

Sygn. akt KIO/UZP 625/08

WYROK/POSTANOWIENIE*

z dnia 7 lipca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

**Członkowie: Renata Tubisz
Barbara Bettman**

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~/ rozprawie* w dniu ~~1~~-w dniach* 7 lipca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Pöyry Infra GmbH z siedzibą w Niemczech Lörrach, Röttelweiler 22, Alte Vogtei** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74** protestu / ~~protestów~~* z dnia 6 czerwca 2008r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego przez **Konsorcjum Biura Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Kościuszki 68 – Lider Konsorcjum, Biura Projektowo-Konsultingowego „BPK” sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Korzeniowskiego 1, Centrum Naukowo-Technicznego Kolejnictwa z siedzibą w Warszawie, ul. J. Chłopickiego 50 i Arcadis Profil sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 182** - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Pöyry Infra GmbH z siedzibą w Niemczech Lörrach, Röttelweiler 22, Alte Vogtei i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Pöyry Infra GmbH z siedzibą w Niemczech Lörrach, Röttelweiler 22, Alte Vogtei**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **xxx** na rzecz **xxx**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie: xxxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **16 036 zł 00 gr** (słownie: szesnaście tysięcy trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Pöyry Infra GmbH z siedzibą w Niemczech Lörrach, Röttelweiler 22, Alte Vogtei**.

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie dokumentacji przedprojektowej dla linii kolejowej nr 273 – odcinek linii Wrocław Główny – Szczecin w ramach projektu FS 2006/PL/16/C/PA/001 „Modernizacja linii kolejowej C-E 59 Międzylesie – Wrocław – Kostrzyn – Szczecin – przygotowanie dokumentacji przedprojektowej – etap I w Polsce” wszczął Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74 ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 49-067717 z dnia 11 marca 2008r.

W dniu 30 maja 2008r. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Biura Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Kościuszki 68, Biura Projektowo-Konsultingowego „BPK” sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Korzeniowskiego 1, Centrum Naukowo-Technicznego Kolejnictwa z siedzibą w Warszawie, ul. J. Chłopickiego 50 i Arcadis Profil sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 182 oraz dokonał odrzucenia pozostałych złożonych ofert w tym oferty Pöyry Infra GmbH z siedzibą w Niemczech Lörrach, Röttelweiler 22, Alte Vogtei – zwanego dalej Odwołującym. Oferta Odwołującego została odrzucona z uwagi na sprzeczności treści oferty z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz)

na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655 – zwaną w skrócie ustawą). W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że w harmonogramie rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik nr 4 do Umowy oraz w pkt 6.2 OPZ – harmonogram realizacji, Zamawiający podał ilość dni od podpisania Umowy, w ciągu których Odwołujący był zobowiązany wykonać poszczególne etapy zamówienia. W załączniku nr A do formularza ofertowego w kolumnie 5 „Liczba jednostek czasu” (gdzie jednostką czasu, zgodnie z kolumną nr 3 jest „dzień”) w przypadku etapów I, II, III, IV, VI, VII Odwołujący przedstawił liczby przekraczające terminy realizacji wymagane przez Zamawiającego i tak:

- Etap I – Odwołujący podał 147, 00 dni, a Zamawiający wymagał maksimum 50 dni
- Etap II – Odwołujący podał 259, 70 dni, a Zamawiający wymagał maksimum 110 dni
- Etap III – Odwołujący podał 659, 87 dni, a Zamawiający wymagał maksimum 170 dni
- Etap IV – Odwołujący podał 1 241, 33 dni, a Zamawiający wymagał maksimum 240 dni
- Etap VI – Odwołujący podał 377, 30 dni, a Zamawiający wymagał maksimum 360 dni
- Etap VII – Odwołujący podał 441, 00 dni, a Zamawiający wymagał maksimum 440 dni.

Na tę czynność Zamawiającego wniósł w dniu 6 czerwca 2008r. protest Odwołujący zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z bezzasadnym odrzuceniem oferty Odwołującego. Wniósł o doprowadzenia postępowania do jego zgodności z przepisami ustawy poprzez dokonanie ponownej oceny ofert oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Wskazał, że w przypadku uznania jego oferty za prawidłową uzyskałby przedmiotowe zamówienie, gdyż złożył ofertę najkorzystniejszą pod względem ceny. W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że odrzucenie jego oferty jest wynikiem błędnej interpretacji oferty Odwołującego dokonanej przez Zamawiającego. Załącznik A do formularza ofertowego spełniał jedynie funkcję kalkulacyjną, należało w nim podać jedynie częściowe wartości zamówienia Odwołujący na potrzeby kalkulacji ceny zdefiniował minimalną jednostkę czasu, zgodnie z wymaganiem Zamawiającego jeden dzień, podał cenę jednostkową za jednostkę czasu, liczbę jednostek czasu i przemnożył cenę jednostkową przez liczbę jednostek czasu i wpisał wynik mnożenia. W spornej rubryce „Liczba jednostek czasu” Odwołujący wpisał liczbę osobodni dedykowanych na poszczególne etapy zamówienia. Tak bowiem Odwołujący rozumiał treść siwz. Odwołujący nie mógł zakładać, że Zamawiający przyjął za okres rozliczeniowy „dzień kalendarzowy”, skoro nie wymagał w siwz pracy w soboty, niedziele i święta.

Według wykładni siwz dokonanej przez Odwołującego podana liczba jednostek czasu (osobodni) w danym etapie nie przekłada się na termin realizacji tych etapów. Zamawiający w ogóle w siwz nie wymagał podania w ofercie terminów realizacji zamówienia. Okres realizacji zamówienia był wskazany w pkt. 3 Instrukcji dla wykonawców i miał wynosić 590

dni od dnia podpisania umowy. Z kolei terminy realizacji poszczególnych etapów były określone przez Zamawiającego w pkt 6.2 „Harmonogram Realizacji” Opisu Przedmiotu Zamówienia w sposób sztywny, bez możliwości ich modyfikacji przez wykonawców w ilości liczby dni od dnia podpisania umowy. Przed podpisaniem umowy terminy podane w harmonogramie miały być ostatecznie określone w datach (dzień, miesiąc i rok). Dlatego niezrozumiałe jest dlaczego Zamawiający oczekiwał, aby z postanowień załącznika A do formularza ofertowego wynikały daty realizacji zamówienia. Także takie stanowisko Zamawiającego jest nieuzasadnione w świetle objaśnienia Załącznika nr 4 do umowy. Harmonogram Rzeczowo-Finansowy był uzupełniany Harmonogramem realizacji zawartym w pkt 6.2 Opisu przedmiotu zamówienia o dane dotyczące wiążących dat, zaś załącznikiem A do formularza ofertowego – o dane w zakresie częściowych wartości wynagrodzenia. Ponadto wolę realizacji zamówienia w terminach wskazanych w siwz Odwołujący potwierdził oświadczeniami w formularzu ofertowym w pkt 2 i 3 formularza.

W dniu 9 czerwca 2008r. Zamawiający wezwał wykonawców do przyłączenia się do postępowania protestacyjnego.

W dniu 12 czerwca 2008r. do postępowania protestacyjnego przystąpiło Konsorcjum Biura Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Kościuszki 68 – Lider Konsorcjum, Biura Projektowo-Konsultingowego „BPK” sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Korzeniowskiego 1, Centrum Naukowo-Technicznego Kolejnictwa z siedzibą w Warszawie, ul. J. Chłopickiego 50 i Arcadis Profil sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 182 i wniosło o oddalenie protestu. W uzasadnieniu podniosło, że do obowiązków wykonawców należało podanie ilości dni przewidywanych przez niego dla wykonania każdego etapu tak, aby możliwe było zakończenie każdego etapów określony w Harmonogramie kolejny dzień i w rezultacie zakończenie studium w 590 dniu licząc od daty podpisania umowy. Rolą wykonawcy było określenie ile dni przeznaczy na realizację danego etapu, a Zamawiający określił jedynie maksymalny czas trwania danego etapu. Wymaganą jednostką czasu był dzień, co było wyraźnie zaznaczone w formularzu załącznika A. W chwili sporządzania siwz trudno było ustalić wiążące daty dla każdego etapu i całego projektu. Odwołujący wpisał ilość dni przewyższającą czas wymagany dla całego projektu, co oznacza, że nie zrozumiał intencji Zamawiającego i w konsekwencji złożył ofertę sprzeczną z siwz. W ocenie Przystępującego zasadne było odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Swojego interesu prawnego upatruje w tym, że został wybrany jako najkorzystniejszy, a uwzględnienie protestu skutkowałoby pozbawieniem, go tego statusu.

Zamawiający protest rozstrzygnął w dniu 16 czerwca 2008r. poprzez oddalenie go w całości. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że z mocy art. 66 § 1 kc oraz art. 82 ust. 3 ustawy oferta musi odpowiadać wszystkim wymaganiom określonym w siwz. Oferta wiąże od chwili,

kiedy Zamawiający mógł się zapoznać z jej treścią, a przez ofertę rozumie się nie tylko sam formularz oferty, ale także załącznik do formularza, na co zwrócił Zamawiający uwagę wykonawcom w pkt 15 Instrukcji dla wykonawców i formularzu załączników. Zgodnie z pkt 3 tej instrukcji okres realizacji zamówienia będzie wynosił 590 dni od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. W pkt 6.2 Opisu przedmiotu zamówienia zwanym Harmonogramem realizacji Zamawiający wskazał, że jednostką czasu jest „dzień” (kalendarzowy). Podobnie w załączniku A do formularza ofertowego Zamawiający odniósł się do jednostki czasu jaką jest „dzień”. Zastrzeżenie Zamawiającego, że określenie realizacji poszczególnych etapów w datach nastąpi przed podpisaniem umowy odnosi się do terminu zakończenia realizacji poszczególnych etapów, a nie do okresu trwania realizacji poszczególnego etapu, którego wartości maksymalne zostały określone w pkt 6.2. Opisu Przedmiotu Zamówienia. Z załącznika A złożonego przez Odwołującego wynika, że Odwołujący oświadczył, że wykona poszczególne etapy w okresie dłuższym niż maksymalne czasy trwania realizacji poszczególnych etapów określone w pkt 3 Instrukcji. Odwołujący nie kwestionował tych zapisów siwz i nie składał do tych zapisów zapytań w trybie art. 38 ustawy. Załącznik nr 4 do umowy (Harmonogram Rzeczowo-Finansowy) będzie uzupełniony zarówno w zakresie dat wykonania poszczególnych etapów zamówienia jak i wynagrodzenia wykonawcy za ich wykonanie.

W dniu 20 czerwca 2008r. Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu podtrzymując zarzuty i twierdzenia zawarte w proteście oraz wnosząc o nakazanie dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu dodatkowo podniósł, że jego oferta uwzględnia postanowienie siwz, że okres realizacji zamówienia będzie wynosił 590 dni od podpisania umowy. Jednakże Odwołujący w załączniku A do formularza ofertowego wskazał, nie okres realizacji umowy, ale nakład czasu pracy niezbędny do jej wykonania. Zamawiający nie ustanowił kryterium – okres realizacji umowy ani nie wymagał podania w ofertach terminów realizacji zamówienia, w tym terminów realizacji poszczególnych jego etapów. Terminy te były określono sztywno w siwz. Prawdliwość działania Odwołującego potwierdza w rozstrzygnięciu sam Zamawiający wskazując na zastrzeżenie, że ostateczne określenie realizacji poszczególnych etapów w datach nastąpi przed podpisaniem umowy odnosi się do terminu zakończenia realizacji poszczególnych etapów, nie zaś do okresu trwania realizacji poszczególnego etapu. Odwołujący wobec tych zapisów siwz nie był uprawniony do: wskazania terminów realizacji, bo stanowiłoby to jedynie powtórzenie siwz, jakiegokolwiek modyfikacji terminów, wskazania innego terminu realizacji poszczególnych etapów umowy. Dopiero ustalenie zakresu zadania inwestycyjnego pozwoli ustalić dla jakiego zadania inwestycyjnego należy sporządzić wniosek o dofinansowanie, tym bardziej, że konieczne jest uprzednie sporządzenia dokumentów ujętych we wcześniejszych etapach realizacji umowy.

Zdaniem Odwołującego fakt, że podstawą kalkulacji w Załączniku A była jednostka „Dzień” rozumiana jako „osobodzień” nie budził wątpliwości i nie wymagał wyjaśnień do siwz. Natomiast jeśli Zamawiający miał wątpliwości, co do sposobu sporządzenia kalkulacji cenowej powinien był się zwrócić o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy.

W dniu 2 lipca 2008r. do postępowania odwoławczego przyłączył się Przystępujący po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Dodatkowo podniósł, że dla każdego etapu miała zostać podana ilość dni kalendarzowych, tak aby zmieścić się z realizacją umowy w wymaganym terminie dla poszczególnych etapów i całego projektu. W kolumnie 3 załącznika A, jednostką czasu określoną przez Zamawiającego był dzień. Na podstawie załącznika A złożonego przez Odwołującego nie jest możliwe określenie wiążących dat dla każdego etapu, jak oczekiwał Zamawiający.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Zgodnie z pkt 3 siwz okres realizacji zamówienia wynosił 590 dni od dnia podpisania umowy. Umowa obowiązywać miała do 650 dnia od dnia jej podpisania. W pkt 13.2 Zamawiający postanowił, że cena oferty oraz szczegółowy sposób jej obliczenia i przedstawienia w ofercie określony jest w formularzu ofertowym oraz w załączniku A do formularza ofertowego. W załączniku nr 1 do siwz – formularzu ofertowym znalazły się oświadczenia, które składane były przez podpisanie formularza, następującej treści „Akceptuję(emy), w pełni i bez zastrzeżeń, postanowienia :SIWZ dla niniejszego zamówienia, wyjaśnień do tej SIWZ oraz modyfikacji tej SIWZ.”, „Gwarantuję(emy) wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią :SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji.”. W załączniku A do formularza ofertowego w rubryce 3 jako jednostkę czasu wpisano „dzień”, nie zawarto żadnej instrukcji ani definicji wskazującej na bliższe określenie, co należy rozumieć pod pojęciem „dzień”, czy też w jaki sposób należy dokonać kalkulacji ceny. Na str. 22 siwz znajduje się załącznik nr 4 do umowy – Harmonogram Rzeczowo-Finansowy, gdzie w kolumnie 3 przewidziano „Rozpoczęcie realizacji – Od dnia podpisania umowy”, a w kolumnie 4 wskazano czas realizacji od dnia podpisania umowy przewidując dla poszczególnych etapów :

- I – 50,
- II – 110,
- III – 170,
- IV – 240,
- V – 320,
- VI – 360,
- VII – 440,
- VIII – 470,
- IX – 530,

- X – 560,

- XI - 590

W ostatnim wierszu tabeli zapisano „końcowe rozliczenie umowy – 60 dni od 590 dnia kalendarzowego. Nadto zawarto zapis „ostateczne wiążące daty i częściowe wartości wynagrodzenia będą uzupełnione przed podpisaniem Umowy, na podstawie Załącznika A do formularza ofertowego Wykonawcy oraz Harmonogramu realizacji zawartego w pkt. 6.2 Opisu przedmiotu zamówienia.”

Na str. 42 w pkt. 6.2 Opisu Przedmiotu zamówienia wskazano analogiczne terminy jak w załączniku nr 4 do umowy. W tym przypadku także posłużono się pojęciem dnia kalendarzowego.

Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 2 391 200zł. brutto. Natomiast wykonawca wybrany za kwotę 2 766 960zł. brutto, zgodnie z wnioskiem o zatwierdzenie wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 27 maja 2008r.

W ofercie Odwołującego załącznik A do formularza ofertowego str. 6 zawiera dane podane przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 30 maja 2008r.

Izba dopuściła dowody z ogłoszenia, siwz wraz z załącznikami, wyjaśnień do siwz, protokołu postępowania wraz z załącznikami, oferty Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Zamawiający ustanowił jako jedyne kryterium cenę. Oferta złożona przez Odwołującego ma cenę niższą od oferty wybranej. Tym samym w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą i Odwołujący uzyskałby zamówienie publiczne. Uszczerbek w interesie prawnym Odwołującego, jaki mógłby ponieść, gdyby działanie Zamawiającego okazało się nieprawidłowe sprowadza się do poniesionych kosztów sporządzenia oferty oraz utraty zysków, jakie Odwołujący uzyskałby, gdyby wykonał umowę.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w załączniku A do formularza ofertowego w kolumnie 3 użył pojęcia „dzień”. Z siwz, ani z żadnego załącznika do siwz nie wynika, że pod pojęciem „dzień” należy rozumieć „osobodzień”, przeciwnie w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym jak i w Harmonogramie realizacji Zamawiający posługuje się pojęciem „dzień kalendarzowy” w odniesieniu do jednostek czasu podanych dla realizacji umowy. Tym samym Zamawiający wskazał wyraźnie, w jaki sposób rozumie pojęcie „dzień”. Zamawiający wbrew twierdzeniom Odwołującego nie określił sztywnych terminów dla poszczególnych etapów, ale terminy

maksymalne. Wykonawcy mogli zaproponować krótsze terminy w ramach poszczególnych etapów, mimo że nie było to premiowane przez Zamawiającego punktami. Zamawiający bowiem nie przewidział, jak słusznie wskazuje Odwołujący kryterium „termin realizacji umowy”. Odwołujący dokonał nadinterpretacji siwz, niezgodnie z intencją Zamawiającego i w efekcie wskazał terminy przekraczające terminy wymagane przez Zamawiającego w siwz. Sam Odwołujący również nie wskazał w załączniku A do formularza oferty, że posłużył się pojęciem „osobodnia”, ani nie wykazał, że przy przyjęciu odpowiedniego stanu osobowego na danym etapie przeliczenie wskazanych osobodni na dni kalendarzowe da terminy mieszczące się w wymogach Zamawiającego. Takiego wskazania powinien był dokonać w samej ofercie. Wskazać należy, że żądanie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy nie może prowadzić do zmiany treści złożonej oferty. Gdyby na obecnym etapie postępowania Zamawiający wezwałby Odwołującego do wyjaśnień, to uległyby zmianie podane przez niego terminy i to stanowiłoby niedozwoloną, po upływie terminu do składania ofert, modyfikację oferty.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy oraz art. 87 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie uwzględniając wniosku pełnomocnika Zamawiającego o zwrot kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego, z uwagi na nie wykazanie poniesienia kosztu rachunkami. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 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.07.128.886 Izba zalicza uzasadnione koszty uczestników postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Zatem brak rachunków stanowi przesłankę do nieuwzględniania wniosku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....