

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 maja 2010 r.

Sąd Okręgowy w Legnicy VI Wydział Gospodarczy
w składzie:

Przewodniczący: SSO Zbigniew Reguński
Sędziowie: SO Joanna Otto (sprawozdawca)

SO Jarosław Ida Ilkowski

Protokół; Agnieszka Pasowicz

po rozpoznaniu w dniu 10 maja 2010 r. w Legnicy

na rozprawie sprawy

z zamówienia PGE Elektrownia Turów w Bogatyni

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
Przedsiębiorstwa Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD spółki z
ograniczoną odpowiedzialnością w Bogatyni oraz Williams Patent Crusher &
Puettzer Company z siedzibą w ST. LOUIS (USA)

na skutek skargi wniesionej przez wykonawców od wyroku Krajowej Izby
Odwoławczej z dnia 12 lutego 2010 r., sygn. akt 34/10

I oddała skargę;

|| zasądza od wykonawców solidarnie na rzecz zamawiającego kwotę 1.200
z tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

VI Ga 43/10

UZASADNIENIE

Zamawiający - PGE Elektrownia Turów **5. A.** w Bogatyni wszczęła
postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja i
rozbudowa Zakładu Produkcji Sorbentu w Bogatyni”⁷¹. Ogłoszenie o zamówieniu
zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr 2009/S 44-
064464 z dnia 6.03.2009r. Postępowanie było prowadzone w trybie negocjacji z
ogłoszeniem na podstawie ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawe zamówień publicznych

(Dz.U. z 2007r. Nr 233, poz. 1655 ze zm.)-

W dniu 9.12.2009r. zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o
wyniku postępowania. Za ofertę najkorzystniejszą uznana została oferta

Przedsiębiorstwa Budowy Pieców Przemysłowych „Ptec-Bud” Wrocław spółki z o.o. we Wrocławiu.

W dniu 13.12.2009r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie ; Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EG BUD” spółka z o.o. w Bogatyni oraz Williams Patent Crusher & Pulverizer Company złożyli protest, który zamawiający oddalił w dniu 58,12-20091.

Wykonawcy wspólni* ubiegający się o zamówienie Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” spółka z o.o. w Bogatyni oraz Williams Patent Crusher & Pulverizer Company w dniu 6.01.2010r. wnieśli do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Odwołujący zarzucili, że wybór najkorzystniejszej oferty narusza art. 69 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazali, że oferta Spółki Piec-Bud powinna zostać odrzucona z powodu niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zachodzi bowiem brak zgodności terminów zawartych w wykazie etapów odbiorów i płatności oraz harmonogramie realizacji prac. Dodatkowo Spółka PiecBud w wykazie podstawowy[^] urządzeń zaoferowała sprężarki o parametrach innych niż opisane w Programie Funkcjonalni użytkowym określającym przedmiot zamówienia. Zgodnie z tym dokumentem ciśnienie nominalne na tłoczeniu sprężarek winno wynosić 5 bar. Zaproponowane przez Spółkę Piec-Bud sprężarki nie wypełniają tego wymogu, bowiem regulacja ciśnienia na tłoczeniu spżarek Ceniąc C95O-C155MX3 zawarte jest pomiędzy 0,5 bar.

Odwołujący zarzucili też, że oferta Spółki Piec-Bud narusza zapis pkt 5.17.1. Programu Funkcj on a In o-Użytkowego. Wykonawca ten zaproponował bowiem zastosowanie 4 sprężarek zamiast 3 o odpowiedniej wydajności, co jest niezgodne z ppkt c) wymienionego zapisu PFU, Takie rozwiązanie wymusi bowiem dokonanie głębokich zmian rozdzieln. a zamawiający oczekiwał zmian niezbędnych.

Do protestu, a następnie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającej przystąpił Pico Bud Wrocław Sp. z o.o..

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 12.02.2010r. oddaliła odwołanie i kosztami postępowania obciążyła wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ;Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD spółkę z o.o. oraz Williams Patent Crusher & Pulverizer Company.

W zakresie zaizutu odnoszącego się do harmonogramu prac oraz wykazu odbiorów i płatności Izba ustaliła następujący stan faktyczny;

1. Zamawiający określił charakter harmonogramu prac m. in. w pkt 5.1.3

Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej; PFUJ. PFU został sporządzony w dwóch wersjach. Za obowiązującą wersję strony zgodnie uznały wersję późniejszą, operującą w pkt 5.1.3 pojęciem „harmonogram wstępny” (we wcześniejszej wersji użyto pojęcia „harmonogram ofertowy”Z postanowień pkt 5.1.3 a) PFU wynika, że harmonogram wstępny, który należało dołączyć do oferty będzie uszczegóławiany na etapie realizacji umowy: zgodnie z pkt 3,1,1 PFU harmonogram realizacji prac oraz wykaz odbiorów i płatności jest częścią przedmiotu zamówienia (sporządzenie harmonogramu nastąpi po podpisaniu umowy).

2. Zamawiający zamieścił wzór wykazu odbiorów i płatności do SIWZ (załącznik nr 5) natomiast nie zamieścił w SIWZ wzoru harmonogramu prac (załącznik nr 4), a jedynie wziankę, że „niniejszy harmonogram należy sporządzić w formie wykresu Gantta”, Brak również w SIWZ innych wskazówek co do formy graficznej i wymaganej dokładności harmonogramu realizacji, który ma zostać załączony do oferty.

3. W ofercie Piec-Bud Wrocław spółki z o.o. zamieszczono 2 dokumenty:

harmonogram realizacji w formie graficznej, przedstawiający terminy realizacji poszczególnych czynności (strona 6 oferty) i wykaz odbiorów i płatności, w którym w tabeli wskazano terminy realizacji (miesiąc i rok) wykonania poszczególnych czynności i kwoty netto należne za ich wykonanie (strona 7 oferty). Czynności wymienione w harmonogramie nie pokrywają się wprost z czynnościami z wykazu odbiorów i płatności.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała zarzuty odwołujących za nieuzasadnione. Stwierdziła, że oferta Spółki Piec - Bud odpowiada SIWZ. Wykaz odbiorów i płatności miał jej zdaniem stanowczy charakter tylko w zakresie wysokości kwot przewidzianych za realizację poszczególnych prac. Wynikało to z oświadczenia zamawiającego, że w trakcie negocjacji wykonawcy zostali poinformowani o znaczeniu omawianego dokumentu. Zamawiający wskazywał wówczas, zamieszczone w wykazie odbiorów i płatności nie będą mogły być przemieszczane między poszczególnymi pozycjami a jedynie uszczegóławiane w ramach danej pozycji. Wykres ze strony 6 oferty Spółki Piec-Bud Izba uznała za uproszczoną formę Gantta [uwzględniano w nim podział projektu na poszczególne zadania, oraz rozplanowanie ich w czasie]. Wskazała, że wykres jednak jest na tyle uproszczony, że nie sposób z niego odczytać dokładnie wszystkich terminów realizacji. Skład orzekający powziął wątpliwość, na ile „treść” harmonogramu w formie graficznej - co do którego, z kontekstu postanowień SIWZ można wnosić, że **faktycznie** jest on projektem załącznika nr 6 do przyszłej umowy - może być oceniana pod kątem zgodności treści oferty z treścią SIWZ - skoro zamawiający z góry zastrzegł, że rzeczywisty harmonogram będzie ustalony po podpisaniu umowy, a harmonogram, który ma być dołączony do oferty wyraźnie nazwał w PFU „wstępnym”. Izba uznała, że zamawiający przez widział ostatecznie sformułowanie harmonogramu dopiero w ramach realizacji przedmiotów zamówienia. Dokument ten miał zostać dostosowany do okoliczności znanych w momencie jego sporządzania i ustaleń poczynionych już przy wykonywaniu zadania. W kontekście podnoszonego przez odwołujących zarzutu, w związku z informacją zawartą na stronach 6 i 7 oferty Spółki Piec-Bud, Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, że treść oferty Spółki Piec-Bud nie jest sprzeczna z SIWZ-

Izba nie uwzględniła również drogiego zarzutu podnoszonego przez odwołujących odnoszącego się do sprzężarek. Uznała, że przystępujący zaoferował sprzężarki zgodne z wymaganiami zamawiającego. Wynikało to jej zdaniem z oświadczenia (wiedzy) zawartego w informacji przedstawiciela firmy Ingersoll-Rand, **załączonego** do przystąpienia do odwołania, w której wskazano parametry sprzężarek typu Cantac C050-C155WX3, **Opis** zawarty w **przedmiotowej** informacji świadczył, zdaniem Izby, że sprzężarki zaoferowane przez Spółkę **Piec-Bud** spełniają wymogi

SIWZ. Izba zauważyła, że odwołujący opierali swoje stanowisko na wskazywaniu cEch sprzężarek typ Centac C950 - C140PJX3. Natomiast przystępujący w ofercie zaoferował sprzężarki typu Centac CSbu - C165MX3 (strona 4 oferty, pozycja nr 4 załącznika nr 2). Przedstawione przez strony stanowiska dotyczyły więc innych modeli sprzężarek

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła też poglądu odwołujących, co do negatywnych konsekwencji ekonomicznych zastosowania przez przystępującego 4 sztuk sprzężarek powietrza transportowego. Oferta Spółki Piec-Bud, nawet z zastosowaniem „nieekonomicznych” sprzężarek i tak była bowiem o ok. 7 mln złotych tańsza od oferty odwołujących.

Od powyższego wyroku skargę wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” spółka z o.o. w Bogatyni oraz Williams Patent Crusher & Pulverizer Company. Zarzucili oni: naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przepisu art. 69 ust. 1 pkt 2 pzp, co doprowadziło do uznania, że treść oferty „PIEC-BUD” Wrocław Sp. z o.o. odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sytuacji, gdy z ustalonego przez KIO w sprawie stanu faktycznego wynikało wprost,

że treść tej oferty w zakresie oferowanych terminów rozpoczęcia i ukończenia poszczególnych zakresów prac oraz terminów odbiorów i płatności jest wewnętrznie sprzeczna a sprzeczność ta powoduje jej niezgodność z SIWZ polegającą na niemożności sporządzenia stosownie do pkt 5.1.3.a i c PFU odpowiednio harmonogramu i wykazu jak też zweryfikowania czy „PIEC-BUD” Wrocław Sp. z o.o. oferuje wykonanie zadania w wymaganym 24 miesięcznym terminie oraz że oferta ta spełnia wymogi dotyczące sprzężarek. Skarżący domaga się rozpoznania skargi w granicach wszystkich zarzutów protestu, tj. naruszenia przez zamawiającego;

- art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 pzp w zw. z art. 7 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty „PIEC-BUD” Wrocław Sp. z o.o. z powodu tego, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- art. 91 ust. 1 pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wadliwej (wskazanej w pkt 2 a) w sytuacji, gdy najkorzystniejszą i prawidłową jest oferta skarżących;
- art. 7 pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy oferty „PIEC-BUD” Wrocław p. z o.o. której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych

warunków zamówieniu co odbyło się z naruszeniem uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów biegających się o zamówienie.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wnieśli o zmianę w całości orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej flopprzej;

- ustalenie, że oferta „PIEC-BUD” Wrocław Sp. z o.o. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i przez to podlega odrzuceniu na podstawie art B9 ust. 1 pkt 2 pzp;
- ustalenie, że najkorzystniejszą ofertą jest oferta złożona przez Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego, EGBUD Sp, z o.o. i Williams Patent Crusher & Pulverizer Company;

- zasądzenie na rzecz skarżących kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy zważył co następuje;

Skarga jest bezzasadna.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutu zamawiającego, który wskazując na odstąpienie Williams Patent Crusher & Pulverizer Company od umowy konsorcjum domagał się odrzucenia skargi. Sąd nie znalazł podstaw do uwzględnienia wniosku. Do skargi dołączone zostało pełnomocnictwo udzielone Przedsiębiorstwu Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD spółce z o.o. w Bogatym przez Williams Patent Crusher & Pulverizer Company upoważniające Tn.in. do wnoszenia środków ochrony prawnej oraz reprezentowania w postępowaniach toczących się na skutek złożenia tych środków. Pełnomocnictwo to nie zostało wypowiedziane. Williams Patent Crusher & Pulverizer Company nie cofnął też złożonej w jego imieniu skargi. Uznać więc należało, że obaj wykonawcy byli nadal zainteresowani korzystnym dla siebie rozstrzygnięciem postępowania o udzielenie zamówienia.

Będący przedmiotem oceny wyrok Krajowej Izby Odwoławczej nie narusza przepisów wymienionych w skardze. Zarzuty zgłoszone w tym przedmiocie są chybione. W istocie sprowadzają się one do obrazy art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy z 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej pzp). Podnoszone naruszenia innych przepisów stanowią jedynie konsekwencje nieprawidłowego, zdaniem skarżących, przyjęcia przez zamawiającego oraz Krajową Izbę Odwoławczą, że oferta PieoBud Wrocław spółki z o.o. odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zaniechania odrzucenia tej oferty. Zasadnie

wywodzą, skarżący, że harmonogram rzeczowo-finansowy zwykle jest ważnym elementem oferty i ma znaczenie dla zamawiającego, szczególnie gdy poszczególne etapy robót mają być rozliczane etapami i środki na finansowanie zamówienia mają być sukcesywnie pozyskiwane. Jednakowoż każdorazowo charakter tego typu dokumentów powinien być badany w kontekście konkretnego zamówienia i ustalonych do niego warunków zawartych w SIWZ. W sprawie zamawiający zamieścił wzór wykazu odbioru i płatności, przy czym w czasie negocjacji poinformował wykonawców o znaczeniu tego dokumentu. Wskazał mianowicie, że kwoty w nim ujęte nie będą mogły być przemieszczane pomiędzy pozycjami, a jedynie uszczegółowiane w ramach danej pozycji. Wynika z tego jasno, że istotne znaczenie miała wartość poszczególnych etapów robót, co jest uzasadnione zamierzonym sukcesywnym rozliczeniem prac i koniecznością wcześniejszego zaplanowania wydatków z tym związanych. W tym zakresie przedstawiony przez Spółkę Piec-Bud wykaz odbiorów i płatności spełnia stawiane temu dokumentowi wymagania. Zamawiający dokonał oceny wskazanych przez tego wykonawcę terminów odbioru. Skoro je zaakceptował, to dokładna analiza dat nie jest zdaniem Sądu obecnie konieczna. Tym bardziej, że ich uszczegółowienie miało nastąpić w trakcie realizacji umowy, co wynika wprost z zapisów PFU.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała też prawidłowej oceny harmonogramu realizacji robót. Zamawiający w SIWZ nie wskazał żadnych danych dotyczących formy graficznej (oprócz ogólnego sformułowania, że ma to być wykres Gantta) ani dokładności harmonogramu realizacji prac, który miał zostać dołączony do oferty. Nie określił też wagi tego dokumentu. Dowody zgromadzone w sprawie pozwalają na uznanie, że omawiany dokument miał stanowić projekt załącznika do umowy. Zamawiający z góry o tym przesądził używając sformułowania "wstępny". Ocenę taką potwierdza również fakt, że ostateczne sformułowanie harmonogramu miało nastąpić dopiero w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Jasno wskazuje na to zapis pkt 5.1.1. Programu Funkcjonalno-Użytkowego, zgodnie z którym w ramach realizacji umowy wykonawca miał opracować kompletną dokumentację tn.in harmonogram prac. Słusznie więc Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, że dokument ten nie miał charakteru stanowczego. Stąd niespójności harmonogramu i jego uproszczenie nie mogły skutkować uznaniem sprzeczności oferty Spółki Piec-Bud z SIWZ.

Sąd Okręgowy pocieła też stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej odnoszące się do zaoferowanych przez Spółkę Piec-Bud sprężarek. Skarżący nie wykazali podnoszonych w tym przedmiocie zarzutów. Przedłożone przez nich dokumenty stanowią bowiem ofertę firmy Ingersoll-Rand złożoną skarżącym. Brak jest dowodu, że była ona tożsama z ofertą którą otrzymała Spółka Piec - Bud. W tym stanie rzeczy za wiarygodne należało uznać zapewnienie przedstawiciela producenta (firmy Ingersoll-Rand), skierowane do Spółki Piec-Bud, że zaoferowane jej sprężarki spełniają wymagania SIWZ. Oświadczenie to poparte zostało opisem parametrów zakwestionowanego przez skarżących modelu sprężarek. Trzeba też zaznaczyć, że SIWZ nie wskazywała konkretnego typu i modelu urządzeń. Zamawiający słusznie więc podnosił, że w takim przypadku mógł on poprzestać na deklaracji wykonawców, że oferowany przez nich sprzęt spełnia warunki techniczne. Nie miał on obowiązku każdorazowego badania parametrów technicznych deklarowanych modeli urządzeń, podanych na stronach internetowych producentów. Często bowiem wykonawcy w ofertach poprzestają takim przypadkiem na określeniu producenta i typu urządzenia, bez wskazania konkretnego modelu, który może zostać indywidualnie wytworzony, czy też dostosowany do potrzeb zamawiającego.

Z tych względów Sąd Okręgowy, mając powyższe na uwadze datę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczył spór, oddalił skargę na podstawie art. 193 ust.2 pzp w brzmieniu obowiązującym przed zmianą wprowadzoną ustawą z dnia 2.12.2009r o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórymi innymi ustawami { Dz.U. 2009r. Nr 223, poz. 1773 } . Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania uzasadnia art. 93 k.p.c. Skarżący, jako przygrywający sprawę winni zwrócić zamawiającemu poniesione przez niego koszty. Wysokość wynagrodzenia pełnomocnika procesowego Sąd ustalił na podstawie §10

ust 1 pkt 4 w zw. z §5 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002r.
w sprawie opłat za czynności radców prawnych albowiem określony w nim
rodzaj sprawy był najbardziej zbliżony do charakteru niniejszej sprawy.