

POSTANOWIENIE

z dnia 13 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu **13 lipca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **6 lipca 2012 r.** przez wykonawcę **SKORUT Systemy Solarne Sp. z o. o. ul. Wybickiego 71, 32-400 Myślenice** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego **Powiat Suski ul. Mickiewicza 19, 34-200 Sucha Beskidzka**, przy udziale zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawcy **SOLVER Sp. z o.o. ul. Zagórska 167,42-600 Tarnowskie Góry**,

orzeka:

- 1. Odrzuca odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę SKORUT Systemy Solarne Sp. z o. o. ul. Wybickiego 71, 32-400 Myślenice,**
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł**, (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **SKORUT Systemy Solarne Sp. z o. o. ul. Wybickiego 71, 32-400 Myślenice**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w

terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie robót budowlanych polegających na dostawie i montażu 2349 instalacji solarnych dla budynków mieszkalnych na terenie Powiatu suskiego, jednej instalacji solarnej dla Szpitala Rejonowego w Suchoj Beskidzkiej oraz 23 tablic informacyjnych,” o wartości przekraczającej kwotę wskazaną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, (Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich z 23 marca 2012 r. Nr 2011/S 58-094441), w dniu 6 lipca 2012 r. zostało złożone odwołanie w formie pisemnej przez wykonawcę SKORUT Systemy Solarne Sp. z o.o. z siedzibą w Myślenicach, w kopii przekazane zamawiającemu dnia 5 lipca 2012 r.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia za pośrednictwem faksu w dniu 27 czerwca 2012 r. o odrzuceniu oferty odwołującego i o wyborze oferty wykonawcy: SOLVER Sp. z o.o. z Tarnowskich Gór.

Odwołanie zostało złożone wobec podjętych, niżej opisanych czynności oraz zaniechań czynności nakazanych ustawą Pzp, polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy SOLVER Sp. z o.o. w Tarnowskich Górach, mimo iż oferta ta winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy, Wachelka Ingeris S.A. w Częstochowie, mimo, iż oferta ta winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp,
3. wyborze, jako najkorzystniejszej oferty SOLVER Sp. z o.o. w Tarnowskich Górach, mimo, iż oferta tej firmy winna być odrzucona,
4. zaniechaniu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, mimo, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Jednocześnie, odwołujący zarzucił zamawiającemu Powiatowi suskiemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.), zwanej ustawą Pzp, tj.:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty SOLVER Sp. z o.o. w Tarnowskich Górach oraz oferty Wachelka Ingeris S.A. w Częstochowie z uwagi na ich niezgodność z wymogami SIWZ oraz,
2. art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na to, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej

odrzuconiu.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy SOLVER Sp. z o.o. w Tarnowskich Górach,
2. unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w niniejszym odwołaniu, w tym nakazanie zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia ofert: wykonawcy SOLVER Sp. z o.o. w Tarnowskich Górach oraz wykonawcy Wachelka Ingeris S.A. w Częstochowie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy,
4. nakazanie unieważnienia postępowania z uwagi na to, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu - na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, ponadto:
5. zasądzenie kosztów postępowania na rzecz odwołującego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że w dniu 21 maja 2012 roku zamawiający przesłał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy SKORUT Systemy Solarne Sp. z o.o. z siedzibą w Myślenicach. Wyrokiem z dnia 15 czerwca 2012 roku w sprawie sygn. akt KIO 1118/12 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wykonawcy SOLVER Sp. z o.o. z Tarnowskich Gór i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - SKORUT Systemy Solarne Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, jak również nakazała unieważnienie czynności badania i oceny ofert, powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający w dniu 18 czerwca 2012 roku poinformował odwołującego o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o powtórzeniu czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Następnie, w dniu 27 czerwca 2012 roku zamawiający poinformował odwołującego o wyborze oferty SOLVER Sp. z o.o. w Tarnowskich Górach jako najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty SKORUT Systemy Solarne Sp. z o.o. w Myślenicach oraz oferty Rapid Sp. z o.o. w Białej Podlaskiej. Z treści zawiadomienia wynika, iż ocenie podlegała również oferta Wachelka Ingeris S.A. w Częstochowie, która nie została odrzucona i zajęła drugie miejsce w przetargu. Z dokonanymi przez zamawiającego czynnościami w postępowaniu, odwołujący nie zgodził się, ponieważ w jego przekonaniu zostały one dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, gdyż także oferty wykonawców, które zamawiający poddał ocenie winny zostać odrzucone.

I. Odwołujący przedstawił poniższe zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy SOLVER Sp. z o.o. w Tarnowskich Górach.

1. W części dokumentacji projektowych dotyczących budynków mieszkalnych (np. projekt wykonawczy dla obiektu którego właścicielem jest zamieszkały w Stryszawie (nr dz. 10847/2) w pkt. 1.6 Wytyczne automatyki i sterowania ppkt 1.6.1 Założenia technologiczne ujęty jest następujący zapis:

„Układ solarny szeregowo lub równolegle do istniejącego - przełączenie automatyczne z funkcją podmieszania.”

Jako główny system sterowania dla tego układu hydraulicznego projektuje się sterownik mikroprocesorowy z wyświetlaczem ciekłokrystalicznym wyposażonym w min. 4 wejścia temperaturowe typu PT 1000, jedno impulsowe (pomiar przepływu) i min. 3 wyjścia w tym jedno tyrystorowe, a dwa przekaźnikowe.”

Na stronie 233, 234 i 235 oferty SOLVER Sp. z o.o. znajduje się karta techniczna regulatora instalacji kolektorów słonecznych model GH25SB produkcji firmy Geco. Regulator ten posiada tylko 1 wyjście przekaźnikowe, mimo, iż projekt wymaga, aby sterownik posiadał dwa wyjścia przekaźnikowe. Ponadto sterownik ten nie posiada wymaganego przez projekt jednego wejścia impulsowego (pomiar przepływu). O brakach tych świadczy dołączona do oferty przez firmę SOLVER Sp. z o.o. karta techniczna regulatora GH25SB. Na karcie tej (str. 235 oferty firmy SOLVER Sp. z o.o.) w pozycji „Schemat połączeń elektrycznych Wyjścia” uwzględnione są następujące wyjścia:

01 - Wyjście triakowe pompy głównej

02- Wyjście przekaźnikowe

Un - Podłączenie do sieci energetycznej 230V~/50Hz

Dowód: karta techniczna regulatora GH25SB załączona do oferty przez firmę SOLVER Sp. z o.o., opinia biegłego sądowego.

Jak widać zaoferowany przez firmę SOLVER Sp. z o.o. regulator nie posiada drugiego wyjścia przekaźnikowego, które jest wymagane w części dokumentacji projektowych dotyczących budynków mieszkalnych (np. projekt wykonawczy dla obiektu którego właścicielem jest zamieszkały: Stryszawa (nr dz. 10847/2). Brak uwzględnienia w omawianym regulatorze drugiego wyjścia przekaźnikowego spowoduje niemożność podłączenia pompy podmieszania do c.w.u.) lub zaworu trójdrogowego przełączającego Dn20, przez co część z instalacji solarnych nie będzie działać poprawnie. Ponadto na omawianej karcie technicznej (str. 235 oferty firmy SOLVER Sp. z o.o.) w pozycji „Schemat połączeń elektrycznych Wejścia” uwzględnione są następujące wejścia:

T1 - Wejście czujników temp. - czujnik PT 1000

T2 - Wejście czujników temp. - czujnik PT1000

T3 - Wejście czujników temp. - czujnik PT1000

T4 - Wejście czujników temp. - czujnik PT1000

Dowód: karta technicznej regulatora GH25SB załączona do oferty przez firmę SOLVER Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucał, że zaoferowany przez firmę SOLVER Sp. z o.o. regulator nie posiada jednego wejścia impulsowego (pomiar przepływu), które jest wymagane w części dokumentacji projektowych dotyczących budynków mieszkalnych (np. projekt wykonawczy dla obiektu którego właścicielem jest, Stryszawa (nr dz. 10847/2). Brak uwzględnienia w omawianym regulatorze wejścia impulsowego spowoduje niemożność pomiaru przepływu płynu solarnego, co z kolei przełoży się na niemożność ustawienia odpowiedniego przepływu i w konsekwencji nieprawidłowe działanie części instalacji solarnych.

2. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, w punkcie I. „Roboty budowlane polegające na dostawie i montażu 2349 instalacji solarnych dla budynków mieszkalnych na terenie Powiatu suskiego wraz z przeszkoleniem użytkowników” podpunkt 16a wskazano:

a. przewodność cieplna izolacji prowadzona na zewnątrz budynku λ - $<0,038 \text{ W/(m}^*\text{K)}$

Z karty charakterystyki izolacji HT/Armaflex S załączonej przez firmę SOLVER Sp. z o.o. do pisma z dnia 16 maja 2012 roku wynika natomiast, iż przewodność cieplna λ wynosi odpowiednio:

- w temperaturze 0°C - $<0,038 \text{ W/(m}^*\text{K)}$

- w temperaturze 40°C - $<0,042 \text{ W/(m}^*\text{K)}$

Zaoferowana przez firmę SOLVER Sp. z o.o. izolacja przewodów dla budynków mieszkalnych na terenie Powiatu suskiego nie spełnia zatem warunku postawionego w załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w zakresie wymaganej przewodności cieplnej λ ponieważ w temperaturze 40°C przewodność cieplna λ izolacji HT/Armaflex S wynosi - $<0,042 \text{ W/(m}^*\text{K)}$.

Dowód: karta charakterystyki izolacji HT/Armaflex załączona przez firmę SOLVER Sp. z o.o. do pisma z dnia 16 maja 2012 roku, opinia biegłego sądowego.

3. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w punkcie I. Roboty budowlane polegające na dostawie i montażu 2349 instalacji solarnych dla budynków mieszkalnych na terenie Powiatu Suskiego wraz z przeszkoleniem użytkowników” podpunkt 16a wskazano:

a. przewodność cieplna izolacji prowadzona na zewnątrz budynku λ - $<0,038 \text{ W/(m}^*\text{K)}$

Z karty charakterystyki izolacji HT/Armaflex załączonej przez firmę SOLVER Sp. z o.o. do pisma z dnia 16 maja 2012 r. wynika natomiast iż przewodność cieplna λ wynosi

odpowiednio:

- w temperaturze 0°C - <0,40 W/ (m*K)
- w temperaturze 40°C - <0,045 W/(m*K)

Zaoferowana przez firmę SOLVER Sp. z o.o. izolacja przewodów, która miałaby być wykorzystana w budynku Szpitala Rejonowego w Suchej Beskidzkiej nie spełnia zatem warunku postawionego w załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w zakresie wymaganej przewodności cieplnej.

Dowód: karta charakterystyki izolacji HT/Armaflex załączona przez firmę SOLVER Sp. z o.o. do pisma z dnia 16 maja 2012 roku, opinia biegłego sądowego.

4. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w punkcie I. Roboty budowlane polegające na dostawie i montażu 2349 instalacji solarnych dla budynków mieszkalnych na terenie Powiatu suskiego wraz z przeszkoleniem użytkowników, podpunkt 16e wskazano: „Izolacja przewodów powinna być wykonana w sposób trwały na całej ich długości w sposób uniemożliwiający jej rozszczelnienie, rozwinięcie itp. Ponadto izolacja przewodów winna spełniać następujące warunki: e. zabezpieczenia przed uszkodzeniem mechanicznym (np., dziobanie ptaków).

Firma SOLVER Sp. z o.o. w piśmie do zamawiającego z dnia 16 maja 2012 roku oświadczyła, iż izolacja przewodów prowadzonych na zewnątrz (tak HT/Armaflex S jak i HT/Armaflex) zostanie zabezpieczona przed uszkodzeniami mechanicznymi (np. dziobaniem ptaków) poprzez zastosowanie płaszcza PCV pokrytego warstwą aluminium o nazwie handlowej Lenzing Jacketing 524, którego karta techniczna została dołączona do pisma.

Dołączona karta w żadnym ze swoich zapisów, nie dowodzi jednak, iż Lenzing Jacketing 524 jest odporny na uszkodzenia mechaniczne w postaci dziobania ptaków. Firma SOLVER Sp. z o.o. nie dołączyła również do pisma skierowanego do zamawiającego żadnego oświadczenia producenta produktu Lenzing Jacketing 524 świadczącego o tym, iż produkt ten jest odporny na uszkodzenia mechaniczne w postaci dziobania ptaków. Biorąc powyższe pod uwagę, odwołujący stwierdził, iż izolacja przewodów prowadzonych na zewnątrz (zarówno w budynkach mieszkalnych na terenie Powiatu suskiego jak i w Szpitalu Rejonowym w Suchej Beskidzkiej) nie zostanie właściwie zabezpieczona przez firmę SOLVER Sp. z o.o. przed uszkodzeniami mechanicznymi w postaci dziobania ptaków. Brak takiego zabezpieczenia spowoduje rozrywanie izolacji, utraty ciepła i w konsekwencji spadek efektywności działania systemów solarnych. Odnosząc się do wymogów postawionych w załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” odnośnie izolacji przewodów, utrzymywał zatem odwołujący, iż zaoferowane przez firmę SOLVER Sp. z o.o. rozwiązania (HT/Annaflex S i HT/Armaflex) nie spełniają wymogu zabezpieczenia izolacji przed uszkodzeniami mechanicznymi w postaci dziobania ptaków.

Dowód: karta techniczna Lenzing Jacketing 524 załączona przez firmę SOLVER Sp. z o.o. do pisma z dnia 16 maja 2012 skierowanego do zamawiającego, opinia biegłego sądowego.

5. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ "Opis przedmiotu zamówienia" w punkcie I. "roboty budowlane polegające na dostawie i montażu 2349 instalacji solarnych dla budynków mieszkalnych na terenie Powiatu suskiego wraz z przeszkoleniem użytkowników" - podpunkt 18 wskazano: zespół pompowy w izolacji termicznej pompa klasy energetycznej „A” lub o poborze mocy do 45 W.

W swojej ofercie firma SOLVER Sp. z o.o. zaproponowała zamawiającemu pompę UPS Solar 15-65 130, który to model nie jest pompą o klasie energetycznej "A" oraz według obliczeń odwołującego posiada pobór mocy w punkcie pracy określonym w projektach wykonawczych instalacji solarnych dla domów jednorodzinnych (czyli wysokości podnoszenia $h=6,2$ mH₂O przy przepływie 150 l/h) 46 W.

Dowód: wykres charakterystyki pompy UPS Solar 15-65 130 z zaznaczonym punktem pracy oraz wartością mocy w tym punkcie, opinia biegłego sądowego.

Dodatkowo odwołujący podnosił, że tylko w nielicznych przypadkach instalacji - punkt pracy określony powyżej będzie wystarczający. W większości przypadków, aby zapewnić prawidłową pracę instalacji solarnej, co zamawiający wymaga w swojej SIWZ, pompa solarna musi zapewniać nieporównywalnie większy przepływ. Najbardziej niekorzystna pod tym względem jest instalacja z 6 kolektorami słonecznymi. Aby zapewnić prawidłową pracę systemu w takich instalacjach pompa solarna powinna osiągać przepływ na poziomie ok. 900 l/h. W takich warunkach nie dość, że pompa UPS Solar 15-65 nie osiąga wymaganej wysokości podnoszenia, to jeszcze jej pobór mocy jest nieporównywalnie większy.

Dowód: wykres charakterystyki pompy UPS Solar 15-65 130 z zaznaczonym punktem pracy wymaganym dla instalacji 6 kolektorów słonecznych, opinia biegłego sądowego.

W ocenie odwołującego, swoim postępowaniem zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SOLVER Sp. z o.o., mimo, iż treść tej oferty nie odpowiada wymogom postawionym przez zamawiającego w SIWZ.

II Zarzuty odwołującego dotyczące nie odrzucenia oferty wykonawcy Wachelka Inergis S.A. w Częstochowie.

1. W części dokumentacji projektowych dotyczących budynków mieszkalnych (np. projekt wykonawczy dla obiektu którego właścicielem jest zamieszkały w Stryżawie (nr dz. 10847/2) w pkt. 1.6 Wytyczne automatyki i sterowania ppkt 1.6.1 Założenia technologiczne ujęty jest następujący zapis:

„Układ solarny szeregowo lub równolegle do istniejącego - przełączenie automatyczne z funkcją podmieszania. Jako główny system sterowania dla tego układu hydraulicznego projektuje się sterownik mikroprocesorowy z wyświetlaczem ciekłokrystalicznym wyposażonym w min. 4 wejścia temperaturowe typu PT 1000, jedno impulsowe (pomiar przepływu) i min. 3 wyjścia w tym jedno tyrystorowe, a dwa przekaźnikowe.

Na stronach 161-162, oferty Wachelka Inergis S.A. znajduje się karta techniczna regulatora instalacji kolektorów słonecznych model GH25SB produkcji firmy Geco. Regulator ten posiada tylko 1 wyjście przekaźnikowe, mimo, iż projekt wymaga, aby sterownik posiadał dwa wyjścia przekaźnikowe. Ponadto, sterownik ten nie posiada wymaganego przez projekt jednego wejścia impulsowego (pomiar przepływu). O brakach tych świadczy dołączona do oferty przez firmę Wachelka Inergis S.A. karta techniczna regulatora GH25SB. Na karcie tej (str. 162) oferty firmy Wachelka Inergis S.A. w pozycji „Schemat połączeń elektrycznych Wyjścia” uwzględnione są następujące wyjścia:

- 01 - Wyjście triakowe pompy głównej
- 02 - Wyjście przekaźnikowe
- Un - Podłączenie do sieci energetycznej 230V~/50Hz

Dowód: karta techniczna regulatora GH25SB załączona do oferty przez firmę Wachelka Inergis S.A., opinia biegłego sądowego.

Z powyższego odwołujący wywodził, że zaoferowany przez firmę Wachelka Inergis S.A. regulator nie posiada drugiego wyjścia przekaźnikowego, które jest wymagane w części dokumentacji projektowych dotyczących budynków mieszkalnych (np. projekt wykonawczy dla obiektu którego właścicielem jestzamieszkały w Stryszawie (nr dz. 10847/2). Brak uwzględnienia w omawianym regulatorze drugiego wyjścia przekaźnikowego spowoduje niemożność podłączenia pompy podmieszania do c.w.u.) lub zaworu trójdrogowego przełączającego Dn20, przez co część z instalacji solarnych nie będzie działać poprawnie.

Ponadto, na omawianej karcie technicznej (str. 162 oferty firmy Wachelka Inergis S.A.) w pozycji „Schemat połączeń elektrycznych Wejścia” uwzględnione są następujące wejścia:

- T1 - Wejście czujników temp. - czujnik PT 1000
- T2 - Wejście czujników temp. - czujnik PT 1000
- T3 - Wejście czujników temp. - czujnik PT 1000
- T4 - Wejście czujników temp. - czujnik PT 1000

Dowód: karta techniczna regulatora GH25SB załączona do oferty przez firmę Wachelka Inergis S.A., opinia biegłego sądowego.

Z powyższego, odwołujący wywodził, że zaoferowany przez firmę Wachelka Inergis S.A. regulator nie posiada jednego wejścia impulsowego (pomiar przepływu), które jest

wymagane w części dokumentacji projektowych dotyczących budynków mieszkalnych (np. projekt wykonawczy dla obiektu którego właścicielem jest zamieszkały w Stryszawie (nr dz. 10847/2). Brak uwzględnienia w omawianym regulatorze wejścia impulsowego spowoduje niemożność pomiaru przepływu płynu solarnego, co z kolei przełoży się na niemożność ustawienia odpowiedniego przepływu i w konsekwencji nieprawidłowe działanie części instalacji solarnych.

2. W przekonaniu odwołującego kolektor słoneczny typ KS2500 TLP AC zaoferowany przez firmę Wachelka Inergis S.A. nie spełnia warunków postawionych w załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w punkcie I, podpunkt 4b,c,e,f oraz w punkcie II podpunkt 3b,c,e,f w zakresie wymaganego współczynnika absorpcji min. 95%, wymaganego współczynnika emisji nie większego niż 5%, wymaganej obudowy kolektora metalowej niekorodującej, malowanej oraz wymaganego absorbera wykonanego z miedzi lub aluminium, alternatywnie połączenia tych materiałów.

Zgodnie z punktem 5.9 podpunkt 5.9.2 SIWZ wykonawca był zobowiązany do dostarczenia, między innymi dokumentów potwierdzających spełnianie przez zaoferowane kolektory słoneczne warunków postawionych w załączniku nr 1 do SIWZ (punkt I, podpunkt 4, punkt II, podpunkt 3). Odwołujący stwierdził, iż żaden z zapisów certyfikatu Solar Keymark oraz sprawozdania z badań kolektora, dołączonych do oferty przez firmę Wachelka Inergis S.A., nie potwierdza warunków wymienionych w punkcie I podpunkt 4b,c,e,f oraz w punkcie II podpunkt 3b,c,e,f. Firma Wachelka Inergis S.A. dołączyła co prawda do oferty oświadczenie producenta kolektorów - firmy Hewalex Sp. z o.o. Sp. k. potwierdzające spełnianie przez kolektor KS2500 TLP AC warunków SIWZ, ale oświadczenie to nie zostało poparte analogicznym oświadczeniem niezależnego instytutu SPF, który jest autorem dołączonego do oferty sprawozdania z badań kolektora KS2500 TLP AC.

Dowód: certyfikat Solar Keymark oraz sprawozdanie z badań kolektora KS2500 TLP AC dołączone do oferty przez firmę Wachelka Inergis S.A., opinia biegłego sądowego.

3. Ponadto, według odwołującego - kolektor słoneczny KS2500 TLP AC zaoferowany przez firmę Wachelka Inergis S.A. nie spełnia warunku postawionego w załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w punkcie I podpunkt 4d oraz w punkcie II podpunkt 3d w zakresie wymaganej szyby na kolektorze - antyrefleksyjna, szkło hartowane. Kolektor słoneczny KS2500 TLP AC posiada pokrycie szklane ze szkła strukturalnego w klasie przepuszczalności promieniowania słonecznego UI (91,6%), natomiast szkło z powłoką antyrefleksyjną posiada przepuszczalność min. 96%. Załączone oświadczenie producenta o wprowadzeniu szyby antyrefleksyjnej do kolektora KS2500 TLP AC powoduje, że jest to inny typ kolektora, o innych właściwościach, zbudowany z innych materiałów, na którego powinien

zostać wydany nowy certyfikat Solar Keymark, co potwierdzają zapisy procedury Solar Keymark. Mimo, iż w piśmie z dnia 9 maja 2012 r. firma Wachelka Inergis S.A. wyjaśniła, że szyba antyrefleksyjna zastosowana w oferowanym kolektorze była elementem badań w zakresie zgodności z normą, ale nie przedstawiła na potwierdzenie tego faktu żadnych dokumentów. Natomiast z dokumentów dołączonych do oferty na stronach 144-149, tj. certyfikatu Solar Keymark wraz z tłumaczeniem, wynika wprost typ kolektora KS2500 TLP AC, w którym zgodnie z informacjami zamieszczonymi na stronie producenta oraz w sprawozdaniu z badań - nie została zastosowana szyba antyrefleksyjna. Do wyjaśnień nie załączono również stosownego dokumentu w postaci sprawozdania z badań, z którego wynikałoby zastosowanie w oferowanym kolektorze szyby antyrefleksyjnej. Oświadczenie producenta o zastosowaniu szyby antyrefleksyjnej w kolektorze KS2500TLP AC jest sprzeczne z informacjami zamieszczonymi na stronie internetowej, z której wynika, iż w kolektorze słonecznym KS2500TLP AC zastosowana jest szyba ze szkła strukturalnego, zapewniająca wysoką przepuszczalność promieniowania słonecznego (91,6% najwyższa klasa UI).

Dowód: wydruk ze strony internetowej <http://www.hewalex.pl/oferta/plaskie-kolektory-sloneczne/kolekt-or-sloneczny-ks2500-tlp-ac-l.html>., opinia biegłego sądowego.

Odwołujący wyjaśniał, że szyba antyrefleksyjna ma wpływ na sprawność kolektora słonecznego. Jeżeli kolektor KS2500TLP AC posiadałby szybę antyrefleksyjną, jego sprawność byłaby znacznie wyższa niż 79%. Firma Hewalex przyjęła określony sposób nazewnictwa kolektorów słonecznych i kolektor słoneczny posiadający szybę antyrefleksyjną oznaczony jest dodatkową literą R. Posiadanie przez kolektor KS2000 TLP ACR szyby antyrefleksyjnej poświadczane jest sprawozdaniem z badań i certyfikatem (czego brakuje w ofercie firmy Wachelka Inergis S.A.).

W ocenie odwołującego, swoim postępowaniem zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Wachelka Inergis S.A. mimo iż treść tej oferty nie odpowiada wymogom postawionym przez zamawiającego w SIWZ.

4. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ "Opis przedmiotu zamówienia", w punkcie I. "roboty budowlane polegające na dostawie i montażu 2349 instalacji solarnych dla budynków mieszkalnych na terenie Powiatu suskiego wraz z przeszkoleniem użytkowników" - podpunkt 18 wskazano: "zespół pompowy w izolacji termicznej pompa klasy energetycznej "A" lub o poborze mocy do 45 W".

W swojej ofercie oraz w wyjaśnieniach firma Wachelka Inergis S.A. zaproponowała zamawiającemu dokładny model pompy czyli pompę UPS Solar 25-65 130, który to model nie jest pompą o klasie energetycznej "A" oraz według obliczeń odwołującego - posiada

pobór mocy w punkcie pracy określonym w projektach wykonawczych instalacji solarnych dla domów jednorodzinnych (czyli wysokości podnoszenia $h=6,2$ mH₂O przy przepływie 150 l/h) - 46 W.

Dowód: wykres charakterystyki pompy UPS Solar 25-65 130 z zaznaczonym punktem pracy oraz wartością mocy w tym punkcie, opinia biegłego sądowego.

Dodatkowo odwołujący wskazał, iż tylko w nielicznych przypadkach instalacji punkt pracy określony powyżej będzie wystarczający. W większości przypadków aby zapewnić prawidłową pracę instalacji solarnej (co zamawiający wymaga w swojej SIWZ), pompa solarna musi zapewniać nieporównywalnie większy przepływ. Najbardziej niekorzystna pod tym względem jest instalacja z 6 kolektorami słonecznymi. Aby zapewnić prawidłową pracę systemu w takich instalacjach pompa solarna powinna osiągać przepływ na poziomie ok. 750 l/h. W takich warunkach nie dość, że pompa UPS Solar 25-65 nie osiąga wymaganej wysokości podnoszenia, to jeszcze jej pobór mocy jest nieporównywalnie większy.

Dowód: wykres charakterystyki pompy UPS Solar 25-65 130 z zaznaczonym punktem pracy wymaganym dla instalacji 6 kolektorów słonecznych, opinia biegłego sądowego.

III. Odwołujący żądał unieważnienia postępowania z uwagi na to, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Stwierdził następnie, iż uwzględniając fakt, że zamawiający odrzucił ofertę SKORUT Systemy Solarne Sp. z o.o. oraz ofertę Rapid Sp. z o.o. z Białej Podlaskiej, jak również okoliczność, że powinny zostać z podanych powyżej powodów odrzucone oferty firmy SOLVER Sp. z o.o. oraz firmy Wachelka Ingeris S.A., to w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. W takiej sytuacji, stosownie do treści art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy, przedmiotowe postępowanie powinno zostać unieważnione.

Jako uzasadnienie swego interesu w złożeniu niniejszego odwołania i podnoszonych w nim zarzutów, odwołujący przypomniał, iż w dniu 21 maja 2012 roku jego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza. Dlatego też na tym etapie postępowania, SKORUT Systemy Solarne Sp. z o.o. nie miał interesu w podważaniu ofert pozostałych wykonawców, których oferty sklasyfikowane były na dalszych pozycjach. Odwołujący powołał się na treść uzasadnienia wyroku KIO z dnia 15 czerwca 2012 roku w sprawie sygn. akt KIO 1118/12, dotyczącego odwołania SOLVER Sp. z o.o. w ramach niniejszego postępowania przetargowego, w którym Izba stwierdziła, iż *„odwołujący, którego oferta znajduje się na drugiej pozycji w rankingu ofert z ceną 28.746.071,82 zł brutto, w oparciu o kryteria oceny ofert (sekcja IV ogłoszenia o zamówieniu „Procedura” pkt. IV.2,1, Kryteria udzielenia zamówienia - najniższa cena), zaś wykonawcy Wachelka Inergis S.A. (cena 28.773.731,38 zł*

brutto) oraz Rapid Spółka z o.o. (cena 30.257.000,00 zł brutto) sklasyfikowani zostali na pozycji 3 i 4 za ofertą odwołującego, nie posiada interesu w podnoszeniu zarzutu wobec ww. wykonawców.” Zdaniem KIO biorąc pod uwagę treść art. 179 ust. 1 ustawy Pzp należy wskazać, iż odwołujący nie posiada interesu w podnoszeniu powyższych zarzutów, gdyż ich ewentualne uwzględnienie pozostaje bez jakiegokolwiek wpływu na jego pozycję w rankingu ofert i tym samym na możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Choć powyższa norma prawna odnosi się do prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej wskazać należy, iż jej postanowienia można odnieść do poszczególnych zarzutów podnoszonych w treści odwołania. Wynika to z faktu, iż każdy zarzut jest rozpatrywanych odrębnie, co do terminu jego podniesienia, jak również ewentualnego wpływu na wynik w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Norma wyrażona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, bowiem, iż odwołanie od niezgodnej z prawem czynności zamawiającego przysługuje wówczas, gdy podmiot korzystający ze środka ochrony prawnej w zaskarżonej czynności upatruje ochrony swojego uzasadnionego interesu faktycznego, prawnego oraz ekonomicznego.”

Z przytoczonego powyżej uzasadnienia wyroku Izby, odwołujący wywiódł wniosek, że skoro jego firma SKORUT Systemy Solarne Sp. z o.o., podobnie jak SOLVER Sp. z o.o., nie miały przy pierwszym wyborze najkorzystniejszej oferty interesu w domaganiu się odrzucenia ofert wykonawców znajdujących się na dalszych pozycjach, to ta możliwość musi powstać w związku z aktualnym rozstrzygnięciem zamawiającego – jak utrzymywał odwołujący. W przeciwnym wypadku, należałoby dojść do wniosku, że SKORUT Systemy Solarne Sp. z o.o. nie ma w ogóle możliwości podważania ofert pozostałych wykonawców, skoro przy pierwszym wyborze oferta tej spółki została wybrana, jako najkorzystniejsza, a w ponownym wyborze została odrzucona. Zważając na zarzuty przedstawione powyżej, stwierdził, iż również oferty SOLVER Sp. z o.o. i Wachelka Ingeris S.A. zawierają istotne niezgodności z SIWZ i jako takie podlegają odrzuceniu. Nie ulega, dla odwołującego wątpliwości, że przedmiotowe postępowanie przetargowe powinno zostać unieważnione, a następnie powtórzone w sposób umożliwiający wszystkim wykonawcom poprawę swoich ofert. W takiej sytuacji, z całą stanowczością odwołujący stwierdził, iż posiada interes w złożeniu niniejszego odwołania.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 6 lipca 2012 r. pismem złożonym dnia 9 lipca 2012r., w kopii przesłanym stronom, do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca wybrany: SOLVER Sp. z o.o., który powołał się na swój interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego i utrzymania w mocy czynności wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, uznając przy tym zarzuty odwołującego za pozbawione usprawiedliwionych racji i podlegające oddaleniu.

Izba na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, stosownie do postanowień art. 189 ust. 3 ustawy Pzp dopuściła i przeprowadziła dowód z akt postępowania odwoławczego o sygn. KIO 1118/12, z protokołu postępowania. Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i przystępującego przedstawione w dokumentacji postępowania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W dniu 31 maja 2012 r. zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę SOLVER Sp. z o.o., a uczestnikiem postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 1118/12 był odwołujący. Zarzuty tamtego odwołania obejmowały czynność wyboru oferty odwołującego na realizację zamówienia wykonania robót budowlanych polegających na dostawie i montażu 2349 instalacji solarnych dla budynków mieszkalnych na terenie Powiatu suskiego, jednej instalacji solarnej dla Szpitala Rejonowego w Suchej Beskidzkiej oraz 23 tablic informacyjnych. W wyroku z dnia 15 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1118/12 Izba uznała, *„że Zamawiający na skutek zmiany treści oferty przez wykonawcę Skorut Systemy Solarne Spółka z o.o. w odniesieniu do typu pompy cyrkulacyjnej winien odrzucić ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, czego zaniechał w ramach przedmiotowego postępowania.”*

W wymienionym wyroku Izba stwierdziła również, iż ówczesny odwołujący firma SOLVER Sp. z o.o. *„którego oferta znajduje się na drugiej pozycji w rankingu ofert z ceną 28.746.071,82 zł brutto, w oparciu o kryteria oceny ofert (sekcja IV ogłoszenia o zamówieniu „Procedura” pkt. IV.2,1, Kryteria udzielenia zamówienia - najniższa cena), zaś wykonawcy Wachelka Inergis S.A. (cena 28.773.731,38 zł brutto) oraz Rapid Spółka z o.o. (cena 30.257.000,00 zł brutto) sklasyfikowani zostali na pozycji 3 i 4 za ofertą odwołującego, nie posiada interesu w podnoszeniu zarzutu wobec ww. wykonawców.”* Zdaniem KIO *„biorąc pod uwagę treść art. 179 ust. 1 ustawy Pzp należy wskazać, iż odwołujący nie posiada interesu w podnoszeniu powyższych zarzutów, gdyż ich ewentualne uwzględnienie pozostaje bez jakiegokolwiek wpływu na jego pozycję w rankingu ofert i tym samym na możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Choć powyższa norma prawna odnosi się do prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej wskazać należy, iż jej postanowienia można odnieść do poszczególnych zarzutów podnoszonych w treści odwołania. Wynika to z faktu, iż każdy zarzut jest rozpatrywanych odrębnie, co do terminu jego podniesienia, jak również ewentualnego wpływu na wynik w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Norma wyrażona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, bowiem, iż odwołanie od niezgodnej z prawem czynności zamawiającego przysługuje wówczas, gdy podmiot korzystający ze środka*

ochrony prawnej w zaskarżonej czynności upatruje ochrony swojego uzasadnionego interesu faktycznego, prawnego oraz ekonomicznego.”

W oparciu o dokonane ustalenia i oceny, Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy SKORUT Systemy Solarne Spółka z o.o., unieważnienie czynności badania i oceny ofert, w tym nakazała wprost odrzucenie oferty wykonawcy SKORUT Systemy Solarne Spółka z o.o., jak również nakazała powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wykonał wyrok Izby, o czym powiadomił wykonawców w dniu 27 czerwca 2012 r. w następujący sposób: *„Na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.) Starostwo Powiatowe w Suchej Beskidzkiej informuje, że w oparciu o przeprowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego za ofertę najkorzystniejszą uznana została oferta: SOLVER Sp. z o. o., ul. Zagórska 167, 42-600 Tarnowskie Góry - oferta najtańsza, przyznana punktacja za cenę - 100 punktów, (kryteria oceny ofert - cena 100 %.) Ponadto złożona została oferta następującej firmy:*

Wachelka Inergis S.A., ul. Kisielewskiego 18/28JB, 42-215 Częstochowa - przyznana punktacja za cenę - 99,91 punktów.

Na podstawie art. 89. ust. 1 pkt 1 w związku z treścią art. 87 ustawy Pzp z postępowania odrzucono ofertę Skorut Systemy Solarne Sp. z o. o., ul. Wybickiego 71, 32-400 Myślenice z powodu zmiany treści oferty. Skorut Systemy Solarne Sp. z o. o, w treści wyjaśnień składanych Zamawiającemu pismem z dnia 11.05.2012 r. złożył oświadczenie, że oferowana w przedmiotowym postępowaniu pompa to model: WILO Stratos TEC ST 15/7 PWM CL 130 121, pomimo iż na stronie 237 oferty wskazał pierwotnie inny model pompy tj. WILO ST 1 5/7-3 eco.

Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z treścią art. 87 ustawy Pzp z postępowania odrzucono ofertę PPUH Rapid Sp. z o.o., ul Prosta 7, 21-500 Biała Podlaska z powodu zmiany treści oferty. PPUH Rapid Sp. z o. o., ul Prosta 7, 21-5,00 Biała Podlaska w treści wyjaśnień składanych Zamawiającemu pismem z dnia 09.05. 2012 r. złożył oświadczenie, że przedstawia nowy model pompy tj. WILO Stratos TEC RS 15/7 PWM, pomimo iż na stronie 145 oferty, wskazał pierwotnie inny model pompy tj. WILO 1 5-6.”

Z powyższego wynika, że zamawiający postąpił zgodnie ze wskazaniem wyroku KIO sygn. akt KIO 1118/12.

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu. Ustawodawca w art. 185 ust. 6

ustawy Pzp postanowił, iż wykonawca wezwany w trybie ust. 1 i 3 tegoż artykułu, i uczestniczący w postępowaniu odwoławczym - jako przystępujący - nie może następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby. Odwołujący brał udział w poprzednim postępowaniu jako przystępujący w trybie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Podstawy do odrzucenia odwołania Izba ustala z urzędu. Art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp obliguje Izbę do odrzucenia odwołania w sytuacji, gdy odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby.

Skoro cytowany wyżej wyrok Izby o sygn. akt KIO 1118/12 podawał, że oferta odwołującego w sposób niedozwolony art. 87 ust. 1 ustawy Pzp została zmieniona skutkiem wyjaśnień, a jej wybór naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, to w trakcie przeprowadzania ponownej oceny ofert nakazanej wymienionym wyrokiem, zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę odwołującego. A czynność ta była wręcz prawem nakazana i każde inne wykonanie przedmiotowego wyroku, niosło by za sobą skutki naruszenia bezwzględnie obowiązującej normy. Odwołujący nie miał żadnych podstaw, aby powoływać się na wadliwe wykonanie wyroku Izby z dnia 15 czerwca 2012 r., w odniesieniu do oferty przystępującego SOLVER Sp. z o. o. oraz oferty wykonawcy Wachelka Inergis S.A., gdyż wymienione oferty nie były przedmiotem oceny Izby w sprawie sygn. akt KIO 1118/12. Zarzut nieprawidłowego wykonania wyroku, mógłby odnosić się jedynie do oferty odwołującego, w żadnej mierze do oferty przystępującego, czy też innego wykonawcy - stąd wywód odwołującego, że zamawiający w sposób nieprawidłowy wykonał wyrok Izby, nierówno potraktował wykonawców przez zaniechanie odrzucenia innych ofert, mimo ich wykazywanej wadliwości - jest chybiony. Odwołujący pomija okoliczność, iż jego oferta została uznana za podlegającą odrzuceniu, albowiem jej treść została zmieniona po upływie terminu składania ofert, czego kategorycznie zabrania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Z porównania zarzutu przeciwko ofercie odwołującego, jaki Izba uznała za potwierdzony wyrokiem z dnia 15 czerwca 2012 r. z zarzutem jaki obecnie stawia odwołujący ofertom wykonawców SOLVER Sp. z o. o. oraz Wachelka Inergis S.A., wynika że nie są one tożsame, gdyż dotyczą niezgodności treści tych ofert z postanowieniami SIWZ. Zamawiający uwzględnił tożsamość uchybień ze stwierdzonymi wyrokiem Izby i przy ponownej ocenie ofert odrzucił ofertę wykonawcy PPUH Rapid Sp. z o.o., podając, że *„Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z treścią art. 87 ustawy Pzp z postępowania odrzucono ofertę PPUH Rapid Sp. z o.o., ul Prosta 7, 21-500 Biała Podlaska z powodu zmiany treści oferty. PPUH Rapid Sp. z o.o., (...) w treści wyjaśnień składanych Zamawiającemu pismem z dnia 09.05. 2012 r. złożył oświadczenie, że przedstawia nowy model pompy tj. WILO Stratos TEC RS 15/7 PWM, pomimo iż na stronie 145 oferty, wskazał pierwotnie inny model pompy tj. WILO 1 5-6.”*

Brak zatem logicznej treści w wywodach odwołującego, iż zamawiający wadliwie wykonał rzeczony wyrok Izby, bo z uwagi na występowanie uchybień w ofertach obydwu skarżonych wykonawców, winien po ponownej ocenie odrzucić te oferty, a samo postępowanie unieważnić. Powoływanie się na okoliczność, iż oferta wykonawcy wyłonionego w trakcie ponownego wyboru do realizacji zamówienia - SOLVER Sp. z o. o., jak również oferta wykonawcy Wachelka Inergis S.A. powinny zostać odrzucone, gdyż nie spełniają wymagań SIWZ, nie mogło odnieść zamierzonego przez odwołującego skutku - doprowadzenia do unieważnienia postępowania, z braku ofert niepodlegających odrzuceniu.

W sytuacji, gdy oferta odwołującego została ostatecznie odrzucona, nie ma on bowiem legitymacji do skarżenia kolejnego wybranego wykonawcy, ani żadnego innego wykonawcy, którego oferta została uznana za ważną i podlegała klasyfikacji.

Działania odwołującego należało zakwalifikować jako próbę obejścia przepisów art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, w kontekście zachowania przesłanek formalnych koniecznych do dopuszczenia rozpatrzenia zarzutów merytorycznych odwołania.

Fakt stwierdzenia interesu wykonawcy w zgłaszaniu zarzutów merytorycznych, kwalifikowany jest co do zasady jako przesłanka materialno-prawna rozpatrywana przez Izbę na rozprawie. Jednakże w zaistniałej sytuacji, gdy odwołujący usiłuje wywieść, iż Izba powinna rozpatrzyć odwołanie, (które ewidentnie podlega odrzuceniu), albowiem przemawia za tym interes odwołującego, który mianuje się w ogólności strażnikiem poprawności procedur postępowań o zamówienie publiczne, wymagał odniesienia się na etapie posiedzenia Izby do przedstawionej argumentacji.

Do postępowania odwoławczego mają z mocy art. 185 ust. 7 Pzp odpowiednie zastosowanie przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, przy czym skład orzekający Izby, nie jest wprost związany przepisami Kpc, w szczególności w zakresie roszczeń o ustalenie. Zdaniem Izby, powoływanie się przez odwołującego, który utracił status wykonawcy, jako osoby posiadającej interes w uzyskaniu zamówienia (zawarcia umowy) w przedmiotowym postępowaniu, na interes prawny o charakterze uniwersalnym, sprowadzający się w ogólności do reagowania i zaskarżania środkami ochrony prawnej w każdej sytuacji i przez każdego kto uznaje, iż zamawiający prowadzi postępowanie z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, nie może znaleźć aprobaty. Przywoływanie w tym sensie interesu odwołującego, dla zniweczenia dokładnie oznaczonych skutków określonych w normie proceduralnej i próba osiągnięcia przez taki zabieg efektu unieważnienia wyboru oferty konkurencyjnego wykonawcy oraz odrzucenia kolejnej sklasyfikowanej oferty, nie ma nic wspólnego z działaniem w interesie publicznym - prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia

zgodnie z zasadami ustawy, jak stanowi art. 7 ust. 3 Pzp, nawet gdyby ich efektem było udzielenie zamówienia innemu wykonawcy niż odwołujący. Jest natomiast przejawem dążenia odwołującego do uzyskania przedmiotowego zamówienia na swoją rzecz, po ewentualnym unieważnieniu danego postępowania i ogłoszeniu nowego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia. Zdaniem Izby, interes odwołującego musi być utożsamiany z doznaniem przez wykonawcę szkody w rozumieniu uszczerbku interesu własnego w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp. Ustawodawca ustanawiając legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ustanowił przesłanki łączne odnoszone do:

- wykonawców, którzy mają lub mieli interes w uzyskaniu danego zamówienia – identyfikowanego przez oznaczone ogłoszenie,
- wykonawców, którzy ponieśli szkodę lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła jednocześnie sposobu myślenia odwołującego, że posiada on jakikolwiek interes w skarżeniu ofert wykonawców, którzy zaoferowali wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wyższą niż odwołujący, tj. SOLVER Sp. z o. o. oraz Wachelka Inergis S.A. Interes odwołującego w tym postępowaniu, którego oferta była najkorzystniejsza cenowo - sprowadzał się wyłącznie do obronienia własnej oferty - co gwarantowałoby jej wybór przez zamawiającego, zgodnie z ustalonym kryterium najniższej ceny.

Izba nie odmawia interesu w skarżeniu czynności zamawiającego, wobec ofert wszystkich wykonawców, które mogłyby poprzedzać odwołującego się wykonawcę w ocenie ofert – stanowiących przeszkodę w uzyskaniu zamówienia. Natomiast, nie dostrzega takiego interesu, w skarżeniu ofert, które obiektywnie, (według ustalonego kryterium ceny) - mogłyby otrzymać jedynie ocenę gorszą niż odwołujący się wykonawca.

Zdaniem Izby, interes odwołującego SKORUT Systemy Solarne Spółka z o.o. musiał być utożsamiany z możliwością doznania szkody w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu - w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego. Ustawodawca w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp używa określenia „jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.” Zatem, gdy oferta odwołującego została oceniona jako podlegająca odrzuceniu, przesłanka wykazania szkody lub możliwości szkody w danym postępowaniu - przez wybór innych następujących w kolejności ofert – nie zostaje wykazana. Interes wykonawcy, to jego własny interes sprowadzający się do uzyskania zamówienia i osiągnięcia korzyści w wyniku realizacji zawartej umowy w oznaczonym postępowaniu. Izba nie podziela poglądu, że wykonawca reprezentujący swój interes, w sytuacji gdy nie ma szans na uzyskanie zamówienia, może dążyć do unieważnienia

postępowania, wskazując że oferty konkurentów także są wadliwe. Omawiane pojęcie interesu - obejmuje sferę uprawnień wykonawcy, która prowadzi do uzyskania zamówienia publicznego w toczącym się postępowaniu, a nie w postępowaniu hipotetycznym, przyszłym, wszczętym ewentualnie na nowo po unieważnieniu obecnego postępowania. Nie wiadomo bowiem, czy zamawiający po unieważnieniu postępowania, ogłosiłby nowe postępowanie, a jeżeli tak, to czy na identyczny przedmiot zamówienia. Unieważnienie postępowania prowadzi do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bez wyboru oferty najkorzystniejszej, a skutkiem tego jest niezawarcie umowy. Nie dochodzi zatem do uzyskania zamówienia publicznego. Wniosek, co do ewentualnego nakazania unieważnienia postępowania przez zamawiającego na podstawie art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp, należy uznać za nie mieszczący się w kategorii zarzutów na czynności, czy zaniechania zamawiającego, na które można skutecznie wnieść środek ochrony prawnej w oznaczonym postępowaniu. Izba również nie podziela poglądów, że odwołanie w kwestionowanym zakresie było dopuszczalne, z uwagi na weryfikację ogółu czynności zamawiającego, pod względem przestrzegania zawartych w ustawie Prawo zamówień publicznych procedur i zachowania zasad równego traktowania wykonawców. Izba nie przychyliła się do argumentacji odwołującego, że wykonawca reprezentujący swój interes, w sytuacji gdy nie ma szans na uzyskanie „danego” zamówienia, może dążyć do unieważnienia postępowania, wskazując że oferty konkurentów również są wadliwe - i stąd wynika nakaz unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – wobec okoliczności, że brak jest ofert niepodlegających odrzuceniu. Pojęcie „interesu w uzyskaniu zamówienia” obejmuje sferę uprawnień wykonawcy, która prowadzi do uzyskania zamówienia publicznego w danym toczącym się postępowaniu, a nie w postępowaniu przyszłym, wszczętym ewentualnie na nowo po unieważnieniu postępowania. Nadto, nie można mówić, iż dokonane przez zamawiającego czynności wykonane zgodnie z wyrokiem Izby, niosłyby za sobą możliwość wyrządzenia szkody odwołującemu, który przestał uczestniczyć w postępowaniu przetargowym, a na wyrok Izby sygn. akt KIO 1118/12 nie wniósł skargi, akceptując fakt odrzucenia własnej oferty.

Izba poczytuje działania odwołującego, jako niedozwoloną próbę obejścia przepisów proceduralnych art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp nakazujących odrzucenie odwołania na czynności wykonane zgodnie z wyrokiem Izby. Normy proceduralne co do niedopuszczalności wnoszenia środków ochrony prawnej, stosuje się w pierwszej kolejności, a zarzuty merytoryczne odwołania podlegają rozpatrzeniu jedynie wówczas, gdy odwołanie nie podlega odrzuceniu. Wniosek, co do unieważnienia postępowania przez zamawiającego, należy uznać ponadto za niemieszczący się w kategorii zarzutów i żądań na czynności, czy zaniechania zamawiającego, na które można skutecznie wnieść środek ochrony prawnej w

oznaczonym postępowaniu, gdyż Izba co do zasady nie jest uprawniona przepisem art. 192 ust. 3 ustawy Pzp do nakazywania zamawiającemu unieważnienia postępowania, lecz tylko poszczególnych czynności – przeprowadzonych wadliwie przez zamawiającego.

Stanowisko powyższe potwierdza przeważająca linia orzecznictwa: wyrok SO w Warszawie z 4.06.2003 r. stwierdzający *„Skuteczne odrzucenie oferty odwołującego spowodowało, że nie ma on interesu prawnego w domaganiu się unieważnienia dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia ofert innych podmiotów (..) a zarzut naruszenia (..) nie może być powoływany przez podmiot, który nie jest uczestnikiem postępowania o zamówienie.”* Linia ta jest kontynuowana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej np. wyrokach o sygnaturach akt: KIO/UZP 835/09; KIO/UZP 660/09; KIO/UZP 461/09; KIO/UZP 1166/08; KIO/UZP 1140/08; KIO/UZP 117/08, KIO/UZP 1031/08; orzeczenie z dnia 27 października 2010 roku, sygn. akt KIO 2233/10, orzeczenie z dnia 20 października 2011 roku, sygn. akt KIO 2169/11.

Odwołujący błędnie interpretuje wyrok Izby sygn. akt KIO 1118/12, iż wcześniej, uczestnicząc w poprzednim postępowaniu odwoławczym – nie miał legitymacji do skarżenia czynności zamawiającego wobec wykonawców, których oferty zajmowały dalsze pozycje, niż oferta odwołującego – ponieważ jego oferta została wybrana. Stanowisko Izby, przytoczone powyżej, potwierdza bowiem, że w ogólności wykonawca, którego oferta znajduje się na pozycji pierwszej lub poprzedzającej inne złożone oferty nie posiada interesu w podnoszeniu zarzutów wobec wykonawców, których oferty plasują się dalszych pozycjach, gdyż ewentualne uwzględnienie takich zarzutów, pozostawałoby bez jakiegokolwiek wpływu na jego pozycję w rankingu ofert i tym samym na możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Interes wykonawcy - odwołującego w takich przypadkach, sprowadza się bowiem do skutecznej obrony własnej oferty, prowadzącej do jej wyboru – jako najkorzystniejszej w oparciu o ustalone kryteria.

Norma wyrażona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, iż odwołanie od niezgodnej z prawem czynności zamawiającego przysługuje wówczas, gdy podmiot korzystający ze środka ochrony prawnej w zaskarżonej czynności upatruje ochrony swojego uzasadnionego interesu faktycznego, prawnego oraz ekonomicznego. Odwołujący wykonawca nie jest rzecznikiem interesu ogólnego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a ustawa przyznaje mu prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej jedynie w przypadku naruszenia interesu własnego, jeżeli wybór prawidłowo złożonej oferty jest zagrożony bezprawnymi poczynaniami zamawiającego.

Izba uznała, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem przepisom art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 185 ust. 6 tej ustawy, na czynności zamawiającego

dokonane zgodnie z treścią wyroku Izby, co z urzędu obligowało Izbę do odrzucenia odwołania. Na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie o czym orzekła postanowieniem zgodnie z art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało odrzucone przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć odwołującego.

Na poczet kosztów postępowania podlegał zaliczeniu uiszczony wpis stosownie do postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....