

WYROK
z dnia 16 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Izabela Kuciak
Luiza Łamejko

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Pöyry Infra GmbH, 79541 Lörrach, Niemcy, Röttelnweiler, Alte Vogtei 22**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** protestu z dnia 17 czerwca 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Pöyry Infra GmbH, 79541 Lörrach, Niemcy, Röttelnweiler, Alte Vogtei 22, i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Pöyry Infra GmbH, 79541 Lörrach, Niemcy, Röttelnweiler, Alte Vogtei 22**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz .xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx;
- 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 **16 036 zł 00 gr** (słownie: szesnaście tysięcy trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Pöyry Infra GmbH, 79541 Lörrach, Niemcy, Röttelnweiler, Alte Vogtei 22**.

2

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie dokumentacji przedprojektowej modernizacji linii kolejowej C-E 59 na odcinku Wrocław Główny – Międzyzlesie w ramach projektu FS 2006/PL/16/C/PA/001 „Modernizacja linii kolejowej C-E 59 Międzyzlesie – Wrocław – Kostrzyn – Szczecin - przygotowanie dokumentacji przedprojektowej – Etap I w Polsce””, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 11 marca 2008 r. pod numerem: 2008 / S 49 - 067716.

Pismem z dnia 11 czerwca 2008 roku Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Konsorcjum firm: ARCADIS Profil Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., o odrzuceniu oferty Wykonawcy Pöyry Infra GmbH Niemcy – Odwołującego oraz o Wykluczeniu Konsorcjum SENER i Konsorcjum Schüsler.

Dnia 17 czerwca 2008 roku Wykonawca Pöyry Infra GmbH Niemcy wniósł protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej

konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z bezzasadnym odrzuceniem oferty Protestującego.

Na skutek powyższych czynności Zamawiającego interes prawny Protestującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Protestującego uznana zostałaby za najkorzystniejszą na podstawie kryterium ceny (waga 100%), zaś Protestujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie.

Wskazując powyższe Protestujący wniósł o uwzględnienie protestu oraz doprowadzenie postępowania do jego zgodności z przepisami ustawy Pzp poprzez dokonanie ponownej oceny ofert oraz wybór oferty Protestującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu wskazał, iż Zamawiający jako podstawę prawną odrzucenia oferty Protestującego podał przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający wywiódł, że Protestujący - podając w Załączniku A do formularza ofertowego, w kolumnie Nr 5 „Liczba jednostek czasu”, liczbę dni przekraczającą terminy realizacji wymagane przez Zamawiającego - złożył ofertę, której treść jest sprzeczna z treścią s.i.w.z. Protestujący wyjaśnił, że w zakwestionowanym Załączniku A do formularza ofertowego, wcale nie wskazał terminów realizacji zamówienia, a jedynie uwidoczniał sposób kalkulacji ceny ofertowej. Jest tak, gdyż:

3

- po pierwsze, z treści Formularza ofertowego, złożonego przez Protestującego, wyraźnie wynika, że Załącznik A do Formularza ofertowego spełniał wyłącznie funkcję kalkulacyjną. Odesłanie do Załącznika A ogranicza się bowiem jedynie do podania „Częściowych wartości zamówienia”;
- po drugie, na okoliczność pełnienia przez Załącznik A do formularza ofertowego Protestującego wyłącznie funkcji kalkulacyjnej wskazuje również sama treść tego załącznika. Protestujący nigdzie w jego treści nie odniósł się do sprawy terminu realizacji zamówienia. Przeciwnie, na potrzeby kalkulacji ceny zdefiniował minimalną jednostkę czasu (zgodnie z wymaganiem Zamawiającego rozliczeniową jednostką czasu był dzień), podał cenę jednostkową za jednostkę czasu, następnie podał liczbę jednostek czasu, wreszcie przemnożył cenę jednostkową przez liczbę jednostek czasu i wpisał wynik mnożenia. Analiza Załącznika A prowadzi – zdaniem Protestującego do wniosku, że w spornej rubryce „Liczba jednostek czasu” Protestujący wpisał liczbę „osobodni pracy” dedykowanych na poszczególne etapy zamówienia. Protestujący przyjął bowiem, że Zamawiający wskazując na jednostkę czasu „dzień” miał właśnie na myśli „osobodzień pracy”;
- po trzecie, w świetle całości zapisów s.i.w.z. uzasadnione jest twierdzenie, że Zamawiający w ogóle nie wymagał od wykonawców podania w ofercie terminów realizacji zamówienia, w tym terminów realizacji poszczególnych etapów;
- po czwarte, wyprowadzanie przez Zamawiającego z postanowień Załącznika A do Formularza ofertowego Protestującego twierdzenia, że Protestujący zaproponował daty realizacji zamówienia, które pozostają w oczywistej sprzeczności z wymaganiami Zamawiającego, nie broni się w świetle oświadczeń złożonych przez Protestującego w Formularzu ofertowym.

Zamawiający pismem z dnia 18 czerwca 2008 roku wezwał Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, pismem z dnia 20 czerwca 2008 roku przystąpił Wykonawca Konsorcjum firm: ARCADIS Profil Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o.

Zamawiający, pismem z dnia 26 czerwca 2008 roku rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie.

Zamawiający, uzasadniając swoją decyzję wskazał, iż argumenty wskazane przez Protestującego nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z treścią pkt 3 *Instrukcji dla wykonawców i formularze załączników*, „Okres realizacji zamówienia będzie wynosił 410 dni

4

od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Jednocześnie, celem

uzupełnienia ww. zapisu, Zamawiający w pkt 6.2 OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (OPZ) zwanym Harmonogramem realizacji, określił swoje wymagania co do czasu trwania realizacji poszczególnych etapów, przyjmując jako jednostkę czasu „dzień” (kalendarzowy). Podobnie w załączniku A do formularza ofertowego. Poczynione przez Zamawiającego zastrzeżenia w s.i.w.z., że ostateczne określenie realizacji poszczególnych etapów w datach nastąpi przed podpisaniem umowy, wyraźnie odnosi się do terminu zakończenia realizacji poszczególnych etapów, nie zaś do okresu trwania realizacji poszczególnego etapu, którego wartości maksymalne zostały określone przez Zamawiającego w pkt 6.2 OPZ. W załączniku A do formularza ofertowego, Protestujący złożył oświadczenie woli, z treści którego wynika, że wykona poszczególne etapy zamówienia w okresie dłuższym niż maksymalne czasy trwania realizacji poszczególnych etapów, określone w pkt 3 Instrukcji dla wykonawców i formularze załączników, jak również w pkt 6.2 OPZ, do którego prowadzi analiza treści Załącznika A do formularza ofertowego złożonego przez Protestującego i treści pkt 3 Instrukcji dla wykonawców oraz pkt 6.2 OPZ, a w szczególności określił czas realizacji Etapu IV, który przekracza całkowity czas wykonania umowy.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 1 lipca 2008 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości, podtrzymując zarzuty podniesione w proteście i nakazanie Zamawiającemu doprowadzenie postępowania do jego zgodności z przepisami ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Po zapoznaniu się z oryginalną dokumentacją przetargową, po wysłuchaniu stron na rozprawie Izba ustaliła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Izba nie uwzględniła wniosku dowodowego zgłoszonego przez Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z dokumentów postępowania na wykonanie dokumentacji przedprojektowej dla zadania: „Budowa połączenia kolejowego MPL „Katowice” w Pyrzowicach z miastami aglomeracji górnośląskiej, odcinek Katowice - Pyrzowice”, gdyż nie dotyczą one przedmiotowego postępowania. Fakt dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w innym postępowaniu nie może stanowić dowodu w badanej sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się bezpośrednio do zarzutów postawionych przez Odwołującego Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że są one bezzasadne. Zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia Wykonawca miał przedłożyć Formularz ofertowy wraz z Załącznikiem A, w którym miał podać cenę jednostkową, liczbę jednostek czasu oraz wartość netto dla każdego etapu wyliczoną jako iloczyn ceny oraz czasu. Zgodnie z pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (str. 4) „*Okres realizacji zamówienia będzie wynosił 410 dni od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego*”. Jednocześnie w „*Opisie Przedmiotu Zamówienia*” (OPZ) w punkcie 6.2 – „*Harmonogram realizacji*” określony został czas, w którym każdy z Etapów miał być wykonany, licząc od początku realizacji umowy. Zgodnie z kolumną Nr 2 „*Harmonogramu realizacji*” daty zakończenia realizacji poszczególnych Etapów zostały określone w dniach kalendarzowych liczonych od dnia podpisania umowy. Dodatkowa uwaga jaką poczynił Zamawiający pod tabelą określającą „*Harmonogram realizacji*” informowała, iż terminy realizacji poszczególnych Etapów zostaną ostatecznie określone w datach (dzień, miesiąc, rok) przed podpisaniem umowy. Uwaga powyższa wynika z faktu, iż terminy określone w „*Harmonogramie realizacji*” są terminami maksymalnymi, a każdy Wykonawca składający ofertę musi w „*Załączniku A do Formularza oferty*” podać własne terminy realizacji, nie przekraczające jednak terminów określonych przez Zamawiającego. Terminy zaoferowane przez Wykonawcę, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą zostaną wprowadzone następnie do umowy o zamówienie publiczne i będą wiązały strony w trakcie realizacji zamówienia.

Odwołujący, na stronie 6 swojej oferty podał liczby jednostek czasu potrzebne wg. Niego

na realizację poszczególnych etapów.

Oświadczyl, że:

- 1) Etap I zrealizuje w ciągu 103,40 dnia (wymagany przez Zamawiającego czas realizacji, liczony od dnia podpisania umowy 50 dni);
- 2) Etap II zrealizuje w ciągu 198 dni (wymagany przez Zamawiającego czas realizacji, liczony od dnia podpisania umowy 50 dni);
- 3) Etap III zrealizuje w ciągu 293,33 dnia (wymagany przez Zamawiającego czas realizacji, liczony od dnia podpisania umowy 80 dni);
- 4) Etap IV zrealizuje w ciągu 495,73 dnia (wymagany przez Zamawiającego czas realizacji, liczony od dnia podpisania umowy 90 dni);
- 5) Etap V zrealizuje w ciągu 54,56 dnia (wymagany przez Zamawiającego czas realizacji, liczony od dnia podpisania umowy 140 dni);
- 6) Etap VI zrealizuje w ciągu 237,60 dnia (wymagany przez Zamawiającego czas realizacji, liczony od dnia podpisania umowy 180 dni);

6

-
- 7) Etap VII zrealizuje w ciągu 200,20 dnia (wymagany przez Zamawiającego czas realizacji, liczony od dnia podpisania umowy 260 dni);
 - 8) Etap VIII zrealizuje w ciągu 62,58 dnia (wymagany przez Zamawiającego czas realizacji, liczony od dnia podpisania umowy 290 dni);
 - 9) Etap IX zrealizuje w ciągu 41,07 dnia (wymagany przez Zamawiającego czas realizacji, liczony od dnia podpisania umowy 320 dni);
 - 10) Etap X zrealizuje w ciągu 36,96 dnia (wymagany przez Zamawiającego czas realizacji, liczony od dnia podpisania umowy 380 dni);
 - 11) Etap XI zrealizuje w ciągu 106,91 dnia (wymagany przez Zamawiającego czas realizacji, liczony od dnia podpisania umowy 410 dni)

Tak więc Odwołujący podał w ofercie jednostki czasu przekraczające dla poszczególnych Etapów (Etap I, II, III i VI) terminy określone w OPZ, a w przypadku etapu IV całkowity czas przewidziany na realizację zamówienia.

Stanowisko Odwołującego określające, iż podana w „Załączniku A do Formularza ofertowego” kolumna zatytułowana „Liczba jednostek czasu” wskazuje, że należało wpisać liczbę „Osobodni pracy” dedykowanych na poszczególne Etapy zamówienia jest, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej błędna. Zamawiający w żadnym punkcie specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy też załączników do niej nie określa liczby jednostek czasu jako osobodni pracy. W pkt 6.2 OPZ „Harmonogramu realizacji” wskazuje, że data zakończenia poszczególnych Etapów określona jest w dniach kalendarzowych liczonych od dnia podpisania umowy. Załącznik Nr 4 do umowy pn. „Harmonogram Rzeczowo-Finansowy” implementuje z pkt 6.2 OPZ czasy realizacji od dnia podpisania umowy. Podobnie Zamawiający wskazał, iż w „Załączniku A do Formularza ofertowego” należy wskazać „Liczbę jednostek czasu określonego w dniach” (kalendarzowych).

Odwołujący podnosi ponadto, że Zamawiający nie wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że praca będzie wykonywana również w soboty, niedziele i dni świąteczne. Zarzut powyższy Krajowa Izba Odwoławcza również uznała za bezpodstawny. Zamawiający wymagał realizacji przedmiotu zamówienia w terminach określonych jw. bez wchodzenia w strukturę organizacyjną, czy też zasady pracy jakie są wdrożone i stosowane u potencjalnych Wykonawców. Tak więc stawianie tego typu zarzutu, który jest ponad możliwości Zamawiającego, gdyż nie jest on w stanie „ułożyć” pracy Wykonawców wydaje się zarzutem ponad miarę.

Jeżeli Odwołujący wyliczył wewnętrznie ile osobodni pracy koniecznych jest do wykonania danego Etapu, bądź też wszystkich Etapów składających się na przedmiot zamówienia, to przy posiadanej wiedzy iloma osobami może dysponować do realizacji danego Etapu, bez trudu winien wyliczyć ile dni kalendarzowych będzie realizował dany Etap. Odwołujący nie

7

może przenosić odpowiedzialności na Zamawiającego za prawidłowe wyliczenie tych terminów, tym bardziej, że Zamawiający nie jest w stanie określić jakim potencjałem kadrowo-osobowym dysponuje lub będzie dysponował Odwołujący, w chwili realizacji

danego Etapu.

Poczynione przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zastrzeżenie, że ostateczne określenie terminu realizacji poszczególnych Etapów w datach (dzień, miesiąc, rok) nastąpi przed podpisaniem umowy odnosi się do terminów zakończenia realizacji poszczególnych Etapów, nie zaś – jak to wywodził Odwołujący – do okresu trwania realizacji poszczególnego Etapu. Maksymalne czasy realizacji poszczególnych Etapów dookreślone zostały przez Zamawiającego w pkt 6.2 OPZ i każdorazowe ich przekroczenie, poprzez zaoferowanie przez Odwołującego, czy też innego Wykonawcę dłuższych terminów realizacji skutkować musi odrzuceniem takiej oferty jako, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli wypełniają się przesłanki określone w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut Odwołującego, iż Zamawiający po wyborze oferty najkorzystniejszej, przed podpisaniem umowy uzupełni Załącznik Nr 4 do umowy (Harmonogram Rzeczowo-Finansowy) w terminy określone w pkt 6.2 OPZ, Izba uznała za bezzasadny. Harmonogram Rzeczowo-Finansowy stanowiący załącznik Nr 4 do umowy wypełniony będzie w częściowe wartości wynagrodzenia jakie zaoferuje Wykonawca w swojej ofercie w „Załączniku A do Formularza ofertowego” oraz w czasy realizacji wskazane przez Wykonawcę w tym samym załączniku. Tak więc istnieje ścisła zależność pomiędzy pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pkt 6.2 OPZ oraz załącznikiem Nr 4 do umowy, które należy czytać łącznie, gdyż uzupełniają się one nawzajem.

Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych

Wobec powyższego, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy - Prawo zamówień Publicznych.

8

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 **Warszawa - Praga**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* niepotrzebne skreślić

9