

Sygn. akt: KIO 1234/12

WYROK
z dnia 25 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Jakub Baniasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 czerwca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: BBF Sp. z o.o., SYSTRA S.A., Ul. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań,

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Szczecinie, Ul. Korzeniowskiego 1, 70-211 Szczecin,

przy udziale Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o., EKO-KONSULTING-PROJEKT "CONSEKO-BBM-DESIGN S.A., ul. Grzybowska 12/14, 00-132 Warszawa, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: BBF Sp. z o.o., SYSTRA S.A., Ul. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: BBF Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców) z siedzibą w Poznaniu i SYSTRA S.A.,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: BBF Sp. z o.o., SYSTRA S.A., Ul. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Szczecinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Sygn. akt 1234/12

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Szczecinie (dalej: zamawiający) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie Studium Wykonalności oraz Programu Funkcjonalno - Użytkowego dla realizacji zadania: „Modernizacja linii kolejowej E 59 na odcinku Poznań Główny - Szczecin Dąbie” nr referencyjny: IROZA1- 2130/09/2011.

Zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę złożoną przez Konsorcjum Schuessler, drugą w kolejności ofertą, była oferta odwołującego.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (zwani dalej konsorcjum lub odwołującym) BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, (Lider Konsorcjum), i SYSTRA S.A. z siedzibą w Paryżu wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

art. 24 ust. 2 pkt. 4 i 3 PZP w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 PZP, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Schuessler, w sytuacji gdy wykonawca ten nie wykazał się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, art. 24 ust. 4 PZP i art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Schuessler pomimo tego, że została ona złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Schuessler mimo, że oferta ta została złożona przez osobę do tego nieupoważnioną, 91 ust. 1 pkt 1 pzp poprzez ocenę ww oferty wbrew ustalonym kryteriom, art. 7 ust. 1 i ust. 3 PZP poprzez naruszenie w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia Zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami PZP.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny oferty złożonej przez Konsorcjum Schuessler i w jej wyniku wykluczenie Konsorcjum Schuessler z postępowania i odrzucenie tej oferty.

W ocenie odwołującego oferta złożona przez Konsorcjum Schuessler podlega odrzuceniu jako oferta złożona przez osobę do tego nieupoważnioną, co skutkuje jej nieważnością i jednocześnie niezgodnością z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP i art. 89 ust. 1

pkt 8 PZP). Ofertę jako pełnomocnik podpisała p. Ewa Chudzicka.

Spółka Eko - Konsulting - Projekt „Conseko-BBM-Design” S.A. – członek konsorcjum - udzieliła pełnomocnictwa do reprezentowania jej w postępowaniu i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego liderowi konsorcjum tj. spółce Schuessler - Plan Inżynierzy sp. z o.o. Pełnomocnictwo to datowane jest na dzień 17.01.2012 r. Pełnomocnictwo to nie zawierało uprawnień do udzielania dalszych pełnomocnictw (art. 106 Kc).

Następnie, dnia 19.01.2012 roku spółka Schuessler - Plan Inżynierzy sp. z o.o. udzieliła pełnomocnictwa p. Ewie Chudzickiej. Schuessler - Plan Inżynierzy sp. z o.o. udzieliła p. Ewie Chudzickiej pełnomocnictwa jedynie do „reprezentowania spółki Schuessler - Plan Inżynierzy sp. z o.o. w ramach postępowania przetargowego na ...”. Zatem z treści samego pełnomocnictwa wynika, że p. Ewa Chudzicka mogła reprezentowania jedynie Schuessler - Plan Inżynierzy sp. z o.o., a nie obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Po drugie, Schuessler - Plan Inżynierzy sp. z o.o. nie miała uprawnień do udzielania dalszych pełnomocnictw w imieniu Eko - Konsulting - Projekt „Conseko-BBM-Design” S.A. W konsekwencji także z tego powodu należy uznać, że p. Ewa Chudzicka nie mogła reprezentować obu wykonawców w oparciu o pełnomocnictwa złożone wraz z ofertą. Zatem skoro oferta złożona została przez dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia uznać należy, że osoba składająca oświadczenie woli w tym zakresie (p. Ewa Chudzicka) nie miała do tego uprawnień. Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Schuessler wezwane dnia 14.02.2012 r przez zamawiającego do „wykazania umocowania p. Ewy Chudzickiej do reprezentowania konsorcjum przedłożyło nowy dokument pełnomocnictwa, udzielonego tym razem wspólnie przez obu wykonawców datowany na dzień 19 stycznia 2012 roku. Oferta Konsorcjum Schuessler datowana jest na dzień 18.01.2012 r. (por. przede wszystkim takie dokumenty jak: i) formularz ofertowy, ii) oświadczenie wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, iii) oświadczenie wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, iv) wykaz usług, v) wykaz osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, vi) wykaz prac przeznaczonych do podwykonania. Jednocześnie pełnomocnictwa dla p. Ewy Chudzickiej (zarówno to pierwotnie załączone do oferty, jak i to uzupełnione na wezwanie zamawiającego) zostały udzielone dopiero dnia 19.01.2012 r., a tym samym w dniu 18 stycznia 2012 r. nie miała ona prawa do reprezentacji, ani spółki Schuessler - Plan Inżynierzy sp. z o.o., ani spółki Eko - Konsulting - Projekt „Conseko-BBM-Design” S.A. Odwołujący wskazuje przy tym, że wykonawca był już wzywany w trybie art. 26 ust. 3 PZP do przedłożenia nowego pełnomocnictwa i nie jest możliwe ponowne wzywanie o to samo.

Odnośnie braku wykazania spełniania warunków ubiegania się o udzielenie doświadczenia w zakresie posiadanego doświadczenia odwołujący wskazał na pkt

8.4.1 siwz gdzie wymagano, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia spełnili warunek w postaci wykonania co najmniej 1 usługi polegającej na wykonaniu (rozpoczęcie i zakończenie) Programu Funkcjonalno - Użytkowego dla projektu inwestycyjnego w sektorze transportu kolejowego w zakresie budowy lub modernizacji linii kolejowej dla zadania realizowanego w formule „projektuj i zbuduj” o wartości nie mniejsze niż 1.000.000 PLN. Konsorcjum Schuessler na potwierdzenie tego warunku wskazało pod poz. nr 2 wykazu usług „Modernizację i rozbudowę trasy kolejowej na odcinku Lipsk - Drezno”. W ocenie odwołującego zadanie to nie obejmowało swoim zakresem wykonania programu funkcjonalno - użytkowego (pfu), a nadto zadanie to nie było realizowane w formule „projektuj i zbuduj”. W tym zakresie istotne wątpliwości podjął także sam zamawiający, który żądał w tym zakresie wyjaśnień od Konsorcjum Schuessler (por. wezwania z dnia 15.05.2012 r. nr pisma IROZA1-2130/09/11 oraz z dnia 09.05.2012 r. nr pisma IROZA1- 2130/09/11). W ocenie odwołującego wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Schuessler są niewiarygodne i sprzeczne z treścią dokumentów złożonych wraz z ofertą jak i z wyjaśnieniami (pismo wykonawcy z dnia 09.05.2012 r. nr WA/12/A/0378/OG). Jak wynika z referencji wystawionych przez Deutsche Bahn AG w zakres prac wykonanych w ramach tego zadania wchodziło wykonanie „*prac projektowych w ramach faz projektowych 1-4 (studia, projekt wstępny, projekt budowlany, materiały do uzyskania pozwolenia na budowę) oraz fazy 6 (opracowanie dokumentacji przetargowej) ... zgodnie z Regulaminem określania wynagrodzeń HAOAI*”. Zatem z tego dokumenty wynika, że nie wykonywano prac polegających na sporządzeniu pfu. Skoro wykonawca wykonywał projekt budowlany i materiały do uzyskania pozwolenia na budowę to nieracjonalne i pozbawione sensu byłoby wykonywanie pfu, które jest sporządzane wówczas gdy brak jest takiego projektu. Jednocześnie nieprzekonywujące są wyjaśnienia Konsorcjum Schuessler z dnia 18.05.2012 r. (nr pisma WA/12/A/0399/OG) jakoby wykonawca tej inwestycji realizował ją w formule „projektuj i zbuduj”, albowiem wykonywał zarówno prace projektowe (w zakresie projektowania wykonawczego) jak i budowlane, a tym samym projektant wykonał pfu, które wchodziło w skład dokumentacji przetargowej mającej na celu „wyłonienia wykonawcy prac projektowych - opracowania fazy 5 tj. projektu wykonawczego oraz robót budowlanych”. Odwołujący temu twierdzeniu zaprzecza wskazując, że pfu nie było wykonane.

Odnosnie zarzutu dokonania oceny ofert niezgodnie z ustalonymi kryteriami oceny ofert szczególnie poprzez przyznanie Konsorcjum Schuessler zbyt dużej ilości punktów w zakresie kryterium „Strategia realizacji projektu” wskazał na postanowienia siwz w ramach podkryterium 1 - Harmonogram Realizacji Zamówienia (HRZ) i Szczegółowy opis podkryterium: Harmonogram Realizacji Zamówienia (HRZ) który powinien

wskazywać kolejność podejmowanych przez Wykonawcę działań wraz z uwzględnieniem czasu przewidzianego na realizację wymienionych w nim zadań oraz przyznawaną punktację.

Zdaniem odwołującego przedłożony przez Konsorcjum Schuessler wraz z ofertą HRZ zawiera braki: nie wskazuje kolejności i zależności pomiędzy poszczególnymi zadaniami, czas trwania zadań określony w HRZ nie odzwierciedla stopnia złożoności i skomplikowania niektórych zadań i nie uwzględnia ryzyk opisanych w ramach podkryterium 3: Odwołujący stwierdził, że skoro Konsorcjum Schuessler nie uwzględniło w przedłożonym HRZ wszystkich wymagań opisanych w pkt 20.4.1 SIWZ należało w tym zakresie przyznać 20 pkt, a nie 40 pkt jak to uczynił zamawiający. W ramach podkryterium 2 „Struktura Organizacyjno - Czasowa” należało przedstawić przez strukturę organizacyjnej utworzonej dla realizacji tego projektu, w dowolnej formie graficznej lub opisowej, która uwzględniała będzie co najmniej funkcję Koordynatora Projektu oraz zespoły odpowiedzialne za realizację poszczególnych etapów/zadań wraz ze wskazaniem czasu ich realizacji oraz prognozowanej ilości osób mających uczestniczyć w realizacji danego zadania-etapu.

Zdaniem odwołującego przedłożony przez Konsorcjum Schuessler wraz z ofertą dokument pn. „Struktura Organizacyjno - Czasowa” zawiera braki, w tym -brak jest informacji o tym jakie podmioty będą realizować poszczególne zadania i etapy;- wskazano zaangażowanie wszystkich osób w maksymalnym godzinowym wymiarze pracy, praktycznie w całym okresie realizacji zamówienia (105 dni), bez przypisania ich do poszczególnych zadań i etapów;-na skutek powyższego wykonawca wskazał, że zaangażowanie zespołu będzie wynosić 93.406 roboczogodzin (daje to stawkę $2.375.000/93.406 = 25,43$ zł/h bez uwzględnienia zleceń zewnętrznych). W konsekwencji, skoro Konsorcjum Schuessler nie uwzględniło w sporządzonej przez siebie „Strukturze Organizacyjno - Czasowej” wszystkich elementów określonych w pkt 20.5.1 lit a)-f) SIWZ i należało w tym zakresie przyznać 20 pkt, a nie 40 pkt jak to uczynił zamawiający.

Zamawiający i przystępujący do postępowania do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnieśli o oddalenie odwołania uznając, że zarzuty i żądania odwołującego są nieuzasadnione. Stanowisko przedstawili w pisemnej odpowiedzi na odwołanie złożonej do akt sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem pełnomocników stron, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, a także biorąc pod uwagę dokumentację postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 719 i 720/12 zważyła co następuje.

Odnosnie zarzutu złożenia oferty przez osobę nieupoważnioną, Izba uznała zarzut za niezasadny. Stwierdzono, że na dzień składania ofert tj. 23 stycznia 2012 r. osoba podpisująca ofertę była należycie umocowana do działania w imieniu wykonawców składających wspólnie ofertę, co wynika bezspornie z treści pełnomocnictwa datowanego na dzień 19 stycznia 2012 r. udzielonego przez obydwu wykonawców przedłożonego zamawiającemu na jego wezwanie w trybie uzupełniania dokumentów przewidzianego w art. 26 ust. 3 ustawy pzp obejmujących również braki w zakresie pełnomocnictw. Fakt, iż niektóre z dokumentów ofertowych noszą datę wcześniejszą od daty podanej na dokumencie pełnomocnictwa nie ma w tych okolicznościach znaczenia zważywszy, że istotna jest data złożenia i otwarcia oferty przez zamawiającego, a nie daty sporządzenia poszczególnych dokumentów składających się na całość oferty.

Odnosnie szeroko uzasadnionego zarzutu dokonania oceny ofert niezgodnie z ustalonymi kryteriami oceny ofert i bezzasadnego przyznania przez zamawiającego ofercie przystępującego maksymalnej liczby punktów, w tym nieuwzględnienia stopnia zawiłości i skomplikowania zadań opisanych w harmonogramie realizacji zamówienia, niewykazania w strategii realizacji projektu zależności pomiędzy etapami zadania i niewłaściwej oceny tej strategii określającej zespoły odpowiedzialne za realizację poszczególnych etapów w kontekście sporządzonej struktury organizacyjno – czasowej, skład orzekający uznał, że zamawiający właściwie ocenił kwestionowane dokumenty i prawidłowo uznał w wyniku analizy treści całego opracowania, że spełnia ono oczekiwania zamawiającego wynikające z postanowień siwz i opisu przedmiotu zamówienia. W konsekwencji niezasadnione jest żądanie obniżenia punktacji w zakresie kryterium „Strategia realizacji projektu”.

W zakresie zarzutu nie wykazania przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia Izba ustaliła, że w pkt 8.4.1 siwz wymagano, aby wykonawcy spełnili warunek w postaci wykonania co najmniej 1 usługi polegającej na wykonaniu (rozpoczęcie i zakończenie) Programu Funkcjonalno – Użytkowego (pfu) dla projektu inwestycyjnego w sektorze transportu kolejowego w zakresie budowy lub modernizacji linii kolejowej dla zadania realizowanego w formule „projektuj i

zbuduj" o wartości nie mniejszej niż 1.000.000 PLN. Ponadto, w odpowiedzi na pytanie 2 z 30.12.2011 r. zamawiający potwierdził, że spełnienie wskazanego warunku może nastąpić poprzez wykazanie należytego wykonania odpowiednika Programu Funkcjonalno-Użytkowego o tych samych charakterystykach, czyli części opisu przedmiotu zamówienia dokumentacji przetargowej do postępowań prowadzonych w trybie „projektuj i buduj” w krajach członkowskich Unii Europejskiej.

Konsorcjum Schuessler na potwierdzenie tego warunku wskazało pod poz. nr 2 wykazu usług „Modernizację i rozbudowę trasy kolejowej na odcinku Lipsk - Drezno”. W tym zakresie istotne wątpliwości podjął zamawiający, który w toku postępowania kilkakrotnie żądał wyjaśnień od Konsorcjum Schuessler. Kolejne czynności wyjaśniające, w tym będące następstwem wyroku KIO z 26.04.2012 r. sygn. akt 719/12, 720/12 doprowadziły do ustalenia na podstawie informacji wykonawcy z dnia 9.05.2012 r. i 18.05.2012 r., że przystępujący wykazał wymagane doświadczenie dodatkowo przedstawiając wyjaśnienie wystawcy referencji, z których wynika, że w ramach projektu modernizacji linii kolejowej na odcinku Lipsk Drezno przystępujący wykonał program funkcjonalno-użytkowy wykorzystany następnie przy realizacji zadania przez innego wykonawcę w formule „projektuj i buduj”. Istotnie, treść referencji w tym zakresie załączonych do oferty mogła budzić uzasadnione wątpliwości, wobec sformułowania iż w zakres prac wykonanych w ramach zadania wchodziło wykonanie „*prac projektowych w ramach faz projektowych 1-4 (studia, projekt wstępny, projekt budowlany, materiały do uzyskania pozwolenia na budowę) oraz fazy 6 (opracowanie dokumentacji przetargowej) ... zgodnie z Regulaminem określania wynagrodzeń HAOAI*”, co mogło prowadzić do wniosku o niewykonywaniu pfu.

W ocenie składu orzekającego uzupełniony opis wystawcy referencji jest wiarygodny i pozwala na uznanie potwierdzenia spełnienia spornego warunku udziału. W tym świetle uznano za przekonujące wyjaśnienia Konsorcjum Schuessler z dnia 18.05.2012 r. iż wykonawca tej inwestycji realizował ją w formule „projektuj i zbuduj” (podmiot trzeci), dysponując wymaganym opracowaniem sporządzonym przez przystępującego.

W świetle powyższego uznając, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i nie naruszył tą czynnością wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy pzp, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów

kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: