

Sygn. akt KIO/UZP 58/10

WYROK
z dnia 9 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Luiza Łamejko
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SHIP-SERVICE S.A., ul. Waliców 11, 00851 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Żegluga Świnoujska, ul. Wybrzeże Władysława IV 12, 72-600 Świnoujście** protestu z dnia 22 grudnia 2009 r.

przy udziale **OKTAN ENERGY & V/L SERVICE Sp. z o. o., Chmielewskiego 22a, 70-028 Szczecin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciążyć Żeglugę Świnoujską, ul. Wybrzeże Władysława IV 12, 72-600 Świnoujście

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 uiszczonego przez **SHIP-SERVICE S.A., ul. Waliców 11, 00851 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterysta czterdzieści złotych zero groszy) przez **Żeglugę Świnoujską, ul. Wybrzeże Władysława IV 12, 72-600 Świnoujście** na rzecz **SHIP-SERVICE S.A., ul. Waliców 11, 00851 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SHIP-SERVICE S.A., ul. Waliców 11, 00851 Warszawa.**

U z a s a d n i e n i e

I. Żegluga Świnoujska (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na dostawę paliwa żeglugowego w ilości 2800 ton dla promów kursujących na przeprawie promowej w Świnoujściu. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr 2009/S 214-308698 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 23 grudnia 2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyniku postępowania – za ofertę najkorzystniejsza została uznana oferta złożona przez SHIP-SERVICE S.A.

W dniu 29 grudnia 2009 r. OKTAN ENERGY & V/L SERVICE Sp. z o. o. (sklasyfikowany na drugim miejscu w rankingu ofert) – złożył protest, kwestionując prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej. Protest Zamawiający rozstrzygnął w dniu 31 grudnia 2009 r. poprzez jego uwzględnienie. W związku z takim rozstrzygnięciem protestu SHIP-SERVICE S.A. (dalej: Odwołujący), w dniu 8 stycznia 2010 r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) wniosła do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, przystąpiwszy uprzednio do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił OKTAN ENERGY & V/L SERVICE Sp. z o. o.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w związku z uwzględnieniem podnoszonych przez niego zarzutów, jego oferta ma szansę pozostać ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający ustalił w postępowaniu następujące kryteria oceny ofert – „cena wysokość stałego narzutu” z wagą 90 % i „termin płatności” z wagą 10 % (strona 7 SIWZ, kopia SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach sprawy).
2. W § 3 ust. 3 projektu umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ, ustalono termin zapłaty w sposób następujący „należność za każdorazową dostawę płatna będzie przelewem w terminie dni od daty dostawy na konto sprzedawcy pod warunkiem dostarczenia kupującemu faktury VAT na 5 dni przed wyznaczonym terminem płatności. W przypadku późniejszego dostarczenia faktury termin płatności ulega przesunięciu”.
3. Wykonawcy mieli wypełnić puste pola w formularzu ofertowym, wpisując oferowaną cenę i termin. Co do ceny nie powstały żadne wątpliwości, natomiast powstały co do określenia terminu – Odwołujący wpisał termin w sposób następujący „45 dni od dnia dostawy” (kopię pierwszej strony swojej oferty Odwołujący okazał na rozprawie). Protestujący zaproponował 30-dniowy termin płatności (zbiorcze zestawienie ofert, kopia w aktach sprawy).

W przepisany terminie nie oprotestowano postanowień SIWZ odnoszących się do kryteriów oceny ofert i terminów płatności, nie składano również żadnych pytań do Zamawiającego w tym zakresie.

W proteście wniesionym po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, Protestujący zakwestionował możliwość zaproponowania terminu płatności w sposób, w jaki uczyniono to w ofercie Odwołującego – Protestujący podnosił, że zaoferowanie terminu dłuższego niż maksymalny 30-dniowy termin płatności określony w ustawie z dn. 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. z 2003 r., poz. 139, nr 1323 z późn.

zm.) jest czynem nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji oferta Odwołującego powinna być odrzucona.

Zamawiający uwzględnił protest i stwierdził, że w wyniku postępowania uzyskano dwie równoważne oferty. W związku z tym, w ramach rozstrzygnięcia protestu, Zamawiający wezwał Protestującego oraz Odwołującego do złożenia ofert dodatkowych.

Po analizie tak opisanego stanu faktycznego, skład orzekający doszedł do wniosku, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu w związku z zadeklarowanym w niej terminem płatności.

Po pierwsze, sam Zamawiający sprowokował działanie wykonawcy, polegające na wskazaniu w ofercie możliwie długiego terminu płatności, ustalając termin płatności jednym z kryteriów oceny ofert. Zamawiający nie określił (mimo, że powinien to uczynić w związku z zasadą równego traktowania wykonawców, wynikającą z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych) maksymalnego terminu, który wykonawcy mogą podać w ocenianym kryterium „termin płatności”. W konsekwencji wykonawcy - teoretycznie, w celu wyeliminowania konkurencji - mogli podać dowolnie długi termin, np. 200 dniowy. Odwołujący tak nie postąpił, podał termin 45-dniowy, który jest terminem realnym. W tym kontekście zaproponowanie przez Odwołującego takiego właśnie terminu płatności nie można uznać za czyn nieuczciwej konkurencji.

Po drugie, jak słusznie zwrócił uwagę Odwołujący, termin płatności określony przez niego jako termin 45-dniowy nie jest terminem zapłaty, o którym mowa w art. 5 ustawy o terminach zapłaty. Zgodnie z przywołanym przepisem, wierzyciel może żądać odsetek ustawowych za okres począwszy od 31 dnia po spełnieniu swojego świadczenia niepieniężnego (w tym przypadku – dostawy paliwa) i doręczeniu dłużnikowi faktury. W związku z przywołanym wyżej postanowieniem § 3 ust. 3 projektu umowy, przewidzianym przez Zamawiającego, termin zapłaty w rozumieniu ustawy o terminach zapłaty w toku realizacji umowy na udzielenie niniejszego zamówienia publicznego wyniesie zawsze 5 dni, bowiem jest liczony od dnia wykonania dostawy i doręczenia faktury. Natomiast termin 45-dniowy wskazany w ofercie, który będzie przeniesiony do umowy w pustym polu („wykropkowanym”) w § 3 ust. 3 umowy, jest liczony od dnia dostawy. Wobec powyższego, określenie przez Odwołującego 45-dniowego terminu płatności nie tylko w ocenie składu orzekającego nie jest czynem nieuczciwej konkurencji, ale i nie jest sprzeczne z ustawą o terminach zapłaty.

Na marginesie, „sprzeczność” z ustawą o terminach zapłaty nie mogłaby być samoistną podstawą do odrzucenia oferty, bowiem odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych podlega wyłącznie oferta, która jest sprzeczna z przepisami Prawa zamówień publicznych. Ponadto wskazanie dłuższego terminu płatności, niż przewidziany w ustawie o terminach zapłaty nie powoduje, że oferta jest nieważna

(zatem nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych), a jedynie implikuje konieczność zapłaty odsetek za przekroczenie terminu zapłaty dłuższego, niż termin 30-dniowy. Niewykluczone, że zamawiający, ustanawiając jednym z kryteriów oceny ofert termin zapłaty w rozumieniu ustawy o terminach zapłaty (co jednak, jak ustalono wyżej, w postępowaniu, w którym wniesiono rozpatrywane odwołanie, nie miało miejsca), liczy się z koniecznością zapłaty takich odsetek, a najistotniejsze jest dla niego właśnie maksymalne wydłużenie terminu, w jakim uiszcza należność za spełnienie świadczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza, zgodnie z art. 191 ust. 3 Prawa zamówień publicznych rozstrzyga odwołanie wyłącznie w granicach zakreślonych protestem, zatem nie mogła - rozpatrując odwołanie - odnieść się do kwestii, która była przedmiotem odwołania, lecz nie była przedmiotem protestu, a mianowicie do zagadnienia prawidłowości wezwania wykonawców do złożenia ofert dodatkowych. Dokonując rozstrzygnięcia protestu Zamawiający, obok samego odniesienia się do zarzutów protestu, dokonał również nowej czynności (mimo że do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, zgodnie z 183 ust. 5 pkt 2 Prawa zamówień publicznych powinien się od tego powstrzymać, bowiem nie uwzględnił żądań przystępującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu), na którą przysługiwały odrębne środki ochrony prawnej. Należy zauważyć, że skoro w niniejszym postępowaniu odwoławczym Izba stwierdziła, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, skutkiem czego pozostaje w mocy czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dn. 23 grudnia 2009 r., to późniejsze czynności w postępowaniu (wezwanie do złożenia ofert dodatkowych i złożenie tych ofert), należy uznać za nieważne bądź nieistniejące.

Uwzględniając odwołanie, Izba nie nakazała dokonania żadnej czynności, bowiem w niniejszym postępowaniu odwoławczym uwzględnienie odwołania jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu w związku z zadeklarowanym terminem płatności, a w konsekwencji nie zmienia się zakwestionowany protestem wybór oferty najkorzystniejszej z dn. 23 grudnia 2009 r.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty zastępstwa Odwołującego do wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....