Sygn. akt: KIO 106/16

WYROK
z dnia 10 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 lutego 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 stycznia 2016 r.** przez wykonawcę **Silico Sp. z o.o., ul. Zgody 16b, 05-074 Halinów** w postępowaniu prowadzonym przez **Tramwaje Warszawskie Sp. z o. o., ul. Siedmiogrodzka 20, 01-232 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Argis Sp. z o.o., ul. Tartaczna 7/9,26-600 Radom** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Silico Sp. z o.o., ul. Zgody 16b, 05-074 Halinów** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Silico Sp. z o.o., ul. Zgody 16b, 05-074 Halinów** 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 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. 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:

……

Sygn. akt: KIO 106/16

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„dostawę profili gumowych do tramwajów (część nr 1) oraz dostawa uszczelek okna bocznego w tramwajach typu 105 N i pochodnych (część nr 2)”,* zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 219 - 400048 z 12.11.2015 r., przez Tramwaje Warszawskie Sp. z o. o., ul. Siedmiogrodzka 20, 01-232 Warszawa zwaną dalej: *„Zamawiającym”.*

W dniu 20.01.2016 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej Argis Sp. z o.o., ul. Tartaczna 7/9,26-600 Radom zwana dalej: *„Argis Sp. z o.o.”* albo *„Przystępującym”* oraz m. in. wykluczeniu z udziału w postępowaniu i odrzuceniu oferty firmy: Silico Sp. z o.o., ul. Zgody 16b, 05-074 Halinów zwanej dalej: *„Silico Sp. z o.o.”* albo *„Odwołującym”.*

W dniu 29.01.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Silico Sp. z o.o. wniosło odwołanie na w/w czynność z 20.01.2016 r., tzn. w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 29.01.2016 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Wskazał, że niniejszym wnosi odwołanie od wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy Argis sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu w części 1

i 2 przetargu, w sytuacji, gdy przetarg podlegał unieważnieniu z przyczyn formalnych, a wybrana oferta podlegała odrzuceniu. Zarzucił naruszenie:
a) art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp"* poprzez jego niezastosowanie, na skutek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie gwarantujący uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a mianowicie:
- polegające na wykluczeniu z możliwości wzięcia udziału w przetargu firm, które zostały założone po dniu wprowadzenia nowej normy PN - EN 455545-2: 2013 lub, które stworzyły materiał lub produkt po tej dacie, albo były firmami z terenu Unii Europejskiej i w związku z tym nie mogły uzyskać certyfikatu na zgodność produktu z wycofaną normą PN-K - 02512:2000, a jedynie na surowiec zgodny z normą obecnie obowiązującą PN - EN 455545-2: 2013, poprzez nie dopuszczenie przedstawienia dokumentów dotyczących jedynie mieszanek, z których wyroby są produkowane (SIWZ *oraz pismo Wyjaśnienia i zmiany do SIWZ nr 1 z 18.11.2015)*

- ustaleniu krótkiego czasu realizacji umowy tj. dostarczenia I partii zamówienia na dzień 16.01.2016 r., co ograniczyło ilość konkurujących firm, w sytuacji, gdy rozstrzygnięcie przetargu nastąpiło w dniu 20.01.2016 r., co świadczy o fikcyjności tego wymogu i potwierdza jego cel eliminowania konkurencji.
b) art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na nie odrzuceniu oferty firmy Argis Sp. z o.o. mimo
- nie złożenia przez tę firmę na wezwanie dokumentów zgodnym z opisanym w pkt. 10.7.2) Rozdz. I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SIWZ"* na dostawę wyrobów gumowych do tramwajów *„wydanych przez uprawnioną jednostkę badawczą, potwierdzających spełnienie minimalnych cech bezpieczeństwa przeciwpożarowego określonych w § 11 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 marca 2011 r. w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2011 r. Nr 65 poz.344) (dot. Wszystkich wyrobów z części nr 1 i części nr 2)",* tj. nie przedstawienia raportów z badań,
c) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Argis Sp. z o.o. polegającej odrzuceniu,
d) art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania firmy Argis Sp. z o.o. do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oferty w części 1 zamówienia.
e) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przy ocenie ofert, poprzez nieodrzucenie oferty firmy Argis i uznanie, że wypełniła ona warunki SIWZ pkt 10.7.2) składając jedynie pierwsze strony badań tj. kartę tytułową, certyfikat bez części opisowej, tj. raportu z badań, który jest częścią składową certyfikatu i określa wszelkie standardy i wyniki badań, oraz nie składając wyjaśnień odnośnie zaniżonej ceny.
f) art. 93 ust. 1 pkt. 7 w zw. z art. 144 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie i nie unieważnienie przetargu oraz wybranie oferty firmy Argis Sp. z o.o. w sytuacji, gdy załącznik numer III oraz II SIWZ wskazuje jako datę pierwszych dostaw dzień 15.01.2016 r., zaś ofertę wybrano w dniu 20.01.2016 r., co powoduje nieważność planowanej umowy jako mającej za przedmiot świadczenie niemożliwe do spełnienia.

Wnosił o unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty Argis Sp. z o.o. i nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Argis Sp. z o.o. i ogłoszenia o zamówieniu 2015/S 219-4000048 oraz powtórzenie procedury przetargowej wraz z ogłoszeniem o przetargu. Wnosił o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji przetargowej na okoliczność podstaw do odrzucenia oferty firmy Argis Sp. z o.o. oraz na okoliczność sformułowania warunków zamówienia w sposób ograniczający zasady uczciwej konkurencji, a także z załączonego odpisu KRS na okoliczność prawidłowej reprezentacji Odwołującego, jak i wyciągu z normy PN- EN 45545-2:2013 na okoliczność jej zakresu. Wnosił o zwrócenie się do Instytutu Kolejnictwa, Laboratorium Badania Materiałów i Elementów Konstrukcji -

---

kierownik pani dr Inż. E.R.-W. - o interpretacje, jakie normy zharmonizowane regulują wymagania odnośnie uszczelek będących przedmiotem zamówienia 2015/S 219 - 4000048, DNZ/134/2015, na dzień ogłoszenia przetargu, oraz o zbadanie, czy przedstawione

przez firmę Argis Sp. z o.o. dokumenty spełniają wymogi Rozporządzenia i norm oraz, czy oprócz certyfikatu winny być dostarczone wyniki badań empirycznych (raport z badań) dla możliwej kontroli spełniania warunków bezpieczeństwa, czy też są bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Przedmiotem zamówienia była dostawa profili gumowych do tramwajów (część nr 1) oraz dostawa uszczelek okna bocznego w tramwajach typu 105 N i pochodnych (część nr 2). W SIWZ w pkt. 10.7.2) Zamawiający jako warunek ustalił obowiązek przedstawienia dokumentów *„wydanych przez uprawnioną jednostkę badawczą, potwierdzających spełnienie minimalnych cech bezpieczeństwa przeciwpożarowego określonych w § 11 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 marca 2011 r. w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2011 r. Nr 65 poz.344) (dot. Wszystkich wyrobów z części nr 1 i części nr 2)”.*
W *wyjaśnieniach i zmianach do SIWZ nr 1 z dnia 18.11.2015 r.* Zamawiający wyjaśnił minimalne standardy znajdujące się na rysunkach Specyfikacji i wyjaśnił, że jako normy podaje nieobowiązująca już normę PN-K-02512:2000. Zamawiający dopuścił wykonanie wyrobów zgodnych z obowiązującą obecnie normą PN- EN 45545:2013 Kolejnictwo- Ochrona przeciwpożarowa, która zastąpiła starą normę. Zamawiający nie sprecyzował wymogów normy dla H1, H2 i H3, jak i zakresu R 1- jednak te dane wynikają z samej normy i przy należytej staranności Wykonawca w z swoim zakresie powinien poczynić ustalenia. Podobnie jak i ustalenia, że prawidłowym oznaczeniem normy jest PN- EN 45545-2:2013. Zamawiający wymagał uzyskania normy PN- EN 45545:2013 dla produktu, a nie mieszanek. Nowa norma obejmuje jedynie wymagania odnośnie mieszanek, a nie gotowych wyrobów. Tym samym Zamawiając poprzez wybór niższych standardów bezpieczeństwa przeciwpożarowego doprowadził do eliminacji produktów lepszych, tj. uzyskujących certyfikaty zgodnie z normami zharmonizowanymi i jednocześnie do wykluczenia firm, które rozpoczęły produkcie już po wprowadzeniu normy PN-EN- 45545-2:2013, jak i firm uzyskujących certyfikaty według zharmonizowanych norm poza terenem Polski. Nadto ustalenie w wyjaśnieniach obowiązku przedstawienia certyfikacji dla wyrobu, a nie mieszanki jest niezgodnie z nieobowiązująca już normą, naruszyło Dyrektywę 2008/57/WE, która m.in. stanowi: *„Niniejszą dyrektywę przyjmuje się dla ustanowienia warunków, które mają być spełnione w celu osiągnięcia na terytorium Wspólnoty interoperacyjności systemu kolei w sposób zgodny z przepisami dyrektywy 2004/49/WE. Warunki te dotyczą projektowania, budowy, dopuszczenia do eksploatacji, modernizacji, odnowienia, eksploatacji i utrzymania części tego systemu, a także kwalifikacji zawodowych, wymagań zdrowotnych i dotyczących*

bezpieczeństwa dla personelu mającego udział w jego eksploatacji i utrzymaniu.”
W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia *(SIWZ) i Wyjaśnieniu i Zmianach nr 1,* Zamawiający nie doprecyzował wymagań odnośnie zakresu normy 45545:2013. Tymczasem na podstawie załączonych w cz. II SIWZ opisów przedmiotu zamówienia, wynika, że wszystkie pozycje zarówno części 1, jak i części 2 przetargu powinny spełniać normy PN- EN 45545- 2:2013 w zakresie wymagania R 1. Zatem aby mówić o spełnieniu normy PN- EN- 45545- 2:2013 , to niezbędne było spełnienie wymogu przedstawienia pozytywnych wyników badań i raportu z tych badań w zakresie R 1, a nie R 22 i R 23, dla oceny poziomu zagrożenia HL 1, HL 2 i HL 3. Żaden z Wykonawców poza Odwołującą Silico Sp. z o.o. nie przedstawił takiego certyfikatu. Zatem jedynie produkt firmy Silico Sp. z o.o. wypełniał warunki palności dla uszczelek i gum, klinów do okien i drzwi. Nadto Zamawiający formułując warunki nie ustalił poziomu palności, co było konieczne w związku z brzmieniem obowiązujących norm. Błędne formułowanie wymagań odnośnie norm nie mogło powodować dowolności w wyborze oferty, gdyż sam opis normy PN-EN 45545-2 precyzuje wszelkie wymagania, a podmioty biorące udział w postępowaniu tj. Zamawiający i Wykonawcy, są podmiotami profesjonalnie prowadzącymi działalność w zakresie produktów objętych tą normą.

Zgodnie z Komunikatem nr 2 Prezesa Polskiego Komitetu Normalizacyjnego z dnia 1 sierpnia 2013r. w sprawie stosowania Polskich Norm wycofanych jako dokumentów odniesienia w ocenie zgodności norma PN- K -02512:2000- wskazana w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia z dnia 2 marca 2011 r. w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2011 r. Nr 65 poz.344), została wycofana z dniem 24.07.2013r. i z tym dniem została zastąpiona przez

normę PN-EN 45545-2:2013 - (której spełnienie dla swojego produktu ti. mieszanki w zakresie wymaganym R 1 przedstawiła jedynie firma SILICO Sp. z o.o.). Norma stara, tj. wskazana w załączniku nr 1 do Rozporządzenia z dnia 2 marca 2011r. może być używana jako aktualna w ocenie zgodności do 30.03.2016 r. A wiec nie może być po tym dniu użyta do oceny zgodności partii produktów dostarczanych po tej dacie. Przedmiotowy przetarg obejmował zaś dostawy w terminach od 15.01.2016 r. do 12.01.2018 r. W chwili obecnej, w przypadku zawarcia umowy w krótkim terminie, jedynie I partia dostawy dokonana w 2016r. mogłaby zmieścić się terminie dozwolonej ocenie zgodności z wycofaną normą. Zastosowanie zatem starej normy w ocenie oferty jest niezgodne z Dyrektywą 2008/57/WE, jak również z ustawą o normalizacji z dnia 12 września 2002 r. (Dz. U. Nr 169, poz. 1386), na podstawie której wydawane są Komunikaty Prezesa Polskiego Komitetu Normalizacyjnego.

Interpretacja celowościowa wskazuje, że nawet przy powoływaniu się w przetargu na Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 marca 2011r. do oceny zgodności produktu z zamówieniem, jeśli realizacja tej umowy przypada po dniu wycofania normy, a zwłaszcza

po dniu upływu aktualności w ocenie zgodności, Zamawiający ma obowiązek stosować obowiązujące normy zharmonizowane, czego rozstrzygając przetarg i wybierając ofertę najkorzystniejszą, Zamawiający nie zrobił. Co więcej wykluczył z oceny certyfikaty zgodności z obowiązująca normą poprzez stwierdzenie w dokumencie *Wyjaśnienia i zmiany do SIWZ nr* 1 z *18.11.2015r.,* iż **„zamawiający** *nie dopuszcza przedstawienia dokumentów dotyczących jedynie mieszanek, z których wyroby są produkowane".* Wybrana oferta Argis Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego wobec nie spełnienia przez Wykonawcę warunku przedstawienia dokumentów wydanych przez uprawniona jednostkę badawczą, potwierdzających spełnienie minimalnych cech bezpieczeństwa przeciwpożarowego określonych w § 11 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 marca 2011 r. w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2011 r. Nr 65 poz.344) (dot. Wszystkich wyrobów z części nr 1 i części nr 2). Firma Argis Sp. z o.o. po wezwaniu jej przez Zamawiającego przedstawiła jedynie niekompletną certyfikacje na wycofaną normę PN - K -02512:2000, ale bez załącznika w postaci raportu z badań. Nie jest to wypełnieniem warunku przedłożenia dokumentacji. Po drugie firma Argis Sp. z o.o. przedstawiła niekompletną dokumentację spełnienie normy PN-EN 45545-2 :2013 w zakresie R 22 i R 33. Z zapisów pełnej dokumentacji przedstawionej przez firmę Silico Sp. z o.o. wynika , iż pełnym dokumentem jest karta wyników badań wraz z raportem z badań. Ponownie dokumenty złożone nie były kompletne. Firma Argis Sp. z o.o. nie przedstawiła spełnienia normy PN-EN 45545-2:2013 w zakresie R1. A więc nie wypełniła wymogu spełnienia normy przez produkty do zastosowania w oknach i drzwiach. Odwołujący zapoznał się w dniu 22.01.2016 r. z dokumentami stanowiącymi uzupełnienie oferty firmy Argis Sp. o. o. i w notatce sporządzonej bezpośrednio po tej czynności, poinformował o swoich zastrzeżeniach Zamawiającego, że w przedstawionych mu dokumentach nie zawarto żadnych raportów z badań, które są nieodłączną częścią dokumentacji wymaganej prawem. W dniu 28.01.2016r. Zamawiający odpowiedział na pismo Odwołującego podając, że *„przedmiotowa oferta zawiera wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje".* oraz, iż Zamawiający nie wymagał załączenia szczegółowych wyników badań, a te złożone traktował jako dokumenty dodatkowe (pismo z 28.01.2016 r.- w aktach postępowania).

Oczywistym jest, że Zamawiający w sposób dowolny nie może oceniać dokumentacji. Sama strona tytułowa, oznaczona jako certyfikat zgodności lub ocena wyrobu itp., nie jest potwierdzeniem zgodności z normą. Dopiero pełen dokument jest dokumentacją wypełniającą wymagania nałożone przez samego Zamawiającego odwołującego się do Rozporządzenia z dnia 2 marca 2011 r. Dlatego też zasadny jest złożony wniosek dowodowy o zwrócenie się do Instytutu Kolejnictwa, Laboratorium Badania Materiałów i Elementów Konstrukcji, celem ustalenia, jaki dokument jest dokumentem kompletnym i wypełniającym

wymagania przetargu. Tym samym oferta firmy Argis Sp. z o.o. powinna była zostać przez Zamawiającego odrzucona wobec nie złożenia dokumentów wydanych przez uprawnioną jednostkę badawczą, potwierdzających spełnienie minimalnych cech bezpieczeństwa

przeciwpożarowego według norm obowiązujących w chwili składania oferty, jak i nieobowiązującej normy PN - K -02512:2000. Wskazał na wyrok KIO z 11.08.2011 r., sygn. akt: KIO 1510/14 oraz wyrok KIO z 01.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1703/14.

Uzyskanie przez Wykonawców potwierdzenia spełnienia normy PN-EN 45545-2:2013 w zakresie R 1 było konieczne dla celów niniejszego przetargu ze względu na opis przedmiotu zamówienia tj. profili gumowych do tramwajów (część nr 1) oraz dostawy uszczelek okna bocznego w tramwajach typu 105 N i pochodnych (część nr 2). W Rozdziale II SIWZ w nazwach wyrobu zostały umieszczone jedynie elementy okien i drzwi zewnętrznych, poza pozycją 34 zarówno dla części 1 jak i części 2 przetargu. Zakres R 1 normy PN-EN 45545-2:2013 jest jedynym zakresem właściwym dla okien i drzwi w wagonach (s. 14 pozycja IN 7 - ościeżnice okienne- elementy otaczające okno (łącznie ze szczeliwem i uszczelkami- R1, s.13 pozycja IN1A - wewnętrzne powierzchnie pionowe: okna łącznie z elementami z tworzyw, drzwi wewnętrzne i zewnętrzne - R1). Uszczelka okienna w wagonach tramwajowych ze względu na ich budowę musi spełniać kryteria R1. Zakres R 22 i R 23 jest właściwy dla normy PN-EN 45545- 2:2013 dla wewnętrznych drzwi, tj. dla uszczelek drzwi motorowego (IN 16-uszczelki wewnętrzne). Przedstawienie zatem spełnienia normy w zakresie R 22 i R 23 nie było złożeniem dokumentów wydanych przez jednostkę badawczą potwierdzających spełnienie minimalnych cech bezpieczeństwa pożarowego w zakresie Rozporządzenia.

Wnosił o zwrócenie się do Instytutu Kolejnictwa Laboratorium Badania Materiałów i elementów Konstrukcji - kierownik pani dr. Inż. E.R.-W. - o interpretacje, jakie normy zharmonizowane regulują wymagania odnośnie uszczelek będących przedmiotem zamówienia 2015/S 219-4000048, DNZ/134/2015, na dzień ogłoszenia przetargu, oraz o zbadanie, czy przedstawione przez firmę Argis Sp. z o.o. dokumenty spełniają wymogi Rozporządzenia i norm oraz, czy oprócz certyfikatu winny być dostarczone wyniki badań empirycznych (raport z badań) dla możliwej kontroli spełniania warunków bezpieczeństwa, czy też są bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Wybór najkorzystniejszej oferty firmy Argis Sp. z o.o. był obarczony także wadą ze względu na fakt nie wezwania w trybie art. 90 Pzp Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny w części 1 zamówienia. Oferta firmy Argis opiewała na kwotę 824.606,55zł brutto, gdy tymczasem szacunkowa wartość bez VAT wskazana przez Zamawiającego w Ogłoszeniu wynosiła 1.221.600 zł. bez VAT. Była ona zatem o ponad 30 % niższa od wartości zamówienia. W analogicznej sytuacji, Odwołujący został wezwany do przedstawienia wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp. Zamawiający nie wyjaśnił braku takiego

wezwania firmy Argis Sp. z o.o., co świadczy o nierównym traktowaniu ofert różnych Wykonawców i zaburza zasady zdrowej konkurencji opisane w art. 7 Pzp. Przepis art. 90 ust. 1 Pzp stanowi, iż w opisanej sytuacji tj. gdy oferta jest niższa o 30 % od wartości zamówienia *„zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny".* Przepis ten nie jest przepisem instrukcyjnym, lecz przepisem nakładającym obowiązek na Zamawiającego wezwania do wyjaśnień. Niedopełnienie tego obowiązku powoduje wadliwość dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. W dokumentach przedstawionych Odwołującemu nie było wezwania do firmy Argis w tym zakresie, ani dokumentacji złożone przez firmę Argis uzasadniającej jej cenę. Firma Argis nie złożyła żadnych wyjaśnień wskazujących na uzasadnienie swojej wyceny. Wskazał na wyroku KIO z dnia 17.03.2015r., sygn. akt: KIO 417/15. Na tym etapie sprawy nie można stwierdzić, jak wyglądałyby wyjaśnienia firmy Argis Sp. z o.o. i czy zostałyby uznane za wystarczające przez Zamawiającego. Niemniej naruszenie art. 90 Pzp w stosunku do wybranej przez Zamawiającego oferty powoduje wadliwość całej procedury przetargowej i konieczność jej powtórzenia wraz z ogłoszeniem o zamówieniu.

W niniejszych okolicznościach w SIWZ Zamawiający określił terminy dostaw w ten sposób, że pierwsze dostawa miała przypadać na dzień 15.01.2016 r. Rozstrzygnięcie przetargu nastąpiło w dniu 20.01.2016 r., a więc 4 dni po terminie dostawy. Terminy dostaw określone w rozdziale II SIWZ według § 1.1 Rozdział III - Istotne postanowienia Umowy - stanowią załącznik do Umowy pomiędzy Wybranym Wykonawca, a Zamawiającym. W § 1 ust. 3: *„Wykonawca zobowiązuje się zrealizować przedmiot umowy do dnia 12.01.2018 r. (2 tydzień 2018r.) w terminach określonych w harmonogramie dostaw zawartym w rozdziale*

II SIWZ". Zamawiający przed podpisaniem Umowy nie zagwarantował sobie prawa zmiany terminu dostaw, Jedynie w § 9 Umowy dopuścił zmiany terminów dostaw po zawarciu umowy. („Zakazuje *się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy z wyjątkiem zaistnienia następujących przypadków...").* Przepis ten posługuje się wyrażeniem „zmian postanowień zawartej umowy", a wiec zmian po zawarciu Umowy, a nie przed podpisaniem umowy. Prowadzi to do sytuacji, iż wybrany Wykonawca musi wraz z Zamawiającym podpisać umowę w kształcie opisanym w Rozdziale III SIWZ, bez jakichkolwiek zmian terminu dostawy. A więc Wykonawca musiałby zobowiązać się mocą § 1.3 do realizacji przedmiotu umowy w terminach wskazanych w rozdziale II SIWZ, a wiec dokonania dostawy I partii do dnia 15.01.2016r. Jest to zawarcie umowy o świadczenie niemożliwe, które jest zakazane przez polski system prawny (art. 387 § 1 kc) i powoduje nieważność umowy ex lege.

Ustalenie jako istotnego wymogu przetargu akceptacji przez składającego ofertę Wykonawcę gotowości do realizacji I partii dostawy do dnia 15.01.2016 r., w sytuacji, gdy

termin składania ofert został wyznaczony na dzień 18.12.2015 r., powodowało zawężenie kręgu podmiotów mogących złożyć ofertę. Tak krótki odstęp czasu pomiędzy złożeniem oferty, a rozpoczęciem produkcji eliminował wiele firm, które nie miały umiejętności szybkiego wdrożenia produkcji. Zwłaszcza, że produkt miał być dostosowany do Zamawiającego, a nie być produktem ogólnodostępnym. Fakt, że wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający dokonał 5 dni po terminie planowanej dostawy, świadczy o pozorności potrzeby ustalenia krótkiego terminu dostawy i o jego celu ograniczenia uczciwej konkurencji. Przywołał uchwałę KIO z 03.06.2015 r., sygn. akt: KIO/KD 30/15. Stwierdził, na jej podstawie, że tym bardziej należy uznać za zakazane według ustawy zawieranie umowy po terminie realizacji dostawy. Powodowałoby to bowiem z góry zmianę umowy i ustalenie nowych terminów dostaw, skoro warunki SIWZ przewidywały zmiany dopiero w trakcie trwania umowy. Zawarcie umowy w brzmieniu zgodnym z SIWZ i następnie zmiana terminów umów byłoby obejściem przepisów art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp oraz art. 144 ust. 1 Pzp.
W niniejszej sprawie, wobec szeregu wad samego ogłoszenia, SIWZ, konieczne jest dokonanie ponownego ogłoszenia o zamówieniu celem wyeliminowania zapisów ograniczających zasady konkurencyjności, które de facto poprzez zaniżenie standardów i wybranie za wiążące norm nieobowiązujących faworyzowało firmy od dawna działające na rynku, które nie zdołały uzyskać potwierdzenia spełnienia bardziej restrykcyjnych norm zharmonizowanych jak wybrana firma Argis Sp. z o.o. Jednocześnie w związku z odrzuceniem pozostałych ofert i wskazanymi przez Odwołującego przyczynami do odrzucenia oferty firmy Argis Sp. z o.o. istnieje potrzeba ponownego ogłoszenia o zamówieniu celem umożliwienia złożenia ponownie ofert bez barier naruszających art. 7, jak i ustalenia nowych terminów dostaw - możliwych do realizacji, a nie fikcyjnych - jak w chwili obecnej. Zwłaszcza, że krótkie terminy dostawy w odniesieniu do terminu składania ofert i spodziewanego wyboru oferty najkorzystniejszej eliminowały z przetargu wiele firm bez uzasadnienia merytorycznego.

Zamawiający w dniu 01.02.2016 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 03.02.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Argis Sp. z o.o., zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 10.02.2016 r. na posiedzeniu Przystępujący złożył pisemne wyjaśnienia (oryginał) wraz z załącznikami. Wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia pisma została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu na posiedzeniu.

W dniu 10.02.2016 r. (faxem), a na posiedzeniu (oryginał) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu na posiedzeniu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba uznała w zakresie przedmiotowego odwołania, że Wykonawca wnoszący odwołanie, czyli Odwołujący musi wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia, czemu nie sprostał. W konsekwencji skład orzekający Izby rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie ze względu na brak interesu w uzyskaniu zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej przysługują Wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Środki ochrony prawnej przysługują więc tylko takiemu wykonawcy, uczestnikowi konkursu a także innemu podmiotowi: *"który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia"* (wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z 17.02.2011 r., sygn. akt: II Ca 9/11). Jest to niewątpliwie materialno-prawna przesłanka do wniesienia odwołania, polegająca badaniu na rozprawie. Jej spełnienie stanowi podstawę do dalszej, merytorycznej oceny zarzutów. Ewentualne zaprzeczenie naruszenia interesu Wykonawcy może prowadzić do oddalenia odwołania, a nie jego odrzucenia bez merytorycznego rozpoznania zarzutów. Podobnie w wyroku KIO z 13.09.2011 r., sygn. akt: 1837/11. Pojecie *„interesu w uzyskaniu danego zamówienia”,* o którym mowa w art. 179 ust.1 Pzp, odnosi się do uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu – w tym postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie, a nie do określonego przedmiotu świadczenia. Dlatego nie jest dopuszczalne wykazywanie interesu w sytuacji,

kiedy żądanie Odwołującego sprowadza się do unieważnienia postępowania. Podobnie w wyroku KIO z 14.01.2013 r., sygn. akt: KIO 2887/12. Należy bowiem podkreślić, że interes Wykonawca musi być związany z uzyskaniem danego zamówienia, co oznacza, że Odwołujący winien wykazać, że ma potrzebę uzyskania zamówienia publicznego w konkretnym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Żądanie unieważnienia postępowania pozostaje w kolizji z możliwością uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu (tak też w wyroku KIO z 05.01.2012 r., sygn. akt: KIO 2742/11). Wykonawca musiałby się powoływać na chęć uzyskania zamówienia w kolejnym postępowaniu. Żaden jednak przepis prawa nie nakłada na Zamawiającego obowiązku ponownego przeprowadzenia postępowania w następstwie tego, które – w wyniku działań wykonawcy – musiałby unieważnić. Nie ma również przeszkód, aby Zamawiający, decydując się na powtórzenie postępowania o udzielenie zamówienia, zaostrzył warunki udziału w postępowaniu lub wymagania przedmiotowe, co uniemożliwiłoby wzięcie w nim udziału przez konkretnego wykonawcę. Jeżeli więc wykonawca składając odwołanie nie zmierza do ochrony swojej pozycji w postępowaniu, w celu utrzymania możliwości uzyskania zamówienia, lecz domaga się unieważnienia postępowania – nie ma legitymacji do wniesienia odwołania. Zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp sformułowanie: *„ma lub miał interes”* nie oznacza możliwości udzielenia ochrony prawnej wykonawcom niezainteresowanym w dacie składania odwołania uzyskaniem danego zamówienia (podobnie w wyroku z 13.09.2011 r., sygn. akt: KIO 1866/11). Unieważnienie postępowania nie prowadzi do uzyskania przez odwołującego bezpośredniej korzyści. W sposób ewidentny nie prowadzi również do udzielenia zamówienia żadnemu podmiotowi, w tym Odwołującemu. Wykonawca, żądając unieważnienia postępowania, pozbawia się szansy na uzyskanie zamówienia w danym postępowaniu, a tym samym – również legitymacji do wniesienia odwołania (podobnie w wyroku z 18.03.2011 r., sygn. akt: KIO 453/11).

W przedmiotowym stanie faktycznym wszystkie okoliczności wskazane w przywołanym orzecznictwie zaistniały, Odwołujący bowiem został skutecznie wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta uznana za odrzucona (okoliczność potwierdzona

i nie będąca przedmiotem sporu), co miało miejsce w ramach czynności z 20.01.2016 r. Co więcej ani w przedmiotowym odwołaniu, ani w żadnym innym odwołaniu nie kwestionował czynności Zamawiającego wobec Niego i jego oferty, w rezultacie został skutecznie pozbawiony statusu Wykonawcy i nie ma żadnej możliwości uzyskania tego konkretnego zamówienia.

Kontynuując niejako wcześniejszą argumentację należy ponownie wskazać, że Odwołujący musi wykazać, iż miał lub ma interes w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poniósł lub mógł ponieść szkodę. Chodzi zatem o zaistnienie chociażby potencjalnej możliwości uzyskania przez

Odwołującego tego konkretnego zamówienia, przy czym nie może to być interes hipotetyczny, odnoszący się do innego, przyszłego zamówienia, ale o to, konkretne, toczące się aktualnie postępowanie. Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym oferta Odwołującego została skutecznie de facto odrzucona, jako sutek wykluczenia. Powyższe spowodowało, iż nie ma on interesu w domaganiu się unieważnienia dokonanego przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż podniesione przez niego zarzuty kierowane pod adresem Przystępującego, którego ofertę wybrano za najkorzystniejszą, nie mogą być bowiem powoływane przez podmiot, który nie jest już uczestnikiem postępowania o zamówienie publiczne, a w niniejszym stanie faktycznym Odwołujący status wykonawcy już utracił. Nie znajduje więc uzasadnienia kwestionowanie przez Odwołującego czynności polegającej na wyborze oferty Argis Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Drugą przesłanką legitymacji czynnej, której spełnienie musi nastąpić kumulatywnie wraz z przesłanką interesu w uzyskaniu danego zamówienia jest wykazanie przez Odwołującego, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. Szkoda - w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp - musi być wynikiem naruszenia przepisów Pzp przez Zamawiającego, co oznacza, iż wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom Pzp. Konieczne jest zatem wykazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Niemniej jednak, biorąc po uwagę okoliczności faktyczne niniejszej sprawy, jak również uwzględniając fakt, iż oferta Odwołującego została skutecznie odrzucona z postępowania, co nie było kwestionowane, Izba stoi na stanowisku, że Odwołujący nie wykazał, że w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania realny jest wynik postępowania w postaci zawarcia z odwołującym umowy, a tym samym iż w wskutek podniesionych naruszeń ustawy może on ponieść szkodę. Wykazanie możliwości poniesienia szkody jest bowiem nierozerwalnie związane z naruszeniem przepisów Pzp przez Zamawiającego, co w konsekwencji prowadzi do utraty możliwości wyboru oferty Odwołującego, a tym samym zaistnienia po stronie Odwołującego uszczerbku. Podstawą dla wykazania możliwości zaistnienia szkody jest wykazanie normalnego (adekwatnego) związku przyczynowego, czego Odwołujący nie wykazał, opierając się na spóźnionych zarzutach dotyczących postanowień SIWZ, własnej interpretacji wymogów Zamawiającego w kontekście oceny oferty Przystępującego nie mającej pokrycia w jej treści, czy też nietrafionych zarzutach nie mających pokrycia w stanie faktycznym mającym miejsce w postępowaniu – odnośnie zaniechania wezwania w trybie art. 90 ust.1 Pzp, a w obliczu niekwestionowania odrzucenia

jego oferty nie był w stanie wykazać związku pomiędzy utraceniem możliwości uzyskania zamówienia a naruszeniem przepisów ustawy przez Zamawiającego na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Izba podnosi, że kierowała się w tym zakresie także wyrokiem KIO z 05.08.2013 r., sygn. akt: KIO 1757/13, który miał miejsce w zbliżonym stanie faktycznym, jak w przedmiotowej sprawie.

Izba wskazuje, że sposób rozumienia interesu w uzyskaniu zamówienia jest elementem stałym w doktrynie oraz w orzecznictwie (m.in. wyrok KIO z 13.05.2015 r., sygn. akt: KIO 842/15, sygn. akt: KIO 862/15, czy też postanowienie KIO o sygn. akt KIO 341/15.

Identyczny pogląd wynika z orzecznictwa sądów okręgowych, np. w wyroku SO w Piotrkowie Trybunalskim z 17.02.2011r., sygn. akt: II Ca 9/11; wyrok SO w Warszawie z 07.12.2011 r., sygn. akt: V Ca 1973/ 11; wyrok SO w Lublinie z 19.03.2012 r., sygn. akt: IX Ga 39/12;) i wywodzi się jeszcze z wcześniejszego orzecznictwa sądów powszechnych, które nadal jest aktualne – mimo zamiany z 2009 r. Zgodnie z nim: *„Pojęcie interesu prawnego było wielokrotnie interpretowane zarówno przez Zespół Arbitrów jak i Sąd Okręgowy w Warszawie. Dotychczasowe orzecznictwo wskazuje na częstotliwość zjawiska dążenia przez wykonawców do unieważnienia postępowania. Wykonawcy wnosili w tym celu przewidziane w ustawie* środki *odwoławcze, uzasadniając swój interes prawny możliwością uczestnictwa w kolejnym postępowaniu o zamówienie publiczne a tym samym kolejną szansą na jego uzyskanie, co ma miejsce także i w sprawie niniejszej. (…) Jeżeli wykonawca został wykluczony z postępowania lub jego oferta została odrzucona, to wówczas jego interes prawny zostaje ograniczony jedynie do zarzutów, których uwzględnienie może doprowadzić do jego ponownego udziału w danym postępowaniu. Utrata statusu uczestnika postępowania powoduje wygaśnięcie uprawnień wynikających z uczestnictwa w postępowaniu przetargowym. Dotyczy to także uprawnień związanych z wnoszeniem* środków *ochrony prawnej. Należy zwrócić uwagę na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13.02.2003 r. (sygn. akt V Ca 1639/02), w którym to uznano, iż "oferent, którego oferta została odrzucona wobec niezadośćuczynienia wymaganiom SIWZ, nie może domagać się unieważnienia przetargu, ani podnosić merytorycznych zarzutów co do oferty uczestnika, który wygrał przetarg, albowiem nie ma wymaganego interesu prawnego."* (SO w Piotrkowie Tryb. z 21.04.2015 r., sygn. akt: II Ca 201/05). Podobnie wyrok ZA z dnia 21.03.2003 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-275/03 - Zespół Arbitrów uznał, iż wskazanie przez odwołującego, że odrzucenie oferty innej firmy spowoduje konieczność unieważnienia postępowania, a tym samym umożliwi odwołującemu się uczestniczenie w nowym przetargu, nie stanowi udowodnienia interesu prawnego. W wyroku SO w Krośnie z 25.04.2006 r., sygn. akt: I Ca 134/06 wskazano wyraźnie: *"Sąd podzielił pogląd orzekającego w sprawie Zespołu Arbitrów i uznał, iż strona skarżąca nie wykazała w* świetle *art. 179 prawo zamówień publicznych,* że *jej interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku*

naruszenia przez zamawiającego przepisów w/w ustawy. W świetle *prawa polskiego Odwołujący nie może mieć interesu prawnego w unieważnieniu przetargu polegającego na tym,* że *w ewentualnym nowym przetargu (w przyszłości) mógłby uczestniczyć i go wygrać. Interes prawny powinien dotyczyć tego postępowania przetargowego, do którego zgłoszono* środki *odwoławcze. Nie można się powoływać na przyszły, ewentualny, hipotetyczny interes prawny.".*

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: całej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sprawie, jak i załącznik do odwołania oraz pisma wyjaśniającego Przystępującego złożonego na posiedzeniu.

Izba oddaliła wnioski dowodowe Odwołującego:

• o zwrócenie się do Instytutu Kolejnictwa, Laboratorium Badania Materiałów i Elementów Konstrukcji - kierownik pani dr Inż. E.R.-W. - o interpretacje, jakie normy zharmonizowane regulują wymagania odnośnie uszczelek będących przedmiotem zamówienia 2015/S 219 - 4000048, DNZ/134/2015, na dzień ogłoszenia przetargu, oraz o zbadanie, czy przedstawione przez firmę Argis Sp. z o.o. dokumenty spełniają wymogi Rozporządzenia i norm oraz, czy oprócz certyfikatu winny być dostarczone wyniki badań empirycznych (raport z badań) dla możliwej kontroli spełniania warunków bezpieczeństwa, czy też są bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

• o zwrócenie się do Instytutu Kolejnictwa, Laboratorium Badania Materiałów i Elementów Konstrukcji, celem ustalenia, jaki dokument jest dokumentem kompletnym i wypełniającym wymagania przetargu – dotyczy wymogu z Rozporządzenia z 2011 r.

W tym zakresie, Izba uznała bezprzedmiotowość wniosków wobec braku interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie Odwołującego oraz spóźniony charakter zarzutu pierwszego w jego obu aspektach przywołanych w odwołaniu - czyli przedmiotowe wnioski zostały jedynie powołane dla zwłoki (art.190 ust. 6 Pzp.).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę

także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie oraz pisemne wyjaśnienia Przystępującego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na brak interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie Odwołującego,

co Izba w sposób szeroki uzasadniła powyżej – na wstępie.

Należy podkreślić, że wobec braku interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, powyższe skutkuje już samo w sobie oddaleniem odwołania. W takiej sytuacji zgodnie z utrwalonym stanowiskiem wynikającym z orzecznictwa sądowego - Izba może, ale nie musi odnosić się do sformułowanych przez Odwołującego zarzutów (wyrok SO w Lublinie z dnia 05.05.2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08).

W przedmiotowym stanie faktycznym Izba uznała, że nie ma takiej konieczności, jedynie hasłowo stwierdzając, że pierwszy z zarzutów zawartych w odwołaniu w obu jego aspektach przedstawionych w odwołaniu jest spóźniony i w konsekwencji dodatkowo z tego tytułu nie podlega rozpoznaniu merytorycznego. Przykładowo wyrok SO w Łomży z 11.12.2013 r., sygn. akt: I Ca 286/13: *„(…)z uwagi na formalizm postępowania w procedurze udzielania zamówienia publicznego, podnoszenie przez odwołującego na etapie po ogłoszeniu wyników przetargu zarzutów do czynności zamawiającego, które odnoszą się do treści s.i.w.z., tj. sposobu interpretacji punktu 6.8 s.i.w.z., jest niedopuszczalne. Stosownie bowiem do art. 182 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, odwołujący miał możliwość wniesienia odwołania wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skoro nie wniósł odwołania w tym trybie, zapisy punktu 6.8 s.i.w.z. stały się prawomocnie wiążące i odwołujący powinien się dostosować do tych wymogów”.* Drugi z zarzutów bazuje na interpretacji Odwołującego wymogu Zamawiającego z pkt. 10.7.2 SIWZ, który nie ma uzasadnienia w jego treści, jest bowiem dalej idący niż w rzeczywistości. Trzeci zarzut jest bezprzedmiotowy jako konsekwencja oddalenia z braku interesu. Czwarty nie ma potwierdzenia w zaistniałym stanie faktycznym – albowiem wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp miało miejsce. Piąty, w aspekcie wezwania do wyjaśnień - nie ma potwierdzenia w zaistniałym stanie faktycznym, zaś w pozostałym zakresie bazuje na interpretacji Odwołującego wymogu Zamawiającego z pkt. 10.7.2 SIWZ, który nie ma uzasadnienia w jego treści, jest dalej idący niż w rzeczywistości i nie uwzględnia wyjaśnień z 18.11.2015 r., z których wynika możliwość stosowania tzw. starej normy PN-K-02512:2000 oraz normy PN-EN 45545:2013. Szósty, albowiem przebieg rozprawy potwierdził, że nie było to świadczenie niemożliwe do spełnienia dla Odwołującego, ale hipotetycznych ewentualnych innych podmiotów z poza Polski, przy czym Izba wskazuje na § 9 Istotnych Postanowień Umowy i pominięte przez Odwołującego w odwołaniu jego aspekty. Należy zauważyć że hipotetyczni Wykonawcy zagraniczni mogli kierując się treścią ogłoszenia o zamówieniu sekcja VI pkt 3 ppkt 6 (pierwszy dokument z którym stykają się Wykonawcy) uznać termin pierwszej dostawy za możliwy do przesunięcia.

Izba podkreśla, że powyższe hasłowe odniesienia miało jedynie miejsce dla porządku, albowiem brak interesu w uzyskaniu zamówienia, jest jak rzadko kiedy ewidentny. W ten sposób Izba jedynie chciała wskazać, że nie uchyla się od spoczywającego na niej obowiązku merytorycznego rozpoznania sprawy, ale nie może tego uczynić w sposób pełny z uwagi na zaistniałą sytuacje. Dostrzega także inne aspekty sprawy, które również skutkowałyby oddalenie odwołania, tym bardziej, że Odwołujący nie zanegował oświadczenia Przystępującego, że także norma PN-EN 45545:2013 została wycofana i obowiązuje jedynie do 30.04.2016 r.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 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).

Przewodniczący:

……