

WYROK
z dnia 12 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2012 r. przez wykonawcę Remonty i Modernizacja Tramwajów PROTRAM Wrocław Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Tramwaje Śląskie Spółkę Akcyjną w Chorzowie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Modertrans Poznań Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz MPK Łódź Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Remonty i Modernizację Tramwajów PROTRAM Wrocław Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Remonty i Modernizacja Tramwajów PROTRAM Wrocław Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Remontów i Modernizacji Tramwajów PROTRAM Wrocław Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu na rzecz Tramwaji Śląskich Spółki Akcyjnej w Chorzowie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Tramwaje Śląskie S.A. w Chorzowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest modernizacja 45 sztuk taboru typu 105 Na" w ramach realizacji Projektu: „Modernizacja infrastruktury tramwajowej i trolejbusowej w Aglomeracji Górnośląskiej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, POIŚ.07.03.00-00-012/11 współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 kwietnia 2012 r. pod numerem 2012/S 79-130195. Wartość zamówienia jest większa, niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

22 czerwca 2012 r. zamawiający *via fax* przesłał informację o wynikach postępowania. Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Modertrans Poznań Sp. z o.o. w Poznaniu oraz MPK Łódź Sp. z o.o. w Łodzi (dalej jako: „Konsorcjum Modertrans")

29 czerwca 2012r. wykonawca Remonty i Modernizacja Tramwajów PROTRAM Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, którego oferta została oceniona jako druga w kolejności, wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust 1 Pzp - przez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

- art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp - przez jego niewłaściwe zastosowanie oraz zaniechanie jego właściwego zastosowania - polegające na wyborze oferty Konsorcjum Modertrans, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert opisanych przez zamawiającego, i nie dokonanie wyboru oferty odwołującego, który złożył najkorzystniejszą ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum Modertrans;
- 2) dokonanie ponownej oceny ofert;
- 3) dokonanie wyboru oferty odwołującego, który złożył najkorzystniejszą ofertę w świetle opisanych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert;

jak również o:

- 4) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania oraz przedłożonych na rozprawie
- 5) zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie.

Odwołujący zarzucił, że zgodnie z przyjętym i opisanym przez zamawiającego kryterium oceny ofert „czas wykonania modernizacji wagonów” powinien otrzymać 8,7 pkt, co dałoby mu łączną punktację wynoszącą 98,7 pkt, a złożona przez niego oferta byłaby wówczas najkorzystniejsza, gdyż łączny czas na wykonanie modernizacji wagonów przewidziany przez Konsorcjum Modertrans to 530 dni. Oświadczył, że sam zaoferował łączny czas na wykonanie modernizacji wagonów 609 dni.

Odwołujący powołał postanowienia rozdziału 15 pkt 3.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej również jako: „specyfikacja” i wywiódł, że zamawiający nie wskazał, co należy rozumieć pod pojęciem „czasu wykonania modernizacji wagonów”, zatem aby w sposób należyty ustalić jego właściwe znaczenie należy odwołać się do innych postanowień specyfikacji.

Odwołujący wywiódł, że analiza postanowień rozdziału IV specyfikacji odnoszącego się do terminu wykonania zamówienia oraz § 2 ust. 3 wzoru umowy, stanowiącej załącznik nr 7 do specyfikacji, w którym zamawiający ustalił maksymalny termin odbioru pierwszego kompletu wagonów i kolejnych kompletów, w powiązaniu z niezdefiniowanym nigdzie pojęciem „czas wykonania modernizacji wagonów” pozwala dojść do wniosku, że przez „czas wykonania modernizacji wagonów” należy rozumieć „Termin wykonania zamówienia”.

Zarzucił, że inny sposób rozumienia pojęcia „czas wykonania modernizacji wagonów” nie może być przyjęty, gdyż zgodnie z art. 2 pkt 5 Pzp, przez najkorzystniejszą ofertę należy rozumieć m.in. ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Tymczasem zaprezentowany przez zamawiającego sposób rozumienia „czasu na wykonanie modernizacji wagonów”, całkowicie odbiega od przedmiotu zamówienia. Nie uwzględnia on bowiem tego, że sam zamawiający wskazał terminy na odbiór poszczególnych kompletów wagonów, a ponadto nie uwzględnia on sposobu obliczenia terminu wykonania zamówienia, opisanego w rozdziale IV specyfikacji.

Konsorcjum Modertrans z zachowaniem przesłanek ustawowych przystąpiło do postępowania po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Wobec nie zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 189 ust. 2 Pzp odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, odwołujący i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale 2 ust. 1 specyfikacji zamawiający opisał przedmiot zamówienia jako modernizację 45 sztuk taboru typu 105Na, natomiast w rozdziale 15 ust. 2 ustalił kryteria oceny ofert, w postaci:

- a) cena oferty brutto – 85%;
- b) czas wykonania modernizacji wagonów – 10%;
- c) gwarancja – 5%.

Wzór umowy - załącznik nr 7 do specyfikacji stanowi w § 2 ust. 2, że zamawiający będzie udostępniał wagony do modernizacji w 10 kompletach składających się z 4 wagonów i 1 ostatnim komplecie składającym się z 5 wagonów.

W rozdziale 15 ust. 3.2. i 3.2.1 specyfikacji zamawiający wskazał, że czas wykonania modernizacji wagonów stanowił będzie sumę czasów przewidzianych przez wykonawcę na wykonanie modernizacji 10 kompletów składających się z 4 wagonów i 1 kompletu składającego się z 5 wagonów. Czas wykonania modernizacji każdego kompletu wagonów (bez względu na liczbę wagonów wchodzących w jego skład), liczony od daty przekazania pierwszego wagonu z danego kompletu do modernizacji do daty odbioru końcowego ostatniego wagonu z danego kompletu po modernizacji, nie może być dłuższy niż 120 dni. Oferta z najkrótszym czasem wykonania modernizacji wagonów 10 punktów. Punkty pozostałych ofert liczone będą wg ustalonej proporcji matematycznej.

Formularz oferty – załącznik nr 1 do specyfikacji – w pkt 3 zawiera oświadczenie wykonawcy, co do oferowanego – liczonego w dniach - terminu wykonania modernizacji każdego kompletu wagonów składających się z 4 wagonów oraz jednego kompletu wagonów składającego się z 5 wagonów.

Termin wykonania zamówienia został wskazany w rozdziale 4 specyfikacji, w ten sposób, że ostatecznie termin zostanie ustalony z wybranym wykonawcą na podstawie złożonej oferty z uwzględnieniem czasu zaoferowanego przez wykonawcę na modernizację poszczególnych kompletów oraz maksymalnych czasów przewidzianych przez zamawiającego we wzorze umowy na przekazanie kompletów wagonów do modernizacji.

Wzór umowy w § 2 ust. 1 ustala termin wykonania zamówienia. W § 2 ust. 3 stanowi że: wykonawca zobowiązany jest do odbioru pierwszego kompletu wagonów do modernizacji w terminie 90 dni kalendarzowych od daty podpisania umowy. Każdy kolejny komplet wagonów udostępnionych przez zamawiającego wykonawca zobowiązany jest odebrać w

terminie do 40 dni kalendarzowych od dnia przekazania do modernizacji poprzedniego kompletu. Termin 90 dni został ustalony w odpowiedzi na pytanie 8 do treści specyfikacji z 18 maja 2012 r.

§ 2 ust. 4 wzoru umowy ustala - odpowiednio w pkt 1 i 2 - zobowiązania wykonawcy do wykonania modernizacji każdego kompletu wagonów składających się z 4 wagonów oraz jednego kompletu wagonów składającego się z 5 wagonów w terminie liczonym od dnia przekazania pierwszego wagonu z danego kompletu.

§ 12 ust. 1 wzoru umowy przewiduje odrębne kary umowne za:

- opóźnienie w odbiorze każdego kolejnego udostępnionego przez zamawiającego kompletu wagonów w stosunku do terminu wskazanego w § 2 ust. 3 zd. drugie wzoru umowy;
- opóźnienie w przekazaniu zamawiającemu każdego kompletu wagonów tramwajowych do użytkowania - terminu wskazanego w § 2 ust. 4 wzoru umowy;
- opóźnienie w wykonaniu całego zakresu przedmiotu zamówienia - terminu wskazanego w § 2 ust. 1 wzoru umowy.

Udzielając odpowiedzi na pytanie o wyjaśnienie treści specyfikacji piśmie z 16 maja 2012r. zamawiający wskazał, że kryterium oceny stanowi czas wykonania modernizacji wagonów stanowiący sumę czasów przewidzianych przez wykonawcę na wykonanie modernizacji 10 kompletów składających się z 4 wagonów oraz jednego kompletu składającego się z 5 wagonów. Czas modernizacji winien zostać określony przez wykonawcę w pkt 3 formularza ofertowego osobno dla kompletu składającego się z 4 wagonów i osobno dla kompletu wagonów składającego się z 5 wagonów

Powołane wymagania zamawiającego Izba ustaliła na podstawie dowodów ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wzoru formularza oferty i wzoru umowy – załączników nr 1 i 7 do specyfikacji oraz wyjaśnień specyfikacji z 16 i 18 maja 2012r. (odpowiednio odpowiedzi 12 i 8).

Konsorcjum Modertrans zaoferowało czas realizacji: kompletu 4 - wagonowego wynoszący 40 dni, a kompletu 5-wagonowego 40 dni. Odwołujący zaoferował natomiast dla kompletu 4-wagonowego termin 92 dni, a dla kompletu 5- wagonowego -119 dni - dowody: oferty wykonawców.

Oferta Konsorcjum Modertrans otrzymała łączną punktację 97,02 pkt, natomiast oferta odwołującego otrzymała łączną punktację 94,24, z czego w kryterium „czas wykonania modernizacji wagonów", Konsorcjum Modertrans otrzymało maksymalną ilość – 10 pkt. Odwołujący otrzymał 4,24 pkt - dowód pismo zamawiającego z dnia 22 czerwca 2012 r.

Czas modernizacji zamawiający ustalił sumując czasy wskazane dla poszczególnych kompletów - odwołujący 1039 dni, Konsorcjum Modertrans 440 dni – okoliczność niesporna.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący spełnił materialno prawne przesłanki wniesienia odwołania wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp. Ma interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy grożą odwołującemu poniesieniem szkody – utraty ekspektatywy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie okazało się bezzasadne.

Istotą sporu jest rozumienie pojęcia „czas modernizacji wagonów” – kryterium oceny ofert ustalonego w rozdziale 15 ust. 2 lit. b specyfikacji.

Odwołujący wywodził, że pojęcie to jest tożsame znaczeniowo z terminem wykonania zamówienia. Czas modernizacji wagonów rozumiał jako łączny czas na wykonanie modernizacji wagonów przy uwzględnieniu maksymalnego 90 dniowego terminu na odbiór pierwszego kompletu oraz maksymalnego 40 dniowego terminu na odbiór pozostałych kompletów licząc od dnia przekazania do modernizacji poprzedniego kompletu.

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że czas modernizacji wagonów jest czasem wykonania zamówienia.

Łączny czas modernizacji wagonów w rozumieniu prezentowanym przez odwołującego wynosiłby w przypadku Konsorcjum Modertrans - 530, w przypadku odwołującego - 609 dni. Wykonanie zamówienia przez odwołującego, zgodnie z harmonogramem załączonym do odwołania, zakłada - w celu dotrzymania przewidzianych przez zamawiającego terminów odbioru poszczególnych kompletów wagonów – jednoczesną modernizację dwóch, a nawet trzech kompletów wagonów jednocześnie.

Twierdzenie o tożsamości pojęć „czas modernizacji wagonów” i „czas wykonania zamówienia” nie znajduje oparcia w postanowieniach specyfikacji i wzoru umowy. Już w rozdziale 4 występują pojęcia: termin wykonania zamówienia, czas modernizacji, czas przewidziany na odbiór. Zamawiający pojęcia te wskazał osobno, zatem nie należy nadawać im takiej samej treści. Do wykładni postanowień specyfikacji w pierwszym rzędzie zastosowanie znajduje wykładnia literalna, której jednym z postulatów jest, iż terminów brzmiących odmiennie nie należy rozumieć jednolicie, lecz odmiennie.

Dostrzeżenia też wymaga, że czas modernizacji wagonów nie może oznaczać czasu wykonania zamówienia, już z tej prostej przyczyny, że termin wykonania zamówienia będzie dłuższy od czasu modernizacji wagonów już choćby o termin odbioru pierwszego kompletu

wagonów. Nadto, w myśl postanowienia rozdziału 4 specyfikacji, termin ten będzie ustalony z wykonawcą.

Odrębność terminów zamawiający konsekwentnie wyraził we wzorze umowy przewidując osobno obowiązek zapłaty kar umownych za uchybienie terminowi wykonania zamówienia oraz za opóźnienie w modernizacji każdego z kompletów wagonów.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający zdefiniował pojęcie czas modernizacji wagonów. Przede wszystkim w rozdziale 15 ust. 3.2. i 3.2.1 specyfikacji zamawiający wskazał, jak należy liczyć czas wykonania każdego kompletu wagonów - od daty przekazania pierwszego wagonu z danego kompletu do modernizacji do daty odbioru końcowego ostatniego wagonu z danego kompletu po modernizacji. Po wtóre, zamawiający wyraźnie ustalił, że czas modernizacji wagonów stanowił będzie sumę czasów przewidzianych przez wykonawcę na wykonanie modernizacji 10 kompletów składających się z 4 wagonów i 1 kompletu składającego się z 5 wagonów. Z powołanymi postanowieniami spójne jest wymaganie podania w formularzu ofertowym osobno czasu na modernizację kompletu składającego się z 4 wagonów oraz kompletu 5 wagonowego.

W świetle powyższego, nieustalony precyzyjnie na etapie składania oferty, termin wykonania zamówienia oraz narzucane przez zamawiającego maksymalne terminy przewidziane na odbiór poszczególnych kompletów wagonów są obojętne dla oceny oferty w kryterium „czas modernizacji wagonów”.

Izba uznała, że postanowienia specyfikacji i wzoru umowy są jednoznaczne i spójne oraz nie pozostawiają miejsca na dowolność interpretacyjną.

Jeśliby istniały w tej mierze jakiegokolwiek wątpliwości to rozprasza je odpowiedź na pytanie 12 z 16 maja 2012r.

Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 Pzp. Dokonał oceny ofert w taki sam sposób stosując kryterium „czas modernizacji wagonów” do oferty przystępującego i odwołującego – zatem z poszanowaniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zamawiający dokonał oceny ofert na podstawie kryteriów wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba uznała za chybiony pogląd odwołującego, że kryterium „czas modernizacji wagonów” zastosowane przez zamawiającego nie odnosi się do przedmiotu zamówienia. Przeciwnie, zamawiający oczekiwał możliwie krótkiego czasu modernizacji poszczególnych kompletów, co znajduje uzasadnienie w przedmiocie zamówienia – modernizacji taboru, z którego zamawiający aktualnie korzysta i który - po wyłączeniu z ruchu na czas modernizacji - będzie przez zamawiającego nadal eksploatowany.

Zamawiający nie naruszył zatem art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 2 pkt 5 Pzp. Dokonał bowiem wyboru oferty przystępującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i

innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia – oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyników postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: