliwość bieżącego dostępu do paliwa/płynu (możliwość tankowania bez przestojów) przy założeniu określonego dobowego zapotrzebowanie na olej napędowy w każdej z lokalizacji oraz wymagał, aby Wykonawca utrzymywał minimalny stan oleju napędowego w zbiornikach na poziomie min. 2 tys. litrów. Zamawiający nie ograniczył zatem w opisie przedmiotu zamówienia wariantu II sposobu jego realizacji w odniesieniu do rodzaju dostarczanych zbiorników. Jednocześnie Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji, która podważałaby stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że taki sposób realizacji zamówienia wpisuje się w opis wariantu II. Nie wskazywał również, aby wykorzystując tego rodzaju zbiorniki Przystępujący nie był w stanie zapewnić oleju napędowego na takim poziomie zapotrzebowania, jaki Zamawiający wskazał jako przewidywany w opisie przedmiotu zamówienia.

Po drugie, Odwołujący nie odparł także twierdzeń Przystępującego, iż realizacja zadania 1 w wariantie II w sposób, w jaki zamierzał uczynić to Przystępujący, tj. z wykorzystaniem na potrzeby własne użytkownika (Zamawiającego) dwupłaszczowych zbiorników naziemnych o pojemności do 5 m³, jest możliwa w oparciu o dokument koncesji,

jaki posiada Przystępujący. Odwołujący nie powołał się na jakiegokolwiek regulacje prawne, które wskazywałyby, że realizując zamówienie z użyciem tego rodzaju zbiorników Przystępujący musi posiadać koncesję obejmującą wykorzystanie infrastruktury w postaci tego rodzaju zbiorników naziemnych. Z kolei Przystępujący na potwierdzenie swojego stanowiska przedstawił dowody w postaci umów o zbliżonym przedmiocie zamówienia zawartych z innymi zamawiającymi, realizowanych w oparciu o tę samą koncesję i w ten sam sposób (z wykorzystaniem ww. zbiorników o pojemności do 5 m³). Jednocześnie Przystępujący wyjaśnił, że w takim przypadku zbiorniki będą podlegać zgłoszeniu do UDT na Zamawiającego jako użytkownika i będą wykorzystywane na użytek własny Zamawiającego. Stanowisko to koreluje z przepisami, na które powoływał się Przystępujący podczas rozprawy, w tym z § 11 Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie ochrony przeciwpożarowej budynków, innych obiektów budowlanych i terenów z dnia 7 czerwca 2010 r. (Dz. U. Nr 109 poz. 719 ze zm.), który dopuszcza przechowywanie paliw płynnych klasy III na potrzeby własne użytkownika w zbiorniku naziemnym dwupłaszczowym o pojemności do 5 m³.

Zdaniem składu orzekającego Odwołujący nie wykazał, aby na gruncie obowiązujących przepisów posiadanie koncesji w całym przewidzianym w treści warunku udziału w postępowaniu zakresie było konieczne do prawidłowej realizacji zamówienia, w przypadku takiego sposobu realizacji, jaki przyjął Przystępujący, który – jak wskazano powyżej - mieścił się w zakresie wariantu II realizacji zamówienia przewidzianego w SWZ. Odwołujący jedynie powoływał się na literalną treść warunku, pomijając obowiązki, jakie na podmioty prowadzące działalność regulowaną (obróć paliwami) nakładają bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa. Tymczasem w ocenie Izby wymogu posiadania przez wykonawcę koncesji, która swoim przedmiotem obejmuje obrót olejem napędowym i zbiorniki naziemne nie można interpretować w oderwaniu od uregulowań wynikających z obowiązujących regulacji prawnych. Treści warunku udziału w postępowaniu nie można interpretować także w oderwaniu od opisu przedmiotu zamówienia, a tak zdawał się czynić Odwołujący. Nie można zgodzić się stanowiskiem Odwołującego, iż to sposób ukształtowania treści warunku udziału w postępowaniu miał przesądzać o ograniczeniu dopuszczalnych sposobów realizacji zamówienia w wariantcie II. Decydujące znaczenie należy tu przypisać opisowi przedmiotu zamówienia, gdyż warunek udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia musi być proporcjonalny. Zamawiający mógł wymagać od wykonawców posiadania stosownych uprawnień wyłącznie w zakresie, w jakim są one niezbędne do realizacji zamówienia. *Ergo*, jeżeli Przystępujący wykazał, że określony sposób realizacji zamówienia nie wymaga posiadania koncesji obejmującej wykorzystanie infrastruktury naziemnej w postaci zbiorników, co ma mieć oparcie w obowiązujących przepisach (okoliczności przeciwnej

Odwołujący nie dowiódł), to wymóg ten staje się bezprzedmiotowy. Fakt, że w dokumentach zamówienia da się dostrzec w tym zakresie niespójność, w okolicznościach stanu faktycznego przedmiotowej sprawy nie może prowadzić do obciążenia Przystępującego negatywnymi konsekwencjami takiego stanu rzeczy.

Za niewykazany Izba uznała także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Wskazać należy, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia warunkom. Poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ramach powyższego katalogu mieścić się będzie zatem m.in. sytuacja, kiedy wykonawca oferuje usługę, która nie spełnia wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia wymagań, w tym tych związanych z realizacją zamówienia.

Niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia Odwołujący opierał na stwierdzeniu, że z wyjaśnień Przystępującego wynika, iż będzie on wymagał od Zamawiającego potwierdzenia zgłoszeń SENT, podczas gdy opis przedmiotu zamówienia nie nakłada na Zamawiającego takiego obowiązku. W ocenie Izby jednak okoliczność czy w OPZ wskazano na istnienie po stronie Zamawiającego obowiązków w zakresie zgłoszeń SENT, czy też na tego rodzaju obowiązki nie wskazano, pozostaje irrelevantna - jeżeli Zamawiający miałby taki obowiązek w świetle bezwzględnie obowiązujących przepisów, to niezależnie od faktu jego wyeksponowania w SWZ, obowiązek taki by istniał. Jak wskazał Zamawiający obowiązek dokonywania zgłoszeń wynika wprost z ustawy z dnia 9 marca 2017 r. o systemie monitorowania drogowego i kolejowego przewozu towarów oraz obrotu paliwami opałowymi (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 859 ze zm.) i z mocy tej ustawy ciąży na podmiotach tam wskazanych (wysyłającym, odbierającym, przewoźniku). W treści odwołania nie odniesiono się do przepisów ww. ustawy, jak i nie wyjaśniono z czego konkretnie Odwołujący wywodzi okoliczność, że Zamawiający nie będzie mógł zgłoszenia SENT potwierdzić. Poza lakonicznymi, bliżej nieomówionymi stwierdzeniami, w odwołaniu nie ma szczegółowej argumentacji służącej poparciu stawianych tez, trudno zatem uznać, aby Odwołujący wykazał niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w tym zakresie.

Odwołujący nie wykazał również swoich twierdzeń co do niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w zakresie sposobu rozliczeń i płatności. Odwołujący stawia niczym nieuzasadnioną tezę, że paliwo będzie przez Przystępującego fakturowane już po wleciu do zbiornika, a nie dopiero po jego zatankowaniu oraz, że Zamawiający zapłaci za paliwo, którego może nie wykorzystać. Odwołujący całkowicie pomija jednak treść wyjaśnień Przystępującego z dnia 10 sierpnia 2021 r., w których wprost wskazano, iż „rozliczenie i faktura VAT powstanie dopiero po zsumowaniu ilości pobranego paliwa według okresów i wytycznych podanych w SWZ”. W wyjaśnieniach wskazano również, że dokument „WZ” będzie jedynie potwierdzeniem ilości oleju napędowego dostarczanego do zbiornika. Powyższe wpisuje się w wymagania wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, jak i jest zgodne z projektowanymi postanowieniami umowy. Jak zwrócił uwagę Zamawiający podczas rozprawy, analogiczny sposób rozliczeń wynikał ze złożonej przez Przystępującego umowy z dnia 17 marca 2021 r. zawartej z Gminnym Przedsiębiorstwem Komunalnym Mełgiew Sp. z o.o. z siedzibą w Mełgwi i są to rozwiązania powszechnie stosowane. Odwołujący nadając dokumentowi „WZ” inny, niewynikający z treści wyjaśnień, charakter, nie przedstawił w treści odwołania żadnej argumentacji, która potwierdzałaby jego stanowisko, w tym nie powołał się na jakiegokolwiek regulacje prawne, z których wynikałby obowiązek wystawienia faktury już po dostarczeniu paliwa do zbiornika i które określałyby moment przejścia paliwa na własność Zamawiającego. Uzupełnianie zaś odwołania w tym zakresie podczas rozprawy Izba uznała za nieuprawnione z uwagi na treść art. 555 ustawy Pzp. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 31 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 28/21, „podnoszenie na późniejszym etapie okoliczności, które nie zostały wprost wskazane w treści odwołania stanowi postępowanie niedopuszczalne, sprzeczne z art. 192 ust. 7 dPzp” (aktualnie art. 555 Pzp).

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

