

Sygn. akt: KIO/UZP 887/08

WYROK
z dnia 11 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Anna Packo
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu/~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~* 9 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: POLKOR E-30 Brzeg w składzie: TCHAS spol. s.r.o., TCHAS POLSKA Sp. z o.o., Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A., P.B.S. TRANSKOL Sp. z o.o., 01-460 Warszawa, ul. Górczewska 212/226** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Oddział Regionalny – Wrocław, 50-525 Wrocław, ul. Joannitów 13** protestu ~~/protestów~~* z dnia 4 sierpnia 2008 r.

przy udziale „**Konsorcjum – Brzeg**” reprezentowanego przez lidera **Konsorcjum: Feroco S.A., 61-503 Poznań, ul. Marcelińska 92/94** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: POLKOR E-30 Brzeg w składzie: TCHAS spol. s.r.o., TCHAS POLSKA Sp. z o.o., Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A., P.B.S. TRANSKOL Sp. z o.o., 01-460 Warszawa, ul. Górczewska 212/226**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: POLKOR E-30 Brzeg w składzie: TCHAS spol. s.r.o., TCHAS POLSKA Sp. z o.o., Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A., P.B.S. TRANSKOL Sp. z o.o., 01-460 Warszawa, ul. Górczewska 212/226,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: POLKOR E-30 Brzeg w składzie: TCHAS spol. s.r.o., TCHAS POLSKA Sp. z o.o., Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A., P.B.S. TRANSKOL Sp. z o.o., 01-460 Warszawa, ul. Górczewska 212/226** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Oddział Regionalny – Wrocław, 50-525 Wrocław, ul. Joannitów 13,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **35 936 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: POLKOR E-30 Brzeg w składzie: TCHAS spol. s.r.o., TCHAS POLSKA Sp. z o.o., Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A., P.B.S. TRANSKOL Sp. z o.o., 01-460 Warszawa, ul. Górczewska 212/226.**

Uzasadnienie

Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Przebudowę linii kolejowej E-30 na odcinku Opole - Wrocław - Legnica. Przebudowa stacji Brzeg”, Nr postępowania IRIZ - 216-06/08, zostało wszczęte przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Oddział Regionalny we Wrocławiu, ul. Joannitów 13, 50-525 Wrocław zwane dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 41-056776 w dniu 28.02.2008 r.

W dniu 28.07.2008 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty „Konsorcjum - Brzeg”, w składzie którego jest - FEROCO S.A., ul. Chłapowskiego 19, 61-503 Poznań - Pełnomocnik (Lider) oraz TORPOL Sp. z o. o., ul. Sarmacka 7, 61-616 Poznań (Członek Konsorcjum), zwanego dalej: „Konsorcjum - Brzeg” lub „Przystępującym”, jak również o odrzuceniu jednej oferty i wykluczeniu innej.

W dniu 04.08.2008 r. faxem na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej: „Pzp”, Konsorcjum „POLKOR E-30 BRZEG ”, w składzie: 1) TCHAS, spol. s r.o. z siedzibą Ostrava, Poruba, Francouzská 6167, kod pocztowy 708 00 uprawniona do reprezentowania i prowadzenia działalności w Rzeczypospolitej Polskiej przez TCHAS Sp. z o.o., Oddział w Polsce z siedzibą Warszawa, ul. Górczewska 212/226, 01-460 Warszawa; 2) TCHAS POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą Warszawa, ul. Górczewska 212/226, 01-460 Warszawa; 3) Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A. z siedzibą Kraków, ul. Jugowicka 6A, 30-443 Kraków; 4) Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego TRANSKOL Sp. z o.o. z siedzibą Kielce, ul. Długa 29, 25-650 Kielce - reprezentowane przez Lidera Konsorcjum „POLKOR E-30 BRZEG ”: TCHAS, spol. s r.o. z siedzibą Ostrava, Poruba, Francouzská 6167, kod pocztowy 708 00 uprawniona do reprezentowania i prowadzenia działalności w Rzeczypospolitej Polskiej przez TCHAS Sp. z o.o., Oddział w Polsce z siedzibą Warszawa, ul. Górczewska 212/226, 01-460 Warszawa zwana dalej: „Protestującym” albo „Odwołującym” złożyło protest na czynności i zaniechania czynności do których Zamawiający był zobowiązany w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w przedmiocie: a) - wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum - Brzeg, która to oferta podlegała odrzuceniu,

b) - dokonania czynności uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w przypadku gdy nie zachodziły ku temu podstawy, ewentualnie, z ostrożności procesowej,

c) - zaniechania dokonania czynności wezwania Konsorcjum - Brzeg do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zarzut aktualizuje się w przypadku nie uznania za zasadne zarzutu a i b.

W związku z powyższymi zarzutami Protestujący wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2 w powiązaniu z art. 23 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt. 2 w powiązaniu z art. 36 ust 5, art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 3 w powiązaniu z art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

Zażądał:

1) - uwzględnienia protestu,

2) - unieważnienia czynności Zamawiającego w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej,

3) - powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

4) - dokonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum - Brzeg ewentualnie:

5) - dokonania czynności wezwania Konsorcjum - Brzeg do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu - żądanie aktualizuje się, jak wskazał, w przypadku nie uznania za możliwe spełnienia żądania 4.

Zdaniem Protestującego, podjęte w toku postępowania czynności i zaniechania czynności do których Zamawiający był zobowiązany, polegające na niezgodnym z Pzp badaniu i ocenie ofert, naruszają jego interes prawny, pozbawiając go potencjalnej możliwości uzyskania zamówienia. Gdyby Zamawiający dokonał oceny ofert zgodnie z obowiązującym prawem, a tym samym odrzucił ofertę Konsorcjum - Brzeg, oferta Protestującego, jako jedyna oferta złożona w postępowaniu i nie podlegająca odrzuceniu, zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Na skutek powyższych czynności Zamawiającego, interes prawny Protestującego w uzyskaniu niniejszego zamówienia doznał uszczerbku. Powyższe niezbitnie dowodzi naruszenia interesu prawnego Protestującego w uzyskaniu zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Protestującego ze środków ochrony prawnej określonych w Dziale VI Pzp.

W ramach uzasadnienia Protestujący podniósł, iż Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty Konsorcjum - Brzeg stosownie do treści art. 89 ust 1 pkt 2 w powiązaniu z art. 23 ust. 2 Pzp, ze względu na nie złożenie przez Wykonawcę zał. Nr 1D i 1E w zakresie robót trakcyjnych i elektroenergetycznych, co stoi w sprzeczności z wyraźnym brzmieniem Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”.

Wyjaśnił, iż w ofercie Konsorcjum - Brzeg stosownie do art. 23 ust. 2 Pzp, przedłożyło pełnomocnictwo udzielone przez Partnera konsorcjum (TORPOL Sp. z o.o.) jego Liderowi (FEROCO S.A.), z datą wystawienia - 21.04.2008 r.

Oferta Konsorcjum - Brzeg obejmuje dokument zał. Nr 1D - Ceny materiałów robót elektroenergetycznych i sieci trakcyjnej oraz zał. Nr 1E - Ceny maszynogodzin pracy sprzętu dla robót elektroenergetycznych i sieci trakcyjnej, które to podpisane są w dacie - 10.04.2008 r. W niniejszej ofercie brak jest, wymaganych postanowieniami SIWZ, w/w. dokumentów, przedkładanych przez Wykonawcę wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 23 Pzp. Przedłożone dokumenty, jak wskazał Protestujący, zawierają oświadczenie woli złożone wyłącznie przez FEROCO S.A., a nie przez całe Konsorcjum - Brzeg, bowiem w dacie sporządzania owych dokumentów FEROCO S.A. nie dysponowało stosownym pełnomocnictwem do działania w imieniu wszystkich wykonawców, tym samym nie mogło składać oświadczenia woli w imieniu TORPOL Sp. z o.o. Protestujący wskazał, iż sam Zamawiający przewidział w SIWZ, obowiązek podania przez Wykonawców nie tylko cen poszczególnych pozycji Rozbicia Ceny Ofertowej, lecz także cen materiałów, cen maszynogodziny, to przy dopuszczeniu ofert do udziału w przetargu, nie może od tego obowiązku odstępować. Ze względu na fakt, że przedmiotowe załączniki nie stanowią oświadczenia lub dokumentu, którego uzupełnienie jest możliwe w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (nie stanowią oświadczenia lub dokumentu potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jak również nie stanowią oświadczenia lub dokumentu potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego), natomiast są immanentną częścią oferty, której treści zgodnie z art. 87 ust 1 Pzp nie można zmieniać, oferta ta, zdaniem Protestującego, jako niezgodna z SIWZ podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust.1 pkt. 2 Pzp.

W ramach uzasadnienia Protestujący podniósł także, iż Zamawiający był również zobowiązany do odrzucenia oferty Konsorcjum - Brzeg stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt. 2 w powiązaniu z art. 36 ust 5 Pzp, ze względu na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. W treści SIWZ, w pkt 36 zażądał od Wykonawców wskazania części zamówienia, które zamierzają powierzyć do wykonania podwykonawcom, zastrzegając przy tym, że zgodnie z art. 36 ust 5 Pzp wykonanie robót torowych musi nastąpić siłami własnymi. W ofercie Konsorcjum - Brzeg, w samym Formularzu Oferty (str. 3-4) w pkt 4 ppkt 10, odczytywanym łącznie z Załącznikiem nr 10 do Formularza Oferty (str. 5) Wykonawca wyraźnie oświadczył, że przy pomocy podwykonawców ma zamiar wykonać przebudowę torów w zakresie szlifowania szyn i rozjazdów.

Protestujący stwierdził, iż Formularz Umowy sporządzony przez Zamawiającego, na samym wstępie, w § 1 pkt 3 (str. 4) zawiera definicję robót torowych. Za roboty takie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, Zamawiający uważa roboty nawierzchniowe i podtorzowe. Ponadto, Protestujący wskazał na inne postanowienia SIWZ, TOM III - Program Funkcjonalno - Użytkowy, Sekcja 2 - Specyfikacje techniczne, Część T - Roboty torowe, która na str. 7 stwierdza, że: „*STWiORB jest stosowana jako dokument przetargowy*

i kontraktowy przy zlecaniu i realizacji robót torowych (podtorzowych i nawierzchniowych)”. W tej części SIWZ Zamawiający umieścił swoje definicje pojęć: „nawierzchni kolejowej”, jak i „toru kolejowego” (str. 10). Zgodnie z nimi: „za nawierzchnię kolejową rozumie się konstrukcję przystosowaną do przenoszenia na grunt obciążeń stałych i ruchomych związanych z ruchem pojazdów kolejowych, składającą się z toru lub rozjazdu, po którym poruszają się pojazdy kolejowe, elementów podporowych, elementów przytwierdzających i łączących oraz podsypki. Tor kolejowy Zamawiający rozumie jako dwa równoległe toki szynowe stanowiące podstawowy układ nośny nawierzchni kolejowej”.

Na powyższe postanowienia, zdaniem Protestującego, patrzeć należy przez pryzmat ich umieszczenia w części T PFU, dotyczącej Robót torowych. Jeżeli dodamy, jak zauważył, do tego umieszczenie w SIWZ, TOM III - Program Funkcjonalno - Użytkowy, Sekcja 2 - Specyfikacje techniczne, Część T - Roboty torowe, T.02.02.00 Budowa torów, pkt 2 SPRZĘT I MASZYNY NIEZBĘDNE DO WYKONANIA ROBOT (str. 90) pociągu szlifierskiego z tarczami wibrującymi i pociągu szlifierskiego rozjazdowego z tarczami wibrującymi, jak i umieszczenia w pkt 4 WYKONANIE ROBÓT BUDOWLANYCH (1.02.02.01-/1,2,3) postanowień odnoszących się do szlifowania szyn – „szlifowanie szyny w torach o prędkościach pociągów $V > 80\text{km/h}$ powinno być poprzedzone naprawą stabilizacyjną zestawem DPUS” (str. 93) jasnym staje się, że szlifowanie szyn jest elementem robót torowych i jako takie nie mogło być przedmiotem podwykonawstwa. W rozumowaniu tym utwierdzają Protestującego, jak wyjaśnił, oprócz postanowień SIWZ sporządzonej przez Zamawiającego, przepisy powszechnie obowiązującego prawa. Definicje legalne pojęć takich jak: „nawierzchnia kolejowa, czy podtorze”, którymi w celu opisanie przedmiotu zamówienia posługuje się sam Zamawiający, zawiera obowiązujące rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 151, poz. 987) zwane dalej: „rozporządzeniem w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie”, wydane na podstawie art. 7 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane zwanej dalej: „Prawem budowlanym”. § 3 przywołanego rozporządzenia posługuje się następującymi definicjami (*ilekroć mowa o...): (...)*

6) nawierzchni - rozumie się przez to konstrukcję przystosowaną do przenoszenia na grunt obciążeń stałych i ruchomych związanych z ruchem pojazdów kolejowych, składająca się z toru, po którym poruszają się pojazdy kolejowe, elementów podporowych, elementów przytwierdzających i łączących oraz podsypki, (...)

Podniósł, iż szczegółowe postanowienia dotyczące nawierzchni kolejowej zostały zawarte w Rozdz. 4 przywołanego rozporządzenia, który jest zatytułowany: „Nawierzchnia kolejowa”. Z kolei § 19 ust 2 wynika, że: „standardy konstrukcyjne nawierzchni kolejowej

określają wymagania w zakresie typów szyn, typów i rodzajów podkładów (...). Jeszcze dokładniej aspekt przynależności robót budowlanych, zdaniem Protestującego, które polegać mają na przebudowie torów w zakresie szlifowania szyn i rozjazdów określają postanowienia następnego §, który stwierdza wprost, że „*tor klasyczny - stanowi konstrukcję, w której szyny o normatywnej długości są ze sobą połączone na stałe za pomocą złączy i przytwierdzone do podkładów*”. Wobec powyższego, skoro Zamawiający zastrzegł wykonanie robót torowych siłami własnymi, roboty torowe zaś, co bezspornie powyżej wykazano, składają się z robót podtorzowych i robót dot. nawierzchni kolejowej, zaś elementem robót dot. nawierzchni kolejowej jest szlifowanie szyn lub rozjazdów, to jasnym jest, jego zdaniem, że przebudowa torów w zakresie szlifowania szyn i rozjazdów jest robotą torową. Tym samym, Wykonawca, wbrew wymaganiom Zamawiającego, złożył ofertę sprzeczną w swojej treści z treścią SIWZ, zakazującą powierzenia podwykonawcom do wykonania robót torowych.

Protestujący przypomina także, iż przepis art. 89 ust.1 Pzp ma charakter obligatoryjny, co oznacza, iż zaistnienie przesłanki w nim wymienionej musi skutkować odrzuceniem oferty. Na taki stan rzeczy wskazuje, jego zdaniem, zarówno wykładnia językowa przywołanego przepisu („*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli*”), jak również funkcja eliminacyjna, którą spełnia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odmienne rozumienie niniejszej tezy doprowadziłoby do złamania zasady legalizmu określonej w art. 7 ust. 3 Pzp. Ze względu na fakt, że oferta Konsorcjum - Brzeg w swojej treści jest spreczna z żądaniami Zamawiającego wyrażonymi w SIWZ, a treści oferty zgodnie z art. 87 ust 1 Pzp nie można zmieniać, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 Pzp, podlega ona, zdaniem Protestującego, odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp jako niezgodna z SIWZ

Protestujący zarzucił także Zamawiającemu dokonanie czynności uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów z naruszeniem przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. Na mocy przywołanego przepisu, W niniejszym postępowaniu, jego zdaniem, z uwagi na konieczność odrzucenia oferty Konsorcjum - Brzeg nie było podstaw do skorzystania z procedury określonej w art. 26 ust. 3 Pzp. *Ratio legis* niniejszego przepisu jest zrozumiałe i racjonalne sprowadzając się do tezy: „*dalsze procedowanie w odniesieniu do ofert które podlegają odrzuceniu lub w przypadku konieczności unieważnienia postępowania jest bezcelowe i prowadzi jedynie do niepotrzebnego przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, łamiąc równocześnie zasadę sprawności postępowania*” (vide: w niniejszej sprawie wezwania Wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą i zabezpieczenie oferty wadium na okres kolejnych 60 dni). Powołuje się w tej materii na artykuł z 18.02.2008r. w Rzeczpospolitej: „*Zamówienia publiczne: kiedy należy wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów*”.

Ponadto, w przypadku nie uznania zarzutów określonych powyżej za zasadne, Protestujący podniósł zarzut nie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na

podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Z dokumentów przedstawionych w ofercie Konsorcjum - Brzeg nie wynika spełnienie przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu postawionych przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał bowiem, aby cały personel branżowy (projektanci i kierownicy robót) wskazany w ofercie, którym dysponuje Wykonawca, legitymował się uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń, jak i stosownym, odpowiednim do proponowanego stanowiska doświadczeniem. Tymczasem w ofercie Konsorcjum - Brzeg następujące osoby: Pan Andrzej S. - Kierownik budowy, Pan Andrzej M. - projektant branży inżynierskiej oraz Pan Jan G. - Kierownik robót inżynierskich nie posiadają wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia.

Wyjaśnił, iż w stosunku do Kierownika budowy, Zamawiający wymagał, aby legitymował się on, co najmniej 10 letnim doświadczeniem zawodowym, w tym, co najmniej 5 letnim doświadczeniem, jako kierownik budowy na obiektach o podobnej specyfice i zakresie do przedmiotu zamówienia. Pan Andrzej S., wskazany na to stanowisko nie spełnia tych wymagań, ponieważ nie posiada wymaganego doświadczenia (5 lat na stanowisku kierownika budowy). Z treści załącznika nr 5 dot. tej właśnie osoby (str.105-106) wynika wprost, że: a) pozycje 2, 3, 4, 6 - dotyczą kierownika robót, a nie jak wymagał tego Zamawiający kierownika budowy; b) pozycję 5 nie sposób uznać za obiekty o podobnej specyfice i zakresie do przedmiotu zamówienia, ponieważ dotyczy ona robót tramwajowych, które w żaden sposób nie mogą być uznawane za roboty kolejowe - świadczy o tym wprost chociażby ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. Nr 86, poz. 789) tekst jednolity z dnia 19 stycznia 2007 r. (Dz. U. Nr 16, poz. 94) zwana dalej: „*ustawą o transporcie kolejowym*”, czy obowiązujące rozporządzenie w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie wydane na podstawie art. 7 ust. 2 pkt 2 Prawa budowlanego.

W stosunku do Projektanta robót inżynierskich, Zamawiający wymagał, aby legitymował się on co najmniej 5 letnim doświadczeniem zawodowym, w tym co najmniej 3 letnim jako samodzielny projektant obiektów o podobnej specyfice i zakresie co przedmiot zamówienia. Pan Andrzej M. wskazany na to stanowisko w ofercie Konsorcjum - Brzeg nie spełnia tych wymagań, ponieważ nie posiada wymaganego doświadczenia (3 lata jako samodzielny projektant obiektów o podobnej specyfice i charakterze). Z treści załącznika nr 5 dot. tej właśnie osoby (str.137-138) wynika wprost, że: a) pozycje nr 1, 2, 3 i 5 - dot. obiektów inżynierskich realizowanych w ramach kontraktów drogowych, a nie kolejowych. Jak bezspornie wykazano, zdaniem Protestującego, Pan Andrzej M. legitymuje się co najwyżej 12 miesięcznym doświadczeniem jako projektant obiektów o podobnej specyfice i charakterze do przedmiotu zamówienia, tym samym nie spełnia wymagań Zamawiającego.

W stosunku do Kierownika robót inżynierskich Zamawiający wymagał, aby legitymował się on co najmniej 5 letnim doświadczeniem zawodowym, w tym co najmniej 3 letnim doświadczeniem jako kierownik robót lub budowy na obiektach o podobnej specyfice i zakresie do przedmiotu zamówienia. Pan Jan G., wskazany na to stanowisko nie spełnia tych wymagań, ponieważ nie posiada wymaganego doświadczenia (3 lat na stanowisku kierownika branżowego). Z treści załącznika nr 5 dot. tej właśnie osoby (str.171-172) wynika wprost, że: a) pozycje nr 3, 5, 6, 7 - dot. obiektów inżynierskich realizowanych w ramach kontraktów drogowych, a nie kolejowych.

Jak bezspornie wykazano, zdaniem Protestującego, Pan Jan G. legitymuje się co najwyżej 33 miesięcznym doświadczeniem jako kierownik robót inżynierskich o podobnej specyfice i charakterze do przedmiotu zamówienia, tym samym nie spełnia wymagań Zamawiającego.

W dniu 04.08.2008 r. Zamawiający faxem przesłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 07.08.2008 r. (faxem) do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu przyłączyło się Konsorcjum - Brzeg w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie wniesionego protestu w całości, jako bezzasadnego.

Interes prawny Przystępującego, jak wskazał, wynika z faktu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w oprotestowanym postępowaniu przetargowym, a co za tym idzie, możliwości realizacji robót objętych niniejszym zamówieniem.

W odniesieniu do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. poprzez brak w ofercie zał. Nr 1D i 1E - Przystępujący stwierdził, iż dokumentacja kwestionowana przez Protestującego, została złożona przez FEROCO S.A. w imieniu i na rzecz całego Konsorcjum-Brzeg, a nie w imieniu własnym. Świadczy o tym fakt udzielenia liderowi konsorcjum ważnego pełnomocnictwa obejmującego m.in. podpisanie i złożenie oferty oraz wszystkich dokumentów wymaganych materiałami przetargowymi. Potwierdził, że na dokumencie stwierdzającym udzielenie pełnomocnictwa widnieje data 21.04.2008 r., jednakże nie można uznać tej okoliczności jako bezwzględnie dowodzącej o udzieleniu pełnomocnictwa w tej dacie. Możliwa jest bowiem sytuacja, że pełnomocnictwo do dokonania jakiejś czynności zostało udzielone pełnomocnikowi wcześniej, niż został sporządzony dokument potwierdzający fakt udzielenia pełnomocnictwa. Powyższe twierdzenie Uczestnika postępowania znajduje uzasadnienie w orzecznictwie, gdzie podkreśla się, że: *„udzielenie pełnomocnictwa (ważność której to umowy nie zależy od dochowania formy pisemnej) mogło być dokonane wcześniej niż w dniu podpisania przez mocodawcę dokumentu stwierdzającego udzielenie pełnomocnictwa i mogło obejmować umocowanie do podejmowania czynności przed tym dniem, ale wskazanie go w dokumencie stwierdzającym*

udzielenie pełnomocnictwa rodzi domniemanie, że to właśnie w tym dniu doszło do udzielenia pełnomocnictwa. W tym miejscu należy zaznaczyć, że sam dokument rodzi tylko i wyłącznie domniemanie, że w dacie, która na nim widnieje doszło do udzielenia pełnomocnictwa. Domniemanie to może zostać obalone przez wykazanie, że pełnomocnictwo zostało udzielone wcześniej”.

Przystępujący stwierdził, iż przy ocenianiu chwili udzielenia pełnomocnictwa należy wziąć pod uwagę Umowę Konsorcjum, która została zawarta pomiędzy FEROCO S.A. a TORPOL Sp. z o. o. w dniu 27.03.2008 r. Z postanowień § 3 ust. 2 i 4 wskazanej umowy (którą zgodnie z pkt. 9.8. SIWZ, Zamawiający zażąda przed zawarciem umowy w sprawie udzielenia zamówienia z wybranym Wykonawcą) w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że:

- 1) Członek konsorcjum - TORPOL Sp. z o. o. ustanowił w dniu 27.03.2008 r. - FEROCO S.A. Pełnomocnikiem (Liderem) do:
 - a) reprezentowania go w postępowaniu o udzielenie Zamówienia,
 - b) podpisania i złożenia w sposób wiążący go prawnie oferty,
 - c) podpisania w sposób wiążący go prawnie, Kontraktu z Zamawiającym o wykonanie zamówienia,
 - d) zaciągania solidarnie w imieniu i na jego rachunek zobowiązań niezbędnych do prawidłowego wykonania Kontraktu, do wysokości ceny oferty,
 - e) przyjmowania poleceń i instrukcji kierowanych przez Zamawiającego indywidualnie do Członków Konsorcjum i zbiorowo do całego Konsorcjum,
 - f) wnoszenia ewentualnych środków odwoławczych przewidzianych w Pzp.
- 2) Członek Konsorcjum - TORPOL Sp. z o.o. zobowiązał się, że przekaze Pełnomocnikowi (Liderowi) pisemne pełnomocnictwo do działania w jego imieniu w zakresie opisanym powyżej po ostatecznym uzgodnieniu oferty. Członek Konsorcjum nigdy nie kwestionował jakiegokolwiek działania w jego imieniu i na jego rzecz w ramach ubiegania się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Powyższe zdaniem Przystępującego obaliło domniemanie prawne nakazujące przyjąć, iż w przypadku braku innych dowodów data z dokumentu pełnomocnictwa stanowi datę jego udzielenia, a w rezultacie przyjąć należy, że faktyczne udzielenie pełnomocnictwa pełnomocnikowi (liderowi) konsorcjum miało miejsce już co najmniej dniu 27.03.2008 r. Dodaje także, iż ewentualna rozbieżność w datach złożonych dokumentów wynika niejednokrotnie z przyczyn technicznych i konieczności ich wcześniejszego przygotowania, z uwzględnieniem danych uzyskiwanych od potencjalnych podwykonawców. Protestujący zdaje sobie sprawę ze skomplikowanej procedury przygotowania oferty i tym bardziej zaskakujące jest, iż czyni zarzut formalny z pominięciem faktu oczywistego umocowania Lidera już na etapie uzgodnienia wspólnego (w ramach Konsorcjum) ubiegania się

o udzielenia zamówienia publicznego. Zważywszy na powyższe, Przystępujący stwierdza, iż należy również uznać, że wszystkie dokumenty złożone przez FEROCO S.A. zostały złożone przez nią jako pełnomocnika (lidera) Konsorcjum - Brzeg, przez co nie zachodzi przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 w powiązaniu z art. 23 ust. 2 Pzp.

W odniesieniu do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. wynikającego z niezgodności z SIWZ oferty Konsorcjum-Brzeg, z uwagi na zapis w Formularzu Oferty (str. 3-4) w pkt 4 ppkt 10, który odczytywany łącznie z Załącznikiem do pkt 10 Formularza Oferty (str. 5), wskazuje że wykonawca przy pomocy podwykonawców ma zamiar wykonać przebudowę torów w zakresie szlifowania szyn i rozjazdów, Przystępujący stwierdza, iż zarzut podzlecenia robót „*przebudowy torów*” jest nieprawdziwy i nie zasługuje na uwzględnienie.

Po pierwsze, zapis w oświadczeniu wykonawcy na str. nr 5 jego oferty w zakresie numeracji działu i nazwy działu ma jedynie umiejscowić roboty i stanowi odnośnik do załącznika „*Rozbicie ceny ofertowej*”.

Po drugie, zapis dotyczący szlifowania szyn i rozjazdów dotyczy jedynie usługi wynajęcia sprzętu jakim jest pociąg do szlifowania torów i rozjazdów jak ujęto w opisie Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB) Część T - Roboty Torowe nr T.02.02.00 Budowa torów. Jest bowiem oczywistym dla każdego inżyniera fakt, że tego rodzaju usługa jest realizowana na terenie całego kraju w ramach kampanii szlifierskich, przez maszynę firmy SPENO, sprowadzoną ze Szwajcarii przez wszystkich wykonawców, w tym również przez PKP PLK SA. Roboty przygotowawcze w zakresie demontażu i ponownego montażu urządzeń infrastruktury kolejowej, kolidujące z pracą pociągu, wykonuje podmiot wynajmujący maszynę. W związku z tym należy uznać, że nie zachodzi przesłanka do odrzucenia oferty Uczestnika postępowania na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 w powiązaniu z art. 36 ust. 5 Pzp.

W odniesieniu do naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp poprzez nieprawidłowe wezwanie do uzupełnienia dokumentów, Przystępujący podnosi, iż w dalszej części uzasadnienia Protestujący trafnie podaje, że w przypadkach, gdy mimo dokonania uzupełnienia dokumentów oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, wezwanie takie uważa się za zbędne. Jednakże w uzasadnieniu tym nie wskazano, jego zdaniem, żadnego opisu lub chociażby konkretnego odniesienia do czynności Zamawiającego, polegających na wezwaniu Przystępującego do dokonania uzupełnienia dokumentów. Z uwagi na to, Przystępujący uważa powyższy zarzut za całkowicie bezzasadny i wręcz nielogiczny, gdyż w żaden sposób nie zostało przez Protestującego wskazane jakie nieprawidłowości w działaniach Zamawiającego miały miejsce i mogły dotyczyć niezgodnego z art. 26 ust. 3 Pzp wezwania do uzupełnienia dokumentów.

W odniesieniu do naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp poprzez nie dokonanie wezwania do uzupełnienia dokumentów przez Przystępującego w przypadku, gdy

zachodziła tego konieczność, z uwagi na nie wykazanie spełnienia przez Uczestnika postępowania warunków udziału w postępowaniu postawionych przez Zamawiającego, stwierdza co następuje.

Po pierwsze, zgodnie z wymogami SIWZ (tj. co najmniej 10 lat doświadczenia zawodowego, w tym co najmniej 5 lat doświadczenia na stanowisku kierownika budowy na obiektach o podobnej specyfice i zakresie do przedmiotu zamówienia) w załączniku nr 4 do oferty Przystępujący oświadczył, że Pan Andrzej S. - posiada 28 lat całkowitego doświadczenia zawodowego w tym 8 lat na stanowisku kierownika budowy. Natomiast, w załączniku nr 5 do oferty przedstawił doświadczenie zawodowe wskazujące wybrane okresy realizacji i kontrakty na których Pan Andrzej S. - zajmował stanowisko kierownika budowy, a w wielu przypadkach równocześnie pełnił funkcję kierownika robót. Wykazane doświadczenie na stanowisku kierowniczym (tj. kierownika budowy i kierownika robót) wynosi 180 miesięcy, z czego 62 miesiące na stanowisku kierownika budowy, a w tym 23 miesiące w projekcie Modernizacja zajezdni tramwajowej „Głogowska” w Poznaniu. Projekt ten, jak wskazał Przystępujący, obejmował między innymi przebudowę układu torowego, budowę toru na kanałach rewizyjnych, w tym również i torów o konstrukcji kolejowej, co powoduje, że nie można mu zarzucić braku podobieństwa do specyfiki robót objętych zakresem przedmiotu zamówienia. Ponadto, Pan Andrzej S. pełnił funkcję kierownika budowy również na innych kontraktach, a w tym również na kontrakcie wykazanym w poz. 3 załącznika nr 5 do oferty. Dla potwierdzenia załączył kopię Protokołu odbioru końcowego i przekazania do użytkowania z dn. 07.09.2005 r., z którego wyraźnie wynika, że Pan Andrzej S. pełnił funkcję kierownika budowy.

Po drugie, w SIWZ Zamawiający żądał 5 lat doświadczenia zawodowego, w tym 3 lata doświadczenia jako kierownik robót, a dla projektanta - jako samodzielnego projektanta obiektów o podobnej specyfice i zakresie do przedmiotu zamówienia. Przystępujący zauważył, iż Protestujący „nie uznaje” w wykazie doświadczenia zawodowego stanowiącego załącznik nr 4 do oferty, nabytego przy realizacji obiektów inżynierskich „drogowych” i „robót tramwajowych”. Uprawnienia wykonawcze, jak i projektowe nie różnicują obiektów inżynierskich na kolejowe i inne. Interpretacja określenia „podobne” jest, jego zdaniem, pojęciem względnym i niesprecyzowanym. Np. wiadukt kolejowy nad drogą, a wiadukt drogowy nad linią kolejową, niezależnie od tego w ramach jakiego kontraktu jest realizowany, „kolejowego”, czy „drogowego”, posiadają cechy wspólne - są obiektami inżynierskimi w ciągu robót liniowych z branży komunikacyjnej. Uważa, za dwuznaczne twierdzenia Protestującego, iż w przypadku wykazanego doświadczenia zawodowego Pana Andrzeja M., w poz. 1 – kładka dla pieszych „nad ulicą ...” nie jest obiektem akceptowalnym w warunkach SIWZ, a ta sama kładka nad układem torowym - jest.

Po trzecie, wykazane doświadczenie zawodowe w załączniku nr 5 do oferty, w przypadku Pana Jana G. jako kierownika robót lub budowy na obiektach o podobnej specyfice i zakresie do przedmiotu zamówienia wynosi 101 miesięcy z całkowitego doświadczenia na stanowisku kierownika robót w wymiarze 16 lat, wykazanego w formie oświadczenia w załączniku nr 4 do oferty. Natomiast, w przypadku Pana Adama M. wykazano 42 miesiące jako samodzielnego projektanta obiektów o podobnej specyfice i zakresie co przedmiot zamówienia, z jego 21 - letniego doświadczenia na stanowisku samodzielnego projektanta wykazanego w formie oświadczenia w załączniku nr 4 do oferty.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana w tym samym dniu Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło faxm w dniu 14.08.2008 r. poprzez jego oddalenie w całości. Zamawiający stwierdził, iż nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty Konsorcjum - Brzeg, fakt złożenia wraz z ofertą dokumentów podpisanych przez pełnomocnika z datą poprzedzającą datę widniejącą na przedłożonym przez niego pełnomocnictwie. Zgodnie z art. 23 ust 2 Pzp wykonawcy występujący wspólnie zobowiązani są do ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oferta złożona przez Konsorcjum - Brzeg podpisana została przez pełnomocnika, który legitymował się umocowaniem do działania w imieniu wspólnie występujących wykonawców w dacie złożenia oferty.

Zamawiający wskazał, iż skuteczność złożenia oferty jako oświadczenia woli wykonania zamówienia w określonym w niej zakresie i cenie Zamawiający ocenił w dacie dotarcia do niego, tj. w dniu wyznaczonym do jej złożenia. W tej dacie wyznaczony przez Konsorcjum - Brzeg pełnomocnik posiadał pełnomocnictwo i był umocowany do złożenia oświadczenia woli obejmującego wykonanie zamówienia. Zamawiający tym samym nie mógł kwestionować skuteczności złożonej oferty zawierającej istotne postanowienia co do ceny, zakresu i terminu realizacji zadania. Zał. Nr 1D i 1E miały charakter informacyjny w zakresie techniki sporządzenia oferty i ustalenia jej ceny, jednak wiążącym zobowiązaniem było oświadczenie złożone przez Wykonawcę w treści formularza oferty.

Zamawiający podniósł, iż w orzecznictwie przyjęto, że: *„o ważności oferty przesądza równoczesność jej faktycznego doręczenia Zamawiającemu z posiadaniem na ten dzień stosownego umocowania do działania w imieniu oferenta”* (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 30.07.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-900/910/07).

Zamawiający w warunkach przetargu postawił warunek, że roboty torowe muszą być wykonane przez Wykonawcę, który nie może ich podzlecić. Według oferty Konsorcjum – Brzeg wykona roboty torowe z wyłączeniem szlifowania szyn i rozjazdów, które to

przewidział do podzlecenia. W dokumentach SIWZ Zamawiający używa sformułowania „roboty torowe” w sposób hasłowy, a określenie „budowa torów” lub „przebudowa torów” dotyczy formowania i scalania poszczególnych elementów konstrukcji toru.

Zamawiający wyjaśnił, iż realizacja tych robót wymaga wykonania wielu czynności i angażuje nie tylko siły i środki Wykonawcy, lecz również dostawców, przewoźników podwykonawców wszystkich materiałów i półprefabrykatów niezbędnych do budowy konstrukcji toru np. klinca, tłucznia, szyn, złączek, podkładów, czy zgrzania szyn o długości klasycznej (25 m, 27,5 m, 30 m) w szyny długie o długości 210 m. Taką czynnością, jak wskazał Zamawiający, jest również szlifowanie szyn i rozjazdów. Ze względu na to, że szlifowanie szyn i rozjazdów w Polsce mogą wykonywać tylko dwie firmy zagraniczne (posiadają Świadectwo Dopuszczenia UTK), Zamawiający nie stawiał Wykonawcom wymogu wykazywania się tym sprzętem. Stwierdził, iż stoi na stanowisku, że szlifowanie szyn i rozjazdów nie jest koniecznym elementem przy budowie konstrukcji toru, tak więc nie jest z nim integralnie związane. Szlifowanie poprawia parametry toru, przedłuża jego żywotność, obniża hałas wywoływany przejazdem pociągu. Nie jest ono konieczne do funkcjonowania toru, o czym świadczy to, że tytko część torów na sieci kolejowej jest poddawana szlifowaniu.

Zamawiający wskazał, iż liczył się z tym, że specjalistyczne prace, jakimi jest szlifowanie szyn i rozjazdów będzie podzleczone wyspecjalizowanej jednostce dysponującej odpowiednim sprzętem. Z tego względu nie żądano od Wykonawców dysponowania stosownym pociągiem szlifierskim. Zamawiający celowo nie wymagał w warunkach przetargu od Wykonawcy dysponowania pociągiem szlifierskim mając świadomość, że niewiele firm taki sprzęt posiada i wymaganie jego mogło stwarzać sytuację nieuczciwej konkurencji. Nadmieniał, że obecnie w Polsce nie stacjonuje ani jeden pociąg szlifierski. W przypadku konieczności wykonania takich prac jest wynajmowany z zagranicy. Zamawiający zauważył także, iż w pozostałych ofertach firmy nie wykazały szlifowania szyn i rozjazdów, jako usługa specjalistyczna, pomimo nie dysponowania pociągiem szlifierskim, co również jest argumentem na słuszność nieodrzczenia oferty konsorcjum.

Odnośnie wymogu wykazania się przez kierownika robót, projektanta robót inżynierskich, jak i kierownika robót inżynierskich legitymowali się odpowiednim, wieloletnim doświadczeniem, Zamawiający nie uznał zarzutu dotyczącego nie wezwania Konsorcjum - Brzeg do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Zamawiający stwierdził, iż uznał doświadczenie Pana Andrzeja S., jako odpowiadające wymaganiom stawianym w SIWZ dla funkcji Kierownika Budowy. Zamawiający uznał doświadczenie w kierowaniu budową torów tramwajowych, jako obiektem o podobnej do przedmiotu zamówienia specyfice. Nadmieniał, że zarówno dla robót torowych kolejowych, jak i dla robót

torowych tramwajowych obowiązują te same uprawnienia budowlane. Potwierdza to, że roboty torowe kolejowe oraz roboty torowe tramwajowe posiadają podobną specyfikę.

Zamawiający wskazał także, iż uznał doświadczenie Pana Andrzeja M., jako odpowiadające wymaganiom stawianym w SIWZ dla funkcji Projektanta branży inżynierskiej. Wykazał on doświadczenie w projektowaniu obiektów kolejowych, a także drogowych - posiadających podobną specyfikę, różniącą się głównie innym rodzajem nawierzchni na obiekcie.

Zamawiający podniósł także, iż uznał doświadczenie Pana Jana G., jako odpowiadające wymaganiom stawianym w SIWZ dla funkcji Kierownika robót inżynierskich. Wykazał on bowiem, doświadczenie w kierowaniu robotami na obiektach kolejowych, a także drogowych - posiadających podobną specyfikę, różniącą się głównie innym rodzajem nawierzchni na obiekcie.

W dniu 19.08.2008 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Podtrzymując wszystkie zarzuty i żądania zawarte w proteście.

Odnosząc się do zarzutu, iż Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty Konsorcjum - Brzeg zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 2 w powiązaniu z art. 23 ust. 2 Pzp, ze względu na nie złożenie przez Wykonawcę zał. Nr 1D i 1E w zakresie robót trakcyjnych i elektroenergetycznych, co stoi w sprzeczności z wyraźnym brzmieniem SIWZ, Odwołujący stwierdził, iż przedłożone dokumenty zawierają oświadczenie woli złożone wyłącznie przez FEROCO S.A., a nie przez całe Konsorcjum - Brzeg, bowiem w dacie sporządzania owych dokumentów, FEROCO S.A. nie dysponowało stosownym pełnomocnictwem do działania w imieniu wszystkich wykonawców, tym samym nie mogło składać oświadczenia woli w imieniu TORPOL Sp. z o.o. i całego Konsorcjum - Brzeg.

Odwołujący zwrócił uwagę, że skoro Zamawiający sam przewidział w SIWZ obowiązek podania przez Wykonawców nie tylko cen poszczególnych pozycji Rozbicia Ceny Ofertowej, lecz także cen materiałów i cen maszynogodziny, to przy dopuszczeniu ofert do udziału w przetargu, nie może od tego obowiązku odstąpić. Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 13.04.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-656/05: *„jeżeli Zamawiający określa wynagrodzenie za wykonanie zamówienia w postaci ceny ryczałtowej, której charakterystyczną cechą jest, iż jest ostateczna bez względu na rozmiar robót, i jednocześnie wymaga od wykonawców dołączenia kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie przedmiaru robót stanowiącego załącznik do SIWZ to nie zwalnia to wykonawców z obowiązku przedstawienia takiego kosztorysu zgodnego z SIWZ”*. Powyższe potwierdza także, zdaniem Odwołującego, wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 14.10.2005 r., sygn. akt: II Ca 1355/05, który obala całkowicie twierdzenie Zamawiającego o *„informacyjnym charakterze”* zał. Nr 1D i 1E w zakresie technik sporządzania oferty

i ustalania jej ceny: „*Trafnie przyjął ZA, iż brak niektórych elementów i dodanie innych pozycji w kosztorysie ofertowym wymienionego wykonawcy powoduje, iż oferta została przygotowana niezgodnie z siwz. Pomimo, iż zamawiający istotnie określił, że cena za przedmiot zamówienia ma być ceną ryczałtową, to jednak w rozdziale V siwz wyraźnie domagał się dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego przygotowanego na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz na podstawie przedmiaru robót. Kosztorys ten winien być opracowany szczegółowo z podaniem wszystkich składników cenotwórczych i stanowił niezbędny element oferty. Złożenie oferty z pominięciem w kosztorysie ofertowym przez oferenta niektórych pozycji cenotwórczych uwzględnionych przez zamawiającego w przedmiarze robót albo wynikających z dokumentacji projektowej oraz uwzględnienie w tym kosztorysie pozycji nie ujętych w projekcie i przedmiarze robót bez zgłoszenia do zamawiającego i uzyskania jego wyjaśnień w trybie art. 38 powodowało, że treść oferty nie odpowiada treści siwz, a to uzasadniałoby odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp*”.

Odwołujący przywołał również, w tym miejscu przepisy art. 25 ust. 1 Pzp, stwierdzające, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Patrząc na postanowienia SIWZ, stwierdza Odwołujący, przez pryzmat w/w artykułu, jak i biorąc pod uwagę postanowienia art. 36 ust 1 pkt 10 Pzp (SIWZ zawiera opis sposobu przygotowywania ofert) nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że zał. Nr 1D - Ceny materiałów robót elektroenergetycznych i sieci trakcyjnej oraz zał. Nr 1E - Ceny maszynogodzin pracy sprzętu dla robót elektroenergetycznych i sieci trakcyjnej mają jedynie charakter informacyjny w zakresie „*techniki sporządzania oferty*”, tak jak to stara się przedstawić Zamawiający. Stosowne postanowienia SIWZ nie zostały nigdy oprotestowane przez Wykonawców biorących udział w postępowaniu, tym samym są obowiązujące, zarówno dla Zamawiającego jak i dla Wykonawców. Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 25.01.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-79/05: „*ocena czy złożenie dokumentu lub oświadczenia jest niezbędne w postępowaniu należy do Zamawiającego*”. Tym samym, jak zauważył Odwołujący, skoro Zamawiający żądał wskazanych załączników, Wykonawca miał obowiązek je złożyć. Również, jak podkreśla, Zamawiający na etapie badania ofert nie może odstąpić od żądania dokumentów, których wymagał treścią SIWZ.

Odnosząc się do cytowanego przez Zamawiającego wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 30.07.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-900/910/07 przyjmuje, że: „*o ważności oferty przesądza równoczesność jej faktycznego doręczenia Zamawiającemu z posiadaniem na ten dzień stosownego umocowania do działania w imieniu oferenta*”, stwierdza, iż w pełni potwierdza argumentację Odwołującego. Nie uznaje, że podpisana w dniu 27.03.2008 r. pomiędzy członkami Konsorcjum - Brzeg umowa konsorcjum, której treść nie została przedłożona wraz

z ofertą konwaliduje w jakikolwiek sposób ważność przedmiotowych zał. Nr 1D i 1E. Ofertę, jak i umocowanie do jej podpisania ocenia się według stanu dokumentów złożonych wraz z ofertą. Datą rozstrzygającą jest w tym przypadku termin składania ofert. Odwołującemu, jak podniósł, nie są znane żadne przepisy Pzp, które pozwalałyby na uzupełnienie oferty o inne, dodatkowe dokumenty, które nie zostały wraz z nią złożone, a które dotyczyłyby umocowania Wykonawców do składania oświadczeń woli i zaciągania zobowiązań w imieniu Wykonawcy. Wręcz przeciwnie, jak stwierdził, przedmiotowe załączniki, jak i sama umowa konsorcjum, nie stanowią oświadczenia lub dokumentu, którego uzupełnienie jest możliwe w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, natomiast są immanentną częścią oferty, której treści zgodnie z art. 87 ust 1 Pzp nie można zmieniać, oferta ta, jako niezgodna z SIWZ podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust.1 pkt. 2 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu, iż Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty Konsorcjum - Brzeg zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 2 w powiązaniu z art. 36 ust 5 Pzp, ze względu na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stwierdził, iż Zamawiający zażądał od Wykonawców wskazania części zamówienia, które zamierzają powierzyć do wykonania podwykonawcom, zastrzegając przy tym, że zgodnie z art. 36 ust 5 Pzp wykonanie robót torowych musi nastąpić siłami własnymi. Ponadto, odnosząc się do rozstrzygnięcia protestu. Po pierwsze, uznał, iż nie sposób się zgodzić, że sformułowanie „roboty torowe” użyte przez Zamawiającego w treści SIWZ zostało użyte w sposób „hasłowy”, skoro definicję legalną tego określenia można wyprowadzić z przepisów powszechnie obowiązującego prawa, co bezspornie wykazano powyżej. Dodatkowo Odwołujący przypomniał, że Formularz Umowy sporządzony przez Zamawiającego, na samym wstępie, w pkt. § 1 pkt 3 (str. 4) zawiera definicję robót torowych. Za roboty takie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, Zamawiający uważa roboty nawierzchniowe i podtorzowe. Po drugie, jak stwierdził, jeżeli Zamawiający uznaje, że określenie „roboty torowe” dotyczy formowania i scalania poszczególnych elementów konstrukcji torów, powinien w taki właśnie sposób określić zakaz pod wykonawstwa w treści SIWZ. Dla przykładu, w postępowaniu o nazwie „*LOT B - modernizacja szlaków: Legionowo - Nowy Dwór Mazowiecki; Nowy Dwór Mazowiecki - Modlin; Modlin - Nasielsk; Nasielsk - Świercze w ramach Projektu Nr 2005/PU16/C/PT/001 „Modernizacja linii kolejowej E - 65, odcinek Warszawa - Gdynia, etap II” w Polsce. Przetarg Nr 3*” Zamawiający w treści SIWZ zastrzegł możliwość wykonania części zamówienia za pomocą podwykonawców, *za wyjątkiem*: - układania nawierzchni torowej; - wywieszania oraz regulacji sieci jezdnej. Również w postępowaniu: „*Modernizacja linii kolejowej E-65 Warszawa - Gdynia na odcinku od km 287,700 (na szlaku Szymankowo - Lisewo) do km 315,700 (na szlaku Pszczółki - Pruszcz Gdański) objętym obszarem Lokalnego Centrum Sterowania w Tczewie, w ramach PROJEKTU Nr 2005/PU16/C/PT/001. MODERNIZACJA LINII KOLEJOWEJ E-65, ODCINEK WARSZAWA - GDYNIA, ETAP II*” Zamawiający w treści

SIWZ zastrzegł możliwość wykonania części zamówienia za pomocą podwykonawców, za wyjątkiem: - układania nawierzchni torowej; - wywieszania oraz regulacji sieci jezdnej. Z powyższego wynika jednoznacznie, jak zauważył Odwołujący, że Zamawiający potrafi precyzyjnie określić swoje żądania i wymogi co do zakresu prac powierzanych podwykonawcom, tym samym teza o „hasłowym” użyciu zwrotu „roboty torowe” nie znajduje uzasadnienia.

Odwołujący wskazuje, iż przyjęcie rozumowania zaproponowanego przez Zamawiającego musiałoby w konkluzji doprowadzić do obarczenia postępowania wadą uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy, ze względu na naruszenie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców jak i zmiany treści SIWZ na etapie badania i oceny ofert. Powyższe potwierdza wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 28.01.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-121/05, który stwierdził, iż: *„Zamawiający po otwarciu ofert nie może oceniać ich w sposób dowolny, ale tylko w taki sposób, jaki podał w SIWZ. Zamawiający nie powinien również oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami - w tym przypadku bardzo blisko jest już do dowolności ocen co narusza art. 7 Pzp”*.

Odwołujący podniósł, że treść odnosząca się do zakresu robót polegających na szlifowaniu szyn, zawarta w rozstrzygnięciu protestu, powinna zostać przez Zamawiającego zawarta w treści samej SIWZ, jeżeli jego intencją była możliwość dopuszczenia wykonania szlifowania szyn przy pomocy podwykonawców. Skoro jednak Zamawiający nie dopuszczał możliwości wykonania szlifowania szyn za pomocą podwykonawców, Przystępujący do postępowania mógł oprotestować treść SIWZ w części dotyczącej zakresu robót możliwego do powierzenia podwykonawcom, zawierając w treści swojego ewentualnego protestu argumenty, które przytoczył w piśmie o przystąpieniu do toczącego się postępowania protestacyjnego.

Odwołujący nie kwestionując faktu, że ilość firm dysponujących pociągami szlifierskimi jest bardzo ograniczona, stwierdził, iż skoro życzeniem Zamawiającego było wykonanie robót torowych siłami własnymi, potencjalny Wykonawca ma możliwość zawarcia umowy najmu sprzętu na podstawie art. 659 Kc np. z firmą SPENO INTERNATIONAL SA. Natomiast, przewidywane przez Konsorcjum - Brzeg powierzenie wykonania robót podwykonawcy prowadzić musi do zawarcia odrębnej umowy o roboty budowlane lub umowy o świadczenie usług (umowy o dzieło). Podstawowa różnica między nimi polega, jak zauważył Odwołujący, na fizycznym wykonaniu spornego zakresu zamówienia. W pierwszym przypadku wykonuje go Wykonawca, w drugim przypadku podwykonawca.

Po trzecie, zdaniem Odwołującego bez znaczenia jest deprecjonowanie przez Zamawiającego (w rozstrzygnięciu protestu) zakresu zamówienia polegającego na szlifowaniu szyn. Biorąc pod uwagę fakt, że to Zamawiający przygotowywał treść SIWZ określając zakres i opis przedmiotu zamówienia, budzić musi to u Odwołującego

niezrozumienie. Przytacza wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 28.01.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-121/05, który stwierdza, iż: „SIWZ ma chronić interes Zamawiającego i gwarantować mu, iż otrzyma towar, który rzeczywiście był przedmiotem zamówienia SIWZ również ma chronić interes prawny Wykonawcy, iż jego oferta, jeżeli będzie najkorzystniejsza zostanie wybrana w przetargu. ZA stwierdził, iż Zamawiający po otwarciu ofert nie może oceniać ich w sposób dowolny, ale tylko w taki sposób, jaki podał w SIWZ. Zamawiający nie powinien również oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami - w tym przypadku bardzo blisko jest już do dowolności ocen co narusza art. 7 Pzp”. Ponadto, orzeczenie Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 28.09.2005 r., sygn. akt: II Ca 29/05: „Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest podstawowym dokumentem przetargowym. To do warunków w niej sprecyzowanych musi dostosować swą ofertę wykonawca, chcąc uzyskać zamówienie. Jej wagi nie sposób więc przecenić. Elementy konieczne, które powinna zawierać zostały określone w ustawie tak, by uwzględnić odmienność możliwych zamówień. Im bardziej więc dane zamówienie wiąże się z koniecznością sprostania technicznym, skomplikowanym wymaganiom, tym więcej szczegółów powinna zawierać wiążąca się z nimi specyfikacja. Powinna być ona jednocześnie na tyle precyzyjna i czytelna, by wykonawca nie miał problemu z jej zrozumieniem. Warunki wskazane w siwz obowiązują wszystkich potencjalnych oferentów. Jest to wyrazem obowiązywania dwóch fundamentalnych dla pzp zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 pzp. Zasadami tymi są:

- równe traktowanie podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne (zasada równości);
- przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji (zasada uczciwej konkurencji)”.

Reasumując Odwołujący wskazał, iż nie miał problemów z przygotowaniem swojej oferty w taki sposób, aby w pełni odpowiadała treści SIWZ.

Na potwierdzenie obligatoryjnego charakteru odrzucenia oferty Odwołujący wskazał także wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24.01.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-82/05, który stwierdził, iż: „zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Powyższy przepis ma charakter obligatoryjny, co oznacza, iż zaistnienie przesłanki w nim wymienionej musi skutkować odrzuceniem oferty. Odrzucenie oferty jest elementem czynności zamawiającego, którą poprzedza badanie i ocena ofert. Do zakresu oceny wchodzi badanie zgodności treści oferty z treścią siwz. Powyższe odnosi przede wszystkim do jej merytorycznej zawartości, Oferta nie odpowiadająca treści siwz to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji”.

W odniesieniu do naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp poprzez nieprawidłowe wezwanie do uzupełnienia dokumentów, Odwołujący powtórzył w całości argumentację z protestu.

W odniesieniu do trzeciego alternatywnego naruszenia, Odwołujący stwierdził co następuje:

W stosunku do Kierownika budowy, Pan Andrzej Szymkowiak, wskazany na to stanowisko nie spełnia tych wymagań, ponieważ nie posiada wymaganego doświadczenia (5 lat na stanowisku kierownika budowy) Z treści załącznika nr 5 dot. tej właśnie osoby (str.105-106) wynika wprost, że:

- pozycje 2, 4, 6 - dotyczą kierownika robót, a nie jak wymagał tego Zamawiający kierownika budowy, funkcje te rozróżnia Prawo budowlane - vide art. 17 ust. 4;
- pozycję 5 nie sposób uznać za obiekty o podobnej specyfice i zakresie do przedmiotu zamówienia, ponieważ dotyczy ona robót tramwajowych, które w żaden sposób nie mogą być uznawane za roboty kolejowe.

Odwołujący wskazał, iż argument przytoczony powyżej kwestionuje w całości twierdzenie Zamawiającego, zawarte w rozstrzygnięciu protestu, jakoby roboty kolejowe i tramwajowe były robotami o podobnym charakterze. Wskazuje na to chociażby rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 26 lutego 1996 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać skrzyżowania linii kolejowych z drogami publicznymi i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 33, poz. 144) zwane dalej: *„rozporządzeniem w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać skrzyżowania linii kolejowych z drogami publicznymi i ich usytuowanie”*. Gdyby bowiem linie kolejowe i drogi publiczne były obiektami o podobnym charakterze, nie byłoby potrzeby wydawania wskazanego powyżej rozporządzenia.

Za argumentacją Odwołującego przemawia również wykładnia systemowa - roboty tramwajowe są uregulowane w rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 43, poz. 430) zwane dalej: *„rozporządzeniem w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie”* i wprost wyłączone z rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie. Odwołujący przyjmując informację Przystępującego o sprawowaniu przez Pana Andrzeja S. funkcji Kierownika budowy na kontrakcie wskazanym w poz. 3 załącznika nr 5, Pan Andrzej Szymkowiak legitymuje się co najwyżej 50 miesięcznym doświadczeniem, jako kierownik budowy na obiektach o podobnej specyfice i zakresie do przedmiotu zamówienia, tym samym nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego.

W stosunku do Projektanta robót inżynierskich - Pan Andrzej M. wskazany nie spełnia wymagań, ponieważ nie posiada wymaganego doświadczenia (3 lata jako samodzielny projektant obiektów o podobnej specyfice i charakterze). Z treści załącznika nr 5 dot. tej właśnie osoby (str. 137-138) wynika wprost, że:

- pozycje nr 1, 2, 3 i 5 - dot. obiektów inżynierskich realizowanych w ramach kontraktów drogowych, a nie kolejowych. Odwołujący odrzucił w całości argumentację Zamawiającego o podobnej specyfice obiektów drogowych i obiektów kolejowych. Po pierwsze, warunki techniczne charakterystyczne dla obu rodzajów robót określają odrębne przepisy prawa – rozporządzenie w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie oraz rozporządzenie w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie. Po drugie, różnice w specyfice budowy torów i dróg. Legitymuje się, zdaniem Odwołującego, co najwyżej 12 miesięcznym doświadczeniem, jako projektant obiektów o podobnej specyfice i charakterze do przedmiotu zamówienia.

W stosunku do Kierownika robót inżynierskich - Pan Jan G., wskazany nie spełnia tych wymagań, ponieważ nie posiada wymaganego doświadczenia (3 lat na stanowisku kierownika branżowego). Z treści załącznika nr 5 dot. tej właśnie osoby (str.171-172) wynika wprost, że:

- pozycje nr 3, 5, 6, 7 - dot. obiektów inżynierskich realizowanych w ramach kontraktów drogowych, a nie kolejowych. Odwołujący odrzucił w całości argumentację Zamawiającego o podobnej specyfice obiektów drogowych i obiektów kolejowych. Powtarzając argumentację przedstawioną powyżej. Legitymuje się co najwyżej 33 miesięcznym doświadczeniem, jako kierownik robót inżynierskich o podobnej specyfice i charakterze do przedmiotu zamówienia, tym samym nie spełnia wymagań Zamawiającego.

Kopie odwołania otrzymał Zamawiający w dniu 19.08.2008 r. faxem i email.

W dniu 21.08.2008 r. Zamawiający przekazał Konsorcjum – Brzeg faxem kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpiło dnia 05.09.2008 r. (wpływ bezpośredni) Konsorcjum – Brzeg, po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Podtrzymując stanowisko i argumentację przedstawioną w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego. Podkreślając odnośnie pierwszego zarzutu, iż domniemanie wynikające z załączonego do jego oferty pełnomocnictwa można obalić z uwagi na jego wzruszalny charakter przez wykazanie, że pełnomocnictwo zostało udzielone odpowiednio wcześniej. Ponadto, stwierdza, iż pełnomocnictwo jest oświadczeniem woli, zaś same oświadczenie woli jest

złożone z chwilą, w której mogło dotrzeć do odbiorcy w taki sposób, że odbiorca mógł zapoznać się z jego treścią. Wobec powyższego Przystępujący uznaje, iż z chwilą, w której Zamawiający mógł zapoznać się z ofertą, dołączone do niej pełnomocnictwo obejmowało swoim zakresem treść wszystkich dokumentów, na które składa się oferta, w tym także załączników Nr 1D i 1E. pogląd ten, jak stwierdza Przystępujący znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – wyrok z dnia 28.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 117/07 – zgodnie z nim: *„Pełnomocnictwa nie dyskwalifikuje fakt, iż zarówno umowa konsorcjum, jak i deklaracja o ustanowieniu lidera (załącznik do umowy) nie zawierają daty ich sporządzenia. Skoro pełnomocnictwo oraz umowa zostały przedłożone do oferty to znaczy, że są skuteczne na dzień złożenia oferty”*. W pozostałym zakresie Przystępujący ograniczył się do powtórzenia stanowiska przedstawionego w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego.

Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią spornej oferty, po wysłuchaniu stanowisk stron i Przystępującego na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 w powiązaniu z art. 23 ust. 2 Pzp, ze względu na de facto nie złożenie przez Wykonawcę zał. Nr 1D - Ceny materiałów robót elektroenergetycznych i sieci trakcyjnej i 1E - Ceny maszynogodzin pracy sprzętu dla robót elektroenergetycznych i sieci trakcyjnej, skład orzekający Izby uznał w/w zarzut za niezasadny.

W pkt 9 SIWZ Zamawiający zawarł zapisy odnoszące się do oferty wspólnej. Zgodnie z pkt 9.2 SIWZ: „Zgodnie z treścią art. 23 ust.2 Ustawy wykonawcy występujący wspólnie ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego albo reprezentowania w postępowaniu i zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego”. W pkt 9.3 SIWZ stwierdza się z kolei, iż: „Oferta musi być podpisana w taki sposób, by prawnie zobowiązywała łącznie i z osobna wszystkich wykonawców występujących wspólnie”. Natomiast pkt 9.4 SIWZ stanowi, iż: „Pełnomocnictwo musi być podpisane przez upoważnionego przedstawiciela (przedstawicieli) poszczególnych wykonawców występujących wspólnie”. „Każdy z wykonawców występujących wspólnie musi złożyć, odnoszące się do niego dokumenty wymienione w pkt 8.1 niniejszej IDW – część tabeli A, kolumna II, pkt 1-5” (pkt 9.5 SIWZ). „Pozostałe dokumenty wymienione w tabeli opisanej w pkt 8.1 niniejszej IDW będą oceniane łącznie dla wszystkich wykonawców występujących wspólnie jako wykonawca i w taki sposób mają zostać złożone” (pkt 9.6 SIWZ). „Jeżeli oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zostanie wybrana, Zamawiający zażąda przed zawarciem umowy w sprawie udzielenia zamówienia umowy regulującej współpracę tych wykonawców – zgodnie z art. 23 ust. 4 Ustawy” (pkt 9.8 SIWZ). W innym miejscu SIWZ, tj. pkt 13. Opis sposobu przygotowania oferty, Zamawiający stwierdził, iż: „Oferta musi być podpisana przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy i zaciągania w jego imieniu zobowiązań finansowych w wysokości odpowiadającej cenie oferty. Pełnomocnictwo osób podpisujących ofertę i upoważnionych do reprezentowania wykonawcy oraz zaciągania w jego imieniu zobowiązań finansowych w wysokości odpowiadającej cenie podanej w ofercie oraz podpisania oferty musi bezpośrednio wynikać z dokumentów dołączonych do oferty. Wzory dokumentów dołączonych do niniejszej IDW powinny zostać wypełnione przez wykonawcę i dołączone do oferty” (pkt 13.1.3 SIWZ). Dodatkowo pkt 13.3 stanowi, co składa się na zawartość kompletnej oferty. Po pierwsze, kompletna oferta musi zawierać wszystkie dokumenty wymienione w pkt 8.1 niniejszej IDW. Po drugie, formularz ofertowy, sporządzony według wzoru (Tom II SIWZ, sekcja 2) wraz z załącznikami nr 1A, 1B, 1C, 1D, 1E, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 do oferty (wg. wzoru Tom II SIWZ, sekcja 2). Ponadto, pełnomocnictwo Wykonawców występujących wspólnie do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarciu umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, iż wskazane załączniki de facto nie zostały złożone, gdyż wynika z nich, że zostały złożone nie w imieniu i na rzecz całego Konsorcjum - Brzeg, ale w imieniu własnym FEROCO S.A., o czym ma świadczyć fakt, iż zostały one podpisane w dacie 10.04.2008 r., a załączone do oferty pełnomocnictwo udzielone w trybie art. 23 ust.2 Pzp ma datę 21.04.2008 r.

Po pierwsze, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał, iż sporne załączniki zostały podpisane przed datą podpisania pełnomocnictwa. Z uwagi na fakt, iż same załączniki mają formę wydruku komputerowego, zaś podpisy są odręczne, zasadne jest uznanie, iż w innym momencie zostały stworzone formularze, a w innym miało miejsce ich podpisanie. Wobec powyższego, słuszna jest teza Zamawiającego, iż data na załącznikach Nr 1 D (str.20 oferty Przystępującego) i 1 E (str. 26 oferty Przystępującego) to de facto data stworzenia tych formularzy.

Po drugie, Izba podkreśla, iż nie można rozpatrywać charakteru powyższych załączników w oderwaniu od całości złożonej oferty, gdyż skoro zostały one złożone wraz z ofertą, to znaczy, że są skuteczne na dzień złożenia oferty.

Po trzecie, Izba stwierdza nadto, że zgodnie z art. 61 kc w związku z art. 14 Pzp oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią, w rezultacie pełnomocnictwo jest ważne na datę składania ofert, czyli osoby podpisujące ofertę były uprawnione do podpisania załącznika nr 1 D i 1 E.

W odniesieniu do niniejszego zarzutu Izba podzieliła stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 28 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 117/07, uznając je za adekwatne do przedmiotowego stanu faktycznego.

Izba stwierdza także, iż analiza złożonej oferty wskazuje, iż nie można dopatrywać się celowego działania Przystępującego w fakcie, iż wszystkie załączniki złożone w ramach oferty w niniejszym postępowaniu przetargowym są podpisywane z datą 23.04.2008 r., a tylko 2 (dwa) z datą 10.04.2008 r., gdyż byłoby to pozbawione logiki, tym bardziej, iż wchodzące w skład Konsorcjum - Brzeg podmioty to podmioty profesjonalnie działające na rynku.

Wniosek Zamawiającego, złożony w trybie art. 188 ust.3 Pzp, o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka na okoliczność daty złożenia podpisu pod załącznikami nr 1 D i 1 E, Izba oddaliła, uznając go za niecelowy na podstawie art. 188 ust. 6 Pzp, z uwagi na to, iż fakty będące ich przedmiotem zostały stwierdzone innymi dowodami, tj. ofertą Przystępującego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 w powiązaniu z art. 23 ust. 2 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu drugiego, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 w powiązaniu z art. 36 ust. 5 Pzp ze względu na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, skład orzekający Izby uznał w/w zarzut za niezasadny.

W pkt 36 SIWZ Zamawiający określił, iż żąda wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy Podwykonawcom. Nadto Zamawiający, zgodnie z art. 36 ust. 5 Pzp, zastrzegł wykonanie robót torowych siłami własnymi, jako tych, które nie mogą być powierzone Podwykonawcom. Określił także, iż do podwykonawstwa uregulowanego w niniejszej SIWZ znajduje zastosowanie art. 647¹ kc. Ponadto, w pkt. 13.3 SIWZ: „Zawartość kompletna oferty” określił, iż na jej zawartość składa się także rozbięcie ceny ofertowej wraz z wersją elektroniczną, sporządzone na podstawie Tomu IV SIWZ.

W Formularzu Oferty Przystępującego (str. 3-4) w pkt 4 ppkt 10, odczytywanym łącznie z Załącznikiem nr 10 do Formularza Oferty (str. 5) Wykonawca wyraźnie oświadczył, że przy pomocy podwykonawców ma zamiar wykonać przebudowę torów w zakresie szlifowania szyn i rozjazdów.

Odnośnie zdefiniowania robót torowych Izba podzieliła pogląd przedstawiony na rozprawie przez Zamawiającego, zgodnie, z którym definicje zawarte w rozporządzeniach nie mają automatycznego zastosowania do wykładni pojęć zawartych w postępowaniu, jeśli Zamawiający zdefiniuje je w inny sposób lub inny sposób ich rozumienia wynika z SIWZ, ogłoszenia albo wyjaśnień Zamawiającego. Potwierdza także prawo Zamawiającego do zdefiniowania określonego pojęcia w sposób odmienny od rozporządzenia, w tym przedmiotowym stanie faktycznym od rozporządzenia przywołanego w środkach ochrony prawnej oraz na rozprawie przez Odwołującego.

Ponadto, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż rozporządzenie w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie de facto nie definiuje pojęcia robót torowych, na co wskazuje także schemat załączony do protestu przez Odwołującego, oparty na tym akcie wykonawczym. Wskazany schemat wyodrębnia wśród robót nawierzchniowych elementy rzeczowe, ale nie precyzuje zakresu czynności. Stanowisko Przystępującego, odnośnie nie uznania szlifowania szyn i rozjazdów za robotę torową, Izba uznała za zasadne.

Jednocześnie, Izba podkreśla, iż mimo nie uznania, iż z przedłożonego na rozprawie dowodu, tj. dokumentacji przetargowej do postępowania „Przebudowa szlaku Opole Wschód-Czarnowąsy w km 6,500-10,260 na linii kolejowej CE30 Opole Groszowice – Wrocław Brochów” oraz „Przebudowa linii kolejowej E-30 na odcinku Wrocław – Legnica. Stacja Malczyce”, wynika odpowiedź Zamawiającego na pytanie odnoszące się do szlifowania szyn i rozjazdów, iż są one wyłączone z robót torowych (w tych postępowaniach w odróżnieniu od postępowania przedmiotowego roboty szlifowania szyn i rozjazdów nie wchodzi w ich zakres przedmiotowy), to zasadne jest uznanie, iż szlifowanie nie jest samo w sobie konieczne do funkcjonowania torów, gdyż mogą one istnieć bez niego.

Za decydujące w kwestii uznania, iż w przedmiotowym postępowaniu roboty szlifowania szyn i rozjazdów zostały wyłączone z robót torowych, tj. nie są elementem robót

nawierzchniowych, które wraz z robotami podtorza zawierają się w nich i nie podlegają zakazowi podwykonawstwa, Izba uznała definicje zakresową określoną przez Zamawiającego w treści – „Rozbicia cenowej oferty” (tom IV SIWZ, str. 9). W niniejszym rozbiu cenowym oferty została, zgodnie z przyjętą systematyką, wydzielona pozycja dla robót torowych (3.1.1.5), jak i robót szlifowania szyn i rozjazdów (3.1.1.6) i jako takie były one przedmiotem oddzielnej wyceny – str.325 oferty Przystępującego oraz str. 489 oferty Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 w powiązaniu z art. 36 ust. 5 Pzp

Odnosząc się do zarzutu trzeciego, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie czynności uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, skład orzekający Izby uznał w/w zarzut za niezasadny.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, znajdujące odzwierciedlenie w przywołanym artykule z dnia 18.02.2008 r., iż: *„dalsze procedowanie w odniesieniu do ofert które podlegają odrzuceniu lub w przypadku konieczności unieważnienia postępowania jest bezcelowe i prowadzi jedynie do niepotrzebnego przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, łamiąc równocześnie zasadę sprawności postępowania”*. Jednakże, wezwanie wszystkich uczestników przedmiotowego postępowania w dniu 14.07.2008 r., czyli przed zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej, w tym Przystępującego do przedłużenia terminu związania ofertą i zabezpieczenie oferty wadium na okres kolejnych 60 dni, jest działaniem zgodnym z Pzp, a ewentualne zaniechanie tych czynności może doprowadzić do konieczności unieważnienia postępowania. Teza Odwołującego, iż na mocy przywołanego przepisu, w niniejszym postępowaniu, z uwagi na konieczność odrzucenia oferty Konsorcjum – Brzeg, nie było podstaw do skorzystania z procedury określonej w art. 26 ust. 3 Pzp jest błędna. Izba precyzuje, iż błędny charakter tej tezy wynika po pierwsze z faktu, iż nie potwierdziły się zarzuty podnoszone przez Odwołującego względem oferty Przystępującego, a także z podania błędnej podstawy prawnej przez Odwołującego dla przedłużenia terminu związania ofertą i zabezpieczenia oferty wadium na okres kolejnych 60 dni. Ewentualna celowość niniejszego wezwania musi być rozpatrywana także poprzez okoliczność tego rodzaju, iż do zawarcia umowy, czyli także do ostatecznego rozstrzygnięcia protestu oferty uczestników postępowania muszą pozostać ważne i zabezpieczone wadium, także oferta oprotestowana. Wynika to wprost z art.181 ust. 2a Pzp, zgodnie z którym: *„Zamawiający w dowolnym czasie, jednak nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, wzywa wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym*

rozstrzygnięciu protestu”. Ponadto, art. 85 ust. 2 i 4 Pzp stanowi, iż: „W uzasadnionych przypadkach co najmniej na 7 dni przed upływem terminu związania ofertą może zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy niż 60 dni”, „Zgoda wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalna tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą”. Ze wskazanych przepisów wynika, iż odmienne działanie Zamawiającego mogłoby być podstawą do unieważnienia postępowania z urzędu przez Krajową Izbę Odwoławczą, albo przesłanką do unieważnienia w trybie art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp i stanowić naruszenie art. 7 ust.1 Pzp. W tym konkretnym stanie faktycznym, nie wezwania z całą pewnością naruszałyby wskazany art. 7 ust.1 Pzp w odniesieniu do Wykonawcy, wobec którego nie dokonałby czynności wezwania.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, z uwagi na nie potwierdzenie się wcześniejszych zarzuty podnoszonych przez Odwołującego względem oferty Przystępującego, jak również poprzez wezwanie Konsorcjum - Brzeg do przedłużenia terminu związania ofertą i zabezpieczenia oferty wadium na okres kolejnych 60 dni.

Odnosząc się do zarzutu czwartego, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 w powiązaniu z art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp poprzez nie wezwania wybranego Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów przedstawionych w ofercie, z uwagi na fakt, iż z oferty Konsorcjum - Brzeg nie wynika spełnianie przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu postawionych przez Zamawiającego, skład orzekający Izby uznał w/w zarzut za niezasadny.

Zamawiający wymagał, aby cały personel branżowy (projektanci, kierownicy robót i kierownik budowy) wskazany w ofercie, którym dysponuje Wykonawca, legitymował się uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń, jak i stosownym, odpowiednim do proponowanego stanowiska doświadczeniem. W odniesieniu do wskazanych osób, których kwalifikacje i doświadczenie Odwołujący zakwestionował: 1) Pan Andrzej S. - Kierownik budowy, miał wykazać się co najmniej 10 letnim doświadczeniem zawodowym, w tym co najmniej 5 letnim doświadczeniem jako kierownik budowy na obiektach o podobnej specyfice i zakresie do przedmiotu zamówienia (tom I SIWZ, pkt 8.1, kolumna I, część tabeli B 1, str.7); 2) Pan Andrzej M.- projektant branży inżynierskiej, miał wykazać się co najmniej 5 letnim doświadczeniem zawodowym, w tym co najmniej 3 letnim doświadczeniem jako samodzielny projektant obiektów o podobnej specyfice i zakresie co przedmiot zamówienia (tom I SIWZ, pkt 8.1, kolumna I, część tabeli B 1, str.8) oraz 3) Pan Jan G. - Kierownik robót inżynierskich, miał wykazać się co najmniej 5 letnim doświadczeniem zawodowym, w tym co najmniej 3 letnim doświadczeniem jako kierownik robót lub budowy

o podobnej specyfice i zakresie co przedmiot zamówienia (tom I SIWZ, pkt 8.1, kolumna I, część tabeli B 1, str.8). Na potwierdzenie warunku sformułowanego w kolumnie I, część tabeli B 1, wykonawcy musieli załączyć do oferty dokumenty wymienione w kolumnie II, część tabeli B1 w pkt 1-4, w tym także wykaz osób, sporządzony według wzorów stanowiących załącznik nr 4 i 5 do oferty (tom II SIWZ, sekcja 2), które będą wykonywać zamówienie.

Izba uznała, iż doświadczenie wykazane w ramach załącznika Nr 4, a zwłaszcza nr 5 - Pana Andrzeja S., jako odpowiadające wymaganiom stawianym w SIWZ dla funkcji Kierownika Budowy, jak również doświadczenie Pana Andrzeja M. dla funkcji Projektanta branży inżynierskiej oraz Pana Jana G. dla funkcji Kierownika robót inżynierskich.

Izba stoi na stanowisku, iż przez zamówienia podobne nie należy uznawać wyłącznie zamówień tożsamy z przedmiotem zamówienia. W tym stanie faktycznym analiza zapisów SIWZ pozwala na ustalenie bezpośredniego zamiaru, jaki przyświecał Zamawiającemu przy konstruowaniu wskazanych wyżej warunków. Jak podnosił na rozprawie Zamawiający z treści warunku nie wynika wymóg wykazania się doświadczeniem o charakterze kolejowym, co więcej Izba uznaje iż w przeciwnym razie wymagałoby to wyraźnego zaznaczenia, jak to czynił Zamawiający w innych postępowaniach. Izba wzięła także pod uwagę brzmienie warunku w odniesieniu do zarzutu drugiego. Zamawiający w tomie I, pkt 8.1, kolumna I, część tabeli B1, str. 9 określa wymóg wykazania przez Wykonawców, którzy będą składali ofertę, w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia wykonaniem co najmniej 3 zamówień kolejowych o podobnej specyfice i zakresie do przedmiotu zamówienia. Fakt, iż w tym miejscu wskazano wprost na zamówienia kolejowe o podobnej specyfice i zakresie do przedmiotu zamówienia, a w warunkach dotyczących wymienionych wyżej osób nie wskazano, świadczy w sposób niezbity o zamiarze Zamawiającego poszerzenia kręgu potencjalnych osób, którymi mogą legitymować się Wykonawcy składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Dodatkowo, Izba uznała, iż potwierdzają to także dalsze wyjaśnienia przedstawione na rozprawie przez Zamawiającego, tj. że w ramach przedmiotu zamówienia realizowane będą również węzły komunikacyjne z obiektami mostowymi i drogowymi np. dwa obiekty mostowe kolejowe nad dwoma obiektami drogowymi - tom III SIWZ Program funkcjonalno-użytkowy, sekcja 3, obiekt na km 140.637 oraz 140.977. Konsekwentne działanie Zamawiającego w toku oceny złożonych ofert również potwierdza powyższy stan rzeczy, m.in. jego oświadczenie, iż przy ocenie oferty Przystępującego wzięt pod uwagę doświadczenie wykazane w pozycji 1, 5, 7 na str. 105-106, jak również potwierdzenie się w przekazanej do wglądu oryginalnej dokumentacji faktu, iż uzupełnienie z dnia 02.07.2008 r., będące wynikiem wezwania Odwołującego z dnia 26.06.2008 r. nie odnosiło się do wykazywanego doświadczenia drogowego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż w odniesieniu do Pana Andrzeja S. - do wykazania się wymaganym doświadczeniem kwalifikują się zamówienia z poz.1, 5, 6 i 7 na str. 105-106 oferty Przystępującego. W tym zakresie Izba podzieliła także pogląd tak Zamawiającego, jak i Przystępującego względem charakteru poz. 5, tj. uznanie doświadczenia w kierowaniu budową torów tramwajowych jako obiektu o podobnej do przedmiotu zamówienia specyfice. Stwierdzić należy także, iż zarówno dla robót torowych kolejowych, jak i dla robót torowych tramwajowych obowiązują te same uprawnienia budowlane.

W odniesieniu do Pana Andrzeja M. Izba uznała, iż do wykazania się wymaganym doświadczeniem kwalifikują się wszystkie zamówienia (pozycje ze str.137-138 oferty Przystępującego), podobnie w przypadku Pana Jana G. (pozycje ze str.171-172 oferty Przystępującego). W tym zakresie Izba uznała, że tak doświadczenie w projektowaniu obiektów drogowych, jak i doświadczenie w kierowaniu robotami na obiektach drogowych, z uwagi na podobną specyfikę tych obiektów, pozwala je uznać za obiekty o podobnej do przedmiotu zamówienia specyfice.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w powiązaniu z art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp poprzez nie wezwania wybranego Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów przedstawionych w ofercie.

Odnosnie naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 Pzp, skład orzekający Izby uznał w/w zarzut za niezasadny. Odwołujący w ramach protestu nie skonkretyzował naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców. Ponadto, także z uwagi na nie uznanie wcześniejszych zarzutów, Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 Pzp za bezzasadny.

Wobec nie potwierdzenia się zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2 w powiązaniu z art. 23 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt. 2 w powiązaniu z art. 36 ust 5, art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 3 w powiązaniu z art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, nie uwzględniając odwołania.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3600 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*