

Warszawa, dnia 12 września 2017r.

**Prezes**  
**Krajowej Izby Odwoławczej**  
ul. Postępu 17a,  
02-676 Warszawa

**Odwołujący:** **Polski Koncern Naftowy ORLEN Spółka Akcyjna z siedzibą w Płocku**  
ul. Chemików 7  
09-411 Płock  
adres do doręczeń:  
Biuro Zarządzania Ryskiem Regulacyjnym  
PKN ORLEN S.A. w Warszawie  
ul. Bielańska 12  
00-085 Warszawa  
reprezentowany przez:  
Andrzej Ladziński  
GWW Grynhoff i Partnerzy Radcowie Prawni i  
Doradcy Podatkowi Sp. P.

**Zamawiający:** **Agencja Rezerw Materiałowych**  
Ul. Grzybowska 45,  
00 – 844, Warszawa

**Dotyczy postępowania: „Usługa magazynowania 150 000 m3 zapasów agencyjnych oleju napędowego - znak sprawy: BPzp.261.61.2017**

## **ODWOŁANIE**

W imieniu PKN ORLEN S.A. z siedzibą w Płocku, działając na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, ze zm., dalej: „PZP”), niniejszym składamy odwołanie od treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego realizowanego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługa magazynowania 150 000 m3 zapasów agencyjnych oleju napędowego - znak sprawy: BPzp.261.61.2017, opublikowanego w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 2 września 2017 r. (Usługa 345629-2017-PL).

Czynnościom zamawiającemu zarzucamy naruszenie:

- 1) Art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 2 PZP poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób naruszających zasady uczciwej konkurencji i powodujący nierówne traktowanie wykonawców poprzez wybór konkretnego rodzaju magazynu służącego do świadczenia usług magazynowania oleju napędowego bez obiektywnego uzasadnienia dla takiego wyboru technologii magazynowania;
- 2) Art. 29 ust. 3 PZP - poprzez wskazanie szczególnego procesu magazynowania oleju napędowego, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, co prowadzi do wyeliminowania Zamawiającego, pomimo, że nie jest to uzasadnione specyfiką zamówienia;
- 3) Art. 22 ust. 1a PZP w zw. z art. 1 ust. 1 PZP poprzez wadliwe opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji.

**W związku z powyższym, wnosimy o:**

- 1) Uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu następujących zmian:
  - a. w treści ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami zastąpienie stosowania pojęcia „zbiornikowej pojemności magazynowej” oraz „zbiornika” pojęciem „magazynu”;
  - b. w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami zastąpienie stosowania w pojęcia „Bazy Paliw” pojęciem „magazynu”;
  - c. w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia doprecyzowanie pojęcia „magazynu” poprzez odwołanie się do pojęcia instalacji magazynowania paliw ciekłych w rozumieniu art. 3 pkt.10 f ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (tj. Dz.U. 2017 poz. 220), [dalej także: „prawo energetyczne”], z wykorzystaniem której możliwe jest świadczenie w Polsce usługi objętej niniejszym Ogłoszeniem o Zamówieniu;
- 2) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania i nakazanie mu zwrotu tych kosztów na rzecz Odwołującego.

## **UZASADNIENIE**

### **Interes prawny**

Interes prawny Odwołującego wynika z faktu, że niezgodne z prawem postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ powodują, że Odwołujący, który świadczy koncesjonowane usługi magazynowania paliw ciekłych zarówno z wykorzystaniem zbiorników jak i podziemnych bezzbiornikowych magazynów paliw ciekłych będących „instalacjami magazynowania paliw ciekłych”

2

w rozumieniu prawa energetycznego oraz „magazynem” w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o zapasach ropy naftowej, produktów naftowych i gazu ziemnego oraz zasadach postępowania w sytuacjach zagrożenia bezpieczeństwa paliwowego państwa i zakłóceń na rynku naftowym (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1899, ze zm.), dalej także ustawa o zapasach, nie ma możliwości złożenia oferty z wykorzystaniem całości posiadanych zasobów służących magazynowaniu paliw ciekłych. Wskutek braku możliwości złożenia oferty obejmującej pojemności magazynowe w podziemnych bezzbiornikowych magazynach paliw ciekłych, odwołujący nie będzie mógł złożyć oferty na wszystkie części zamówienia, jak również zaoferować niższej ceny w postępowaniu, tym samym tracąc możliwość uzyskania zamówienia i ponosząc z tego tytułu szkodę.

#### **[uwarunkowania przedmiotu zamówienia]**

Na wstępie należy wskazać, że przedmiotowe Zamówienie wynika z obowiązków nałożonych na Zamawiającego w ustawie o zapasach. Przedmiotowy akt prawny implementując dyrektywę 2009/119, nakazuje utrzymywanie zapasów interwencyjnych odpowiadające iloczynowi 90 dni i średniego dziennego przywozu netto ekwiwalentu ropy naftowej. Na zapasy interwencyjne, zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy o zapasach, składają się „zapasy obowiązkowe ropy naftowej lub paliw”, utrzymywane w wielkości określonej przez ustawę przez przedsiębiorców oraz „zapasy agencyjne”, tworzone przez Zamawiającego i które zgodnie z art. 21a stanowią dopełnienie zapasów obowiązkowych, zapewniając wymagany przez dyrektywę 2009/11 poziom zapasów interwencyjnych. Zgodnie z art. 21d ustawy o zapasach, Zamawiający może zlecić, na podstawie umowy, magazynowanie zapasów agencyjnych przedsiębiorcom świadczącym usługi magazynowania ropy naftowej lub paliw i tego właśnie dotyczy przedmiotowe postępowanie.

Należy zastrzec, że ustawa o zapasach nie różnicuje się wymagań co do zasad utrzymywania zapasów obowiązkowych i zapasów agencyjnych pod względem technicznym. Zgodnie z art. 21d ustawy o zapasach, do umów dotyczących zawierania umów na magazynowanie zapasów agencyjnych stosuje się odpowiednio stosuje się przepisy dotyczące umów na magazynowanie zapasów obowiązkowych. Przepisy dotyczące kontroli przez Zamawiającego magazynu odnoszą się do ogólnego pojęcia zapasów interwencyjnych (art. 29d i n. ustawy o zapasach) do pojęcia zapasów interwencyjnych, obejmującego zarówno zapasy obowiązkowe jak i zapasy agencyjne (podobnie do zapasów interwencyjnych odnosi się rozdział 5 w zakresie planów na wypadek zagrożenia bezpieczeństwa paliwowego państwa). Podsumowując, ustawodawca określił wspólne normy w zakresie magazynowania wszystkich zapasów interwencyjnych, czy zapasów obowiązkowych utrzymywanych przez przedsiębiorców, czy to zapasów agencyjnych, czego najlepszym przykładem jest art. 3 ust. 12, przewidujący, że zapasy interwencyjne utrzymuje się w magazynach, których parametry techniczne oraz parametry techniczne związanych z tymi magazynami systemów przesyłowych i transportowych umożliwiają interwencyjne uwolnienie całości zapasów interwencyjnych zmagazynowanych w danym magazynie, w tym wyłoczenie tych zapasów, w okresie 90 dni (dostępność fizyczna).

Należy wskazać, że w zakresie magazynowania zapasów interwencyjnych ropy naftowej i paliw (obowiązkowych i agencyjnych), ustawa nie zawiera definicji legalnej pojęcia „magazynu”, wskazując równocześnie wprost wymagania w zakresie parametrów technicznych dedykowanych dla bezzbiornikowych magazynów ropy naftowej (art. 3 ust 13 ustawy o zapasach). Tym samym całkowicie uzasadnionym jest twierdzenie, że także w zakresie magazynowania paliw (paliw ciekłych) objętych ogłoszeniem o zamówieniu, od którego PKN ORLEN S.A. składa niniejsze odwołanie, ustawa o zapasach pod pojęciem magazynu rozumie, poza naziemnymi pojemnościami zbiornikowymi, także bezzbiornikowe magazyny paliw (paliw ciekłych). Ponadto ustawa o zapasach nie zawiera żadnych postanowień limitujących możliwości utrzymywania określonych ilości zapasów w ramach całkowitej ilości zapasów interwencyjnych wymaganych dla Polski, co czyni ten rodzaj infrastruktury paliw ciekłych równoprawnym względem pojemności zbiornikowych.

Należy wskazać, że objęta Ogłoszeniem o Zamówieniu usługa magazynowania oleju napędowego będącego paliwem w rozumieniu ustawy o zapasach jest równocześnie paliwem ciekłym w rozumieniu prawa energetycznego wymagającego do tego celu, co do zasady, posiadania koncesji na magazynowanie paliw ciekłych.

Zgodnie z wymaganiami prawa energetycznego całość utrzymywanych zapasów usługowo zapasów obowiązkowych paliw (paliw ciekłych) ze względu na obowiązek posiadania do tego celu stosownej koncesji, która została wskazana jako jeden z wymogów formalnych stawianych podmiot startującym w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, może być utrzymywana w instalacjach magazynowania paliw ciekłych. Zgodnie z art. 3 ust.10f prawa energetycznego instalacja magazynowania paliw ciekłych to *„zbiorniki magazynowe oraz instalacje przeładunkowe paliw ciekłych wykorzystywane do przechowywania oraz przeładunku paliw ciekłych z wyłączeniem stacji paliw ciekłych, a także bezzbiornikowe magazyny paliw ciekłych”*. Tym samym bezzbiornikowe magazyny paliw ciekłych podlegają na równi z wymaganiami dla pojemnościami zbiornikowymi wymogowi uzyskania tej samej koncesji uprawniającej na równych prawach do świadczenia tej samej usługi magazynowania paliwa (paliwa ciekłego).

W tym miejscu PKN ORLEN S.A. informuje, że posiada koncesję na magazynowanie paliw ciekłych, wydaną decyzją Prezesa URE z dnia 17 grudnia 1999 roku, Nr MPC/61/554/W/1/2/99/EB ze zm., przedłużoną decyzją Prezesa URE z dnia 18 sierpnia 2008 roku, Nr MPC/61-ZTO/554/W/1/2008/MJ na okres do dnia 31 grudnia 2025 roku ze zm., którą przedkłada jako załącznik do niniejszego odwołania. Treść koncesji jest również publicznie dostępna na stronie internetowej Urzędu Regulacji Energetyki pod adresem: <https://bip.ure.gov.pl/bip/form/r5073494060742,Polski-Koncern-Naftowy-ORLEN-SA.html>. Z jej treści wynika wprost, uprawnienie do świadczenia przez PKN ORLEN S.A. usługi magazynowania paliw ciekłych, w tym magazynowania oleju napędowego objętego zamówieniem, od którego PKN ORLEN S.A. składa niniejsze odwołanie z wykorzystaniem wszystkich wymienionych w jej treści instalacji magazynowania paliw ciekłych, do których zalicza się pojemności zbiornikowe w terminalach paliw oraz pojemności bezzbiornikowe w podziemnym bezzbiornikowym

magazynie paliw ciekłych zlokalizowanym w miejscowości Góra w gminie Inowrocław. Tym samym PKN ORLEN S.A. spełnia między innymi obiektywny wymóg, wskazany w SIWZ, posiadania koncesji na magazynowanie paliw ciekłych, która na równi traktuje magazynowanie zbiornikowe i bezzbiornikowe paliw ciekłych. W praktyce tak sposób sformułowania zapytania Ogłoszenia o Zamówieniu i SIWZ oznacza to dla PKN ORLEN S.A. dyskryminujące ograniczenie zakresu możliwej do wykonywania działalności polegającej na magazynowaniu paliw ciekłych wynikającej z przyznanej mu koncesji.

Możliwość utrzymywania zapasów interwencyjnych w bezzbiornikowych magazynach paliw ciekłych nie budzi również wątpliwości Prezesa Agencji Rezerw Materiałowych, który jako organ nadzoru odpowiada za weryfikację przestrzegania przez przedsiębiorców świadczących usługi magazynowania oraz przedsiębiorców obowiązków utrzymywania zapasów interwencyjnych, sam Zamawiający utrzymuje zresztą u Odwołującego w bezzbiornikowych magazynach ropy naftowej zapasy agencyjne ropy naftowej. Prezes Agencji Rezerw Materiałowych wielokrotnie kontrolował zarówno zasady przechowywania zapasów agencyjnych w zakresie ropy naftowej, jak i przechowywania w IKS Solino zapasów obowiązkowych przez PKN Orlen w zakresie ropy naftowej i w zakresie paliw ciekłych, w tym oleju napędowego, nie kwestionując prawidłowości usługi.

**Dlatego też Odwołujący stwierdza, że przy braku legalnej definicji magazynu w ustawie o zapasach oraz zakresowym przedmiotowym koncesjonowanej działalności polegającej na magazynowaniu paliw (paliw ciekłych) w Polsce obejmujących na równych zasadach pojemności zbiornikowe oraz bezzbiornikowe na paliwa ciekłe, w celu zapewnienia niedyskryminujących warunków ubiegania się o przedmiotowe zamówienie przez wszystkich koncesjonowanych przedsiębiorców świadczących usługi magazynowania paliw ciekłych w Polsce, koniecznym jest doprecyzowanie w treści Zamówienia pojęcia magazynu poprzez odwołanie się do pojęcia instalacji magazynowania paliw ciekłych w rozumieniu art. 3 pkt 10f prawa energetycznego.**

#### **[zbiornikowe i bezzbiornikowe magazynowanie paliw na rynku Polskim]**

Bezzbiornikowe magazynowanie paliw jest sprawdzoną technologią opierającą się o wykute na ten cel w skale kawerny lub odpowiednio przygotowane kawerny solne, wykorzystywaną powszechnie na świecie do magazynowania rezerw strategicznych ropy naftowej i paliw ciekłych. Z punktu widzenia świadczenia usługi, pomiędzy technologią magazynowania paliw ciekłych w zbiornikach stalowych a bezzbiornikowym magazynowaniem paliw ciekłych, jedyną różnicą jest fakt, że kawerny solne, w których przechowywane są paliwa ciekłe *„cehuje większe bezpieczeństwo eksploatacji, ochrony środowiska, przeciwpożarowe w porównaniu do magazynowania zbiornikowego”* (S.Stefański, T. Sobota, M. Rościszewska, Kawerny w wysadach solnych, Rurociągi nr 1-2/67/2013 s 3). Szczególnie podkreśla się zalety bezzbiornikowego magazynowania paliw ciekłych w kawernach solnych, które *„choć droższe od ulokowanych w złożach ropy i gazu mają wiele atutów umożliwiając szybki i całkowity odbiór zatłoczonego medium”* (G. Czapowski, Możliwości bezpiecznego

podziemnego magazynowania węglowodorów (paliw) w strukturach geologicznych na obszarze Polski, Przegląd Geologiczny, vol. 54, nr 8, 2006). Wskazuje się również, że „W stosunku do standardowego przechowywania ropy naftowej i produktów naftowych w zbiornikach naziemnych i podziemnych przechowywanie w kawernie solnej ma szereg zalet:

- *kawerny nie zajmują powierzchni magazynowej, zajęta powierzchnia stanowi jedynie 5 do 10% powierzchni, jaka byłaby potrzebna do identycznej objętości składowania w zbiornikach naziemnych; teren na powierzchni, pod którą znajduje się kawerna, może być wykorzystany do celów rolniczych.*
- *objętość magazynowa składowana pod ziemią jest praktycznie niedostępna, stąd występuje bardzo małe narażenie na potencjalne akty sabotażu lub klęski żywiołowe; zagrożenie pożarowe i wybuchowe nie występuje lub jest bardzo ograniczone,*
- *temperatura wewnątrz kawerny jest stała, niezależna od pory roku i nasłonecznienia zbiornika, co eliminuje tzw. procesy oddychania zbiorników i straty najlżejszych frakcji przez odparowanie,*
- *sól jest nieprzepuszczalna dla węglowodorów i inerta – nie wchodzi w reakcje chemiczne z ropą ani paliwami – dlatego też nie istnieje problem korozji zbiorników magazynowych,*
- *z uwagi na brak dostępu powietrza, w kawernie nie występują procesy utleniania paliw, które są w głównej mierze odpowiedzialne za pogarszanie się ich właściwości fizykochemicznych w warunkach przechowywania w zbiornikach naziemnych lub podziemnych,*
- *kawerny są włączone w system logistyczny rurociągów naftowych, terminali i rafinerii, co zapewnia ekonomiczny transport.*

**Zalety te powodują, że na całym świecie kawerny solne wykorzystuje się do długotrwałego przechowywania rezerw strategicznych.**” (B. Altkorn, M. Kwinta, „Metodyka laboratoryjnej symulacji podziemnego magazynowania ropy naftowej i produktów naftowych w kawernach solnych”, Nafta-Gaz, grudzień 2012, s. 1063).

Zalety użytkowe kawern w tym zakresie, zostały wprost uznane w obowiązującej i przyjętej uchwałą Rady Ministrów polityce energetycznej państwa do roku 2030 r. (M.P. z 2010 poz. 2, nr 11), gdzie wyraźnie wskazano, że szczególnymi celami polityki w obszarze ropy naftowej i paliwa płynne jest rozbudowa i budowa magazynów na ropę naftową i paliwa płynne (magazyny kawernowe, bazy przeładunkowo-magazynowe). Rzecz jasna, kawerny mają pewne ograniczenia związane z etapem samej inwestycji takie jak wysokie koszty początkowe i długi kilkuletni czas budowy, ograniczona liczba miejsc w których mogą być zbudowane czy skrócenie okresu użytkowania kawerny w przypadku wykorzystywania ich do działalności operacyjnej. Powyższe ograniczenia w żaden sposób nie wpływają jednak na jakość świadczonych usług. Z punktu widzenia odbiorcy usługi bezzbiornikowa technologia magazynowania paliw ciekłych jest nie tyle równoważna, co lepsza niż składowanie ich w zbiornikach paliw. Konieczność uzyskania odpowiedniego efektu skali w celu

uzyskania zwrotu z kapitału jest wyłącznym problemem świadczącego usługę przy rozpoczęciu inwestycji.

Należy podkreślić, że wykluczenie pojemności bezzbiornikowych magazynów paliw (paliw ciekłych), eliminuje nie tylko lepszą technologię świadczenia usług magazynowania, ale prowadzi do sytuacji, w której dochodzi do wskazania szczególnego procesu, który charakteryzuje usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, ograniczając możliwość uczestnictwa w przetargu przez Zamawiającego. Dostępne pojemności magazynowych paliw ciekłych w Polsce wynoszą bowiem łącznie ok. 5,47 mln m<sup>3</sup>, z czego: pojemności naziemne (zbiornikowe) usytuowane w bazach i terminalach wynoszą ok. 3,67 mln m<sup>3</sup> (67% rynku), pojemności podziemne (bezzbiornikowe) usytuowane w kawernach solnych wynoszą ok. 1,8 mln m<sup>3</sup> (33% rynku). Pojemności na paliwa podziemne (bezzbiornikowe) należą w całości do GK ORLEN S.A. Z kolei pojemności naziemne (zbiornikowe) należą do: OLPP (ok. 1,83 mln m<sup>3</sup>), GK ORLEN (ok. 0,94 mln m<sup>3</sup>), GK LOTOS (ok. 0,56 mln m<sup>3</sup>), firmy TANQUID (0,14 mln m<sup>3</sup>) oraz pozostałych (ok. 0,19 mln m<sup>3</sup>). W efekcie wprowadzonego przez Agencję ograniczenia wyeliminowano z przetargu 1/3 istniejących w Polsce instalacji magazynowych, bezpośrednio wpływając na przetarg pomimo braku uzasadnienia merytorycznego.

#### **[swoboda Zamawiającego w określeniu przedmiotu zamówienia]**

Uprawnieniem ale i obowiązkiem Zamawiającego jest określenie i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób spełniający jego uzasadnione potrzeby. Swoboda Zamawiającego w określeniu parametrów przedmiotu zamówienia ulega ograniczeniom zawartym w przepisie art. 29 ustawy Pzp. (wyrok KIO z dnia 17 marca 2009 r. (KIO/UZP 253/09). Opisując przedmiot zamówienia i bezzasadnie zawężając go jedynie do instalacji zbiornikowych, zamawiający naruszył ponadto zasady określone w art. 29 p.z.p. Jak słusznie wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie, opis przedmiotu zamówienia powinien odpowiadać rzeczywistym potrzebom zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wskazywała w orzecznictwie na kwestie "uzasadnionych potrzeb zamawiającego" (zob. wyroki KIO: z dnia 5 lipca 2012 r., KIO 1307/11; z dnia 12 lipca 2012 r., KIO 1360/12, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)) czy też "obiektywne okoliczności" (zob. wyrok KIO z dnia 8 lipca 2011 r., KIO 1344/11, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)), zwłaszcza w świetle opisu przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (Bazan Aneta, Nowicki Józef Edmund, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 29, wyd. LEX 2015).

Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać oferentom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w ustawie z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi w sytuacji, gdy zamawiający opíše przedmiot zamówienia poprzez zbytne dookreślenie przedmiotu, jak również, gdy Zamawiający nie dokona właściwego opisu przedmiotu zamówienia. Naruszenie to polegać może zatem na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego (Bazan Aneta, Nowicki Józef Edmund, Prawo zamówień

publicznych. Komentarz do art. 29, wyd. LEX 2015). Co więcej „Postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom. Zamawiający, dokonując opisu sposobu zamówienia w sposób eliminujący niektórych wykonawców, winien udowodnić, że taki opis jest uzasadniony jego rzeczywistymi potrzebami.” (wyrok KIO z dnia 16 listopada 2015 r. KIO 2367/15). Jednocześnie „Interes zamawiającego realizowany w ramach poszczególnych postępowań przetargowych i stanowiących niejednokrotnie uzasadnienie do ograniczenia konkurencji na rynku musi wynikać z obiektywnych potrzeb zamawiającego, realizowanych w interesie publicznym, których waga jest na tyle znacząca, iż uzasadnia ograniczenie wykonawcom dostępu do rynku.” (wyrok KIO z dnia 23 maja 2016 r. KIO 671/16). **„Zamawiający nie może bowiem wymagać od wykonawców takich właściwości przedmiotu zamówienia, które nie mają znaczenia dla spełnienia celu, któremu ma służyć przedmiot zamówienia, a które powodują lub wręcz eliminują konkurencję na rynku.”** (Uchwała KIO z dnia 17 lipca 2015 r. KIO/KD 38/15). Przy czym, co istotne, po stronie wykonawcy wystarczy jedynie uprawdopodobnienie, że opis przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (zob. wyroki KIO: z dnia 24 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 466/09, KIO/UZP 486/09; z dnia 26 sierpnia 2011 r., KIO 1734/11, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)).

Istotą sporu w niniejszej sprawie musi być więc ocena, czy istnieją jakiegokolwiek uzasadnione potrzeby Zamawiającego w zakresie otrzymywanej usługi magazynowania paliw ciekłych, które mogą być zrealizowane wyłącznie w przypadku świadczenia jej w zbiornikach, nie zaś w magazynach bezzbiornikowych. Kluczową kwestią w niniejszej sprawie jest bowiem fakt, że przedmiotem zamówienia nie jest dostawa na rzecz Zamawiającego instalacji magazynowych, gdzie różnica między magazynem zbiornikowym i bezzbiornikowym jest bezsporna. Przedmiotem zamówienia jest bowiem świadczenie usługi magazynowej, gdzie końcowy efekt usługi jest z punktu widzenia jej odbiorcy dokładnie taki sam, niezależnie od tego czy następuje ona w zbiornikach czy w magazynach bezzbiornikowych.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że możliwość prawidłowego i realizującej cele zamówienia świadczenia usługi zapasów interwencyjnych w magazynach bezzbiornikowych została przecież wprost dopuszczona przez ustawodawcę i została potwierdzona przez Prezesa Agencji Rezerw Materiałowych w odniesieniu do Odwołującego w toku realizowanych kontroli administracyjnych. O ile przedmiotem niniejszego odwołania może być wyłącznie ocena spełniania kryteriów PZP, to przy ocenie spełnienia kryterium przesłanki zachowania konkurencyjności na gruncie PZP trzeba wziąć pod uwagę bezwzględnie obowiązujące przepisy regulujące sektor w którym dokonywane jest zamówienie. W sytuacji gdy zamówienie dokonywane jest na takim ściśle regulowanym rynku wprowadzenie przez Agencję Rezerw Materiałowych pozaustawowych kryteriów dla przechowywania zapasów agencyjnych, mogłoby być usprawiedliwione jedynie w wyjątkowych przypadkach, nie może zaś



prowadzić do wprowadzenia nieprzewidzianego w ustawie o zapasach kryterium magazynowania zapasów agencyjnych, wyłącznie w pojemnościach zbiornikowych.

Nie ulega również wątpliwości, że wyeliminowanie z przetargu 1/3 zainstalowanych pojemności magazynowych mogących służyć do wykonania usługi, w istotny sposób ogranicza konkurencję i wpływa na wynik postępowania. Mogąc zaoferować pojemności bezzbiornikowe, Odwołujący miałby możliwość ukształtowania zupełnie innej oferty cenowej i objęcia ofertą całości zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, w naszej ocenie bezzasadnym jest posłużenie się zarówno w opisie jak i w określeniu przedmiotu zamówienia, a także w treści warunków udziału w postępowaniu pojęciami „zbiornikowej pojemności magazynowej” oraz „zbiornika magazynowego”. Cele niniejszego postępowania mogą zostać osiągnięte także poprzez wykorzystanie innych, dostępnych sposobów wykonania zamówienia to jest pojemności bezzbiornikowych (kawernowych).

**Podsumowując, Odwołujący stwierdza, że w aktualnym stanie prawnym nie istnieją żadne przesłanki pozwalające uzasadnić obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, ograniczenie kręgu usługodawców do podmiotów posiadających pojemności zbiornikowe, a wyłączających z tego kręgu usługodawców świadczących usługi magazynowania paliw ciekłych z wykorzystaniem technologii bezzbiornikowego magazynowania paliw ciekłych.**

W imieniu PKN Orlen S.A.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwa wraz z odpisem KRS.
2. Dowód wniesienia wpisu.
3. Dowód przekazania odwołania Zamawiającemu.
4. Kopia koncesji na magazynowanie paliw ciekłych PKN ORLEN S.A.