

Sygn. akt KIO/UZP 50/10

WYROK
z dnia 9 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ul. Podmiejska 7, 44-207 Rybnik** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A., ul. Elektryczna 5, 07-401 Ostrołęka** protestu z dnia 23 grudnia 2009 r.

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje powtórzenie badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego;

2. kosztami postępowania obciąża ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A., ul. Elektryczna 5, 07-401 Ostrołęka 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 uiszczanego przez **Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ul. Podmiejska 7, 44-207 Rybnik,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A., ul. Elektryczna 5, 07-401 Ostrołęka** na rzecz **Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ul. Podmiejska 7, 44-207 Rybnik** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczonego przez Odwołującego się oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ul. Podmiejska 7, 44-207 Rybnik**.

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, ENERGA Elektrownie Ostrołęka SA, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na remont kapitalny kotła OP-650 nr 2 w Elektrowni Ostrołęka B.

Uwzględniając dokumentację postępowania, Izba ustaliła, co następuje.

Postępowanie wszczęto w dniu 13.10.2009 r.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

W dniu 17.12.2009 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawcy, który złożył najtańszą ofertę – Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o, jako wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu sformułowanych w siwz, tj. z powodu nie wykazania się doświadczeniem w realizacji prac wskazanych w siwz.

W dniu 23.12.2009 r. Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o wniosła protest wobec ww. czynności zamawiającego domagając się powtórzenia badania i oceny ofert, w szczególności w

zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 31.12.2009 r. zamawiający zawiadomił protestującego o rozstrzygnięciu protestu „przez:

1. uwzględnienie protestu w części dotyczącej żądania powtórzenia badania i oceny ofert, w szczególności w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
2. oddalenie protestu w zakresie żądania dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.”

Uzasadniając uwzględnienie protestu w zakresie kwestionowanego wykluczenia wykonawcy z postępowania i związanego z powyższym postulatu ponownego badania i oceny ofert, zamawiający przyznał, iż protestujący spełnił warunek udziału w postępowaniu określony „weralnie” w pkt 10.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jednakże zamawiający wskazał również na wady w sformułowaniu samego warunku udziału zawartego w siwz, z którymi, w jego ocenie, wiąże się konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp – co zamawiający zapowiedział i czym uzasadnił oddalenie protestu w odniesieniu do żądania dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem doręczonym Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o w dniu 04.01.2010 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

W dniu 11.01.2009 r. Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o wniosła odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu domagając się wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu wskazując, iż jego oferta jest ważna, a postępowanie nie zostało prawomocnie unieważnione.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Jak wynika z rozstrzygnięcia protestu oraz dokumentacji postępowania zamawiający uwzględnił żądania protestu w części dotyczącej ponownej oceny ofert w sposób jedynie pozorny. W rzeczywistości zamawiający powyższego nie dokonał, ale powtórzył jedynie ocenę dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i przyznał, że odwołujący te warunki spełnia.

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu opiera się na badaniu i ocenie dokumentów i oświadczeń, które same w sobie nie stanowią części oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy statuujące jego zobowiązanie do wykonania określonego zamówienia wraz wszelkimi doprecyzowującymi sposob jego wykonania informacjami (typu plany, schematy, opisy, kosztorysy, gwarancje ... etc.). Stanowią najwyżej część tzw. oferty

sensu largo, za którą według niektórych koncepcji uważana jest cała zawartość tzw. koperty ofertowej, w której tradycyjnie umieszczane są w przetargach nieograniczonych również dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Pomijając polemiki i rozważania nt. zasadności rozróżniania i różnicowania znaczenia pojęcia „oferta” w systemie zamówień publicznych, w odniesieniu do niniejszej sprawy wskazać można, iż zamawiający wbrew deklaracjom zawartym w proteście dokonał badania oferty odwołującego jedynie w części wykraczającej poza właściwe rozumienie tego pojęcia, tj. jedynie w zakresie dotyczącym spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Oferty wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu (ocenionych jako spełniających warunki), które wypłynęły do zamawiającego w terminie na ich składanie winny zostać poddane badaniu i ocenie, o których wspomina się w przepisie art. 87 ust. 1 Pzp, a następnie porównaniu i ocenie według kryteriów oceny ofert (sic! „kryteriów oceny”, a nie „kryteriów wyboru”) warunkującym wybór oferty, o którym mowa w art. 91 ust. 1 ustawy. O wynikach wszystkich ww. czynności zamawiający zawiadamia zbiorczo wykonawców zgodnie z dyspozycją art. 92 ust. 1 Pzp.

Tymczasem w protokole postępowania – drukach ZP-1, ZP-17, ZP-18, ZP-21 brak informacji nt. ponownego badania i oceny ofert w pełnym zakresie. Opierając się na treści rozstrzygnięcia protestu oraz uchwale Zarządu Spółki nr 81/V/2009r z dnia 30.12.2009 r. domniemywać można, iż zamawiający w stosunku do odwołującego zmienił jedynie ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu (pierwotnie negatywną, następnie zmienioną na pozytywną weryfikację powyższego), a zaniechał innych, ww. czynności w stosunku do jego oferty.

Wobec powyższego zasadne stało się nakazanie zamawiającemu przeprowadzenie ponownej i pełnej oceny i wyboru oferty w postępowaniu z uwzględnieniem wszystkich ofert złożonych przez wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz poinformowanie o ich wynikach w sposób nakazany w art. 92 ust. 1 Pzp.

Orzekając o powyższym nie uwzględniono okoliczności związanych z unieważnieniem przedmiotowego postępowania przez zamawiającego w związku z faktem, iż decyzja zamawiającego w tym zakresie nie jest prawomocna i wiążąca, tj. brak jeszcze ostatecznego rozstrzygnięcia protestu jej dotyczącego (odwołanie w tym przedmiocie czeka na rozstrzygnięcie KIO – sprawa o sygn. akt KIO/UZP 167/10). Ocena ofert i wskazanie oferty najkorzystniejszej w żadnym razie nie stanowi niewzruszalnych skutków prawnych w postaci konieczności zawarcia umowy w sprawie zamówienia z pierwotnie wybranym wykonawcą, np. nie przekreśla możliwości unieważnienia postępowania w przypadku zaistnienia (potwierdzenia) wystąpienia przesłanek, o których mowa w art. 93 ust. 1 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. Uwzględniono koszty zastępstwa procesowego pełnomocnika odwołującego, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....