

POSTANOWENIE
z dnia 4 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Agnieszka Bartczak-śuraw

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 4 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A Holding, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego „Koltar” sp. z o.o., ul. Kwiatkowskiego 8, 33-101 Tarnów** przy udziale wykonawcy **Newag S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A Holding, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A Holding, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** tytułem wpisu od odwołania.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Tarnowie**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego „Koltar” sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kwiatkowskiego 8, 33-101 Tarnów, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”), którego przedmiotem jest: „Modernizacja dwóch lokomotyw spalinowych serii SM42”. Wartość przedmiotowego zamówienia oszacowano na kwotę wyższą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2011/S 70- 113634 w dniu 9 kwietnia 2011 r.

W dniu 19 kwietnia 2011r. odwołujący – **Pojazdy Szynowe PESA S.A. Holding** z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz, wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), zarzucając zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy Pzp:

1) pkt II.3) ogłoszenia o zamówieniu, postanowienia Rozdziału V SIWZ, Załącznika nr 2 do SIWZ - § 2 ust. 2 lit a, b, c, Załącznika nr 3 do SIWZ - pkt II - naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy

Pzp poprzez wskazanie w tych postanowieniach terminu wykonania umowy w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący wskazywał, iż termin wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z pkt II.3) ogłoszenia o zamówieniu wynosi 77 dni od daty udzielenia zamówienia (przez co należy rozumieć zawarcie umowy), a zgodnie z Rozdziałem V SIWZ, Załącznikiem nr 2 do SIWZ - § 2 ust. 2 lit a, b, oraz Załącznikiem nr 3 do SIWZ - pkt II wynosi 77 dni od dnia przekazania lokomotyw przez zamawiającego, przy czym pierwsza z lokomotyw miałyby być przekazana w terminie 7 dni od daty zawarcia umowy. Dodatkowo w Rozdziale V, Załączniku nr 2 do SIWZ - § 2 ust. 2 lit. c oraz Załączniku nr 3 do SIWZ - pkt II całość zamówienia powinna być wykonana w terminie do 31 grudnia 2011 r. Odwołujący podnosił, że podzespoły do wykonania modernizacji, takie jak silnik spalinowy, prądnica główna dostarczane są w terminach od 8 do 10 miesięcy od zamówienia. Ustalenie tak krótkiego terminu wskazuje, że zamawiający preferuje w postępowaniu wykonawcę, który aktualnie posiada te zespoły „na półce w magazynie”. Odwołujący wskazywał, że wartość silnika spalinowego i głównych

3

podzespołów wynosi ok. 300.000 Euro i zespoły takie są zamawiane pod konkretną umowę zawartą z klientem, a wykonawcy nie kupują ich na zapas, szczególnie że zamówienia na modernizację lokomotyw nie są szczególnie częste. Jedyną sytuacją, w której wykonawca posiada takie podzespoły „na półce w magazynie” lub może otrzymać je szybciej niż w wyżej wskazanym terminie ma miejsce wówczas, gdy jest on w trakcie realizacji innego podobnego zamówienia. W takiej sytuacji znajduje się obecnie tylko jeden podmiot na rynku jest to spółka NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu. Spółka ta jest w trakcie wykonywania modernizacji 21 lokomotyw dla PKP CARGO S.A. oraz uzyskała zamówienie na modernizację kolejnych 100 sztuk. Pozostali uczestnicy rynku czyli odwołujący oraz Fablok S.A. w Chrzanowie nie mają tak korzystnej sytuacji, co oznacza, że w praktyce nie są w stanie wziąć udziału w postępowaniu i wykonać zamówienia na warunkach ustalonych przez zamawiającego. Jednoznaczny jest też, zdaniem odwołującego, wniosek, że poprzez takie ukształtowanie postanowień umowy zamawiający preferuje NEWAG S.A. jako potencjalnego wykonawcę, a zatem narusza zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu oraz uczciwej konkurencji, bo bez wątpienia nie może być o niej mowy jeżeli postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ są napisane pod określony podmiot na rynku znajdujący się w korzystniejszej od pozostałych sytuacji ocenianej w kontekście konkretnego postępowania. 2) pkt III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu, Rozdział VI SIWZ ust. 1 pkt 1.8. lit. c) - naruszenie art. 7 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu w sposób wykluczający możliwość uczestniczenia w postępowaniu o udzielenia zamówienia podmiotów, które choć spełniają wymóg posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia nie będą mogły wziąć udziału w postępowaniu oraz dokonanie opisu sposobu oceny spełnienia tego warunku w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz naruszenie § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”) poprzez sformułowanie warunku i opisu jego spełniania w sposób niezgodny z tym przepisem. Odwołujący podnosił, iż zamawiający w Rozdziale VI ust. 1 pkt 1.8. lit c) SIWZ wskazał, że: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali modernizacje co najmniej dwóch lokomotyw spalinowych manewrowych jednokabinowych, przy czym modernizacja polegała przynajmniej na wymianie agregatu prądowłórczego i systemu sterowania na nowy.

4

Posiadają bezterminowe świadectwo typu na przedmiot modernizacji. Przynajmniej jedna zmodernizowana lokomotywa powinna być eksploatowana w normalnych warunkach pracy przez minimum 2 lata, przy czym Wykonawca powinien przedłożyć dokument stwierdzający, że zamówienie zostało wykonane należycie.” Na potwierdzenie spełnienia tak opisanego warunku w pkt III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający zażądał przedłożenia:

1) wykazu wykonanych (w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) modernizacji co najmniej dwóch lokomotyw spalinowych manewrowych jednokabinowych, przy czym modernizacji polegała przynajmniej na wymianie agregatu prądotwórczego i systemu sterowania na nowy. Przynajmniej jedna zmodernizowana lokomotywa powinna być eksploatowana w normalnych warunkach pracy przez minimum dwa lata, przy czym Wykonawca powinien przedłożyć dokument stwierdzający, że zamówienie zostało wykonane należycie, 2) dowodu posiadania przez wykonawcę bezterminowego świadectwa typu na przedmiot zamówienia. W ocenie odwołującego, tak sformułowany warunek doświadczenia narusza wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, albowiem w sposób zupełnie nieuzasadniony - tak względami technologicznymi, jak i interesem samego zamawiającego - wyklucza z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy choć posiadają wiedzę i doświadczenie potrzebne do wykonania zamówienia to jednak w okresie ostatnich 3 latach nie zrealizowali usług objętych przedmiotem zamówienia w ilości 2 sztuk. Warunek ilości wykonanych usług jest identyczny z ilością zamawianych usług będących przedmiotem zamówienia, co w nieuzasadniony sposób wyłącza z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy wykonywali takie usługi w ilościach mniejszych niż oczekiwana i to w odniesieniu do bardzo szczegółowo opisanej lokomotywy, chociaż w tym czasie wykonali szereg innych modernizacji lokomotyw swym zakresem odpowiadających zakresowi modernizacji opisanemu przez zamawiającego. Zdaniem odwołującego zupełnie niezrozumiały i dodatkowo ograniczający konkurencyjność postępowania jest wskazany warunek „eksploatacji co najmniej jednej lokomotywy przez okres minimum dwóch lat”. Oznacza on w istocie, że udział w postępowaniu mogą wziąć tylko podmioty, które wykonały co najmniej jedną usługę najpóźniej dwa lata przed terminem wszczęcia postępowania (a prawidłowo powinno być przed upływem terminu składania ofert). Wskazywał, że tak sformułowany warunek spełnia wyłącznie NEWAG S.A., który wykonał lokomotywy dla PKP CARGO S.A. i Huty Częstochowa i może się wykazać ich eksploatacją przez okres co najmniej dwóch lat. Odwołujący się tymczasem wykonał modernizację jednej lokomotywy spalinowej manewrowej jednokabinowej, przy czym modernizacji polegała przynajmniej na wymianie agregatu prądotwórczego i systemu sterowania na nowy, a lokomotywa ta jest eksploatowana od roku. Odwołujący podnosił, że posiada bardzo szerokie doświadczenie na

5

wielu polach związanych z produkcją i naprawami pojazdów szynowych takich, jak elektryczne zespoły trakcyjne, lokomotywy spalinowe oraz elektryczne czy spalinowe zespoły trakcyjne. Odwołujący podkreślał, że jako podmiot, który zatrudnia blisko 2,5 tys. pracowników (w tym 1910 pracowników produkcyjnych) i posiada niezbędne wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia, albowiem corocznie naprawia lub modernizuje ok. 65 lokomotyw spalinowych. Co więcej odwołujący w okresie ostatnich trzech lat wyprodukował ok. 81 sztuk, w tym 41 na rynek włoski, nowych spalinowych zespołów trakcyjnych, czyli „spalinowych lokomotyw pasażerskich” znacznie bardziej skomplikowanych technologicznie od lokomotyw spalinowych manewrowych jednokabinowych. i z całą pewnością jest w stanie sprostać wykonaniu zamówienia dla zamawiającego. W tym miejscu należy zwrócić też uwagę, że zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, zamawiający może żądać wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zarówno warunek udziału w postępowaniu jak opis oceny spełnienia tego warunku są niezgodne ze wskazanym przepisem, albowiem zamawiający może żądać wykazu dostaw wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a nie jak to uczynił w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania. Odwołujący podnosił, iż zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem oraz poglądami doktryny Zamawiający może żądać od potencjalnych wykonawców doświadczenia w realizacji dostaw lub usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, ale nie musi to być doświadczenie tożsame. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1135/09 wskazano, iż „żądanie wykazania doświadczenia tożsamego z

przedmiotem zamówienia jest, co do zasady niedopuszczalne, łamie zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz w sposób nieuprawniony ogranicza krąg wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie". Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 września 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1241/09 wskazała także, iż „celem sformułowania warunku wymaganego doświadczenia jest dokonanie wyboru wykonawcy, który daje gwarancję należytego wykonania zamówienia i który posiada doświadczenie w realizacji zamówień o podobnym, ale niekoniecznie identycznym, tożsamym z przedmiotem zamówienia charakterze." W świetle przytoczonych wyżej argumentów oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej treść kwestionowanych postanowień ogłoszenia oraz SIWZ

6

dotyczących warunku udziału w postępowaniu oraz dokumentów, których zamawiający żąda na potwierdzenie jego spełnienia - uznać należy za niezgodną z ustawą Pzp, albowiem postawiony przez zamawiającego warunek doświadczenia ma charakter niekonkurencyjny eliminując możliwość wzięcia udziału w postępowaniu wykonawców, którzy dysponując odpowiednim doświadczeniem, zapleczem technicznym i wyszkolonym personelem byłiby w stanie należycie wykonać zamówienie.

3) Rozdział XVII SIWZ ust. 2 lit. b oraz ust. 5 - naruszenie art. 91 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ustanowienie kryterium oceny ofert dotyczącego właściwości wykonawcy. W Rozdziale XVII SIWZ ust. 2 lit. b zamawiający sformułował następujące kryterium oceny ofert: „D - posiadane doświadczenie wykonawcy, oceniane na podstawie ilości wykonanych modernizacji, potwierdzonych załączonymi do oferty referencjami spełniającymi wymogi, o których mowa w Rozdziale VI punkt 1.8. lit c SIWZ - waga 20 %, dodatkowo w ust. 5 nadając mu rangę kryterium priorytetowego. Zastosowanie powyższego kryterium jest niezgodne z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp albowiem dotyczy ono właściwości wykonawców.

4) Załącznik nr 1 do SIWZ: Zakres modernizacji lokomotywy spalinowej serii SM42: a) pkt 1 silnik spalinowy - wskazanie typu Caterpillar C27, b) pkt 7 Hamulec pneumatyczny - wskazanie typu 45ZL83, c) pkt 14 System sterowania i diagnostyki - Moris RV, d) pkt 18 Prędkościomierz elektroniczny - elektroniczny rejestrator zdarzeń EFA, 15e) pkt 19 Zabudowa radiotelefonu dwuzakresowego - (łączności manewrowej i pociągowej) - firmy PYRYLANDIA, zabudowana instalacja GPS - system firmy AKSEL ASP-2000, f) pkt 20 Urządzenia samoczynnego hamowania pociągu SHP i czuwaka CA - typ generatora EDA-3, typ czujnika ELM-2003, g) pkt 23 Układ pomiaru ilości i zużycia paliwa i zbiornik paliwa - typ urządzenia - system zużycia paliwa firmy AKSEL ASP-2000, sondy hydrostatyczne zabudowane w zbiorniku paliwa. Wymagania techniczne do modernizacji lokomotywy spalinowej serii SM42, h) pkt 5 ppkt 3, lp 3 tabeli - smarowanie obrzeży - system CENTRAC - naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a nadto naruszenie art. 29 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przy użyciu znaków towarowych lub wskazanie pochodzenia elementów składających się na przedmiot zamówienia, bez użycia wyrazów „lub równoważny". Zamawiający wbrew art. 29 ust. 2 ustawy Pzp dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a wbrew art. 29 ust. 3 ustawy Pzp opisał przedmiot zamówienia przy użyciu znaków towarowych lub wskazanie pochodzenia elementów składających się na przedmiot zamówienia, bez użycia wyrazów „lub równoważny". Opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję albowiem wskazane z nazwy zespoły i podzespoły odpowiadają tym, które w modernizowanych dla

7

PKP CARGO S.A. lokomotywach zastosował NEWAG S.A, która to spółka posiada prawa autorskie do dokumentacji modernizacji lokomotyw w zakresie określonym w SIWZ, która udzieliła licencji na korzystanie z niej PKP CARGO SA. Odwołujący miał możliwość zapoznania się z tą dokumentacją przy okazji przetargu prowadzonego przez PKP CARGO SA na modernizację 100 lokomotyw.

W związku z powyższym odwołujący żądał zmiany zakwestionowanych postanowień SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:

1) pkt II. 3) ogłoszenia o zamówieniu, postanowienia Rozdziału V SIWZ, Załącznika nr 2 do SIWZ - § 2 ust. 2 lit a, b, c, Załącznika nr 3 do SIWZ - pkt II, poprzez:

a) zmianę w pkt II. 3) ogłoszenia o zamówieniu, Rozdziale V SIWZ, Załączniku nr 2 do SIWZ - § 2 ust. 2 lit a i b, załączniku nr 3 do SIWZ - pkt 2 zd. 1, terminu wykonania umowy z 77 dni

od daty udzielenia zamówienia (tak w ogłoszeniu) lub od daty przekazania lokomotywy do modernizacji (tak w pozostałych ww. postanowieniach SIWZ) na jednolite „10 miesięcy od dnia udzielenia zamówienia”, b) skreślenie postanowień zawartych w Załączniku nr 2 do SIWZ - § 2 ust. 2 lit. c oraz Załączniku nr 3 do SIWZ - pkt 2 zd. 2

2) pkt III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu - poprzez zastąpienie opisu kwestionowanego dokumentu następującym: „wykaz wykonanych (w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) modernizacji co najmniej jednej lokomotywy spalinowej manewrowej jednokabinowej, przy czym modernizacja podlegała przynajmniej na wymianie agregatu prądotwórczego i systemu sterowania na nowy, przy czym wykonawca powinien przedłożyć dokument, że zamówienie zostało wykonane należyście”.

3) Rozdział VI ust. 1 pkt 1.8. lit. c) - poprzez zastąpienie kwestionowanego warunku następującym: „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali modernizacji co najmniej jednej lokomotywy spalinowej manewrowej jednokabinowej, przy czym modernizacji podlegała przynajmniej na wymianie agregatu prądotwórczego i systemu sterowania na nowy. Posiadają bezterminowe świadectwo typu na przedmiot modernizacji. Wykonawca powinien przedłożyć dokument stwierdzający, że zamówienie zostało wykonane należyście.”

4) Rozdział XVII SIWZ ust. 2 lit. b) oraz ust. 5 - poprzez skreślenie ust. 2 lit. b oraz ust. 5 oraz zmianę w ust. 2 lit. a wagi wskazanego tam kryterium ceny z 80 na 100 %.

5) Załącznik nr 1 do SIWZ: Zakres modernizacji lokomotywy spalinowej serii SM42:

8

1) Pkt 1. silnik spalinowy - skreślenie „typ Caterpillar C27”, skreślenie w ppkt „regulator obrotów elektroniczny” słowa „Caterpillar”.

2) Pkt 7. Hamulec pneumatyczny - skreślenie „typ 45ZL83” i wpisanie „hamulec pneumatyczny”.

3) Pkt 14. System sterowania i diagnostyki - skreślenie słów „Moris RV”, oraz zastąpienie w zd. 1 tekstu: „mocy silnika spalinowego CAT C27” następującym „mocy zastosowanego silnika spalinowego”.

4) Pkt 18. Prędkościomierz elektroniczny - dopisanie po „elektroniczny rejestrator zdarzeń EFA 15” słów „lub równoważny”

5) Pkt 19. Zabudowa radiotelefonu dwuzakresowego - (łączności manewrowej i pociągowej) - dopisanie po słowach „firmy PYRYLANDIA” oraz „system firmy AKSEL ASP-2000” słów „lub równoważny”.

6) Pkt 20. Urządzenia samoczynnego hamowania pociągu SHP i czuwaka CA -dopisanie po symbolach EDA-3 oraz ELM-2003 słów „lub równoważny”.

7) Pkt 23. Układ pomiaru ilości i zużycia paliwa i zbiornik paliwa - dopisanie po słowach „firmy AKSEL ASP-2000” słów „lub równoważny”. Wymagania techniczne do modernizacji lokomotywy spalinowej serii SM42

8) Pkt 5 ppkt 3, lp 3 tabeli - poprzez dopisanie po słowach „system CENTRAC” słów „lub równoważny”.

Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana faksem w dniu 19 kwietnia 2011r.

Zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania i wezwał wykonawców do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 21 kwietnia 2011r.

W dniu 22 kwietnia 2011 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu, ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz, wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Zamawiający na posiedzeniu złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania, ewentualnie odrzucenie odwołania, oraz o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

9

Informował, iż w dniu 2 maja 2011 r., uwzględniając częściowo argumentację odwołania, dokonał zmian ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, w tym w zakresie ujednolicenia terminu wykonania umowy, dostosowania treści pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu i Rozdziału VI ust. 1 pkt 8 lit. c do brzmienia § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów,

zmiany kryterium oceny ofert (zamiast doświadczenia - termin wykonania), dodanie słów „lub równoważny” w pkt 1, 7, 14, 18, 19, 20, 23, pkt 5 ppkt 3 lp tabeli 3, o czym przekazał wykonawcom informację faxem oraz zamieścił zmiany na stronie internetowej. Ustosunkował się też do zarzutów odwołania. Podnosił ponadto, iż w jego opinii, uwzględniając orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp, ponieważ zamawiający nie otrzymał kopii załączników powołanych w treści odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w tym pełnomocnictwa i odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego. W treści odpowiedzi na odwołanie podnosił również, iż nie jest podmiotem zobowiązanym do stosowania ustawy Pzp, a obowiązek jej zastosowania w niniejszym zamówieniu wynika jedynie z warunków dofinansowania narzuconych mu przez Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Krakowie (dalej „WFOŚiGW”). Warunkiem uzyskania dofinansowania było dokonanie wyboru wykonawcy na zasadach i w trybie ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację do postępowania, odwołanie, przystąpienie postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania oraz przedłożone na posiedzeniu dokumenty, ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wskazał jako rodzaj zamówienia dostawy, zaś przedmiot zamówienia scharakteryzował jako modernizację dwóch lokomotyw spalinowych serii SM42 i oznaczył kodem CPV 502210000. W pkt I.2) ogłoszenia o zamówieniu „Rodzaj instytucji zamawiającej i główny przedmiot lub przedmioty działalności” zaznaczył określenie „inne” ze wskazaniem odpowiednio „spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” i „transport kolejowy”. W pkt II.2.1) ogłoszenia o zamówieniu podał, iż wartość szacunkowa zamówienia bez VAT wynosi 5 700 000, 00 zł. Zgodnie z treścią odpowiedzi na odwołanie niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia jest jednym z etapów inwestycji zamawiającego (modernizacja dwóch lokomotyw SM420), która to inwestycja może uzyskać dofinansowanie przez WFOŚiGW na podstawie wniosku przedłożonego przez zamawiającego. Zamawiający posiada dwie decyzje o przyznaniu uchwałą Rady Nadzorczej WFOŚiGW pożyczki na modernizację odpowiednio lokomotywy spalinowej typu LS800 serii SM42 nr 2128 (uchwała Rady Nadzorczej WFOŚiGW Nr

10

196/2010 z dnia 10 listopada 2010 r., pożyczka w kwocie 2.391.200,00 zł, co stanowi 70% całkowitego kosztu zadania wynoszącego 3 416 000,00 zł z oprocentowaniem 4% rocznie) oraz modernizację lokomotywy spalinowej typu LS800 serii SM42 nr 7585 (uchwała Rady Nadzorczej WFOŚiGW Nr 22/2011 z dnia 25 marca 2011 r., pożyczka w kwocie 2.391.200,00 zł, co stanowi 69,43% całkowitego kosztu zadania wynoszącego 3 444 000,00 zł z oprocentowaniem 4% rocznie). Jednym z dokumentów wymaganych od podmiotu ubiegającego się o udzielenie pożyczki było oświadczenie o treści określonej przez pożyczkodawcę (WFOŚiGW), w którym wnioskodawca oświadczał, iż udzielanie zamówień, w całości lub w części opłacanych ze środków pozyskanych od WFOŚiGW w formie dotacji lub pożyczki nastąpi z zachowaniem warunków i trybów ustalonych dla udzielania zamówień publicznych, tj. zgodnie z ustawą Pzp. W oświadczeniu tym wskazywano, iż pożyczkobiorca przyjmuje do wiadomości, że warunkiem uruchomienia środków w ramach udzielonego dofinansowania jest przedstawienie przez pożyczkobiorcę pisemnego oświadczenia informującego o procedurze zastosowanej przy udzieleniu zamówienia, a WFOŚiGW może poprosić o przedłożenie do wglądu odpowiedniej dokumentacji, w szczególności protokołu z postępowania o zamówienie publiczne. Wymóg ten nie dotyczył zakupów jednostkowych i usług o wartości mniejszej niż 14000 euro. Wskazano, iż w przypadku stwierdzenia naruszenia zasad ustalonych ustawą Pzp WFOŚiGW może odmówić przekazania środków finansowych (kopia przedmiotowego oświadczenia podpisanego przez zamawiającego z dnia 20 października 2010 r. została przedłożona do akt sprawy). Zamawiający oświadczył, iż nie jest podmiotem objętym obowiązkiem stosowania ustawy Pzp, a jedynym powodem wszczęcia niniejszego postępowania w trybie tej ustawy jest wymóg postawiony przez WFOŚiGW obligujący go do wyłonienia wykonawcy zadania w trybie zgodnym z ustawą Pzp jako warunek uzyskania dofinansowania. Zamawiający jest osobą prawną – spółką kapitałową, której jedynym wspólnikiem jest spółka Zakłady Azotowe w Tarnowie - Mościcach S.A. (notowana na GPW, w której Skarb Państwa posiada około 53% akcji), z

której to spółki została w 2000 r. wydzielona. Zgodnie z oświadczeniem zamawiającego podstawowym przedmiotem jego działalności jest kolejowa obsługa spółki-matki, tj. obsługa manewrowa polegająca na przyjmowaniu składów pociągowych lub pojedynczych grup wagonów przyjeżdżających na teren bocznicy, rozrządzaniu pociągów tj. podstawianiu wagonów na punkty rozładunkowo-załadunkowe lub zabieraniu tych wagonów z punktów rozładunkowo-załadunkowych i włączaniu wagonów do składów pociągów. Oprócz tego świadczy przewozy licencjonowane towarów głównie na rzecz spółki-matki, zajmuje się również utrzymaniem bieżącym wagonów towarowych, ich naprawą, konserwacją i dzierżawą na rzecz Zakładów Azotowych w Tarnowie - Mościcach S.A. Jest użytkownikiem bocznicy, której właścicielem jest spółka- matka, jak również wykonuje przewozy towarowe

11

korzystając z infrastruktury kolejowej PKP PLK S.A., głównie na rzecz spółki-matki. Posiada m.in. licencję na wykonywanie przewozów kolejowych rzeczy oraz certyfikat bezpieczeństwa (cz. A i B) wydane na podstawie ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (t.j. Dz.U. z 2007 r., Nr 16, poz. 94, z późn. zm.) Zamawiający wskazał, iż nie wykonuje działalności określonej w art. 132 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj. obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego i nie może być kwalifikowany jako podmiot wykonujący działalność sektorową określoną w tym przepisie.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 172 ust. 1 ustawy Pzp Izba została powołana do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp. Izba nie jest zatem uprawniona do rozpoznawania odwołań wniesionych na czynności lub zaniechania podmiotów nie będących zamawiającymi w rozumieniu ustawy Pzp, ani do rozpoznawania odwołań wniesionych na czynności lub zaniechania zamawiających nie mających oparcia w przepisach ustawy Pzp. Zgodnie z art. 2 pkt 12 ustawy Pzp zamawiającym jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej obowiązana do stosowania ustawy Pzp. Enumeratywny katalog podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy Pzp określa art. 3 ust. 1 ustawy Pzp, tym samym obowiązek stosowania jej przepisów aktualizuje się wyłącznie wtedy, gdy zamawiającym jest podmiot wymieniony w tym przepisie. Uwzględniając poczynione ustalenia faktyczne, należy stwierdzić, iż Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego „Koltar” sp. z o.o. - podmiot wskazany jako zamawiający w przedmiotowym postępowaniu - nie należy do żadnej z kategorii określonych w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Z przyczyn oczywistych nie jest objęty art. 3 ust. 1 pkt 1, 2, 3a ustawy Pzp. Nie jest też podmiotem prawa publicznego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jako że, niezależnie od oceny spełnienia pozostałych okoliczności wymaganych przepisem, nie wypełnia przesłanki utworzenia w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, ponieważ spółka została powołana dla wykonywania działalności wspomagającej i obsługowej na rzecz spółki-matki, a zarazem jest to działalność stricte komercyjna. Nie znajduje też zastosowania art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż, nie wykonuje działalności, którą można by zaklasyfikować jako działalność sektorową, o której mowa w art. 132 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności w pkt 5 tego przepisu. Jak bowiem wynikało z wyjaśnień spółki nie świadczy ona usług publicznego

12

transportu kolejowego towarów, gdyż celem prowadzonego transportu jest zaspokojenie potrzeb określonych podmiotów gospodarczych (głównie spółki-matki), a nie ogółu społeczeństwa. Również posiadanie wymaganej przez przepisy licencji przewoźnika na wykonywanie przewozów kolejowych rzeczy oraz certyfikatu bezpieczeństwa potwierdzającego ustanowienie przez przewoźnika kolejowego systemu zarządzania bezpieczeństwem oraz zdolność spełniania przez niego wymagań bezpieczeństwa zawartych w technicznych specyfikacjach interoperacyjności i innych przepisach prawa wspólnotowego i prawa krajowego, jak również zapewniającego dostęp do infrastruktury kolejowej nie przesądza o publicznym charakterze świadczonych usług, gdyż licencja i

certyfikat bezpieczeństwa przede wszystkim potwierdzają zdolność przedsiębiorcy do wykonywania funkcji przewoźnika kolejowego, ale nie przesądzają o charakterze wykonywanych przezeń przewozów. Nie można zatem uznać, iż zakres działalności zamawiającego obejmuje obsługę sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego. Okoliczności tej nie kwestionował także odwołujący. Nie znajduje także zastosowania art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ wymaga on łącznego spełnienia wymienionych tam przesłanek, w szczególności przesłanki określonej w lit. c), tj. przedmiotem zamówienia winny być określone roboty budowlane. Brak spełnienia którejkolwiek z wymienionych przesłanek powoduje wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Pzp na podstawie tego przepisu. Przedmiotem obecnego zamówienia są usługi (modernizacja lokomotyw). Izba zwraca uwagę, iż zamawiający dokonał błędnej kwalifikacji przedmiotu zamówienia jako dostaw. Przedmiot zamówienia określony został jako wykonanie modernizacji dwóch lokomotyw spalinowych serii SM42, zgodnie z zakresem podanym w załączniku nr 1 do SIWZ - zespół prac modernizacyjnych wykonywanych według dokumentacji technicznej i odbiorczej opracowanej dla modernizacji lokomotyw SM42 oraz prac naprawczych - w części niemodernizowanej, wykonywanych według dokumentacji naprawczej obowiązującej podczas naprawy głównej dla lokomotyw SM42 w celu uzyskania pojazdów mogących wykonywać prace manewrowe i prowadzić pociągi w obsłudze jednoosobowej, co wskazuje na usługę, a nie dostawę. Zgodnie z art. 2 pkt 10 ustawy Pzp usługami są wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 2a ustawy Pzp. Z kolei na podstawie art. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez dostawy rozumie się nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Zamawiający zakwalifikował przedmiot zamówienia do CPV 50221000, tj. usługi w zakresie napraw i konserwacji lokomotyw. Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz.U. Nr 12, poz. 68) wydanym na podstawie art. 2a

13

ustawy Pzp w załączniku nr 1 wskazano wykaz usług o charakterze priorytetowym, gdzie w pkt 1 określono usługi konserwacyjne i naprawcze - CPV od 50100000-6 do 50884000-5 (z wyjątkiem 50310000-1 do 50324200-4 i 50116510-9, 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0) i od 51000000-9 do 51900000-1). Przedmiot zamówienia mieści się zatem w kategorii usług konserwacyjnych i naprawczych, stanowiąc usługę priorytetową. Powyższa niezgodność nie wpływa jednak w żaden sposób na możliwość stosowania art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż, jak było to już wskazane, dotyczy on wyłącznie zamówień na roboty budowlane. Zamawiający nie jest także podmiotem wymienionym w art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (podmioty, z którymi zawarto umowę koncesji na roboty budowlane na podstawie ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. Nr 19, poz. 101), w zakresie, w jakim udzielają zamówienia w celu jej wykonania).

Izba podnosi, że przepis art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp stanowiący o obowiązku stosowania ustawy Pzp przez podmioty inne, niż określone w pkt 1 i 2, jeżeli zamówienie jest finansowane z udziałem środków, których przyznanie jest uzależnione od zastosowania procedury udzielania zamówienia określonej w ustawie Pzp (a zatem, który przewidywał możliwość nałożenia obowiązku stosowania ustawy Pzp na podmioty, które co do zasady nie były zobligowane do stosowania ustawy Pzp w przypadku gdy udzielały zamówień finansowanych z udziałem środków, których przyznanie było uzależnione od zastosowania procedury udzielania zamówienia określonej w ustawie Pzp) został uchylony art. 1 pkt 3 lit a ustawy z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223 poz. 1778). Podstawą prawną uchYLENIA tego przepisu było wypełnienie zobowiązania zgodności ustawy Pzp z przepisami prawa europejskiego (Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30 kwietnia 2004 r. – dalej „dyrektywa 2004/18/WE”). Przepis ten rozszerzał zakres podmiotów będących zamawiającymi w porównaniu z prawem unijnym, gdyż zgodnie z postanowieniem art. 8 dyrektywy 2004/18/WE podmioty subsydiowane przez instytucje zamawiające są zobligowane do stosowania przepisów o zamówieniach wyłącznie w okolicznościach, które w ustawie Pzp zostały określone w przepisie art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu nowelizacji

wskazano, iż: „Wykreślenie powyższego przepisu nie ogranicza możliwości stawiania przez podmioty publiczne określonych wymagań co do zasad i sposobu, w jaki przekazywane środki mają być wydatkowane przez podmioty prywatne (głównie fundacje, stowarzyszenia, kościelne osoby prawne oraz przedsiębiorcy prywatni). Nadal możliwe będzie zatem stawianie wymagań co do wydatkowania środków na zasadach przejrzystości,

14

niedyskryminacji i równego traktowania potencjalnych wykonawców lub wprost umownego nałożenia obowiązku przeprowadzenia przetargu w rozumieniu kodeksu cywilnego. Cel, jaki przyświecał uchwaleniu przywołanego przepisu, a więc zachowanie przejrzystości przy wydatkowaniu przekazywanych środków, można osiągnąć w inny, mniej sformalizowany sposób. Proponowana zmiana ma na celu przyspieszenie oraz ułatwienie wydatkowania głównie funduszy unijnych, gdyż w przypadku niezachodzenia przesłanek zobowiązujących beneficjenta funduszy unijnych lub środków publicznych do stosowania ustawy na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 5 będzie mógł on stosować procedury uproszczone uwzględniające wyłącznie zasady przewidziane w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską, tj. równego traktowania, uczciwej konkurencji, transparentności, swobody świadczenia usług, prowadzenia działalności gospodarczej, przepływu towarów.

Powyższe jest konieczne dla zapewnienia efektywności wydatkowania środków przekazywanych podmiotom prywatnym, a więc podmiotom ad hoc zobowiązującym do stosowania ustawy, które nie są w stanie samodzielnie w sposób prawidłowy przeprowadzić procedury udzielania zamówienia w trybie określonym w ustawie – Prawo zamówień publicznych. W skutkach prowadzi to często do naruszania norm ustawy przez podmioty nieprzygotowane do ich stosowania oraz może skutkować nakładaniem korekt finansowych w sytuacjach, w których nie jest to wymagane przez prawo unijne. Jednocześnie dodaje się ust. 3 w art. 3, zgodnie z którym podmioty zobligowane do stosowania ustawy, przyznając środki finansowe na dofinansowanie projektu, mogą uzależnić ich przyznanie od zastosowania przy ich wydatkowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości.”

Wprowadzony art. 3 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym podmioty, o którym mowa w ust. 1, przyznając środki finansowe na dofinansowanie projektu, mogą uzależnić ich przyznanie od zastosowania przy ich wydatkowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości nie jest jednak tożsamy z uprawnieniem do nałożenia obowiązku stosowania ustawy Pzp wraz ze wszelkimi konsekwencjami z tego wynikającymi. Od wejścia w życie nowych przepisów przekazujący środki nie może zatem, udzielając dofinansowania, nałożyć na podmiot obowiązku stosowania ustawy Pzp w taki sposób, by ten stał się zamawiającym w rozumieniu ustawy Pzp. Uwzględniając autonomię woli stron, istnieje oczywiście możliwość określenia zastosowania procedury wydatkowania pieniędzy na drodze zobowiązania cywilnoprawnego w dowolny sposób, w tym przez odesłanie do procedur zamówień publicznych, jednak zastosowanie ustawy Pzp w takiej sytuacji nie będzie równoznaczne z udzieleniem zamówienia publicznego w rozumieniu ustawy Pzp, ponieważ taka kwalifikacja ma wymiar normatywny. Wówczas nie znajdują zastosowania

15

niektóre przepisy, w tym nie będą przysługiwać skuteczne środki ochrony prawnej. Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Na zamawiającego - Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego „Koltar” sp. z o.o., który co do zasady nie jest zobowiązany do stosowania ustawy Pzp, ponieważ nie jest zamawiającym zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy Pzp – pożyczkodawca WFOŚiGW nałożył obowiązek zastosowania jej przepisów dla wyłonienia wykonawcy zamówienia współfinansowanego przez WFOŚiGW. Takie zobowiązanie narzucone warunkami dofinansowania nie ma jednak mocy przyznania mu statusu zamawiającego w rozumieniu ustawy Pzp. Powyższe oznacza, iż ani zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ani przestrzeganie regulacji ustawy Pzp w procesie udzielania zamówienia nie uprawniają do uznania, iż mamy do czynienia z zamówieniem publicznym w rozumieniu ustawy Pzp. Wykonawcy nie są zatem uprawnieni do skutecznego wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, a Izba w takim przypadku jest zobowiązana do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, uznając, iż w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp. Postanowienia art. 189 ust. 2 ustawy Pzp mają charakter imperatywny i Izba z urzędu jest

zobowiązana do weryfikacji okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania. W razie stwierdzenia takich okoliczności jest zobowiązana odwołanie odrzucić.

Tym samym jako że spółka - Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego „Koltar” sp. z o.o. nie posiada przymiotu zamawiającego w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy Pzp i nie jest zobowiązana do jej stosowania, tym samym odwołanie podlega odrzuceniu z uwagi na treść art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba natomiast nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Izba stwierdziła bowiem, iż przesłanka, o której mowa w przedmiotowym przepisie mogłaby znaleźć zastosowanie, gdyby kopia odwołania przekazana zamawiającemu odbiegała w swej treści merytorycznej od odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, tj. gdyby nie zostały przekazane załączniki, które pomimo ich formalnego wyodrębnienia w swej istocie stanowią element konstytuujący treść odwołania, o czym stanowi w art. 180 ust. 3 ustawy Pzp (wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania) oraz § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie

(dalej regulaminu postępowania

przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280)

„rozporządzenie w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań”)

(wskazanie okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności). Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań odwołanie zawierać musi

16

między innymi wykaz załączników. Zgodnie natomiast z § 4 ust. 2 powołanego rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań obligatoryjnymi załącznikami odwołania są: dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości, dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu oraz odpis z Krajowego Rejestru Sądowego, pełnomocnictwo albo inny dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego. Oznacza to zatem, iż dokumenty wymienione w § 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, w tym pełnomocnictwo i odpis z KRS, stanowią jedynie załączniki do odwołania, zatem ich nieprzekazanie nie powinno skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp. Wynika to także z ratio legis tego przepisu. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, iż: „Obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania *de lege lata* ma na nie tylko walor informacyjny. Z uwagi na przewidzianą w art. 186 ust. 2 i 3 Pzp możliwość uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, zapoznanie się z całością merytorycznego stanowiska odwołującego przez zamawiającego i wykonawców, którzy mogą zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego, ma istotne znaczenie. Tylko poznanie całości wskazanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych oraz dowodów powołanych na etapie wnoszenia odwołania, pozwala na ich prawidłową ocenę zarzutów. W wyniku dokonanej analizy zamawiający może uwzględnić zarzuty odwołania albo przygotować stanowisko zmierzające do ich oddalenia, wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogą podjąć decyzję o zgłoszeniu przystąpienia oraz o ewentualnym sprzeciwie wobec uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego” (postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO/1129/10). Natomiast brak przekazania załączników do odwołania, o których mowa w § 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań nie ogranicza możliwości oceny w powyższym zakresie i nie uzasadnia w ocenie Izby odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Odwołanie skierowane do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie zawierało ani wykazu załączników, które wskazano w kopii odwołania przekazanej zamawiającemu (pkt 3 – Załącznik nr 28 - Protokół odbioru lokomotywy po naprawie, pkt 4 - protokół zdawczo-odbiorczy nr 778/10 lokomotywy spalinowej TEM2 (SM48), pkt 5 – protokół odbioru lokomotywy serii TEM2 nr 198 z dnia 6 września 2010 r., pkt 6 – protokół odbioru lokomotywy serii SM48 po naprawie rewizyjnej z dnia 7 września 2010 r., pkt 7 – załącznik nr 28 – protokół odbioru lokomotywy (ST44-2030) po naprawie głównej z dnia 30 września 2010 r., pkt 8 – świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego nr T/2010/0194, pkt 9 - świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego nr T/2011/0005, pkt 10 - świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego nr T/2010/0571), ani samych

załączników wskazanych w pkt 3-10. Ponadto i w treści odwołania brak jest jednoznacznego powołania się na powyższe załączniki. Tym samym różnica sprowadzała się jedynie do wskazania w kopii odwołania wykazu załączników, których w rzeczywistości do niego nie dołączono. Jak podnosił odwołujący, wykaz załączników został w odwołaniu zamieszczony omyłkowo. Tym samym nie można stwierdzić zaistnienia podstawy do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Nie przyznano kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zmawiającego, ponieważ nie przedstawiono rachunku (faktury) dokumentującego wysokość poniesionych kosztów. Zgodnie z § 3 pkt 2 ww rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania uzasadnione Izba zasądza uzasadnione koszty strony, w tym obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Nie ma zatem możliwości zasądzenia kosztów jedynie na podstawie norm przepisanych, jeżeli stosowny rachunek (faktura) nie został do akt sprawy przedłożony.

Przewodniczący :

.....