Sygn. akt UZP/ZO/0-107/05

WYROK

Zespołu Arbitrów z dnia 27 stycznia 2005 r.

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów **Elżbieta Janina Pogłód**

Arbitrzy: **Władysław Kazimierz Buda**

Ireneusz Krześnicki

Protokolant **Rafał Oksiński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27.01.2005 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Petro-Oil Wielkopolskie Centrum Sprzedaży Sp. z o.o. Suchy Las, ul. Obornicka 39**

od oddalenia przez zamawiającego **Kopalnię Węgla Brunatnego "KONIN" w Kleczewie S.A. Kleczew, ul. 600-lecia 9**

protestu z dnia 31 grudnia 2004 r.

orzeka:

1. *Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.*

2. Kosztami postępowania obciąża **Kopalnię Węgla Brunatnego "KONIN" w Kleczewie S.A. Kleczew, ul. 600-lecia 9**

   i nakazuje:

   1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **3 463** zł **59** gr

      (słownie: **trzy tysiące czterysta sześćdziesiąt trzy złote pięćdziesiąt dziewięć groszy**)

      z kwoty wpisu uiszczonego przez **Petro-Oil Wielkopolskie Centrum Sprzedaży Sp. z o.o. Suchy Las, ul. Obornicka 39**

   2) dokonać wpłaty kwoty **6 463** zł **59** gr

      (słownie: **sześć tysięcy czterysta sześćdziesiąt trzy złote pięćdziesiąt dziewięć groszy**)

      przez **Kopalnię Węgla Brunatnego "KONIN" w Kleczewie S.A. Kleczew, ul. 600-lecia 9** na rzecz **Petro-Oil Wielkopolskie Centrum Sprzedaży Sp. z o.o. Suchy Las, ul. Obornicka 39**

   3) dokonać wpłaty kwoty **0** zł **00** gr

      (słownie: **xxx**)

      przez **xxx** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek środków specjalnych UZP

   4) dokonać zwrotu kwoty **2 471** zł **41** gr

      (słownie: **dwa tysiące czterysta siedemdziesiąt jeden złotych czterdzieści jeden groszy**)

      z rachunku środków specjalnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Petro-Oil Wielkopolskie Centrum Sprzedaży Sp. z o.o. Suchy Las, ul. Obornicka 39.**

3. Uzasadnienie

Odwołujący – Petro-Oil Wielkopolskie Centrum Sprzedaży Sp. z o.o. z siedzibą w Suchy Las złożył protest na czynność Zamawiającego – Kopalnia Węgla Brunatnego „Konin” w

Kleczewie dotyczącą wyboru oferty firmy Tedex Produktion Sp. z o.o. na realizację IV części zamówienia na dostawy olejów silnikowych, przekładniowych, hydraulicznych i innych.

W proteście Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający winien wykluczyć z postępowania Wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą na wykonanie zamówienia w części czwartej albowiem wybrany Wykonawca nie dołączył do oferty dokumentu potwierdzającego prowadzenie składu podatkowego bądź zaświadczenia wydanego w trybie art. 27 ust. 3 ustawy o podatku akcyzowym (Dz. U. Nr 29, poz. 257) przez naczelnika urzędu celnego. Ponadto wybrany wykonawca zadeklarował, iż dostawy będzie wykonywał własnym transportem, a zatem do oferty winna być dołączona kopia licencji lub zezwolenia na wykonywanie usług transportowych.

Odnośnie pierwszego z zarzutów Odwołujący wywodził, iż skoro wyroby objęte czwartą częścią zamówienia będą wykorzystywane przez Zamawiającego do celów innych niż napędowe lub opałowe to Zamawiający jest uprawniony do nabycia tych wyrobów jako zwolnionych z podatku akcyzowego. Wykonawca winien, zatem wykazać, że prowadzi skład podatkowy, co uprawnia go do sprzedaży tych wyrobów jako zwolnionych z akcyzy albo wykazać, że posiada zaświadczenie wydane przez naczelnika urzędu celnego potwierdzające zamówienie na odbiór tych wyrobów z zastosowaniem procedury zawieszenia poboru akcyzy. Zdaniem Odwołującego wykonawca, zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest zobowiązany do wylegitymowania się posiadaniem takich uprawnień, a Zamawiający winien żądać od wykonawców biorących udział w postępowaniu dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków – na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Również Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia w rozdz. XIX ust. 1 pkt 14 stwierdza, że oferta winna zawierać koncesje, zezwolenia lub licencje na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem publicznym.

Drugi ze zgłoszonych zarzutów dotyczył braku w ofercie wybranego wykonawcy licencji na publiczne świadczenie usług transportowych albo zezwolenia na wykonywanie transportu dla własnych celów. Posiadanie takich dokumentów wynika z przepisów ustawy z dnia 6.09.2001r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2004r. Nr 204, poz. 2088).

Brak tych dokumentów w ofercie wybranego wykonawcy winien skutkować wykluczeniem go z postępowania. Dlatego też Odwołujący wnosi o wykluczenie firmy Tedex Produktion i powtórzenie czynności wyboru oferty.

Zamawiający protest oddalił. W uzasadnieniu wskazał, iż nie żądał od wykonawców dokumentów potwierdzających prowadzenie składu podatkowego. Dla Zamawiającego istotna jest cena wskazana w ofercie, za którą będzie nabywał wyroby. Nie jest istotne czy zaoferowana cena uwzględnia odliczenie podatku akcyzowego. Ponadto obowiązek dołączenia przez wykonawców dokumentów potwierdzających prowadzenie składu podatkowego nie wynika ani z SIWZ ani z przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7.04.2004r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. Nr 71, poz. 645). Wskazywany przez Odwołującego zapis pkt 14 ust. 1 rozdz. XIX SIWZ jak i przepis § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia dotyczą koncesji, zezwoleń lub licencji na podjęcie działalności gospodarczej a nie zaświadczeń warunkujących zawieszenie poboru akcyzy.

Niezasadny w ocenie Zamawiającego jest również drugi ze zgłoszonych zarzutów. Wybrany wykonawca w załączniku do oferty wykazał samochody o masie całkowitej nie przekraczającej 3,5 tony. Na wykonywanie transportu tego rodzaju samochodami nie jest wymagana ani licencja ani zaświadczenie. Dostawa produktów tej części zamówienia jest możliwa do wykonania przy użyciu samochodów do 3,5 tony, dlatego też zarzut dotyczący braku licencji lub zezwolenia jest bezpodstawny.

W odwołaniu powtórzone zostały zarzuty zgłoszone w proteście. Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę na treść przepisu art. 11 ust. 2 pkt 1 ustawy o podatku akcyzowym, który stanowi, że podatnikami tego podatku są również podmioty nabywające lub posiadające wyroby akcyzowe, jeżeli od wyrobów tych nie została zapłacona akcyza w należnej wysokości. Oznacza to, że w przypadku zaoferowania wyrobów akcyzowych po cenie nie obejmującej akcyzy, ryzyko uiszczenia podatku będzie obciążać nabywcę. Dlatego dokumenty wskazujące na posiadanie uprawnień do sprzedaży wyrobów akcyzowych jako zwolnionych z tego podatku są istotne.

Zespół Arbitrów zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa olejów do magazynów Zamawiającego. Zamawiający w SIWZ żądał, aby wykonawcy dołączyli do oferty wykaz obejmujący niezbędny do wykonania zamówienia sprzęt transportowy, w przypadkach kiedy transport będzie wykonywał samodzielnie wykonawca. W ofercie Tedex Produktion uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, wykonawca stwierdził, iż dostawy wykona własnym transportem. Do oferty został załączony zał. nr 5 obejmujący sprzęt transportowy, a w treści oferty wykonawca zaznaczył, że nie będzie posługiwał się podwykonawcami. Jako sprzęt transportowy niezbędny do wykonania zamówienia wykazał zarówno samochody o ładowności do 3,5 tony jak też samochody tę ładowność przekraczające.

Jednocześnie wykazując te środki transportowe wykonawca nie dołączył do oferty licencji bądź zaświadczeń koniecznych do wykonywania transportu drogowego tymi środkami. Wykonywanie transportu drogowego pojazdami o całkowitej masie pow. 3,5 tony wymaga posiadania licencji, jeżeli jest to działalność zarobkowa, bądź zaświadczenia starosty w przypadku przewozów na potrzeby własne – art. 5 i 33 ustawy z dnia 6.09.2001r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2004r. Nr 204 poz. 2088).

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienie do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładając obowiązek posiadania takich uprawnień. Zamawiający w postępowaniu przekraczającym równowartość 60 tys. EURO jest zobowiązany żądać od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności Zamawiający winien żądać koncesji, zezwolenia lub licencji, jeżeli ustawy nakładają obowiązek ich posiadania w zakresie objętym zamówieniem publicznym.

Przedmiotowe zamówienie obejmowało sprzedaż olejów wraz z ich dostarczeniem do magazynów Zamawiającego. Dlatego też na wykonywanie transportu drogowego samochodami własnymi, na które przepisy ustawy wymagają licencji lub zaświadczeń wykonawca powinien dołączyć do oferty stosowny dokument potwierdzający posiadanie ww. uprawnień.

Zamawiający określił w tytule załącznika nr 5, iż wykaz ma obejmować sprzęt transportowy niezbędny do wykonania zamówienia. Skoro wykonawca wykazał ten sprzęt należy przyjąć, że potencjalnie może on być użyty do realizacji zamówienia. Nie można, zatem zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, iż objęte wykazem samochody, na które nie jest wymagana licencja ani zaświadczenie starosty są wystarczające do wykonania zamówienia. Decyzję, jakimi środkami zamówienie będzie realizowane podjął wykonawca umieszczając w wykazie odpowiednie jego zdaniem środki transportu. W związku z powyższym zasadny jest zarzut Odwołującego, iż wybrany wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania.

Zespół Arbitrów nie podziela argumentów odwołania odnoszących się do drugiego z podniesionych zarzutów.

Zgodnie z cytowanym wyżej art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia

do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. W celu potwierdzenia, że wykonawca posiada te uprawnienia oraz nie podlega wykluczeniu zamawiający może żądać między innymi koncesji, zezwolenia lub licencji, jeżeli ustawy nakładają obowiązek ich posiadania na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem publicznym - § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7.04.2004r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. Nr 71, poz. 645). Przedmiotem zamówienia jest dostawa olejów silnikowych, przekładniowych, hydraulicznych i innych. Na wykonywanie tego rodzaju działalności (sprzedaż tych wyrobów ropopochodnych) przepisy ustaw, a w szczególności ustawy Prawo energetyczne nie wymagają koncesji. A zatem prowadzenie działalności handlowej w zakresie obrotu olejami objętymi czwarta częścią zamówienia – nie wymaga zezwoleń, koncesji czy licencji.

Nie można również podzielić argumentu zgłoszonego przez Odwołującego, iż Zamawiający ponosi ryzyko zapłaty podatku akcyzowego w sytuacji, kiedy akcyza nie zostanie zapłacona w należnej wysokości przez wcześniejszych uczestników obrotu. Zamawiający korzysta ze zwolnienia od akcyzy na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 ustawy o podatku akcyzowym, ponieważ jak oświadczył w odpowiedzi na zapytanie wykonawców nabywane wyroby będzie zużywał do celów innych niż napędowe opałowe lub jako dodatki lub domieszki do paliw silnikowych. Nie ma znaczenia w niniejszej sprawie procedura w zakresie realizacji przedmiotowego zamówienia, nabycia ze składu producenta, czy od pośrednika.

Biorąc powyższe pod uwagę należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z treścią art. 191 ust. 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Uwzględniono wniosek pełnomocnika Odwołującego w zakresie zasądzenia kosztów zastępstwa prawnego w kwocie 3.000,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w .....[1]

Przewodniczący Zespołu Arbitrów: .....

Arbitrzy: .....

.....

[1] Nie dotyczy postępowań wszczętych przed dniem 2 marca 2004 r.