

*

•1-

X Ga 213/10

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 sierpnia 2010 r.

Sąd Okręgowy w Poznaniu Wydział X Gospodarczy Odwoławczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Piotr Majchrzak

Sędziowie : SO Renata Norkiewicz

SO Ryszard Trzebny

Protokolant: starszy sekretarz Mirosława Klimowicz

po rozpoznaniu w dniu 29 lipca 2010 roku, w Poznaniu

na rozprawie,

sprawy ze skargi Konsorcjum: Torpol spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu,
Feroco spółki akcyjnej w Poznaniu, Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu
spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu

przy uczestnictwie

Konsorcjum: Scheidt&Bachmann Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w

Luboniu, Eiffage Rail GmbH,

oraz

znanającego: PKP Polskie Linie Kolejowe spółki akcyjnej w Warszawie, Oddział
Regionalny w Poznaniu,

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 marca 2010 roku, w sprawie sygn. akt
KIO/UZP 216/10 oraz KIO/UZP 223/10

1. Odrzuca skargę w zakresie zarzutów dotyczących rozstrzygnięcia zawartego w pkt. 1
B. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej;
2. Oddala skargę w pozostałym zakresie;

3. Zmienia rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zawarte w pkt. 2.2 wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w ten sposób, że nakazuje dokonać wypłaty kwoty **12. 282, 58 zł** (słownie: dwanaście tysięcy dwieście osiemdziesiąt dwa złote i pięćdziesiąt osiem groszy) stanowiącej uzasadnione koszty stron, w tym:

A) kwoty **6.460,58 zł** (słownie: sześć tysięcy czterysta sześćdziesiąt złotych, pięćdziesiąt osiem groszy) przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Oddział Regionalny w Poznaniu, Al. Niepodległości 8, 61-875 Poznań, na rzecz Konsorcjum: Torpol spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, Feroco spółki akcyjnej w Poznaniu, Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, stanowiącej uzasadnione koszty z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika (3.600,00 zł) i koszty związane z dojazdem na rozprawę (638, 58 zł);

B) kwoty **5.822, 00 zł** (słownie: pięć tysięcy osiemset dwadzieścia dwa złote, zero groszy) przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Oddział Regionalny w Poznaniu, Al. Niepodległości 8, 61-875 Poznań, na rzecz Konsorcjum Scheidt&Bachmann Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Luboniu, Eiffage Rail GmbH stanowiącej uzasadnione koszty z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika

4. Kosztami postępowania skargowego obciążyć skarżących Konsorcjum : Torpol spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, Feroco spółkę akcyjną w Poznaniu, Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu i zasądzić od skarżących na rzecz Konsorcjum Scheidt&Bachmann Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Luboniu, Eiffage Rail GmbH kwotę 1.200,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu skargowym;

“^Š© Piotr Majchrzak

\ • i i

SSO Renata Norkiewicz

SSO Ryszard Trzebny

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 15 marca 2010 roku Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez Konsorcjum Torpol sp. z o.o., Ferocco S.A., Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i nakazała powtórzenie czynności oceny ofert, uwzględniła również odwołanie wniesione przez Konsorcjum Schmidt & Bachmann Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Heitkamp Rail GmbH., kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego. W uzasadnieniu wskazano, iż Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Oddział Regionalny w Poznaniu (obecnie: Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Poznaniu) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Modernizację linii kolejowej nr 359 Poznań Wschód - Bydgoszcz na terenie województwo wielkopolskiego mającej duże znaczenie w obsłudze połączeń małych miejscowości z aglomeracją poznańską na odcinku Poznań Wschód- Golańcz - Etap 1". Ogłoszenie o Zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr

2009/8:216-311293. Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 223, poz. 1778) do rozpoznania niniejszej sprawy mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, nr 223, poz. 1655 z późn. zmianami) w brzmieniu sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów). Pismem z dnia 6 stycznia 2010 roku zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Konsorcjum Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o.o. w Luboniu oraz Heitkamp Rail GmbH (Niemcy) (zwane dalej Konsorcjum Scheidt & Bachmann).

Odwołujący, Konsorcjum Torpol Sp. z o.o., FEROCO SA, Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu Sp. z o.o. (zwany dalej Konsorcjum Torpol), wniósł protest wobec powyższej czynności.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania ww. wykonawcy,
3. art. 7 Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami ustawy,
4. innych przepisów wymienionych i wynikających z uzasadnienia protestu. Odwołujący wniósł w proteście o:
 1. unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty,
 2. wykluczenie z postępowania Konsorcjum Scheidt & Bachmann,
 3. odrzucenie oferty ww. wykonawcy,
 4. dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu podniósł, co następuje.

Zamawiający, w Programie Funkcjonalno - Użytkowym (str. 17 i dalsze) stwierdził, że stanowiące przedmiot zamówienia projektowane typy budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego, w chwili składania ofert, muszą posiadać świadectwo dopuszczenia do eksploatacji wydane na czas nieokreślony lub określony na podstawie przepisów

ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (t.j. Dz. U. z 2007r., Nr 16, póź. 94 ze zm.). W ofercie wykonawcy powinni wskazać oferowane typy urządzeń oraz załączyć oświadczenie, że wskazane urządzenia, przewidziane do zabudowy, posiadają świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego, a także załączyć kopie tych świadectw. Przedmiot zaoferowany przez Konsorcjum Scheidt & Bachmann nie spełnia tych wymagań. Zaoferowane urządzenie - system sterowania ruchem kolejowym typu ZSB 2000 - nie posiadał w dniu składania ofert, ani w chwili obecnej nie posiada świadectwa dopuszczenia do eksploatacji. Świadectwo dopuszczenia przedstawione przez wykonawcę straciło swoją ważność w dniu 30 września 2009 r. (termin złożenia ofert 21.12.2009 r.). W obowiązującym stanie prawnym za niedopuszczalne i nieważne należy uznać jakiegokolwiek przedłużenie ważności świadectwa dopuszczenia. W szczególności za niedopuszczalne i nieważne należy uznać dołączone do oferty rzekome przedłużenie ważności świadectwa dopuszczenia urządzenia - system sterowania ruchem kolejowym typu ZSB 2000, dokonane przez Prezesa UTK pismem z dnia 07 września 2009 r. będącym odpowiedzią na pismo zainteresowanego z dnia 4 września 2009 r.

Nadto wskazano, że wydanie świadectwa dopuszczenia powinno nastąpić w formie decyzji administracyjnej. Jakakolwiek ewentualna zmiana decyzji administracyjnej winna następować z zachowaniem odpowiedniej formy. Zgodnie z art. 104 §1 kpa organ administracji publicznej, a zatem również centralny organ administracji rządowej, jakim jest Prezes Urzędu Transportu Kolejowego, załatwia sprawę przez wydanie decyzji. Inne formy załatwienia spraw administracyjnych muszą być wyraźnie wskazane w ustawie.

Szczegółowe warunki wydawania świadectw dopuszczenia określone zostały w art. 23 ustawy o transporcie kolejowym oraz w treści rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typu pojazdu kolejowego (Dz. U. Nr 163, póź. 1090 ze zm.). Przepisy ww. rozporządzenia wskazują że świadectwo dopuszczenia musi zostać wydane w formie pisemnej, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik do rozporządzenia. Elementy wskazane we wzorze stanowią elementy decyzji administracyjnej. Takim elementem jest między innymi, obok oznaczenia organu wydającego czy wskazania podstawy prawnej, określenie okresu ważności świadectwa dopuszczenia.

Zgodnie z treścią rozporządzenia, świadectwa dopuszczenia wydaje się na wniosek zainteresowanego podmiotu, wymienionego w art. 23 ustawy o transporcie kolejowym. W myśl § 6 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia (w brzmieniu nadanym w dniu 09 czerwca 2009 r. na podstawie zmiany dokonanej rozporządzeniem z dnia 14 maja 2009r.) do wniosku o wydanie świadectwa dopuszczenia, wnioskujący zobowiązany jest dołączyć porozumienie w sprawie wykonania prób eksploatacyjnych wraz z ich programem, którego wzór określa załącznik 1A do ww. rozporządzenia, jeżeli urządzenia, których dotyczy wniosek, są urządzeniami nowego typu. Ani ustawa o transporcie kolejowym, ani rozporządzenie nie definiuje pojęcia „nowego typu urządzenia”. Mając jednak na względzie cel ustawy i jej poszczególne przepisy, przyjąć należy, że z nowym typem urządzenia będziemy mieli do czynienia wówczas, gdy dane urządzenie o określonych parametrach technicznych i eksploatacyjnych zostało dotychczas dopuszczone do eksploatacji na czas nieokreślony w ramach infrastruktury kolejowej. Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, iż do wniosku, składanego po dniu 9 czerwca 2009 roku, wnioskujący zobowiązany jest dołączyć m.in. porozumienie o treści i formie określonej w rozporządzeniu (załącznik Nr 1). Porozumienie takie winno zostać zawarte jako uzgodnienie trójstronne, a mianowicie pomiędzy użytkownikiem (np. zarządcą infrastruktury), producentem, a jednostką badawczą nadzorującą przebieg prób. W porozumieniu określa się w szczególności miejsce prób eksploatacyjnych, tzw. poligon badawczy. Dopiero tak złożona (kompletna) dokumentacja może stanowić podstawę do wydania przez Prezesa UTK decyzji - świadectwa dopuszczenia. Każda zmiana świadectwa dopuszczenia winna zostać poprzedzona analogicznymi czynnościami jakie wymagane są dla jego wydania. Powyższe oznacza, że w przypadku wnioskowania o zmianę treści świadectwa dopuszczenia, w szczególności w zakresie zmiany lokalizacji

X Ga 213/10

poligonu badawczego, podstawą orzekania przez Prezesa UTK winno być m.in. złożenie przez wnioskującego stosownego pod względem treści i formy porozumienia. Porozumienie to winno wskazywać nowy poligon badawczy. Przyjęcie przez Prezesa UTK innego dokumentu niż ww. porozumienie oznacza naruszenie przepisów rozporządzenia.

Odnosząc powyższy stan prawny do zaistniałego stanu faktycznego, wykonawca stwierdził, że jakakolwiek ewentualna zmiana świadectwa dopuszczenia, o ile w ogóle jest to możliwe, winna nastąpić w drodze stosownej decyzji administracyjnej wydanej przez Prezesa UTK. Określenie terminu ważności stanowi istotny element decyzji administracyjnej. Praktyka zastosowana w tym przypadku przez Prezesa UTK, zgodnie z którą dokonanie zmiany świadectwa dopuszczenia w zakresie wydłużenia jego terminu ważności oraz zmiany lokalizacji miałyby nastąpić jedynie na podstawie pisma zawierającego stosowną informację, nie znajduje podstaw prawnych i jest oczywiście niezgodna z wyżej wskazanymi przepisami. Taka procedura została również zakwestionowana jako nieprawidłowa w trakcie prowadzonej przez Ministra Infrastruktury kontroli działalności Prezesa UTK, której wnioski zawiera pismo z dnia 17 września 2008r. (sygn. MKZ1 70941 715/08). Organ dokonujący kontroli wskazał, że „w przypadku przedłużenia ważności świadectw nie dochowywano właściwej formy, tj. formy decyzji”.

Ponadto wskazano, że treści pisma z dnia 16 grudnia 2009 r., załączonego w ofercie, dotyczącego „zaakceptowania udziału firmy Scheidt & Bachmann” w przedmiotowym postępowaniu, nie można brać pod uwagę. Treść powyższego pisma nie może wywierać skutków prawnych w postępowaniu administracyjnym ani w postępowaniu o zamówienia publiczne. Ponadto, oświadczenie zawarte w tym piśmie uważa się za nieważne, gdyż zgodnie z określonym w Krajowym Rejestrze Sądowym sposobem reprezentacji PKP Polskie Linie Kolejowe S. A., do^A składania oświadczeń woli w imieniu Spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo członka zarządu łącznie z prokurentem, a w/w pismo zostało podpisane przez jednego członka zarządu. Z uwagi na powyższe, wykonawca podniósł, iż zaoferowany przez Konsorcjum Scheidt & Bachmann przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań określonych w siwz. W związku z tym oferta podlega odrzuceniu. Nie możliwe byłoby również zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Brak odrzucenia ww. oferty narusza zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Z treści dokumentu „Rozbicie ceny ofertowej”, stanowiącego część oferty Konsorcjum Scheidt & Bachmann, wynika, że zaoferowane świadczenie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia określanemu w siwz. Przedmiot zamówienia stanowi świadczenie polegające na robotach budowlanych w zakresie likwidacji przejazdów w km 47,251 oraz w km 48,695. Czynność taka nie znalazła się w ofercie wykonawcy (pozycja 5.7.22 i 5.7.24 Rozbicia ceny ofertowej). Oferta podlega zatem odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ zaoferowano inny zakres świadczenia niż określony przez zamawiającego. W związku z tym, nie możliwe jest zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 140 Pzp, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia, zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący podniósł również, iż Konsorcjum Scheidt & Bachmann nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w punkcie 8 lit.f Instrukcji dla wykonawców określił warunek, iż o zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które w ostatnich trzech latach brały udział w realizacji co najmniej jednej inwestycji polegającej na modernizacji, przebudowie lub budowie związanej z infrastrukturą kolejową (projektanci w zakresie wykonania dokumentacji projektowej, kierownik budowy i kierownicy robót w zakresie kierowania odpowiednio budową bądź robotami budowlanymi).

Wskazany w ofercie projektant w zakresie obiektów budowlanych, Piotr Kusz, nie posiada wymaganego doświadczenia. Żadna z wykazanych inwestycji, w realizacji których brał udział, nie była związana z przebudową lub budową infrastruktury kolejowej (str. 19 oferty). Analogiczna sytuacja dotyczy kierownika robót w zakresie obiektów budowlanych Małgorzaty Putowskiej (str. 31 oferty). Ponadto, z treści złożonego w ofercie zaświadczenia o przynależności do Wielkopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa i posiadaniu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej wynika, że Roman Marcin Majewicz, wskazany w ofercie jako osoba wyznaczona do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie urządzeń telekomunikacyjnych, w dniu składania ofert nie był członkiem Wielkopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa i nie był objęty ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej (str. 135 oferty). Nadto zarzucono, że wadium wniesione przez Konsorcjum Scheidt & Bachmann nie zabezpiecza w sposób należyty ewentualnych roszczeń zamawiającego, tym samym nie zabezpiecza oferty. Konsorcjum Schmidt & Bachmann złożyło dwie gwarancje bankowe na kwoty 1000000 PLN oraz 1500000 PLN (str. 188-190 oferty). W treści jednej z gwarancji, opiewającej na kwotę 1500000 PLN, znajduje się zapis warunkujący możliwość wystąpienia przez zamawiającego z roszczeniem o zapłatę kwoty wadium od czynności dokonanej przez podmiot trzeci, który jest sprzeczny z przepisem art. 46 ust. 5 Pzp. Zdaniem wykonawcy, zatrzymanie kwoty wadium nie może być uzależnione od podjęcia czynności przez osoby trzecie.

Konsorcjum Scheidt & Bachmann zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wnosząc o jego oddalenie. Odnosząc się do twierdzeń odwołującego Konsorcjum Torpol, przystępujący do odwołania wskazał, iż zamawiający nie ma uprawnień do badania uchybień w zakresie prawidłowości procedury wydania świadectwa przez uprawniony organ administracji. Dokument został wydany zgodnie z wnioskiem o przedłużenie świadectwa. Wyjaśnił, iż nie miał wpływu na sposób działania Prezesa DTK i nie miał podstaw, by rozstrzygnięcie to podważyć, było bowiem dla niego korzystne i załatwiało sprawę zgodnie z jego

wnioskiem. Urząd Transportu Kolejowego traktuje świadectwa oraz przedłużenia ich ważności nie jako decyzje administracyjne, ale raczej jako swego rodzaju zaświadczenia. Pismo z dnia 7 września 2009 r. można uznać za decyzję - nawet w wypadku uznania, iż posiada wady co do formy, to jednak wady takie nie dyskwalifikują pisma jako decyzji administracyjnej. Posiada ono wszystkie elementy istotne i konieczne dla rozstrzygnięcia sprawy przedłużenia świadectwa dopuszczenia. Odnosząc się do zarzutu nieważności oświadczeń zawartych w piśmie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 16 grudnia 2009 r. wskazał, że dotyczą one kwestii technicznych, co do których nie ma zastosowania zasada reprezentacji w spółce. Treść pisma stanowi przede wszystkim przejaw czynności prowadzenia spraw spółki, do których nie mają zastosowania zasady reprezentacji. W reakcji na zarzut, iż oferta nie odpowiada zakresowi przedmiotu zamówienia określonego w siwz, a zatem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp powinna zostać odrzucona, przystępujący do odwołania wskazał, iż błąd w zakresie pozycji zawartych w „Rozbiciu cenowym oferty” nie może być potraktowany jako uchybienie powodujące niezgodność oferty z siwz. W związku z licznymi zmianami w formularzu wykonawca omyłkowo określił póź. 5.7.22 i 5.7.24 jako „wymiana”, co nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania. Powyższe oznaczenie można potraktować jako oczywistą omyłkę pisarską która w trybie art. 87 ust. 2 pzp podlega poprawieniu. Wskazał też, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego ewentualne nieprawidłowości w zakresie zestawienia materiałów lub kosztorysu ofertowego nie mają znaczenia dla ważności oferty.

Przystępujący stwierdził, odnosząc się do zarzutu nie spełniania warunków udziału w postępowaniu, iż treść siwz nie nakłada na projektanta w zakresie robót budowlanych obowiązku posiadania doświadczenia opisanego w treści protestu. Podobnie obowiązek taki nie dotyczy kierownika robót w zakresie obiektów budowlanych (pkt. 8 f siwz). Jedyne z „ostrożności” przystępujący załączył wykaz osób wraz z niezbędnymi informacjami.

Odnosząc się do zarzutu, iż z treści zaświadczenia o przynależności do Wielkopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa wynika, że w dniu składania ofert p. Roman Marcin Majewicz nie był członkiem Wielkopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa i nie był objęty ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej, wyjaśnił, iż do oferty błędnie załączono

wyłącznie nowe zaświadczenie z dnia 24 listopada 2009 r. ważne od dnia 1 stycznia 2010 r. Nie wynika z niego, że w chwili składania ofert p. Roman Marcin Majewicz członkiem Izby nie był. Wykonawca załączył zaświadczenie z dnia 18 grudnia 2008r. Przystępujący stwierdził, iż kwestionowany zapis, dotyczący treści gwarancji, nie jest „istotnym” ograniczeniem możliwości skorzystania z gwarancji. Zgodnie z treścią siwz (Instrukcja dla wykonawców Tom 1, pkt. 21.7, 9) zamawiający dopuścił powyższą regulację w treści gwarancji.

Zamawiający rozstrzygnął protest, uwzględniając żądania: unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia z postępowania Konsorcjum Scheidt & Bachmann, odrzucenia oferty ww. wykonawcy oraz oddalając żądanie wyboru oferty Konsorcjum Torpol, jako najkorzystniejszej.

Zamawiający, powołując się na opinię prawną z dnia 25 stycznia 2010 r. wskazał, że zaoferowany przez Konsorcjum Scheidt & Bachmann system sterowania ruchem kolejowym typu ZSB 2000 nie posiadał na dzień otwarcia ofert ważnego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji, tym samym nie spełnia warunków określonych w siwz.

Zamawiający wskazał, że pismo z dnia 16 grudnia 2009 r. stanowi przejaw czynności prowadzenia spraw spółki, do których nie mają zastosowania zasady reprezentacji, na które powołuje się odwołujący. Pismo to nie jest oświadczeniem woli, a jedynie przekazem informacji, co do decyzji, które zapadły już w ramach PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Pismo nie tworzy nowych praw i obowiązków stron. Potwierdza stan rzeczy już zaistniały.

Zamawiający uznał, że wskazane przez wykonawcę w treści formularza „rozbicie ceny ofertowej” nie może być potraktowane jako błąd powodujący niezgodność oferty z SIWZ. Wykonawca, w związku z licznymi zmianami w przedmiotowym formularzu dokonywanymi przez zamawiającego, omyłkowo określił póź. 5.7.22 i 5.7.24 jako „wymiana”, co nie ma wpływu na wynik postępowania, a co najwyżej może podlegać poprawieniu, w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, jako oczywista omyłka pisarska.

Odnosnie zarzutu dotyczącego doświadczenia Piotra Kusza w realizacji co najmniej jednej inwestycji polegającej na modernizacji, przebudowie lub budowie związanej z infrastrukturą kolejową zamawiający uznał, że zgodnie z pkt 8 f 2 siwz, zamawiający nie zawarł odnosnie tej osoby wymogu doświadczenia. Nie wymagano również doświadczenia w zakresie realizacji inwestycji związanych z przebudową lub budową infrastruktury kolejowej, wobec Małgorzaty Putowskiej - osoby wskazanej jako kierownika robót w zakresie obiektów budowlanych.

Odnosnie zarzutu dotyczącego braku przynależności do Wielkopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa przez p. Romana Marcina Majewicza, stwierdził, że wykonawca załączył do oferty kopię zaświadczenia z dnia 24.11.2009 r. stwierdzającego, że osoba ta jest członkiem Wielkopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa i posiada wymagane ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej - ważne od dnia 2010-01-01 do dnia 2010-12-31. Wraz z przystąpieniem do protestu wykonawca uzupełnił zaświadczenie ważne od dnia 2009-01-01 do 2009-12-31.

Odnosnie zarzutu dotyczącego gwarancji bankowych zapłaty wadium, zamawiający stwierdził, że obie gwarancje wymieniają przesłanki zatrzymania wadium, zgodnie z art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Wskazał, iż w siwz (pkt 21.7.9) zawarł zapis, zgodnie z którym gwarancje i poręczenia nie mogą „zawierać żadnych innych warunków dotyczących okoliczności wypłaty sumy gwarantowanej PKP PLK SA Oddziałowi Regionalnemu w Poznaniu na jego żądanie, za wyjątkiem kwestii formalnych (dotyczących identyfikacji osób podpisujących żądanie zapłaty w Imieniu Oddziału Regionalnego w Poznaniu)", co oznacza, że wprost dopuszczono uregulowanie tych spraw w przedkładanych dokumentach.

A. sygn.akt KIO /Uzp 216/10

Odwolujący, Konsorcjum Torpol, wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu w części oddalającej protest tj. w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Scheidt & Bachmann na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na zaoferowanie innego zakresu świadczenia, niż określony przez zamawiającego, zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, z uwagi na nie złożenie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zarzucił, iż rozstrzygnięcie protestu narusza przepis art. 183 ust. 5 pkt 1, art. 92 Pzp, a w konsekwencji art. 7 Pzp..

Wniósł o nakazanie zamawiającemu uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą i jej wyboru, po uprzednim wykluczeniu z postępowania Konsorcjum Scheidt & Bachmann i odrzuceniu tej oferty.

Odwolujący podtrzymał zarzuty zawarte w pkt II i III uzasadnienia protestu. Stwierdził, że zaoferowanie innych czynności niż przewiduje przedmiot zamówienia określony przez zamawiającego nie stanowi omyłki pisarskiej, ani rachunkowej oraz nie można jej przypisać „nieistotności". Sprzeczność treści oferty z treścią siwz dotyczy przedmiotu świadczenia, jak również sposobu płatności oraz wynagrodzenia za oferowane czynności. Ponadto wskazał, że zamawiający zaniechał poprawienia tej omyłki w ofercie.

W zakresie zarzutu dotyczącego niespełniania warunków udziału w postępowaniu wskazał, że doświadczenie dotyczące osób było wymagane, stosownie do modyfikacji treści warunku, dokonanej w ramach odpowiedzi na pytania i modyfikacji II (pismo z dnia 18 listopada 2009 r.) oraz modyfikacji III (pismo z dnia 26 listopada 2009 r.). Z treści zaświadczenia o przynależności do Wielkopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa i posiadaniu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej nie wynika, czy p. Roman Marcin Majewicz, wskazany do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie urządzeń telekomunikacyjnych, w dniu składania ofert był członkiem Wielkopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa i czy był objęty ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej. Możliwość uzupełnienia tych dokumentów istnieje tylko na podstawie art. 26 Pzp na etapie oceny ofert, a nie poprzez ich załączenie do pisma informującego o przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesionego protestu. Zamawiający, aby dokonać oceny tego dokumentu, musi unieważnić czynność wyboru

najkorzystniejszej oferty. Ponadto, fakt, iż dokonano zmiany osób, wskazanych w wykazie potwierdza, że na dzień składania ofert przystępujący nie spełniał warunków udziału w postępowaniu. Wykaz załączony do przystąpienia zawiera nieprawdziwe dane w zakresie zamawiającego (Trakcja Polska SA). Odwołujący podniósł, iż zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 pzp, skoro oferta Konsorcjum Scheidt & Bachmann podlega odrzuceniu, to zamawiający nie ma obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

Konsorcjum Scheidt & Bachmann zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania, zasądzenie od odwołującego na rzecz przystępującego zwrotu poniesionych kosztów związanych z przystąpieniem do niniejszego postępowania. Przystępujący podtrzymał argumentację zawartą w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

B. Sygn. akt: KIO/UZP 223/10.

Odwołujący, Konsorcjum Scheidt & Bachmann, wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu w części uwzględniającej protest. Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 24 ust. 2 Pzp, poprzez uwzględnienie protestu w zakresie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez uznanie oferty odwołującego za niezgodną z treścią siwz, a w konsekwencji jej odrzucenie,
3. art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień dotyczących ich treści,
4. art. 7 Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców, w szczególności pominięcie powszechnie stosowanej w obrocie praktyki Urzędu Transportu Kolejowego dotyczącej przedłużania świadectw dopuszczenia, podczas gdy zamawiający posługuje się takimi dokumentami. Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności częściowego uwzględnieniu protestu,
2. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym oferty odwołującego,
3. przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności w nim powołane, przesłuchania świadków, ewentualnie z akt postępowania przed UTK, wyjaśnień zamawiającego, zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu poniesionych kosztów, w tym kosztów zastępstwa prawnego i opłaty skarbowej.

Odnosnie zarzutu dotyczącego braku przedstawienia w ofercie ważnego świadectwa dopuszczenia, wydanego przez UTK, stwierdził, iż zarzut dotyczy w istocie sposobu i formy prawnej, w jakiej doszło do przedłużenia ważności świadectwa. Odwołujący podniósł, że dołączone do oferty świadectwo dopuszczenia oraz dokument potwierdzający jego przedłużenie (pismo z dnia 7 września 2009 r.) są w pełni skuteczne i ważne. Podniósł, iż zamawiający kwestionuje dokument urzędowy wydany w trybie postępowania administracyjnego, zgodnie z praktyką działania Urzędu. Dokumenty te funkcjonują powszechnie w obrocie prawnym i są akceptowane przez zamawiającego w innych sprawach. Jakakolwiek ocena, czy ww. dokument został wydany prawidłowo, zgodnie z procedurą przewidzianą w ustawie o transporcie kolejowym lub przepisami kpa, nie powinna mieć miejsca w niniejszym postępowaniu. Ze złożonej dokumentacji wynika jednoznacznie, iż Prezes UTK dokonał przedłużenia świadectwa, a ponadto podtrzymał swoją decyzję w tej sprawie a procedura w tym zakresie została poprzedzona odpowiednim postępowaniem administracyjnym. Zamawiający i wykonawca nie mają, w ocenie odwołującego, kompetencji do kwestionowania sposobu działania UTK. Podważenie rozstrzygnięcia organu administracji może nastąpić jedynie w oparciu o tryb przewidziany w przepisach prawa administracyjnego. Zgodnie z art. 16 kpa, decyzje, od których nie służy odwołanie, są ostateczne. Uchylenie lub zmiana takich decyzji, stwierdzenie ich nieważności oraz wznowienie postępowania może nastąpić tylko w przypadkach przewidzianych w kpa lub w ustawach szczególnych. Wydany przez Prezesa UTK dokument jest wiążący i winien być

respektowany przez wszystkie podmioty, których może dotyczyć, w tym również przez zamawiającego. Z ostrożności odwołujący wskazał, iż ww. pismo z dnia 7 września 2009 r. należy uznać za decyzję administracyjną. Nawet w wypadku uznania, iż ww. pismo posiada wady co do swej formy, to jednak wady takie nie dyskwalifikują pisma jako decyzji administracyjnej. Pismo to należy uznać za decyzję, albowiem posiada wszystkie elementy istotne i konieczne dla rozstrzygnięcia sprawy przedłużenia świadectwa dopuszczenia. Zawiera w szczególności oznaczenie organu, oznaczenie strony do jakiej jest adresowane, treść merytoryczną rozstrzygnięcia w postaci przedłużenia ważności świadectwa, określenie daty ważności oraz podpis osoby upoważnionej. Wskazał, że w orzecznictwie sądowym przyjmuje się powszechnie, że zakwalifikowanie danego pisma jako decyzji administracyjnej nie wymaga, aby to pismo zawierało wszystkie składniki decyzji przewidziane w tym przepisie art. 107 § 1 kpa. Odwołujący zgodził się, iż konieczna treść świadectwa dopuszczenia została określona w przepisach ww. rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004 r., jednak załączniki do ww. rozporządzenia określają jedynie wzór świadectwa, nie wskazują natomiast wzoru dokumentu dla

jego przedłużenia. Ponadto, załącznik określający wzór świadectwa, nie ma charakteru wiążącego, a wyłącznie przykładowy.

Odnosząc się do zarzutu niewłaściwej relacji redakcyjnej pisma Prezesa UTK z dnia 7 września 2009 r. w stosunku do przepisu § 6 ust. 2 pkt 4 ww. rozporządzenia oraz braku zgodności pisma zarządu PKP PLK SA z dnia 16 grudnia 2009 r. z porozumieniem, o jakim mowa w przepisach ww. rozporządzenia oraz z zasadami reprezentacji spółki odwołujący stwierdził, iż są one niezrozumiałe. Podkreślił, iż nie twierdził nigdy, że pismo z dnia 16 grudnia 2009 r. może stanowić porozumienie, o jakim mowa w treści § 6 ust. 2 pkt. 4 ww. rozporządzenia. W ocenie odwołującego decyzja zamawiającego godzi w powszechną praktykę działania Urzędu Transportu Kolejowego oraz stosowaną przez samego zamawiającego. Podkreślił, że wydanie dokumentu przedłużającego ważność świadectwa, poprzedzone zostało odpowiednią procedurą i wnioskiem ze strony odwołującego (wniosek z dnia 9 czerwca 2009 r.) Otrzymując w/w pismo odwołujący miał prawo domniemywać w oparciu o zasadę zaufania obywateli do organów administracji publicznej, że zostało ono wydane zgodnie z przepisami prawa. Odwołujący nie miał wpływu na sposób działania Prezesa UTK w tym względzie, jak również nie miał podstaw, by rozstrzygnięcie organu kwestionować, gdyż było zgodne z żądaniem zawartym we wniosku. Podniósł, że dokumenty te nie były dotychczas kwestionowane przez zamawiającego lub inne spółki z grupy PKP. Praktykę tę potwierdza też pismo członka zarządu zamawiającego z dnia 16 grudnia 2009 r. Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego zmienił swoje stanowisko. Wskazał, iż zaoferowany system sterowania ruchem kolejowym jest wykorzystywany przez zamawiającego w oparciu o te same dokumenty. Od października 2009 r. zamawiający korzysta z ww. systemu na linii nr 358 w oparciu o dokument Prezesa UTK z dnia 7 września 2009 r. Zakwestionowanie ww. przedłużenia świadectw dopuszczenia winno skutkować wobec innych podobnych dokumentów, co w praktyce spowodowałoby zablokowanie możliwości pracy całej kolei w Polsce, a ruch pociągów na linii 358 w ciągu ostatnich pięciu miesięcy, nie powinien być prowadzony. Wskazał na treść pisma z dnia 21 stycznia 2010 r., które potwierdza, iż rozstrzygnięcia dotyczące przedłużenia ważności świadectw UTK traktuje nie tyle jako decyzje administracyjne, ale raczej jako swego rodzaju zaświadczenia.

W ocenie odwołującego zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp w niniejszej sprawie jest wadliwe, a co najmniej przedwczesne, gdyż zgodnie z treścią przepisu art. 26 ust. 3 i 4 Pzp zamawiający ma obowiązek wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień dotyczących ich treści.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, uwzględniła oba odwołania. Wskazała, iż obaj odwołujący się wykazali interes prawny w postępowaniu odwoławczym.

Odnosząc się do wniesionych odwołań, Izba przyjęła następujące stanowisko:

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Scheidt & Bachmann, z powodu zaoferowania innego zakresu świadczenia, niż określony przez zamawiającego w treści

specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W pkt 21.1.4 Instrukcji dla wykonawców zamawiający wymagał złożenia w ofercie wypełnionego formularza „Rozbicie Ceny Ofertowej”, stanowiącego załącznik do specyfikacji - tom IV siwz. Zgodnie z informacjami zawartymi w ww. części specyfikacji, omawiany formularz zawiera rozbicie na elementy zamówienia z podziałem na pozycje, które zostały wyspecyfikowane przez zamawiającego w formie tabeli. W postanowieniach „Preambuła - Informacje ogólne” zamawiający wskazał, że „płatności za wszelkie pozycje będą dokonywane na bazie ustalonej kwoty ryczałtowej, zgodnie z klauzulą 14: Cena Kontraktowa i Płatność Warunków Kontraktu. Opisy pozycji podane w Rozbiciu ceny ofertowej nie będą traktowane jako ograniczające zobowiązania Wykonawcy z tytułu Umowy za wykonanie robót.” Ponadto, „niezależnie od ograniczeń, które mogą być sugerowane przez brzmienie opisu poszczególnych pozycji i/lub wyjaśnień w niniejszej preambule, Wykonawca

będzie miał świadomość, że kwoty, które podaje w rozbiciu ceny ofertowej, będą dotyczyły robót ukończonych pod każdym względem. Będzie się uważać, że wziął on pod uwagę wszystkie wymagania i zobowiązania, czy to wyrażone bezpośrednio czy sugerowane, wynikające ze wszystkich części Umowy i że - stosownie do nich - wycenił pozycje zawarte w niniejszym dokumencie. W związku z powyższym kwota ta musi obejmować wszelkie nieprzewidziane wydatki oraz wszelkie rodzaje ryzyka, nieodłącznie związane z projektowaniem, budową i ukończeniem całości robót zgodnie z zapisami Umowy. Jeśli dana pozycja nie została odrębnie wykazana w Rozbiciu ceny ofertowej, uważać się będzie, iż została ona uwzględniona w podanych zestawieniach i cenach składających się na Cenę Ofertową.” Zamawiający wskazał także, że „pozycje kosztowe, które dotyczą poszczególnych części umowy, zostaną rozłożone jedynie na pozycje, zawarte w tej części” oraz „wszystkie pozycje zawarte w niniejszym dokumencie uważa się za komplety; zapłata zostanie dokonana po całkowitym ukończeniu danej pozycji str. 4 cz. IV siwz). Powyższe postanowienia zostały opisane dodatkowo w pkt 21,4 instrukcji dla wykonawców (tom I siwz, pkt 21.4 ppkt 3, 4, 6, 11, 13.). W pkt 21.4.1 wskazano, że „każdy z Wykonawców powinien podać cenę netto [...] prac i Robót opisanych w poszczególnych pozycjach, wyszczególnionych w Rozbiciu ceny ofertowej”. Jednocześnie zamawiający wskazał w ppkt 6, iż „Wszystkie prace i Roboty nie wymienione w Rozbiciu ceny ofertowej, a niezbędne do wykonania, będą potraktowane jako włączone w ceny podane w różnych pozycjach Rozbicia ceny ofertowej”, natomiast w ppkt 7 zamawiający zastrzegł, iż „Uważać się będzie, że ceny tych prac i/lub robót, dla których nie zostaną wypełnione przez Wykonawcę odpowiednie pozycje Rozbicia ceny ofertowej, zostały uwzględnione w cenach ujętych w innych pozycjach wymienionych w Rozbiciu ceny ofertowej. W związku z tym, nie będą dokonywane jakiegokolwiek odrębne płatności za pozycje nie wypełnione w Rozbiciu ceny ofertowej.” Powyższe postanowienia wskazują jednoznacznie, iż zamawiający określił sposób wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia jako ryczałtowy. Potwierdzili ten sposób rozliczenia wszyscy wykonawcy, w tym również odwołujący, składając w formularzu ofertowym w pkt 11 oświadczenie, że „Cena ofertowa wszystkich prac i robót objętych niniejszym zamówieniem jest ceną ryczałtową w związku z czym jest ceną ostateczną (nie wzrośnie bez zgody zamawiającego)”. Przy takim sposobie rozliczenia nie mają znaczenia pominięcia poszczególnych pozycji kosztorysu lub, jak w tym przypadku, zestawienia elementów prac i robót. Zamawiający w cytowanym powyżej pkt 21.4.7 wprost dopuścił możliwość pominięcia wyceny poszczególnych pozycji, przy czym przewidywał sposób rozliczenia wykonanych robót w takiej sytuacji - w ppkt 7 zdanie drugie i ppkt 10. Określając cenę ofertową, zamawiający w pkt 21.3 podał, iż „cenę ofertową należy obliczyć uwzględniając zakres prac zamówienia określony w siwz [...]”, a ponadto „cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej siwz (ze wszystkimi modyfikacjami i uzupełnieniami) oraz obejmować ogół kosztów, jaki poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.” „Cena ofertowa musi obejmować wykonanie całego zakresu prac projektowych i robót, określonego w Programie Funkcjonalno-Użytkowym i Rozbiciu ceny ofertowej oraz spełnienie obowiązków spoczywających na Wykonawcy zgodnie z postanowieniami Umowy.

Podkreślić również należy, iż zamawiający wymagał „uwzględnienia” prac i robót w cenie, co nie jest tożsame z wymaganiem ich „podania” lub „wpisania” w formularzu Rozbicie ceny ofertowej. W świetle powyższego, brak podania ceny w danej pozycji nie oznacza, że dane roboty nie zostały uwzględnione w ofercie oraz, że nie zostały wycenione w innych pozycjach. Z treści dokumentu „Rozbicie ceny ofertowej”, złożonego w ofercie Konsorcjum Scheidt & Bachmann, wynika, że w pozycjach 5.7.22 i 5.7.24 zaoferowano wymianę nawierzchni przejazdowych zamiast

robót budowlanych w zakresie likwidacji przejazdów, nie zmieniając treści formularza zgodnie z modyfikacją nr VI dokonaną przez zamawiającego w dniu 10 grudnia 2009 r., w ramach której zamawiający poinformował, że w tomie IV Rozbicie ceny ofertowej „na str. 17 w tabeli pkt 5.7.22 oraz pkt 5.7.24 wykreśla się: „Wymiana nawierzchni przejazdu płyty wielkogabarytowe” wpisuje się „likwidacja przejazdu”. Zmodyfikowane pozycje „nie zostały umieszczone w Rozbiciu ceny ofertowej złożonym w ofercie Konsorcjum Scheidt & Bachmann. Odwołujący

I:

podnosił w odwołaniu, iż brak tych pozycji, a jednocześnie dokonanie wyceny innych robót, z których zamawiający zrezygnował, świadczy o sprzeczności treści oferty z treścią siwz w zakresie przedmiotu świadczenia. Izba nie podzieliła powyższego stanowiska. Stosownie do postanowienia 21.4.7 instrukcji dla wykonawców pominięcie wyceny danej pozycji nie może być potraktowane jako niezgodność treści oferty z treścią siwz, skoro zamawiający dopuścił taką możliwość, i co istotne, przewidział sposób rozliczenia robót, które wprost nie zostały wycenione w zestawieniu Rozbicie ceny ofertowej - podlegają one rozliczeniu w ramach innych pozycji danego elementu robót. Natomiast zaoferowanie i wycena robót, z których zamawiający zrezygnował, podlega poprawie, jako inna omyłka w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jest to omyłka polegająca na braku wykreślenia z zestawienia elementów robót dwóch zbędnych pozycji oraz dokonaniu ich wyceny. Omyłka powyższa nie ma istotnego znaczenia, a jej poprawa nie wpływa w sposób istotny na treść oferty. Po pierwsze, powyższe roboty nie podlegałyby rozliczeniu na etapie realizacji robót, ponieważ nie będą wykonywane, a po drugie, zamawiający w świetle omówionych powyżej postanowień siwz może dokonać poprawy tej omyłki samodzielnie, bez potrzeby ingerencji ze strony wykonawcy, poprzez wykreślenie omyłkowo podanych i wycenionych pozycji. Wykreślenie pozycji i uwzględnienie konsekwencji rachunkowych w cenie oferty jest uzasadnione z punktu widzenia porównywalności ofert i dokonania ich prawidłowej oceny. Ponieważ oferta Konsorcjum zawiera najniższą cenę, to uwzględnienie konsekwencji rachunkowych omyłki nie ma istotnego znaczenia - spowoduje obniżenie ceny oferty o kwotę, która w żaden sposób nie wpłynie na pozycję tej oferty lub jakiegokolwiek innej w „rankingu ofert”. W związku z powyższym zauważyć należy, że zaniechanie poprawienia tej omyłki przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp na etapie badania i oceny ofert stanowi naruszenie przepisu, które jednak nie miało wpływu na wynik postępowania, rozumiany jako wybór oferty najkorzystniejszej. Izba uznała za zasadny zarzut, że Konsorcjum Scheidt & Bachmann nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu - nie złożyło wymaganych oświadczeń i dokumentów pozwalających zamawiającemu na uznanie, że Konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu, tj. nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w siwz, w zakresie wymaganego doświadczenia osób wskazanych do realizacji zamówienia, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca.

W pierwotnej wersji siwz w punkcie 8 lit.f Instrukcji dla wykonawców zamawiający określił warunek, iż o zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy, którzy „dysponują lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tzn. podstawowym zespołem dla wykonania prac projektowych oraz kluczowym personelem do kierowania budową, robotami i pracami geodezyjnymi, posiadającymi adekwatne dla prac i robot będących przedmiotem zamówienia - wiedzę, kwalifikacje i doświadczenie, tj. minimum osobami wymienionymi poniżej: [...]”. Zamawiający wymagał doświadczenia jedynie od osób wskazanych do pełnienia funkcji koordynatora prac projektowych oraz kierownika budowy. Tej treści warunek został podany w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2009/S 216-311293 w dniu 10 listopada 2009r.

W dniu 26 listopada 2009 r. zamawiający dokonał modyfikacji treści ww. warunku. W punkcie 8 Instrukcji dla wykonawców zmienił treść ppkt f) i podał jego nowe brzmienie: „dysponują lub będą dysponować niżej wymienionymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które w ostatnich trzech latach brały udział w realizacji co najmniej jednej inwestycji polegającej na modernizacji, przebudowie lub budowie związanej z infrastrukturą kolejową projektanci w zakresie wykonania dokumentacji projektowej, kierownik budowy i kierownicy robót w zakresie kierowania odpowiednio budową i robotami budowlanymi [...]”. Zamawiający dokonał jednocześnie zmiany formularza - załącznik nr 6 - Wzór wykazu osób, które będą uczestniczyć w

wykonaniu zamówienia. Zamawiający przyznał w toku rozprawy, że omawiana modyfikacja treści warunku rzeczywiście miała miejsce, a zatem wymóg doświadczenia, na który powoływał się odwołujący w proteście i odwołaniu, nie był w toku rozprawy przez zamawiającego kwestionowany. Na marginesie Izba zauważa, iż w toku rozprawy zamawiający nie przedstawił dokumentu potwierdzającego przekazanie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot

Europejskich ogłoszenia dodatkowych informacji dotyczących zmiany treści warunku, prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu z dnia 10 listopada 2009 r., stosownie do art. 38 ust. 4a pkt 2 Pzp (okoliczność powyższa nie była przedmiotem zarzutu protestu ani odwołania).

Okoliczności, iż Konsorcjum Scheidt & Bachmann wskazało w ofercie Piotra Kusza: jako projektanta w zakresie obiektów budowlanych, tj. osobę, która nie posiada wymaganego doświadczenia, gdyż żadna z wykazanych inwestycji, w realizacji których osoba ta brała udział, nie była związana z przebudową lub budową infrastruktury kolejowej (str. 19 oferty) oraz Małgorzatę Putowską jako kierownika robót w zakresie obiektów budowlanych (str. 31 oferty), która to osoba nie spełnia wymogu doświadczenia, nie były sporne pomiędzy stronami. Przystępujący załączył do protestu wykaz osób stanowiący uzupełnienie złożonego w ofercie dokumentami potwierdzającymi uprawnienie tych osób oraz fakt przynależności do odpowiedniej izby inżynierów, uwzględniający treść omawianego warunku.

Nie był sporny w sprawie również fakt, iż treść złożonego w ofercie zaświadczenia o przynależności do Wielkopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa i posiadaniu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, dotyczącego Romana Marcin Majewicza, wskazanego do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie urządzeń telekomunikacyjnych, nie potwierdza, że w dniu składania ofert osoba ta była członkiem Wielkopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa i była objęta ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej (str. 135 oferty). Przystępujący przyznał, iż do oferty błędnie załączono wyłącznie nowe zaświadczenie z dnia 24 listopada 2009 r. ważne od dnia 1 stycznia 2010 r. i załączył do przystąpienia stosowne zaświadczenie z dnia 18 grudnia 2008 r.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż Konsorcjum Scheidt & Bachmann nie złożyło w ofercie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie ww. warunku. Pomimo braku tych dokumentów zamawiający dokonał wyboru ww. oferty jako najkorzystniejszej, uznając, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Działanie powyższe stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 Pzp. Przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu Izba uznała, że naruszenie ww. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik postępowania, co stanowi przesłankę do uwzględnienia odwołania.

Nie złożenie przez przystępującego oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu nie stanowi jednak, w danym stanie faktycznym, podstawy do wykluczenia Konsorcjum Scheidt & Bachmann z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia wymaganych oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 Pzp, zamawiający nie wzywa wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, jedynie w przypadku jeżeli oferta podlega odrzuceniu (lub postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu). Skoro oferta Konsorcjum Scheidt & Bachmann nie podlega odrzuceniu, to zachodzi przesłanka do wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu osób, posiadających wymagane doświadczenie oraz dokumentów, potwierdzających uprawnienia wskazanych osób i przynależność do właściwej izby inżynierów. Złożone wraz z przystąpieniem oświadczenia i dokumenty podlegają badaniu i ocenie przez zamawiającego w ramach powtórnej czynności badania i oceny ofert. Nie podlegały one badaniu przez Izbę w toku niniejszego postępowania odwoławczego, ponieważ dotyczą nowych okoliczności, które nie stanowiły podstawy faktycznej decyzji zamawiającego, na którą wniesiono protest, a w związku z tym nie stanowiły podstawy faktycznej zarzutów protestu wniesionego przez odwołującego. Treść złożonych wraz z przystąpieniem oświadczeń i dokumentów, w tym zmiana wskazanych osób, którymi dysponuje wykonawca w celu realizacji zamówienia, złożenie zaświadczenia o przynależności do izby inżynierów, potwierdza fakt, iż oferta przystępującego zawierała na etapie badania i oceny ofert braki w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Izba nie stwierdziła, iż rozstrzygnięcie protestu przez zamawiającego narusza przepis art. 183 ust. 5 pkt 1 oraz art. 92 Pzp. Zgodnie z art. 183 ust. 5 pkt 1 Pzp w przypadku uwzględnienia protestu

zamawiający powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej - niezwłocznie jeżeli uwzględnił wszystkie zgłoszone żądania. Dokonane przez

zamawiającego rozstrzygnięcie protestu w niniejszym postępowaniu nie uwzględniało wszystkich żądań zawartych w proteście (oraz żądań zgłoszonych w przystąpieniu do postępowania wszczętego protestem). Żądania nie zostały uwzględnione w całości, a zatem zamawiający nie był uprawniony do niezwłocznego powtórzenia czynności. Zarzut naruszenia przepisów art. 92 Pzp Izba uznała za nieuzasadniony. Odwołujący nie wskazał, która z norm prawnych tego artykułu została w toku postępowania naruszona i nie przedstawił na poparcie zarzutu jakichkolwiek okoliczności faktycznych.

B. Sygn. akt: KIO/UZP 223/10

Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez uznanie w rozstrzygnięciu protestu, że treść oferty odwołującego Konsorcjum Scheidt & Bachmann jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji, że oferta podlega odrzuceniu z powodu nie złożenia przez odwołującego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego, tj. dotyczącego zaoferowanego systemu sterowania ruchem kolejowym typu ZSB 2000. W ocenie Izby, uwzględniony przez zamawiającego zarzut zawarty w proteście - dotyczący braku przedstawienia przez odwołującego w ofercie ważnego świadectwa dopuszczenia wydanego przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego - nie potwierdził się.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 21.1.4 Instrukcji dla wykonawców zamawiający wymagał złożenia!// ofercie zestawienia urządzeń i budowli, które zamierza zabudować. W Programie Funkcjonalno-Użytkowym zamawiający, w celu ustalenia możliwości zastosowania na liniach kolejowych, zarządzanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe SA, wymagał, aby stanowiące przedmiot zamówienia - projektowane typy budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego, w chwili składania ofert posiadały świadectwo dopuszczenia do eksploatacji wydane na czas nieokreślony lub określony na podstawie przepisów ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. nr 16 z 2007 r. póź. 94 ze zmianami). Świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typów pojazdów kolejowych wydawane są przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego w oparciu o przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typu pojazdu kolejowego (Dz. U. Nr 163, póź. 1090 ze zm.), które zostało wydane na podstawie delegacji przepisu art. 23 ust. 4 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym. Przepisy ww. rozporządzenia nie regulują warunków, trybu zmiany, w tym przedłużania terminu ważności świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli, urządzenia lub pojazdu kolejowego, wydanego na czas określony na podstawie § 9 ust. 1 ww. rozporządzenia. Zgodnie z treścią rozporządzenia, świadectwa dopuszczenia wydaj e się na wniosek zainteresowanego podmiotu, wymienionego w art. 23 ustawy o transporcie kolejowym.

Odwołujący w ramach realizacji przedmiotu zamówienia zaoferował m.in. urządzenia - system sterowania ruchem kolejowym typu ZSB 2000, dla którego to systemu załączył w ofercie dokument - świadectwo dopuszczenia numer U/2008/0103. Powyższe świadectwo wydane w dniu 22 października 2008 r. określa termin jego ważności do dnia 30 września 2009 r. W związku z upływem terminu ważności świadectwa, odwołujący dołączył do tego świadectwa pismo Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego z dnia 7 września 2009 r. przedłużające jego ważność do dnia 31 maja 2011 r. Odwołujący twierdził, że dołączone do oferty świadectwo dopuszczenia oraz dokument potwierdzający jego przedłużenie (pismo z dnia 7 września 2009 r.) są w pełni skuteczne i ważne, a tym samym wywołują skutki prawne. Pismo Prezesa UTK z dnia 7 września 2009 r. stanowi dokument urzędowy wydany przez centralny organ administracji rządowej. Dokument ten zmienia decyzję administracyjną - świadectwo dopuszczenia, wydane na czas określony, w zakresie terminu jego ważności. Zmiana pierwotnej decyzji jest dokonana w innej formie niż przewidziana dla świadectwa dopuszczenia, zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik do ww. rozporządzenia. Jak wynika

ze złożonych przez odwołującego do akt sprawy dokumentów wydanych przez Prezesa UTK

na rzecz innych podmiotów, jest to dokument funkcjonujący w tej formie w obrocie prawnym. Odwołujący złożył do akt sprawy dokumenty wydane przez Prezesa UTK dotyczące przedłużenia ważności świadectwa dopuszczenia wydane na rzecz innych podmiotów, w tym pismo z dnia 22 października 2007 r. wydane na upoważnienia Prezesa UTK na rzecz firmy TENS sp. z o.o., pismo z dnia 28 września 2007 r. Prezesa UTK wydane na rzecz firmy Siemens sp. z o.o. Transportation Systems, pismo z dnia 30 października 2009 r. wydane przez Prezesa UTK na rzecz Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o., pismo z dnia 9 lipca 2008 r. wydane przez Prezesa UTK na rzecz Bombardier Transportation Polska sp. z o.o., pismo z dnia 21 czerwca 2007 r. wydane przez Prezesa UTK na rzecz Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o., pismo z dnia 29 czerwca 2007 r. wydane przez Prezesa UTK na rzecz Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. Wszystkie powyższe dokumenty dotyczą przedłużenia ważności wydanych wcześniej świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu urządzeń i budowli przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typów pojazdów kolejowych. Powyższy rodzaj dokumentu był do tej pory akceptowany również przez zamawiającego - faktowi temu zamawiający nie zaprzeczył. Praktykę tę potwierdza też pismo członka Zarządu zamawiającego z dnia 16 grudnia 2009 r. Zamawiający wyjaśnił, iż korzysta z systemu ZSB 2000 na linii nr 358 od kilku miesięcy w oparciu o dokument Prezesa UTK z dnia 7 września 2009 r. przedłużający ważność świadectwa dopuszczenia dla tego systemu, ponieważ wykonawca nie dostarczył świadectwa na przekazane wykonawcy wezwanie zamawiającego.

Praktyka omówiona powyżej nie dowodzi prawidłowości trybu i formy przedłużania ważności świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu, w której są wydawane stosowne dokumenty przez Prezesa UTK. Podkreślić jednak należy, że stosownie do art. 16 § 1 kpa decyzje, od których nie służy odwołanie w administracyjnym toku instancji, są ostateczne. Uchylenie lub zmiana takich decyzji, stwierdzenie ich nieważności oraz wznowienie postępowania może nastąpić tylko w przypadkach przewidzianych w kpa lub w ustawach szczególnych. Zgodnie z § 2 ww. przepisu decyzje mogą być zaskarżane do sądu administracyjnego z powodu ich niezgodności z prawem, na zasadach i w trybie określonym w odrębnych przepisach.

Zamawiający, kwestionując złożone przez Konsorcjum Scheidt & Bachmann przedłużenie ważności świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu urządzenia, zarzucił temu dokumentowi brak cech decyzji administracyjnej oraz niezgodność z wzorem świadectwa określonym w załączniku nr 2 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typu pojazdu kolejowego.

Izba uznała, iż ocena, czy ww. dokument został wydany prawidłowo, zgodnie z procedurą przewidzianą w ustawie o transporcie kolejowym lub przepisami kpa, nie może nastąpić w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ani zamawiający, ani Krajowa Izba Odwoławcza nie jest podmiotem uprawnionym do stwierdzenia nieważności decyzji oraz badania czy ewentualna niezgodność z przepisami ma znaczenie istotne lub nieistotne. Postępowanie w sprawie stwierdzenia nieważności decyzji toczy się w trybie ściśle określonym, przed uprawnionymi organami. Ze złożonych dokumentów wynika jednoznacznie, iż Prezes UTK dokonał przedłużenia świadectwa dopuszczenia dotyczącego oferowanego systemu. Dokument ten nie został do tej pory zaskarżony w trybie stwierdzenia jego nieważności, który to tryb służy usunięciu z obrotu prawnego ostatecznych i nieostatecznych decyzji dotkniętych najpoważniejszymi wadami dotyczącymi przede wszystkim prawa materialnego. Prawo do wszczęcia postępowania o stwierdzenie nieważności aktu prawnego służy nie tylko stronom lecz może toczyć się z urzędu. Służy ono także innym podmiotom na mocy przepisów szczególnych, organizacjom społecznym, prokuratorowi i Rzecznikowi Praw Obywatelskich. Należy podkreślić, iż do chwili stwierdzenia w przepisanej formie nieważności danego aktu, obowiązuje domniemanie jego zgodności z prawem, a tym samym wywołuje on skutki prawne. Zamawiający nie przedstawił dowodów na potwierdzenie, iż akt

prawny Prezesa UTK z dnia 7 września 2009 r. został wyeliminowany z obrotu prawnego. Prezes UTK w treści pisma z dnia 21 stycznia 2010 r. podtrzymał swoje stanowisko w sprawie.

W świetle powyższego, wydany przez Prezesa UTK dokument jest wiążący i winien być respektowany przez podmioty, których może dotyczyć, w tym również przez zamawiającego. W

konsekwencji Izba stwierdziła, iż rozstrzygnięcie protestu w zakresie omawianego zarzutu nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a wobec stwierdzenia naruszenia ww. przepisu, Izba uznała, iż zamawiający w tym zakresie naruszył także przepis art. 7 ust. 1 pzp.

Zamawiający podniósł na rozprawie zarzut nowy w stosunku do zarzutów zawartych w proteście poprzedzającym odwołanie, twierdząc, iż świadectwo dopuszczenia do eksploatacji systemu ZSB 2000, a tym samym także dokument przedłużający ważność ww. świadectwa, dotyczą systemu, który nie spełnia technicznych wymagań specyfikacji. Zamawiający podniósł, iż system określony "w specyfikacji posiada dodatkowe funkcje wynikające z rozbudowanego oprogramowania, a zatem należy uznać, że wykonawca nie złożył świadectwa dopuszczenia typu dla systemu spełniającego wymagania siwz. Izba nie rozpoznawała tego zarzutu, stosownie do dyspozycji art. 191 ust. 3 Pzp, zważywszy, że jest to zarzut, który nie był zawarty w proteście. Nie był on podnoszony przez żadną ze stron na etapie postępowania wywołanego wniesionym protestem. Nowe okoliczności - zarzuty wobec oferty odwołującego, podniesione przez zamawiającego na rozprawie, mogą stanowić uzasadnienie do ponownej oceny oferty, na którą to czynność wykonawcy przysługują stosowne środki ochrony prawnej. W odniesieniu do podniesionych w odwołaniu (powyżej omówionych) okoliczności, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pzp, który został wskazany w odwołaniu.

Zarzuty naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 i 4 pzp nie były podniesione w proteście wobec tego, stosownie do art. 191 ust. 3 pzp nie podlegały rozpoznaniu. Omówione okoliczności sprawy uzasadniały uwzględnienie odwołania. Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1 a Pzp. Uwzględniając rozpoznane odwołanie Izba nie nakazała wykonania lub powtórzenia czynności.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz stosownie do § 4 ust. 1 i 3 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. Nr 128, późn. 886 ze zm.). W sprawie o sygn. akt KIO/UZP 223/10 Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Na powyższe rozstrzygnięcia, skargę wniósł odwołujący się Konsorcjum Torpol sp. z o.o., Feroce S.A, i Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu sp. z o.o. Wyrok zaskarżył części dotyczącej postanowienia zawartego w:

- pkt 1. A. w/w wyroku - w części w jakiej KIO nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, (zamiast nakazania Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty Skarżącego jako najkorzystniejszej),
- pkt 1. B. w/w wyroku - uwzględniającego odwołanie wniesione przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o.o. i Heitkamp Rail GmbH,
- pkt. 2 ust. 2 ppkt A i ppkt B. - ustalającego koszty postępowania, bez obciążenia Zamawiającego na rzecz Skarżącego do wysokości 3.600 zł kosztami zastępstwa Skarżącego przez pełnomocnika (wynagrodzenia adwokackiego) oraz innymi kosztami - podróży, poniesionymi przez Skarżącego w związku z wniesieniem odwołania do KIO, wynikającymi z przedstawionych przez Skarżącego dokumentów (faktury, bilet kolejowy) a ponadto obciążającego Zamawiającego zwrotem kosztów wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika na rzecz Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o.o. i Heitkamp Rail GmbH.

Postępowaniu odwoławczemu prowadzonemu przez Krajową Izbę Odwoławczą i zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. naruszenie przepisu art. 184 ust. 4 Ustawy Pzp - poprzez niedopuszczenie Skarżącego do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 223/10 jako przystępującego po stronie Zamawiającego, z uwagi na rzekome nie zachowanie

terminu zgłoszenia przystąpienia do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podczas gdy termin taki został dochowany;

2. błąd w ustaleniach faktycznych (i w konsekwencji niezastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp) polegający na błędnym dowolnym uznaniu przez KIO, że:

a) nie potwierdził się zawarty w proteście i uwzględniony przez Zamawiającego w jego rozstrzygnięciu zarzut, braku przedstawienia przez Wykonawców: Scheidt 85 Bachmann Polska Sp. z o. o. i Heitkamp Rail GmbH, wymaganego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia świadectwa dopuszczenia systemu sterowania ruchem kolejowym ZSB 2000, które potwierdzałoby jego zgodność z wymaganiami określonymi w Programie funkcjonalno - użytkowym, zawierającym opis przedmiotu ww. zamówienia;

b) pismo Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego z dnia 7.09.2009 r. jest wiążącą Zamawiającego i inne podmioty decyzją administracyjną;

c) Zamawiający ani Krajowa Izba Odwoławcza nie jest podmiotem uprawnionym do stwierdzenia nieważności decyzji oraz badania czy ewentualna niezgodność z przepisami w/w „decyzji” ma znaczenie istotne lub nieistotne, oraz że ocena prawidłowości treści w/w świadectwa dopuszczenia i formy oraz treści pisma przedłużającego ważność tego świadectwa nie może nastąpić w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

3. naruszenie przepisu art. 191 ust. 3 Pzp - poprzez niesłuszne nierozpoznanie zarzutu Zamawiającego i Skarżącego (jako Przystępującego po stronie Zamawiającego w sprawie wywołanej odwołaniem Przeciwnika Skargi), iż przedstawione przez Konsorcjum: Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o.o., Heitkamp Rail GmbH, świadectwo dopuszczenia do eksploatacji systemu ZSB 2000 dotyczy systemu, który nie spełnia technicznych wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mimo, że - wbrew stanowisku KIO - zarzut ten był podniesiony przez Skarżącego w proteście rozstrzyganym przez Zamawiającego.

Skarżący wniósł o uznanie przez Sąd skargi za zasadną i jej uwzględnienie, a w konsekwencji:

1. odpowiednią zmianę wyroku KIO w zaskarżonej części i orzeczenie co do istoty sprawy, poprzez:

- oddalenie w całości odwołania wniesionego przez Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o.o. i Heitkamp Rail GmbH,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wyboru oferty Skarżącego jako najkorzystniejszej,

zasądzenie dodatkowo od Zamawiającego na rzecz Skarżącego kwoty 3.600 zł tytułem poniesionych przez Skarżącego kosztów adwokackich pełnomocnika w postępowaniu odwoławczym przed KIO, oraz kwoty 638,58 złotych tytułem zwrotu kosztów podróży, poniesionych przez Skarżącego w związku z wniesieniem odwołania do KIO.

Uzasadniając swoje stanowisko skarżący wskazał, że jest uczestnikiem postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Skarżący w dniu 15 stycznia 2009 r. złożył protest wobec czynności Zamawiającego, podjętych w toku wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a polegających na wyborze (jako najkorzystniejszej) oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia: Scheidt 85 Bachmann Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Luboniu przy ul. Wąskiej 15 i Heitkamp Rail GmbH, Hemer Strasse 299, 44809 Bochum (w dalszej części skargi przywoływanych jako Przeciwnik Skargi lub Odwołujący), których oferta, zdaniem Skarżącego, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy Pzp oraz którzy to wykonawcy podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) Ustawy Pzp.

Zamawiający uwzględnił protest Skarżącego w części dotyczącej unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia Przeciwnika Skargi z postępowania oraz odrzucenia jego

oferty, nie uwzględnił natomiast protestu w zakresie żądania wyboru jako najkorzystniejszej, oferty Skarżącego, który to wybór, przy braku podstaw unieważnienia postępowania, odrzucenia oferty Skarżącego lub jego wykluczenia, powinien zostać dokonany.

Zamawiający uwzględnił protest Skarżącego w części dotyczącej unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia Przeciwnika Skargi z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, nie uwzględnił natomiast protestu w zakresie żądania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Skarżącego, który to wybór, przy braku podstaw unieważnienia postępowania, odrzucenia oferty Skarżącego lub jego wykluczenia, powinien być - zgodnie z

Ustawą Pzp- jedynie oczywistą konsekwencję uwzględnionych żądań protestu. Wskutek takiego rozstrzygnięcia Zamawiającego, Skarżący w dniu 05 lutego 2010 r. wniósł również odwołanie, które zostało uwzględnione przez KIO częściowo.

Wykonawcy Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o. o. i Heitkamp Rail GmbH, reprezentowani przez radcę prawnego Tomasza Filipowskiego, wnieśli odwołanie wobec rozstrzygnięcia Zamawiającego w części, która protest Skarżącego uwzględniała. Krajowa Izba Odwoławcza w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 223/10 uwzględniła to odwołanie. Skarżący podnosi, że odwołanie Wykonawców Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o. o. i Heitkamp Rail GmbH nie zasługiwało na uwzględnienie. W przypadku oddalenia przez KIO odwołania Przeciwnika Skargi, oferta Skarżącego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego i na tym Skarżący opiera swój interes prawny w postępowaniu sądowym wywołanym wniesieniem niniejszej skargi. Gdyby bowiem KIO oddaliła odwołanie Przeciwnika Skargi i nakazała Zamawiającemu uznanie oferty Skarżącego za najkorzystniejszą wówczas nie byłoby potrzeby składania niniejszej skargi. Ponieważ tak się nie stało skarżący ma oczywisty prawny interes w tym, aby takiego rozstrzygnięcia dochodzić przed Sądem, poprzez wniesienie niniejszej skargi.

Interes prawny Skarżącego wynika także z podniesionego przez niego w skardze zarzutu bezprawnego niedopuszczenia przez KIO do udziału Skarżącego w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 223/10, w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego, co pozbawiło Skarżącego możliwości i prawa do zaprezentowania przed KIO swojego stanowiska i argumentacji, korzystania ze swoich ustawowych uprawnień oraz wykazania i obrony swojego interesu prawnego w postępowaniu odwoławczym.

Na uzasadnienie i potwierdzenie posiadania przez Skarżącego interesu prawnego i czynnej legitymacji procesowej do wniesienia niniejszej skargi Skarżący przytacza treść uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowy w Krakowie z dnia 4 lutego 2009 r. (II Ga 453/08 opublikowany: LEX nr 534358):

„Środki ochrony prawnej w myśl art. 179 p.z.p. przysługują wykonawcom i uczestnikom, a także innym osobom jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku. W tej szerokiej kategorii mieści się także wykonawca, którego oferta została wybrana przez zamawiającego i nie ma on interesu w przystąpieniu do któregośkolwiek innego uczestnika postępowania." Omawiając zarzuty skargi, naruszenie przepisu art. 184 ust. 4 Pzp - poprzez niedopuszczenie Skarżącego do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 223/10, w charakterze przystępującego po stronie zamawiającego, z uwagi na rzekome nie zachowanie terminu zgłoszenia przystąpienia do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podczas gdy termin taki został dochowany, skarżący wskazał, iż w toku posiedzenia KIO zostało ustalone, że do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w/w przystąpienie w formie faksu wpłynęło i zostało zarejestrowane w dniu 08 marca 2010 r. Oryginał przystąpienia został nadany w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 09 marca 2010 r. (listem poleconym jako przesyłka priorytetowa za potwierdzeniem odbioru), co poświadczał wpis dokonany przez placówkę pocztową w książce nadawczej Skarżącego, przedstawiony KIO w czasie posiedzenia. Strony postępowania (Zamawiający i Odwołujący) również potwierdziły otrzymanie kopii przystąpienia Skarżącego przed upływem terminu otwarcia posiedzenia KIO. W związku z tym,

że Przewodnicząca składu orzekającego poinformowała na posiedzeniu, że przystąpienie w formie pisemnej (z oryginalnymi podpisami przystępującego) nie wpłynęło jeszcze do Prezesa UZP, Pełnomocnik Skarżącego złożył wniosek o potraktowanie przystąpienia w formie faksu jako skutecznie wniesionego przed otwarciem posiedzenia. Oświadczył również, że posiada przy sobie dodatkowy oryginał pisma zawierającego treść przystąpienia, na którym widnieją oryginalne podpisy osób umocowanych do reprezentacji Skarżącego i gotów jest złożyć to pismo w trakcie posiedzenia bezpośrednio do akt sprawy - w uzupełnieniu wcześniejszej formy faksowej. Poinstruowany przez Przewodniczącą składu orzekającego, że przystąpienie wnosi się do Kancelarii Prezesa UZP, pełnomocnik Skarżącego zawnioskował o przerwę w posiedzeniu KIO i po jej zarządzeniu, złożył wówczas jeden z posiadanych przez siebie oryginałów pisma z oryginalnymi podpisami Skarżącego w Kancelarii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, co zostało niezwłocznie dołączone do akt sprawy. (dowód: - znajdujące się w aktach sprawy przystąpienie do postępowania odwoławczego opieczetowane przez Kancelarię Urzędu Zamówień Publicznych wraz kopią potwierdzenia w pocztowej księdze nadawczej Skarżącego nadania przez niego w/w przystąpienia listem poleconym, dokonanego w placówce pocztowej przedstawionego na posiedzeniu KIO, oraz potwierdzeniem przekazania faksu zawierającego treść przystąpienia do Kancelarii UZP, Zamawiającego i Pełnomocnika Odwołującego i protokół z posiedzenia/ rozprawy w KIO z dnia 10 marca 2010 r.).

Zawarte w protokole z posiedzenia z dnia 10.03.2010 r. postanowienie KIO o niedopuszczeniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO/UZP 223/10, z uwagi na rzekome niezachowanie terminu do zgłoszenia przystąpienia do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, jest nieuzasadnione prawnie i faktycznie, w związku z czym Skarżący zgłosił do protokołu sprzeciw. Przepis art. 184 ust. 4 ustawy Pzp daje możliwość uczestnikowi postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego najpóźniej do czasu otwarcia posiedzenia składu orzekającego Izby, nie zastrzegając formy zgłoszenia, a tym bardziej rygору nieważności, w przypadku braku zachowania formy pisemnej. Celem regulacji przyjętej w przepisie art. 184 ust. 4 przywołanej ustawy, wynikającej z dostosowania prawa polskiego do prawa europejskiego poprzez implementację normy z tzw. dyrektywy odwoławczej, było nadanie wykonawcom uprawnienia do przystąpienia do jednej ze stron w postępowaniu odwoławczym, a nie kreowanie „zaostrowanych”, w stosunku do istniejących, przepisów dotyczących formy składania oświadczeń w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Sposób przekazywania oświadczeń, zawiadomień i informacji składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia w szczególności reguluje przepis art. 27 Ustawy Pzp, który stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Zamawiający może ustanowić dla każdego postępowania sposób porozumiewania się w formie pisemnej, faksem lub drogą elektroniczną, czyli e-mailem. O dokonanym wyborze formy porozumiewania się zamawiający powinien poinformować wykonawców w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skarżący przywołał pogląd wg którego „W praktyce można spotkać w siwz także takie postanowienia, według których wszelkie dokumenty w postępowaniu przekazywane są pisemnie, a przesłane faksem lub drogą elektroniczną uznaj e się za skuteczne, jeśli dotarły do zamawiającego przed upływem terminu i zostały niezwłocznie potwierdzone na piśmie. Z takiego sformułowania nie wynika właściwie prymat którejkolwiek z form. Należałoby jednak stwierdzić, że w takim przypadku "niezwłoczne potwierdzenie na piśmie" dokonane po upływie terminu nie może pozbawić skuteczności oświadczenia czy dokumentu przesłanego faksem lub drogą elektroniczną w terminie." [vide: cyt. z D. Rogoń, Komentarz do przepisów Prawa zamówień publicznych] oraz odwołał się do publikacji stwierdzającej: „Jeżeli natomiast zamawiający w ogóle nie określi w siwz, jaką formę przyjmuje w danym postępowaniu, dopuszczalne będą wszystkie trzy sposoby komunikowania się, o jakich mowa w art. 27 ust. 1

p.z.p." [vide: J. Pieróg, Faksem, e-mailem czy na piśmie, Rzeczpospolita z dnia 13 czerwca 2006 r., Dobra Firma, s. 5],

W rozpatrywanej sprawie Zamawiający (siwz, tom I, Instrukcji dla wykonawców, pkt. 13) określił wymóg co do formy w sposób następujący : „ (...środki ochrony prawnej przekazane w formie pisemnej lub faksem, uważa się za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu i została niezwłocznie potwierdzona pisemnie." Skarżący

dokładnie w taki sposób przekazał Prezesowi UZP swoje zgłoszenie przystąpienia do odwołania po stronie Zamawiającego.

W ocenie skarżącego zastosowana przez skład orzekający KIO interpretacja art. 184 ust. 4 ustawy pzp przy wydawaniu postanowienia godzi w podstawowe założenia i zasady systemu zamówień publicznych, wyrażone zarówno w samych przepisach, piśmiennictwie oraz orzecznictwie krajowym i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącym formy czynności i oświadczeń woli składanych w toku postępowania o zamówienie publiczne. Doktryna od początku istnienia systemu zamówień publicznych w polskim prawie oparła swoje poglądy na zasadzie wyrażonej w sentencji wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 listopada 2002 r. (V Ca 1408/02, opublikowany w Lex ZPO 2002/1/35):

„Zgodnie z art. 21 ustęp 3 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 roku o zamówieniach publicznych oświadczenia lub zawiadomienia przekazane za pomocą teleksu, poczty elektronicznej lub telefaksu uważa się za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu i została niezwłocznie potwierdzona na piśmie przez przekazującego. Przepis powyższy wymaga dla skuteczności oświadczenia, aby oświadczenie dotarło do adresata - w odróżnieniu od art. 61 kc, w którym wymagane jest, aby oświadczenie złożone zostało w taki sposób, że adresat mógł zapoznać się z jego treścią. Rozwiązanie wprowadzone w art. 21 ustęp 3 wymienionej ustawy uzasadnione jest wynikających z przedstawionych przez Skarżącego dokumentów (faktura, bilet kolejowy), specyfiką postępowania w sprawie zamówień publicznych, koniecznością zapewnienia jego szybkości i sprawnego rozpoznawania protestów, skarg i odwołań." Skarżący podkreślił, że wszystkie strony postępowania oraz skład orzekający KIO mogły zapoznać się z treścią przystąpienia już w dniu 08 marca 2010 r., a więc dwa dni przed posiedzeniem KIO w dniu 10.03.2010 r., co strony, jak również Przewodnicząca składu orzekającego KIO, potwierdziły w czasie w/w posiedzenia Europejski Trybunał Sprawiedliwości wypowiedział się w kwestii zakresu ochrony prawnej, jaką przyznaje wykonawcom dyrektywa 89/665/EWG przed pozbawieniem ich dostępu do procedury odwoławczej. W sprawie o sygnaturze: C- 26/03 stwierdził on, iż „procedury odwoławcze winny być dostępne dla wszystkich podmiotów, które wyrażały bądź wyrażają zainteresowanie w pozyskaniu danego zamówienia, których interes został bądź mógł zostać naruszony przez domniemanie naruszenia przepisów przez zamawiającego. Państwo członkowskie nie może ponadto uzależnić dostępności środków ochrony prawnej od osiągnięcia określonego etapu przez daną procedurę udzielenia zamówienia publicznego". Reasumując powyższe stwierdzić należy że:

- fakt otrzymania przez Prezesa UZP, Zamawiającego i Odwołującego przystąpienia Skarżącego do postępowania odwoławczego formie faksu nie budził niczyjej wątpliwości,
- przepis art. 184 ust. 4 Ustawy Pzp nie zastrzega szczególnej formy oświadczenia woli dla zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w stosunku do innych oświadczeń woli składanych w postępowaniu, tak jak czyni to np. art. 82 lub art. 139 Ustawy Pzp; forma ta nie może być surowsza dla przystępującego niż dla odwołującego,
- zgodnie z przepisem art. 184 ust. 2 Ustawy pzp złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu, z zatem i taka forma złożenia oświadczenia o przystąpieniu, warunkująca uznanie terminu za zachowany, nie powinna być inaczej, niekorzystniej interpretowana i stosowana, p
- przy rozstrzyganiu kwestii dopuszczenia przystępującego do postępowania odwoławczego, w razie zaistnienia wątpliwości interpretacyjnych, przepisów ustawy pzp, KIO winna była zastosować zasady ogólne zawarte w art. 130 kpc i art. 165 § 2 kpc oraz zastosować przepisy art.

1183, 1188, 1189 kpc do których (w zakresie nieuregulowanym przez Ustawę Pzp) odsyła przepis art. 184 ust. 6 Ustawy Pzp, czego skład orzekający KIO błędnie nie uczynił.

Ostatecznie skarżący uznał, że postanowienie o niedopuszczeniu do udziału w postępowaniu odwoławczym zostało wydane z rażącym naruszeniem prawa, pozbawiając Skarżącego prawa i możliwości:

- obrony swojego interesu prawnego,

- wypowiedzenia się co do treści protestu, przystąpienia oraz odwołania,
- zgłoszenia wniosków dowodowych,
- zgłoszenia do protokołu sprzeciwu dotyczącego naruszenia przez KIO przepisów proceduralnych postępowania tj. art. 1189 Kpc polegającego m.in. na uniemożliwieniu przez Przewodniczącą składu orzekającego KIO, złożenia - doręczenia KIO i stronom postępowania odwoławczego, pism oraz dowodów na piśmie przewidzianych do złożenia przez Skarżącego w trakcie postępowania,
- możliwości zgłaszania żądania sprostowań do treści protokołu posiedzenia KIO.

Nadto skarżący zarzucił orzeczeniu:

- naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp poprzez błędne, uznanie, że nie potwierdził się zawarty w proteście i uwzględniony przez Zamawiającego w jego rozstrzygnięciu zarzut, braku przedstawienia przez Wykonawców Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o.o. i Heitkamp Rail GmbH, wymaganego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia świadectwa dopuszczenia systemu sterowania ruchem kolejowym ZSB2000, zgodnego z wymaganiami „funkcjonalnymi” określonymi w Programie funkcjonalno - użytkowym stanowiącym opis przedmiotu ww. zamówienia,

- naruszenie przepisu art. 191 ust. 3 Pzp poprzez niesłuszne nierozpoznanie zarzutu

Zamawiającego, że przedstawione przez Przeciwnika skargi świadectwo dopuszczenia do eksploatacji systemu ZSB 2000 dotyczy systemu, który nie spełnia technicznych wymagań specyfikacji, mimo iż zarzut ten był podniesiony przez Skarżącego w proteście, rozstrzyganym przez Zamawiającego.

Uzasadniając kolejne zarzuty skarżący wskazał, że Zamawiający w Programie

Funkcjonalno- Użytkowym (str. 17 i dalsze), w celu ustalenia możliwości zastosowania na liniach kolejowych zarządzanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe

S. A. określił, że stanowiące przedmiot zamówienia - projektowane typy budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego, w chwili składania ofert, muszą posiadać świadectwo dopuszczenia do eksploatacji wydane na czas nieokreślony lub określony na podstawie przepisów ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (t.j. Dz. U. z 2007r., Nr 16, póź. 94 ze zm.). W swoich ofertach Wykonawcy winni byli wskazać oferowane typy urządzeń, które zamierzają zbudować w ramach realizacji przedmiotu zamówienia oraz załączyć oświadczenie, że urządzenia przez nich wskazane, przewidziane do zabudowy w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, posiadają Świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego, a także załączyć kopie tych świadectw.

Krajowa Izba Odwoławcza błędnie oceniła stan faktyczny stwierdzając, że zarzut niezgodności urządzeń zaoferowanych przez Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o. o. i Heitkamp Rail GmbH ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie był zawarty w proteście. Skarżący stwierdził bowiem w treści protestu, a później również w treści przystąpienia, że „parametry techniczne urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego, oferowanych przez Wykonawców, powinny pozwalać na zabudowę tych urządzeń w lokalizacjach określonych zamówieniem” i podniósł w proteście jak i w przystąpieniu do odwołania zarzut, że „przedmiot zaoferowany przez wykonawców Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o. o. i Heitkamp Rail GmbH nie spełnia tych wymagań.”

Zarzut został oparty na treści złożonych przez wykonawców Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o. o. i Heitkamp Rail GmbH dokumentów - Świadectwa Dopuszczenia i pisma Prezesa UTK z dnia 07.09.2009 r.

Program funkcjonalno - użytkowy (str. 11) w punkcie 1.2.2. Liniowe urządzenia srk określa wymóg:

a) zabudowania na szlakach od stacji Czerwonak do stacji Wągrowiec jak również pomiędzy stacją Wągrowiec i stacją Rogoźno jednoodstępowej komputerowej blokady liniowej, dwukierunkowej z systemem licznika osi do stwierdzania niezajętości odstępu blokowego; a wskazana w przedstawionym przez Przeciwnika skargi Świadczenie Dopuszczenia konfiguracja systemu sterowania ruchem kolejowym typu ZSB 2000 nie stwierdza, że zaoferowane urządzenia wyposażone są w komputerową, jednotorową, jednoodstępową, dwukierunkową blokadę liniową.

b) zlokalizowania Centrum Utrzymania i Diagnostyki (CUID) w budynku LCS Wągrowiec; a przedstawione przez Przeciwnika skargi Świadczenie Dopuszczenia Nr U/2008/ 0103 nie zawiera żadnego zapisu związanego z w/w lokalizacją CUID.

Nie wymaga dowodzenia fakt wynikający z przepisów ustawy o transporcie kolejowym, że minister właściwy do spraw transportu otrzymał delegację do określenia w drodze rozporządzenia m.in. trybu wydawania i cofania świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego w celu zapewnienia bezpieczeństwa ruchu kolejowego. Przepis § 6 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typu pojazdu kolejowego (Dz. U. Nr 103, póź. 1090 ze zm. - w dalszej części skargi przywoływanego jako Rozporządzenie), w brzmieniu nadanym w dniu 09 czerwca 2009 r. na podstawie zmiany dokonanej rozporządzeniem z dnia 14 maja 2009 r., określa katalog niezbędnych dokumentów (dokumentację techniczną) jakie wnioskodawca winien załączyć do wniosku o wydanie świadectwa dopuszczenia, przede wszystkim w celu zapewnienia bezpieczeństwa w ruchu kolejowym.

Skarżący i Zamawiający wiedzą o tym, że Odwołujący złożył wniosek nie tylko o przedłużenie terminu świadectwa dopuszczenia, ale również o rozszerzenie systemu ZSB 2000 w zakresie funkcjonalnym o nowe oprogramowanie z blokadą liniową (których świadectwo załączone do oferty nie obejmowało) powziął dopiero z chwilą otrzymania dostępu do treści pisma z dnia 09.06.2009 r., załączonego przez Przeciwnika Skargi do jego odwołania. Odwołujący zobowiązany był dołączyć do wniosku (składanego w celu wydania nowego świadectwa na okres kolejny, następujący po okresie przewidzianym świadectwem z dnia 22 października 2008 r. oraz którego przedmiotem będą urządzenia „z nowym oprogramowaniem i blokadą liniową”) co najmniej Porozumienie (o treści i formie określonej w załączniku nr 1 do w/w Rozporządzenia) oraz dokumentację techniczno-ruchową. Porozumienie takie winno zostać zawarte jako uzgodnienie trójstronne, a mianowicie pomiędzy użytkownikiem (np. zarządcą infrastruktury), producentem, a jednostką badawczą nadzorującą przebieg prób. Porozumienie takie powinno określać w szczególności miejsce prób eksploatacyjnych, tzw. poligon badawczy. Dopiero tak złożona (kompletna) dokumentacja może stanowić podstawę do wydania przez Prezesa UTK decyzji w postaci Świadczenia Dopuszczenia zapewniającej w jak największym stopniu bezpieczeństwo w ruchu kolejowym. Przy wydawaniu kolejnego Świadczenia dopuszczenia na następny okres, każda zmiana dotycząca celu, parametrów urządzeń, zakresu badań oraz terminu określonych we wcześniej wydanym Świadczeniu Dopuszczenia winna zostać poprzedzona analogicznymi czynnościami i potwierdzona dokumentami, jakie wymagane są dla wydania wcześniejszego Świadczenia Dopuszczenia, w zakresie danej zmiany. Przepisy Rozporządzenia są bezwzględnie obowiązującymi - nie pozostawiają miejsca na dowolność i uznaniowość w tym zakresie. W posiadaniu Skarżącego znajduje się opinia techniczna, której odpis złożony przez Zamawiającego i podczas posiedzenia KIO w dniu 10.03.2010 r. został załączony do akt sprawy, która jednoznacznie przesądza o słuszności tez postawionych w proteście i przystąpieniu przez Skarżącego, która stwierdza jednoznacznie, że: „Rozbudowanie istniejących i skonfigurowanych już systemów sterowania ruchem kolejowym o dodatkowe funkcjonalności, związane z pólsmoczną

blokadą liniową, wiąże się ze znacznym rozszerzeniem architektury takiego systemu i znaczącą zmianą oprogramowania sterującego. Każda taka rozbudowa wpływa na działanie istniejącego systemu i wymaga dodatkowych badań, testów w zakresie bezpieczeństwa całego systemu.

System sterowania ruchem kolejowym w podstawowej wersji, tj. bez pól samoczynnej blokady liniowej, jest znacznie prostszy w układzie zależnościowym i sprzętowym oraz związanym z tym oprogramowaniem w odniesieniu do rozbudowanego systemu z pól samoczynną blokadą liniową. W kontekście wymogów bezpieczeństwa, systemy bez i z blokadą charakteryzują się bardzo dużą różnicą w ich funkcjonalności. Każdorazowa dołożenie nowej funkcjonalności wymaga dodatkowych testów i sprawdzeń. W związku z powyższym rozbudowa w konkretnym przypadku, systemu ZSB 2000 będzie wymagała dodatkowych badań i testów w zakresie bezpieczeństwa istniejącego już systemu." Mając powyższe na uwadze powyższe skarżący jednoznacznie stwierdził, iż zaoferowany przez Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o. o. i Heitkamp Rail GmbH, przedmiot zamówienia nie spełnia wynikających z potrzeb bezpieczeństwa ruchu kolejowego wymagań określonych specyfikacją istotnych warunków przedmiotowego zamówienia, o czym ogólnie wspomniano w proteście oraz przystąpieniu do odwołania po stronie Zamawiającego. Z uwagi na powyższą okoliczność oferta Przeciwnika Skargi powinna ulec odrzuceniu. KIO bezzasadnie pominęło rozpoznanie tego zarzutu Zamawiającego i Skarżącego, mimo iż zarzuty niezgodności zaoferowanych przez Przeciwnika skargi urządzeń ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia były podniesione w proteście wniesionym przez Skarżącego.

W dalszej kolejności skarżący zarzucił orzeczeniu:

- naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w szczególności poprzez błędne, dowolne uznanie, że pismo Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego z dnia 7.09.2009 r. jest wiążącą Zamawiającego i inne podmioty decyzją administracyjną. Wbrew ustaleniom Krajowej Izby Odwoławczej, urządzenia zaoferowane w cenie oferty Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o. o. i Heitkamp Rail GmbH (Przeciwnika Skargi - Odwołującego), nie posiadały ani w dniu składania ofert i w chwili obecnej nadal nie posiadają nie tylko zgodnego z wymaganiami SIWZ ale także ważnego Świadczenia Dopuszczenia do eksploatacji bowiem świadectwo przedstawione przy składaniu oferty przez podmioty tworzące w/w Konsorcjum straciło swoją ważność w dniu 30 września 2009 r., a pismo Prezesa UTK z 7.09.2009 r. nie spowodowało przedłużenia jego ważności. Należy podkreślić, że przepisy ustawy o transporcie kolejowym (Ustawa Utk) i rozporządzeń wydanych na podstawie tej ustawy w ogóle nie przewidują możliwości zmiany lub przedłużenia Świadczenia Dopuszczenia. Taką możliwość (przewidującą przy tym konieczność uiszczenia stosownych opłat z tego tytułu) przepisy Ustawy o transporcie kolejowym dają jedynie w stosunku do niektórych wyraźnie wskazanych w w/w ustawie innych decyzji - dokumentów wydawanych przez Prezesa UTK np. świadectw bezpieczeństwa, ale nie umożliwiają tego w stosunku do świadectw dopuszczenia. Zgodnie z art. 13 ust. 2 ww. Ustawy Utk do zadań Prezesa UTK, w zakresie regulacji transportu kolejowego, należy m.in.:
- wydawanie, przedłużanie, zmiana i cofanie autoryzacji bezpieczeństwa, certyfikatów bezpieczeństwa i świadectw bezpieczeństwa
- wydawanie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego oraz prowadzenie rejestru tych świadectw. Zgodnie z art. 13 ust. 7b) Ustawy Utk Prezes UTK, w terminie 30 dni, zgłasza Agencji każde wydanie, przedłużenie, zmianę lub cofnięcie autoryzacji bezpieczeństwa i certyfikatów bezpieczeństwa. Zgłoszenie powinno zawierać nazwę i adres przewoźnika kolejowego lub zarządcy, datę wystawienia, zakres i ważność autoryzacji bezpieczeństwa lub certyfikatu bezpieczeństwa, a w przypadku cofnięcia - także jego przyczyny. Zgodnie z art. 23 ust. 4. Ustawy Utk Minister Infrastruktury określił rozporządzeniem warunki, tryb wydawania i cofania świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego, uwzględniając w szczególności okres

*

ważności oraz wzory świadectw. Nauka prawa administracyjnego określa materialne pojęcie

decyzji, przez którą rozumie się kwalifikowany akt administracyjny, stanowiący przejaw woli administracyjnych w państwie organów, wydany na podstawie powszechnie obowiązującego prawa administracyjnego lub finansowego, o charakterze władczym i zewnętrznym, rozstrzygający konkretną sprawę, konkretnie określonej osoby fizycznej lub prawnej w postępowaniu unormowanym przez przepisy proceduralne". Mając na uwadze przytoczone powyżej pojęcie decyzji, wskazać należy na trzy cechy, dające podstawę do uznania czynności organu administracyjnego za decyzję: "po pierwsze, decyzja jest przejawem woli organu administracyjnego, co oznacza, iż organ ten rozstrzygając sprawę narzuca władczo swoje stanowisko; po drugie, decyzja musi wyraźnie wskazywać podstawę prawną w powszechnie obowiązujących przepisach prawa administracyjnego lub finansowego; chodzi tu zatem o ustawy, dekrety, akty wykonawcze wydane na podstawie upoważnienia ustawowego; po trzecie, decyzja rozstrzyga konkretną sprawę konkretnej osoby fizycznej lub prawnej w postępowaniu unormowanym przez przepisy proceduralne. Dokument, aby mógł być bez wątpliwości uznany za decyzję administracyjną musi spełniać wymagania formalne, co wyraża się przede wszystkim w umieszczeniu w nim wszystkich tych elementów, które określa przepis art. 107 kpa. Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 19.01.2009 sygn. akt II SA/Kr 1145/08 publ. Legalis, wydawanie decyzji przez organy administracji publicznej jest możliwe jedynie w sytuacji, gdy ustawodawca wyraźnie przewidział (dopuszczył) to, w przepisie o randze ustawy. Podstawę prawną decyzji administracyjnej może stanowić wyłącznie przepis prawa o charakterze powszechnie obowiązującym. W wyroku z 20.4.1994 r., SA/Kr 1428/93 (Prok. i Pr. 1995, Nr 6, poz. 62) Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że zgodnie z art. 6 KPA, organy administracji działają na podstawie przepisów prawa. Decyzje administracyjne mogą być wydawane tylko na podstawie prawa powszechnie obowiązującego". W wyroku z 6.2.1981 r., SA 819/80 (ONSA 1981, Nr 1, poz. 6 z glosami: W. Dowidowicza, OSPiKA 1981, Nr 10, poz. 189; H. Starczewskiego, PP 1981, Nr 7, s. 67; W. Zakrzewskiego, PiP 1982, Nr 8, s. 152) przyjęto, iż podstawą prawną do wydania przez organ administracji państwowej decyzji (...) może być (...) jedynie przepis prawa powszechnie obowiązującego, a więc aktu ustawodawczego (ustawy lub dekretu z mocą ustawy) albo aktu wykonawczego wydanego na podstawie i w granicach wyraźnego upoważnienia zawartego w akcie ustawodawczym. Z wyżej powołanych przepisów i orzeczeń wynika jednoznacznie, że Prezes UTK nie posiada ustawowych uprawnień do przedłużania lub zmiany świadectw dopuszczenia, albowiem w/w ustawa takich kompetencji mu nie przyznała, (choć równocześnie takie kompetencje wyraźnie przyznała co do innego rodzaju dokumentów - np. autoryzacji bezpieczeństwa, certyfikatów bezpieczeństwa i świadectw bezpieczeństwa). Prezes UTK posiada jedynie kompetencje do wydawania i cofania świadectw dopuszczenia. „Przedłużenie” przedmiotowego Świadectwa Dopuszczenia (połączone ze zmianą (rozszerzeniem) jego przedmiotu) nastąpiło więc bez podstawy prawnej, wbrew obowiązującym przepisom i jako takie należy je uznać za prawnie nieważne i bezskuteczne. Gdyby hipotetycznie założyć istnienie prawnej możliwości przedłużenia ważności Świadectwa Dopuszczenia, to powinno ono wówczas nastąpić w formie wydania decyzji administracyjnej, z zachowaniem takich samych wymagań i rygorów co do formy i treści, jak przy wydawaniu samego Świadectwa Dopuszczenia. Przepisy w/w Rozporządzenia w sprawie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typu pojazdu kolejowego wyraźnie wskazują że Świadectwo Dopuszczenia musi zostać wydane w formie pisemnej, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik do w/w Rozporządzenia. Wzór taki nie ma charakteru jedynie „przykładowego”, ale charakter wzoru „obowiązującego”. Wszystkie elementy wskazane we wzorze stanowią istotne elementy decyzji administracyjnej, bez zachowania których nie można uznać, że doszło do wydania ważnej, skutecznej prawnie decyzji administracyjnej, w wymaganej prawem formie i po przeprowadzeniu wymaganej prawem procedury. Zgodnie z treścią w/w Rozporządzenia, Świadectwa Dopuszczenia wydaje się na wniosek zainteresowanego podmiotu, wymienionego w art. 23 Ustawy TK. W myśl § 6 ust. 2

Rozporządzenia (w brzmieniu nadanym w dniu 09 czerwca 2009 r. na podstawie zmiany dokonanej Rozporządzeniem z dnia 14 maja 2009 r.) do wniosku o wydanie Świadectwa Dopuszczenia, wnioskujący zobowiązany jest dołączyć:

- 1) warunki techniczne wykonania i odbioru;
- 2) dokumentację techniczno-ruchową;

3) w przypadku urządzeń sterowania ruchem kolejowym - dowód bezpieczeństwa lub weryfikację tego dowodu;

4) w przypadku nowych typów urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego lub konieczności przeprowadzenia prób eksploatacyjnych - porozumienie w sprawie wykonania prób eksploatacyjnych, którego wzór określa załącznik nr 1a do rozporządzenia, wraz z ich programem;

5) w przypadku typów urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego po przeprowadzonych próbach eksploatacyjnych - opinię techniczną wydaną przez zarządcę infrastruktury kolejowej lub użytkownika bocznic kolejowej;

6) opinię upoważnionej jednostki.

Przeciwnik Skargi - Odwołujący do swojego wniosku składanego w celu wydania Świadcstwa Dopuszczenia na kolejny okres, dłuższy niż przewidziany Świadcstwem z dnia 22 października 2008 r. oraz którego przedmiotem miały być urządzenia „z nowym oprogramowaniem i blokada liniową” zobowiązany był dołączyć porozumienie o treści i formie określonej w w/w Rozporządzeniu (załącznik Nr 1) i dokumentację techniczno-ruchową. W przypadku wnioskowania o nowe Świadcstwo Dopuszczenia, uwzględniające nie tylko nowy okres, ale w szczególności także zmianę lokalizacji poligonu badawczego oraz jak wynika z pisma z dnia 09 czerwca 2009 r. zmianę parametrów urządzenia - wprowadzenie do systemu nowego oprogramowania i blokady liniowej, podstawą orzekania przez Prezesa UTK winno być złożenie przez wnioskującego m.in. określonego przepisami porozumienia. Porozumienie to winno wskazywać nowy poligon badawczy. Przyjęcie przez Prezesa UTK innego dokumentu niż ww. porozumienie, stanowi oczywiście naruszenie powszechnie obowiązujących przepisów w/w Rozporządzenia. Mając na uwadze zarówno formę jak i treść w/w pisma Prezesa UTK „przedłużającego” termin ważności i rozszerzającego zakres przedstawionego przez Przeciwnika Skargi Świadcstwa Dopuszczenia, należy uznać, że ten wątpliwego znaczenia „dokument urzędowy” KIO niesłusznie uznała za zgodną z prawem i wiążącą Zamawiającego decyzję administracyjną.

Skarżący zarzucił również kwestionowanemu wyrokowi naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w szczególności poprzez błędne, dowolne uznanie, że Zamawiający ani Krajowa Izba Odwoławcza nie jest podmiotem uprawnionym do stwierdzenia nieważności decyzji oraz badania czy ewentualna niezgodność z przepisami w/w „decyzji” ma znaczenie istotne lub nieistotne, oraz że ocena prawidłowości treści w/w świadectwa dopuszczenia i formy oraz treści pisma przedłużającego ważność tego świadectwa nie może nastąpić w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uzasadniając swoje stanowisko skarżący stwierdził, że zgodnie z art. 156 i 157 Kodeksu postępowania administracyjnego organ administracji publicznej wyższego stopnia właściwy jest do stwierdzenia nieważności decyzji, która wydana została bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa, co mieć będzie miejsce np. w przypadku wyjścia w załatwieniu sprawy poza granice dopuszczone przepisem prawnym. Zgodnie z słusznymi poglądami doktryny prawa, nieważność „nieważnej decyzji” istnieje od samego początku - chwili jej wydania (ze skutkiem ex. tunc). Samo stwierdzenie nieważności aktu (dokumentu, pisma) któremu przypisywany jest charakter „decyzji administracyjnej” ma właściwie walor deklaratoryjny. Zgodnie z zasadą państwa prawa i praworządności (art. 6 i 7 kpa) organy administracji publicznej powinny działać na podstawie przepisów prawa i stać na straży praworządności.

Każdy podmiot mający interes prawny, powziąwszy jakąkolwiek uzasadnioną wątpliwość do tego czy dany akt pochodzący od organu administracji publicznej ma charakter decyzji lub co do tego czy taki akt (predestynujący do bycia „decyzją” lub za taką uznawany) jest ważny, ma prawo

zakwestionować charakter lub ważność takiego aktu. Prawa takiego nie można odmówić Zamawiającym w prowadzonym na podstawie ustawy postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, skoro z przepisów tej ustawy wynika prawo i obowiązek dokonania oceny składanych ofert, a częścią składową ofert są m.in. różne dokumenty, załączane jako „decyzje administracyjne”. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp Zamawiający zobowiązany jest odrzucić

ofertę, która jest niezgodna z ustawą lub jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający, miał słusze prawo oczekiwać, że wymagane przez Zamawiającego Świadcstwo dopuszczenia zostanie złożone w zgodnej z prawem formie, która jednoznacznie została określona we wzorze stanowiącym załącznik nr 2 do w/w Rozporządzenia, po przeprowadzeniu, przy wydawaniu w/w świadectwa, wymaganej prawem procedury i spełnieniu wymagań wynikających z ustawy o transporcie kolejowym i przepisów wykonawczych. W interesie Zamawiającego jest bowiem to, aby zamówienie publiczne zostało udzielone jedynie na podstawie oferty bazującej na dokumentach zgodnych z merytorycznymi wymaganiami SIWZ (programu funkcjonalno-użytkowego) i w oparciu o dokumenty jednoznaczne w swojej treści i formie, nie budzące żadnych wątpliwości nie tylko co tej treści i formy, ale nie budzące żadnych zastrzeżeń także co do ich legalności, zgodności ze stanem faktycznym i prawnym. Przemawia za tym nie tylko interes ekonomiczny Zamawiającego, ale także i przede wszystkim względy bezpieczeństwa, które w transporcie kolejowym są niezwykle ważne. Wybierając ofertę przewidującą użycie systemu urządzeń sterowania ruchem kolejowym (srk), co do którego istnieją poważne wątpliwości co do posiadania przez nie (w chwili składania ofert i także ewentualnie również później) ważnego i wydanego zgodnie z prawem świadectwa dopuszczenia, Zamawiający brałby na siebie ogromne ryzyko i znaczne niebezpieczeństwo zaistnienia katastrofy w ruchu kolej owo-drogowym, gdyby przedmiotowe urządzenia okazały się wadliwe lub zawodne, co jest prawdopodobne, skoro oferowany przez Przeciwnika Skargi - Odwołującego system srk, w konfiguracji oczekiwanej przez Zamawiającego nie jest i nie był dotąd zbadany w sposób przewidziany obowiązującymi przepisami o transporcie kolejowym. Bez znaczenia, w niniejszej sprawie jest fakt, że wadliwa, niezgodna z prawem, praktyka „przedłużania” terminu ważności świadectw dopuszczenia stosowana jest od dłuższego czasu przez Prezesa UTK w innych przypadkach i uznawana była do tej pory za prawidłową przez różne jednostki organizacyjne PKP PŁK S.A. Zamawiający ma prawo i obowiązek uwzględniać przy ocenie i wyborze złożonych ofert fakt, że w każdej chwili każdy podmiot mający w tym interes prawny może skutecznie wystąpić do właściwego organu, o stwierdzenie nieważności dokumentu („akt prawnego”) - będącego pismem Prezesa UTK z dnia 7.09.2009 r. rzekomo „przedłużającym” świadectwo dopuszczenia w związku z którym pismo to wydano, i dodatkowo zmieniającym (rozszerzającym) system objęty tym świadectwem o nowe bardzo istotne urządzenie (półsamoczną blokadę jednoodstępową). Odmówienie przez KIO Zamawiającemu prawa do oceny prawidłowości - zgodności z prawem i wymaganiami SIWZ, należy uznać za błędne i nieuzasadnione.

Ponadto Skarżący zarzucił zaskarżonemu wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej naruszenie przepisu art. 191 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Przepis § 4 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. 2007 r. nr 128 póź. 886) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza, uzasadnione koszty uczestników postępowania odwoławczego, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności:

- a) koszty uczestnika postępowania odwoławczego związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub posiedzenia Izby,
- b) wynagrodzenie pełnomocnika, jednak nie wyższe niż kwota 3.600 zł.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego w sprawie odwołań skierowanych do łącznego rozpoznania, Izba winna brać pod uwagę całość kosztów poniesionych w danym postępowaniu odwoławczym w stosunku proporcjonalnym do liczby wszystkich łącznie rozpoznawanych odwołań. Zważywszy, że zarówno uwzględnione zostało odwołanie Skarżącego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 216/10, jak i odwołanie Scheidt & Bachmann Polska Sp. z o.o. i Heitkamp Rail GmbH w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 223/10, na rzecz którego Krajowa Izba Odwoławcza zasądziła koszty wynagrodzenia pełnomocnika w pełnej wysokości, przewidzianej rozporządzeniem, oraz inne poniesione przez tę stronę i zawnioskowane do zwrotu koszty, oczywistym jest, że stosownie do wyniku postępowania, KIO winna była zasądzić również na

rzecz Skarżącego wynagrodzenie jego pełnomocnika oraz koszty podróży poniesione przez Skarżącego, w związku z wniesieniem odwołania (sygn. akt KIO/UZP 216/10) i wynikające z przedstawionych przez Skarżącego dokumentów.

W treści uzasadnienia wyroku brak jest jakiegokolwiek wzmianki na temat podstaw, jakimi kierowała się Krajowa Izba Odwoławcza przy wyżej opisanym sposobie orzekania o kosztach stron, co właściwie uniemożliwia merytoryczną polemikę z rozstrzygnięciami i poglądami KIO w powyższym zakresie. Uwzględniając jednak przepisy w/w rozporządzenia, naruszenie jego przepisów w wyżej opisanym i zaskarżonym zakresie odnoszącym się do orzeczenia o kosztach, uznać należy za oczywiste.

Odpowiedź na skargę wniosło Konsorcjum Schedy & Bachmann Polska sp. z o.o. oraz Heitkamp Rail GmbH wnosząc o jej odrzucenie w zakresie zarzutów dotyczących rozstrzygnięcia zamieszczonego w pkt/ 1 B) wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 marca 2019 roku, oraz oddalenie skargi w pozostałym zakresie, a także zasądzenie od skarżącego na rzecz Przeciwnika skargi zwrotu kosztów postępowania sądowego. Ponadto uczestnik złożył wniosek o przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odpowiedzi na skargę.

Odpowiedź na skargę złożył również zamawiający wnosząc o uwzględnienie skargi w zakresie zarzutów dot. rozstrzygnięcia zawartego w pkt. 1 lit.B wyroku KIO i oddalenia w całości odwołania wniesionego przez przeciwnika Skargi, oddalenia skargi w zakresie pozostałych zarzutów oraz zasądzenie od przeciwnika skargi i skarżącego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 14.400,00 zł.

Sąd Okręgowy zważył co następuje.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż w sprawie mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa pzp) według stanu sprzed zmian wprowadzonych ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z dnia 29 grudnia 2009 r.), postępowanie o udzielenie zamówienia zostało bowiem wszczęte przed dniem wejście w życie wskazanej ustawy.

Do postępowania ze skargi na orzeczenie krajowej Izby Odwoławczej znajdują odpowiednio zastosowanie przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu apelacyjnym. Należy jednak podkreślić, iż przepisy ustawy pzp w pewnym stopniu regulują postępowania skargowe i znajdują one pierwszeństwo zastosowania przed przepisami Kodeksu postępowania cywilnego.

Sąd Okręgowy, ocenił w trybie art. 380 kpc w związku z art. 194 § 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej o niedopuszczeniu skarżącego do postępowania odwoławczego, wydane na posiedzeniu w dniu 10 marca 2010 roku. Na wskazanym posiedzeniu Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznawała odwołania; jedno pod sygnaturą KIO/ UZP 216/10, wniesione przez Konsorcjum Torpol sp. z o.o, Feroco S.A. Zakład Usług Komunalnych DOM w Poznaniu sp. z o.o. (zwane dalej konsorcjum TORPOL lub

skarżącym), drugie pod sygnaturą akt KIO/UZP 223/10 wniesione przez Konsorcjum Scheidt & Bachman Polska sp. z o.o., Heitkamp Rail GmbH (zwane dalej konsorcjum Scheidt& Bachman). Rozprawa ze skargi Konsorcjum Torpol odbyła się przy udziale drugiego z odwołujących, natomiast Izba odmówiła dopuszczenia Konsorcjum Torpol do postępowania wywołanego wniesieniem odwołania przez Konsorcjum Scheidt& Bachman. W uzasadnieniu swojego stanowiska Izba wskazała, iż przystępujący nie zgłosił swojego przystąpienia w terminie zawitym wskazanym w treści ustawy pzp a mianowicie do chwili rozpoczęcia posiedzenia. Do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wpłynęła tylko kopia przystąpienia nadana faksem, zarejestrowana w kancelarii UZP w dniu 8 marca 2010 roku, która to forma jest niewystarczająca do uznania, iż oświadczenie o przystąpieniu do postępowania odwoławczego złożone zostało prawidłowo. Skarżący podniósł, iż oryginał przystąpienia do odwołania został nadany w polskiej

placówce pocztowej w dniu 9 marca 2010 roku, strony postępowania również otrzymały kopie odwołania przed posiedzeniem, a ponadto na posiedzeniu w dniu 10 marca 2010 roku oświadczył, iż posiada dodatkowy egzemplarz pisma o przystąpieniu, sporządzony w formie pisemnej i może go złożyć w trakcie posiedzenia, co również uczynił. W ocenie skarżącego przepis art. 184 ust. 4 ustawy pzp nie wskazuje formy wniesienia oświadczenia o przystąpieniu do postępowania odwoławczego i mógł uczynić to również za pośrednictwem faksu. W szczególności, że jak wskazał Zamawiający środki ochrony prawnej mogą być wnoszone również faksem, co koresponduje z treścią art. 27 pzp. Strona skarżąca podniosła również, iż wszystkie strony postępowania mogły się zapoznać z treścią przystąpienia już w dniu 8 marca 2010 roku, a ponadto w dniu posiedzenia. Tym samym skarżący wskazał, iż został bezprawnie niedopuszczony do postępowania odwoławczego, a tym, samym pozbawiony możliwości obrony swoich interesów.

Sąd Okręgowy podziela stanowisko wyrażone w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej. Co prawda przepisy ustawy prawo zamówień publicznych nie regulują wprost formy zgłoszenia przystąpienia do odwołania, jednakże stosownie do brzmienia art. 184 ust. 4 uczestnik postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego najpóźniej do czasu otwarcia posiedzenia składu orzekającego Izby, wskazując swój interes prawny w przystąpieniu i stronę, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Urzędu, przekazując jego kopię zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Brzmienie wskazanego przepisu jednoznacznie wskazuje, iż zgłoszenie doręcza się Prezesowi Urzędu zamówień publicznych, zaś kopię przekazuje się pozostałym uczestnikom postępowania odwoławczego. Przyjść zatem należy, że przystąpienie do postępowania odwoławczego musi zostać dokonane pisemnie i doręczone Prezesowi Urzędu, zaś kopie (a zatem nie oryginał) doręczone powinny być pozostałym uczestnikom. Samo nadanie przystąpienia do odwołania w placówce pocztowej w dniu poprzedzającym odbycie posiedzenia, nie spełnia wymogów doręczenia wskazanego w treści art. 184 ust. 4 pzp i nie może być uznane za wystarczające. W szczególności dlatego, że w odniesieniu do doręczenia pisma, ustawa nie zawiera sformułowania, iż „złożenie przystąpienia w placówce pocztowej operatora publicznego jest jednoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu”. Również wyszczególnienie pojęcia „kopie” w treści wskazanego przepisu w odniesieniu do egzemplarzy przekazanych uczestnikom postępowania wskazuje na rozdzielenie formy przekazania przystąpienia do odwołania na - oryginał, doręczony Prezesowi Urzędu oraz na kopie oryginału doręczone uczestnikom. Dokument bez złożonych oryginalnych podpisów pod treścią oświadczenia w nim zawartego nie spełnia cech dokumentu oryginalnego. Wskazać, należy, że w/w termin określony w przepisach pzp jest terminem zawitym, co oznacza że jego bezskutecznym upływ powoduje utratę możliwości skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego, a tym samym stania się uczestnikiem tego postępowania.

Wbrew stanowisku skarżącego również art. 27 ustawy pzp nie ma zastosowania do formy wnoszenia przystąpienia do odwołania, odnosi się on bowiem do postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, a nie środków ochrony prawnej.

Tym samym, w ocenie Sądu Okręgowego, Krajowa Izba Odwoławcza zasadnie nie dopuściła konsorcjum Torpol do uczestnictwa w postępowaniu wywołanym wniesieniem odwołania przez konsorcjum Scheidt & Bachman. Okoliczność, że skarżący uczestniczył w rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą w trakcie której poza wniesionym przez niego odwołaniem rozpoznawane było również odwołanie konsorcjum Scheidt & Bachman jest konsekwencją połączenia obu odwołań do wspólnego rozpoznania, które to, jako czynność techniczna, nie wpływa na zmianę statusu podmiotu w przypadku, gdy złożone przez niego przystąpienie okazało się nieskuteczne. Wskutek zmiany wprowadzonej ustawą a dnia 13 kwietnia 2007 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z dnia 11 maja 2007 r.), precyzyjnie określony został krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Skarga przysługuje stronom, oraz uczestnikom postępowania odwoławczego. Należy wskazać, iż Krajowa Izba Odwoławcza, na posiedzeniu poprzedzającym otwarcie rozprawy bada dopuszczalność przystąpienia do postępowania odwoławczego z urzędu § 16 pkt. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z dnia 12 października 2007 r.). Przewidziana przez ustawodawcę procedura badania dopuszczalności przystąpienia nie została uchwalona „przypadkowo” ma na celu weryfikację zgłoszenia udziału w sprawie i przyznania

zgłaszającemu statusu uczestnika. Badanie podejmowane przez Izbę dokonywane jest z urzędu, niezależnie od stanowiska stron i obejmuje nie tylko formalną stronę zgłoszenia, ale i interes prawny przystępującego. W statusie uczestnika dopuszczonego do udziału zauważyć można pewne podobieństwa do interwencji ubocznej przewidzianej w przepisach kodeksu postępowania cywilnego, po oddaleniu opozycji zgłoszonej przez stronę. W tym przypadku bowiem strona (odwołujący i zamawiający) nie ma możliwości zakwestionowania udziału uczestnika w postępowaniu, może on również wnieść skargę do sądu powszechnego. Tym samym należy również stwierdzić, że w przypadku niedopuszczenia przez skład Krajowej Izby Odwoławczej podmiotu zgłaszającego swój udział w postępowaniu, nie może on skutecznie zaskarżyć rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie w jakim wydane zostało w postępowaniu, którego nie był uczestnikiem.

Z powyższych względów Sąd Okręgowy, na podstawie art. 197 ust. 1 ustawy pzp odrzucił skargę konsorcjum Torpol w odniesieniu do pkt. 1 B wyroku - uwzględniającego odwołanie wniesione przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Scheidt & Bachman Polska sp. z o.o. i Heitkamp. Rail GmbH.

Odnosząc się natomiast do zaskarżenia pkt. 1. A. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 marca 2010 roku w zakresie, w jakim nakazuje on powtórzenie czynności badania i oceny ofert, zamiast nakazania Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Skarżącego jako najkorzystniejszej, należy wskazać, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do brzmienia art. 191 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp Izba może: nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego oraz nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, Izba nie może nakazać zawarcia umowy.

Podzielić należy pogląd Izby, że braki w zakresie oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nie stanowiły podstawy do wykluczenia Konsorcjum Schmidt & Bachmann. Zamawiający zobowiązany był bowiem do wezwania przystępującego do ich usunięcia. Treść złożonych wraz z przystąpieniem oświadczeń i dokumentów nie została poddana ocenie przez zamawiającego, a zatem nie mogły być one badane przez Izbę w toku niniejszego postępowania. Żądanie skargi nie uwzględnia tej okoliczności. Z tej przyczyny podlega ona oddaleniu.

Oдноśnie kosztów postępowania odwoławczego - podzielić należy pogląd skarżącego konsorcjum Torpol, iż - z bliżej nieznanych powodów - Izba nie uwzględniła stanowiska tego podmiotu w zakresie żądania zasądzenia na jego rzecz kwot: 3.600 zł (koszty zastępstwa) i 638,58 (koszty podróży). Mając na uwadze merytoryczną treść rozstrzygnięcia oraz treść art. 191

ust. 7 pzp, przy uwzględnieniu treści rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 128 poz. 886) skorygowano rozstrzygnięcie zawarte w pkt. 2.2 zaskarżonego wyroku.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 198fust. 5 pzp.

SSO Piotr Majchrzak SSO Ryszard Trzebny
SSO Renata Norkiewicz
P'.