

Sygn. akt: KIO 576/12

WYROK
z dnia 3 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Jolanta Markowska
Aneta Mlącka

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2012 r. przez wykonawcę **Iberdrola Ingenieria y Construcccion S.A.U., Calle Ribera de Axle 5, Erandio (Vizcaya) Hiszpania**, w postępowaniu prowadzonym przez **Elektrociepłownię Stalowa Wola S.A., ul. Energetyków 13, 37-450 Stalowa Wola**,

przy udziale wykonawcy **Abener Energia S.A., Campus Palmas Altas c/Energia Solar, 401014 Sewila, Hiszpania**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Iberdrola Ingenieria y Construcccion S.A.U., Calle Ribera de Axle 5, Erandio (Vizcaya) Hiszpania** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Iberdrola Ingenieria y Construcccion S.A.U., Calle Ribera de Axle 5, Erandio (Vizcaya) Hiszpania**, tytułem 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Tarnobrzegu**.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 576/12

Uzasadnienie

Wykonawca - **Iberdrola Ingenieria y Construcccion S.A.U. Calle Ribera de Axpe 5 Erandio (Vizcaya) Hiszpania** [dalej: **IBERDROLA**] wniósł odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp] przez Zamawiającego - **Elektrociepłownia Stalowa Wola S. A.**, którego przedmiotem jest „Budowa bloku gazowo-parowego o mocy około 400 MW e z członem ciepłowniczym w Elektrociepłowni Stalowa Wola”. Zdaniem wykonawcy odrzucając ofertę Odwołującego oraz dokonując wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Abener Energia S.A.** z siedzibą w Sewilli (dalej: wykonawca **Abener**) Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie właściwego badania oferty Odwołującego i w konsekwencji błędną jej kwalifikację, jako nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez błędną kwalifikację oferty wykonawcy **Abener**, jako oferty najkorzystniejszą, podczas gdy za taką powinna być uznana oferta Odwołującego. Wykonawca wskazał także na naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia właściwego uzasadnienia faktycznego i prawnego dla decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie

właściwej analizie wytycznych zawartych w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej („KIO”) z dnia 28 lutego 2012 r. (sygn. KIO 320/12, KIO 321/12) („Wyrok”) i w konsekwencji potraktowanie Odwołującego w sposób dyskryminujący w stosunku do pozostałych wykonawców, przejawiający się w uniemożliwieniu mu uzyskania zamówienia. Wskazał także na art. 8 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie podania właściwego uzasadnienia dla decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego a tym samym brak należytego poinformowania Odwołującego o przyczynach odrzucenia jego oferty. W związku z powyższym, wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Abener, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej i obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy. W uzasadnieniu odwołania podał, że w dniu 13 marca 2012 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Abener i poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. W uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający powołał się jedynie na własną interpretację Wyroku KIO (sygn. akt KIO 320/12, KIO 321/12), uznając tym samym, że iż dokonana przez Zamawiającego zmiana treści Załącznika D (projekt

umowy serwisowej) do oferty Odwołującego została ustalona z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W opinii Odwołującego, Zamawiający niesłusznie odrzucił jego ofertę, albowiem sentencja wyroku nakładała na Zamawiającego obowiązek ponownego badania oraz oceny ofert zgodnie z ustaleniami wynikającymi z uzasadnienia do wyroku. Tymczasem, Zamawiający zaniechał wnikliwego badania oferty Odwołującego zgodnie z wytycznymi zawartymi w wyroku a także nie skonfrontował ich z posiadanymi informacjami, co do stanu taktycznego sprawy. Świadczy o tym fakt, iż w uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający poprzestał na lakonicznym odniesieniu się do wyroku, jako podstawy swojej decyzji bez wskazywania konkretnych okoliczności potwierdzających spełnienie przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., co jest niezbędne dla uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy z postępowania. Wskazał, że wytyczne KIO zawarte w wyroku opierały się w dużej mierze na istotności wprowadzonych do oferty Odwołującego zmian (data wejścia w życie umowy, kwestia ubezpieczeń i zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zasady odpowiedzialności za utracone korzyści). Zamawiający nie dokonał jednak właściwej subsumpcji wytycznych pod okoliczności faktyczne ustalone w sprawie, (na które sam zwracał uwagę w trakcie postępowania odwoławczego), którego skutkiem było wydanie przez KIO wyroku. Gdyby Zamawiający dokonał w sposób prawidłowy analizy wytycznych zawartych w uzasadnieniu do wyroku, doszedłby do wniosku, iż przedmiotowe kwestie wobec wyjątkowej skali projektu, dla którego prowadzone jest Postępowanie miały w istocie charakter marginalny i zasadnym było ich poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. (str. 5 protokołu z rozprawy z dnia 24 lutego 2012 r. sygn. akt. KIO 320/12, 321/12). Co więcej, jak słusznie zwracał na to uwagę Zamawiający w trakcie postępowania odwoławczego, dopuszczalność istoty poprawek we wskazanym trybie zależy od okoliczności konkretnej sprawy. Warto zwrócić uwagę, iż w wyroku KIO w żaden sposób nie kwestionowała takiej linii argumentacji, co każe zakładać, iż zasługuje ona na uwzględnienie. Tym bardziej musi dziwić fakt, iż w toku ponownego badania i oceny ofert Zamawiający zaniechał analizy wytycznych zawartych w wyroku w świetle okoliczności faktycznych postępowania - jego skali i precedensowego na skalę Polski charakteru. Wskazał ponadto, że w wyroku nie było jasnej i precyzyjnej wytycznej, co do odrzucenia oferty Odwołującego. Sama sentencja przywołanego Wyroku nakładała na Zamawiającego jedynie obowiązek ponownego badania oraz oceny ofert zgodnie z ustaleniami wynikającymi z uzasadnienia do Wyroku. Gdyby bezpośrednio intencją KIO było odrzucenie oferty Odwołującego, mogłaby ona zawrzeć w tej kwestii stosowną dyrektywę w samej sentencji wyroku. Na poparcie tego argumentu może posłużyć fragment uzasadnienia wyroku, gdzie KIO stwierdza *expressis verbis*, iż w toku postępowania odwoławczego nie wykazano bezspornie, że dodanie dodatkowych postanowień (do umowy serwisowej Odwołującego) jest sprzeczne z SIWZ (IPUS) a zatem ocena czy przesłanka niezgodności z treścią SIWZ została spełniona czy też nie musi następować każdorazowo także z

uwzględnieniem pkt 14.1 wskazanej Instrukcji dla Wykonawców (str. 32 uzasadnienia do Wyroku). Wobec powyższego, należy zakładać, iż KIO umyślnie nałożyła na Zamawiającego

obowiązek powtórzonego badania i oceny oferty, aby dopiero w wyniku przeprowadzonych czynności Zamawiający mógł stwierdzić, czy przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zostały spełnione. W tym kontekście czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego, bez przeprowadzenia wnikliwej analizy wytycznych zawartych w wyroku, naruszała przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Powołując się na orzecznictwo KIO wskazał także, że niezgodność treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ, aby mogła skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp musi wynikać w sposób niebudzący wątpliwości z przedłożonych dokumentów i nie może być domniemywana. Stanowisko Zamawiającego powinno, zatem zawierać stosowne uzasadnienie oraz być wyrażone w sposób czytelny, pozwalający wykonawcom na odniesienie się do konkretnych przesłanek odrzucenia oferty. W istocie, sama KIO bierze pod uwagę i podnosi powyższy argument w uzasadnieniu do Wyroku wyrażając go w poniższym sformułowaniu (str. 30 uzasadnienia do Wyroku): „Tak jak wskazuje się w orzecznictwie zamawiający może odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp tylko wówczas, gdy ustali w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, albowiem zachodzi niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji, gdyż przedmiot zaferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i te niezgodności dotyczą istotnych elementów.”. W tym kontekście należy uznać, że Zamawiający zaniechał wnikliwej analizy Aneksu D do oferty Odwołującego. W omawianym przypadku, jako, że nie została dokonana szczegółowa analiza oferty Odwołującego, Zamawiający nie mógł sformułować jasnego i rzeczowego uzasadnienia za pomocą, którego udowodnione zostałyby spełnienie przesłanek z art. 89 ust. 1 pkt. 2 p.z.p. pozwalające na odrzucenie oferty Odwołującego. Na marginesie niniejszych rozważań przywołał pogląd jurysprudencji w myśl, którego wymienione w art. 89 ust. 1 p.z.p. przesłanki do odrzucenia oferty stanowią katalog zamknięty. Oznacza to, że wobec braku sprecyzowania przez Zamawiającego stwierdzonych w ofercie Odwołującego nieprawidłowości treści oferty z treścią SIWZ doszło w niniejszej sprawie w istocie do sformułowania przez Zamawiającego nowej przesłanki odrzucenia oferty (na podstawie wytycznych orzeczenia KIO, które miały jedynie charakter instrukcyjny w zakresie badania i oceny ofert), która nie znajduje swojego odzwierciedlenia na gruncie obowiązujących przepisów ustawy. W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp stwierdził, że zgodnie z treścią art. 91 ust. 1 p.z.p. zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Obowiązkiem nałożonym na Zamawiającego na mocy wyroku KIO było ponowne badanie i ocena ofert. Oznacza to, iż Zamawiający zobowiązany był dokonać ponownej weryfikacji przedłożonych ofert zarówno pod względem formalnym (badanie) jak i

merytorycznym (ocena). Pierwsza ze wskazanych czynności sprowadzała się do sprawdzenia czy nie zaistniały ewentualnie przesłanki skutkujące wykluczeniem danego wykonawcy lub odrzuceniem oferty. Druga z nich (ocena) dotyczyła merytorycznej weryfikacji w oparciu o kryteria oceny określone przez Zamawiającego w SIWZ. Wobec powyżej zawartej argumentacji stwierdził, że w przypadku prawidłowo wykonanej czynności badania ofert i właściwym zastosowaniu wytycznych zawartych w wyroku KIO, Zamawiający nie byłby uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego. W dodatku, wskutek następnie dokonanej czynności oceny ofert, Zamawiający zmuszony byłby do wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Zwrócił także uwagę, że w toku ponownego badania i oceny ofert, Zamawiający nie został obciążony nieograniczonym prawem i okolicznościami stanu faktycznego, obowiązkiem bezkrytycznego wykonania żądań uwzględnionych w wyroku w ich dosłownym kształcie. Wytyczne zawarte w uzasadnieniu wyroku skutkowały, zatem wskazaniem kierunku, w jakim czynności, do których zobligowany był Zamawiający (powtórne badanie i ocena ofert) powinny być przeprowadzone, a w żadnym wypadku nie stanowiły jasnego polecenia odrzucenia oferty Odwołującego. W zakresie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdził, że przepis ten nakłada na zamawiającego obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dla decyzji o odrzuceniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający de facto ograniczył swoje uzasadnienie jedynie do odesłania do wyroku KIO. Tym samym, Zamawiający nie skonkretyzował w swoim uzasadnieniu, jakie przyczyny legły u podstaw jego decyzji oraz uniemożliwił Odwołującemu jej weryfikację. Na uwagę zasługuje w tym miejscu stanowisko KIO zakładające, iż „czynność odrzucenia oferty (...) jest niezgodna z przepisami p.z.p. przez sam fakt nieprzedstawienia uzasadnienia faktycznego tej czynności”. To właśnie na Zamawiającym ciążył obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego

swojej decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn jego odrzucenia, a biorąc pod uwagę lakoniczność uzasadnienia decyzji Zamawiającego z dnia 13 marca 2012 r. należy stwierdzić, iż Zamawiający zaniechał sporządzenia właściwego uzasadnienia faktycznego i prawnego dla decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Wykonawca ponadto stwierdził, że art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców. Tymczasem, Zamawiający poprzez zaniechanie właściwej analizy wytycznych zawartych w uzasadnieniu wyroku a w konsekwencji dokonanie wadliwego badania oferty Odwołującego doprowadził do jej odrzucenia na podstawie założenia, że oferta nie jest zgodna z treścią wytycznych z uzasadnienia do wyroku. Zdaniem Odwołującego, zachowanie Zamawiającego może być postrzegane jako dyskryminujące. Jego zdaniem, w tym samym stanie faktycznym Zamawiający dokonał prawidłowej analizy wytycznych wynikających z wyroku w stosunku do

pozostałych wykonawców, w szczególności wykonawcy Abener. Konsekwencją czynności Zamawiającego było w rzeczywistości uniemożliwienie Odwołującemu uzyskania zamówienia. Jednakże, oferta Odwołującego w naszym domniemaniu, została odrzucona z góry, bez dokonywania takiej analizy. W zakresie wskazanego powyżej zarzutu, Odwołujący powołał się także do orzecznictwa KIO, w świetle, którego do nierównego traktowania wykonawców dochodzi w przypadku, gdy przy identycznych (bądź bardzo podobnych) stanach faktycznych dotyczących kilku (więcej niż jednego) uczestników postępowania zamawiający dokonał innych czynności. Odnosząc powyższe do przedmiotowego stanu faktycznego, stwierdził, że przy podobnym stanie faktycznym mającym zastosowanie zarówno do Odwołującego jak i wykonawcy Abener, Zamawiający potraktował Odwołującego w sposób gorszy niż w przypadku wykonawcy Abener. Czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego, Zamawiający dokonał w dniu 12 marca 2012 r. a już w dniu następnym tj. 13 marca 2012 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Abener. Oznacza to, że cały proces badania i oceny oferty Odwołującego nastąpił w przeciągu jednej doby co biorąc pod uwagę objętość oferty Odwołującego (ponad 2000 stron) może budzić uzasadnione wątpliwości. W tak krótkim czasie trudno byłoby nie tylko zidentyfikować właściwie przesłanki do odrzucenia oferty jak i jednocześnie wybrać ofertę najkorzystniejszą wykonawcy Abener, której objętość była porównywalna do tej przedstawionej przez Odwołującego. W konsekwencji powyższego, w rozumieniu Odwołującego doszło do nierównego traktowania, co polegało na tym, że Zamawiający nie dokonał wnikliwej analizy Aneksu D do oferty Odwołującego pomimo tego, że KIO w swoim uzasadnieniu do wyroku zobowiązało go do dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert. Zamawiający pragnąc w jak najszybszy sposób rozwiązać tę kwestię zaniechał dokonania takiej analizy i ograniczył swoje działania do wskazania wykonawcy zamówienia (wybrał ofertę wykonawcy Abener) nie popierając jednak tego wyboru ponowną merytoryczną i ekonomiczną analizą wszystkich złożonych ofert. Z punktu widzenia Odwołującego, jego oferta nie została wnikliwie przeanalizowana. Oferta ta została pominięta pomimo, że jej wcześniejsze odrzucenie nastąpiło na skutek błędu Zamawiającego, co stanowi oczywisty przykład nierównego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie. Wskazując na art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stwierdził, że jawność postępowania jest jedną z naczelnych zasad, jakimi powinien kierować się Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie informując w sposób należyty Odwołującego o przyczynie jego odrzucenia, dopuścił się naruszenia tej zasady. Zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie KIO stanowiskiem, informacja o odrzuceniu oferty wykonawcy powinna zawierać uzasadnienie. Zamawiający był zatem zobowiązany w toku czynności badania ofert (do której czynności był zobowiązany na mocy Wyroku) ustalić, że dana przesłanka odrzucenia oferty na gruncie przedmiotowej sprawy się zaktualizowała a następnie powinien w sposób prawidłowy poinformować o poczynionych ustaleniach

wyjaśniając, dlaczego uważa, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. Obowiązek upublicznienia stosownych wyjaśnień wynika z zasady jawności postępowania i gwarantuje on uczestnikom postępowania (Odwołującemu w tym konkretnym przypadku) możliwość ustalenia czy faktycznie prawidłowo Zamawiający uznał, że oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu. W konkluzji skonstatował, że Zamawiając w przedmiotowej sprawie, poprzez zaniechanie przedstawienia odpowiedniego uzasadnienia dla swojej decyzji (punkt 4 niniejszego uzasadnienia), pozbawił Odwołującego informacji w zakresie rzeczywistych przyczyn

odrzućenia jego oferty.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie w zakresie podnoszonego w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 oraz art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp ma odpowiednio zastosowanie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp i z tych też względów zarzuty te Izba pozostawiła bez ich merytorycznego rozpoznania.

W tym przypadku, tak jak ustaliła Izba, Zamawiający decyzją z dnia 3.02.2012 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej odwołującego się wykonawcy, który to wybór został zaskarżony w odwołaniach [sygn.akt: KIO320/12 oraz sygn. akt: KIO 321/12]. Rozpoznając podnoszone w odwołaniach zarzuty w zakresie dotyczącym oferty wykonawcy Iberdola [sygn.akt: KIO320/12 oraz sygn. akt: KIO 321/12] Izba w wyroku z dnia 28 lutego 2012 r. uznała, że treść wymaganych specyfikacją istotnych warunków zamówienia projektów dokumentów została ustalona z naruszeniem art. 87 ust.1 i ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Tak jak stwierdziła Izba w uzasadnieniu wyroku z dnia 28.02.2012 r., Zamawiający dokonując modyfikacji projektu umowy serwisowej stworzył w konsekwencji nowy projekt umowy serwisowej, zasadniczo inny niż przedłożony w ofercie w dniu 9.12.2011 r., a (...) brak tych zmian uprawniałby w konsekwencji wykonawcę Iberdola do wykonania zupełnie innego zamówienia, niż oświadczył w Umowie Serwisowej i tym samym ta oferta nieodpowiada treści specyfikacji. W konkluzji uzasadnienia Izba stwierdziła, że zmiany wprowadzone do oferty Iberdola naruszają granice wyznaczone art. 87 ust.1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i tym samym oferta tego wykonawcy w brzmieniu przedłożonym w dniu 9 grudnia 2011 r. nie odpowiada treści specyfikacji, co skutkuje uwzględnieniem, podnoszonego w odwołaniach sygn. akt : KIO 320/12 i 321/12, zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 oraz art. 91 ust.1 ustawy Pzp. Izba stwierdziła także, że skutkiem wyroku KIO, uwzględniającego (...) **odwołanie oraz nakazującego ponowne badanie i ocenę ofert zgodnie z ustaleniami wynikającymi z uzasadnienia do niniejszego wyroku w tym zakresie, nastąpiło unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Iberdola** i Zamawiający wykonując wyrok KIO,

zobowiązany był do odrzućenia oferty wykonawcy Iberdola, co najmniej z powodu okoliczności wskazanych przez Izbę w uzasadnieniu wyroku oraz do ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty. W tym przypadku Izba zwraca uwagę, że zgodnie z dyrektywą wynikającą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp, to KIO jest związana granicami zarzutów podnoszonych w odwołaniu, nie Zamawiający. Zatem dokonując ponownej oceny oferty wykonawcy Iberdola, jak i pozostałych wykonawców Zamawiający miał możliwość uwzględnienia również innych niezgodności ujawnionych w ofertach ponad te, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez KIO. Ponadto, zgodnie z orzeczeniem Izby z dnia 28.02.2012 r. w konsekwencji możliwa była - tak jak słusznie stwierdził Zamawiający - (...) ocena ofert uwzględniająca jedynie treść złożonych ofert w dniu 9.12.2012 r., bez dalszego ich wyjaśniania lub poprawiania. Tym samym Zamawiający - w toku ponownej oceny ofert - dokonując odrzućenia oferty Odwołującego i dokonując ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej - wykonał jedynie takie czynności, które wprost wynikały z uzasadnienia wyroku Izby. To oznacza, że nie podlegają rozpatrzeniu przez Izbę zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 i art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem dokonując odrzućenia oferty wnoszącego odwołanie Zamawiający zastosował się do wytycznych zawartych *de facto* w powołanym orzeczeniu KIO. Wobec tych ustaleń, we wskazanym zakresie ma odpowiednie zastosowanie przepis art. 189 ust.2 pkt 5 ustawy Pzp zgodnie z którym odwołanie podlega odrzućeniu, jeśli odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku - w tym przypadku - wyroku KIO. Izba jednocześnie stwierdza, że nie jest możliwe wydanie postanowienia o odrzućeniu odwołania w części [w orzecznictwie Izby utrwalił się pogląd, iż wydanie postanowienia o odrzućeniu odwołania możliwe jest wyłącznie w przypadku, gdy żaden z podnoszonych przez wykonawcę zarzutów nie może być przez Izbę rozpoznany z powodów określonych w 189 ust. 2 ustawy Pzp], dlatego też wskazane zarzuty naruszenia art. 7 ust.1 i art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, co do którego zachodzą okoliczności wymienione w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Rozpoznając na rozprawie odwołanie w zakresie dotyczącym naruszenia art. 91 ust.1

oraz art. 92 ust.2 pkt 2 i art. 8 ust.1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że wykonawca wnosząc odwołanie w dniu 23 marca 2012 r. miał interes w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp, albowiem zasadniczy zarzut podniesiony w odwołaniu dotyczył bezpodstawnego odrzucenia oferty wykonawcy, która to oferta w przypadku uwzględnienia tego zarzutu mogła być uznana za najkorzystniejszą i tym samym wykonawca mógł ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia przepisów ustawy Pzp. Izba dodatkowo stwierdza, że jej zdaniem, przy ocenie

materiałno-prawnych przesłanek zasadności wnoszonego środka ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust.1 ustawy Pzp, należy uwzględniać wszystkie zarzuty podnoszone - w tym przypadku - w odwołaniu w dacie jego wniesienia, a nie odnosić tej oceny tylko, co do zarzutów skierowanych do rozpoznania na rozprawie, z pominięciem tych, które zdaniem Izby, z uwagi na odpowiednie zastosowanie art. 189 ust.2 ustawy Pzp, należało pozostawić bez merytorycznego rozpatrzenia.

Rozpoznając pierwszy z zarzutów dotyczący naruszenia art. 91 ust.1 ustawy Pzp Izba ustaliła, że został on oparty na twierdzeniu, że Zamawiający w przypadku prawidłowo wykonanej czynności badania i zastosowania wytycznych zawartych w wyroku KIO z dnia 28.02.2012 r. nie byłby uprawniony do odrzucenia oferty wykonawcy. Uznając zarzut ten za niezasadny, Izba stwierdza, że KIO w uzasadnieniu powołanego orzeczenia z dnia 28.02.2012 r. jednoznacznie wymieniła te postanowienia z oferty [de facto z projektów dokumentów do niej załączonych], które uznała za niezgodne ze specyfikacją. Tak jak już wskazano - w podstawach pozostawienia bez rozpoznania zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp - czynność odrzucenia oferty wykonawcy wnoszącego odwołanie została wykonana zgodnie z sentencją wyroku KIO z dnia 28.02.2012 r.

Z kolei zarzut naruszenia art. 92 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp został oparty na twierdzeniu, że Zamawiający był zobowiązany przedstawić uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę o przyczynach odrzucenia oferty. Tak jak ustaliła Izba, Zamawiający w piśmie z dnia 13.03.2012 r. wskazując na wyrok KIO z dnia 28.02.2012 r. oraz jego uzasadnienie podał, że (...) kierując się w toku oceny ofert stanowiskiem wyrażonym przez Izbę w przywołanym wyżej wyroku odrzucił ofertę wykonawcy Iberdrola na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2) Ustawy, jako ofertę, której treść nie odpowiada Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W tym uzasadnieniu Zamawiający dodatkowo omówił, w jakim zakresie dokumenty przedłożone w ofercie nie podlegały, zdaniem Izby, poprawieniu w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. To oznacza, zdaniem Izby, że kwestionowane przez wykonawcę powiadomienie, w tym konkretnym stanie faktycznym, spełniło zasadniczy cel, a mianowicie informowało wykonawcę o podstawach odrzucenia jego oferty w pełnym zakresie. Tym samym nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem – tak jak wskazała Izba wyżej – w tym stanie faktycznym Zamawiający nie naruszył zasady jawności postępowania, albowiem nie zaniechał podania uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, informując w piśmie z dnia 13.03.2012 r. o przyczynach odrzucenia jego oferty – tych okolicznościach, które były przedmiotem odwołania i zostały rozpoznane w postępowaniu odwoławczym rozstrzygniętym wyrokiem KIO z dnia 28.02.2012 r. sygn. akt: KIO 320/12 i 321/12.

Z tych też względów orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

.....
.....
.....