

fAD 0K,1;GC'*.717 ""ESZAUr-
V Wydział (.vwiluy - O,Hu',. t/s
Al. Solrtsrnoś;'i 127
5 9-893 W A i-; ? A w «

lei. 022 447 51 15. 0'- <

Warszawa, dnia 05.08.2008r.

Sygn. akt V Ca 977/08

Urząd Zamówień Publicznych

**Prezes Urzędu
Zamówień Publicznych
Al. Szucha 2/4
00-582 Warszawa**

2008 -08- 07

Sekretariat Sądu Okręgowego w Warszawie V Wydziału Cywilnego
Odwoławczego przesyła w załączeniu odpis wyroku z dnia 27.06.2008r. wraz z
uzasadnieniem w sprawie V Ca 977/08 ze skarg Prezesa Urzędu Zamówień
Publicznych i in. przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg krajowych i Autostrad i
in.. Sekretariat Sadu informuje nadto, iż 31.07.2008r. tutejszy Sąd wydał
postanowienie o uzupełnieniu orzeczenia z dnia 27.06.2008r., którego odpis
wraz z uzasadnieniem zostanie przesłany po zakończeniu czynności
kancelaryjnych.

REFERHMT STAŻYSTA

O?

Kamila Bętkowska

Sygn. akt V Ca 977/08

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 czerwca 2008 r.

W

z. Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny - Odwoławczy

I w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SO Zbigniew Podedworny

Sędziowie: SO Małgorzata Kluziak, SO Aleksandra Łączyńska - Mendakiewicz

Protokolant: apl. sąd. Kamil Malewicki

po rozpoznaniu w dniu 20 czerwca 2008 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, konsorcjum firm Alcatel - Lucent Polska S. A. z siedzibą w Warszawie i THALES Transportation System S. A. w Chemin Des Bordes, konsorcjum firm EGIS Project S. A. z siedzibą w Saint Quentin en Yvelines i Strabag sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie;

ze skargi konsorcjum firm EGIS Project S. A. z siedzibą w Saint Quentin en Yvelines i

Strabag sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie;

przeciwko

konsorcjum firm Alcatel - Lucent Polska S. A. z siedzibą w Warszawie i THALES Transportation System S. A. w Chemin Des Bordes ,
ze skargi

konsorcjum firm Alcatel - Lucent Polska S. A. w Warszawie i THALES Transportation

System S. A. w Chemin Des Bordes,

przeciwko

/ \

x>^S Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad oraz konsorcjum firm EGIS Project S. A. z

^A siedzibą w Saint Quentin en Yvelines i Strabag sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie,

' Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad,

przeciwko konsorcjum firm Alcatel - Lucent Polska S. A. z siedzibą w Warszawie i THALES Transportation System S. A. w Chemin Des Bordes

o zamówienie publiczne od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2008 r.
sygn/akt KIO/UZP 280/08

1. oddała skargę konsorcjum firm Alcatel - Lucent Polska S. A. z siedzibą w Warszawie i THALES Transportation System S. A. w Chemin Des Bordes;
2. odrzuca skargę konsorcjum firm EGIS Project S. A. z siedzibą w Saint Quentin en Yvelines i Strabag sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie;
3. uchyła zaskarżony wyrok i unieważnia postępowanie;
4. znosi wzajemnie koszty postępowania pomiędzy stronami.

Na oryginale właściwe podpisy

Za zgodność z

■ ŻYSTA

Kamila Bętkowska

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie i wykonanie dostosowania autostrady A4 Wrocław - Katowice (153+227 — km 340 + 200), na odcinku Wrocław - Sośnica do standardów autostrady płatnej i do poboru opłat” zostało wszczęte w trybie dialogu konkurencyjnego, poprzez publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 marca 2007 r. (nr publikacji: 2007/S 50-061715).

Postępowanie było prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, póź. 1655), zwanej dalej „ustawą”, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad poinformował wykonawców o wyniku postępowania i wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Konsorcjum firm EGIS Projects SA i Strabag Sp. z o.o., zwanym dalej Konsorcjum EGIS.

Na tę czynność zamawiającego protest złożyło Konsorcjum firm Alcatel - Lucent Polska S. A. i THALES Transportation Systems S. A., zwane dalej Konsorcjum Alcatel. W proteście tym, zostały podniesione zarzuty naruszenia przez zamawiającego następujących przepisów:

1) art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zakresie zaniechania odrzucenia przez zamawiającego oferty uznanej przez niego za najkorzystniejszą z powodu niezgodności z treścią SIWZ w zakresie:

a) zaoferowania niezgodnego z wymogami SIWZ Okresu Wsparcia i Utrzymania (zgodnie z SIWZ okres nie dłuższy niż 36 miesięcy, natomiast wykonawca zaoferował okres 38 miesięcy);

niezgodności co do sposobu obliczenia ceny oferty - niezgodne z wymogami ŚJMZ wypełnienie wszystkich pozycji Wykazu Składników Płatności (w póź. 42, 44,

’ i I

,^A6J49, 51 wpisano 0 zł, w poz. 63 wpisano „incl in 60”, a póź. 65 w ogóle nie została
?. }>>wypełniona);

c) wprowadzenia zmiany w stosunku do SIWZ - liczby elementów rocznie w póź. 1.11,1.12, 1.14, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4 Wykazu Składników Płatności;

2) art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy w zakresie niedopuszczalnej zmiany treści oferty na skutek żądania przez Zamawiającego wyjaśnień treści oferty w zakresie:

- ukazania lokalizacji już ogrodzonej parkingu;
- zmiany powierzchni garażowej w OUA Przylesie z ok. 1000 m2 (w ofercie) na powierzchnię ok. 1480 m2 (jak wymagała SIWZ);

wskazania nowego sposobu wyceny poszczególnych pozycji Formularza 2.2, aby zatuszować błędy w poz. 42, 44, 46, 49, 51, dla których podano cenę 0,0 zł, w poz. 63, gdzie podano „incl in 60” oraz pozycji 65, która pozostała nie wypełniona;

- uzupełnienia treści oferty o brakujące opisy koncepcji oświetlenia OUA i rysunki;
- uzupełnienia treści formularza 2.4 o brakujący opis proponowanych do zastosowania materiałów, a szczególności rodzaju tynku elewacyjnego jaki przewiduje Konsorcjum EGIS w obiektach kubaturowych oraz wskazuje rodzaj posadzki w budynku warsztatowo - garażowym i w garażu policji,

3) art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nierówne traktowanie wykonawców - odwołującego oraz wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą - przy dokonywaniu oceny ofert w kryterium „Ocena Techniczna Oferty”.

Podnosząc wskazane zarzuty Odwołujący w swoim proteście wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum EGIS jako najkorzystniejszej,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- dokonanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum EGIS,

powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty Konsorcjum EGIS.

Zamawiający protest oddalił.

Od tego rozstrzygnięcia protestu Konsorcjum Alcatel - Lucent wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W treści odwołania odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty i argumentację zawartą w proteście, oprócz zarzutu nierównego traktowania wykonawców Konsorcjum EGIS oraz Odwołującego przy dokonywaniu oceny ofert w kryterium „Ocena Techniczna Oferty”. Odwołujący podnosząc przywołane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i dokonanie wskazanych w proteście czynności.

W trakcie rozprawy Odwołujący ograniczył treść zarzutów podniesionych w odwołaniu, rezygnując z podnoszenia zarzutu wprowadzenia zmiany w stosunku do postanowień SIWZ liczby elementów rocznie w niektórych pozycjach Wykazu Składników Płatności.

Do postępowania odwoławczego w piśmie z dnia 11 kwietnia 2008 r. (w tej samej dacie wpływ bezpośredni do Urzędu Zamówień Publicznych) swoje przystąpienie przed otwarciem posiedzenia Izby zgłosiło Konsorcjum EGIS.

Wyrokiem z dnia 14 kwietnia 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała dokonanie powtórnej oceny ofert.

Ustaliła ona, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy uprawniający go do złożenia protestu i odwołania. Wykonawca ten jako wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ocenioną przez zamawiającego na drugiej pozycji w rankingu ofert, przyjmując, iż zarzuty podniesione przez niego są zasadne, miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Do przedmiotowego postępowania zastosowanie mają przepisy ustawy w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia tego postępowania (13 marca 2007 r.), tj. przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2006 r. Dz. U. Nr 164, póź. 1163, ze zm. Dz. U. Nr 170, póź. 1217 oraz Dz. U. Nr 227, póź. 1658).

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na potwierdzenie się jednego z podniesionych w odwołaniu zarzutów a mianowicie do zarzutu niezgodności treści oferty Konsorcjum EGIS z treścią SIWZ w zakresie zaoferowania Okresu Wsparcia i

Utrzymywania.

Zamawiający w postanowieniach SIWZ - Instrukcja dla wykonawców wraz z formularzami Tom 1 - w zakresie określenia terminu realizacji przedmiotu zamówienia : W

z pkt 1 pkt 6 Instrukcji) wymagał, aby przedmiot zamówienia został zrealizowany w terminie 5 lat od daty rozpoczęcia w tym czasie na ukończenie robót - zgodnie z ofertą wykonawcy, nie dłużej jednak, niż 30 miesięcy, zaś okres wsparcia i utrzymania - zgodnie z załącznikiem do oferty, nie dłużej jednak, niż 30 miesięcy.

Jednocześnie Zamawiający określił wzór formularza 2.1, w którym wykonawcy mieli obowiązek określić Czas na Ukończenie Robót (warunek 1.1.3.3), natomiast Okres Wsparcia i Utrzymywania Zamawiający określił jako: „60 miesięcy minus czas na ukończenie zgodnie z ofertą wykonawcy (warunek 1.1.3.11).

W ofercie Konsorcjum EGIS (str. 0009 oferty) na wymaganym formularzu 2.1 w zakresie Czasu na Ukończenie Robót (warunek 1.1.3.3.) wykonawca zaproponował okres 22 miesięcy od daty rozpoczęcia robót, natomiast w pozycji Okres Wsparcia i Utrzymywania wykonawca pozostawił zapis wynikający z formularza Zamawiającego (60 miesięcy minus Czas na Ukończenie zgodnie z Ofertą Wykonawcy). Konsorcjum EGIS zaoferowało więc 38 - miesięczny Okres Wsparcia i Utrzymywania.

Tym samym Konsorcjum to złożyło ofertę niezgodną wprost z wymogiem SIWZ, co do treści oferty, a więc oferta ta powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zgodnie z warunkami Kontraktowymi (Tom II Warunki Kontraktu i Formularz Umowy klauzula 1.1.3.11) Okres Wsparcia i Utrzymywania oznacza okres świadczenia przez Wykonawcę zobowiązań wynikających z Załącznika J do programu Funkcjonalno - Użytkowego. Wykonawca będzie wykonywał te zobowiązania przez okres określony w Załączniku do Oferty". Załącznik do Oferty (formularz 2.1.) co do określania Okresu Wsparcia i Utrzymywania będzie zatem dla Zamawiającego wiążący w zakresie realizacji umowy.

Zawarcie umowy z wykonawcą na takich warunkach prowadziłoby do konieczności bądź niedopuszczalnej w świetle przepisów ustawy zmiany treści umowy, bądź też do realizacji zamówienia w sposób odmienny niż wskazany w treści oferty Konsorcjum EGIS, co również prowadziłoby do naruszenia przepisów ustawy.

Wskazanie zatem w innym miejscu oferty (str. 216 - Matryca Zgodności pkt 6 Harmonogram Realizacji Projektu str. 207) Okresu Wsparcia i Utrzymywania jako

60 miesięcy, nie ma w tym zakresie znaczenia, skoro dla umowy wiążące będzie postanowienie zawarte w formularzu ofertowym 2.1.

Wymóg co do określenia Okresu Wsparcia i Utrzymywania, jako element przedmiotu zamówienia stanowiący również istotny warunek kontraktu jest wymogiem merytorycznym.

Nawet przy uwzględnieniu, że zamawiający określił ten wymóg w sposób niekorzystny dla siebie, nie może to wpłynąć na treść wyroku. Nie można wykluczyć bowiem, że pozostałych dwóch wykonawców, uczestniczących w niniejszym postępowaniu, złożyłoby bardziej korzystne dla Zamawiającego oferty pod względem terminu realizacji robót (poniżej 24 miesięcy), wydłużając tym samym Okres Wsparcia i Utrzymywania i uzyskując w tym zakresie większą liczbę punktów.

Proponowany przez wykonawców Okres Wsparcia i Utrzymywania miał również wprost przełożenie na przyznawaną ilość punktów w zakresie kryterium „Wartość techniczna proponowanych rozwiązań” (30% całkowitej ceny oferty). W ramach tego kryterium długość Okresu Wsparcia i Utrzymywania przekładała się na koszt wsparcia i utrzymania podlegający ocenie w zakresie wskazanego kryterium oceny ofert.

Odmienna ocena zapisów w SIWZ na etapie oceny ofert przez Zamawiającego doprowadziła do preferencyjnego traktowania jednego z wykonawców - Konsorcjum EGIS - a tym samym gorsze traktowanie dwóch pozostałych wykonawców, składających swoje oferty zgodnie z wymogami SIWZ.

Zamawiającemu, organizującemu i prowadzącemu niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jak też prowadzącemu szereg innych wartościowo i przedmiotowo skomplikowanych postępowań, nie można odmówić braku doświadczenia, dlatego też powinien być on wziąć pod uwagę również tę okoliczność i liczyć się z takimi konsekwencjami swoich postanowień SIWZ.

W ocenie KIO zasady współzycia społecznego (art. 5 kc) nie mogą prowadzić do pominięcia niekorzystnego dla Zamawiającego zapisu SIWZ, do którego dostosowali się niektórzy z wykonawców. Powyższe prowadziłyby bowiem do

^naduzycia prawa i do naruszenia podstawowej zasady udzielenia zamówień

,\

publicznych, tj. równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

j Dlatego KIO ustaliła, że w niniejszym postępowaniu doszło przede wszystkim

^ado nierównego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne, tj. do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, jak również w drugiej kolejności do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty, której treść jest sprzeczna z treścią SIWZ.

Pozostałe zarzuty odwołania zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający w postanowieniach SIWZ - Instrukcja dla wykonawców wraz z

formularzami Tom 1 - w zakresie Opisu sposobu obliczenia ceny (rozdz. 1 pkt 9 Instrukcji) wskazał, że cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną ryczałtową. Dodatkowo wymagał, aby wykonawcy w celu określenia harmonogramu płatności oraz umożliwienia zarządzania zmianami dokonali rozbicia ceny ofertowej na co najmniej te składniki płatności, które zostały określone w Formularzu 2.2 Wykaz Składników Płatności (pkt 9.2). Wykaz składników Płatności zgodnie z postanowieniami SIWZ należało sporządzić według kolejności pozycji wyszczególnionych w formularzu 2.2. przygotowanym przez Zamawiającego z zakazem wprowadzania zmian w tym wykazie, co najwyżej dopuszczono większe uszczegółowienie pozycji (pkt 9.3). Zamawiający wymagał też, aby wszystkie pozycje z Wykazu zostały wycenione.

Konsorcjum EGIS na wymaganym przez Zamawiającego formularzu 2.2.

Wykaz Składników Płatności w niektórych pozycjach podał cenę 0,00 PLN (póz. 42, 44, 46, 49, 51), w jednej pozycji podał określenie „Incl in 60 (póz. 63), a jednej pozycji nie wypełnił w ogóle (póz. 65).

W cenie KIO niektóre elementy nie zostały wycenione w poszczególnych pozycjach (wersach Wykazu Składników Płatności), ale ich wycena została dokonana w innych pozycjach. Zamawiający wprowadzając wymóg wyceny wszystkich pozycji nie zabronił wykonawcom wyceny tych pozycji w ramach innych. Istotne bowiem było, aby faktycznie wszystkie elementy wykazane przez Zamawiającego w Wykazie Składników Płatności zostały przez wykonawców wycenione. Istotnym w tym zakresie jest również postanowienie pkt 9,2 SIWZ, w którym Zamawiający określił >cele sporządzenia tej wyceny: określenie harmonogramu płatności oraz umożliwienia zarządzania zmianami. Powyższe cele szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej ojaśnione przez Zamawiającego, zostały spełnione, a Odwołujący nie kwestionował tę okoliczności.

Podobnie niezasadnym jest zarzut zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum EGIS pomimo jej niezgodności z treścią SIWZ, jak

również z powodu zmiany treści oferty w wyniku wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum na podstawie wezwania Zamawiającego skierowanego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy.

Odwołujący w treści protestu, jak i odwołania wskazał, że Zamawiający pomimo nie spełnienia przez Konsorcjum EGIS wymogów SIWZ w zakresie określenia niektórych elementów koncepcji zamówienia, zamiast odrzucić tę ofertę zwrócił się do wykonawcy o złożenie przez tego wykonawcę wyjaśnień, co do treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. W ocenie Odwołującego udzielone przez Konsorcjum EGIS wyjaśnienia doprowadziły do niedopuszczalnej zmiany treści oferty.

Skład orzekający Izby nie dopatrywał się wskazanego naruszenia przepisów ustawy. Zamawiający bowiem nie określił na tyle szczegółowo wymogów w SIWZ, co do przedstawienia koncepcji, aby stawiać Konsorcjum EGIS z tego tytułu zarzuty. Zgodnie bowiem z pkt 7.2.5 Rozdz. 1 Instrukcji dla wykonawców (tom 1 SIWZ) do oferty należało dołączyć Projekt koncepcyjny. Warunkiem stawianym przed oferentami wszystkie projekty koncepcyjne muszą zawierać opis zastosowania materiałów, dokładne rozpisanie zastosowanej kolorystyki, aranżacje rozwiązań chodników, posadzek.

Oferta Konsorcjum EGIS wypełnia te generalne wymogi SIWZ, co do projektu koncepcyjnego w zakresie przywołanych przez Odwołującego elementów.

W kwestii parkingu Zamawiający nie wymagał w SIWZ, aby w ramach koncepcji szczegółowo opisać, czy rozrysować ogrodzenie parkingu. Załączone przez Konsorcjum EGIS do oferty rysunki nie były wymagane przez Zamawiającego.

Jeśli chodzi o zmianę powierzchni garażowej w OUA Przylesie z wymaganej w SIWZ ok. 1480 m² na 1000 m² w ofercie Konsorcjum EGIS, KIO uznała, że przy

określeniu przez Zamawiającego wskazanej powierzchni w sposób niedookreślony Konsorcjum EGIS wypełniło ten wymóg SIWZ.

Co do przywołanej zmiany w zakresie przyjętego sposobu wyceny poszczególnych pozycji formularza 2.2. skład orzekający nie znalazł podstaw do dumania, że doszło w tym zakresie do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, a argumentacja w tym zakresie została zawarta powyżej.

Co do rzekomego uzupełnienia treści oferty Konsorcjum EGIS w zakresie opisu koncepcji oświetlenia OUA i rysunków, skład orzekający Izby uznał, że elementy związane z oświetleniem zostały określone przez Konsorcjum EGIS w treści jego oferty, np. pkt 4 OUA Przylesie - str. 0180 oferty, gdzie wskazano, że funkcjonalna część terenu będzie oświetlona lampami ulicznymi zgodnie z polskimi normami z uwzględnieniem dodatkowego oświetlenia w strefie budynku warsztatowo - garażowego i magazynu soli, uruchamianymi dodatkowo w okresach pracy nocnej. Powyższe wskazuje na przedstawienie przez Konsorcjum EGIS projektu koncepcyjnego oświetlenia, wymaganego postanowieniami SIWZ. Zamawiający we wskazanym zakresie nie żądał podania szczegółów, ani też przedłożenia gotowego projektu oświetlenia (rysunków, planów umiejscowienia oświetlenia). Projekt w tym zakresie będzie dopiero przedmiotem wykonawstwa w ramach niniejszego zamówienia.

Co do uzupełnienia treści oferty o rodzaj zastosowanych materiałów, w szczególności rodzaju tynku elewacyjnego w obiektach kubaturowych oraz rodzaju posadzki budynku warsztatowo - garażowym i w garażu policji KIO również nie dopatrywał się naruszenia przepisów. W ofercie Konsorcjum EGIS wskazano - zgodnie z wymogiem SIWZ (formularz 2.4) - w sposób bardzo ogólny rodzaje materiałów, aranżację chodników itp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego - na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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, późn.

Powyższy wyrok zaskarżył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając

i. sprzeczność ustaleń faktycznych, na których oparto rozstrzygnięcie, z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez bezpodstawne przyjęcie, że treść oferty złożonej przez Konsorcjum firm: EGIS Project S.A. i Strabag Sp. z o.o. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków przedmiotowego zamówienia publicznego,

II. sprzeczność ustaleń faktycznych, na których oparto rozstrzygnięcie, z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez bezpodstawne przyjęcie, że zaproponowany w ofercie złożonej przez Konsorcjum firm: EGIS Project S.A. i Strabag Sp. z o.o. Okres Wsparcia i Utrzymania wynosi nie 36, lecz 38 miesięcy,

III. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223 poz. 1655), poprzez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na bezpodstawnym uznaniu, iż oferta złożona przez Konsorcjum firm: EGIS Project S.A. i Strabag Sp. z o.o. podlega odrzuceniu z powołaniem się na ów przepis,

IV. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 7 ust. 1 powyższej ustawy, poprzez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na bezpodstawnym uznaniu, iż w toku przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne zamawiający, tj. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, dopuścił się nierównego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe wniósł o:

uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie odwołania Alcatel-Lucent Polska S.A. oraz Thales Transportation Systems S.A. jako niezasadnego i obciążenie odwołującego się kosztami postępowania skargowego oraz postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2008 r. zaskarżyli również wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia EGIS

PROJECTS S.A. z siedzibą w Saint Quentin en Yvelines i Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zarzucając mu naruszenie:

1) A przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku, Prawo zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji uznanie, że zaproponowanie przez Konsorcjum Okresu Wsparcia i Utrzymania dłuższego niż oczekiwany przez Zamawiającego stanowi naruszenie wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ i w konsekwencji powoduje, iż złożona przez Konsorcjum oferta jest niezgodna z SIWZ, a zatem jako taka podlega odrzuceniu;

2) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 powyższej ustawy poprzez jego zastosowanie i uznanie, iż w postępowaniu doszło przede wszystkim do nierównego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne, z uwagi na to, iż zwyciężyła oferta, która zawierała propozycję Okresu Wsparcia i Utrzymania dłuższą niż wymagana przez Zamawiającego

3) naruszenie art. 5 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji uwzględnienie odwołania Konsorcjum Alcatel. Skarżący wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie odwołania Konsorcjum

Alcatel w całości oraz o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wyrok powyższy zaskarżyli również wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alcatel - Lucent Polska S.A. z siedzibą w Warszawie i THALES Transportation Systems S.A. z siedzibą w Chemin Des Bordes w części dotyczącej:

1. bezzasadnego nieuwzględnienia przez Skład Orzekający Izby, wskazanych w niniejszej Skardze zarzutów podniesionych w proteście i odwołaniu. Przedmiotowemu wyrokowi zarzucili wydanie wyroku z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa, w części dotyczącej nieuwzględnionych zarzutów odwołania, a w szczególności:

1. naruszenie przepisu art. 192 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku, Prawo zamówień publicznych w zakresie rozstrzygnięcia dotyczącego odwołania wniesionego przez Skarżącego, poprzez:

a) zaniechanie wskazania podstawy faktycznej rozstrzygnięcia;

I?) zaniechanie wskazania dowodów, na których oparła się Krajowa Izba

Odczytawcza i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej,

c>y zaniechanie wskazania podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem
•przepisów prawa.

2. naruszenie przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy oraz poprzez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią materiału dowodowego;

3. naruszenie przepisu art. 188 ust. 7 ustawy Pzp, poprzez ocenę przez Krajową Izbę Odwoławczą wiarygodności i mocy dowodów bez wszechstronnego rozważania zebranego materiału;

4. naruszenie przepisu art. 188 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 245 kodeksu postępowania cywilnego, poprzez nieuzasadnioną odmowę przez Krajową Izbę Odwoławczą uznania mocy dowodowej dokumentów na potwierdzenie, że oferta Konsorcjum EGIS nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej zwanej SIWZ);

5. naruszenie prawa materialnego art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwe ich zastosowanie polegające na bezzasadnym przyjęciu, iż oferta Konsorcjum EGIS odpowiada treści SIWZ, w części zaskarżonej niniejszą Skargą, gdyż zdaniem Skarżącego oferta winna być jako niezgodna z ustawą i sprzeczna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, odrzucona także z powodów podniesionych w niniejszej Skardze.

Skarżący na podstawie art. 196 ust. 1 w związku z art. 198 ust. 2 ustawy Pzp, wniesli o uwzględnienie podniesionych zarzutów i uwzględnienie Skargi w całości, zmianę zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez:

a) uwzględnienie wskazanych w niniejsze Skardze zarzutów wobec oferty Konsorcjum EGIS i nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum EGIS również z nieuwzględnionych przez Krajową Izbę Odwoławczą powodów wskazanych w niniejszej Skardze;

3. zasądzenie na rzecz Skarżącego kosztów postępowania przed Sądem Okręgowym, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Skarżący podtrzymał i ponowił wszystkie nieuwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzuty oraz żądania podnoszone w trakcie postępowania odwoławczego, z wyjątkiem zarzutu wskazania w ofercie lokalizacji nie ogrodzonego

parkingu, o którym mowa w pkt 2 odwołania.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2008 r. zaskarżyła również Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad zarzucając mu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku, Prawo zamówień publicznych, poprzez ich niewłaściwą interpretację, tj. przyjęcie przez skład orzekający KIO, że oferta konsorcjum firm EGIS PROJECTS S.A. i STRABAG Sp. z o.o. („Konsorcjum”) winna być odrzucona, gdyż jej treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), a dokonanie oceny ofert z udziałem tej oferty zostało dokonane z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Skarżący wniósł o:

- 1) uwzględnienie skargi w całości,
- 2) zmianę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej zaoferowanego przez Konsorcjum Okresu Wsparcia i Utrzymania
- 3) orzeczenie w tym zakresie co do istoty sprawy, tj.:
 - a) uznanie, iż treść oferty Konsorcjum odpowiada treści SIWZ i brak jest podstaw do jej odrzucenia,
 - b) uznanie, iż ocena ofert została dokonana zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy, a jeśli nawet doszło do naruszenia tego przepisu, to nie miało ono wpływu na wynik postępowania,
- 4) zasądzenie na rzecz Skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów postępowania przed KIO oraz kosztów zastępstwa procesowego według przedłożonego rachunku.

Sąd Okręgowy połączył wszystkie sprawy zainicjowane w/skargami do wspólnego rozpoznania.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Przed oceną merytoryczną skargi należy ocenić prawidłowość ich złożenia przez poszczególnych skarżących zwłaszcza w kontekście zachowania wymogu określonego w art. 195 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym wniesienie skargi na wyrok

Krajowej Izby Odwoławczej połączone jest z przesłaniem jej odpisu przeciwnikowi skargi. O ile przeciwnik skargi reprezentowany jest w postępowaniu przez

Pomocnika, odpis skargi powinien być przesłany pełnomocnikowi.

/ W postępowaniu odwoławczym Konsorcjum Alcatel - Lucent reprezentowane było przez Sławomira Palczewskiego, Jacka Bujanowskiego, Dariusza Ziemińskiego, Marka Tomasika i Jarosława Lesińskiego. Pełnomocnictwo (k. 71) upoważniało ich do samodzielnego reprezentowania konsorcjum przed KIO w przedmiotowej sprawie. Ponadto Sławomir Palczewski dysponował pełnomocnictwem (dołączonym do oferty, na które podmiot ten powołał się składając protest) do wnoszenia i popierania środków ochrony prawnej przewidzianych w dziale VI ustawy. Pełnomocnictwo udzielone S. Palczewskiemu zawierało ograniczenie czasowe - do dnia 30 kwietnia 2008 r.

Zamawiający reprezentowany był przez Michała Borowca, Michała Koprowskiego i r. pr. Tomasza Zalewskiego (pełnomocnictwa k. 67 - 69). Wszyscy pełnomocnicy upoważnieni byli jedynie do reprezentowania mocodawcy w postępowaniu przed składem orzekającym KIO w dniu 14 kwietnia 2008 r.

Konsorcjum EGIS reprezentowane było przez r. pr. A. Domińczaka (k. 66), który upoważniony został do reprezentowania mocodawcy w przedmiotowym postępowaniu, w tym do udziału w postępowaniu przed sądami.

Zamawiający doręczył odpisy skargi: Prezesowi Urzędu Zamówień

Publicznych, upoważnionemu do reprezentowania konsorcjum EGIS Fredericowi Nicoloni i S. Palczewskiemu (k. 405 - 410); Konsorcjum Alcatel - r. pr. A. Domińczakowi, zamawiającemu i F. Nicoloni (k. 117 akt V Ca 1078/08); konsorcjum EGIS - zamawiającemu i Konsorcjum Alcatel - Lucent (k. 110 - 111 akt V Ca 1043/08), Prezes UZP - wszystkim podmiotom, tworzącym konsorcja uczestniczące w postępowaniu oraz zamawiającemu.

Niewątpliwie doręczenia odpisu skargi w sposób prawidłowy co do zgodności z wymogiem art. 195 ust. 2 dokonał jedynie zamawiający. Wątpliwości budzi natomiast doręczenie tych odpisów uczestniczącym w postępowaniu konsorcjom.

Decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia kwestii konieczności doręczenia odpisu skargi konsorcjum EGIS ma charakter, w jakim podmiot ten występował w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, a więc przystępującego po stronie zamawiającego.

W kwestii tej dotyczącej postanowienie Sądu Najwyższego w sprawie III CZP 25/07 z dnia 19 czerwca 2007 r. oraz pośrednio uchwała Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2007 r. w sprawie III CZP 123/07.

W postanowieniu Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż wykonawca, który przystąpił do postępowania przed zespołem arbitrów po stronie zamawiającego zgodnie z art. 184 ust. 4 ustawy nie jest przeciwnikiem skargi w rozumieniu jej art. 195 ust. 2. Twierdzenie to wywodzi z dwustronnego modelu postępowania zarówno w postępowaniu odwoławczym, jak i sądowym.

W uchwale natomiast wskazuje, że wykonawca, który nie wniósł własnego protestu ani odwołania przewidzianego w przepisach ustawy, lecz przystąpił do postępowania na podstawie jej art. 184 ust. 4, ma w postępowaniu spowodowanym wniesieniem skargi do sądu okręgowego status interwenienta ubocznego bez konieczności zgłaszania wstąpienia do sprawy na podstawie art. 55 kpc. Sąd Najwyższy motywuje uchwałę względem na szybkość postępowania. Wskazuje, że wystarczające dla uzyskania legitymacji do uczestnictwa w postępowaniu sądowym jest zgłoszenie chęci dalszego występowania w postępowaniu w tym samym charakterze.

Sprzeczność pomiędzy tymi orzeczeniami jest jedynie pozorna. Uchwała wyraźnie wskazuje, że udział przystępującego do postępowania przed sądem jest warunkowy. Musi on wyrazić wolę uczestnictwa w tym postępowaniu. Do tego czasu brak jest podstaw do przyznania mu prawa do uczestnictwa w postępowaniu sądowym wobec czego doręczanie mu odpisu skargi, co słusznie wykazuje Sąd Najwyższy w przytoczonym postanowieniu, jest zbędne.

W rezultacie obojętnym dla formalnej prawidłowości wniesienia skargi jest doręczenie jej odpisu wykonawcy przystępującemu do udziału w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą po stronie zamawiającego. Dlatego nie jest istotne, czy podmioty składające skargę w przedmiotowym postępowaniu doręczyły jej odpis bezpośrednio konsorcjum EGIS, czy też jej pełnomocnikowi.

Na marginesie zaznaczyć należy, że przy odmiennych wnioskach odrzuceniu pomagać powinna również skarga Konsorcjum Alcatel - Lucent za względu na błędne zastrzeżenie odpisu skargi (błąd w nazwie kancelarii prawnej, w ramach której wykonuje usługi prawne r. pr. A. Domińczak).

Pełnomocnictwa M. Borowca, M. Koprowskiego, r. pr. T. Zalewskiego, J. Bujanowskiego, D. Ziemińskiego, M. Tomasika i J. Lesińskiego upoważniały ich do reprezentowania mocodawców na posiedzeniu i rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą. Są to pełnomocnictwa jedynie do dokonania określonych czynności. Brak jest podstaw do przyjęcia, że ich zakres jest szerszy. Nie istniał więc obowiązek doręczenia odpisów skargi tym pełnomocnikom.

Odmienne przedstawia się sytuacja S. Palczewskiego, który był upoważniony

m. in. do wnoszenia i popierania środków ochrony prawnej przewidzianych w dziale VI ustawy, przy czym pełnomocnictwo było ważne do dnia 30 kwietnia 2008 r. Do daty wygaśnięcia pełnomocnictwa odpis skargi należało doręczyć temu pełnomocnikowi.

Skarga konsorcjum EGIS została złożona w dniu 29 kwietnia 2008 r. Jej odpis doręczono konsorcjum Alcatel - Lucent. Skargę należało więc odrzucić.

Skarga Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych została złożona w dniu 5 maja 2008 r., a więc po wygaśnięciu pełnomocnictwa S. Palczewskiego. Doręczając odpis skargi bezpośrednio konsorcjum Prezes UZP nie naruszył więc art. 195 ust. 2 ustawy.

Skarga Prezesa UZP zawiera wniosek o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i oddalenia odwołania. Wniosek ten nie jest znany ustawie, gdyż sąd okręgowy może jedynie oddalić skargę lub zmienić zaskarżony wyrok i orzec co do istoty sprawy (art. 198 ust. 2). W ocenie Sądu Okręgowego brak ten jest oczywistą pomyłką nie mogącą skutkować odrzuceniem skargi. Zgodnie z art. 368 § 1 pkt 5 kpc, mającym zastosowanie na podstawie art. 194 ust. 2 skarga powinna zawierać m. in. wniosek o zmianę lub uchylenie wyroku z zaznaczeniem zakresu żądanej zmiany lub uchylenia. Skarga Prezesa UZP zawiera oba te elementy, a brak spójności pomiędzy nimi nie świadczy o zaistnieniu braku formalnego.

Skargi podmiotów innych, niż konsorcjum EGIS podlegają merytorycznemu rozpoznaniu.

. —j Skarga konsorcjum Alcatel - Lucent jest niezasadna.

*/ Krajowa Izba Odwoławcza nakazała w zaskarżonym wyroku powtórzenie czynności oceny ofert, zaś w wiążącym zamawiającego uzasadnieniu wskazała na zaistniałą sprzeczność pomiędzy Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), co skutkować musi odrzuceniem oferty konsorcjum EGIS (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy). Jest to rozstrzygnięcie jednoznacznie pozytywne dla skarżącego i uwzględniające wszystkie jego interesy. Nie ma więc on interesu prawnego we wniesieniu skargi (brak tzw. gravamen).

Przy rozpoznawaniu skarg zamawiającego i Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Sąd Okręgowy stwierdził, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obarczone jest tak istotnymi wadami, że należy je unieważnić.

Zaproszenie do udziału w zamówieniu publicznym oraz SIWZ w sposób niejednoznaczny określały czas realizacji prac objętych zamówieniem. Dokumenty te wskazywały, że przedmiot zamówienia zrealizowany ma zostać w terminie 5 lat od daty rozpoczęcia w tym czasie na ukończenie robót wynosi maksymalnie 30 miesięcy, zaś okres wsparcia i utrzymania - maksymalnie 36 miesięcy. Definiując etapy i dokonując opisu ogólnego zamawiający określił okres wsparcia i utrzymania jako różnicę pomiędzy okresem lat a czasem na ukończenie robót.

Zamawiający powinien wskazać termin wykonania zamówienia, a więc datę, w jakiej realizacja umowy powinna się zakończyć (art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy). Określenie terminu musi być jednoznaczne. SIWZ określa termin trwania umowy, co jest jednoznaczne z określeniem daty związania umową (pojęcie „termin” ma znaczenie „zdarzenie przyszłe, pewne”), lecz powszechnie przyjętym jest, że dokonanie czynności przed terminem nie wywiera negatywnych konsekwencji dla dokonującego tej czynności (np. jakkolwiek skargę na wyrok KIO składa się w terminie 7 dni - art. 195 ust. 2 ustawy, to odrzuceniu podlegają jedynie skargi wniesione po terminie - art. 197 ust. 1 ustawy). Oferowanie krótszego od wymaganego terminu jest korzystniejsze dla zamawiającego. Jednocześnie SIWZ zawiera wzory matematyczne, automatycznie określające, że czas trwania robót wynosi minimum 24 miesiące, co w świetle oświadczeń składanych przez zamawiającego pozostawało poza jego świadomością, gdyż żądał, iż określa jedynie maksymalne czasy trwania poszczególnych etapów, i było dla niego niekorzystne.

y? SIWZ jest w tym zakresie wewnętrznie sprzeczna, przy czym skutki sprzeczności dla uczestników postępowania są istotne ze względu na odmienną punktację, jak i na wpływ na koszty wykonania obu etapów zamówienia, które kształtują się w sposób zróżnicowany w zależności od trwania poszczególnych etapów, na jakie podzielone jest zamówienie, przez co mają wpływ na wartość cenową ofert.

Wątpliwości te mogły być wyjaśnione poprzez zadawanie pytań zamawiającemu w trybie art. 38 ust. 1 ustawy, lecz instytucja ta stanowi uprawnienie, a nie obowiązek uczestniczących w zamówieniu.

W rezultacie poszczególni wykonawcy mogli przyjąć odmienne rozumienie wymogów SIWZ, przy czym zarówno wykładnię dokonana przez konsorcjum EGIS, jak i przez konsorcjum Alcatel - Lucent uznać należy za uprawnioną. Skoro zaś oferty obu konsorcjów dają się obronić co do swojej zgodności z SIWZ pomimo różnego rozumienia jego zapisów, to nie ma podstaw tak do odrzucenia oferty konsorcjum EGIS, jak i zmiany wyroku KIO poprzez oddalenie odwołania konsorcjum Alcatel - Lucent. Podstawowe znaczenie ma bowiem to, że niejednoznaczność zapisów SIWZ uniemożliwia uczciwą konkurencję pomiędzy oferentami.

Wskazać również należy, że w wyniku wieloznaczności SIWZ w tym zakresie nie można ustalić w sposób jednoznaczny czasu trwania umowy. Przyjąć bowiem można, że Konsorcjum EGIS zaoferowało, iż czas na ukończenie robót trwać będzie 22 miesiące, zaś okres wsparcia i utrzymania - 36 miesięcy (łącznie 58 miesięcy), opierając się na matrycy zgodności, stanowiącej załącznik do formularza 2.7., stanowiącego załącznik do oferty (nb. takie rozumowanie przedstawia w swej skardze Prezes UZP, ku czemu składa się Sąd Okręgowy). Można jednak wnioskować, że decydujące znaczenie ma formularz 2.1., przez co czas na ukończenie robót trwać będzie 22 miesiące, zaś okres wsparcia i utrzymania - 28 miesięcy (tak interpretuje to konsorcjum EGIS w swej skardze).

Dlatego uznać należy, że niejednoznaczne wskazanie terminu wykonania zamówienia uniemożliwi, przy uznaniu racji Konsorcjum EGIS, zawarcie umowy

√O'

,c⁷i ■ pomiędzy tym podmiotem a zamawiającym w sposób zgodny z treścią SIWZ. Owa niejednoznaczność skutkuje stwierdzeniem udzielenia zamówienia pomimo naruszenia przepisów określonych w ustawie (art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy). To z kolei stanowi podstawę unieważnienia zamówienia (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy).

k. . ■ a- Na marginesie Sąd Okręgowy wskazuje, że odnośnie pozostałych zarzutów zaartych w odwołaniu konsorcjum Alcatel - Lucent w pełni podziela ocenę prawną, dokonana przez KIO w zaskarżonym wyroku, co zwalnia go od powtórzenia przytoczonej tam argumentacji.

Z tych względów Sąd Okręgowy zgodnie z art. 198 ust. 2 orzekł jak w sentencji.

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

Kamila Bętkowska