

Sygn. akt KIO/UZP/1438/07

POSTANOWIENIE
z dnia 20 grudnia 2007 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stręciwilk Małgorzata

Członkowie: Szczytowska-Maziarz Klaudia
Sadowy Stanisław

Protokolant: Skowrońska Edyta

po rozpoznaniu na posiedzeniu / ~~rozprawie~~^{*} w dniu / w ~~dnia~~^{*} 20 grudnia 2007 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Grupa POWEN-WAFAPOMP S.A., Energoinstal S.A., Energoprojekt – Warszawa S.A., z siedzibą w Warszawie ul. Odlewnicza 1**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A., z siedzibą we Wrocławiu, ul. Łowiecka 24** protestu / ~~protestów~~^z z dnia 14 grudnia 2007 r.

przy udziale **Konsorcjum firm KSB Pompy i Armatura Sp. z o.o., Engorem Sp. z o.o., Protach BP Józef Michalak z siedzibą - Lider Konsorcjum: w Warszawie, ul. Chłopickiego 50**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego^{*}.

orzeka:

1. odrzuca odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Grupa POWEN-WAFAPOMP S.A., Energoinstal S.A., Energoprojekt – Warszawa S.A., z siedzibą w Warszawie ul. Odlewnicza 1**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 3 156 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Grupa POWEN-WAFAPOMP S.A., Energoinstal S.A., Energoprojekt – Warszawa S.A., z siedzibą w Warszawie ul. Odlewnicza 1**
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz .XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 16 844 zł 00 gr (słownie: szesnaście tysięcy osiemset czterdzieści cztery złote, zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Grupa POWEN-WAFAPOMP S.A., Energoinstal S.A., Energoprojekt – Warszawa S.A., z siedzibą w Warszawie ul. Odlewnicza 1**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Modernizację układów pompowych maszynowni bloku BC – 50 w EC Wrocław”, prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. tj. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655), zwanej dalej „ustawą”, zostało wszczęte przez Zamawiającego, tj. Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KONGREGACJA S.A., występującego jako zamawiający sektorowy, w dniu 20 lipca 2007 r., poprzez publikację ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE (ogłoszenie nr 2007/S 138 -170923).

Po wyborze oferty najkorzystniejszej i przekazaniu Odwołującemu informacji o tym fakcie w dniu 14 listopada 2007 r. został złożony protest na zaniechanie Zamawiającego polegające na nie wykluczeniu z udziału w postępowaniu wykonawcy – Konsorcjum firm: KSB Pompy i Armatura Sp. z o.o., Engorem Sp. Z o.o., Protach BP Józef Michalak, zwane dalej: „Konsorcjum KSB”, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W proteście podniesiono, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu z powodu nie spełnienia warunku udziału określonego w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt III.2.3), tj. nie przedłożenia wykazu ani referencji potwierdzających wykonanie prac projektowych we wszystkich branżach na dobór pomp i zainstalowanie pomp wody zasilającej i kondensatu wraz z rurociągami na blokach energetycznych o mocy powyżej 30 MW z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców.

O złożonym proteście – stosownie do dyspozycji art. 181 ust. 3 ustawy – został poinformowany drugi wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę w niniejszym postępowaniu (Konsorcjum KSB). Wykonawca ten w terminie 3 dni od przekazania informacji o proteście złożył do Zamawiającego przystąpienie do postępowania protestacyjnego, występując w opozycji do podniesionych w proteście zarzutów.

W dniu 23 listopada 2007 r. Zamawiający odrzucił protest, wskazując, iż został on złożony po terminie. Zamawiający podniósł, że protest dotyczący spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców ubiegających się o zamówienie powinien zostać złożony na wcześniejszym etapie postępowania, tj. po czynności weryfikacji wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i zaproszenia wykonawców do składania ofert wstępnych. Termin na złożenie protestu z zarzutami dotyczącymi zaniechania wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu - zdaniem Zamawiającego – rozpoczął swój bieg począwszy od dnia 23 sierpnia br., kiedy to Odwołujący otrzymał zaproszenie do składania ofert wstępnych.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w dniu 28 listopada 2007 r. (data stempla pocztowego) wniósł do Prezesa UZP odwołanie, przekazując jednocześnie jego kopię

Zamawiającemu. W odwołaniu Odwołujący zakwestionował decyzję Zamawiającego o odrzuceniu odwołania, wskazując, że zarzuty podniesione w proteście powinny zostać rozpatrzone merytorycznie. Odwołujący podtrzymując swoje stanowisko zawarte w proteście zarzucił Zamawiającemu:

1. dokonanie czynności polegającej na bezpodstawnym uwzględnieniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum KSB i dopuszczenie do złożenia oferty wstępnej oraz końcowej mimo nie spełnienia przez opisane Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt III.2.3) Zdolność techniczna ppkt 3 Ogłoszenia o zamówieniu z dnia 18.07.2007 r., tj. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy w zw. z art. 57 ust. 2 ustawy poprzez ich niezastosowanie;
2. dokonanie czynności polegającej na wyborze oferty Konsorcjum KSB mimo, iż przedmiotowe postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy poprzez jego niezastosowanie;
3. naruszenie art. 180 ust. 1, 2 i 7 ustawy poprzez przyjęcie, iż wniesiony protest jest spóźniony, a konsekwencji jego bezpodstawne odrzucenie.

Odwołujący podnosząc wskazane zarzuty jednocześnie wniosk:

- o uwzględnienie odwołania, a w konsekwencji o unieważnienie w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz
- w przypadku uwzględnienia odwołania – o obciążenie Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotą wpisu zaliczoną na poczet kosztów postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego w piśmie z dnia 3 grudnia 2007 r. kierowanym do Prezesa UZP, Konsorcjum KSB złożyło przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie należy odrzucić.

Obowiązujące przepisy ustawy przewidują dla wnoszenia środków ochrony prawnej konieczność zachowania określonych terminów, które mają charakter zawiły. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest

w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Ten tryb udzielania zamówień publicznych charakteryzuje się wieloetapowością. Zamawiający na wstępie wszczynając postępowanie, publikuje w oficjalnym publikatorze ogłoszenie o zamówieniu, w którym precyzuje warunki udziału w postępowaniu, na podstawie których następuje weryfikacja wykonawców pod kątem sprawdzenia ich potencjalnych możliwości realizacji zamówienia na podstawie dokumentów i oświadczeń żądanych przez Zamawiającego. Następnie po weryfikacji wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Zamawiający zaprasza wykonawców, którzy spełnili warunki określone w treści ogłoszenia do składania ofert wstępnych. Po ocenie ofert wstępnych Zamawiający zaprasza do negocjacji wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne, a po zakończeniu negocjacji do składania ofert ostatecznych. Dopiero na tym etapie postępowania Zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej. Ta wieloetapowość trybu negocjacji z ogłoszeniem wskazuje na dokonywanie na różnych etapach postępowania różnych czynności przez Zamawiającego, co prowadzi do konieczności weryfikacji tych czynności Zamawiającego oraz ewentualnych zaniechań tych czynności na kolejnych, odpowiednich etapach tego postępowania.

Zgodnie z treścią art. 182 ust. 2 zdanie drugie ustawy, protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Podstawę wniesienia protestu w niniejszej sprawie stanowi zaniechanie Zamawiającego sprowadzające się do nie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który – zdaniem Odwołującego - nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu i wybór oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący podnosi, że termin na złożenie tego protestu rozpoczął swój bieg od momentu faktycznego zapoznania się przez niego w dniu 13 listopada 2007 r. z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonym przez Konsorcjum KSB.

Skład orzekający Izby nie podziela tego poglądu. Odwołujący powinien bowiem złożyć protest w kolejnym etapie postępowania dotyczącym skarżonej czynności bądź zaniechania Zamawiającego. Potwierdza to przywołany przepis art. 180 ust. 2 ustawy.

W analizowanej sytuacji informacje o zaniechaniu przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu Odwołujący powziął – jak sam zresztą podkreśla - w dniu 30 października 2007 r., uczestnicząc w jawnym i publicznym otwarciu ofert, na którym otwarto dwie oferty złożone w postępowaniu, tj. ofertę Odwołującego oraz ofertę Konsorcjum KSB. Już w tym momencie Odwołujący miał świadomość tego, że Zamawiający nie dokonał wykluczenia z udziału w postępowaniu tego wykonawcy. Od tego też momentu powinien był dokonać w trybie art. 96 ust. 3 ustawy ewentualnego wglądu do dokumentacji postępowania celem sprawdzenia czynności podejmowanych w postępowaniu

przez Zamawiającego. Odwołujący nie uczynił jednak tego, czym z formalnego punktu widzenia, zablokował sobie prawo dostępu do środków ochrony prawnej.

Prawidłowo termin na złożenie protestu w niniejszej sprawie dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu powinien biec od dnia, w którym Zamawiający zaprosił wykonawców ubiegających się o zamówienie do składania ofert wstępnych, czym zakończył weryfikację wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jednakże biorąc pod uwagę niniejszą sytuację, w której Zamawiający niezgodnie z treścią art. 57 ust. 1 ustawy nie poinformował wszystkich wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków przez wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (informacja o ewentualnych wykluczenia albo o zakwalifikowaniu się wszystkich wykonawców do dalszego etapu, czyli składania ofert wstępnych). Przesłana w dniu 23 sierpnia 2007 r. Odwołującemu informacja zawiera jedynie wiadomość dotyczącą spełniania warunków udziału w postępowaniu przez samego odwołującego.

Począwszy od tej daty Odwołujący mógł złożyć protest na naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 57 ustawy, tj. przedstawienie niepełnej informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie mógł natomiast złożyć protestu na czynność zaniechania wykluczenia Konsorcjum KSB z udziału w postępowaniu.

Uwzględniając bowiem tę szczególną sytuację, wykonawcy na wcześniejszym etapie postępowania (po ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) zostali pozbawieni przez Zamawiającego możliwości weryfikacji tej czynności Zamawiającego. Z racji tego, że otwarcie ofert wstępnych nie należy do czynności jawnych, na etapie weryfikacji ofert wstępnych powyższe również nie było możliwe. Jednakże już na kolejnym etapie postępowania - składania i otwarcia ofert właściwych - Odwołujący mógł już poznać informację o tym, że Konsorcjum KSB nie zostało przez Zamawiającego wykluczone z udziału w postępowaniu. Okoliczność tę potwierdził jednocześnie sam Odwołujący w treści protestu i odwołania. Zatem okoliczność ta jest bezsporną.

Skład orzekający Izby nie uwzględnił wniosku Odwołującego zgłoszonego na posiedzeniu o wzięcie pod uwagę z urzędu okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania. Stosownie bowiem do treści art. 191 ust. 3 zdanie drugie ustawy, jeżeli Izba bierze pod uwagę z urzędu okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wydaje wyrok. Biorąc pod uwagę wskazane powyżej okoliczności oraz treść przepisu art. 191 ust. 1 zdanie drugie ustawy skład orzekający Izby w trakcie posiedzenia nie mógł wziąć pod uwagę okoliczności skutkujących nieważnością postępowania. Okoliczności te jako merytoryczne mogą być brane pod uwagę przez skład orzekający Izby dopiero na rozprawie. W związku z odrzuceniem odwołania na posiedzeniu

Izby unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie podlega kognicji składu orzekającego Izby na tym etapie postępowania odwoławczego.

Zauważyć jednak należy, że w przypadku ewentualnego potwierdzenia się jakichkolwiek okoliczności skutkujących nieważnością postępowania w gestii Zamawiającego jest to uczynić zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 ustawy.

Uwzględniając przedstawioną argumentację należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania i obciążono nimi Odwołującego w kwocie 3 156 zł 00 gr.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*