

POSTANOWIENIE
z dnia 22 czerwca 2010 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Paweł Trojan

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 22 czerwca 2010 roku w Warszawie odwołania wniesionego przez **ISOPLUS Polska Sp. z o.o., ul. Żeliwna 43, 40-599 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Stołeczne Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A., ul. Stefana Batorego 2, 02-591 Warszawa** protestu z dnia 28 maja 2010 roku.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **LOGSTOR Polska Sp. z o.o., ul. Handlowa 1, 41-807 Zabrze** - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża ISOPLUS Polska Sp. z o.o., ul. Żeliwna 43, 40-599 Katowice i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ISOPLUS Polska Sp. z o.o., ul. Żeliwna 43, 40-599 Katowice**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 566 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ISOPLUS Polska Sp. z o.o., ul. Żeliwna 43, 40-599 Katowice**

UZASANIENIE

W dniu 28 maja 2010 roku (pismem z dnia 27 maja 2010 roku) Odwołujący (lub Protestujący) ISOPLUS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Żeliwna 43 wniósł protest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę rur i elementów preizolowanych w zakresie średnic DN 800-1200 prowadzonym przez Stołeczne Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A. w Warszawie, ul. Stefana Batorego 2.

Skarżący, w oparciu o art. 180 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223 poz. 1655 ze zm., dalej „ustawa PZP”), oprotestował decyzję Zamawiającego z dnia 18 maja 2010 roku, polegającą na nie wykluczeniu z postępowania, ewentualnie nie odrzuceniu oferty LOGSTOR Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ustawy PZP poprzez ich nie zastosowanie.

W związku z powyższym Protestujący wnosił o:

1. wykluczenie z postępowania wykonawcy LOGSTOR Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze i odrzucenie jego oferty, ewentualnie
2. unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust- 1 pkt. 5 ustawy PZP.

W uzasadnieniu Protestujący wskazywał, iż oferta wykonawcy LOGSTOR Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze nie odpowiada warunkom SIWZ i powinna być przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP.

Zgodnie z wymaganiem, pkt. 2.2.4. załącznika nr 6 do SIWZ wraz z ofertą wykonawca został zobowiązany do przedstawienia świadectwa badania współczynnika przewodzenia ciepła izolacji z pianki poliuretanowej zastosowanej jako izolacja termiczna w dostarczanych elementach preizolowanych. Zgodnie z postawionymi przez Zamawiającego wymaganiami badanie miało być zarówno wykonane na aparacie rurowym jak i przeprowadzone przez akredytowane laboratorium, zgodnie z normą PN-EN ISO 8497:1999, w co najmniej trzech temperaturach rury badawczej 80 ± 10 °C (w równych odstępach temperatur, np. co 5 lub co 10 °C) w odniesieniu do średniej temperatury izolacji $t_m = 50$ °C. Dodatkowo zgodnie z wymaganiami normy PN-EN 253:2009 oraz PN-EN ISO 8497:1999 wartość współczynnika przewodzenia ciepła λ_{50} (W/mK) miała być wyznaczona względem średnicy rury badawczej/ przewodowej, a nie względem średnicy wewnętrznej izolacji, zaś wartość współczynnika przewodzenia ciepła. λ_{50} (W/mK) miała być podana razem z gęstością pianki PUR, w odniesieniu do zastosowanego systemu surowcowego.

Zgodnie z PN-EN 253:2009 badanie wskazane 5.4.4; Przewodność cieplna (λ_{50}) w warunkach nie poddania procesowi starzenia, należy określić zgodnie z normą EN

ISO 8497/1996 i Załącznikiem F, zgonie z którym Próbką badawcza (norma EN ISO 8497:1996, 5.1), tj. rura powinna mieć okrągły przekrój poprzeczny. Do badania typu należy ze środka zespołu rurowego o wymiarach 60,3/125 mm pobrać próbkę testową o długości nie niniejszej niż 3 m. Natomiast z załączone do oferty (str. 105) wykonawcy LOGSTOR badanie wskazuje, że zostało ono przeprowadzone na rurze DN 450/560, czyli niezgodnie ze wskazaną normą.

Protestujący wskazuje, iż oferowane przez LOGSTOR Polska Sp. z o.o. elementy preizolowane nie spełniają normy wskazanej przez zamawiającego w załączniku nr 6 pkt. 2.2.4. SIWZ, skoro badania nie zostały przeprowadzone na rurze DN 450/560, a tym samym złożona przez LOGSTOR oferta nie odpowiada warunkom SIWZ. W konsekwencji zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp Zamawiający powinien odrzucić ofertę LOGSTOR.

Uzasadniając swój interes prawny w złożeniu środka ochrony prawnej Protestujący wskazuje, że złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, ma on interes prawny w jego prawidłowym, zgodnym z ustawą przeprowadzeniu i rozstrzygnięciu, a także prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia - doprowadzenie do zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego(interეს prawny sensu largo).

W dniu **4 czerwca 2010** roku nastąpiło przystąpienie do protestu po stronie Zamawiającego przez firmę LOGSTAR Polska Sp. z o.o.

Przystępujący wnosił o odrzucenie protestu, ewentualnie o jego oddalenie.

Informację o wniesieniu protestu Przystępujący otrzymał w dniu 2 czerwca 2010 roku.

Uzasadniając swój interes prawny Przystępujący wskazuje, że jego oferta jest najkorzystniejsza, a więc uwzględnienie zawartego w proteście żądania odrzucenia oferty Przystępującego, pozbawiłoby go możliwości uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu odnośnie odrzucenia protestu, Przystępujący wskazuje, że wskutek ostatecznego odrzucenia przez Zamawiającego oferty Protestującego - podtrzymanego przez wyrok KIO z dnia 4 maja 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 617/10) - utracił on status wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt. 11 ustawy Pzp, a zatem nie jest on już podmiotem uprawnionym do wnoszenia środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Protestujący nie jest już uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie może kwestionować jakichkolwiek decyzji Zamawiającego związanych z dalszym procedowaniem. Zgodnie z art. 180 ust. 7 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca protest wniesiony przez podmiot nieuprawniony. Działania Protestującego należy traktować jako próbę powstrzymania Zamawiającego od zawarcia umowy z Przystępującym tylko z tego powodu, iż Protestujący nie był w stanie złożyć oferty odpowiadającej treści SIWZ. Takiego działania nie można jednak traktować jako zgodnego z prawem korzystania z instrumentów

ochrony praw wykonawców, ale jako nadużywanie przepisów ustawy Pzp w celu doraźnego zakłócania uczciwej konkurencji.

Ponadto Przystępujący wskazuje, że według art. 180 ust. 2 ustawy Pzp protest wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o rzekomym zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Protestujący mógł powziąć wiadomość już w dniu 10 marca 2010 r., bowiem w tej dacie Zamawiający wybrał ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą. W proteście złożonym przez Protestującego w dniu 18 marca 2010 r., winny były znaleźć się wszystkie zarzuty względem oferty Przystępującego, pod rygorem utraty prawa powoływania ich w dalszym toku postępowania. Biorąc pod uwagę, że Protestujący znał treść oferty Przystępującego w dniu 10 marca 2010 r., protest na rzekome zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp ze względu na zarzuty sformułowane w obecnym proteście, winien był zostać wniesiony do dnia 18 marca 2010 r. Wobec powyższego, protest wniesiony w dniu 28 maja 2010 r. został wniesiony z uchybieniem terminu wynikającego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, a więc podlega odrzuceniu na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy Pzp także z tej przyczyny.

W uzasadnieniu odnośnie oddalenia protestu, Przystępujący podnosi, że ISOPLUS wnioskuje o odrzucenie oferty LOGSTOR uzasadniając, że badania współczynnika przewodzenia ciepła zawarte w załączonym do oferty LOGSTOR Raporcie Nr B441/09 wydanym przez IMA w dniu 25.11.2009 roku wykonane zostały na zespole rurowym o średnicy 006,4/560 a nie na zespole rurowym o średnicy $<|>60,3/125\text{mm}$, jako niezgodne z normą PN-EN 253:2009.

Przystępujący zauważa, że Zamawiający w Załączniku Nr 6 w punkcie 2.2.4 zawarł informację, że oferent powinien dostarczyć:

- świadectwo badania współczynnika przewodzenia ciepła izolacji z pianki poliuretanowej zastosowanej jako izolacja termiczna w dostarczanych elementach preizolowanych;
- wykonanego na aparacie rurowym;
- przeprowadzonego przez akredytowane laboratorium, zgodnie z normą PN-EN ISO 8497:1999, w co najmniej trzech temperaturach rury badawczej $80 \pm 10 \text{ }^\circ\text{C}$ (w równych odstępach temperatur, np. co 5 lub co $10 \text{ }^\circ\text{C}$) w odniesieniu do średniej temperatury izolacji $t_m = 50 \text{ }^\circ\text{C}$.

Zgodnie z wymaganiami normy PN-EN 253:2009 oraz PN-EN ISO 8497:1999 wartość współczynnika przewodzenia ciepła A_{so} (W/mK) musi być wyznaczona względem średnicy rury badawczej/ przewodowej, a nie względem średnicy wewnętrznej izolacji.

Wartość współczynnika przewodzenia ciepła A_{so} (W/mK) ma być podana razem z gęstością

pianki PUR, w odniesieniu do zastosowanego systemu surowcowego.

Przystępujący zaznacza, że przywołana przez ISOPLUS norma PN-EN 253:2009 nie narzuca średnicy zespołu rurowego stosowanego do badań współczynnika przewodzenia ciepła izolacji. Norma w punkcie F.2.1. wyraźnie określa wymagania dotyczące tzw „badań typu” (nie wymaganych przez Zamawiającego). Przystępujący cytuje wymagania z normy wraz z ich tłumaczeniem i stwierdza, że Zamawiający żądał zatem załączenia badań współczynnika przewodzenia ciepła izolacji PUR a nie załączenia badań typu izolacji.

LOGSTOR Polska dostarczając badania przewodzenia ciepła izolacji PUR wykonane na zespole rurowym o średnicy 4)406,4/560 spełnił wymagania Zamawiającego zawarte w pkt 2.2.4.

Przystępujący podkreśla, iż należy także zauważyć, że Protestujący nie posiada interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W dniu 10 marca 2010 r. Zamawiający poinformował bowiem wszystkich wykonawców, iż odrzucił on ofertę Protestującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Na czynność tę Protestujący wniósł protest w dniu 18 marca 2010 r., a następnie odwołanie do Prezesa UZP. Wyrokiem z dnia 4 maja 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 617/10) Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie Protestującego. Wobec powyższego, oferta Protestującego została ostatecznie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, a zatem Protestujący nie ma obecnie możliwości uzyskać zamówienia. W powyższym wyroku KIO stwierdziła dodatkowo, iż biorąc pod uwagę okoliczność, iż oferta Protestującego zawiera cenę niższą niż zaproponował Przystępujący, a jedynym kryterium oceny ofert jest cena, Protestujący nie posiada interesu prawnego w kwestionowaniu zgodności z SIWZ oferty Przystępującego (por. także wyrok KIO z dnia 16 września 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 921/08). Protestujący nie wniósł skargi do sądu okręgowego na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, a zatem rozstrzygnięcie jego protestu przez Zamawiającego stało się ostateczne i niewzruszalne. Wobec powyższego, Protestujący utracił status wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt. 11 ustawy Pzp, bowiem nie ubiega się on już o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Tak samo interes prawny definiuje tzw. dyrektywa odwoławcza, która w art. 1 ust. 3 głosi, że „Państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych [...] przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia”. Jak zauważa się w literaturze i orzecznictwie, uszczerbek w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia musi polegać na tym, iż skutek działania bądź zaniechania zamawiającego, podmiot wnoszący środek ochrony prawnej zostaje pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, a więc w

braku tego działania bądź zaniechania podmiot ten ubiegałby się o udzielenie zamówienia (por. wyr. SO w Warszawie z dnia 10 kwietnia 2003 r., sygn. akt V Ca 165/03, wyr. SO w Warszawie z dnia 4 października 2005 r., sygn. akt V Ca 1136/05). Uszczerbek w interesie prawnym polegający na możliwości uzyskania zamówienia musi objawiać się tym, iż podmiot wnoszący środek ochrony prawnej utracił możliwość, aby jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Aby tak mogło się stać, podmiot ten powinien wykazać związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy naruszeniem przepisów ustawy przez Zamawiającego, a uszczerbkiem w jego interesie prawnym. W niniejszej sprawie, brak odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego nie ma jakiegokolwiek wpływu na możliwość uzyskania zamówienia przez Protestującego, w szczególności wobec faktu, iż jego oferta została ostatecznie odrzucona przez Zamawiającego. Zgodnie zaś wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 czerwca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 554/08, KIO/UZP 556/08 i KIO/UZP 557/08) „utrata statusu uczestnika postępowania powoduje wygaśnięcie uprawnień wynikających z uczestnictwa w postępowaniu o zamówienie publiczne; dotyczy to w szczególności prawa do złożenia środków ochrony prawnej. Podmiot prawomocnie wykluczony z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne traci status uczestnika postępowania i nie ma interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

W konsekwencji, skoro Protestujący nie posiada już statusu wykonawcy oraz nie posiadał interesu prawnego w kwestionowaniu oferty Przystępującego także na wcześniejszym etapie postępowania, protest jego podlega oddaleniu w całości. Protestujący dąży bowiem li tylko do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie jego uzyskania, a więc nie posiada interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej.

Należy także podkreślić, iż zgodnie z art. 181 ust. 7 ustawy Pzp, wykonawca wnoszący protest nie może następnie wnieść protestu, powołujący się na te same okoliczności. W niniejszej sprawie Protestujący wniósł protest na rzekome zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego już w dniu 18 marca 2010 r. Protest ten został ostatecznie rozstrzygnięty wyrokiem KIO z dnia 4 maja 2010 r. W chwili obecnej Protestujący powtarza zarzut zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Protestujący powołuje się więc na te same okoliczności, które były przedmiotem protestu z dnia 18 marca 2010 r. oraz wyroku KIO z dnia 4 maja 2010 r. Protest będący przedmiotem niniejszego postępowania winien więc zostać oddalony także na podstawie art. 181 ust. 7 ustawy Pzp.

W dniu 2 czerwca 2010 roku Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego odrzucenie na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy PZP jako wniesiony przez podmiot nieuprawniony. W uzasadnieniu Zamawiający wskazywał, iż Protestującemu nie przysługuje

interes prawny do wniesienia niniejszego odwołania ponieważ jego oferta została skutecznie odrzucona przez Zamawiającego a decyzje jego podtrzymała również KIO w wyroku z dnia 4 maja 2010 roku. Co więcej Zamawiający stwierdza, iż zarzuty obecnie podnoszone winny się znaleźć w proteście złożonym w dniu 19 marca 2010 roku ponieważ od tego momentu nie zaszły żadne nowe okoliczności, które uzasadniałyby możliwość podnoszenia nowych zarzutów wobec oferty LOGSTOR Polska a zatem Protestujący uchybił terminowi na wniesienie środka ochrony prawnej w postaci protestu.

W dniu 14 czerwca 2010 roku (pismem z dnia 11 czerwca 2010 roku) Protestujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (data nadania listem to 11 czerwiec 2010 roku) od odrzucenia protestu. Decyzję o odrzuceniu protestu Odwołujący otrzymał w dniu 2 czerwca 2010 roku drogą mailową.

Odwołujący zmodyfikował swoje żądania i wskazanie naruszeń.

Decyzji Zamawiającego o odrzuceniu protestu Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 180 ust. 7 ustawy przez błędne przyjęcie, że protest został w niniejszej sprawie wniesiony przez podmiot nieuprawniony,

Decyzji Zamawiającego w części dotyczącej nie odrzucenia oferty firmy LOGSTOR Polska sp. z o.o. względnie nie wykluczenia Wykonawcy LOGSTOR Polska sp. z o.o. z postępowania Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ustawy PZP poprzez ich nie zastosowanie.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o:

1. uchylenie decyzji Zamawiającego postanawiającej o odrzuceniu protestu,
2. nakazanie Zamawiającemu:
 - 2.1 uchylenia czynności wyboru ofert,
 - 2.2 wykluczenia z postępowania wykonawcy LOGSTOR Polska sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze i odrzucenie jego oferty,
ewentualnie
 - 2.3 unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt. 5 ustawy.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazuje, że rozstrzygnięcie Zamawiającego o odrzuceniu protestu jest nietrafne ponieważ przede wszystkim należy wskazać, że Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu protestu. Odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, uczestniczył w nim, ma on więc interes prawny w jego prawidłowym, zgodnym z ustawą przeprowadzeniu i rozstrzygnięciu, a także prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia - doprowadzenie do zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia

publicznego(interес prawny sensu largo).

Ponadto z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia powyższego Odwołujący podnosi, iż jego interes prawny w merytorycznym rozpoznaniu i rozstrzygnięciu protestu przejawia się w tym, iż przypadku uznania, iż również oferta LOGSTOR Polska sp. z o.o. w uwagi na nie spełnianie wskazanych w proteście i odwołaniu wymogów podlega odrzuceniu, to koniecznym będzie rozpisanie nowego przetargu w trybie zamówień publicznych, w którym odwołujący miałby zamiar złożyć ofertę i uczestniczyć.

Ponadto w ocenie Odwołującego odrzucenie protestu nie stanowi przeszkody do wzięcia z urzędu przez Zamawiającego pod uwagę przywołanych w proteście okoliczności oraz zarzutów zwłaszcza w sytuacji, gdy wskazują one na naruszenie przepisów, które może skutkować nieważnością umowy. Zdaniem skarżącego ewentualne zawarta umowa przez zamawiającego z LOGSTOR Polska sp. z o.o. byłaby zgodnie z treścią art. 146 ust. 1 pkt. 5 ustawy nieważna, albowiem Zamawiający dokonując wyboru oferty LOGSTOR Polska sp. z o.o. uczynił to z rażącym naruszeniem ustawy, ponieważ treść oferty nie odpowiada SIWZ, a tym samym jest niezgodna z treścią przepisów ustawy.

Odwołujący wskazuje, iż oferta LOGSTOR sp. z o.o. jest niezgodna z wymogami SIWZ wskazanymi w pkt. 2.2.4 załącznika nr 6 do SIWZ. Zgodnie bowiem ze wskazanym punktem wykonawca został zobowiązany do przedstawienia świadectwa badania współczynnika przewodzenia ciepła izolacji z pianki poliuretanowej zastosowanej jako izolacja termiczna w dostarczanych elementach preizolowanych. Zgodnie z postawionymi przez Zamawiającego wymaganiami badanie miało być zarówno wykonane na aparacie rurowym jak i przeprowadzone przez akredytowane laboratorium, zgodnie z normą PN-EN ISO 8497:1999, w co najmniej trzech temperaturach rury badawczej $80 \pm 10 \text{ }^\circ\text{C}$ (w równych odstępach temperatur, np. co 5 lub co 10 $^\circ\text{C}$) w odniesieniu do średniej temperatury izolacji $t_m = 50 \text{ }^\circ\text{C}$. Dodatkowo zgodnie z wymaganiami normy PN-EN 253:2009 oraz PN-EN ISO 8497:1999 wartość współczynnika przewodzenia ciepła $\lambda 50 \text{ (W/mK)}$ miała być wyznaczona względem średnicy rury badawczej/ przewodowej, a nie względem średnicy wewnętrznej izolacji, zaś wartość współczynnika przewodzenia ciepła $\lambda 50 \text{ (W/mK)}$ miała być podana razem z gęstością pianki PUR, w odniesieniu do zastosowanego systemu surowcowego.

Zgodnie z PN-EN 253:2009 badanie wskazane w pkt. 5.4.5 normy, polegające na sprawdzeniu przewodności ciepła w warunkach procesu sztucznego starzenia powinno być przeprowadzone na rurze stalowej o wymiarze DN 50 w płaszczu osłonowym o grubości 125 mm. Uszczelnienia mające zapobiec przenikaniu gazów należy sprawdzić laboratoryjnie dokonując analizy składu gazu w komórkach izolacji.

Natomiast z załączone do oferty (str. 105) wykonawcy LOGSTOR badanie wskazuje, że zostało ono przeprowadzone na rurze DN 450/560, czyli niezgodnie ze wskazaną normą.

Odwołujący wskazuje, iż oferowane przez LOGSTOR Polska sp. z o.o. elementy preizolowane nie spełniają normy wskazanej przez zamawiającego w załączniku nr 6 pkt.

2.2.4. SIWZ, skoro badania nie zostały przeprowadzone na rurze DN 450/560, a tym samym złożona przez LOGSTOR oferta nie odpowiada warunkom SIWZ. W konsekwencji zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP Zamawiający powinien odrzucić ofertę LOG STOR.

Nie odrzucenie oferty LOGSTOR i nie jego wykluczenie, powoduje tym, iż wykonawcy nie są traktowani w sposób równy, a postępowanie znacznie utrudnia zachowanie uczciwej konkurencji.

W dniu 21 czerwca 2010 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przyłączył się Wykonawca LOGSTOR Polska Sp. z o.o. podtrzymując argumentację zawartą w przystąpieniu do protestu. Przystępujący wskazuje na konieczność odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 i 4 ustawy PZP.

Uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie posiedzenia, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 w związku z art.180 ust. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą”, bowiem protest został wniesiony z uchybieniem dziesięciodniowego terminu przysługującego na wniesienie tego środka ochrony prawnej.

Jak wynika z akt sprawy i wyjaśnień stron, Zamawiający w dniu 10 marca 2010 roku, zgodnie z art. 92 ustawy poinformował wszystkich uczestniczących w postępowaniu Wykonawców o dokonanej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. W ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej dzień ten był dniem, od którego należy liczyć termin na wniesienie protestu dotyczącego nie tylko wyboru oferty najkorzystniejszej, ale także zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności, do której był zobowiązany przepisami ustawy, tj. np. zaniechania odrzucenia innych ofert. Od tego zatem dnia Wykonawcy winni zgłaszać zarzuty dotyczące ofert złożonych w niniejszym postępowaniu.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp protest wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie zachodzą żadne wątpliwości, co do faktu, iż Odwołujący powziął czy mógł powziąć wiadomość, iż wystąpiły okoliczności stanowiące podstawę wniesienia protestu na zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, a podnoszone w proteście i odwołaniu będącymi przedmiotem niniejszego orzekania Izby, już w dniu 10 marca 2010 roku. W tej chwili Odwołujący dysponował wszelkimi niezbędnymi informacjami pozwalającymi mu ocenić ewentualną bezprawność zaniechania odrzucenia oferty firmy LOGSTOR Polska Sp. z o.o. ze względu na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zapoznał się lub mógł zapoznać się z treścią oferty, znał treść specyfikacji, jak również dotarło do niego oświadczenie woli Zamawiającego o wyborze oferty firmy LOGSTOR czyli potwierdzenie, iż w ocenie Zamawiającego oferta spełnia

wymagania siwz w każdym zakresie. Już w pierwszym proteście Odwołujący winien był podnosić wszystkie okoliczności, które wskazywałyby mogły na odrzucenie oferty Przystępującego.

Wybór oferty i brak jej odrzucenia stanowił potwierdzenie zgodności oferty z siwz. Jeżeli z tego typu oceną Zamawiającego wyrażoną w czynnościach wyboru oferty czy rozstrzygnięciach protestów Odwołujący się nie zgadzał, mógł ją kwestionować w przewidzianych na to terminach. Rozstrzygnięcie protestów dotyczących również zaniechania odrzucenia oferty wybranej, nic w zakresie wymagań i treści siwz nie zmieniły.

Dowodzić mogą jedynie błędnego rozumienia treści siwz przez Odwołującego i zbyt późnego uświadomienia sobie powyższego.

Reasumując, o zaniechaniu odrzucenia oferty przez Zamawiającego z powodu jej ewentualnej niezgodności z treścią siwz opisywanej w proteście z dnia 28 maja 2010 roku i odwołaniu od jego rozstrzygnięcia, Odwołujący wiedział lub mógł się dowiedzieć od dnia 10 marca 2010 roku kiedy to nastąpił pierwotny wybór oferty firmy LOGSTOR Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. W terminie przewidzianym w art. 180 ust. 2 ustawy PZP mógł złożyć protest na tego typu zaniechanie Zamawiającego zawierając w nim wszystkie argumenty przemawiające za odrzuceniem kwestionowanej oferty lub wykluczeniem wybranego wykonawcy.

W przypadku zaniechania odrzucenia oferty pomimo jej niezgodności z treścią siwz, wykonawcy zmierzający do zabezpieczenia swojego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, obowiązani są do oprotestowania tego rodzaju zaniechania ze względu na wszystkie adekwatne naruszenia przepisów, w terminie liczonym od dnia, w którym o okoliczności tej się dowiedzieli, pod sankcją utraty możliwości podnoszenia tego typu zarzutów w dalszym biegu postępowania. Fakt powtarzania pewnych czynności przez Zamawiającego jest tu bez znaczenia – okoliczności stanowiące o podstawach ewentualnego odrzucenia w niniejszym postępowaniu pozostają niezmienione, a informację o ich wystąpieniu można było uzyskać po dniu pierwszego wyboru oferty.

Na poparcie powyższego wskazać należy wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 kwietnia 2006 roku, V Ca 56/06, w którym Sąd wyłożył zasadę koncentracji środków odwoławczych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz jej konsekwencje.

Potwierdza to również teza zawarta w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 roku (sygn. akt V Ca 2056/07), że „Wykonawca ma bowiem ponadto obowiązek działania z należytą starannością jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej przewidziana w art. 183 Pzp a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym”.

Dodatkowo skład orzekający Izby zauważa, że Odwołujący z dniem uprawomocnienia się wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2010 roku utracił przymiot wykonawcy,

który może korzystać ze środków ochrony prawnej. Odwołujący nie jest już uczestnikiem postępowania i nie może kwestionować jakichkolwiek decyzji Zamawiającego dlatego też uprawnionym jest twierdzenie, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony i podlega odrzuceniu również na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy PZP.

Co więcej, w niniejszej sprawie Odwołujący powołuje się na okoliczności związane z nie odrzuceniem oferty firmy LOGSTOR Polska Sp. z o.o., które to żądanie było objęte protestem z dnia 18 marca 2010 roku.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 w zw. z art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....