

WYROK
z dnia 15 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:**

1. TORPOL Sp. z o.o., ul. Mogileńska 10G, 31-052 Poznań, 2. FERROCO S.A, ul. Marcelesińska 92/94, 60-324 Poznań 3. „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR” Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie, 4. Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu Sp. z o.o., ul. Kolejowa 4, 60-715 Poznań od czynności zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A, Centrum Realizacji Inwestycji, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa.**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. OHL ŽS a.s., Buresova 938/17, 660 02 Brno-stred, 2. Zbigniew Kargul prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo TOR-KAR-SSON Zbigniew Kargul, ul. Chełmżyńska 211, 04-458 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

1

zamówienia: 1. TORPOL Sp. z o.o., ul. Mogileńska 10G, 31-052 Poznań, 2. FERROCO S.A, ul. Marcelesińska 92/94, 60-324 Poznań 3. „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR” Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie, 4. Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu Sp. z o.o., ul. Kolejowa 4, 60-715 Poznań i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. TORPOL Sp. z o.o., ul. Mogileńska 10G, 31-052 Poznań, 2. FERROCO S.A, ul. Marcelesińska 92/94, 60-324 Poznań 3. „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR” Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie, 4. Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu Sp. z o.o., ul. Kolejowa 4, 60-715 Poznań**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. TORPOL Sp. z o.o., ul. Mogileńska 10G, 31-052 Poznań, 2. FERROCO S.A, ul. Marcelesińska 92/94, 60-324 Poznań 3. „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR” Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie, 4. Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu Sp. z o.o., ul. Kolejowa 4, 60-715 Poznań** na rzecz Zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A, Centrum Realizacji Inwestycji, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

UZASADNIENIE

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe SA prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest Modernizacja linii kolejowej E 30, etap II, odcinek Zabrze - Katowice - Kraków Przetarg Nr 2 - Modernizacja odcinka: Trzebinia - Krzeszowice (km 29,110 - 46,700 linii Nr 133). Ogłoszenie zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 01 maja 2010 r. pod numerem 2010/S 85-127526.

Zgodnie z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w niniejszym postępowaniu Wykonawcy zobowiązani byli do przedstawienia w ofercie formularza - Rozbicie ceny ofertowej, który zawierał wyszczególniony zakres prac oraz wycenę dokonaną przez Wykonawcę. Konsorcjum OHL, ŽS a.s. z Brna (Republika Czeska) i Przedsiębiorstwo TOR-KAR-SSON Zbigniew Kargul w swojej ofercie wyceniło roboty opisane w pozycjach 6.9.9E.12 (345 strona oferty) i 6.4.3LPN.4 (350 strona oferty) Rozbicia ceny ofertowej na wartość „0,00” PLN. Wobec powyższego, Zamawiający w piśmie z dnia 6 września 2010r. wezwał Konsorcjum OHL, ŽS a.s. z Brna (Republika Czeska) i Przedsiębiorstwo TOR-KAR-SSON Zbigniew Kargul z Warszawy do złożenia wyjaśnień, zadając Wykonawcy pytanie: „Na stronach: 345, 350 złożonej oferty Rozbicie Ceny Ofertowej, Wykonawca pozycje: 6.9.9E.12, 6.4.3LPN.4 wycenił na „0,00” PLN. W związku z powyższym proszę o wyjaśnienie, w której pozycji Rozbicia Ceny Ofertowej ujęty został zakres robót określony w w/w. pozycjach RCO”. Wykonawca – Konsorcjum OHL, ŽS a.s. z Brna (Republika Czeska) i Przedsiębiorstwo TOR-KAR-SSON Zbigniew Kargul z Warszawy udzieliło odpowiedzi, zgodnie z którą *„Zakres robót określony w pozycji 6.9.9E.12 został ujęty w pozycji 6.9.9E.11 Rozbicia Ceny Ofertowej, natomiast zakres robót określony w pozycji 6.4.3LPN.4 został ujęty w pozycji 6.4.3LPN.3 Rozbicia Ceny Ofertowej”*.

Zamawiający dokonał wyboru oferty OHL, ŽS a.s. z Brna (Republika Czeska) i Przedsiębiorstwo TOR-KAR-SSON Zbigniew Kargul z Warszawy jako najkorzystniejszej. O takim rozstrzygnięciu Odwołujący został powiadomiony w dniu 22 września 2010 roku (pismem z dnia 21 września 2010 r.).

Odwołujący nie zgodził się z rozstrzygnięciem Zamawiającego i w dniu 1 października 2010 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Zdaniem Odwołującego oferta OHL, ŽS a.s. z Brna (Republika Czeska) i Przedsiębiorstwo TOR-KAR-SSON Zbigniew Kargul z Warszawy (zwanego dalej Konsorcjum OHL), nie odpowiada treści SIWZ, zatem powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Odwołujący zarzucił także Zamawiającemu, iż z naruszeniem przepisów Ustawy dokonał czynności lub zaniechał dokonania czynności, do których był zobowiązany, tj. prowadził niedopuszczalne negocjacje z Wykonawcą - Konsorcjum OHL w celu ustalenia treści oferty; zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum OHL jako zawierającej treść nieodpowiadającą treści SIWZ; dokonał wyboru oferty

OHL jako zaniechał wyboru oferty Odwołującego jako Konsorcjum najkorzystniejszej;

najkorzystniejszej. Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył dyspozycje art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1 zdanie 2, art. 89 ust 1 pkt 2 i art 91 ust 1 Ustawy oraz postanowienia ust. 13.3 SIWZ, w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący podkreślił, iż w wezwaniu Zamawiającego zawarta była jednoznaczna sugestia, jakiej odpowiedzi Konsorcjum OHL winno udzielić, aby Zamawiający uznał ją za właściwą („Na stronach: 345, 350 złożonej oferty Rozbicie Ceny Ofertowej, Wykonawca pozycje: 6.9.9E.12, 6.4.3LPN.4 wycenił na „0,00” PLN. W związku z powyższym proszę o wyjaśnienie, w której pozycji Rozbicia Ceny Ofertowej ujęty został zakres robót określony w w/w. pozycjach RCO”). Taka forma wezwania do złożenia wyjaśnień, zdaniem Odwołującego, jest formą niedopuszczalną, wskazującą na prowadzenie między Zamawiającym a Konsorcjum OHL negocjacji dotyczących treści oferty. Zamawiający ww. opisanym działaniem naruszył przepis art. 87 ust. 1 zdanie 2. Sugestia Zamawiającego zawarta w wezwaniu do złożenia wyjaśnień została wykorzystana przez Konsorcjum OHL w udzielonej odpowiedzi z dnia 13 września 2010 r.

Zdaniem Odwołującego oferta Konsorcjum OHL powinna zostać odrzucona, bowiem

sposób wyceny robót nie odpowiada wskazaniom zawartym w treści SIWZ, co oznacza, że treść oferty Konsorcjum OHL nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający nie odrzucając takiej oferty naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy.

Odwołujący podniósł, iż Konsorcjum OHL wyceniając wskazane pozycje na poziomie „0,00” PLN popełniło omyłkę. Omyłka ta związana jest z niewłaściwą wyceną robót opisanych w pozycjach Rozbicia ceny ofertowej. Polega ona na niezamieszczeniu cen jednostkowych w dwóch pozycjach Rozbicia ceny ofertowej. Omyłka ta należy do omyłek, których nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 Ustawy. Dotyczy ona istotnego elementu oferty jakim jest cena oferty. Szczególnie, że omyłka ta dotyczy cen jednostkowych oferty.

Ponadto, na podstawie złożonych przez Konsorcjum OHL wyjaśnień, nie można było stwierdzić, czy brakujące ceny jednostkowe z pozycji 6.9.9E.12 i 6.4.3LPN.4 Rozbicia ceny ofertowej są zawarte w cenach jednostkowych innych pozycji tego dokumentu, w cenach wskazanych przez Konsorcjum OHL.

Odwołujący wskazał na zapis SIWZ, zgodnie z którym „Wykonawca musi *wycenić wszystkie pozycje Rozbicia ceny ofertowej*”. Zdaniem Odwołującego z zapisu tego wynika, że Wykonawca był zobowiązany wycenić wszystkie pozycje Rozbicia ceny ofertowej, nie mógł wybiórczo wyłączyć niektórych z nich spod wyceny. Odwołujący zaznaczył, iż biorąc pod uwagę wycenę wskazanych pozycji na poziomie „0,00” PLN można wywieść wniosek, że robót w nich opisanych nie potrzeba wykonywać, bo np. nie występują w dokumentacji projektowej, albo że Konsorcjum OHL zamierza wykonać te roboty nieodpłatnie.

4

Jak twierdzi Odwołujący, Zamawiający prowadząc negocjacje z Konsorcjum OHL, nie odrzucając oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ, i której treści nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 Ustawy, naruszył podstawową zasadę zawartą w art. 7 ust. 1, tj. zasadę nakazującą przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że Zamawiający naruszył także przepis art. 91 ust. 1 Ustawy, bowiem dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która w rzeczywistości, jako podlegająca odrzuceniu, nie jest najkorzystniejsza.

W związku z powyższymi okolicznościami, Odwołujący wniósł o wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum OHL jako najkorzystniejszej; dokonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum OHL; dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 04 października 2010 r. przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiło Konsorcjum firm OHL ŻS a.s. i Przedsiębiorstwo TOR-KAR-SSON Zbigniew Kargul. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał na okoliczność, iż niniejsze zamówienie będzie realizowane w systemie „projektuj i buduj”, gdzie obowiązuje wynagrodzenie ryczałtowe, a nie jak twierdzi Odwołujący, że cena oferty jest ceną kosztorysową.

Ponadto Przystępujący wskazał, że ewentualne zastrzeżenia co do treści SIWZ, Odwołujący mógł zgłaszać przed upływem terminu składania ofert korzystając z przysługujących mu środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych, a także poprzez skierowanie stosownych wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ w trybie art. 38 ust. 1 Ustawy. Wskazał także na okoliczność, iż w równoległe toczącym się postępowaniu pn.: *Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej Kraków - Medyka - granica państwa na odcinku Sędziszów Małopolski - Rzeszów Zachodni w km 133,600 - 154,900 w ramach Projektu „Modernizacja linii kolejowej E 30/C-E 30, odcinek Kraków - Rzeszów, etap III”. Przetarg 2.3., nr referencyjny IRZRe-216-02/10-7.1-30-2.3* prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, Zamawiający pismem z dnia 08.09.2010 r. (IRZRe-216-7.1-30-2.3-68/10) zwrócił się z identycznym zapytaniem do Odwołującego, prosząc o wskazanie, w której pozycji RCO ujęty został zakres robót określony w w/w pozycjach RCO. Odwołujący nie tylko w tym przypadku nie doszukał się znamion negocjacji treści oferty pomiędzy nim a Zamawiającym, ale udzielił jednoznacznej odpowiedzi wskazując inne pozycje w RCO, w których ujął koszty robót pierwotnie wycenionych w RCO na poziomie „0,00” PLN.

W trakcie rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko. Wskazywał na zapisy

5

SIWZ, zgodnie z którymi, jego zdaniem, cena za przedmiot niniejszego zamówienia ma charakter kosztorysowy. Zamawiającego podkreślił, iż cena w mniejszym postępowaniu jest ceną ryczałtową. Wskazywał także na zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności na punkt 13.3.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Potwierdzenie okoliczności, iż Zamawiający bezzasadnie nie dokonał czynności odrzucenia oferty Wykonawcy – Konsorcjum OHL, s.s. a.s. z Brna (Republika Czeska) i Przedsiębiorstwo TOR-KAR-SSON Zbigniew Kargul z Warszawy, oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 13.3 wymagał, aby wykonawcy załączyli do oferty wypełniony formularz Rozbicia ceny ofertowej. Formularz ten zawiera rozbicie na elementy zamówienia z podziałem na pozycje, wyspecyfikowane przez Zamawiającego w formie tabeli. Zamawiający w rozdziale 13 SIWZ zatytułowanym opis sposobu obliczania ceny, zawarł w punkcie 13.3 zapis, iż wykonawca musi dostarczyć wypełniony formularz Rozbicia ceny ofertowej. Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje formularza Rozbicia ceny ofertowej. Nie będą dokonywane jakiegokolwiek odrębne płatności za pozycje, których cena nie została podana w wypełnionym Rozbiciu ceny ofertowej. Pozycje takie będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego Rozbicia ceny ofertowej. Z powyższego zapisu jednoznacznie wynika, iż w sytuacji, gdy dla danej pozycji nie została podana cena w formularzu Rozbicia ceny ofertowej, pozycja taka zostanie uznana za włączoną do innych pozycji wypełnionego formularza Rozbicia ceny ofertowej. Z treści pkt. 13.3 SIWZ wynika, że Zamawiający przewidział, iż włączenie pozycji zawartych w Rozbiciu ceny ofertowej, w odniesieniu do których nie została podana cena, do innych pozycji wypełnionego formularza rozbicia ceny ofertowej nastąpi automatycznie. Wskazuje na to jednoznaczny zapis SIWZ („pozycje takie będą uznane za włączone ...”). Brak podania ceny w odniesieniu do którejś z pozycji formularza powodował, że pozycja ta automatycznie uznawana była za włączoną do innej pozycji formularza. Zgodnie z takimi zapisami SIWZ jedyną niewiadomą dla Zamawiającego było, do której pozycji włączana jest pozycja, w odniesieniu do której nie podano

6

ceny. O tym, która pozycja formularza Rozbicia ceny ofertowej zawiera pozycję, w odniesieniu do której nie została podana cena, wiedzę mógł mieć jedynie wykonawca. Zasadne więc było zadanie przez Zamawiającego pytania o umiejscowienie pozycji formularza bez podanej ceny.

W świetle takiego zapisu trudno przyznać rację Odwołującemu, iż Zamawiający prowadził negocjacje z Wykonawcą – konsorcjum OHL. Należy bowiem uznać, iż Zamawiający, na podstawie powyższego zapisu SIWZ, w celu informacyjnym, był uprawniony do zadania pytania o to, w której pozycji Rozbicia ceny ofertowej Wykonawca – Konsorcjum OHL ujął zakres robót określony w pozycjach 6.6.9 E.12 i 6.4.3 LPN.4 Rozbicia ceny ofertowej. Zadanie tego pytania nie wpływało na zakres robót objętych ofertą, gdyż pozycje z pominiętą ceną były włączone do innych pozycji, a więc objęte zobowiązaniem ofertowym wykonawcy. Nie wpływało również na cenę zawartą w ofercie, gdyż włączenie jednych pozycji do innych oznacza, że podana przez wykonawcę cena danej pozycji jest ceną za wykonanie robót za obie łączone pozycje.

Odwołujący nie wniósł odwołania w zakresie treści pkt. 13.3 SIWZ, co oznacza, że akceptował treść tego zapisu.

Powyższe postanowienie punktu 13.3 wskazuje również, iż Zamawiający określił sposób wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia jako ryczałtowy. Cechą bowiem wynagrodzenia ryczałtowego (wynikającą z art. 632 kodeksu cywilnego) jest to, iż jest to wynagrodzenie za cały przedmiot umowy. Nawet w przypadku, gdy po zawarciu umowy zwiększy się zakres prac niezbędnych do jej wykonania, wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie dodatkowe. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, na wykonawcy ciąży ryzyko związane z ewentualnym nieuwzględnieniem przez niego konieczności wykonania określonych prac lub też złego oszacowania wartości robót.

Podkreślić należy również, że w świetle cytowanego punktu 13.3 SIWZ, brak podania ceny w spornych

pozycjach 6.9.9.E.12 i 6.4.3LPN.4, nie oznacza, iż pozycje te nie zostały wycenione oraz że nie zostały uwzględnione. Zamawiający wymagał bowiem wyceny wszystkich pozycji, zaś w przypadku braku tej wyceny należało przyjąć, iż nie została pominięta, a jedynie wyceniona w innej pozycji formularza Rozbicia ceny ofertowej. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, brak podania ceny w odniesieniu do pozycji nie może zostać zakwalifikowane jako omyłka, skoro Zamawiający przewidział możliwość wystąpienia takiej sytuacji. Zatem, zgodnie z treścią SIWZ, pominięcie wyceny spornych pozycji w formularzu Rozbicia ceny ofertowej nie może być potraktowane jako niezgodność treści oferty Konsorcjum OHL z treścią SIWZ, skoro Zamawiający dopuścił taką możliwość i co istotne, przewidział sposób rozliczenia takich robót, które wprost nie zostały wycenione w ramach przewidzianej pozycji formularza - podlegają one bowiem rozliczeniu w ramach innych pozycji formularza.

W związku z powyższym nie można także przyjąć, iż oferta Konsorcjum OHL – podlega odrzuceniu z powodu niezgodności z SIWZ, zatem Zamawiający nie naruszył w tym przypadku art. 91 ust. 1 i był uprawniony do dokonania wyboru oferty Konsorcjum OHL jako najkorzystniejszej.

7

Zgodnie z punktem 13.1 SIWZ cena ofertowa – a więc cena jaką Zamawiający powinien zapłacić wykonawcy za wykonanie całego przedmiotu zamówienia powinna uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia. Zapis ten jednoznacznie wskazuje na ryczałtowy charakter zamówienia. Ryczałtowy charakter ceny podkreśla także formularz umowy, w którym podawana jest całkowita cena brutto za realizację całości zamówienia. W świetle powyższych zapisów oraz zapisu punktu 13.3 SIWZ nietrafne są wywody Odwołującego dotyczące kosztorysowego charakteru ceny. Jak bowiem podniósł Zamawiający w trakcie rozprawy przyczyną, dla której Zamawiający wymagał sporządzenia dokumentu Rozbicia ceny ofertowej było umożliwienie Zamawiającemu dokonywania płatności na rzecz wykonawcy zgodnie z postępowaniem prac i pobraniem środków finansowych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Iżba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

8