

Sygn. akt: KIO/UZP 381/08

WYROK
z dnia 9 maja 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy

**Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Grzegorz Mazurek**

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alcatel – Lucent Polska S.A., Thales Alenia Space ETCA, Thales Transportation Systems S.A.; 02-697 Warszawa, ul. Rzymowskiego 53** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** protestu z dnia 9 kwietnia 2008r.

przy udziale **Konsorcjum firm: Stalexport Autostrada Dolnośląska S.A., Autostrade Per l'Italia S.p.A., Polimer-Mostostal S.A.; 40-085 Warszawa, ul. Mickiewicza 29** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alcatel – Lucent Polska S.A., Thales Alenia Space ETCA, Thales Transportation Systems S.A.; 02-697 Warszawa, ul. Rzymowskiego 53

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alcatel – Lucent Polska S.A., Thales Alenia Space ETCA, Thales Transportation Systems S.A.; 02-697 Warszawa, ul. Rzymowskiego 53,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alcatel – Lucent Polska S.A., Thales Alenia Space ETCA, Thales Transportation Systems S.A.; 02-697 Warszawa, ul. Rzymowskiego 53** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alcatel – Lucent Polska S.A., Thales Alenia Space ETCA, Thales Transportation Systems S.A.; 02-697 Warszawa, ul. Rzymowskiego 53**

U z a s a d n i e

W dniu 13.03.2007 r. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, zwana dalej „Zamawiającym” działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), dalej „Pzp” wszczęła w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie i wykonanie dostosowania autostrady A2 odcinek Konin – Stryków (km 257+560 – km 361+000) do standardów autostrady płatnej i do poboru opłat” – numer referencyjny GDDKiA-BZP-2-MCH-612-341/07. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2007 S SO 50-061716.

Zawiadomieniem z dnia 2.04.2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty, o wynikach postępowania. Zgodnie z treścią zawiadomienia, za

najkorzystniejszą ofertę Zamawiający uznał ofertę Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Stalexport Autostrada Dolnośląska S.A. ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice oraz Autostrade Per l' Italia S.p.A., Via A. Bergamini 50, Rzym, Włochy oraz Polimer-Mostostal S.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa – zwanych dalej „Konsorcjum STALEXPORT”.

W dniu 09.04.2008 r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Alcatel – Lucent Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-697, ul. W. Rzymowskiego 53 oraz Thales Alenia Space ETCA z siedzibą w Belgii, rue Chapelle Beaussart, 101, B-6032 Mont-sur-Marchienne oraz Thales Transportation Systems S.A. z siedzibą we Francji, Chemin Des Bordes 91220 Le Plessis Pate, zwani dalej „Odwołującym”, wnieśli protest do Zamawiającego.

Protest został złożony wobec zaniechania czynności, do których Zamawiający jest obowiązany na podstawie Pzp oraz czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania, polegających na:

- a) wyborze oferty Konsorcjum STALEXPORT,
- b) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum STALEXPORT,
- c) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: EGIS PROJECTS S.A., 11, av. Du Centre, Saint Quentin en Yvelines, 78286 Guyancourt Cedex France oraz STRABAG Sp. z o.o., ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa, Polska – zwanych dalej „Konsorcjum EGIS”.

W proteście zawarto zarzuty naruszenia przez Zamawiającego następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum STALEXPORT, pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”,
- 2) art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum STALEXPORT, pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, jak również niezgodności z ustawą z powodu zmiany treści złożonej oferty, w wyniku udzielonych przez Konsorcjum STALEXPORT odpowiedzi,
- 3) art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum EGIS, pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”,
- 2) art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum EGIS, pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, jak również niezgodności z ustawą z powodu zmiany treści złożonej w wyniku udzielonych przez Konsorcjum EGIS odpowiedzi.

Odwołujący podniósł, iż na skutek powyższych czynności Zamawiającego, jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku.

Jednocześnie wniósł o uwzględnienie protestu oraz doprowadzenie postępowania do jego zgodności z przepisami Pzp, poprzez:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum STALEXPORT jako najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 3) dokonanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum STALEXPORT z powodów wskazanych w treści protestu,
- 4) dokonanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum EGIS z powodów wskazanych w treści protestu,
- 5) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert Konsorcjum STALEXPORT oraz Konsorcjum EGIS.

W uzasadnieniu protestu zawarto:

1. Zarzuty do oferty złożonej przez Konsorcjum STALEXPORT.

1) Na okoliczność zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum STALEXPORT, pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, Odwołujący podniósł, przede wszystkim:

a) Zamawiający w treści SIWZ, A2- Program funkcjonalno-użytkowy, Rozdział 2 Część informacyjna, pkt 1 wskazał na wymóg zastosowania przy projektowaniu systemu przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach (Dz. U. nr 220, poz. 2181), zwanego dalej „Rozporządzeniem”.

Dodatkowo, w załączniku D do SIWZ, System Zarządzania Ruchem, w pkt 1.3. na str 6, wskazał, iż „Cały system zostanie zaprojektowany i zainstalowany zgodnie z Rozporządzeniem”, wyżej powołanym.

Ponadto, w pkt 2.2.5.1. Tablice Tekstowe o Zmiennej Treści (VMS) w załączniku D do SIWZ, na str 11, Zamawiający wymagał, aby tablice te zostały zaprojektowane i zainstalowane zgodnie z powołanym wyżej Rozporządzeniem – wraz z załącznikami oraz Polską Norm PN-EN 12966.

Konsorcjum STALEXPORT zaproponowało zastosowanie Tablic Testowych o Zmiennej Treści (VMS), które nie spełniają zawartych w SIWZ wymagań w zakresie następujących parametrów („parametry znaków VMS”) określonych w Załączniku nr 1 do Rozporządzenia:

- klimatycznych (temperaturowych), określonych w pkt 1.6.3.1 Załącznika nr 1 do Rozporządzenia: „Tablice powinny być sprawne temperaturach od -40°C do + 40°C, mieć odporność na penetrację wody i pyłów o stopniu IP54.”

Konsorcjum STALEXPORT (str 68, lit. A; str 69, lit. E) zaoferowało:

Znaki VMS: Panel pomarańczowego wyświetlacza pełnomatrycowego (lit. A) oraz Specyfikacje podstawy montażowej i mechaniczne (lit. E) – dla obu znaków: „Temperatura pracy: -20°C do 75°C”.

- barwy elementów świetlnych znaków. Konsorcjum STALEXPORT zaoferowało znaki komunikatów zmiennych (strona 68, lit. A i B oferty): Znaki VMS: Panel pomarańczowego wyświetlacza pełnomatrycowego (lit. A) – „kolor wyświetlania: pomarańczowy” oraz Wyświetlacz ogólny piktogramów (lit. B)- kolor wyświetlania: pomarańczowy i czerwony”, pomimo, iż Rozporządzenie, zgodnie z pkt 1.6.3.1 oraz pkt 1.6.3.3. Tablica 1.12 Tablica 1.13 Załącznika nr 1 do Rozporządzenia nie dopuszcza możliwości zaoferowania przez wykonawcę wyświetlacza pomarańczowego.

- kolorystyki napisów. Konsorcjum STALEXPORT zaoferowało, na str. 68 oferty: Znak VMS: Panel pomarańczowego wyświetlacza pełnomatrycowego (lit. A): Kolor wyświetlania: Pomarańczowy”, podczas, gdy zgodnie z pkt 1.6.5 Załącznika nr 1 do Rozporządzenia „Kolorystyka napisów ograniczona jest do dwóch barw: czarnej dla tła i białej dla napisów.

b) W pkt 2.2.5.2. Załącznika D SIWZ Zamawiający zawarł wymogi dotyczące Systemu Znaków o Zmiennej Treści do kontroli pasa ruchu (LCS).

Odwołujący podniósł, iż w odpowiedzi na pytania dotyczące SIWZ, z dnia 05.02.2008 r., Zamawiający wskazał, iż uzgodnieniom podlega jedynie format (kształt) znaków, zaś barwa znaków musi być zgodna z przepisami Rozporządzenia. Wykonawcy zostali ponadto zobowiązani do przedstawienia w ofertach propozycji znaków i kolorów odpowiadających wymaganiom określonym w SIWZ.

Wskazując, jak wyżej, Odwołujący zarzucił, iż przedstawione w ofercie Konsorcjum STALEXPORT opisy (Strona 000070, 000071) dotyczące oferowanych znaków LCS dowodzą, że zakres sygnalizacji nie będzie obejmował:

- . robót drogowych,
- . niekorzystnych warunków pogodowych (w tym mgła, silny deszcz, oblodzenie, śnieg),
- . innych sygnałów do uzgodnienia z Zamawiającym,
- . końca ograniczeń w ruchu.

Zdaniem Odwołującego, zaoferowane przez Konsorcjum STALEXPORT znaki LCS nie pozwalają na wyświetlenie wszystkich sygnałów zgodnych z wymogami Zamawiającego określonymi w pkt 2.2.5.2. Rozdział I, Załącznik D do SIWZ „System zarządzania ruchem”.

Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert w zakresie znaków LCS dopuścił się nierównego traktowania wykonawców, albowiem potraktował na tych samych

zasadach zarówno wykonawcę, którego oferta nie zawierała pełnego zakresu wymaganej sygnalizacji, jak i Odwołującego, który przygotował w tym zakresie ofertę w pełni zgodną z wymaganiami określonymi w SIWZ. Czynem tym Zamawiający, w ocenie Odwołującego, naruszył art. 7 Pzp, a poprzez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z treścią SIWZ- także dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy.

c) Oferta Konsorcjum STALEXPORT nie zawiera propozycji wykonania przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie, określonym w pkt 5.1. TOM I SIWZ. Konsorcjum złożyło bowiem w ofercie oświadczenie o wyłączeniu z zakresu oferowanego do realizacji przedmiotu zamówienia:

- W pkt 1.3.7.2.5 (strona 000085 oferty):

- . Pozwolenia ZUPD;
- . Podstawy do słupów kamerowych;
- . Zasilacz;
- . Urządzenia bezpieczeństwa wymagane w miejscach pracy na otwartej autostradzie;
- . Routery FO do łączenia kamer nadzoru ruchu z siecią szkieletową FO.

- W pkt 1.6.5. (strona 000119):

- Złącza sprzęgające i routery (switch) do podłączenia stacji przydrożnych;
- Kalibracja i próby przelotowość kanałów – wymagane przed instalacją kabli FO;
- Zakończenie FOC w szafkach ERT;
- Instalacja kanałów kablowych;
- Elementy bezpieczeństwa wymagane przy pracach na otwartej autostradzie;
- Pozwolenia ZUDP.

Zdaniem Odwołującego, takie działanie w sposób oczywisty naruszy art. 140 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Dokonane wyłączenia powodują, że ww. zakresy przedmiotu zamówienia nie zostaną zaprojektowane i nie zostaną zrealizowane.

Konsorcjum STALEXPORT zobowiązało się w granicach ceny ryczałtowej do wykonania części przedmiotu zamówienia, składając jednoznaczne oświadczenie na stronach 000085 i 000119. To oznacza, że w cenie oferty Zamawiający nie otrzyma części przedmiotu zamówienia, może otrzymać wyłącznie tę część, która jest tożsama z opisem zamieszczonym w ofercie.

Dlatego, zdaniem Odwołującego, Zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert w powyższym zakresie dopuścił się nierównego traktowania wykonawców, zabronionego przepisem art. 7 ust. 1 Pzp. Potraktował bowiem na tych samych zasadach zarówno wykonawcę, którego oferta zawierała opisane wyżej wyłączenia, jak i Odwołującego, który przygotował w tym zakresie ofertę w pełni zgodną z wymaganiami określonymi w SIWZ.

d) Konsorcjum STALEXPORT nie spełniło, w Ocenie Odwołującego, wymogów zawartych w pkt 3.2.3 i pkt 3.3.5 Załącznika D – System Zarządzania Ruchem (zarzuty z Cz. II 1 lit.d uzasadnienia protestu).

2) Odnośnie zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum STALEXPORT, pomimo jej niezgodności z treścią SIWZ, jak również niezgodności z ustawą z powodu zmiany treści złożonej oferty w wyniku udzielonych przez Konsorcjum STALEXPORT odpowiedzi, Odwołujący podniósł:

2.1) Konsorcjum STALEXPORT w złożonej ofercie nie przedstawiło opisów wymaganych zapisami Załącznika D, 3.2.3 Monitoring ruchu, tj. odpowiednich algorytmów wykrywania zdarzeń, które będzie można uruchamiać lokalnie na każdej stacji lub centralnie (globalnie) oraz informacji na temat sposobu (narzędzi) wykrywania zdarzeń, wymaganych w pkt 4.2.3. Załącznika D do SIWZ.

Wymagane opisy algorytmów stosowanych do osiągnięcia wymagań zawartych w załączniku D Konsorcjum STALEXPORT zawarło dopiero w odpowiedzi nr 4 z dnia 11.03.2008 r., co stanowi niedopuszczalną zmianę treści złożonej oferty.

2.2) Konsorcjum STALEXPORT nie przedstawiło w złożonej ofercie opisów stacji meteorologicznych, a także opisów, w jaki sposób stacje i urządzenia spełniają wymagania zawarte w Załączniku D. Nie podało w tym wymaganego szczegółowego opisu prognostycznej funkcjonalności stacji i centrum kontroli, wymaganych w treści SIWZ, TOM I, Formularz 2.3.

Wymagane przez Zamawiającego opisy, Konsorcjum STALEXPORT zawarło dopiero w odpowiedzi nr 6 z dnia 11.03.2008 r. W ocenie Odwołującego, w świetle art. 7 ust. 1 Pzp uwzględnienie tych wyjaśnień nie było dopuszczalne, gdyż zmieniły one treść złożonej oferty, co stanowi naruszenie art. 87 ust. 1, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

d) Konsorcjum STALEXPORT nie spełniło, w ocenie Odwołującego, wymogów zawartych w pkt 3.2.3 i pkt 3.3.5 Załącznika D – System Zarządzania Ruchem (zarzuty z Cz. II 1 lit. d uzasadnienia protestu).

2. Zarzuty do oferty złożonej przez Konsorcjum EGIS.

1) Na okoliczność zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Konsorcjum EGIS Odwołujący podniósł:

a) Zamawiający określił w SIWZ, iż: okres realizacji kontraktu wynosi 5 lat, czyli 60 miesięcy. Czas na ukończenie robót nie może być dłuższy niż 30 miesięcy, Okres Wsparcia i Utrzymania nie może być dłuższy niż 36 miesięcy.

Konsorcjum EGIS na stronie 0002 oferty, w pkt 4, zobowiązało się do Ukończenia Robót w terminie 22 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Jednocześnie wskazało, iż Okres Wsparcia i Utrzymania wynosi 60 miesięcy minus Czas na Ukończenie Robót zgodnie z ofertą Wykonawcy. W konsekwencji oznacza to, że Konsorcjum EGIS zaoferowało Okres Wsparcia i Utrzymania wynoszący 38 miesięcy, co pozostaje w sprzeczności z pkt 6 SIWZ o brzmieniu: „Okres Wsparcia i Utrzymania – zgodnie z załącznikiem do Oferty, nie dłużej jednak niż 36 miesięcy”.

Odwołujący wskazał, iż zaoferowanie Czasu na Ukończenie Robót krótszego niż 24 miesiące prowadzi do niezgodności z wymaganiem SIWZ dotyczącym Okresu Wsparcia i Utrzymania, gdyż będzie on wtedy dłuższy niż wymagane 36 miesięcy. Równocześnie, Odwołujący podkreślił, iż Czas na Ukończenie Robót jest istotnym elementem oceny ofert, a jego waga wynosi aż 20%. Dlatego, Konsorcjum EGIS oferując ukończenie robót w 22 miesiące, uzyskało w sposób nieuprawniony przewagę przy ocenie ofert.

Poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum EGIS z ww. przyczyn, Zamawiający w sposób rażąco naruszył przepisy Pzp.

b) Na stronie 0227-Matryca Zgodności, pkt 6 oraz w Harmonogramie Realizacji Projektu na stronie 02143 Konsorcjum EGIS zadeklarowało Okres Wsparcia i Utrzymania wynoszący 36 miesięcy. Deklaracja ta czyni ofertę Konsorcjum EGIS sprzeczną z treścią SIWZ w kontekście zapisów zawartych w Tomie II Kontraktu i Formularz Umowy oraz w Tomie I Formularz 2.1 do SIWZ. Ponadto, oferta ta jest wewnętrznie sprzeczna, gdyż Okres Wsparcia i Utrzymania musi być zadeklarowany jednoznacznie, zaś w kwestionowanej ofercie zawiera dwa różne czasy 36 miesięcy oraz 38 miesięcy.

Jeśli przyjąć 36 miesięczny Okres Wsparcia i Utrzymania, to łącznie z 22 miesięcznym Czasem Ukończenia Robót czas realizacji przedmiotu zamówienia wynosi jedynie 58 miesięcy. Powyższe dowodzi sprzeczności oferty z treścią SIWZ, gdyż wymagany przez Zamawiającego termin realizacji zamówienia wynosi 60 miesięcy.

Przy założeniu 36 miesięcznego Okresu Wsparcia i Utrzymania i 22 miesięcznego Czasu na Ukończenie Robót niemożliwe jest zastosowanie wzoru oceny ofert w kryterium Koszt wsparcia utrzymania.

c) Treść oferty Konsorcjum EGIS nie odpowiada treści SIWZ: pkt 9.3., 9.4, 9.5 w zakresie sposobu obliczenia ceny oferty, gdyż w jej treści (strony 0020, 0021) sporządzonej na Formularzu 2.2., w poz. 31 i 40 podano wartość 0,00 PLN, w poz. 50 wpisano „zawarte w poz. 47”, a poz. 52 pozostała niewypełniona.

Z oferty Konsorcjum EGIS nie wynika, iż wszystkie elementy wyszczególnione przez Zamawiającego w Wykazie Składników Płatności zostały wycenione, podczas gdy w pkt 9.4. Zamawiający zastrzegł, że Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje opisane w tym Wykazie. W szczególności, z żadnego zapisu Wykazu Składników Płatności nie wynika, że

wskazane w proteście składniki zostały ujęte w poszczególnych pozycjach wyposażenia, robót budowlanych oraz bieżących okresowych czynności utrzymaniowych, co jest niezgodne z pkt 9 SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, cena ofertowa wskazana w ofercie Konsorcjum EGIS nie została obliczona w sposób prawidłowy. Brak wyceny zgodnej z postanowieniami pkt 9 SIWZ powoduje po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Pzp.

2) Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum EGIS, pomimo jej niezgodności z treścią SIWZ, jak również niezgodności z ustawą z powodu zmiany treści złożonej oferty, w wyniku udzielonych przez Konsorcjum EGIS odpowiedzi, Odwołujący podniósł, przede wszystkim:

2.1) Analiza Formularza 2.2. załączonego do oferty Konsorcjum EGIS dowodzi braku dokonania wyceny wszystkich pozycji zgodnie z wymaganiem SIWZ. Dlatego, treść udzielonej przez Konsorcjum EGIS odpowiedzi na pytanie nr 1 dodatkowo doprowadziła do niedozwolonej przepisem art. 87 ust. 1 Pzp zmiany treści złożonej oferty, a w konsekwencji do jej niezgodności z Pzp.

2.2) Oferta Konsorcjum EGIS nie spełnia wymagań Formularza 2.4., gdyż nie zawiera:

a) koncepcji rozwiązania oświetlenia MPO i OUA,

b) opisu proponowanych do zastosowania materiałów, a w szczególności:

- jakiego rodzaju tynki elewacyjne przewiduje się na obiektach kubaturowych,

- jakie posadzki Wykonawca proponuje w budynku warsztatowo-garażowym i w garażu Policji.

Uzupełnienie braków w ofercie- pismem Konsorcjum EGIS z dnia 07.03.2008 r. było nieuprawnione, gdyż stanowi nieuprawnioną zmianę oferty, co jest niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji oznacza niezgodność oferty z Pzp.

W dniu 11.04.2008 r. Konsorcjum STALEXPORT zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Odwołującego, popierając stanowisko Zamawiającego.

Rozstrzygnięciem z dnia 18.04.2008 r. Zamawiający oddalił protest w całości, uznając protest za bezpodstawny. Zamawiający stwierdził, iż w jego ocenie nie wystąpiły przesłanki do odrzucenia zakwestionowanych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który stanowi o konieczności odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Wskazał m.in. na sposób rozumienia pojęć użytych w tym przepisie, w tym pojęcia „treść”, które należy odróżnić od pojęć „tekstu” i „formy”. Podkreślił również, iż oferta jest oświadczeniem woli zawarcia umowy (art. 66 ust. 1 Kc), a jej treść należy tłumaczyć tak, jak tego wymagają ze

względu na okoliczności, w których została złożona, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje (art. 65 § 1 Kc).

W dniu 23.04.2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymane zostały zarzuty protestu, za wyjątkiem zarzutu niespełnienia przez Konsorcjum STALEXPORT wymogów zawartych w pkt 3.2.3 i pkt 3.3.5 Załącznika D – System Zarządzania Ruchem (zarzuty z Cz. II 1 lit.d uzasadnienia protestu).

Jednocześnie, Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum STALEXPORT jako najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 3) dokonanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum STALEXPORT,
- 4) dokonanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum EGIS,
- 5) dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert Konsorcjum STALEXPORT oraz Konsorcjum EGIS.

W dniu 07.05.2008 r. Konsorcjum STALEXPORT – uczestnik postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosił, przed otwarciem posiedzenia składu orzekającego Izby, przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) oraz treść oferty Konsorcjum STALEXSPORT, a także wyjaśnienia i oświadczenia stron postępowania odwoławczego złożone w trakcie rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, iż Odwołujący nie posiada interesu prawnego do wniesienia odwołania w zakresie kwestionowania oferty złożonej przez Konsorcjum EGIS. Zgodnie bowiem z art. 179 ust. 1 Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom (i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, również zamawiającemu), jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Z dokumentacji postępowania wynika, że oferta Odwołującego uzyskała wyższą ocenę punktową (lokatę) niż oferta Konsorcjum EGIS: oferta Konsorcjum STALEXPORT została sklasyfikowana na pierwszej pozycji, oferta Odwołującego – na drugiej, natomiast oferta Konsorcjum EGIS – na trzeciej.

Nawet, gdyby przedmiotowe odwołanie okazało się zasadne i doszło do podważenia wybranej oferty Konsorcjum STALEXPORT, wówczas ofertą najkorzystniejszą staje się automatycznie oferta Odwołującego.

Zamawiający potwierdził, że punktacja ofert jest ostateczna, bowiem nie była przedmiotem zaskarżenia żadnymi środkami ochrony prawnej.

Konsorcjum EGIS nie kwestionowało oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego i nie podjęło żadnych czynności w celu dalszego uczestniczenia w postępowaniu, którego efektem, ewentualnie, byłoby uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Zatem, trzecia lokata punktowa Konsorcjum EGIS nie zagraża interesom Odwołującego, posiadającego drugą lokatę w punktacji ofert i legitymującego się statusem uczestnika prowadzonego postępowania odwoławczego.

Z tych względów, skład orzekający Izby uznał, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego w podważaniu oferty wykonawcy, który złożył ofertę mniej korzystną niż oferta Odwołującego.

Przedstawione stanowisko ukształtowane zostało już w orzecznictwie arbitrażowym, m.in. wyrok ZA z 5.10.2004 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-1611/04.

Z powyższych względów, skład orzekający Izby nie uwzględnił zarzutów odwołania dotyczących oferty Konsorcjum EGIS.

Skład orzekający Izby rozpoznał zarzuty odwołania dotyczące oferty Konsorcjum STALEXPORT, wybranej jako oferty najkorzystniejszej.

W pierwszej kolejności, skład orzekający Izby zważył, że przedmiotem prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o zamówienie jest zaprojektowanie i wykonanie dostosowania autostrady (...) do standardów autostrady płatnej i do poboru opłat. Postępowanie o zamówienie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego, uregulowanym w art. 60a i inn. Pzp. Należy zważyć, iż tryb ten ma zastosowanie przede wszystkim w przypadku zamówień o szczególnie złożonym charakterze, gdy zamawiający nie jest w stanie określić, które z rozwiązań będą dla niego najkorzystniejsze i w najwyższym stopniu spełnią jego potrzeby. Celem tej procedury jest przede wszystkim umożliwienie zamawiającemu dokonanie precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia oraz określenie sposobu jego realizacji. Przedstawione przez wykonawców podczas dialogu rozwiązania służą zamawiającemu do sporządzenia SIWZ.

Efektym dialogu ma być zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Istotne znaczenie w sprawie ma rodzaj zamówienia, polegający na zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych złożonej etapowo inwestycji wraz z rozwiązaniami w zakresie regulacji ruchu i instalowania sprzętu monitorującego. Z tego faktu oraz zastosowanego trybu dialogu konkurencyjnego wynika, zdaniem składu orzekającego Izby,

uprawnienie wykonawcy do ewentualnego skorygowania stwierdzonych w ofercie nieścisłości, w celu doprowadzenia do zgodności z przepisami prawa i uwzględnienia potrzeb zamawiającego. W takich okolicznościach wydaje się być możliwe i dopuszczalne oraz celowe kształtowanie sposobu realizacji uzyskanego zamówienia.

Oferty złożonej w postępowaniu o zamówienie prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego przez wykonawcę, który finalny efekt inwestycji dopiero zaprojektuje, a następnie ją wykona, nie może dyskwalifikować zapis, który w oderwaniu od treści całej oferty budzi wątpliwości co do zgodności oferty z treścią SIWZ. Ważność takiej oferty należy ocenić z uwzględnieniem wszystkich jej zapisów, w kontekście zgodności z treścią SIWZ i przepisami Pzp. Interpretacji zawartych w ofercie oświadczeń woli wykonawcy należy dokonywać z uwzględnieniem zasad określonych w art. 65 i art. 5 Kodeksu cywilnego, mających zastosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 14 Pzp.

Biorąc pod uwagę wykładnię przepisów regulujących tryb dialogu konkurencyjnego, ze względu na ich cel, uprawnione jest przyjęcie poglądu, że w tej procedurze uzasadnione jest interpretowanie oferty jako oświadczenia woli mającego na celu zawarcie umowy. Skorygowanie ewentualnych nieścisłości oferty będzie możliwe na etapie wykonawstwa. Jest to zatem konstrukcja zbliżona do formuły „zaprojektuj i wybuduj”, opartej na powszechnie stosowanej w Europie procedurze FIDIC.

Podniesione przez Odwołującego zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum STALEXPORT dotyczące parametrów: klimatycznych, barw elementów świetlnych, kolorystyki napisów nie czynią zatem oferty sprzecznej treściowo z SIWZ. Również nie można zakwalifikować do niezgodności oferty z treścią SIWZ, skutkującą odrzuceniem oferty, elementów wskazanych na str 000085 oferty, czy w zakresie opisu monitoringu ruchu. Wszystkie podniesione w odwołaniu zarzuty są niezasadne, gdyż nie doprecyzowania w wybranej jako najkorzystniejszej ofercie zostaną rozwiązane na etapie sporządzania projektu, który stanowi część składową przedmiotu zamówienia i wykonane w sposób zgodny z dokumentacją projektową i SIWZ. Nie potwierdziły się zarzuty nie zaoferowania przez Konsorcjum STALEXPORT przedmiotu zamówienia w całym wymaganym zakresie.

Sam Zamawiający dopuścił w SIWZ możliwość korekt w trakcie realizacji zamówienia. Wskazał, iż wszelkie rozwiązania będą musiały być uzgodnione i zaakceptowane na etapie realizacji kontraktu w procesie projektowania. Wskazuje na to jednoznacznie treść formularza 2.2.: „Proponowana metodologia zostanie uzgodniona i zaaprobowana przez Zamawiającego po podpisaniu kontraktu”.

Ponadto, treść Metodologii realizacji przedmiotu zamówienia wskazuje, iż wykonawca przewiduje możliwość dopasowania parametrów systemu do wymogów Zamawiającego., np. w zakresie kolorystyki (str. 70 oferty)

Szczegółowe wymagania SIWZ będą uwzględniane w rozwiązaniach projektowych wykonywanych w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia, gdyż przedmiot zamówienia, jak wskazano wyżej, obejmuje również usługi projektowe.

Zamawiający potwierdził na rozprawie, iż „nie jest w stanie i nie chce narzucić wykonawcom sposobu zaprojektowania i wykonania wszystkich elementów”.

Podkreślić ponadto należy, iż Konsorcjum STALEXPORT załączyło do swojej oferty oświadczenie – dokument zwany „Matrycą zgodności”, iż zrealizuje przedmiot zamówienia zgodnie z treścią SIWZ.

Z tych względów, nie można stawiać zarzutu, że oferta Konsorcjum STALEXPORT jest niezgodna z treścią SIWZ i winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Należy wskazać, iż słusznie stwierdził Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku sygn. akt X Ga 23/07/za, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skład orzekający Izby nie stwierdził naruszenia przez Zamawiającego, w toku przedmiotowego postępowania o zamówienie, naruszenia zasad określonych w art. 7 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze skład orzekający Izby oddalił odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3600 zł.

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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*