

Sygn. akt: KIO 1975/13

Wyrok
z dnia 27 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 sierpnia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2013 r. przez **wykonawcę Energia dla Firm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Domaniewskiej 37** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawę – Urząd Miasta Stołecznego Warszawy w Warszawie przy ul. Senatorskiej 27**

przy udziale wykonawcy **Polska Grupa Energetyczna Obrót Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. 8 Marca 6** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1975/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Energia dla Firm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Domaniewskiej 37 i :**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Energia dla Firm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Domaniewskiej 37** 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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup energii na lata 2013/2014 dla siedzib Urzędu m.st. Warszawy i urzędów dzielnic m.st. Warszawy zostało ogłoszone przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawę – Urząd Miasta Warszawa z siedzibą w Warszawie, pl. Bankowy 3/5 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 czerwca 2013r. za numerem 2013/S 121-206976.

W dniu 7 sierpnia 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty PGE SA z siedzibą w Rzeszowie, ul. 8 Marca 6.

W dniu 12 sierpnia 2013r. odwołujący Energia dla Firm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 37 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 sierpnia 2013r. udzielonego przez pełnomocnika upoważnionego do udzielania dalszych pełnomocnictw i działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 7 maja 2013r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 12 sierpnia 2013r. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 roku nr 113 poz. 759 – dalej ustawy) polegające na nieprawidłowym opisie przedmiotu zamówienia podanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) art. 32 ustawy polegające na nieprawidłowym ustaleniu wartości przedmiotu zamówienia,
- 3) art. 36 ust. 1 ustawy polegające nieprawidłowym skonstruowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia,
- 4) art. 87 ust. 2 ustawy polegające na nieprawidłowym zastosowaniu i uznaniu za oczywistą omyłkę rachunkową błędnie podanej ceny przez oferenta - PGE Obrót S.A. Oddział z siedzibą w Warszawie,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy polegające nieprawidłowym zaniechaniu zastosowania owego przepisu i zaniechaniu odrzucenia oferty PGE Obrót S.A. Oddział z siedzibą w Warszawie pomimo istnienia ustawowych przesłanek obligujących do odrzucenia oferty.

Wniósł o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy, a w przypadku uznania, iż nie zachodzą przesłanki do unieważnienia całego postępowania, wnosząc o unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu oceny i wyborze najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu wskazał, że pismem z dnia 7 sierpnia 2013 roku Urząd Miasta Stołecznego Warszawy poinformował go o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. PGE Obrót S.A. Oddział z siedzibą w Warszawie uzyskała liczbę punktów wynoszącą 100, a odwołujący uzyskał liczbę punktów wynoszącą 95,76.

Jedynym kryterium oceny była cena, a zatem wynik końcowy był uzależniony wyłącznie od podanych w ofertach cen.

Globalna wartość zamówienia składała się z poszczególnych cen częściowych pomnożonych przez przewidywaną ilość zużycia energii w poszczególnych taryfach opłat handlowych.

Podstawą oceny miały być ceny brutto to jest, uwzględniające wszelkie koszty, w tym między innymi podatek od towarów i usług. Odwołujący uważa, że ocena dokonana przez zamawiającego jest błędna. Odwołujący stwierdził, iż sama specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera błędy niepozwalające na dokonanie prawidłowej oceny złożonych ofert.

W szczególności podana na stronie trzeciej specyfikacji szacunkowa ilość dostarczanej energii wskazuje, iż większość w wyniku udzielenia zamówienia zamawiający będzie nabywa w większość energię jednej taryfy. Zaś według opisu zasad wyboru najkorzystniejszej oferty zawartej na stronie 12 specyfikacji, okoliczność ta nie znalazła żadnego wpływu na dokonywanie oceny złożonych ofert. Ponadto ocena składanych ofert miała obejmować także opłaty handlowe dla poszczególnych grup taryfowych, podczas gdy w przedmiocie zamówienia, opisanym na stronie 3 specyfikacji pozycja taka nie występuje. Według odwołującego należy zatem uznać, że opis przedmiotu zamówienia zawarty w specyfikacji był niepełny, a w konsekwencji, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia wprowadzała potencjalnych wykonawców w błąd, uniemożliwiając im złożenie poprawnej i kompletnej oferty.

Zdaniem odwołującego zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów określonych w przepisie art. 29 ust. 1 ustawy.

Zgodnie bowiem z jego treścią przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób jasny, jednoznaczny i wyczerpujący. Okoliczność ta zaś powinna spowodować unieważnienie przetargu.

Ponadto sama ocena złożonych ofert została dokonana wadliwie, a w dalszej konsekwencji wadliwe okazało się dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający miał dokonywać oceny w oparciu o podane w ofertach ceny brutto. Jednak w żadnym stopniu nie weryfikował prawidłowości podanych cen brutto. Nie dokonano w postępowaniu sprawdzenia prawidłowości zastosowania odpowiedniej stawki podatku od towarów i usług. Tym samym nie sprawdzono czy oferowane ceny zawierają podatek od towarów i usług obliczony w należytej wysokości. Brak możliwości weryfikacji prawidłowości stosowania określonych stawek podatku od towarów i usług wynika z nieprawidłowego

skonstruowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozwalających pominąć w ofercie podanie przyjętych wartości podatku od towarów i usług. Tymczasem kwota podatku od towarów i usług jest wartością niezależną zarówno od zamawiającego, jak i wykonawcy. W konsekwencji wysokość podatek będzie płatny niezależnie od okoliczności, czy strony umowy będą miały świadomość konieczności jego zapłaty oraz jego wysokości. Ostatecznie więc wartość ta może wpływać na ocenę końcową złożonych ofert. Ich prawidłowe podanie powinno być zatem elementem oceny złożonych ofert. Skoro zaś zamawiający dokonał oceny złożonych ofert nie weryfikując ich pod kątem prawidłowości zastosowania określonej stawki podatku od towarów i usług, a więc prawidłowości podanych w ofertach cen, oczywistym jest, że taka ocena jest wadliwa. Ma to znaczenie istotne między innymi, w związku z faktem, iż zgodnie z brzmieniem przepisu art. 32 ustawy prawo zamówień publicznych wartość przedmiotu zamówienia należy określać z pominięciem podatku od towarów i usług. W konsekwencji niezbędne staje się w postępowaniu o udzielenie zamówienia posługiwanie się nie tylko wartościami brutto, ale także netto. W niniejszym zaś postępowaniu takiego obowiązku nie dochowano, czym naruszono niewątpliwie wspomniany przepis.

Opisane powyżej uchybienia skutkują także naruszeniem przepisu art. 36 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, opisującego elementy jakie powinna zawierać specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skoro bowiem zamawiający nie zawarł w specyfikacji prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, oczywistym jest według odwołującego, że musiał uchybić temu przepisowi prawa.

Odwołujący podniósł, że skoro jedynym kryterium oceny złożonych ofert była cena, to przyznana przez zamawiającego liczba punktów dla poszczególnych wykonawców ujawniona w piśmie z dnia 7 sierpnia 2013 roku jest błędna. Jako zaś, że odzwierciedla ona ocenę ofert i wybór najkorzystniejszej oferty, to czynności te muszą być uznane za dokonane wadliwie.

Należy bowiem zauważyć, iż oceny podane w piśmie z dnia 7 sierpnia 2013 roku mają się nijak do ofert ujawnionych w chwili otwarcia ofert. Zgodnie bowiem z wynikami przyjętymi w dniu otwarcia ofert w dniu 1 sierpnia 2013 roku, oferta odwołującego była drugą najtańszą ofertą. Tymczasem według oceny złożonych ofert dokonanej dniu 7 sierpnia 2013 roku, odwołujący otrzymał jedynie 95,76 punktów, która to liczba plasuje go dopiero na piątym miejscu. Jako, że po dniu otwarcia ofert, nie mogły one już ulegać zmianom, to podstawą oceny ofert muszą być ceny ujawnione w dniu otwarcia ofert. Oczywistym jest więc, że sama ocena złożonych ofert i wybór oferty najkorzystniejszej zostały dokonane błędnie. Nie odzwierciedla ona bowiem cen ujawnionych w dniu otwarcia ofert. Wadliwa zaś czynność musi zostać unieważniona. Nie powinno także ująć uwagi, iż oferta wybrana jako najkorzystniejsza, złożona przez PGE Obrót S.A. Oddział z siedzibą w Warszawie powinna

podlegać odrzuceniu. Zawierała ona bowiem błędy w zakresie przyjętej stawki podatku od towarów i usług, na które zwracano uwagę zamawiającego, a które dyskwalifikują taką ofertę. Skoro bowiem kryterium oceny składanych ofert była cena brutto, to oczywistym jest, że zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku stanowi istotne uchybienie. Nie jest to zaś bynajmniej oczywista omyłka rachunkowa, ale błąd istotny skutkujący koniecznością odrzucenia takiej oferty. Błędu takiego nie mógł zatem poprawić sam zamawiający, bowiem przepis art. 87 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych daje takie prawo wyłącznie w zakresie oczywistych omyłek pisarskich lub rachunkowych. Błędne zaś, de facto, podanie ceny w ofercie nie może stanowić oczywistej omyłki rachunkowej.

Ostatecznie odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiający dokonując korekty oferty złożonej w postępowaniu polegającej na dostosowaniu podanej ceny do prawidłowej, obowiązującej stawki podatku od towarów i usług, uchybił przepisowi art. 87 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych. Oferta zaś spółki PGE Obrót S.A. Oddział z siedzibą w Warszawie powinna podlegać odrzuceniu w trybie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy prawo zamówień publicznych. W dalszej zaś kolejności wybór oferty, która zgodnie ze wspomnianym przepisem podlegała odrzuceniu, także musi być uznany za wadliwy.

W dniu 13 sierpnia 2013r. zamawiający drogą elektroniczną przekazał wykonawcom kopię odwołania wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 14 sierpnia 2013r. drogą elektroniczną wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego od PGE Obrót Spółki Akcyjnej z siedzibą w Rzeszowie, ul. 8 Marca 6. Zgłaszający wskazał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a odwołanie zmierza do odrzucenia oferty przystępującego i uniemożliwienia mu uzyskania zamówienia. Zgłoszenie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 czerwca 2013r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 14 sierpnia 2013r., na dowód czego załączono dowody wysłania wiadomości e-mail.

Wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu wskazał, że zarzuty w pkt 1 – 3 odwołania są spóźnione dotyczą bowiem rzekomych działań i zaniechań zamawiającego objętych siwz i jako takich możliwych do zaskarżenia w terminie 10 dni od dnia 21 czerwca 2013r. W ocenie przystępującego odwołujący mieszając zarzuty spóźnione i inne stara się uzyskać efekt obejścia zawitego terminu na wniesienie odwołania od siwz. Zarzuty w tym zakresie nie powinny zdaniem przystępującego podlegać rozpoznaniu. Zarzuty niespóźnione tj. 4 i 5 są

oczywiście nieuzasadnione w ocenie przystępującego. Istnieje sprzeczność pomiędzy wnioskiem odwołania, a możliwą do merytorycznej oceny częścią zarzutów odwołującego maskującą brak interesu prawnego odwołującego do wniesienia odwołania. Przystępujący w obliczaniu ceny brutto do ceny oferty stosował właściwą stawkę PTU 23%. W szczególności dla poprawionej omyłki nie stosowano stawki PTU 22%. Omyłka polegała na podaniu ceny brutto wyliczonej od innej ceny. Cena netto była stała i niezmienna. Zamawiający słusznie i zgodnie z obowiązującymi przepisami poprawił zaistniałą omyłkę i o swojej czynności poinformował. Przystępujący uważa, że odwołanie powinno także podlegać oddaleniu z powodu braku wpływu na wynik postępowania niezależnie bowiem od tego, czy zamawiający poprawiłby omyłkę czy też nie, to i tak oferta przystępującego byłaby najkorzystniejsza. Nadto oferta odwołującego w dacie otwarcia ofert jak i w dacie wyboru oferty najkorzystniejszej zajmuje drugie od końca miejsce. Wniosek o unieważnienie odwołania oparty na zarzutach spóźnionych nie może być uwzględniony. Co do wniosku o odrzucenie oferty przystępującego, to brak jest interesu odwołującego w formułowaniu takiego żądania, gdyż jego oferta jest ofertą drugą od końca i nawet w przypadku teoretycznego uwzględnienia tego odwołania odwołujący nie mógłby otrzymać zamówienia.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy, ewentualnie o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1, art. 32 i art. 36 ust. 1 ustawy na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy i w zakresie zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy ewentualnie gdyby Izba nie podzieliła powyższego stanowiska o oddaleniu odwołania w całości. W uzasadnieniu wskazał, że odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika substytucyjnego działającego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego mu przez pełnomocnika, który działał w oparciu o pełnomocnictwo ogólne. Zamawiający wskazał, że zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą Izby i Sądów Okręgowych do występowania przed Izba i wniesienia odwołania konieczne jest legitymowanie się pełnomocnictwem rodzajowym lub szczególnym, gdyż korzystanie ze środków ochrony prawnej na gruncie ustawy jest czynnością przekraczającą zakres zwykłego zarządu. Tym samym należy uznać, że odwołanie zostało wniesione przez osobę nieuprawnioną. Jedynie brak pełnomocnictwa stanowi brak formalny, który podlega uzupełnieniu, natomiast złożenie pełnomocnictwa nie wykazującego uprawnienia do działania w imieniu wykonawcy nie podlega uzupełnieniu. W dalszym toku odpowiedzi zamawiający wskazał, że zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1, art. 32 i art. 36 ust. 1 ustawy są zarzutami skierowanymi wobec treści siwz, a wobec faktu, że odwołanie wniesione jest po upływie terminu składania ofert, należy je uznać za spóźnione i podlegające odrzuceniu z uwagi na upływ terminu na wniesienie odwołania. W przypadku, gdyby Izba nie podzieliła powyższej argumentacji, to zamawiający wskazał, że

prawidłowo ocenił wadę w zakresie podania ceny brutto dla taryfy B21 jako oczywistą omyłkę rachunkową i prawidłowo dokonał poprawy tej omyłki. Nie żądał podania ani wartości, ani stawki podatku VAT. Tym samym odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nadto poddał w wątpliwość interes odwołującego we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty PGE Obrót SA, informacji zamawiającego do PGE Obrót SA o poprawie omyłki, informacji o wyniku postępowania.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła, co następuje: W części II rozdz. 6 pkt 6.2. zamawiający podał szacunkową ilość dostarczanej energii (+/- 10%) w okresie dostawy 17 042 347 kWh, w tym energii rozliczanej w następujący sposób :

- a) ilość punktów 116, ilość energii w okresie 01.10.2013 – 31.12.2013 – 420 755, ilość energii w okresie 01.01.2014 – 30.09.2014 – 1 049 323, taryfa C11 łącznie za 12 m-cy – 1 470 078 kWh,
- b) ilość punktów 61, ilość energii w okresie 01.10.2013 – 31.12.2013 – 3 302 812, ilość energii w okresie 01.01.2014 – 30.09.2014 – 10 203 597, taryfa C 21 łącznie za 12 m-cy – 13 506 409 kWh,
- c) ilość punktów 3, ilość energii w okresie 01.10.2013 – 31.12.2013 – 447 500, ilość energii w okresie 01.01.2014 – 30.09.2014 – 1 342 500, taryfa B21 łącznie za 12 m-cy – 1 790 000 kWh,
- d) ilość punktów 1, ilość energii w okresie 01.10.2013 – 31.12.2013 – 15 000, ilość energii w okresie 01.01.2014 – 30.09.2014 – 45 000, taryfa C22B łącznie za 12 m-cy – 60 000 kWh,
- e) ilość punktów 2, ilość energii w okresie 01.10.2013 – 31.12.2013 – 4 060, ilość energii w okresie 01.01.2014 – 30.09.2014 – 12 100, taryfa C12B łącznie za 12 m-cy – 16 160 kWh,
- f) ilość punktów 11, ilość energii w okresie 01.10.2013 – 31.12.2013 – 66 450, ilość energii w okresie 01.01.2014 – 30.09.2014 – 133 250, taryfa G11 łącznie za 12 m-cy – 199 700 kWh,

W pkt 6.3. postanowiono, że zamawiający ma prawo do zmiany ilości punktów poboru energii elektrycznej przy czym stawki cenowe podane w formularzu ofertowym obowiązują także w przypadku nowych punktów poboru energii elektrycznej. Zamiana ilości punktów poboru nie wymaga aneksu do umowy.

W rozdz. 22 wskazano sposób obliczenia ceny i w pkt 22.1-5 postanowiono – cena ofertowa wynika z wypełnionego formularza oferty 9załącznik nr 1 do siwz). Wykonawca

w formularzu oferty podaje ceny jednostkowe, przy użyciu których będzie realizował przedmiot zamówienia na warunkach określonych w pkt 6 siwz i istotnych postanowieniach umowy. Wykonawca nie może samodzielnie zmieniać i wprowadzać dodatkowych pozycji do formularza oferty. Ryzyko konieczności wykonania wszelkich prac towarzyszących, mogących pojawić się w trakcie realizacji zamówienia, ryzyko związane ze zmianami stawki podatku VAT, kursów walut, ceł itp. obciąża wykonawcę i należy uwzględnić je w ofercie. Ceny jednostkowe przyjęte w ofercie będą stałe w czasie objętym umową. Oferowane ceny winny obejmować wszystkie koszty i składniki wraz z narzutami, niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie objętym siwz i istotnymi postanowieniami umowy. Zamawiający nie zapewnia zwolnienia wykonawcy z żadnych podatków, opłat, ceł, cen materiałów, transportu itp. których nie przewidziano w siwz, ani nie będzie zwracał żadnych kar należnych z jakiegokolwiek tytułu, nie będzie też ponosił kosztów wynikających z cen materiałów, transportu, czynności, usług, świadczeń, ubezpieczeń itp., których nie przewidziano w dokumentacji przetargowej. Ceny jednostkowe powinny być liczone w walucie polskiej z dokładnością do czterech miejsc po przecinku. Zapłata nastąpi zgodnie z warunkami umowy.

W rozdz. 25 zamawiający wskazał, że jedynym kryterium oceny jest cena. W celu umożliwienia porównania ofert w kryterium ceny jednostkowe dla każdej oferty komisja miała wyznaczyć wartość C według wzorów $c = A \times 470\,078 + AH \times 12 \times 116 + B \times 13\,506\,409 + BH \times 12 \times 61 + C \times 1\,790\,000 + CH \times 12 \times 3 + D \times 60\,000 + DH \times 12 \times 1 + E \times 16\,160 + EH \times 12 \times 2 + F \times 199\,700 + FH \times 12 \times 11$, gdzie A, B, C, D, E, F są cenami za energię elektryczną w zł/kWh dla poszczególnych grup taryfowych, a AH, BH, CH, DH, EH, FH – opłatami handlowymi w zł/mc/punkt dla poszczególnych grup taryfowych. Wskazano, że obliczenia będą dokonywane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

W formularzu oferty PGE Obrót SA zaoferowało : opłaty handlowe w każdej z taryf zero złotych, zaś ceny energii elektrycznej :

- grupa taryfowa B21 cena A netto 0,1926, brutto 0,2374,
- grupa taryfowa C11 cena B netto 0,1930 brutto 0,2374
- grupa taryfowa C12B cena C netto 0,1782 brutto 0,2192
- grupa taryfowa C21 cena D netto 0, 1926 brutto 0,2369
- grupa taryfowa C22B cena E netto 0,1881 brutto 0,2314
- grupa taryfowa G11 cena F netto 0,1930 brutto 0,2374

Zamawiający w dniu poprawił w ofercie przystępującego w następujący sposób w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 cenę brutto dla grupy taryfowej B21.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że pełnomocnictwo upoważniające do udzielania odpowiedzi osobom wzywającym mocodawcę oraz występowania przed wszystkimi organami administracji publicznej w szerokim rozumieniu organów władzy publicznej jako pełnomocnictwo udzielane rady prawnemu, a więc podmiotowi ustawowo zobowiązanemu do reprezentowania i obrony praw swoich klientów przed organami należy uznać za skuteczne i odpowiadające wymogowi pełnomocnictwa rodzajowej na gruncie ustawy Pzp.

Izba przyjmuje w tym zakresie wyjaśnienia złożone przez pełnomocnika na posiedzeniu, iż jest to pełnomocnictwo procesowe.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż odwołanie w całości zasługuje na odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt.2. Wskazuje, że pełnomocnictwo obejmuje umocowanie do czynności poza sądowych przed organami państwowymi, a nie wątpliwie Izba jest organem przed sądowym o charakterze sądu polubownego, ustanowionym jako organ państwowy z mocy ustawy.

Ponownie Izba podkreśla, iż jest to pełnomocnictwo udzielone radcy prawnemu i podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone przy rozstrzygnięciu skuteczności przystąpienia. Nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż brak interesu w uzyskaniu zamówienia jest podstawą odrzucenia odwołania. Tym samym nawet, jeśli część zarzutów mogłaby być uznana za spóźniona to nie daje to podstawy Izbie do uchylecia się przed merytorycznym rozstrzygnięciem.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, że odwołujący nie wykazał istnienia przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności wniesienia odwołania. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy prawo do wniesienia odwołania przysługuje tym, którzy :

1. są wykonawcami, uczestnikami konkursu, albo innym podmiotem,
2. mają na dzień wniesienia lub mieli interes w uzyskaniu zamówienia (czyli wskazują na realną szansę na uzyskanie zamówienia)
3. ponieśli lub mogą ponieść szkodę i fakt poniesienia tej szkody pozostaje w adekwatnym związku przyczynowo skutkowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy.

Najszerzej interpretowany jest interes na etapie przed upływem terminu na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub na składanie ofert, czyli przy wnoszeniu odwołań na treść ogłoszenia lub siwz, czy na zmianę ogłoszenia lub modyfikację

siwz. Wówczas wystarczy wykazanie możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia np. z uwagi na charakter prowadzonej działalności zawodowej, nie trzeba wykazywać, że jest się w stanie samodzielnie spełnić warunki udziału w postępowaniu, czy zrealizować samodzielnie zamówienie. Natomiast po upływie składania wniosków czy ofert interes ten konkretyzuje się i przysługuje tym, którzy zmierzają do uzyskania zamówienia poprzez wyeliminowanie niespełniających wymagań zamawiającego konkurentów, jak i tym którzy zostali bezprawnie wyeliminowani z postępowania i żądają przywrócenia. Nie ma interesu ten, który znajdując się na 5 pozycji w rankingu ofert, podnosi zarzuty zmierzające do wyeliminowania wykonawcy wybranego, nie podnosząc jednocześnie zarzutów wobec pozostałych poprzedzających go konkurentów. Co ma miejsce w niniejszej sprawie. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał bowiem swojego twierdzenia, że w dacie otwarcia ofert jego oferta była sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert. Temu twierdzeniu przeczyli konsekwentnie zamawiający i przystępujący, jak również Izba w dokumentacji postępowania nie doszukała się okoliczności przemawiających za uznaniem za wiarygodne twierdzeń odwołującego. Oferta odwołującego została oceniona przez zamawiającego i sklasyfikowana na 5 miejscu w rankingu ofert, co oznacza, że aby odwołujący miał szansę na uzyskanie zamówienia powinien wykazać, że czterej poprzedzający go wykonawcy podlegają wykluczeniu z postępowania, albo ich oferty podlegają odrzuceniu. Odwołujący swoje zarzuty skierował wobec postanowień siwz, co pozostaje w sprzeczności z treścią art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy w związku z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy, zgodnie z którym odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego także od postanowień siwz wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia siwz na stronie internetowej. Ponadto sformułował zarzuty wobec oceny i wyboru oferty wybranej nie formułując jednocześnie jakichkolwiek zarzutów związanych z oceną pozostałych 3 ofert. W tej sytuacji działania odwołującego nie prowadziły do umożliwienia mu uzyskania zamówienia. Nadto sformułowany przez niego wniosek o unieważnienie postępowania także wskazywał na to, że odwołujący nie spodziewa się uzyskania tego zamówienia.

Ustawodawca wskazał, że nie może być to interes w uzyskaniu dowolnego zamówienia, ale danego, czyli tego, które jest przedmiotem postępowania o zamówienie publiczne w którego ramach wnoszone jest odwołania. Zatem nie jest możliwe wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia, jako interesu w uzyskaniu zamówienia w nowowszczytym (po unieważnieniu) postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy w związku z art. 179 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit a i b i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami uiszczanego wpisu.

Przewodniczący.....