

Warszawa, 05.05.2008 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie
V Wydział Cywilny
Al. Solidarności 127
00-951 Warszawa

UZP / DP/9726/08

Skarżący:

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
00-522 Warszawa, Al. Szucha 2/4

Strona przeciwna skargi:

- 1) Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad
00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59 (zamawiający)
- 2) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie
zamówienia – konsorcjum firm:
 - Thales Transportation Systems S.A.
z siedzibą we Francji, Chemin Des Bordes
91220 Le Plessis Pate
 - Alcatel-Lucent Polska S.A.
z siedzibą w Warszawie
(pełnomocnik konsorcjum)
02-697 Warszawa, ul. Rzymowskiego 53
- 3) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie
zamówienia – konsorcjum firm:
 - Strabag Sp. z o.o
03-472 Warszawa, ul. B. Brechta 7
 - EGIS Projects S.A
z siedzibą we Francji, 11 av. du Centre, Saint
Quentin en Yvelines, 78286 Guyancourt
(pełnomocnik konsorcjum)
adres do korespondencji:
Egis Projects Polska Sp. z o.o. (p. Frederic
Nicolon), 00-372 Warszawa, ul. Foksal 18

Skarga na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 280/08

Działając na podstawie art. 195 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą”, zaskarżam w całości wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn.

akt KIO/UZP 280/08, uwzględniający odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne na „Zaprojektowanie i wykonanie dostosowania autostrady A4 Wrocław-Katowice, na odcinku Wrocław-Sośnica, do standardów autostrady płatnej i do poboru opłat”, tj. Alcatel-Lucent Polska S.A. (pełnomocnik wykonawców) oraz Thales Transportation Systems S.A., od rozstrzygnięcia przez zamawiającego, tj. Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, przy ul. Żelaznej 59, protestu z dnia 12 marca 2008 r., i nakazujący dokonanie ponownej czynności oceny ofert.

Wyrokowi powyższemu zarzucam:

- I. sprzeczność ustaleń faktycznych, na których oparto rozstrzygnięcie, z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez bezpodstawne przyjęcie, że treść oferty złożonej przez Konsorcjum firm: EGIS Project S.A. i Strabag Sp. z o.o. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków przedmiotowego zamówienia publicznego,**
- II. sprzeczność ustaleń faktycznych, na których oparto rozstrzygnięcie, z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez bezpodstawne przyjęcie, że zaproponowany w ofercie złożonej przez Konsorcjum firm: EGIS Project S.A. i Strabag Sp. z o.o. Okres Wsparcia i Utrzymania wynosi nie 36, lecz 38 miesięcy,**
- III. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na bezpodstawnym uznaniu, iż oferta złożona przez Konsorcjum firm: EGIS Project S.A. i Strabag Sp. z o.o. podlega odrzuceniu z powołaniem się na ów przepis,**
- IV. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na bezpodstawnym uznaniu, iż w toku przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne zamawiający,**

tj. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, dopuścił się nierównego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe, na podstawie art. 196 ust. 1 w zw. z art. 198 ust. 2 zd. 2 ustawy wnoszę o:

- **uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie odwołania Alcatel-Lucent Polska S.A. oraz Thales Transportation Systems S.A. jako niezasadnego,**
- **obciążenie odwołującego się kosztami postępowania skargowego oraz postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą.**

UZASADNIENIE

I. Wyrokiem z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 280/08) Krajowa Izba Odwoławcza (dalej – KIO) uwzględniła odwołanie złożone przez Alcatel-Lucent Polska S.A. (pełnomocnik wykonawców) oraz Thales Transportation Systems S.A. w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie i wykonanie dostosowania autostrady A4 Wrocław-Katowice, na odcinku Wrocław-Sośnica, do standardów autostrady płatnej i do poboru opłat” i nakazała zamawiającemu, tj. Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, dokonanie ponownej czynności oceny złożonych w owym postępowaniu ofert.

KIO podzieliła jeden z trzech zarzutów wspomnianego odwołania, dotyczący niezgodności treści oferty Konsorcjum firm: EGIS Project S.A. i Strabag Sp. z o.o. (dalej – Konsorcjum EGIS) z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w zakresie zaoferowania długości Okresu Wsparcia i Utrzymania.

Zdaniem KIO, „Okres Wsparcia i Utrzymania został (...) określony przez Zamawiającego dwoma postanowieniami siwz jako:

- 1) okres nie dłuższy niż 36 miesięcy oraz
- 2) okres stanowiący różnicę pomiędzy 60 miesiącami a Czasem na Ukończenie Robót zaproponowanym przez Wykonawcę w ofercie (formularz 2.1).

Stosownie do zaskarżonego wyroku, (...) w ofercie Konsorcjum EGIS (str. 0009 oferty) na wymaganym formularzu 2.1 w zakresie Czasu na Ukończenie Robót (warunek 1.1.3.3.) wykonawca zaproponował okres 22 miesiące od daty rozpoczęcia robót, natomiast w pozycji Okres Wsparcia i Utrzymania wykonawca pozostawił zapis wynikający z formularza Zamawiającego (60 miesięcy minus czas na Ukończenie zgodnie z Ofertą Wykonawcy). Powyższe ustalenia – zgodnie również z postanowieniami siwz – wskazują, że Konsorcjum EGIS zaoferowało 38 miesięczny Okres Wsparcia i Utrzymania (...).

Jak oceniła KIO, (...) zaproponowany przez Konsorcjum EGIS okres Wsparcia i Utrzymania nie jest zgodny z przywołanym wymogiem siwz (rozdz. 1 pkt 6 Instrukcji dla wykonawców) co do konieczności zaoferowania tego Okresu nie dłuższego niż 36 miesięcy. Tym samym, Konsorcjum to złożyło ofertę niezgodną wprost z wymogiem siwz co do treści oferty, a więc oferta ta powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (...).

Jak dowodziła KIO, wskazanie zatem w innym miejscu oferty (str. 216 – Matryca Zgodności pkt 6 oraz Harmonogram Realizacji Projektu str. 207) Okresu Wsparcia i Utrzymania jako 36 miesięcy, nie ma w tym zakresie znaczenia, skoro dla umowy wiążące będzie postanowienie zawarte w formularzu ofertowym 2.1. (...).

Skład orzekający Izby uznał, że we wskazanym zakresie jednoznaczne były zapisy siwz wprowadzone przez Zamawiającego, że faktycznie Okres Wsparcia i Utrzymania nie może być dłuższy niż 36 miesięcy, a tym samym czas Ukończenia Robót faktycznie nie mógłby być krótszy niż 24 miesiące. (...).

KIO ustaliła, że w oparciu (...) o te sztywne warunki co do terminów realizacji przedmiotu zamówienia wykonawcy na równych zasadach i działając w dobrej wierze, złożyli swoje oferty w postępowaniu. Odmienna ocena zapisów w siwz na etapie oceny ofert przez Zamawiającego doprowadziła do preferencyjnego traktowania jednego z wykonawców – Konsorcjum EGIS – a tym samym gorsze traktowanie dwóch pozostałych wykonawców, składających swoje oferty zgodnie z wymogami siwz (...).

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby ustalił, że w niniejszym postępowaniu doszło przede wszystkim do nierównego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne, tj. do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, jak również w drugiej kolejności do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty, której treść jest sprzeczna z treścią siwz”.

Z powyższym stanowiskiem KIO nie można się zgodzić.

II.1. Przede wszystkim wskazać należy, iż – stosownie do art. 36 ust. 1 ustawy – specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zawierać m.in:

- termin wykonania zamówienia (pkt 4 powołanego przepisu),
- opis sposobu przygotowania ofert (pkt 10 tego przepisu).

W pkt 6 rozdziału 1 specyfikacji istotnych warunków przedmiotowego zamówienia („Instrukcja dla wykonawców”), zatytułowanym „Termin realizacji przedmiotu zamówienia”, Zamawiający stwierdził, iż „wymaga, aby przedmiot zamówienia został zrealizowany w terminie 5 lat od daty rozpoczęcia, w tym:

- Czas na Ukończenie Robót – zgodnie z ofertą Wykonawcy, nie dłużej jednak niż 30 miesięcy;
- Czas Wsparcia i Utrzymania – zgodnie z załącznikiem do Oferty, nie dłużej jednak niż 36 miesięcy.”

Pkt 7 tejże Instrukcji zawiera opis sposobu przygotowania ofert. Zgodnie z pkt 7.2., „oferta powinna zawierać wypełniony Formularz „Oferta” oraz niżej wymienione dokumenty:

- (...)
- 7.2.2. Załącznik do Oferty (Formularz 2.1),
- (...)
- 7.2.6. Program Realizacji Przedmiotu Zamówienia (Formularz 2.5) w formie graficznej z wyszczególnieniem kamieni milowych i ich powiązania z

poszczególnymi sekcjami oraz uwzględniający terminy, o których mowa w pkt 6.

- (...).
- 7.2.8. Matrycę Zgodności (Formularz 2.7)''.

W pkt 7.3. Instrukcji Zamawiający podkreślił, iż „oferta oraz pozostałe dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy zamieszczonych w Rozdziale 2 Tomu I, powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami co do treści oraz opisu kolumn i wierszy”.

Punktowi 4 „Formularza Oferty”, o którym mowa w powołanym pkt 7.2. Instrukcji, została nadana następująca treść: „ZOBOWIĄZUJEMY SIĘ do wykonania zamówienia w zakresie Ukończenia Robót w terminie _____ miesięcy od dnia zawarcia umowy”, z pozostawionym wolnym miejscem przed słowem „miesiące” dla wpisania przez wykonawcę odpowiedniej liczby.

Formularzowi 2.1. („Załącznik do oferty”) została nadana postać tabeli, nad którą znalazło się zastrzeżenie o następującej treści: „Uwaga: Wykonawcy winni wypełnić miejsca wykropkowane”. Pozycja określona jako „Czas na Ukończenie Robót” opisana została w tym Formularzu jako „Ukończenie wszystkich zainstalowanych i uruchomionych elementów robót oraz przekazanie Zamawiającemu w stanie gotowym do przejęcia kontroli przez Zamawiającego: X miesięcy od daty rozpoczęcia robót (ilość miesięcy zgodnie z Ofertą Wykonawcy)”, natomiast w pozycji „Okres Wsparcia i Utrzymania” – został umieszczony zapis: „60 miesięcy minus Czas na Ukończenie zgodnie z ofertą Wykonawcy”; w tym drugim przypadku Zamawiający nie przewidział samodzielnego określenia przez wykonawców deklarowanego okresu wsparcia i utrzymania, o czym świadczy brak miejsc wykropkowanych czy choćby symbolu „X”, jak miało to miejsce przy pierwszym z wymienionych warunków.

Zamawiający ograniczył zatem do pewnego stopnia swobodę wykonawców w zakresie formy składanych przez nich ofert, przygotowując wiążący ich wzór oferty i – w pewnej części – załączników do oferty, oraz w zakresie zawartości merytorycznej, zakreślając maksymalne terminy realizacji całego zamówienia i poszczególnych jego

etapów, definiując jednocześnie szczegółowo zakresy pojęciowe owych etapów. Terminy realizacji całego zamówienia i poszczególnych jego etapów zadeklarowane przez wykonawców nie mogły przekroczyć wartości granicznych zakreślonych przez Zamawiającego.

W związku z powyższym, bez względu na długość zadeklarowanego przez wykonawcę „Czasu na Ukończenie Robót”, sposób określenia „Okresu Wsparcia i Utrzymania” zawarty w Formularzu 2.1. nie mógł ulec zmianie. Brak możliwości wprowadzenia jakichkolwiek modyfikacji do owego opisu uniemożliwił wykonawcom – w tym i Konsorcjum EGIS – złożenie w tym Formularzu wyraźnej i nie budzącej wątpliwości deklaracji co do długości trwania okresu wsparcia i utrzymania wynikającego ze złożonej oferty. W takiej sytuacji wykonawcy składający ofertę zasadnie mogli przypuszczać, że dla ustalenia zadeklarowanej przez nich długości trwania rzeczonoego okresu konieczne będzie – i zarazem wystarczające – złożenie odpowiedniego oświadczenia w tej części oferty, na treść której mieli wpływ, na przykład – w Programie Realizacji Przedmiotu Zamówienia czy też w Matrycy Zgodności.

Brak jest podstaw do podzielenia stanowiska KIO, iż nałożone przez Zamawiającego ograniczenia dotyczyły również wymaganej minimalnej długości trwania „Czasu na Ukończenie Robót”. W szczególności, brak jest podstaw do przyjęcia, że wykonawca nie mógł zadeklarować trwania tych robót przez okres krótszy niż 24 miesiące. Nawet jeśli z dialogu prowadzonego z wykonawcami i poprzedzającego zaproszenie do złożenia ofert wynikało, iż minimalny realny czas na wykonanie zamówienia w zakresie realizacji robót wynosi 24 miesiące, to okoliczność ta nie znalazła odzwierciedlenia w dokumentacji przetargowej, przede wszystkim – w siwz i załącznikach do niej, w związku z czym nie może mieć żadnego wpływu na wynik oceny zgodności oferty Konsorcjum EGIS z treścią specyfikacji istotnych warunków przedmiotowego zamówienia. Co więcej, przyjęcie założenia o niezmienności okresu realizacji robót oznaczałoby w istocie brak możliwości złożenia przez wykonawców konkurencyjnych ofert w tym zakresie czemu przeczy treść Formularza 2.1. („Załącznik do oferty”) o potrzebie samodzielnego określenia przez

wykonawcę ilości miesięcy przeznaczonych na „Ukończenie wszystkich zainstalowanych i uruchomionych elementów robót oraz przekazanie Zamawiającemu w stanie gotowym do przejścia kontroli przez Zamawiającego. Ponadto, deklarowana przez wykonawców ilość miesięcy przeznaczonych na ukończenie robót miała bezpośrednie przełożenie na punktację w zakresie oceny ofert (kryterium „czas realizacji” któremu Zamawiający przypisał 20% wagę). Zasadne zatem jest twierdzenie, że Zamawiający oczekiwał zróżnicowania deklaracji wykonawców co do liczby miesięcy przeznaczonych na wykonanie robót i to w odniesieniu do skrócenia okresu 24 miesięcznego, a Konsorcjum EGIS, w ramach dozwolonej konkurencji oraz przedstawionych przez zamawiającego wymagań, przedstawiło konkurencyjną ofertę.

Za nieuprawniony przy tym uznać należy wniosek, iż – w przypadku skrócenia „Czasu na Ukończenie Robót” poniżej 24 miesięcy – automatycznie „Okres Wsparcia i Utrzymania” zostaje wydłużony powyżej 36 miesięcy, przy czym istotna jest deklaracja samego wykonawcy w tym zakresie. Dlatego też nie można zgodzić się ze stanowiskiem KIO prezentowanym w zaskarżonym wyroku, zgodnie z którym wskazanie (...) w innym miejscu oferty (str. 216 – Matryca Zgodności pkt 6 oraz Harmonogram Realizacji Projektu str. 207) Okresu Wsparcia i Utrzymania jako 36 miesięcy, nie ma w tym zakresie znaczenia, skoro dla umowy wiążące będzie postanowienie zawarte w formularzu ofertowym 2.1.”. Zarówno Matryca Zgodności, jak i Program Realizacji Przedmiotu Zamówienia stanowią, stosownie do postanowień pkt 7.2. „Instrukcji dla oferentów”, załączniki do składanych w przedmiotowym postępowaniu ofert i dotyczą w równym stopniu oświadczenia woli wykonawcy. Zgodnie z deklaracją zamawiającego „Oferta wraz z Załącznikami” (a więc również z załącznikami 2.5. i 2.7., a nie tylko z załącznikiem 2.1.), stosownie do propozycji Formularza Umowy („Warunki Kontraktu i Formularz Umowy”, Rozdział 1), „będzie uważana za stanowiącą część Kontraktu”. Całkowite pominięcie zatem przez KIO treści załączników 2.5. i 2.7. do oferty Konsorcjum EGIS, jako podstawy interpretacji oświadczenia woli konsorcjum, w których wykonawca ten wyraźnie zadeklarował 36 - miesięczny „Okres Wsparcia i Utrzymania”, uznać należy za niedopuszczalne.

Konsorcjum EGIS zastosowało się do ograniczeń nałożonych przez Zamawiającego w pkt 7 „Instrukcji dla wykonawców”: złożyło ofertę na „Formularzu Oferty”, załączając do niej odpowiednio uzupełnione – zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i w takim zakresie, w jakim uzupełnienia takie były dopuszczalne – dokumenty wymienione w pkt 7.2. „Instrukcji dla wykonawców”.

I tak:

- 1) w pkt 4 „Formularza Oferty” Konsorcjum EGIS zobowiązało się do wykonania zamówienia w zakresie Ukończenia Robót w terminie 22 miesięcy od dnia zawarcia umowy (*vide* str. 0001 oferty); jednocześnie, w pkt 2 tego Formularza oświadczyło, iż zapoznało się z siwz i że uznaje się za związane określonymi w niej postanowieniami,
- 2) w Formularzu 2.1. („Załącznik do Oferty”) w opisie warunku „Czas na Ukończenie Robót” zawarto postanowienie następującej treści: „Ukończenie wszystkich zainstalowanych i uruchomionych elementów robót oraz przekazanie Zamawiającemu w stanie gotowym do przejęcia kontroli przez Zamawiającego: 22 miesiące od daty rozpoczęcia robót (ilość miesięcy zgodnie z Ofertą Wykonawcy)”; opis „Okresu Wsparcia i Utrzymania” nie został zmodyfikowany – wykonawca pozostawił go w brzmieniu nadanym mu przez Zamawiającego (*vide* str. 0009 oferty),
- 3) w Programie Realizacji Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym załącznik do Formularza 2.5., pod poz. 317 (*vide* str. 0207 oferty) znalazło się zadanie o nazwie „Okres wsparcia i utrzymania 36 miesięcy”,
- 4) w pkt 5 i 6 „Matrycy zgodności”, stanowiącej załącznik do Formularza 2.7., wykonawca poprzez oznaczenie odpowiedniej opcji znakiem „X” potwierdził, iż „Czas na Ukończenie robót” ma być zgodny z jego ofertą, tj. wynosić ma 22 miesiące, „Okres Wsparcia i Utrzymania” zaś ma nie być dłuższy niż 36 miesięcy (*vide* str. 0219 oferty).

Z powyższego wynika zatem w sposób nie budzący wątpliwości, iż Konsorcjum EGIS zadeklarowało w swej ofercie, że „Czas na Ukończenie Robót” trwać będzie 22 miesiące, „Okres Wsparcia i Utrzymania” zaś – 36 miesięcy, co daje

łącznie 58 miesięcy. Tym samym oferta ta spełnia warunek, o którym mowa w pkt 6 „Instrukcji dla wykonawców” (realizacja zamówienia nie dłużej niż 60 miesięcy). Odmienne odczytanie rzeczony oferty, a szczególnie w sposób, w jaki uczyniła to KIO w skarżonym wyroku, tzn. w sposób jednoznacznie sprzeczny z wolą wyrażoną w ofercie przez wykonawcę, uznać należy za nieuprawnione, gdyż każda oferta składana w postępowaniu o zamówienie publiczne stanowi całość wraz ze wszystkimi dotyczącymi jej treści załącznikami, i jako taka właśnie całość powinna być odczytywana.

Ograniczenie analizy treści oferty złożonej przez Konsorcjum EGIS wyłącznie do Formularza 2.1., uznać należy zatem za niedopuszczalne. Na skutek pominięcia przy swej ocenie innych dokumentów wchodzących w skład oferty Konsorcjum EGIS, a w szczególności tych, w których wyraźnie wskazano, że „Okres Wsparcia i Utrzymania” ma trwać 36 miesięcy, KIO bezpodstawnie uznała, że zadeklarowany przez to Konsorcjum czas trwania owego Okresu wynieść miał 38 miesięcy, choć w żadnym miejscu oferty nie została zamieszczona wyraźna deklaracja w takim kształcie. Cały wywód KIO uzasadniający podjęte rozstrzygnięcie został oparty jedynie na treści jednego z opisów Formularza 2.1., co do którego Zamawiający nie przewidywał zróżnicowania w ofertach, z pominięciem tych zapisów, które umożliwiały wykonawcom przedstawienie zróżnicowanych propozycji.

Należy podkreślić, iż wszelkie nieścisłości i brak spójności w zapisach siwz nie powinny obciążać wykonawców, którzy biorą udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wielokrotnie dawały temu wyraz sądy okręgowe rozpatrujące skargi na orzeczenia zespołu arbitrów, zespoły arbitrów, jak i Krajowa Izba Odwoławcza. W wyroku z dnia 28 kwietnia 2006 r., sygn. akt II Ca 455/06 (publ. - www.uzp.gov.pl/prawo_krajowe/orzecznictwo_sadowe/sady_okregowe) Sąd Okręgowy w Poznaniu wskazał, iż *przepis art. 38 ust. 1 ani żaden inny przepis tej ustawy nie nakłada na wykonawców obowiązku żądania wyjaśnień treści siwz w przypadku powstania jakichkolwiek niejasności, ani też nie wprowadza zasady obciążenia wykonawcy negatywnymi skutkami braku żądania wyjaśnień, nawet w przypadku gdy taka*

potrzeba obiektywnie istniała. W wyroku z dnia 2 sierpnia 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2188/06) Zespół Arbitrów stwierdził, iż nie można czynić zarzutu odwołującemu sprzeczności treści oferty z treścią siwz, gdy w samej dokumentacji postępowania zachodzą sprzeczności. W tym wypadku należy interpretować je na korzyść odwołującego. Podobnie, w wyroku z dnia 22 listopada 2005 r., sygn. akt: V Ca 659/05 Sąd Okręgowy w Warszawie uznał, iż negatywnych skutków dla oferenta nie może wyrzec niedookreślenie przez zamawiającego pojęcia użytego w siwz. Natomiast KIO w wyroku zaś z dnia 6 marca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 151/08) uznała, że konsekwencje czynności zamawiającego polegających na takim redagowaniu dokumentów postępowania, że nie są one spójne ze sobą nie mogą obciążać wykonawców, którzy zastosowali się do ich literalnego brzmienia.

Mając na względzie powyższe należy uznać, że treść oferty złożonej przez Konsorcjum EGIS Project i Strabag Sp. z o.o. odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków przedmiotowego zamówienia publicznego, a co za tym idzie - odrzucenie tej oferty z przyczyn wskazanych w skarżonym wyroku nie jest uzasadnione i nie zachodzi konieczność powtórzenia czynności oceny ofert z wyłączeniem owej oferty.

II.2. Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Oferta nieodpowiadająca specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennosc ta może dotyczyć zarówno samego przedmiotu zamówienia, jak też sposobu jego realizacji.

Jak wykazano powyżej, oferta Konsorcjum EGIS złożona w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne nie jest sprzeczna z treścią siwz, ale z nią zgodna (przy uwzględnieniu ewentualnych wątpliwości na korzyść wykonawcy). Wszystkie wymagania Zamawiającego – zarówno co do formy, jak i treści – oferta ta spełniła. Okoliczności podniesione przez KIO w skarżonym wyroku nie dają podstaw do przyjęcia w tym zakresie odmiennego stanowiska. A zatem, brak jest podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum EGIS na podstawie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i brak

jest podstaw do uznania w tym zakresie odwołania Alcatel-Lucent Polska S.A. oraz Thales Transportation Systems S.A. za uzasadnione.

II.3. Nie znajduje również uzasadnienia ustalenie dokonane przez KIO w zaskarżonym wyroku, że w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne „doszło (...) do nierównego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne, tj. do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy”. W szczególności, nie można uznać, iż podstawę do powoływania się na naruszenie przywołanego przepisu stanowić może przyjęte przez KIO założenie, że pozostałych dwóch wykonawców składających oferty w postępowaniu, sklasyfikowanych na drugiej i trzeciej pozycji w rankingu oceny ofert złożyłoby bardziej korzystne dla Zamawiającego oferty pod względem terminu realizacji robót (poniżej 24 miesięcy) wydłużając tym samym Okres Wsparcia i Utrzymania i uzyskując w tym zakresie większą liczbę punktów. Nie można czynić zamawiającemu zarzutu z powodu nie złożenia przez pozostałych wykonawców ofert, które wykorzystywałyby zapisy Formularza 2.1 siwz dla przedstawienia konkurencyjnych propozycji. Nie można również czynić zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy z powodu uznania za najkorzystniejszą oferty, która takie zapisy w dozwolonym specyfikacją zakresie wykorzystywała. Tym bardziej, że wykonawcy nie podnosili argumentu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy związanego z zaproponowanymi przez zamawiającego zapisami siwz.

Nie sposób jednocześnie doszukać się w przedmiotowym postępowaniu innych okoliczności, które mogłyby świadczyć o nierównym traktowaniu wykonawców przez Zamawiającego, a co za tym idzie brak jest podstaw do przyjęcia, że w postępowaniu, którego dotyczy zaskarżony wyrok, doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając powyższe na względzie stwierdzić należy, iż wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 280/08) wydany został niezgodnie z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, jak również z rażącym naruszeniem art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

Prawo zamówień publicznych, a co za tym idzie – niniejsza skarga jest konieczna i zasadna.

Na marginesie powyższych rozważań podkreślenia wymaga, iż należy w pełni podzielić argumentację KIO w zakresie oddalenia pozostałych zarzutów podniesionych w rozpatrzonym przez nią odwołaniu Alcatel-Lucent Polska S.A. oraz Thales Transportation Systems S.A., jednakże brzmienie sentencji skarżonego wyroku z dnia 14 kwietnia 2008 r. („uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie ponownej czynności oceny ofert”) zmusza do zaskarżenia rzeczzonego wyroku w całości, a nie tylko w części dotyczącej zarzutu uwzględnionego przez KIO.

P R E Z E S
Urzędu Zamówień Publicznych
Jacek Sadowy

Załączniki:

- a) dowody przekazania odpisów niniejszej skargi stronom przeciwnym skargi:
 - zamawiającemu – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie
 - Alcatel – Lucent Polska S.A. w Warszawie (pełnomocnikowi konsorcjum)
 - Egis Projects Polska Sp. z o.o. w Warszawie (pełnomocnikowi konsorcjum)
- b) odpis aktu powołania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na zajmowane stanowisko

Jed
05.05.08
NACZELNIK WYDZIAŁU
Opieki, Ochrony i Bezpieczeństwa
Departamentu Praw
Hafsi Fedzi
5.05.2008
J.P.
05.05.2008