

WYROK
z dnia 21 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo
Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **COMPLEX S.A., Al. Piłsudskiego 143, 92-332 Łódź** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **BOT KWB Bełchatów S.A., Rogowiec, ul. Św. Barbary 3, 97-400 Bełchatów; BOT Elektrownia Bełchatów S.A., ul. Energetyczna 7, 97-406 Bełchatów; BOT KWB Turów, S.A., 59-916 Bogatynia; BOT Elektrownia Turów S.A., ul. Młodych Energetyków 12, 59-916 Bogatynia; BOT Elektrownia Opole S.A., 46-021 Brzezie k. Opola**, w imieniu których postępowanie prowadzi pełnomocnik **BOT Górnictwo i Energetyka S.A., Al. Piłsudskiego 12, 90-051 Łódź** protestu z dnia 24 kwietnia 2008 r.

przy udziale **FIN Spółka Akcyjna, ul. Handlowa 2a, 36-100 Kolbuszowa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i unieważnić postępowanie na „Dostawę łożysk dla Spółek Grupy BOT nr postępowania BOT/SL/0032/08”.

2.kosztami postępowania obciąża **BOT KWB Bełchatów S.A., Rogowiec, ul. Św. Barbary 3, 97-400 Bełchatów; BOT Elektrownia Bełchatów S.A., ul. Energetyczna 7, 97- 406 Bełchatów; BOT KWB Turów, S.A., 59-916 Bogatynia; BOT Elektrownia Turów S.A., ul. Młodych Energetyków 12, 59-916 Bogatynia; BOT Elektrownia Opole S.A., 46-021 Brzeziny k. Opola**, w imieniu których postępowanie prowadzi pełnomocnik **BOT Górnictwo i Energetyka S.A., Al. Piłsudskiego 12, 90-051 Łódź** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **COMPLEX S.A., Al. Piłsudskiego 143, 92-332 Łódź**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) przez **BOT Górnictwo i Energetyka S.A., Al. Piłsudskiego 12, 90-051 Łódź** na rzecz **COMPLEX S.A., Al. Piłsudskiego 143, 92-332 Łódź**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **COMPLEX S.A., Al. Piłsudskiego 143, 92-332 Łódź**

U z a s a d n i e

BOT KWB Bełchatów S.A. Rogowiec, BOT Elektrownia Bełchatów S.A., BOT KWB Turów, BOT Elektrownia Turów S.A., BOT Elektrownia Opole S.A , w imieniu których działa pełnomocnik BOT Górnictwo i Energetyka S.A. z siedzibą w Łodzi, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na zawarcie umowy ramowej na „Dostawę łożysk dla Spółek Grupy BOT nr postępowania BOT/SL/0032/08”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w

Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 15 marca 2008 r., nr 2008/S 53-072379.

W dniu 17 kwietnia 2008 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający zamieścił na stronie internetowej „wyjaśnienia treści SIWZ”.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) COMPLEX S.A. z siedzibą w Łodzi, zwany dalej Odwołującym wniósł protest na czynność Zamawiającego polegającą na modyfikacji treści SIWZ i wniósł o unieważnienie przedmiotowej czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie punktu 7.1.g;
- art. 38 ust. 5 ustawy Pzp, poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie punktu 7.1.g, podczas gdy ustawa nie dopuszcza modyfikacji SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu,
- art. 7 ustawy Pzp, poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób wyłączający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Pismem z dnia 25 kwietnia 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, zamieścił przedmiotowe pismo oraz kopię protestu na stronie internetowej www.bot.pl, jednocześnie wzywając uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2008 r. FIN Spółka Akcyjna z siedzibą w Kolbuszowej przystąpiła do protestu (wpływ do Zamawiającego .w tej samej dacie), przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu.

Zamawiający nie rozstrzygnął wniesionego protestu, co zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Pzp uznaje się za jego oddalenie.

Pismem z dnia 5 maja 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie; wpływ do Prezesa UZP w dniu 8 maja 2008 r.), podtrzymując wszystkie zarzuty i wnioski podniesione w proteście. Odwołanie zostało nadane do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 5 maja 2008 r.

Pismem z dnia 6 maja 2008 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, zamieścił przedmiotowe pismo oraz kopię odwołania na stronie internetowej www.bot.pl, jednocześnie wzywając uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 20 maja 2008 r. (pismem z dnia 19 maja 2008 r.) FIN Spółka Akcyjna z siedzibą w Kolbuszowej przystąpiła do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby nie stwierdził przesłanek z art. 187 ust 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Skład orzekający Izby uznał, iż Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środka odwoławczego, gdyż w niniejszym postępowaniu, co prawda złożył ofertę, niemniej jednak nie dokonano badania i oceny ofert, tak więc nie można stwierdzić, czy istotnie oferta Odwołującego może zostać uznana za najkorzystniejszą. Niezależnie od powyższego Odwołujący posiada interes prawny w kontrolowaniu prawidłowości przeprowadzonego postępowania, gdyż ma to wpływ na zawarcie ważnej umowy.

Zamawiający w rozdziale 7 SIWZ „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” ust. 7.1.g. zamieścił postanowienie, iż „pełnomocnik zamawiających wymaga, aby Wykonawcy, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dostarczyli wraz z ofertą (...) oświadczenie wykonawcy, że jest producentem przedmiotu zamówienia lub, w przypadku, gdy nie jest producentem przedmiotu zamówienia, oświadczenie producenta, że uprawnia Wykonawcę do obrotu handlowego przedmiotem zamówienia w celu realizacji dostaw w postępowaniach o udzielenie zamówienia wykonawczego – oświadczenie nie dotyczy przedmiotu zamówienia zgłoszonego przez Zamawiającego BOT Elektrownia Turów SA w poz. 107, 108, 111, 114-117, 137, 138”.

Pismem z dnia 17 kwietnia 2008 r. „Wyjaśnienie treści SIWZ” w odpowiedzi na zadane pytania Zamawiający wskazał, iż „dopuszcza dostarczenie wraz z ofertą – w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a mianowicie, że wykonawca posiada zdolność do nabycia przedmiotu zamówienia – dodatkowo oświadczenia przedstawiciela handlowego posiadającego certyfikat autoryzowanego dystrybutora wystawiony przez producenta oferowanego przedmiotu zamówienia, że zapewnia dostarczenie Wykonawcy przedmiotu zamówienia w celu realizacji dostaw w postępowaniach o udzielenie zamówienia wykonawczego”.

Bezspornym jest, iż art. 38 ust. 4 ustawy Pzp dopuszcza możliwość modyfikacji SIWZ, przy czym może to nastąpić tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach.

Bezspornym jest także, iż art. 38 ust. 5 ogranicza tę możliwość poprzez wskazanie elementów, których modyfikacja nie może dotyczyć.

Zgodnie z treścią art. 38 ust. 5 ustawy Pzp Zamawiający nie może modyfikować warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełniania oraz kryteriów oceny ofert. Elementy te są bowiem zamieszczane w ogłoszeniu i już na tej podstawie wykonawcy mają możliwość podjęcia decyzji o ewentualnym uczestnictwie w postępowaniu. Ewentualna zmiana warunków udziału w postępowaniu lub opisu sposobu oceny spełnienia tych warunków jest niedopuszczalna, gdyż nie można zmieniać zawartego w SIWZ opisu sposobu spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby Zamawiający dokonał w niniejszym postępowaniu modyfikacji SIWZ. Zamawiający - jak podniósł na rozprawie - dopuścił szerszy krąg podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu, przy czym nie zmienił warunków udziału w postępowaniu, a jedynie dopuścił możliwość złożenia dodatkowego dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku, pochodzącego od autoryzowanego dystrybutora.

Niemniej jednak, zdaniem Izby, Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, udzielając „wyjaśnień treści SIWZ”. Wyjaśnienia udzielane wszystkim oferentom w trybie odpowiedzi na zapytania mogą stanowić zarazem modyfikację specyfikacji. O tym zaś, czy wyjaśnienia treści specyfikacji stanowią modyfikację, nie decyduje nazwa nadana pismu zamawiającego oraz powołana w nim podstawa prawna, ale wyłącznie merytoryczna zawartość pisma. Dokonanie wyjaśnień i modyfikacji SIWZ może być objęte jedną czynnością Zamawiającego, albowiem Prawo zamówień publicznych nie ustala metody lub formy do dokonania czynności. (G.Wicik, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s. 272). Z treści wyjaśnień wynika bowiem, iż Zamawiający dopuścił możliwość przedłożenia dodatkowego dokumentu pochodzącego od autoryzowanego dystrybutora. Zamawiający podniósł, iż zgodnie z art. 138 c ustawy Pzp, jako Zamawiający sektorowy, może żądać od wykonawców, także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. Istotnie Zamawiający sektorowy ma taką możliwość, jednak wskazanie dodatkowego dokumentu powinno nastąpić na etapie przygotowania postępowania i znaleźć odzwierciedlenie w ogłoszeniu o zamówieniu, jak również w treści SIWZ. Zmiana dokonana przez Zamawiającego zmieniła *de facto* krąg podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Naruszeniem zakazu modyfikacji specyfikacji jest bowiem zmiana katalogu dokumentów wymaganych od wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w

postępowaniu (A.Kurowska, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów, Warszawa, s. 149), a w niniejszym postępowaniu ma ono miejsce.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby uznał, iż doszło do naruszenia art. 38 ust. 4 w zw. z art. 38 ust. 5 i art. 7 ustawy Pzp.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, Izba dopatrzyła się naruszenia przepisów ustawy Pzp. A ponieważ niniejsze postępowanie jest już na etapie otwarcia ofert nie jest możliwym unieważnienie bezprawnej czynności Zamawiającego, dlatego też Izba unieważniła postępowanie na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*