

Sygn. akt KIO/UZP 109/10

WYROK
z dnia 25 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego „**PKP Intercity**” **S.A., 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17** protestu z dnia 30 grudnia 2009 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3** na rzecz „**PKP Intercity**” **S.A., 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17**

stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3.**

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

I. „PKP INTERCITY” S. A. (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. *„Wykonanie napraw rewizyjnych 500 wagonów osobowych”*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 16 grudnia 2009 roku i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 30 grudnia 2009 r. NEWAG SA (dalej: Odwołujący) – złożył protest na postanowienia SIWZ, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 8 stycznia 2010 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 18 stycznia 2009 r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych poprzez opis przedmiotu zamówienia (w Rozdziale IV SIWZ i w załącznikach 2.1 –2.7 do SIWZ) w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nieuwzględniających wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co narusza m. in. zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o zmianę kwestionowanego Rozdziału IV SIWZ oraz doprecyzowujących go załączników przez: precyzyjne i jednoznaczne określenie zasady podawania cen prac wykraczających poza stały zakres naprawy rewizyjnej wskazanych w załącznikach nr 2.1-2.7

do SIWZ (w każdym z zadań), a w szczególności wskazanie, czy wykonawca kalkulując koszty przedmiotowych prac powinien uwzględniać gwarancje na podzespoły stanowiące wyposażenie każdego z wagonów. Jeśli tak, to NEWAG wnosi o precyzyjne i jednoznaczne wskazanie, jakie podzespoły w poszczególnych wagonach objęte są gwarancją innych podmiotów w zakresie prac wskazanych i wymienionych w załączniku nr 2.1-2.7 do SIWZ, a także podanie zakresu i terminu dla każdej gwarancji oraz harmonogramu dostarczania poszczególnych wagonów do wykonawcy.

W odwołaniu podniesiono także kwestię braku jednoznacznego określenia ilości płyt unilamowych i ich parametrów, jednak zarzut w tym zakresie nie był poprzedzony protestem.

Zamawiający oddalając protest, nie zgodził się ze stwierdzeniem, iż opis przedmiotu zamówienia został sporządzony z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, bowiem każdy z potencjalnych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia ma taki sam, równy dostęp do informacji, które wpływają na kalkulację ceny i sporządzenie oferty. Prace wykraczające poza stały zakres naprawy rewizyjnej w wagonach osobowych będą wykonywane wyłącznie na podstawie pisemnej zgody Zamawiającego. Zamawiający każdorazowo będzie podejmował decyzję o tym, czy daną pracę wykonawca będzie wykonywał, czy też nie jest ona konieczna do realizacji. Każdy wykonawca, składając ofertę, zobowiązany jest do wyceny tych prac, bowiem cena ta jest częścią składową ceny jednostkowej naprawy, jak i będzie podstawą przyszłych rozliczeń. Odnośnie harmonogramu, Zamawiający wskazał, że na tym etapie postępowania nie ma ani potrzeby, ani możliwości, przedstawienia harmonogramów zlecenia napraw.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ wskazując na wady SIWZ, twierdzi, że wobec nieprecyzyjnych wymagań Zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia, uniemożliwiających złożenie mu konkurencyjnej oferty, nie jest możliwy jego udział w postępowaniu, a tym samym - udzielenie mu zamówienia.

Skład orzekający nie zajmował się kwestią braku określenia w SIWZ ilości płyt unilamowych do wymiany (podstawa faktyczna), ponieważ w tym zakresie odwołanie nie zostało poprzedzone protestem. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu w proteście naruszenia art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, tj. niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia (podstawa prawna), jednak w odwołaniu wskazał nową podstawę faktyczną, pominiętą w proteście. W ocenie składu orzekającego, zarzuty protestu i odwołania, aby podlegały rozpatrzeniu, muszą być tożsame zarówno co do podstawy prawnej, jak i faktycznej. Gdyby zaakceptować pogląd przeciwny, Odwołujący mógłby, uprzednio wskazując w proteście

zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w odwołaniu kwestionować praktycznie każdy element opisu przedmiotu zamówienia, mimo iż nie został oprotestowany – taką sytuację skład orzekający uznaje za niedopuszczalną. Wobec powyższego, w związku z art. 191 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, Izba nie orzekała w zakresie dotyczącym braku określenia w SIWZ ilości płyt unilamowych do wymiany.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający w zakresie podnoszonych zarzutów ustalił:

Zamawiający w Rozdziale IV SIWZ opisał przedmiot zamówienia: jest to wykonanie napraw rewizyjnych 500 wagonów osobowych. Zakres naprawy rewizyjnej będącej przedmiotem zamówienia, zgodnie z pkt 14 Rozdziału IV obejmuje stały zakres naprawy, prace wykraczające poza stały zakres naprawy, oraz uzupełnienie braków. W pkt 7 Rozdziału IV Zamawiający określił zakres napraw, który będzie dokonywany w ramach stałego zakresu naprawy, natomiast prace wykraczające poza stały zakres naprawy zostały określone w załącznikach nr 2.1 – 2.7 do SIWZ - są to prace, konieczne do wykonania w czasie naprawy dla uzyskania stanu technicznego określonego w przepisach i warunkach technicznego odbioru, lecz nie występujące w każdej naprawie. Załączniki 2.1 – 2.7 zostały skonstruowane wg jednego wzoru: każdy załącznik zawiera tabelę, w której określono rodzaj prac do wykonania oraz „współczynnik występowania naprawy”. Wielkość tego współczynnika, osobno określonego dla każdego rodzaju pracy, Zamawiający, oszacował - jak oświadczył na rozprawie - na podstawie dotychczasowych doświadczeń, w oparciu o częstotliwość konieczności dokonania naprawy (wykonania konkretnie określonej pracy). Dla celów obliczenia ceny ofertowej wykonawca wycenioną wartość pracy winien pomnożyć przez współczynnik określony w tabeli.

Odwołujący w proteście, a następnie w odwołaniu, żądał doprecyzowania zasad wyceny prac wykraczających poza stały zakres naprawy rewizyjnej, szczególnie w zakresie posiadanych przez Zamawiającego gwarancji na te prace.

Oceniając tak postawiony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, iż przedmiot zamówienia został określony w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji, a wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu dysponują taką samą wiedzą, pozwalającą na kalkulację ceny ofertowej.

Zgodnie z zasadami wyceny określonymi przez Zamawiającego w SIWZ, wykonawca winien wycenić koszt prac wykraczających poza stały zakres naprawy tak, jakby miała być

wykonana – natomiast dla celów obliczenia ceny ofertowej winien przemnożyć oszacowaną przez siebie wartość tej pracy przez „współczynnik występowania naprawy”.

Zamawiający w momencie wszczęcia postępowania nie wie (i nie będzie wiedział nawet w momencie zawierania umowy), ile prac wykraczających poza stały zakres naprawy rewizyjnej będzie musiał zlecić i jakiego rodzaju będą to prace. Czas trwania umowy określono na dwa lata, a w ramach tej umowy będą realizowane stałe prace konserwacyjne (stały zakres naprawy rewizyjnej), co do których zakres jest znany z góry, oraz właśnie prace incydentalne (wykraczające poza stały zakres). Ceny jednostkowe za wykonanie poszczególnych prac mają charakter ryczałtowy. Zakresu i ilości prac incydentalnych nie można z góry przewidzieć, bowiem zależą one od różnych czynników (natężenia eksploatacji, aktów wandalizmu itd). Określenie współczynników występowania naprawy przez Zamawiającego ma zminimalizować ryzyko wykonawcy przy określaniu ceny ryczałtowej.

Stanowisko Zamawiającego co do uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia posiadanych przez siebie gwarancji było zmienne (pierwotnie, w rozstrzygnięciu protestu, wskazywał on, że informacji dotyczących gwarancji nie może ujawnić, bowiem stanowią one zastrzeżoną informację handlową), ostatecznie na rozprawie Zamawiający stwierdził, że współczynniki występowania naprawy skalkulowano w taki sposób, że uwzględniono w nich również okoliczność, czy na daną naprawę obowiązuje gwarancja i w jakim zakresie (co jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że każdą pracę należy wycenić tak, jakby miała być wykonana w pełnym zakresie, a ewentualne istnienie bądź nie gwarancji uwzględnione jest we współczynniku).

W ocenie składu orzekającego stanowisko takie jest zgodne z całokształtem okoliczności dotyczących opisu przedmiotu zamówienia: współczynnik występowania naprawy uwzględnia losowość (przypadkowość) wystąpienia konieczności wykonania danej pracy, zatem przekonujące jest, że uwzględnia również ewentualność istnienia bądź nie gwarancji. Zamawiający oświadczył na rozprawie (Odwołujący temu nie zaprzeczył), że dysponuje ponad trzema tysiącami wagonów, stan wagonów będących w posiadaniu Zamawiającego nie jest jednorodny, część została wniesiona aportem przez podmiot trzeci; w ramach umowy będącej przedmiotem zamówienia Zamawiający dokona naprawy 500 spośród posiadanych przez siebie wagonów, przy czym nie jest w stanie określić z góry, które wagony spośród ponad 3 000 będą podlegały naprawie w ramach umowy z wykonawcą, bowiem będzie to zależało od stopnia eksploatacji wagonów. W świetle powyższego Zamawiający rzeczywiście nie jest w stanie sprostać oczekiwaniom Odwołującego co do precyzyjnego wskazania wszystkich elementów i podzespołów w każdym wagonów (które będą podlegały naprawie), będących w okresie gwarancji i rękojmi.

Z tego samego powodu nie można również podać w SIWZ terminów przekazania poszczególnych wagonów do naprawy.

Odnośnie zarzutu braku określenia w SIWZ harmonogramu, Izba w całości podzieliła stanowisko Zamawiającego. W załączniku nr 9 do SIWZ (wzór umowy) został szczegółowo opisany sposób sporządzania harmonogramów oraz została wskazana metodologia ustalenia zleceń napraw w całym okresie obowiązywania umowy. Ilość napraw będzie dzielona proporcjonalnie na poszczególne kwartały obowiązywania umowy. Ponadto z postanowień umowy (§ 7 ust. 4) wynika, że Zamawiający ma prawo bez zgody wykonawcy przekazać do naprawy wagon o innym numerze inwentarzowym, niż podany w harmonogramie, lecz tego samego typu. Wobec powyższego, na etapie SIWZ nie tylko nie ma możliwości zindywidualizowania wagonów podlegających naprawie przez określenie ich numerów, ale i ustalenia, kiedy naprawa konkretnego wagonu ma nastąpić.

Reasumując, nie stwierdzono wskazywanych przez Odwołującego naruszeń art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty zastępstwa Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....