

Sygn. akt: KIO 802/11

WYROK
z dnia 2 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A.**, z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. – Oddział Zespół Elektrociepłowni Bydgoszcz**, ul. Energetyczna 1, 85-950 Bydgoszcz

przy udziale wykonawcy **Energomontaż-Północ Bełchatów Sp. z o.o.**, z siedzibą w Rogowcu ul. Montażowa 2, 97-427 Rogowiec zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać dokonanie ponownej oceny ofert wstępnych i zaproszenia do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Energomontaż-Północ Bełchatów Sp. z o.o., z siedzibą w Rogowcu ul. Montażowa 2, 97-427 Rogowiec** i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy zł 00 gr) uiszczoną przez wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A., z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od wykonawcy **Energomontaż-Północ Bełchatów Sp. z o.o., z siedzibą w Rogowcu ul. Montażowa 2, 97-427 Rogowiec** na rzecz wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A., z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy zł 00 gr) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszcy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna SA Oddział Zespół Elektrociepłowni Bydgoszcz z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Energetyczna 1, 85-950 Bydgoszcz wszczął postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem pod nazwą »Budowa instalacji do współspalania biomasy – modernizacja kotła OP 230 nr 4. Wykonanie instalacji gospodarki biomasowej w ECII«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

29.10.2011 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2010/S 211-323366.

05.04.2011 r. zamawiający zaprosił do negocjacji wykonawców:

- 1) Energomontaż-Północ Bełchatów Sp. z o.o. z siedzibą w Rogowcu (97-427), ul. Montażowa 2;
 - 2) Konsorcjum: Mostostal Zabrze Holding S.A. z siedzibą w Zabrzu (41-800), ul. Wolności 191 oraz BMH Technology Oy, z siedzibą w Rauma, Finlandia, zwanego dalej „Konsorcjum Mostostal Zabrze”
- łącznie zwanych dalej „Zaproszonymi Wykonawcami”.

15.04.2011 r. wykonawca Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11 A, 02-673 Warszawa, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) nieuprawnione uznanie, że złożone oferty wstępne nie podlegają odrzuceniu i zaproszeniu do negocjacji wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Energomontaż - Północ Bełchatów Sp. z o.o., z siedzibą w Rogowcu (97-427), ul. Montażowa 2, Konsorcjum: Mostostal Zabrze Holding S.A. z siedzibą w Zabrzu (41-800), ul. Wolności 191 oraz BMH Technology Oy, z siedzibą w Rauma, Finlandia, zwanego dalej „Konsorcjum Mostostal Zabrze” – łącznie zwanych dalej „Zaproszonymi Wykonawcami”;
- 2) zaniechanie dokonania czynności obligatoryjnego odrzucenia ofert wstępnych Zaproszonych Wykonawców.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 58 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z pkt 7.2.3 specyfikacji, przez nieuprawnione zaproszenie do negocjacji wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne podlegające odrzuceniu;

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 ust. 2 zd. 2 Pzp w zw. z pkt 5.2 specyfikacji, przez nieodrzućenie ofert wstępnych Zaproszonych Wykonawców, bowiem treść ich ofert wstępnych nie odpowiada treści specyfikacji;
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 Pzp, w przypadku dalszego prowadzenia postępowania z udziałem Zaproszonych Wykonawców, z uwagi na fakt, że umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie podlegała unieważnieniu w myśl przywołanego przepisu ustawy;
- 4) art. 7 ust. 1 Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, oraz inne przepisy, które zostaną wskazane w uzasadnieniu odwołania – odwołujący wycofał się na rozprawie z popierania tego zarzutu.

Naruszenie tych przepisów powoduje naruszenie interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a w wyniku naruszenia przepisów ustawy w wyżej wskazanym zakresie – może spowodować poniesienie szkody przez odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności zaproszenia do negocjacji;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert wstępnych, a w konsekwencji dokonania odrzucenia ofert Zaproszonych Wykonawców.

Argumentacja odwołującego

Po analizie protokołu, tj. druku ZP-1 i ZP-12 w zw. z ofertami wstępnymi odwołujący stwierdził, że dwóch spośród wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne, tj.:

- 1) wykonawca Energomontaż-Pólnoc oraz
- 2) wykonawca Mostostal Zabrze

– zaproponowało dłuższy termin wykonania zamówienia, niż wymagany postanowieniami: (1) ogłoszenia o zamówieniu, (2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (specyfikacji) oraz (3) wyjaśnieniami zamawiającego do specyfikacji z 2 marca 2011 r. Z protokołu postępowania wynikało jednakże, że pomimo złożenia ofert wstępnych niezgodnych ze specyfikacją zamawiający 5 kwietnia 2011 r. zaprosił ww. wykonawców do negocjacji.

Dowód: kopia protokołu postępowania

W zakresie terminu realizacji zamówienia zamawiający określił swoje wymagania w trzech dokumentach. Informacja ta pojawiła się w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 11.3 „Czas trwania zamówienia lub termin realizacji”, gdzie zamawiający wpisał cyt. „Okres w miesiącach: 12 (od udzielenia zamówienia)”. Następnie informacja ta znalazła się również w specyfikacji w pkt 5.2 „Miejsce i termin wykonania zamówienia”, gdzie zamawiający wskazał cyt. „Zamawiający wymaga wykonania zamówienia w terminie do 12 miesięcy od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Żaden z wykonawców, jak również sam zamawiający nie mogą powoływać się na nieprecyzyjność określenia przez zamawiającego terminu wykonania zamówienia, która wystąpiła we wzorze formularza „Oferta wstępna”, w którym to formularzu w przypisie nr 3 zamawiający zawarł uwagę, że maksymalny termin na wykonanie zamówienia „do 22 miesięcy od podpisania umowy”.

Z całą pewnością okoliczność ta nie może stanowić powodu do zaniechania wyciągnięcia wobec Zaproszonych Wykonawców negatywnych konsekwencji, bowiem nie zaistniała omyłka zamawiającego, która mogłaby wprowadzać wykonawców w błąd.

W kwestii rozbieżności terminu realizacji zamówienia, która wystąpiła w formularzu oferty wstępnej w zw. z postanowieniami treści specyfikacji zamawiający zajął jednoznaczne stanowisko w piśmie z 2 marca 2011 r. (znak: RM3-226-253/11), stanowiącym wyjaśnienia treści specyfikacji.

Skierowane do zamawiającego pytanie brzmiało cyt. „Prosimy o wyjaśnienie jaki jest maksymalny dopuszczalny termin wykonania zamówienia – w pkt 5 specyfikacji zamawiający postanowił: 12 miesięcy od dnia podpisania umowy, a w zał. nr 1A i 1B do specyfikacji (formularze oferty wstępnej i oferty) – 22 miesiące od dnia podpisania umowy”. Odpowiedź zamawiającego „Obowiązujący termin wykonania zamówienia wynosi 12 miesięcy od dnia podpisania umowy. Termin w załącznikach (formularz oferty wstępnej i oferty) określony został omyłkowo”.

Wszyscy wykonawcy powinni uwzględnić określone przez zamawiającego wymagania specyfikacji, w tym wyjaśnienia treści specyfikacji. Obowiązek przestrzegania wymagań specyfikacji odnosi się również do zamawiającego, który zgodnie z naczelną dyrektywą funkcjonującą w prawie zamówień publicznych zobowiązany jest do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp).

Oświadczenia woli zawarte w ofertach wstępnych złożonych przez Energomontaż-Północ oraz Mostostal Zabrze w zakresie wymaganego terminu realizacji zamówienia są sprzeczne z wymaganiami zamawiającego określonymi w ww. postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji i wyjaśnieniach treści specyfikacji z 2 marca 2011 r. Z oferty wstępnej Energomontaż-Północ wynika oświadczenie wykonawcy, że wykona zamówienie w terminie do 22 miesięcy od podpisania umowy.

Z kolei z oferty wstępnej wykonawcy Mostostal Zabrze wynika oświadczenie, że wykonawca ten wykona zamówienie w terminie 20 miesięcy od podpisania umowy.

Dowód: oferta wstępna wykonawcy Mostostal Zabrze.

Obie ww. oferty wstępne w zakresie terminu realizacji zamówienia nie spełniły wymagań zamawiającego określonych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji.

Czynności zamawiającego pozostają w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy oraz z postanowieniami treści specyfikacji. Zgodnie z art. 58 ust. 1 Pzp zamawiający zaprasza

do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu. Z powyższego wynika nakaz ustawodawcy do wyeliminowania z postępowania (odrzucenia) ofert wykonawców, które podlegają odrzuceniu.

Mówiąc o odrzuceniu ustawodawca miał na myśli odrzucenie oferty wstępnej na podstawie art. 89 ust. 1 Pzp, na co wskazuje literalne brzmienie art. 57 ust. 2 zdanie 2 Pzp. Zgodnie z nią do ofert wstępnych „przepisy art. 82-84, art. 89 ust. 1 pkt 1-3, 5, 8 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1, 6 i 7 i ust. 2-4 stosuje się odpowiednio”.

Bez znaczenia na prawidłowość decyzji zamawiającego pozostaje także okoliczność, że po zakończeniu negocjacji zamawiający może doprecyzować treść specyfikacji w zakresie w jakim była przedmiotem negocjacji, bowiem art. 58 ust. 1 Pzp przesądza, że w celu zapewnienia równości, uczciwej konkurencji i porównywalności ofert wykonawcy zobowiązani są do złożenia ofert niepodlegających odrzuceniu, w szczególności zgodnych z treścią specyfikacji. Takie stanowisko potwierdza także doktryna i orzecznictwo KIO. W wyroku z 17 marca 2008 r. Izba stwierdziła, że „z art. 57 ust. 1 Pzp wynika obowiązek przeprowadzenia oceny formalnej ofert. Do negocjacji zgodnie z art. 58 ust. 1 Pzp zamawiający może zaprosić wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne nie podlegające odrzuceniu. Skoro treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji, to zamawiający zobowiązany jest do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy” (sygn. akt KIO/UZP 193/08).

Nie ma możliwości zmiany terminu realizacji zamówienia na etapie negocjacji, gdyż sprzeciwiają się temu co najmniej dwie normy prawne wynikające z ustawy. Możliwości zmiany terminu realizacji zamówienia nie da się wywieść z normy art. 58 ust. 2 Pzp, z której wynika, że zamawiający prowadzi negocjacje w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powtarzając za doktryną: »Chodzi oczywiście o opis przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 29-31 Pzp, a nie o „określenie przedmiotu zamówienia”, które pojawia się w innych przepisach ustawy. Celem negocjacji może być także ustalenie treści umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ust. 2 użyto pojęcia „warunki umowy”. Nie chodzi jednak o warunki w znaczeniu techniczno-prawnym (art. 89 Kc i nast.), lecz o szczegółową treść umowy« (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod red. T. Czajkowskiego, Wydanie trzecie, UZP, Warszawa 2007, s. 226-227).

Także możliwości zmiany terminu realizacji zamówienia, który został już określony w ogłoszeniu o zamówieniu sprzeciwia się art. 38 ust. 4b Pzp zakazujący zmiany treści specyfikacji po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu m.in. w negocjacjach z ogłoszeniem, które to zmiany prowadziłyby do zmiany treści ogłoszenia. „Modyfikacja elementów specyfikacji, co do których istnieje obowiązek ich podania w ogłoszeniu, bez zmiany takiego ogłoszenia mogłaby prowadzić do nierównego traktowania potencjalnych wykonawców i ograniczania uczciwej konkurencji. Taki też cel zapobieżenia potencjalnemu ograniczeniu konkurencji i równego traktowania realizuje przepis art. 38 ust. 4b Pzp, który stanowi, że nie jest dopuszczalna zmiana specyfikacji w zakresie, jaki wymagałby zmiany ogłoszenia o zamówieniu w przetargu ograniczonym lub negocjacjach z

ogłoszeniem. Oba wskazane tryby przebiegają w kilku etapach, a specyfikacja udostępniana jest wybranym wykonawcom po przeprowadzeniu oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wnioski składane są więc na podstawie postanowień ogłoszenia i jedynie informacje zawarte w takim ogłoszeniu pozwalają wykonawcom na podjęcie decyzji o uczestnictwie w postępowaniu. Modyfikacja specyfikacji w postanowieniach, które zostały wcześniej podane do publicznej wiadomości w ogłoszeniu byłaby zagrożeniem dla uczciwej konkurencji, gdyż zmiana taka mogłaby powodować zainteresowanie uzyskaniem zamówienia innego kręgu wykonawców. Zmiana podstawowych warunków przeprowadzenia postępowania ogłoszonych w oficjalnym publikatorze nie jest dopuszczalna na etapie, w którym ogłoszenie zostało w pewien sposób „skonsumowane”, gdyż na jego podstawie dokonano kwalifikacji wykonawców« (M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, 4 Wydanie, Warszawa 2010, s. 242-243).

Za bezprawne należy uznać zachowanie zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia ofert Zaproszonych Wykonawców, których oferty wstępne podlegają odrzuceniu w świetle art. 58 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na fakt, że ich treść nie odpowiada treści specyfikacji. Tym samym zaproszenie do negocjacji wykonawcy Energomontaż-Północ oraz wykonawcy Mostostal Zabrze narusza wyżej wskazane przepisy ustawy.

15.04.2011 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

18.04.2011 r. (poniedziałek) zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

21.04.2011 r. wykonawca **Mostostal Zabrze** złożył: (1) Prezesowi KIO, (2) zamawiającemu i (3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego(art. 185 ust. 2 Pzp).

21.04.2011 r. wykonawca **Energomontaż-Północ** złożył: (1) Prezesowi KIO, (2) zamawiającemu i (3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego(art. 185 ust. 2 Pzp).

22.04.2011 r. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołującego (art. 186 ust. 1 Pzp).

29.04.2011 r. przystępujący po stronie zamawiającego wykonawca **Mostostal Zabrze** złożył oświadczenie o nie składaniu sprzeciwu do uwzględnienia w całości odwołania przez zamawiającego (art. 186 ust. 4 Pzp).

29.04.2011 r. przystępujący po stronie zamawiającego wykonawca **Energomontaż-Północ Bełchatów** wniósł sprzeciw do uwzględnienia w całości odwołania przez zamawiającego (art. 186 ust. 4 Pzp), co pełnomocnik przystępującego potwierdził na posiedzeniu Izby z udziałem stron.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron i uczestnika postępowania zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz pisemne dowody złożone podczas rozprawy przez strony i uczestnika postępowania.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

22 kwietnia 2011 r. zamawiający uwzględnił zarzuty odwołującego Mostostal Warszawa w całości. 29 kwietnia 2011 r. wykonawca Mostostal Zabrze złożył oświadczenie o nie wnoszeniu sprzeciwu i wobec tego Izba nie przeprowadzała na rozprawie postępowania dowodowego w przedmiocie odwołania wniesionego przez odwołującego Mostostal Warszawa w zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy Mostostal Zabrze.

29 kwietnia 2011 r. wykonawca Energomontaż-Północ Bełchatów złożył pisemne oświadczenie o wniesieniu sprzeciwu oraz podtrzymał to oświadczenie na posiedzeniu Izby z udziałem stron, które odbyło się 2 maja 2011 r. Wobec wniesienia sprzeciwu przez uczestnika postępowania Energomontaż-Północ Bełchatów w związku z uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego, Izba rozpoznała zarzuty na rozprawie i ustaliła, że zasługują one na uwzględnienie.

Z uwagi na fakt, że Izba nie może wydawać częściowego orzeczenia o umorzeniu postępowania wywołanego przez odwołanie odwołującego Mostostal Warszawa w stosunku do wykonawcy Mostostal Zabrze i orzeczenia uwzględniającego odwołanie w stosunku do Energomontaż-Północ Bełchatów, Izba wydała orzeczenie uwzględniające odwołanie w obu zakresach.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty naruszenia art. 58 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z pkt 7.2.3 specyfikacji, przez nieuprawnione zaproszenie do negocjacji wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne podlegające odrzuceniu oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 ust. 2 zd. 2 Pzp w zw. z pkt 5.2 specyfikacji, przez nieodrzućenie ofert wstępnych wykonawców Mostostal Warszawa i Energomontaż-Północ Bełchatów, bowiem treść ich ofert wstępnych nie odpowiada treści specyfikacji – zasługuje na uwzględnienie.

W pkt 7.2.3 specyfikacji zamawiający stwierdził, że cyt. »zaprosi do składania ofert wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu«. Postanowienie to jest zgodne z przepisami art. 58 ust. 1 i 2 Pzp.

Ponadto w sekcji II.3 ogłoszenia, w ust. 5.2 specyfikacji oraz w ust. 1 wyjaśnień do specyfikacji z 2 marca 2011 r. zamawiający wskazał, że termin wykonania zamówienia wynosi 12 miesięcy. Wykonawca Energomontaż-Północ Bełchatów zaoferował w ofercie wstępnej wykonanie przedmiotu zamówienia na str. 1 w terminie 22 miesięcy oraz na str. 27 poz. 13 »Przekazanie do eksploatacji instalacji« 60 tygodni czyli 14 miesięcy, a więc w obu przypadkach w terminie dłuższym niż wymagane 12 miesięcy.

Dodatkowo Izba zauważyła, że w przypadku ofert wstępnych ustawodawca nie wskazał na możliwość poprawienia oczywistych omyłek pisarskich, gdyż w stosunku do ofert wstępnych w art. 57 ust. 2 zd. 2 Pzp unormował odpowiednie stosowanie tylko niektórych przepisów, wśród których nie znalazł się art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. W »Komentarzu« pod redakcją Tomasza Czajkowskiego (Warszawa, UZP 2007) na str. 224, czy w książce specjalnie poświęconej trybowi, w którym jest prowadzone postępowanie – »Negocjacje z ogłoszeniem« Urszula Lisiecka, Przemysław Lisiecki (Wrocław, Presscom 2008) na str. 50 i 51 znalazły się stwierdzenia o niedopuszczalności poprawiania omyłek pisarskich, ze względu na pominięcie wskazania odpowiedniego stosowania art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp do ofert wstępnych w art. 57 ust. 2 Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła ten problem w wyroku o sygn. 1243/09 i 1243/09.

Jednak w rozpoznawanej sprawie zamawiający nie mógł rozważać kwestii oczywistej omyłki pisarskiej, gdyż przystępujący na str. 27 swojej oferty wstępnej w pozycjach 4 i 7-13 ośmiokrotnie zaproponował termin wykonania zamówienia dłuższy niż 12 miesięcy czyli 52 tygodnie. Zamawiający, ust. 2.1 specyfikacji, wskazał, że prowadzi postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem, a więc musi się stosować do przepisów art. 54-60 Pzp, a wśród nich – do przepisów art. 59 Pzp. Przepisy te stanowią, że zamawiający może zmienić specyfikację po zakończeniu negocjacji, ale zmiany te nie mogą prowadzić do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia lub pierwotnych warunków zamówienia.

Wydłużenie terminu wykonania zamówienia o około 15% (z 52 tygodni na 60 tygodni) na pewno byłaby zmianą prowadzącą do istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia i dlatego nie mogła być rozważana przez zamawiającego. Natomiast zapewne propozycja

skrócenia terminu wykonania zamówienia mogłoby się mieścić w pojęciu zmiany warunków zamówienia, ale bez istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia. Jednak przystępujący zaoferował, na str. 27 oferty wstępnej, istotną zmianę warunków zamówienia (wydłużenie wykonania przedmiotu zamówienia o 8 tygodni), co w zestawieniu z zaoferowaniem na str. 1 oferty wstępnej 22 miesięcznego okresu wykonania zamówienia wskazuje na zamiar zaoferowania i faktyczne zaoferowanie wykonania zamówienia w terminie przekraczającym termin 12 miesięcy, jakiego wymagał zamawiający w ogłoszeniu (sekcja II.3), specyfikacji (ust. 5.2) oraz w wyjaśnieniach do specyfikacji z 2 marca 2011 r. (ust. 1).

Z tego względu zamawiający miał obowiązek stwierdzić, że treść oferty wstępnej przystępującego nie odpowiada treści specyfikacji i wobec tego ta oferta podlega odrzuceniu, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a w konsekwencji zamawiający nie miał prawa zaprosić przystępującego do negocjacji, zgodnie z art. 58 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego zarzuty naruszenia art. 58 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z pkt 7.2.3 specyfikacji, przez nieuprawnione zaproszenie do negocjacji wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne podlegające odrzuceniu oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 ust. 2 zd. 2 Pzp w zw. z pkt 5.2 specyfikacji, przez nieodrzućenie ofert wstępnych wykonawców Mostostal Zabrze i Energomontaż-Północ Bełchatów, bowiem treść tych ofert wstępnych nie odpowiada treści specyfikacji – zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 Pzp, w przypadku dalszego prowadzenia postępowania z udziałem wykonawcy Energomontaż-Północ Bełchatów, z uwagi na fakt, że umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie podlegała unieważnieniu – ze względu na uwzględnienie w całości zarzutów odwołującego przez zamawiającego był bezprzedmiotowy i wobec tego nie był rozpoznawany.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję nie zasługuje na uwzględnienie jako zbyt ogólny i nie dowiedziony przez odwołującego.

Od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, które nastąpiło 2 marca 2004 r. nie obowiązuje przepis art. 79 ust. 1 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (ostatnie miejsce publikacji Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, Nr 113, poz. 984 i Nr 197, poz. 1661 oraz z 2003 r. Nr 2, poz. 16, Nr 130, poz. 1188 i Nr 165, poz. 1591). Przepis ten brzmiał: »Dostawcom lub wykonawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówień, przysługują środki odwoławcze

przewidziane w niniejszym rozdziale«. Pod rządami tej ustawy odwołujący [i protestujący] mieli obowiązek wskazać naruszenie którejs z zasad udzielania zamówień. Jednak wobec obecnie obowiązującego art. 179 ust. 1 Pzp o brzmieniu »Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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 niniejszej ustawy«, odwołujący nie musi wykazywać naruszenia zasad zamówień publicznych, aby odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą. Odwołujący wystarczająco wskazał naruszenie przez zamawiającego szczegółowych przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, aby odwołanie mogło być rozpoznane, mimo nie wykazania naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, jako gołosłowny, nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – naruszył wskazane przez odwołującego przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych: art. 58 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 ust. 2 zd. 2 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 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: