

Sygn. akt: KIO 932 /11

POSTANOWIENIE

z dnia 11 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 11 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 kwietnia 2011r. przez **odwołującego** Becker-Warkop Sp.zo.o. ul.Przemysłowa11; 44-266 Świerklany w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego** Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. ul. Armii Krajowej 56; 44-330 Jastrzębie Zdrój oraz **uczestnika postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego** FERRIT s.r.o. ul. Harcovska 1476, 739 11 Frydlant nad Ostravici, Republika Czeska

postanawia:

1. odrzucić odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Becker-Warkop Sp. zo.o. ul.Przemysłowa11; 44-266 Świerklany i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie złotych: piętnaście tysięcy) uiszczoną przez Becker-Warkop Sp. z o.o. ul.Przemysłowa11; 44-266 Świerklany tytułem wpisu od odwołania,

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 Gliwicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2010/S 186-284338 w dniu 24 września 2010 r.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy zamówienia, którego przedmiotem jest zakup wraz z dostawą 3 sztuk fabrycznie nowych kompletnych kolejek podwieszanych z napędem spalinowym wraz z niezbędnym wyposażeniem dla KSW S.A. KWK „Jas-Mos”.

Postępowanie toczy się na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Odwołujący to Becker - Warkop Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 11, 44-266 Świerklany zwany dalej „Odwołującym”.

Zamawiający to Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. ul. Armii Krajowej 56; 44-330 Jastrzębie Zdrój zwany dalej „Zamawiającym”.

Odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej złożono w dniu 29 kwietnia 2011r. pismem z dnia 28 kwietnia 2011r.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w terminie ustawowym przystąpiła spółka FERRIT s.r.o. ul. Harcovska 1476, 739 11 Frydlant nad Ostravici, Republika Czeska zwana dalej „Przystępującym” lub ”Wykonawcą wybranym”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na niezachowaniu obowiązku równego traktowania wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji;
- 2) art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 24 ust 1 pkt 2 i 9 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Wykonawcy wybranego;
- 3) art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez złożenie nieprawdziwych informacji, które mają

wpływ na wynik postępowania;

4) art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty

Wykonawcy wybranego;

5) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp polegające na uznaniu za najkorzystniejszą ofertę, która powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wskazał, jego interes w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ oferta Odwołującego powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą.

W wyniku zaś wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy wybranego, Odwołującego pozbawiono możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Oznacza to, że Odwołujący w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert i w jej trakcie:
 - a. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Ferrit s. r. o.
 - b. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Wykonawcy wybranego.

Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 21 kwietnia 2011 r., tj. w dniu ukazania się na stronie Zamawiającego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 182 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp został dochowany.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł zasadniczo następującą argumentację formalną i prawną.

Zamawiający pismem z dnia 21 kwietnia 2011 r. na swojej stronie internetowej poinformował o wynikach badania i oceny ofert, a także o wyborze oferty najkorzystniejszej. Tego dnia Odwołujący powziął wiadomość, że w postępowaniu za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Wykonawcę wybranego.

Odwołujący nie zgadza się z wynikami oceny ofert i podnosi, co następuje.

I.

Zamawiający nie wykluczył Wykonawcy wybranego, którego oferta została wybrana jako

najkorzystniejsza z postępowania, pomimo nie złożenia przez tego wykonawcę dokumentów potwierdzających brak przesłanek wykluczenia, zgodnie z art. 24 ust.1 i art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pkt VIII. 1.2. SIWZ (Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) Zamawiający nakazał dołączenie do oferty aktualnego odpisu właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpis do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca wybrany dołączył do oferty odpis z rejestru handlowego prowadzonego przed Sądem Okręgowym w Ostrawie, który został wydany w dniu 17 sierpnia 2010 r., jednakże dokument ten nie zawiera żadnych informacji dotyczących upadłości lub likwidacji Wykonawcy wybranego.

Członek zarządu Wykonawcy wybranego dnia 23 czerwca 2010 r. złożył oświadczenie, z którego treści wynika, że wobec spółki nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, jednakże należy stwierdzić, że wobec treści § 2 ust 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający podwykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, powyższe oświadczenie nie zostało złożone w wymaganej przez prawo formie to jest w formie „oświadczenia złożonego przed notariuszem”.

Natomiast Wykonawca wybrany złożył oświadczenie z podpisem notarialnie poświadczonym.

W doktrynie podkreśla się fakt, że oświadczenie złożone przed notariuszem należy odróżnić od czynności poświadczenia podpisu osoby składającej oświadczenie. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 lutego 2007 r. (sygn. akt V Ca 47/07), w dokumencie, który „opatrzony jest pieczęcią, z której wynika, że potwierdza ona złożenie podpisu przez osobę sygnującą oświadczenie, Notariusz stwierdził więc jedynie, że (...) złożył swój podpis pod dokumentem. W oczywisty sposób nie jest to równoważne ze złożeniem oświadczenia przed notariuszem (...). Przepis ten § 2 ust. 3 wyżej wymienionego rozporządzenia wprost bowiem przewiduje dla dokumentu formę oświadczenia składanego przed notariuszem, właściwym organem samorządu zawodowego lub gospodarczego. Oznacza to, że Wykonawca wybrany nie złożył dokumentu o, którym mowa w rozporządzeniu, a tym samym nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto oświadczenie złożone przed notariuszem ma charakter jedynie subsydiarny.

W niniejszym stanie faktycznym nie został spełniony warunek subsydiarności.

Wykonawca wybrany dołączył do oferty złożonej Zamawiającemu odpis z rejestru, w którym zawarte są podstawowe informacje dotyczące wykonawcy, nie ma w nim jednak informacji o otwarciu likwidacji lub ogłoszeniu upadłości spółki. Niemniej jednak nie oznacza to, że wykonawca ten nie mógł uzyskać zaświadczenia o wymaganej treści. Zaświadczenie o braku otwarcia likwidacji lub ogłoszeniu upadłości spółki w Republice Czeskiej wydaje sąd okręgowy właściwy miejscowo dla siedziby wykonawcy (dowód: zaświadczenie wydane w innej sprawie potwierdzające możliwość uzyskania dokumentu w Republice Czeskiej).

Wobec faktu, że wykonawca miał możliwość uzyskania w kraju, w którym ma siedzibę, dokument stwierdzający informacje o otwarciu likwidacji lub ogłoszeniu upadłości danego podmiotu, który wymagany jest zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, a nie uczynił tego, nie może zastąpić takiego dokumentu oświadczeniem złożonym przed notariuszem. Ponadto forma złożonego przez wykonawcę oświadczenia, nie może być uznana za spełniającą wymogi prawne. Podsumowując Wykonawca wybrany nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zatem powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

Ponadto w art. 24 ust 1 pkt 9 ustawa Pzp nakazuje wykluczenie podmiotów zbiorowych, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia, na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyn zabroniony pod groźbą kary. Ponownie dla wykazania spełnienia warunku braku zakazu ubiegania się o zamówienie Wykonawca złożył dnia 21 czerwca 2010 r. oświadczenie z podpisem potwierdzonym przez notariusza, z którego wynika, że żaden sąd nie wydał wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie. Odwołujący podtrzymuje zarzut, iż złożone dnia 21 czerwca 2010 r. oświadczenie o braku zakazu ubiegania się o zamówienie nie zostało złożone należytej formie o której mowa w rozporządzeniu. Ponadto Wykonawca wybrany dołączył do oferty oświadczenie z podpisem notarialnie poświadczonym, mimo subsydiarnego charakteru takiego oświadczenia.

Na podstawie § 76 czeskiej ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 5 lipca 2004 r. Ministerstwo Rozwoju Regionalnego Republiki Czeskiej wydaje wypis z wykazu kwalifikowanych wykonawców, w którym potwierdza, że dany wykonawca nie był karany w zakresie odpowiedzialności zawodowej. Dokument ten jest dokumentem zbiorczym, wskazującym na spełnienie przez wykonawcę przesłanek określonych w czeskim prawie zamówień publicznych dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu o zamówienia publiczne – w tym przesłanki niekaralności podmiotu zbiorowego. Jednocześnie jest to jeden z dokumentów, o których mowa w art. 45 ust. 3 dyrektywy 2004/18 (tj. wyciąg z rejestru sądowego lub innej bazy danych zawierającej informacje o

karalności). Na tle unormowań prawa polskiego jest to dokument potwierdzający warunek określony w art. 24 ust. 1 pkt. 9 ustawy Pzp. W ofercie złożonej przez Wykonawcę wybranego brak jest natomiast takiego dokumentu. Powoduje to konieczność wykluczenia tegoż wykonawcy związku z brakiem wykazania przesłanek spełnienia warunków udziału w toczącym się postępowaniu.

II.

W postanowieniach SIWZ, w specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ w części A, B oraz C Zamawiający zawarł warunek wskazujący, iż oferowane przez wykonawców kolejki muszą zapewnić możliwość wykorzystywania zarówno z napędu zębatego jak i ciernego w każdym odcinku trasy. Natomiast analiza treści oferty złożonej przez Wykonawcę wybranego wykazała, że wykonawca ten zaoferował kolejki, które uniemożliwiają korzystanie z napędu zębatego na zakrętach znajdujących się na wzniesieniach i spadkach trasy kolejki. Wskazuje na to treść oferty w szczególności w:

- pkt. A. Kolejka nr 1 typu DLZ210F pkt. III. Parametry techniczne ppkt. 4 (strona 8 oferty);
- pkt. B. Kolejka nr 2 typu DLZ210F pkt. III. Parametry techniczne ppkt. 4 (strona 14 oferty);
- pkt. C. Kolejka nr 3 typu DLZ210F pkt. III. Parametry techniczne ppkt. 4 (strona 19 oferty), wszystkie w załączniku nr 1 do oferty w kontekście treści zawartych także w załączniku nr 1 do oferty tj. w:
 - pkt. A. Kolejka nr 1 typu DLZ210F pkt. V. Wymagania dodatkowe ppkt. 4 (strona 12 oferty);
 - pkt. B. Kolejka nr 2 typu DLZ210F pkt. V. Wymagania dodatkowe ppkt. 3 (strona 17 oferty) ,
 - pkt. C. Kolejka nr 3 typu DLZ210F pkt. V. Wymagania dodatkowe ppkt. 3 (strona 23 oferty).

Wskazać należy, że wobec skonstruowania zapisów SIWZ, które wskazują aby dostarczone Zamawiającemu kolejki były funkcjonalne zarówno w zakresie napędu zębatego jak i ciernego, Zamawiający winien był ustalić możliwość wzajemnej współpracy obydwu elementów (tzn. napędu zębatego i ciernego) i ich działania w warunkach eksploatacji.

Wskazane przez Wykonawcę wybranego w złożonej ofercie parametry sprzeczne są z wymogami zawartymi w SIWZ i nie zapewniają możliwości korzystania z obu napędów w przypadku niekorzystnego ukształtowania terenu. W świetle tego uznać należy, że Wykonawca wybrany złożył w ofercie nieprawdziwe informacje potwierdzając zgodność z

SIWZ i prawidłowość działania oferowanych urządzeń.

Zatem zarówno zarzut dotyczący zaniechania czynności odrzucenia oferty jest w pełni zasadny, jak i zachodzi przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe odwołujący wnosi jak we wstępie odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego otwarcia ofert Zamawiający dokonał w dniu 26 listopada 2010r., a pierwszego ogłoszenia wyniku postępowania Zamawiający dokonał w dniu 11 stycznia 2011r.

Do upływu terminu składania ofert zostały złożone następujące trzy oferty:

1. SMT SCHARF Polska Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 55; 43-100 Tychy za cenę brutto 8.377.862,00 zł.- oferta 1/10;
2. FERRIT s.r.o. ul. Harcovska 1476; 739 11 Frydlant nad Ostravici Republika Czeska (Przystępujący po stronie Zamawiającego w niniejszym postępowaniu odwoławczym) za cenę brutto 7.313.900,00 zł.- oferta 2/10;
3. Becker –Warkop Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 11; 44- 266 Świerklany (Odwołujący w niniejszym postępowaniu odwoławczym) za cenę brutto 7.648.771,70zł. – oferta 3/1.

W toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający, na dzień złożenia odwołania niniejszej sprawie, dokonywał trzykrotnie wyboru najkorzystniejszej oferty.

W trakcie czynności pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenia spółki FERRIT s.r.o. i spółki SMT SCHARF Polska Sp. z o.o. w dniu 11 stycznia 2011r. dokonano wyboru jako najkorzystniejszej oferty spółki Becker –Warkop Sp. z o.

Powodem wykluczenia FERRIT s.r.o z postępowania było nie wniesienie wadium. Z okoliczności sprawy wynikało, że wadium zostało wniesione przez przedstawicielstwo polskie spółki FERRIT s.r.o. W ocenie Zamawiającego upoważniało go to do wykluczenia z postępowania spółki FERRIT s.r.o. na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp i odrzucenia oferty (Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również tych wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą). Jako najkorzystniejszą ofertę pierwotnie wybrano ofertę wykonawcy Becker –Warkop Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 11; 44- 266 Świerklany to jest ofertę Odwołującego w niniejszym postępowaniu.

Należy w tym miejscu nadmienić, że zgodnie z treścią Ogłoszenia o zamówieniu jako jedyne kryterium oceny ofert ustalono najniższą cenę (Sekcja IV :Procedura IV2.1.kryteria udzielenia zamówienia. najniższa cena).

Z powyżej przedstawionego rankingu ofert wynika, że ofertą najkorzystniejszą pod względem ceny była oferta spółki FERRIT s.r.o., ale została oceniona przez Zamawiającego jako nie spełniająca warunku udziału w postępowaniu – brak wniesienia wadium.

Spółka FERRIT s.r.o. od decyzji Zamawiającego odwołała się w dniu 20 stycznia 2011r. W związku ze złożonym odwołaniem wykonawca wybrany czyli spółka Becker –Warkop Sp. z o.o. przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W wyniku rozpoznania odwołania wniesionego przez spółkę FERRIT s.r.o. od czynności wykluczenia z postępowania Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 1 lutego 2011r. w sprawie o Sygn. akt KIO 126/11 uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu : unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia spółki FERRIT s.r.o. z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz nakazała ponowne badanie i ocenę ofert w zakresie wskazanym w uzasadnieniu z uwzględnieniem oferty spółki FERRIT s.r.o.

Zamawiający wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2011r. dokonał ponownego badania i oceny ofert i wskutek tych czynności ponownie odrzucił ofertę spółki FERRIT s.r.o.

Tym razem zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty spółki FERRIT s.r.o. wskazał jako przyczynę samowolne naliczenie podatku wewnątrzspółnotowego przez spółkę FERRIT . Pomimo, że spółka FERRIT s.r.o. prawidłowo dokonała naliczenia podatku wewnątrzspółnotowego, co przyznał Zamawiający, to jednak w jego ocenie spółka nie była uprawniona do tej czynności, a wywiódł to z treści art. 91 ust.3a ustawy Pzp. Zgodnie z literalnym brzmieniem tegoż przepisu, jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzspółnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Od ponownego odrzucenia oferty spółka FERRIT s.r.o wniosła odwołanie.

Ponownie to jest jak w pierwszym postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie o Sygn.akt KIO 126/11, spółka Becker-Warkop sp. z o.o. przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając wniesione odwołanie ponownie uwzględniła zarzuty i

żądania odwołującego to jest spółki FERRIT s.r.o.

W wyroku z dnia 18 marca 2011r. w sprawie sygn. akt KIO 443/11 uwzględniając odwołanie, KIO nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazała powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty spółki FERRIT s.r.o. .

W wyniku dokonanej w dniu 21 kwietnia 2011r. po raz trzeci oceny ofert Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty spółki FERRIT s.r.o.

Tym samym oferta spółki Becker-Warkop sp. z o.o. po raz pierwszy w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie została wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Z powyższą datą spółka Becker-Warkop sp. z o.o. stwierdziła, że posiada interes do wniesienia odwołania, ponieważ Zamawiający dokonując wyboru spółki FERRIT s.r.o. jako oferty najkorzystniejszej naruszył przepisy ustawy nie wykluczając jej z postępowania z powodu nie spełnienia warunków podmiotowych to jest wykazania w sposób zgodny z prawem czeskim okoliczności, że spółka FERRIT s.r.o. nie jest postawiona w stan upadłości czy likwidacji oraz, że jako podmiot zbiorowy nie ma zakazu ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych czy za czyny zabronione pod groźbą kary, a co odnosi się do art. 24 ust.1 pkt 2 i pkt 9 ustawy Pzp. Ponadto odwołująca się w niniejszym postępowaniu spółka Becker –Warkop sp.z.o.o. odkryła, że treść oferty wybranej spółki FERRIT s.r.o. jest sprzeczna z treścią SIWZ w zakresie oferowanego napędu zębatego i ciernego.

Na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego to jest spółki FERRIT sp. z o.o w niniejszym postępowaniu odwoławczym, odwołująca się spółka Becker-Warkop sp. z o.o. na zadane pytanie dlaczego dopiero po ostatnim wyborze oferty najkorzystniejszej złożyła odwołanie, a nie wcześniej to jest po dokonaniu pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty czyli w dniu 11 stycznia 2011r., udzieliła następujących odpowiedzi.

Do dnia 21.04.2011 r. składanie odwołania przez odwołującego było niecelowe, ponieważ nie miał interesu prawnego, ponieważ jego oferta wybrana była jako najkorzystniejsza, w związku z tym wniesienie odwołania nie miałyby wpływu na wynik postępowania.

Odwołujący uważa, że w poprzednich postępowaniach były podnoszone inne kwestie przez spółkę FERRIT s.r.o. w zakresie wykluczenia z postępowania i podnoszenie zarzutów, które zostały przedstawione w przedmiotowym postępowaniu było przedwczesne i nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ponadto Pełnomocnik Odwołującego wyjaśnia, że w poprzednich postępowaniach odwoławczych miał rolę przystępującego i był ograniczony co do składanych wniosków przez

zamawiającego. Ponadto, nie miał interesu do wnoszenia odwołania z uwagi na to, że jego oferta była ofertą wybraną. Ponadto zwraca uwagę, że w pierwszym postępowaniu tj. KIO 126/11, oferta FERRIT w ogóle nie była przedmiotem badania i oceny, ponieważ była kwestionowana prawidłowość wniesienia wadium, w związku z tym, że w wyniku pierwszego ogłoszenia o wyniku 11.01.2011 r., oferta FERRIT była wykluczona z powodu braku wadium. Poza tym po pierwszym wyroku w sprawie KIO 126/11, następnego ogłoszenia wyniku było w miesiącu lutym, w którym to oferta Spółki FERRIT została odrzucona. Następnie po wyroku w sprawie 443/11 z dnia 21.04.2011 r. FERRIT został wybrany i w związku z tym od tego momentu pozycja odwołującego uległa zmianie i z tą datą widzi swój interes we wniesieniu odwołania i podniesieniu zarzutów przeciwko ofercie wykonawcy wybranego tj. FERRIT s.r.o..

Podsumowując pełnomocnik odwołującego stwierdza, że nie miał interesu do wniesienia odwołania na poprzednich postępowaniach odwoławczych, ponieważ wówczas był wykonawcą wybranym i cóż miałby w tym odwołaniu zaskarżać, jeżeli jego oferta była wybrana.

W ocenie Izby odwołująca się spółka Becker-Warkop sp. z o.o. posiadała interes we wniesieniu odwołania z datą pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty to jest z datą 11 stycznia 2011r. kiedy jej oferta została wybrana jako oferta najkorzystniejsza z poniższych przyczyn.

Na istnienie interesu wskazuje okoliczność, że jako jedyne kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty ustalono tylko i wyłącznie najniższą cenę, a spółka Becker –Warkop sp. z o.o. ceny najniższej nie zaoferowała. Najniższą cenę zaoferowała natomiast spółka FERRIT s.r.o., która została wykluczona z postępowania z powodu stwierdzenia przez Zamawiającego braku wniesienia wadium.

Spółka Becker –Warkop sp. z o.o. miała prawo z datą otwarcia ofert co nastąpiło w dniu 26 listopada 2010r. do zapoznania się z ich treścią, co zresztą jak wynika z akt postępowania o udzielenie zamówienia uczyniła, a po otrzymaniu zawiadomienia o wyborze jej oferty pomimo, iż nie zawierała najniższej ceny, a co nastąpiło w dniu 11 stycznia 2011r. do zaskarżenia czynności wykluczenia spółki FERRIT s.r.o. z postępowania z uwagi na to, że Zamawiający dokonując czynności wykluczenia z postępowania nie wskazał wszystkich okoliczności wad oferty spółki FERRIT s.r.o. bowiem, powinien przewidywać, po pierwsze możliwość złożenia odwołania przez spółkę FERRIT s.r.o. od wykluczenia jej z postępowania oraz powinien przewidywać możliwość uwzględnienia odwołania, co spowodowałoby nakaz unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty czyli oferty spółki Becker–Warkop sp. z o.o. i w jego wyniku wybór oferty Spółki FERRIT jako najkorzystniejszej, ponieważ najtańszej. Zgodnie z art. 180 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie ściśle określonym od

czynności zamawiającego stanowiącej podstawę do jego wniesienia. Podstawą do wniesienia odwołania jest czynność badania i oceny ofert w zakresie spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu stanowiących podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a określonych w art. 24 ustawy Pzp. oraz w zakresie spełnienia przesłanek do odrzucenia oferty, a określonych w art. 89 ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie może korzystać z ochrony prawnej do wniesienia odwołania wykonawca, który ma możliwość prawną po otwarciu ofert do zapoznania się z ich zawartością i który po otrzymaniu zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykonawcach wykluczonych i ofertach odrzuconych zwleka z wniesieniem odwołania, pomimo podjęcia a nawet możliwości podjęcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę do wykluczenia konkurenta bądź odrzucenia jego oferty, a to jedynie z uwagi na to, że jego oferta została wybrana. Bowiem nieuprawnione jest oczekiwanie na zdarzenie (kolejną czynność zamawiającego), w wyniku którego jego oferta przestanie być najkorzystniejszą to jest oczekiwanie ewentualnego ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, w wyniku którego utraci status oferty najkorzystniejszej i dopiero wtedy ujawni stwierdzone przez niego wady oferty czy to podmiotowe czy to przedmiotowe pomimo, że istnieją one od daty złożenia oferty.

Bowiem takie zachowanie wykonawcy przedłuża postępowanie mające na celu udzielenie zamówienia bez zbędnego przedłużania postępowania.

Reasumując od daty zawiadomienia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyborze najkorzystniejszej oferty, o wykonawcach wykluczonych z postępowania, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone przysługuje wykonawcy prawo do wniesienia odwołania, jeżeli stwierdzi, że czynność zamawiającego narusza przepisy ustawy Pzp lub zamawiający zaniechał czynności do której jest zobowiązany w świetle obowiązującej ustawy.

Co do argumentacji odwołującej się spółki Becker-Warkop sp. z o.o., iż nie wносиła odwołania, ponieważ skoro jej oferta była wybrana to jej odwołanie nie miało by wpływu na wynik postępowania, to również argumentacja ta nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ w przypadku skutecznego wniesienia odwołania przez wykluczoną (odrzuconą ofertę) spółkę FERRIT s.r.o. odwołanie spółki Becker-Warkop mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania, poprzez nie uwzględnienie odwołania wniesionego przez wykonawcę wykluczonego. Należy zwrócić w tym miejscu uwagę na brzmienie art. 192 ust.2 a mianowicie Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Reasumując gdyby spółka Becker-Warkop sp. z o.o. wniosła odwołanie w terminie ustawowym przewidzianym do wniesienia odwołania, który rozpoczyna bieg od powzięcia wiadomości o naruszeniu ustawy przez zamawiającego wskutek jego bezczynności to możliwe, że Izba dwukrotnie by nie uwzględniała odwołania, ponieważ argumentacja spółki Becker- Warkop sp .z o.o.

udaremniła by zmianę wyniku postępowania, a co miało miejsce w sprawach o Sygn. akt 126/11 i 443/11.

W związku z powyższym Izba na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp postanowiła o odrzuceniu odwołania stwierdzając, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U 2010r. nr 41 poz.238).

Przewodnicząca: