

**Sygn. akt: KIO 535/13**

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 21 marca 2013r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 21 marca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2013 r. przez wykonawcę „Autoparts” Sp. z o.o. ul. Kotsisa 2/4; 03-307 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Straż Miejska m. st. Warszawy ul. Młynarska 43/45; 01-179 Warszawa

przy udziale wykonawcy K..... G..... prowadzący działalność gospodarczą p.n. Grand Auto Service K..... G..... ul. Wolińska 6; 03 - 699 Warszawa zgłaszającego się po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. odrzucić odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża „Autoparts” Sp. z o.o. ul. Kotsisa 2/4; 03-307 Warszawa i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez „Autoparts” Sp. z o.o. ul. Kotsisa 2/4; 03-307 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

Sygn. akt KIO 535/13

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21.11.2012r. poz. 2012/S 224-369 211 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

„Zamawiającym” jest Straż Miejska m.st. Warszawy a „odwołującym” „Autoparts” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił K..... G..... prowadzący działalność gospodarczą p.n. Grand Auto Service K..... G..... w Warszawie zwany dalej „Przystępującym”.

Odwołanie wniesione dnia 08.03.2013r. pismem z dnia 08.03.2013r. dotyczyło zaskarżenia czynności zamawiającego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą zamawiający uznał ofertę przystępującego do niniejszego postępowania odwoławczego.

Zgodnie z Ogłoszeniem o zamówieniu przedmiotem postępowania były: usługi w zakresie obsługi i usuwania awarii pojazdów służbowych Straży Miejskiej m.st. Warszawy.

Zamówienie zostało podzielone na cztery części z przypisaniem do poszczególnych części określonych Dzielnic m. st. Warszawy.

Odwołanie dotyczy części trzeciej zamówienia obejmującej następujące rejony dzielnic m.st. Warszawy: Praga Północ lub Targówek lub Białołęka, który będzie świadczyć usługi w zakresie obsługi 69 pojazdów w tym 6 skuterów zamawiającego.

W złożonym odwołaniu zaskarżono postępowanie zamawiającego w zakresie badania, oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, jako niezgodne z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych ( Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą PZP”.

Z daleko idącej ostrożności odwołujący również zaskarża czynność zamawiającego w zakresie braku unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Odwołujący wskazał na naruszenie następujących przepisów ustawy PZP: art.7 ust.1, art.91 ust.1 i ust.2, w zw. z art. 2 pkt 5, art.44 ust.3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych, art.93 ust.1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust.1.

Odwołujący powołał się na swój interes do wniesienia odwołania, podyktowany okolicznością, że jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą cenowo, gdyby zamawiający dokonywał oceny ofert zgodnie z ustawą PZP. W wyniku czynności zamawiającego odwołujący może ponieść szkodę, ponieważ jego najkorzystniejsza oferta nie została wybrana tylko oferta wykonawcy konkurencyjnego. Tym samym spełniają się przesłanki do wniesienia odwołania.

W tej sytuacji odwołujący zgłosił następujące żądania: uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty to jest oferty wykonawcy przystępującego do niniejszego postępowania odwoławczego, unieważnienie postępowania prowadzonego przez zamawiającego. Odwołujący wnosi również o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego w tym ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego.

Wskazał na termin do wniesienia odwołania w związku z otrzymaniem zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 27 lutego 2013r. oraz na przesłanie kopii odwołania do zamawiającego w związku z terminem określonym w art.180 ust.5 ustawy PZP.

Również wniósł o przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania przedstawił w szczególności następującą argumentację formalną i prawną oraz przywołał dowody jak poniżej.

Odwołujący przywołał obowiązujące według SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia) kryteria oceny ofert to jest (stawka roboczogodziny -40%, marża na części – 30 %, rabat – 30%).

Odwołujący podniósł, że oferta wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza nie jest najtańszą cenowo, ponieważ wykonawca wybrany tak zmanipulował ustalonymi kryteriami oceny ofert, że uzyskał ocenę swojej oferty jako oferty najkorzystniejszej, ale wcale to nie oznacza, że jego oferta będzie najtańszą cenowo. Przyczyną takiej sytuacji jest zmanipulowanie czynnikami będącymi kryteriami oceny ofert konkretnie manipulacja marżą – bardzo wysoka na poziomie 150%, umożliwiła zaoferowanie niższych stawek pozostałych kryteriów oceny ofert i jednocześnie uzyskanie najwyższej punktacji w stosunku do złożonych pozostałych ofert. Poza tym, tak ukształtowana marża nie stanowi marży handlowej przewidzianej w ustawie o cenach. Takie zmanipulowanie wysokością marży umożliwiło wykonawcy wybranemu zaoferowanie niskiej ceny roboczogodziny i wysokiego rabatu, a w konsekwencji uzyskanie najwyższej punktacji według ustalonych kryteriów oceny ofert co narusza zarówno interes odwołującego jak i samego zamawiającego.

Aby zobrazować oferty złożone przez odwołującego i wykonawcę wybranego, odwołujący przedstawił wyliczenia wskazujące na okoliczność, że jego oferta jest na niższą cenę.

W ocenie odwołującego, zamawiający posługując się bezkrytycznie ustalonymi kryteriami oceny ofert dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisem ustawy PZP. Zamawiający dokonał w ten sposób wyboru najkorzystniejszej oferty, która nie jest ofertą najtańszą cenowo, co odwołujący wykazał w odwołaniu na konkretnych wyliczeniach.

Gdyby zamawiający oraz wykonawca wybrany kwestionowali wyliczenia dokonane przez odwołującego to wnosi o powołanie biegłego właściwej specjalności z listy Sądu Okręgowego dla Warszawy lub dla Sądu Okręgowego Warszawa- Praga w Warszawie.

W ocenie odwołującego istnieją przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art.93 ist.1 pkt 7 ustawy PZP, ponieważ postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Błąd polega na tym, że zamawiający ustalając kryteria oceny ofert nie zdefiniował w SIWZ pojęcia co należy rozumieć przez marżę.

W dniu 19 marca 2013r. pismem z tego samego dnia odpowiedź na odwołanie wniośn zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający stwierdził, że wskazane w odwołaniu czynności i zaniechania po jego stronie to jest badanie i ocena ofert oraz zaniechanie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty odwołującego dotyczy czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2013r. w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 131/13. W związku z powyższym w ocenie zamawiającego odwołanie powinno ulec odrzuceniu na podstawie art. 189 ust.2 pkt 5 ustawy PZP.

Zamawiający dalej w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie wskazał, że w dniu 15 stycznia 2013r. przesłał do odwołującego zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty to jest oferty odwołującego oraz o odrzuceniu oferty aktualnie wykonawcy wybranego to jest przystępującego w niniejszym postępowaniu odwoławczym z powodu wskazania w ofercie marży przekraczającej stawkę ponad 100% jest 150%. Zamawiający wówczas odrzucił ofertę przystępującego w niniejszym postępowaniu odwoławczym z uwagi na stwierdzenie w tej ofercie błędu w obliczeniu ceny to jest na podstawie art.89 ust.1 pkt 6 ustawy PZP to jest z uwagi na zastosowanie marży 150%. Natomiast zgodnie z przywołanym wyrokiem KIO, Izba ustaliła, że wykonawcy mieli prawo ustalenia marży powyżej 100% i nie popełnili błędu w obliczeniu ceny.

Zamawiający postąpił zgodnie z przywołanym wyrokiem KIO to jest unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty, przywrócił do postępowania wykonawcę, którego oferta została

odrzucona to jest przystępującego do niniejszego postępowania i dokonał ponownej oceny ofert i w efekcie wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego a nie odwołującego. Ponadto zamawiający podkreślił, że odwołujący nie przystąpił do postępowania odwoławczego prowadzonego w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 131/13.

Pismem z dnia 11.03.2013r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca wybrany, który wniósł o odrzucenie odwołania.

W dniu 13.03.2013r. odwołujący złożył uzupełniające w sprawie stanowisko, w związku z pismem przystępującego do postępowania odwoławczego. Odwołujący wniósł o nieuwzględnienie wniosku przystępującego o odrzucenie odwołania, stwierdzenie o nieistnieniu podstaw do odrzucenia odwołania, skierowania sprawy na rozprawę. Bowiem wbrew twierdzeniu przystępującego czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego nie jest czynnością nakazaną Wyrokiem KIO z dnia 07.02.2013r. w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 131/13, KIO 137/13, KIO 172/13, KIO 187/13. Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zamawiającemu ponowną ocenę i wybór oferty z udziałem oferty przystępującego, ponieważ uznała odrzucenie tej oferty za niesłuszne. W żadnej mierze Krajowa Izba Odwoławcza nie dokonywała oceny złożonych ofert.

Odwołujący podtrzymuje wszystkie wnioski w tym wnioski dowodowe oraz zarzuty zawarte w odwołaniu.

Przede wszystkim podtrzymuje stanowisko, że oferta złożona przez wykonawcę wybranego, aktualnie przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, która w ocenie punktowej od zamawiającego otrzymała najwyższą liczbę punktów nie jest ofertą z najniższą ceną i jest ofertą mniej korzystną dla zamawiającego cenowo od oferty odwołującego, co ma bezpośrednie przełożenie na racjonalne wydatkowanie środków publicznych, do czego zobligowany jest zamawiający.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Izba ustaliła

Odwołanie dotyczy wyboru najkorzystniejszej oferty, która w ocenie odwołującego nie jest najkorzystniejszą ofertą pod względem ekonomicznym. Według odwołującego nie zachodzą wskazane przez zamawiającego i przystępującego przesłanki do odrzucenia odwołania.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanego przez zamawiającego oraz dowodów przeprowadzonych na rozprawie na wniosek odwołującego, zamawiającego oraz z urzędu Izba ustaliła co następuje.

Z dowodu przeprowadzonego z ofert zarówno odwołującego jak i przystępującego w niniejszym postępowaniu odwoławczym wynika co następuje.

Oferty zostały złożone na zadanie nr 3, które to zadanie sprecyzowano powyżej.

Obydwaj wykonawcy zgodnie z wymogiem SIWZ w formularzu ofertowym wypełnili pozycje dotyczące: wynagrodzenia brutto to jest podali wysokość stawki roboczogodziny, marże jaką nalicza wykonawca zamawiającemu na zakupione części oraz podali wysokość rabatu jaką udziela zamawiającemu wykonawca od ceny usługi wraz z częściami.

W trybie i na obowiązujących zasadach wyboru najkorzystniejszej oferty (Część VIII SIWZ pkt 32) przewidziano następujące kryteria oceny ofert : cena jednej roboczogodziny- 40%; wysokość marży na części -30%, wysokość rabatu od ceny usługi wraz częściami – 30%. Za najkorzystniejszą ofertę zamawiający uzna taką, która uzyska najwyższą liczbę punktów w oparciu o ustalone kryteria oceny ofert i podane w formularzu ofertowym ceny roboczogodziny i stawki marży oraz stawki rabatu. Dalej w SIWZ wskazano, że marża i rabat muszą być podane w %. Podano wzór na obliczenie oceny ceny roboczogodziny oraz podano jakie punkty będą przyznawane za stawkę marży i rabatu. W tych ostatnich ocenę zróżnicowano liczbą punktów w zależności od procentów podanej marży oraz rabatu. Przy czym w obydwóch kryteriach przewidziano ilości punktów gdy zarówno marża i rabat będą powyżej 29 %. Bez jakichkolwiek wskazań czy ograniczeń co do wysokości procentowej marży czy rabatu ( marża: powyżej 29%- 1 pkt, rabat – powyżej 29 %- 30 pkt).

Pismem z dnia 07.01.2013r. zamawiający dokonał pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty i wówczas oferta przystępującego została uznana za ofertę najkorzystniejszą a oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

Pismem z dnia 10.01.2013r. odwołujący wniósł pismo do zamawiającego, w którym nie zgadza się z dokonany wyboem najkorzystniejszej oferty i oczekuje zmiany wyboru najkorzystniejszej oferty pod rygorem wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Według odwołującego oferta wykonawcy miała być odrzucona uwagi na wysokość niedopuszczalnej stawki marży to jest 150 %. Logicznym dla odwołującego było ustalenie marży na poziomie nie wyższym niż 100%.

Na skutek wniesionego pisma przez odwołującego, zamawiający w dniu 15.01.2013r.. dokonał ponownej oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym razem oferta wykonawcy wybranego to jest przystępującego w niniejszym postępowaniu została odrzucona, a oferta odwołującego została uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Zamawiający posługując się argumentacją odwołującego zawartą w piśmie z dnia 10.01.2013r. zaznaczył w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty przystępującego, że marża nie może być wyższa niż 100%. Zaoferowanie marży na poziomie 150% potraktował zamawiający jako błąd w obliczeniu ceny i odrzucił ofertę na podstawie art.89 ust.1 pkt 6 ustawy PZP.

Przystępujący w niniejszym postępowaniu odwoławczym w dniu 22.01.2013r. wniósł odwołanie na odrzucenie jego oferty na podstawie błędu w obliczeniu ceny.

W tym samym dniu zamawiający w trybie art.185 ustawy PZP zawiadomił odwołującego o wniesieniu odwołania przez przystępującego. Zapytany na rozprawie odwołujący czy zaprzecza, otrzymaniu wezwania w trybie art.185 ustawy PZP, nie zaprzeczył ( protokół z posiedzenia z dnia 21.02.2013r.).

Jak ustalono na podstawie dowodu przeprowadzonego z wyroku KIO z dnia 07.02.2013r . odwołujący nie przystąpił do postępowania odwoławczego w sprawie oznaczonej KIO 131/13.

Zgodnie z treścią wyroku w sprawie KIO 131/13 Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy AUTOPARTS Sp .z o.o. i nakazała powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

Z uzasadnienia wyroku wynika, że zamawiający bezpodstawnie dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego stwierdzając, że podanie marży w wysokości 150% jest błędem w obliczeniu ceny. Izba badając SIWZ nie stwierdziła, aby zamawiający w jakikolwiek sposób ograniczył wysokość marży w ofertach wykonawców.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 07.02.2013r. w sprawie KIO 131/13 w dniu 27.02.2013r. zamawiający dokonał kolejnej oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem pierwotnie wykonawcy odrzuconego to jest przystępującego w niniejszym postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Stosując obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasady wyboru najkorzystniejszej oferty tym razem zamawiający wybrał ofertę



przystępującego, która uzyskała najwyższą liczbę punktów w oparciu o obowiązujące kryteria wyboru oferty.

Na skutek tak dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty, odwołujący przestał być liderem spośród wykonawców i zajął drugie miejsce po przystępującym.

W związku z powyższym wniósł przedmiotowe odwołanie wnosząc o unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty to jest oferty przystępującego.

Pismem z dnia 08.03.2013r. zamawiający zawiadomił przystępującego w trybie art.185 ustawy PZP o wniesionym odwołaniu.

Na posiedzeniu z udziałem stron odwołujący argumentując o nie uwzględnieniu wniosku o odrzucenie odwołania złożył w poczet dowodów pismo z innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego gdzie strona zamawiającego to jest Mazowiecki Urząd Wojewódzki pismem z dnia 14 grudnia 2011r. w sprawie L.dz. BAB-IV. 272.1.2011, który unieważnił postępowanie z powodu ustalonych kryteriów oceny ofert, które nie gwarantowały wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert. Odwołujący zaznaczył, że podobnie jak w przedmiotowym postępowaniu charakter ustalonych kryteriów oceny ofert ma charakter cenowy to jest kwalifikuje się do jednego kryterium to jest ceny(cena roboczogodziny, marża, rabat).

Jak w powyższej części odwołania przedstawiono zarówno zamawiający jak i przystępujący wnieśli o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 5 ustawy PZP, a również na podstawie art.189 ust.2 pkt 3 ustawy PZP.

Izba na podstawie powyżej dokonanych ustaleń zważyła co następuje.

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Odwołanie Izba odrzuca w związku ze spełnieniem się przesłanek ustawowych zarówno z art.189 ust.2 pkt 3 jak i pkt 5 ustawy PZP.

Zgodnie z art. 189 ust.2 ustawy PZP Izba odrzuca odwołanie, które zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie ( art.189 ust.2 pkt 3 ustawy PZP) oraz odwołanie, które dotyczy czynności, jaką zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu ( art.189 ust.2 pkt 5 ustawy PZP).

Co do spełnienia pierwszej przesłanki odrzucenia odwołania to Izba stwierdza, że podniesione zarzuty w odwołaniu mają na celu zakwestionowanie prawidłowości ustalonych

kryteriów oceny oferty w tym wypadku dowolności w zakresie określenia w ofercie stawki marży w oparciu o którą zamawiający dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty. Według odwołującego wykonawca powinien podać marżę nie wyższą niż 100%. Natomiast odwołujący podał marżę w wysokości 150%. W przedmiocie wysokości marży wypowiedziała się już Izba w wyroku z dnia 07.02.2013r. o Sygn. akt KIO 131/13 i z niego wynika, że według SIWZ i obowiązujących przepisów nie ma podstaw do ograniczenia wykonawcy w zakresie marży jaką poda wykonawca w ofercie.

W związku z powyższym, że Izba prawomocnie w tej kwestii wypowiedziała się to odwołujący wskazując na wysokość marży w ofercie wykonawcy wybranego (przystępującego) zarzuca nie samą jej wysokość a efekt wpływu dowolności wysokości marży i kryteriów w oparciu o które dokonuje się wyboru na wysokość ceny po jakiej wykonawca wybrany będzie świadczył usługi. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania dokonuje wyliczeń z których wynika, że umiejętne manewrowanie kryteriami oceny ofert daje wyższą ilość punktów co wcale nie oznacza, że zamawiający uzyska usługę od wykonawcy wybranego po cenie globalnie korzystniejszej niż od odwołującego, który w kryteriach oceny ofert uzyskał mniej punktów pomimo, że cena jego usługi byłaby niższa niż wykonawcy wybranego.

Z tej sytuacji faktycznej odwołujący podnosi naruszenie art. 91 ust.1 i 2 ustawy PZP zgodnie z którym zamawiający dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia(ust.1). Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia , w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis, termin wykonania zamówienia ( ust.2). Odwołujący w swoim odwołaniu wskazał również na naruszenie art.2 ust.5 ustawy PZP definiującego najkorzystniejszą ofertę jako ofertę przedstawiającą najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia , albo ofertę z najniższą ceną(...).

Reasumując podstawy prawne wniesionego odwołania oraz sformułowane zarzuty to w efekcie odwołujący domaga się zmiany ustalonych kryteriów oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty podważając, iż ustalone kryteria oceny ofert nie dadzą zamawiającemu możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej to jest najkorzystniejszej cenowo. W związku ze sformułowanymi w ten sposób kryteriami wyboru najkorzystniejszej oferty odwołujący oczekuje dokonywania wyboru nie w oparciu o sformalizowane w SIWZ kryteria. W związku z powyższym odwołujący domaga się zmiany oceny oferty po upływie terminu złożenia ofert.

Takie żądania odwołującego są spóźnione, ponieważ powinny być podniesione na etapie Ogłoszenia o zamówieniu oraz ogłoszenia SIWZ a nie na etapie po złożeniu ofert i dokonanych wyborze najkorzystniejszej oferty.

Reasumując odwołujący oczekuje od zamawiającego, że nie będzie stosował literalnych zapisów SIWZ w zakresie tam opisanych kryteriów oceny ofert a tylko będzie stosował zasady spoza SIWZ, ale gwarantujące zamawiającemu wybór oferty, która da jemu gwarancję uzyskania usługi po najniższej cenie. Oczywiście stanowisko słuszne co do prawa uzyskania najniższej ceny wobec takich kryteriów SIWZ jak roboczogodzina, marża, rabat, ale na etapie nie po złożeniu ofert tylko na etapie Ogłoszenia o zamówieniu czy publikacji postanowień SIWZ. Odwołujący powinien w takiej sytuacji zaskarżyć czynności zamawiającego w miesiącu listopadzie ubiegłego roku, a nie w miesiącu marcu bieżącego roku (2013r.).

W związku z powyższym odwołanie zostało złożone z naruszeniem terminu określonego w ustawie to jest art.182 ust.2 ustawy PZP.

Co do spełnienia przesłanki z art. 189 ust.1 pkt 5 ustawy PZP to w ocenie Izby również nastąpiło wyczerpanie dyspozycji zawartej w tym przepisie. Bowiem zamawiający dokonał wypełnienia zaleceń wyroku KIO z dnia 07.02.2013r. Sygn. akt KIO 131/13 dokonując unieważnienia poprzedniego wyboru oferty i ponownego wyboru z uwzględnieniem oferty aktualnego przystępującego stosując literalne zapisy SIWZ w tym z uwzględnieniem wykładni Izby co do braku ograniczenia wysokości stawki marży. Natomiast odwołujący na bazie kwestionowania prawa dowolności co do stawki marży zarzucił brak efektywności wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o ustalone kryteria oceny ofert. W ocenie Izby wniesione odwołanie kwestionuje ten sam zarzut co w odwołaniu KIO 131/13 to jest stawka marży tylko z jej rozszerzeniem na skutki jakie dla zamawiającego taka interpretacja marży wywołuje. Tymi skutkami jak podaje odwołujący jest ewidentna rozbieżność pomiędzy wyborem najkorzystniejszej oferty a ceną jaką uzyska zamawiający od wykonawcy, któremu przyznaje najwyższą ilość punktów w myśl ustalonych kryteriów oceny oferty. Jednym słowem odwołujący zarzuca zamawiającemu, że umiejętne manewrowanie ustalonymi parametrami dokonywanej oceny ofert w kontekście ilości punktów za przyznawane parametry wcale nie gwarantuje, że wygra oferta najkorzystniejsza cenowo. Dodatkowym argumentem odwołującego jest okoliczność, że ustalone parametry mają tylko wyłącznie na celu uzyskanie najtańszej oferty (stawka roboczogodziny, marża, rabat) ale tak są ustalone, że takiej gwarancji zamawiającemu nie dają. Niemniej tak jak powyższa argumentacja odwołującego jest spóźniona, ponieważ powinna odbyć się na etapie wcześniejszym to jest przed złożeniem ofert przez zaskarżenie postanowień w tym zakresie ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ.

W związku z powyższym została również spełniona druga z przesłanek do odrzucenia odwołania.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 i ust.4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) zasądzając koszty wpisu od odwołania uiszczonego przez odwołującego do kosztów postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący**

.....

