

Sygn. akt 34/10

**WYROK**  
z dnia 12 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Członkowie: Andrzej Niwicki**  
**Barbara Bettman**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o. (pełnomocnik, ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia) oraz Williams Patent Crusher & Pulverizer Company** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PGE Elektrownia Turów S.A., ul. Młodych Energetyków 12, 59-916 Bogatynia** protestu z dnia 18.12.2009 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Budowy Pieców Przemysłowych „Piec – Bud” Wrocław Sp. z o.o., ul. Piękna 62/62a, 50-506 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o. (pełnomocnik, ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia) oraz Williams Patent Crusher & Pulverizer Company**

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 uiszczzonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o. (pełnomocnik, ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia) oraz Williams Patent Crusher & Pulverizer Company**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o. (pełnomocnik, ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia) oraz Williams Patent Crusher & Pulverizer Company** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o. (pełnomocnik, ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia) oraz Williams Patent Crusher & Pulverizer Company.**

## **Uzasadnienie**

I. PGE Elektrownia Turów S.A. (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja i rozbudowa Zakładu Produkcji Sorbentu w Bogatyni”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr 2009/S 44-064464 z dnia 05.03.2009 r. Postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem 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).

Wartość zamówienia oszacowano na 7 737 742,13 euro.

W dniu 9.12.2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyniku postępowania – za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Piec-Bud Wrocław Sp. z o.o.

W dniu 18.12.2009 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o. w Bogatyni (pełnomocnik) oraz Williams Patent Crusher & Pulverizer Company (dalej: Odwołujący) – złożyli protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 28.12.2009 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 6.01.2010 r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Odwołujący stwierdził, że wybór oferty najkorzystniejszej dotknięty jest szeregiem wad, a w szczególności narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych oraz postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ). Zamawiający także naruszył art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący stwierdził, że oferta Piec-Bud Wrocław Sp. z o.o. powinna być odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ, a to z powodu niezgodności z nią zarówno harmonogramu rzeczowo-finansowego, jak wykazu podstawowych urządzeń w zakresie 4 sztuk sprzęzarek.

Do protestu, a następnie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Piec-Bud Wrocław Sp. z o.o. (dalej: Przystępujący).

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 w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, jednak po zapoznaniu się

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

W zakresie zarzutu odnośnie harmonogramu prac i wykazu odbiorów, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

1. Zamawiający określił charakter harmonogramu prac m. in. w pkt 5.1.3 programu funkcjonalno-użytkowego (dalej: PFU). PFU został sporządzony w dwóch wersjach, za obowiązująca wersję strony zgodnie uznali wersję późniejszą, operującą w pkt 5.1.3 pojęciem „harmonogram wstępny” (we wcześniejszej wersji użyto pojęcia „harmonogram ofertowy”). Z postanowień pkt 5.1.3 a) PFU wynika, że harmonogram wstępny, który należało dołączyć do oferty będzie uszczegóławiany na etapie realizacji umowy; zgodnie z pkt 5.1.1 PFU harmonogram realizacji prac oraz wykaz odbiorów i płatności jest częścią przedmiotu zamówienia (sporządzenie harmonogramu nastąpi po podpisaniu umowy).
2. Zamawiający zamieścił wzór wykazu odbiorów i płatności do SIWZ (załącznik nr 5) natomiast nie zamieścił w SIWZ wzoru harmonogramu prac (załącznik nr 4), a jedynie wzmiankę, że „niniejszy harmonogram należy sporządzić w formie wykresu Gantta”. Brak również w SIWZ innych wskazówek co do formy graficznej i wymaganej dokładności harmonogramu realizacji, który ma zostać załączony do oferty.
3. W ofercie Przystępującego zamieszczono 2 dokumenty: harmonogram realizacji w formie graficznej, przedstawiający terminy realizacji poszczególnych czynności (strona 6 oferty, kopia w aktach sprawy) i wykaz odbiorów i płatności, w którym w tabeli wskazano terminy realizacji (miesiąc i rok) wykonania poszczególnych czynności i kwoty netto należne za ich wykonanie (strona 7 oferty). Czynności wymienione w harmonogramie nie pokrywają się wprost z czynnościami z wykazu odbiorów i płatności.

Odwołujący zarzucał, że Przystępujący nie zastosował się do postanowień SIWZ i zaproponował w harmonogramie złożonym wraz z ofertą terminy dłuższe i niezgodne z SIWZ. Ponadto według Odwołującego, złożony harmonogram zawiera logiczne niespójności i jest niezgodny z wykazem odbiorów i płatności. Skład orzekający w odniesieniu do powyższego zarzutu, podzielił stanowisko Zamawiającego i Przystępującego w całości.

Strony różniły się co do interpretacji poszczególnych terminów opisanych w harmonogramie w formie graficznej. Terminy, które Odwołujący wskazywał jako niezgodne z treścią SIWZ, Zamawiający i Przystępujący uważali za odpowiadające treści SIWZ. Ponadto Strony różniły się w ocenie, czy nieprawidłowe jest wskazanie terminu odbioru

w wykazie płatności wcześniej, niż wynikałoby z terminu zakończenia prac, wynikającego z terminu wskazanego w harmonogramie prac (kwiecień 2010 r. – marzec 2010 r.).

Jak wskazywał Przystępujący na rozprawie, po odbiorze również mogą być dokonywane prace, które nie mają wpływu na odbiór, a Izba stwierdziła również, że nieco dłuższy termin realizacji może wynikać z ostrożności w szacowaniu czasu niezbędnego do realizacji prac.

Ponadto Zamawiający na rozprawie oświadczył – czego Odwołujący nie podważył – iż w trakcie negocjacji wskazywał, jakie znaczenie będzie miał wykaz odbiorów i płatności: kwoty zawarte w dokumentach załączonych do oferty nie będą mogły być przemieszczane pomiędzy pozycjami, a jedynie uszczegóławiane w ramach danej pozycji. Zatem jeżeli można w ogóle przypisywać stanowczy charakter któremukolwiek elementowi wykazu czy harmonogramu, to wyłącznie wielkościom kwotowym za realizację poszczególnych prac.

Wykres ze strony 6 oferty Przystępującego można uznać za uproszczoną formę wykresu Gantta (uwzględnia się w nim podział projektu na poszczególne zadania, oraz rozplanowanie ich w czasie), wykres jednak jest na tyle uproszczony, że nie sposób z niego w sposób niebudzący wątpliwości odczytać dokładnie wszystkie terminy realizacji. Skład orzekający powziął wątpliwość, na ile „treść” harmonogramu w formie graficznej - co do którego, z kontekstu postanowień SIWZ można wnosić, że faktycznie jest on projektem załącznika nr 6 do przyszłej umowy - może być oceniana pod kątem zgodności treści oferty z treścią SIWZ – skoro Zamawiający z góry zastrzega, że rzeczywisty harmonogram będzie ustalony dopiero po podpisaniu umowy, a harmonogram, który ma być dołączony do oferty wyraźnie nazywa w PFU „wstępnym”. Zamawiający przewiduje ostateczne sformułowanie harmonogramu dopiero w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, co oznacza, że będzie on dostosowany do okoliczności znanych w momencie sporządzania harmonogramu i ustaleń poczynionych już w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, oferta podlega odrzuceniu, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ – w kontekście podnoszonego przez Odwołującego zarzutu, w związku z informacją zawartą na stronie 6 i 7 oferty Przystępującego, nie można uznać, że treść oferty Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ. Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w analogicznym stanie faktycznym w wyroku z dnia 2 listopada 2009r., sygn. akt KIO/UZP 1349/09.

Izba nie uwzględniła również drugiego zarzutu podnoszonego przez Odwołującego – odnośnie sprężarek. Bezsporne było, iż Zamawiający wymagał w SIWZ, iż ciśnienie nominalne na tłoczeniu sprężarek powinno wynosić nie więcej niż 5,0 bar, i wykonawcy powinni zaoferować sprężarki o takim parametrze. Spór ograniczał się do kwestii, czy Przystępujący zaoferował sprężarki zgodne z wymaganiami Zamawiającego, ponieważ standardowo sprężarki powietrza transportowego firmy Ingersoll-Rand, typ Centac C950 - C155MX3, zaoferowane przez Przystępującego, wg Odwołującego pracują w zakresie ciśnień od 6 do 10,5 barów, z regulacją od 6 barów w górę.

Na dowód swojego stanowiska Odwołujący przedstawił wydruk, jak twierdził - z wiadomości e-mail od firmy Ingersoll-Rand (strona 32 z 38) prezentujący parametry sprężarek typ Centac C950 – C140MX3. W pkt 1 tabeli zawarto informację „zakres regulacji 7600-5300 Nm<sup>3</sup>/g @ 6.5 barg”. Na wydruku, poza stopką, brak jakiegokolwiek identyfikacji podmiotu, od którego wydruk ma pochodzić.

Natomiast na dowód stanowiska przeciwnego – iż Przystępujący zaoferował sprężarki odpowiadające wymogom SIWZ – załączono do przystąpienia do postępowania odwoławczego wydruk z wiadomości e-mail, wysłanej przez przedstawiciela firmy Ingersoll-Rand do Przystępującego, w której to wiadomości opisano parametry sprężarek typu Centac C950 - C155MX3, a z opisu tego wynika, że spełniają one wymagania Zamawiającego.

Na podstawie opisanych wyżej dokumentów złożonych w sprawie, Izba ustaliła, że zaoferowane przez Przystępującego sprężarki są zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Pomijając nawet niespójności w wydruku złożonym przez Odwołującego i jego wartość dowodową (niepodpisany wydruk bez możliwości przypisania mu skonkretyzowanego pochodzenia), Izba zauważyła, że Odwołujący opierał swoje stanowisko na wskazywaniu cech sprężarek typ Centac C950 – C140MX3. Natomiast Przystępujący w ofercie zaoferował sprężarki typu Centac C950 - C155MX3 (strona 4 oferty, pozycja nr 4 załącznika nr 2). Tak więc przedstawione przez obie Strony stanowiska nie muszą być ze sobą sprzeczne, lecz dotyczą innego modelu sprężarek.

Reasumując, Izba uznała za przesądzające o okoliczności, iż Przystępujący zaoferował sprężarki zgodne z wymaganiami Zamawiającego, oświadczenie (wiedzy) zawarte w informacji przedstawiciela firmy Ingersoll-Rand, załączone do przystąpienia do odwołania, a tym samym uznała, iż w zakresie sprężarek oferta Przystępującego jest zgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący podnosił również negatywne konsekwencje ekonomiczne zastosowania 4 sztuk sprężarek powietrza transportowego przez Przystępującego, jednak Izba nie stwierdziła niezgodności z SIWZ w tym zakresie – jak zauważył Zamawiający na rozprawie, inwestycja ma zostać zaprojektowana i zrealizowana przez przyszłego wykonawcę, a oferta Przystępującego – nawet z zastosowaniem „nieekonomicznych” sprężarek i tak jest o ok. 7 mln zł. tańsza od oferty Odwołującego.

Wobec powyższego, Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 89 ust.1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych i 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 do kwoty 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 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 **Jeleniej Górze**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....