

WYROK
z dnia 17 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 marca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Doosan Babcock Energy Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 44-207 Rybnik, ul. Podmiejska 7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **ENERGA Elektrownie Ostrołęka Spółkę Akcyjną, 07 – 401 Ostrołęka, ul. Elektryczna 5**, protestu z dnia **11 stycznia 2009 r.**

przy udziale **Polimex - Mostostal Spółki Akcyjnej, 00 – 950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Doosan Babcock Energy Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 44 – 207 Rybnik, ul. Podmiejska 7 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**

spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 44 – 207 Rybnik, ul. Podmiejska 7

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Doosan Babcock Energy Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 44 – 207 Rybnik, ul. Podmiejska 7** na rzecz **ENERGA Elektrownie Ostrołęka Spółki Akcyjnej, 07 – 401 Ostrołęka, ul. Elektryczna 5** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) 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 spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 44 – 207 Rybnik, ul. Podmiejska 7**

Uzasadnienie

Zamawiający - ENERGA Elektrownie Ostrołęka Spółkę Akcyjną, 07 – 401 Ostrołęka, ul. Elektryczna 5, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na remont kapitalny kotła OP-650 Nr 2 w Elektrowni Ostrołęka B.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Pismem z dnia 11 stycznia 2010 roku wykonawca Doosan Babcock Energy Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 44 – 207 Rybnik, ul. Podmiejska 7 wniósł protest

na czynność zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 5, art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 i art. 93 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezprzedmiotowe unieważnienie postępowania o zamówienie sektorowe i wniósł o uwzględnienie protestu i unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz o dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty protestującego.

W uzasadnieniu podniósł, że decyzja o unieważnieniu postępowania jest błędna i bezprawna. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej decyzja o unieważnieniu postępowania jest decyzją o charakterze wyjątkowym i radykalnym, bowiem znosi całe postępowanie. Dlatego też decyzja ta powinna opierać się na ustawowych przesłankach, które należy interpretować w sposób ścisły. Tymczasem zamawiający nie wyjaśnia *de facto* dlaczego nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy. Zamawiający nie wskazuje, jaki przepis procedury został naruszony - stanowi wadę postępowania o zamówienie, czy i jaki to miało wpływ na wynik postępowania ani też nie wyjaśnia, w jaki sposób naruszenie procedury rzutuje na ważność umowy. Tym samym zamawiający narusza nie tylko art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ale również art. 93 ust. 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę przebieg postępowania i wcześniejszą korespondencję oraz przedostatni akapit uzasadnienia pisma z 4 stycznia 2010 r. protestujący stwierdził, że można się domyślać, że zamawiający uznał, iż warunki postępowania określone w pkt 10.1 SIWZ są nieprecyzyjne i niejednoznaczne bądź też nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a przez to stanowią wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Jest to o tyle niezrozumiałe, że w samym uzasadnieniu unieważnienia Zamawiający stwierdza, że jego zdaniem dokonał on opisu warunków udziału w postępowaniu „w sposób odpowiadający wymogom art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.” Uzasadnienie jest więc niezrozumiałe i wewnętrznie sprzeczne.

W ocenie protestującego warunki udziału w postępowaniu są prawidłowo sformułowane. Warunki te są precyzyjne, jasne i jednoznaczne. Tym samym brak podstaw do twierdzenia, że postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej

umowy. Zdaniem protestującego w postępowaniu nie można się dopatrzeć jakichkolwiek wad uniemożliwiających zawarcie ważnej umowy

Warunek zawarty w pkt 10.1 SIWZ ma następujące brzmienie:

„Wykonawca, musi posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny a także dysponować osobami o odpowiednich kwalifikacjach i umiejętnościach zawodowych, zdolnymi do wykonania zamówienia, ewentualnie musi przedstawić pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku Wykonawca winien przedłożyć wykaz zamówień wykonanych przez Wykonawców w okresie 3 ostatnich lat (Załącznik Nr A 6 do Formularza „Oferta”) zawierający minimum:

- 1 zamówienie odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom, stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. prace muszą dotyczyć modernizacji lub remontu kotłów energetycznych OP-650 bądź kotłów o porównywalnej lub wyższej wydajności; wartość prac musi wynosić co najmniej 50% ceny ofertowej netto,
- lub
- 2 zamówienia odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom, stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. prace muszą dotyczyć modernizacji lub remontu kotłów energetycznych OP-650 bądź kotłów o porównywalnej lub wyższej wydajności; wartość każdej z prac musi wynosić co najmniej 25% ceny ofertowej netto”

Warunek ten należy ocenić jako prawidłowy. Warunek został sformułowany w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny. Warunek jest związany z przedmiotem zamówienia i wobec niego proporcjonalny. Warunek nie narusza zasad równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji. Warunek ten nie budził wątpliwości wykonawców, którzy nie zadawali pytań dotyczących warunku ani nie wnieśli protestu na SIWZ w tym zakresie, na co zwrócił uwagę sam zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania.

Warunek został zakwestionowany przez samego zamawiającego dopiero na etapie oceny ofert. Zamawiający podjął próbę rozszerzania warunku w drodze interpretacji. Zdaniem Zamawiającego warunek powinien być rozumiany w kontekście szczegółowo opisanego przedmiotu zamówienia. Zamawiający zapomina jednak, że jest gospodarzem postępowania i ma możliwość jego kształtowania opisując nie tylko przedmiot zamówienia,

ale i warunki w sposób odpowiadający jego potrzebom i oczekiwaniom, a czynności te może i powinien wykonywać we właściwym czasie.

Fakt, że zamawiający na etapie oceny ofert doszedł do wniosku, że mógł sformułować warunki w odmienny sposób niż wskazany w SIWZ i ogłoszeniu, nie powoduje jednak automatycznej wadliwości zawartych w SIWZ warunków. Warunki sformułowane przez Zamawiającego są prawidłowe i zgodne z prawem, a zatem nie stanowią takiej wady

postępowania, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy. Podstawą unieważnienia postępowania mogłaby być jedynie obiektywna wadliwość warunków. Subiektywne odczucie zamawiającego, że mógł sformułować warunki w inny sposób nie przesądza, że warunki zawarte w SIWZ są wadliwe i tym bardziej nie przesądza, że postępowanie obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Próby zastosowania przez zamawiającego rozszerzającej wykładni warunku, a właściwie próby modyfikacji warunku w drodze jego wykładni zostały zakwestionowane przez protestującego w proteście na wykluczenie z udziału w postępowaniu. Zamawiający podzielił argumentację protestującego i rozstrzygając protest potwierdził, że spełnił on warunki udziału w postępowaniu. Jednakże, zamiast dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający unieważnił postępowanie tłumacząc, że warunki nie zostały sformułowane prawidłowo. Protestujący podkreślił, że o tym, czy postępowanie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, decyduje obiektywna ocena warunków, a nie subiektywne przekonanie zamawiającego, że mógł te warunki sformułować inaczej.

Akceptacja stanowiska zamawiającego oznaczałaby uznanie, iż ma on prawo do całkowicie dowolnego decydowania o tym, czy unieważnić postępowanie. Rzeczony postępowanie w sprawie zamówienia sektorowego zamawiający zaciąga zobowiązanie, że przeprowadzi je zgodnie z przyjętymi zasadami, tj. przepisami i regułami określonymi w SIWZ. Oznacza to, że zamawiający nie może dowolnie modyfikować reguł postępowania, np. warunków udziału, ani dowolnie podejmować decyzji o unieważnieniu tego

Takie godzi w prawie chroniony interes postępowania. działanie wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

Protestujący dodał, że w przypadku, gdyby zamawiający sformułował warunek bardziej szczegółowo, tj. tak jak dał temu wyraz we wcześniejszej korespondencji to mogłoby się to spotkać z zarzutem ograniczenia konkurencji. Należy bowiem zauważyć, że zamawiający może oczekiwać doświadczenia w wykonywaniu usług odpowiadających swoim rodzajom usługom zamawianym a nie doświadczenia w wykonywaniu takich samych usług.

W ocenie protestującego zamawiający bezprawnie dokonał unieważnienia postępowania. Postępowanie nie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. W szczególności warunki udziału w postępowaniu zostały sformułowane prawidłowo. Są one jednoznaczne i precyzyjne. Warunki zawarte w SIWZ umożliwiają rzetelną ocenę ich spełniania. Oznacza to, że warunki te zapewniają równe traktowanie wykonawców oraz uczciwą konkurencję. Zasady te natomiast naruszył zamawiający czynnością unieważnienia postępowania o zamówienie, gdyż czynność ta nie ma realnych podstaw prawnych ani faktycznych, a jest jedynie wynikiem subiektywnych odczuć zamawiającego.

Pismem z dnia 21 stycznia 2010 roku zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu podniósł, że jako jeden z warunków udziału w postępowaniu, w ramach art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający w pkt 10.1. SIWZ wskazał, iż:

„Wykonawca, musi posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny a także dysponować osobami o odpowiednich kwalifikacjach i umiejętnościach zawodowych, zdolnymi do wykonania zamówienia, ewentualnie musi przedstawić pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku Wykonawca winien przedłożyć wykaz zamówień wykonanych przez Wykonawców w okresie 3 ostatnich lat (Załącznik Nr A 6 do Formularza "Oferta") zawierający minimum:

- 1 zamówienie odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom, stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. prace muszą dotyczyć modernizacji lub remontu kotłów energetycznych OP-650 bądź kotłów o porównywalnej lub wyższej wydajności; wartość prac musi wynosić co najmniej 50% ceny ofertowej netto,

lub

- 2 zamówienia odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom, stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. prace muszą dotyczyć modernizacji lub remontu kotłów energetycznych OP-650 bądź kotłów o porównywalnej lub wyższej wydajności; wartość każdej z prac musi wynosić co najmniej 25% ceny ofertowej netto."

W kontekście szczegółowo i jasno opisanego przedmiotu zamówienia, tak w części I SIWZ pkt 3 pkt II - Prace remontowe części ciśnieniowej, oraz w pkt 4 - Warunki techniczne i wymagania dotyczące wykonania prac, jak i w części II SIWZ, w pkt B załącznika nr 1 do wzoru umowy i w pkt II załącznika nr 2 do wzoru umowy, dla zamawiającego oczywistym było i przy ocenie spełniania przez wykonawców warunków określonych w pkt 10.1. SIWZ nie można było abstrahować od opisu przedmiotu zamówienia, skoro prace dotyczące modernizacji lub remontu kotłów energetycznych OP-650 muszą odpowiadać również swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia.

Co zaś do rodzaju prac - poza werbalnym odwołaniem się do modernizacji lub remontu kotłów OP-650 - nie mogło być wątpliwości co do tego, że prace na części ciśnieniowej kotła objęte przedmiotowym postępowaniem, stanowią największą i najbardziej istotną część prac. Wiedzę o tym posiada każdy profesjonalny podmiot wykonujący tego typu bardzo specyficzne i specjalistyczne usługi.

W proteście złożonym w dniu 23.12.2009 r. protestujący zarzucił zamawiającemu brak precyzji i jednoznaczności w postanowieniach SIWZ, ze wskazaniem, iż treść SIWZ musi być na tyle jasna, aby nie było co do niej żadnych wątpliwości. Uwzględniając te argumenty protestującego oraz literalnie sformułowany w pkt 10.1. SIWZ warunek udziału w

postępowaniu, z tych względów właśnie zamawiający uwzględnił protest z dnia 23.12.2009 r. w zakresie spełniania przez protestującego warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie zamawiającego to właśnie protestujący popada w wewnętrzne sprzeczności, bo już na użytek niniejszego postępowania protestacyjnego, zdaniem protestującego, warunek określony przez zamawiającego w pkt 10.1. SIWZ, „ /.../ należy ocenić jako prawidłowy /.../ sformułowany w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny.” Trudno zatem poważnie traktować poglądy protestującego zmieniające się w zależności od jego sytuacji w określonym stadium postępowania.

Zdaniem zamawiającego opis warunków udziału w postępowaniu musi być na tyle jasny i precyzyjny, aby zamawiający - przy zachowaniu zasady równego traktowania wszystkich uczestników postępowania oraz zasady uczciwej konkurencji - mógł zweryfikować doświadczenie i wiedzę wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i wybór tego wykonawcy, który niezależnie od złożenia najkorzystniejszej oferty, daje jednocześnie gwarancję należytego wykonania prac.

Warunek udziału w postępowaniu sformułowany w pkt 10.1. SIWZ, czytany w oderwaniu od przedmiotu zamówienia i abstrahujący od faktu, iż prace ciśnieniowe na kotłach OP-650 nr 2 stanowią około 70% wartości przedmiotu zamówienia, z całą pewnością nie pozwala zamawiającemu na zweryfikowanie wiedzy i doświadczenia wykonawców.

Jeśli bowiem decydujące znaczenie musi mieć werbalny opis warunku udziału w postępowaniu, to koniecznym jest doprecyzowanie omawianego warunku przynajmniej o doświadczenie w wykonaniu i wymianie elementów części ciśnieniowej kotła (komór, przegrzewaczy, ekranów parownika, walczaka). Inaczej zamawiający nie ma możliwości oceny, który z wykonawców ubiegający się o przedmiotowe zamówienia, daje rękojmię należytego wykonania tych prac.

W niniejszym postępowaniu wada powstała już na etapie tworzenia SIWZ, bowiem zamawiający w sposób niedostatecznie jasny i precyzyjny opisał warunki udziału w postępowaniu, a w ślad za tym i dokumenty, jakie wykonawcy muszą złożyć, aby wykazać się należytą wiedzą, doświadczeniem i kwalifikacjami do należytego wykonania prac objętych niniejszym zamówieniem, ze szczególnym uwzględnieniem prac na części ciśnieniowej kotła, stanowiących - jak już wskazano wyżej - około 70% wartości przedmiotu zamówienia.

Tylko wówczas, gdy zamawiający jasno i precyzyjnie opíše ten warunek, będzie w stanie obiektywnie i sprawiedliwie, z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej.

W przeciwnym razie, gdyby zamawiający nie unieważnił postępowania i dokonał wyboru oferty któregośkolwiek z wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu, z

pewnością naruszyłby zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Od rozstrzygnięcia protestu wykonawca Doosan Babcock Energy Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 44-207 Rybnik, ul. Podmiejska 7 wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymał zarzuty, argumenty i wnioski wyrażone w proteście.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Polimex-Mostostal S.A. w Warszawie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp. Unieważnienie postępowania uniemożliwiłoby bowiem udzielenie zamówienia odwołującemu się w sytuacji, gdy jego oferta była ofertą najkorzystniejszą w przyjętym kryterium oceny ofert.

Odnosząc się do zgłoszonego przez odwołującego się wniosku o niedopuszczenie do udziału w charakterze przystępującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego wykonawcy Polimex Mostostal S.A. Izba uznała, iż wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący się podniósł, iż wykonawca ten, domagając się unieważnienia postępowania, nie ma interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, w związku z czym nie powinien być dopuszczony do udziału w postępowaniu. Stosownie do art. 184 ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp uczestnik postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania może zgłosić przystąpienie wskazując swój interes prawny w przystąpieniu i stronę, do której przystępuje. Z kolei – w myśl art. 181 ust. 5 zd. 1 ustawy Pzp

– wykonawca, który zgłasza przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, obowiązany jest wskazać swój interes prawny w przystąpieniu. Wykonawcy zgłaszający swój udział w postępowaniu protestacyjnym i odwoławczym nie muszą zatem wskazywać swojego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Brak jest wobec tego podstaw do niedopuszczenia do postępowania odwoławczego wykonawcy, który interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia nie wykazał.

Zamawiający unieważniając przedmiotowe postępowanie doszedł do wniosku, iż formułując warunki udziału w postępowaniu nie wziął pod uwagę specyfiki przedmiotu zamówienia, w którym 70% prac przewidzianych jest na prace ciśnieniowe na kotle. W ocenie zamawiającego koniecznym jest doprecyzowanie warunku przynajmniej o doświadczenie w wykonaniu i wymianie elementów części ciśnieniowej kotła (komór, przegrzewaczy, ekranów parownika, walczaka). Inaczej zamawiający nie ma możliwości oceny, który z wykonawców ubiegający się o przedmiotowe zamówienie, daje rękojmię należytego wykonania tych prac. Wada powstała na etapie tworzenia SIWZ, bowiem zamawiający w sposób niedostatecznie jasny i precyzyjny opisał warunki udziału w postępowaniu, a w ślad za tym i dokumenty, jakie wykonawcy muszą złożyć, aby wykazać się należytą wiedzą, doświadczeniem, kwalifikacjami do należytego wykonania prac objętych niniejszym zamówieniem, ze szczególnym uwzględnieniem prac na części ciśnieniowej kotła.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5 oraz art. 41 pkt 7 ustawy Pzp specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenie o zamówieniu powinny zawierać opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenie o zamówieniu powinny zatem zawierać opis warunków, jakie stawia zamawiający w granicach art. 22 ust. 1 ustawy

– Pzp w celu zapewnienia, że wybrany wykonawca będzie zdolny do wykonania zamówienia - będzie posiadał uprawnienia do wykonywania czynności objętych przedmiotem zamówienia (jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień), odpowiednie doświadczenie i wiedzę, potencjał techniczny, ekonomiczny i finansowy, a także będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz że nie zachodzą w stosunku do niego okoliczności skutkujące wykluczeniem z postępowania (art. 24). Zamawiający powinien sprecyzować warunki zamówienia na tyle dokładnie, żeby wykonawca przed przystąpieniem do sporządzania oferty mógł zweryfikować, czy spełnia warunki. Ustawa w zakresie merytorycznego kształtowania warunków pozostawia zamawiającemu pewną swobodę, jednak wyraźnym ograniczeniem tej swobody jest nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, a w związku z tym obowiązek takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania.

Określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania i musi być precyzyjnie określona już w ogłoszeniu.

W myśl § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.) w celu potwierdzenia, opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia zamawiający może żądać od wykonawcy wykazu wykonanych usług i dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadających swym rodzajem i wartością usługom i dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiot, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi i dostawy te zostały wykonane należycie.

Przepisy prawne nie precyzują, jak w niniejszym przypadku należy rozumieć sformułowanie „odpowiadające rodzajem” w odniesieniu do przedmiotu niniejszego zamówienia. Zawarta w „Małym słowniku języka polskiego” pod red. S. Skorupki, H. Auderskiej, Z. Łempickiej, Warszawa 1969 definicja określa „rodzaj” jako „coś (ktoś) podobne do czego (kogo). Tym samym przyjąć należy, iż w przypadku zamówienia publicznego żądane doświadczenie winno być wymagane i egzekwowane w stosunku do usług i dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia (podobnych, odpowiadających rodzajem i charakterem etc.), a nie li tylko usług i dostaw tożsamyh (takich samych, stanowiących dokładne powtórzenie przedmiotu zamówienia).

W orzecznictwie sądów powszechnych, a także Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołów Arbitrów ukształtował się pogląd, iż okoliczność braku doprecyzowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosowanych wymogów nie może negatywnie skutkować dla wykonawcy. Stanowisko takie zostało wyrażone między innymi w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 20 marca 2007 roku (XIX Ga 80/07) oraz Zespołu Arbitrów z dnia 15 stycznia 2007 roku (UZP/ZO/0-10/07). W ocenie Izby pogląd ten zachowuje swoją aktualność również w przedmiotowej sprawie. Wymagania zamawiającego wyrażone w specyfikacji są wiążące zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przez złożenie oferty nawiązuje się między wykonawcą a zamawiającym stosunek przetargowy oparty na akceptacji postanowień siwz. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty, oświadczenia i dokumenty zostaną ocenione wyłącznie na podstawie wymagań zawartych w siwz. Odpowiednio zobowiązaniem

zamawiającego jest dokonanie oceny jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań.

Pomimo powyższego Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na fakt, że zamawiający w taki sposób sformułował warunek udziału w postępowaniu, iż wykonawcy składający oferty winni byli wykazać się doświadczeniem w realizacji prac odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, przy czym wartość prac musiała wynosić co najmniej 50% ceny ofertowej netto (w przypadku

wykazania realizacji jednego zamówienia) lub 25% ceny ofertowej netto (w przypadku wykazania realizacji dwóch zamówień). *De facto* każdy z wykonawców wykazałby się innym doświadczeniem, albowiem wartość prac wykazanych jako doświadczenie odnosiłby do własnej ceny ofertowej. Postawiony warunek w istocie jest inny dla każdego wykonawcy i taki stan rzeczy stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i powoduje, iż postępowanie dotknięte jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Podstawą rozstrzygnięcia Izby jest przepis art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeśli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Faktem jest, iż zamawiający naruszył przepisy ustawy stwierdzając, że postawione przez niego warunki nie uwzględniały konieczności wymagania od wykonawców doświadczenia w wykonywaniu prac na części ciśnieniowej kotła i z tego powodu unieważniając postępowanie, jednakże naruszenie to nie może mieć wpływu na wynik postępowania, które i tak winno być unieważnione jako dotknięte wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Dokonując opisu warunku udziału w postępowaniu poprzez odniesienie tego warunku do sytuacji konkretnego wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu, a nie do przedmiotu zamówienia (wartość prac musiała wynosić co najmniej 50% ceny ofertowej netto lub 25% ceny ofertowej netto) Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu mógł swobodnie kształtować poziom spełniania warunku doświadczenia poprzez ustalenie ceny na odpowiednim dla siebie poziomie uwzględniającym spełnianie warunku udziału. Powyższy opis warunków stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, jak również naruszenie art. 22 ust. 1 ustawy i przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.). W ocenie Izby naruszenie to stanowi o wadzie prawnej uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego z uwagi na konkretną sytuację zaistniałą w tym postępowaniu, tj. złożenie ofert przez wykonawców o zróżnicowanych cenach ofertowych (od ok. 13 mln do ok. 20 mln zł), co miało wpływ na

ocenę spełniania warunku doświadczenia przez wykonawców składających oferty w tym postępowaniu.

Izba oddaliła wniosek o zwrot zamawiającemu pisma procesowego złożonego na rozprawie w dniu 16 marca 2010 roku. Pismo to zawierało jedynie stanowisko zamawiającego w przedmiotowej sprawie, do którego wyrażenia zamawiający był uprawniony.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b, ust. 2 i ust. 4 pkt 2 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 zm.).

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:

.....

.....