



Miejski Zakład Komunikacji

Sp. z o. o. z siedzibą w Słupsku

L.dz. 510/NZ/2016

Słupsk, dn. 27 kwietnia 2016 r.

Dot. wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Sukcesywne dostawy paliw płynnych w okresie od 1 lipca 2016 r. do 30 czerwca 2019 r. dla Miejskiego Zakładu Komunikacji Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku; Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Słupsku; „Wodociągów Słupsk” Sp. z o.o. w Słupsku

Do Zamawiającego w dniu 22 kwietnia 2016 r. wpłynęły od jednego z Wykonawców zapytania dotyczące Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający zgodnie z art. 38 ustawy Prawo Zamówień Publicznych odpowiada:

Pytanie 1:

Czy Zamawiający wobec naruszenia art. 22 ust. 4 Pzp, dokona zmiany w zakresie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia poprzez dopuszczenie się legitymowania się realizacją dostaw w łącznej ilości 10 000 m3 o wskazanych parametrach?

Za udzieleniem odpowiedzi twierdzącej przemawia:

Zamawiający w Rozdziale V, pkt 1 2) SIWZ wymaga, by na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawca przedstawił realizację dostaw:

Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie wykonał, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonuje dostawy paliw odpowiadające swoim zakresem i rodzajem przedmiotowi zamówienia w ilościach:

a) łącznie – 9 000 m3, tj. 9 000 000 l – oleju napędowego,

b) łącznie – 1 000 m3, tj. 1 000 000 l – benzyny bezołowiowej 95

o parametrach jakościowych określonych w Polskich Normach: PN-EN 590:2013-12 i PN-EN 228:2013-04.

Powyższe wskazanie doświadczenia w dostawie paliw z podziałem na olej napędowy i benzynę bezołowiową byłyby uzasadnione jedynie w sytuacji, gdyby dostawy te (dostawy ON oraz dostawy benzyny) były realizowane w inny sposób. W przypadku, gdy powyższe dostawy realizowane są łącznie, Zamawiającemu nie przysługuje uprawnienie badania doświadczenia w podziale wskazanym w SIWZ. Co więcej – takim zapisem Zamawiający w sposób rażący i nieuprawniony eliminuje wykonawców, którzy zrealizowali dostawy jednego z paliw w ilości kilkunastokrotnie przewyższającej ilość objętą zamówieniem, jeśli dostawy drugiego z paliw tegoż wykonawcy były zrealizowane w mniejszej ilości niż wskazane przez Zamawiającego.

Tym samym pozostawienie wskazanego zapisu sprawia, iż nie mogą w postępowaniu wziąć udziału wykonawcy, którzy w sposób oczywisty legitymują się posiadaniem doświadczenia potwierdzającego zdolność do rzetelnego wykonania zamówienia – dostawę paliw. Na potwierdzenie wskazania nieprawidłowości rzeczono zapisu SIWZ wystarczającym zdaje się chociażby przytoczenie opinii prawnej zamieszczonej na stronie UZP „doświadczeniem jest wiedza i umiejętności nabyte w ramach zrealizowanego już świadczenia usług, dostaw lub robót budowlanych na bazie przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym, które w odniesieniu do zamówień publicznych pokrywają z przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przez „związany z przedmiotem zamówienia” należy rozumieć opis warunków dokonywany przez pryzmat celu jakiego ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia, lecz nie w sposób, który wykracza poza realizację należytego wykonania zamówienia, jego zakresu i stopnia złożoności. Przez „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” należy rozumieć opis adekwatny do osiągnięcia wspomnianego celu. Poza sporem jest fakt, iż wykonawca który wykonał dostawy paliw w ilości np. 50 000 m³ posiada niezbędne doświadczenie i gwarantuje należyte wykonanie zamówienia objętego Państwem zamówieniem, podczas gdy w sytuacji w której ilość poszczególnych paliw nie obejmuje każdej z ilości wskazanych przez Zamawiającego, Wykonawca nie ma możliwości legitymowania się posiadanym doświadczeniem. Bezsprzeczne jest, co zostało podkreślone przez Prezesa UZP w przytoczonej już opinii, doświadczeniem jest należyte wykonanie tego rodzaju czynności – tu dostawy paliwa, a nie poszczególnych dostaw – ON i benzyny, gdyż czynności dostaw są tożsame.

Powyższe stanowisko jest zgodne z przyjętą linią orzecniczą. Wystarczającym zdaje się chociażby wskazanie: KIO/KU 63/11: Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byłiby w stanie wykonać zamówienie, TS UE: C 448/01, gdzie stwierdzono, że postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może skutkować udaremieniem realizacji celu dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest otwarcie rynku zamówień na konkurencję. Co więcej, w wyroku KIO z dnia 13 października 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 2106/10) wskazano: „(...) Działanie przeciwne (czyli nieadekwatny opis spełniania warunków) nie tylko ogranicza konkurencję, ale pozostaje też w sprzeczności z oczywistym interesem zamawiającego. Większa konkurencja w postępowaniu daje zamawiającemu możliwość uzyskania korzystniejszej oferty”, a Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z dnia 20 marca 2009 r. (sygn. akt. VIII Ga 58/09) wskazał, iż „dokonując wykładni przepisu art. 22 ustawy PZP w nauce prawa wskazuje się, że zakaz utrudniania uczciwej konkurencji wymaga od zamawiającego, by precyzując warunki udziału w przetargu opierał się na przesłankach obiektywnych. Podkreśla się, że celem przepisu jest wyłączna ochrona interesu publicznego o nie może on stanowić podstawy do nieuzasadnionego zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców. (...) jeżeli więc zamawiający twierdzi, że ma prawo żądać od wykonawcy chcącego wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (...) spełnienia określonych kryteriów, to (...) jest zobowiązany wykazać istnienie faktów uzasadniających to prawo w tym również, że jego żądanie nie narusza zakazu określonego normą w art. 22 ust. 2 (w aktualnym stanie prawnym przepis znajduje odzwierciedlenie w art. 22 ust. 4 ustawy pzp). (...)”

Odp. Zamawiający informuje i wyjaśnia, że celem wymagania od Wykonawcy odrębnego doświadczenia w realizacji dostaw dla każdego z zamawianych w niniejszym postępowaniu paliw, jest fakt, że olej napędowy oraz benzyna bezołowiowa posiadają różne właściwości fizykochemiczne (np. temperatura zapłonu) tym samym zgodnie z przepisami umowy europejskiej dotyczącej międzynarodowego przewozu drogowego towarów niebezpiecznych (ADR) wymagania i warunki

transportu, przeładunku (hermetyzacja), wymagania sprzętowe oraz procedury realizacji dostaw dla każdego z tych paliw są odmienne.

Oznacza to, że doświadczenie w realizacji dostaw jednego produktu, w łącznej ilości np. 10 000 m³ i więcej, o parametrach wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ, nie jest z obiektywnych względów doświadczeniem wystarczającym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w niniejszym postępowaniu, ponieważ z uwagi na wyżej wymienione argumenty tylko posiadanie doświadczenia w realizacji dostaw obu produktów, co najmniej w ilościach wskazanych przez Zamawiającego w Rozdziale V pkt 1 ppkt 2 SIWZ będzie doświadczeniem związanym z przedmiotem zamówienia i proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, w myśl art. 22 ust. 4 PZP.

Zatem, w związku z powyższym, zgodnie z przepisem art. 22 ust. 4 PZP, Zamawiający dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku opisanego w Rozdziale V pkt 1 ppkt 2 SIWZ, dotyczącego wymaganej wiedzy i doświadczenia Wykonawcy, uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonuje dostawy paliw odpowiadające swoim zakresem i rodzajem przedmiotowi zamówienia w ilościach:

- a) łącznie – 9 000 m³, tj. 9 000 000 l – oleju napędowego,
- b) łącznie – 1 000 m³, tj. 1 000 000 l – benzyny bezołowiowej 95

o parametrach jakościowych określonych w Polskich Normach: PN-EN 590:2013-12 i PN-EN 228:2013-04.

Pytanie 2:

Czy Zamawiający uzna § 2 ust. 6 „Wykonawca zobowiązany jest do każdej dostawy dołączyć aktualny **atest jakościowy producenta paliwa**” za **spełniony w przypadku gdy aktualny atest jakościowy zostanie wydany przez akredytowane laboratorium** działające na zlecenie podmiotu będącego bazą paliw (np. baz w Dębogórze, Nowej Wsi Wielkiej, Rejowcu Poznańskim). Dokument ten, co ważne, wskazuje wyniki badań przeprowadzonych przez niezależny od Wykonawców podmiot, a realizacja zamówień na dostawy paliw przy wykorzystaniu istniejących baz paliw będących podmiotami Operatora Logistycznego Paliw Płynnych jest standardowym sposobem realizacji tego typu zamówień na rynku. Nieuzasadnione utrudnienie realizacji zamówienia poprzez konieczność dostarczenia atestu jakościowego producenta (bez możliwości złożenia dokumentu równoważnego wydanego odpowiednio do realizacji zamówienia przy wykorzystaniu akredytowanych laboratoriów), stanowi ograniczenie konkurencji w niniejszym postępowaniu.

Odp. Zamawiający uznaje aktualne atesty jakościowe wydane przez akredytowane laboratoria działające na zlecenie podmiotów będących bazą paliw za równoważne z aktualnymi atestami jakościowymi producentów paliw pod warunkiem spełnienia przez te atesty wymagań opisanych przez Zamawiającego w Rozdziale III SIWZ pkt 5 ppkt 3, to jest jeżeli atest dostarczony przez Wykonawcę:

- a) zawierać będzie dane charakteryzujące dostarczane paliwa;
- b) będzie zaopatrzony w datę badania;
- c) będzie wykonany nie wcześniej niż 7 dni przed dostawą.