

**Sygn. akt: KIO/UZP 1106/09**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 10 września 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Członkowie: Magdalena Grabarczyk**  
**Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 9 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Kolejowe Zakłady Nawierzchniowe "Bieżanów" Sp. z o.o., Zakład Budowlany Klier Jerzy Klier, 30-740 Kraków, ul. Półtangi 25** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Tramwaje Śląskie S.A., 41-506 Chorzów, ul. Inwalidzka 5** protestu z dnia 9 lipca 2009 r.

przy udziale wykonawcy **MIB Polska Sp. z o.o., 30-826 Kraków, ul. Darasza 5** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Kolejowe Zakłady Nawierzchniowe "Bieżanów" Sp. z o.o., Zakład Budowlany Klier Jerzy Klier, 30-740 Kraków, ul. Półtanki 25**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Kolejowe Zakłady Nawierzchniowe "Bieżanów" Sp. z o.o., Zakład Budowlany Klier Jerzy Klier, 30-740 Kraków, ul. Półtanki 25,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Kolejowe Zakłady Nawierzchniowe "Bieżanów" Sp. z o.o., Zakład Budowlany Klier Jerzy Klier, 30-740 Kraków, ul. Półtanki 25.**

### **U z a s a d n i e**

Zamawiający Tramwaje Śląskie SA z siedzibą w Chorzowie wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego: >>Wykonanie dokumentacji projektowej dla poszczególnych zadań realizowanych na terenie gminy Zabrze, Chorzów, Sosnowiec, Bytom oraz Ruda Śląska w ramach realizacji Projektu pn.: „Modernizacja infrastruktury tramwajowej i trolejbusowej w Aglomeracji Górnośląskiej wraz z infrastrukturą towarzyszącą” realizowanego w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, współfinansowanego ze środków Funduszu Spójności UE<<, oznaczonej nrem JRP/272/2009.

**23.04.2009 r.** ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2009/S 78–112642.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742), zwanej dalej Pzp.

**02.07.2009 r.** zamawiający powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty dla części 1, 4, 9 wykonawca konsorcjum Scott Wilson, dla części 2, 5, 10, 12, 14, 15 wykonawca

konsorcjum Biezanów, dla części 3, 16 wykonawcy MIB, dla części 6, 7, 8, 11, 13 wykonawca konsorcjum WBP. Jednocześnie zamawiający powiadomił o odrzuceniu oferty wykonawcy Grontmij Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – wykonawca nie przedstawił liczby miesięcy gwarancji na wykonanie przedmiotu zamówienia, co było wymagane w specyfikacji.

**09.07.2009 r.** wykonawca MIB Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie złożył protest na czynność zamawiającego polegającą na:

- 1) zaniechaniu wykluczenia z udziału w postępowaniu w zakresie części zamówienia nr 2 wykonawcy konsorcjum „Biezanów” z uwagi na niezłożenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i tym samym niespełnienie warunków udziału w postępowaniu lub zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy jako niezgodnej ze specyfikacją;
- 2) wyborze jako najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 2 zamówienia oferty wykonawcy konsorcjum „Biezanów”;
- 3) zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 2 zamówienia oferty protestującego.

Protestujący podnosi:

- 1) naruszenie art. 23 Pzp przez przyjęcie przez zamawiającego, że oferta złożona przez wykonawcę konsorcjum „Biezanów” w zakresie części zamówienia nr 2 stanowi ofertę złożoną przez konsorcjum, tj. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawcy konsorcjum Biezanów i Zakład Budowlany „Klier”;
- 2) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum „Biezanów” z postępowania w zakresie części zamówienia nr 2 pomimo niezłożenia przez niego dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i tym samym niespełnienie tych warunków, a ewentualnie
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum „Biezanów”, pomimo jej niezgodności ze specyfikacją.

Protestujący wnosi o:

- 1) uchylenie wyboru oferty wykonawcy konsorcjum „Biezanów” w zakresie części zamówienia nr 2 jako najkorzystniejszej;
- 2) wykluczenie z udziału w postępowaniu w zakresie części zamówienia nr 2 wykonawcy konsorcjum „Biezanów” z uwagi na niezłożenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji niespełnienie warunków udziału wykonawcy w postępowaniu w zakresie części

zamówienia nr 2, a co za tym idzie uznanie oferty wykonawcy za odrzuconą, ewentualnie odrzucenie oferty wykonawcy jako niezgodnej ze specyfikacją;

- 3) powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu w zakresie części zamówienia nr 2 z pominięciem oferty wykonawcy konsorcjum „Biezanów” jako odrzuconej w postępowaniu w zakresie części zamówienia nr 2:
- 4) dokonanie wyboru oferty protestującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie części zamówienia nr 2.

Zdaniem Protestującego podmiot, którego oferta została przez zamawiającego wybrana jako najkorzystniejsza w zakresie części zamówienia nr 2, podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu w zakresie części zamówienia nr 2.

Wykonawca konsorcjum „Biezanów” nie złożył oferty w imieniu i na rzecz konsorcjum jak wskazuje zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, ale wyłącznie w swoim imieniu i na swoją rzecz.

1. Wykonawca umieścił na stronie tytułowej oferty wyłącznie nazwy wykonawcy Biezanów bez wskazywania, że jest to oferta działających wspólnie jako konsorcjum wykonawców „Biezanów” oraz >>Zakład Budowlany „Klier”<<.

2. Na formularzu ofertowym, w miejscu przewidzianym na pieczętkę wykonawcy została umieszczona pieczętka wykonawcy Biezanów bez zaznaczenia w jakikolwiek sposób, iż działa on jako lider bądź ewentualnie pełnomocnik konsorcjum.

3. Takiej adnotacji brak także przy podpisie Prezesa Zarządu wykonawcy Biezanów pod formularzem ofertowym.

4. Podobnie wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego został parafowany przez Prezesa Zarządu wykonawcy Biezanów bez zaznaczenia, iż działa on w imieniu całego konsorcjum.

Nie ma podstaw, aby złożoną przez wykonawcę Biezanów ofertę traktować jako ofertę złożoną przez wykonawcę konsorcjum „Biezanów” (wspólnie z Zakładem Budowlanym „Klier”). Skoro w formularzu ofertowym nie zostało wyraźnie wskazane, iż wykonawca Biezanów działa jako lider konsorcjum, to tym samym nie można przyjąć, iż oferta została złożona także w imieniu Zakładu Budowlanego „Klier”. W konsekwencji nie można również uznać, iż ofertą związany jest również ten podmiot jako jeden z uczestników konsorcjum ubiegającego się o udzielenie zamówienia.

Sam fakt załączenia do oferty pełnomocnictwa dla wykonawcy Biezanów do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego nie decyduje o tym, że wykonawca Biezanów może działać tylko i wyłącznie jako pełnomocnik konsorcjum, spółka może dokonywać również czynności w swoim imieniu i na swoją rzecz. Z tej przyczyny, aby można było przyjąć, że wykonawca Biezanów działa nie

tylko w swoim imieniu, ale także innych podmiotów w samej treści dokonywanej czynności – w tym wypadku: w treści składanej oferty – powinno być wyraźnie wskazane, iż wykonawca Biezańów działa jako lider konsorcjum lub pełnomocnik wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców. Brak takiej wzmianki będzie powodował, iż taka oferta będzie musiała zostać uznana za ofertę złożoną tylko w imieniu wykonawcy Biezańów.

Skoro nie wskazano w formularzu ofertowym, że wykonawca Biezańów działa jako pełnomocnik konsorcjum, to tym samym należy uznać, że Zakład Budowlany „Klier” nie złożył oświadczenia prawnie zobowiązującego go jako członka konsorcjum, do zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego z zamawiającym na warunkach wynikających z oferty.

Protestujący stwierdził, że stanowisko to jest zbieżne z poglądem Zespołu Arbitrów wyrażonym w wyroku z 23 lipca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0–865/07. Na konieczność zaznaczenia w nazwie wykonawcy, działającego w ramach konsorcjum, iż działa on jako lider bądź pełnomocnik konsorcjum, zwróciła uwagę również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 28 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 117/07. W innym orzeczeniu KIO wskazała z kolei, iż brak zaznaczenia w odwołaniu przez odwołującego się, iż działa on nie tylko w swoim imieniu, ale także w imieniu innego podmiotu, stanowi podstawę odrzucenia odwołania, nawet, jeżeli do oferty załączone zostało pełnomocnictwo (postanowienie KIO z 30 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 471/08).

Konieczność ujawniania okoliczności, że działa się w cudzym imieniu znajduje oparcie w doktrynie prawa cywilnego – S. Rudnicki, Komentarz do art. 96 Kc (Lex Polonica). Zgodnie zaś z art. 14 ust. 1 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, chyba, że ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych stanowi inaczej.

Nie ma podstaw, aby ofertę wykonawcy Biezańów traktować jako ofertę złożoną przez konsorcjum. Oferta ta powinna być traktowana jako złożona wyłącznie w imieniu i na rzecz wykonawcy Biezańów. Tym samym wykonawca Biezańów, działający jako samodzielny podmiot, powinien zostać przez zamawiającego wykluczony z postępowania w zakresie części zamówienia nr 2, albowiem złożony w toku postępowania wykaz usług i złożone do niego w drodze uzupełnienia referencje dotyczą tylko usług wykonanych przez Zakład Budowlany „Klier”. W konsekwencji – zdaniem protestującego – należy uznać, zgodnie z rozdziałem 6 ust. 1 i rozdziałem 7 ust. 3 lit. a specyfikacji, że wykonawca Biezańów nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału, tj. nie udokumentował w odpowiedni sposób posiadanego doświadczenia w zakresie wymaganym przez specyfikację, a co za tym idzie nie posiada niezbędnego doświadczenia do realizacji zamówienia. W konsekwencji wykonawca Biezańów powinien zostać wykluczony z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wykonawca Biezanów był już wzywany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia braków w zakresie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług i nie złożył referencji (złożone referencje dotyczą wyłącznie usług wykonanych przez Zakład Budowlany „Klier”), a zatem nie może on już zostać ponownie wezwany do uzupełnienia tych dokumentów.

Protestujący podnosi, że gdyby jednak zamawiający uznał, iż oferta złożona przez wykonawcę Biezanów stanowi ofertę wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach wykonawcy konsorcjum wykonawców Biezanów i Zakład Budowlany „Klier”, to wykonawca ten nie wykazał, że posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie, jakim zgodnie ze specyfikacją powinni się legitymować wykonawcy uczestniczący w postępowaniu w zakresie części zamówienia nr 2, a tym samym i tak podlega wykluczeniu.

Stosownie do postanowień rozdz. 6 pkt 1 lit. b specyfikacji o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj. udokumentują wykonanie w okresie trzech ostatnich lat przed dniem wszczęcia postępowania co najmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji projektowej przebudowy lub budowy torowiska tramwajowe wydzielonego – w przypadku wybrania części zamówienia (m. in. właśnie część zamówienia nr 2) związanej z projektem przebudowy torowiska wydzielonego. Należy zaznaczyć, iż analogiczny wymóg zamawiający przewidział w odniesieniu do części zamówienia związanych z projektem przebudowy torowiska wbudowanego w jezdnię. W rozdz. 7 pkt 3 lit. a specyfikacji zostało z kolei wskazane, iż w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia, wykonawca winien załączyć do oferty wykaz wykonanych w okresie trzech ostatnich lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadających swoim rodzajem usługom opisanym w rozdz. 6 ust. 1 lit. a specyfikacji, z podaniem przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należyście.

Wykonawca konsorcjum „Biezanów” pierwotnie do oferty złożonej w toku postępowania, załączył wyłącznie wykaz wykonanych usług zgodnie z załącznikiem nr 3 („Wykaz”). W Wykazie jako usługi potwierdzające doświadczenie w zakresie torowisk wydzielonych wykonawca wskazał dwie usługi, umieszczone w tabelce na pozycji 2 i 5. Na skutek wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wykonawca złożył referencje Zarządu Dróg i Utrzymania Miasta jako dokument potwierdzający należyte wykonanie usług. Powyższy Wykaz w połączeniu z referencjami nie dokumentuje w sposób należyty posiadanego doświadczenia i wiedzy.

1. Wykonawca na wezwanie zamawiającego nie złożył referencji w odniesieniu do usług wskazanych w Wykazie jako pozycja 5 – w opisie określony jako „Projekt wykonawczy i budowlany przebudowy pl. Bema we Wrocławiu”, stanowiący torowisko wbudowane w jezdnię i torowisko wydzielone. Złożone referencje nie obejmują tej usługi. Tym samym usługa ta nie może zostać uwzględniona przy ustalaniu posiadanego przez wykonawcę doświadczenia z uwagi na niespełnienie wymagań z rozdz. 7 ust. 3 lit. a specyfikacji.

Także w odniesieniu do usługi wskazanej w Wykazie jako pozycja 3 – w opisie określony jako „Projekt wykonawczy i budowlany przebudowy ul. Krakowskiej we Wrocławiu”, stanowiący torowisko wbudowane w jezdnię wykonawca nie złożył referencji.

2. Pozycja 2 Wykazu („Projekt wykonawczy i budowlany remontu torowiska tramwajowego wydzielonego w ul. Wróblewskiego na odcinku od ul. Wystawowa do ul. Kopernika”), a w referencjach jako pozycja 3:

1) usługa ta, jak wskazał sam wykonawca stanowi remont; tymczasem zgodnie z powoływanym powyżej 6 ust. 1 lit. b specyfikacji, wykonawcy mają się wykazać doświadczeniem w zakresie budowy bądź przebudowy torowiska; pojęcia „remont” nie można utożsamiać z pojęciem „przebudowa” i „budowa”, albowiem jest to pojęcie o znacznie węższym zakresie znaczeniowym od pozostałych dwóch pojęć; zgodnie z art. 3 pkt 8 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane przez remont należy rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym, podczas gdy budowa to wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego (art. 3 pkt 6 Prawa budowlanego), a przebudowa – wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji, w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego (art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego); przez remont należy rozumieć roboty budowlane o znacznie mniejszym zakresie niż budowa czy przebudowa, a tym samym nie można uznać, iż wykazanie się przez wykonawcę wykonywaniem remontów torowisk wydzielonych odpowiada warunkom udziału w postępowaniu, wynikającym ze specyfikacji;

2) pomiędzy opisem pozycji 2 w Wykazie a złożonymi referencjami zachodzą różnice co do samego zakresu wykonanych projektów; z Wykazu wynika, iż wykonana przez wykonawcę usługa obejmowała zarówno projekt wykonawczy, jak i budowlany, a w złożonych referencjach zostało wskazane, iż usługi te obejmują wyłącznie projekt wykonawczy i z uwagi na tę rozbieżność nie jest możliwe precyzyjne ustalenie zakresu

wykonanej usługi; ta rozbieżność jest o tyle istotna, że zgodnie z rozdz. 6 pkt 1 lit. b specyfikacji, wykonawca ma wykazać, że wykonywał dokumentację projektową, a nie tylko projekt wykonawczy, który nie obejmuje m. in. wymaganych przepisami uzgodnień i opinii; wykonanie zatem przez wykonawcę wyłącznie projektu wykonawczego nie spełnia wymogów wynikających z przepisów;

również z rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego (Dz. U. Nr 202 poz.2072 ze zm.) wynika, iż projekt wykonawczy stanowi jeden z elementów dokumentacji projektowej (§ 4 rozporządzenia);

3) rozbieżności występujące w odniesieniu do daty wykonania przedmiotowej usługi – w Wykazie wskazano, iż usługi zrealizowana w czerwcu 2007 r., podczas gdy w referencjach figuruje od 31 maja 2006 r. do 29 czerwca 2006 r.

3. Wykonawca nie wykazał się doświadczeniem niezbędnym do realizacji części zamówienia nr 2, a tym samym należy uznać, iż wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu i co za tym idzie podlega wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

4. Przy ustalaniu posiadanego przez wykonawcę doświadczenia nie mogą zostać uwzględnione usługi powołane w referencjach złożonych przez wykonawcę, a niewymienione w Wykazie. Zgodnie bowiem rozdz. 7 pkt 3 lit. a specyfikacji usługi, które mają potwierdzać doświadczenie uczestnika postępowania, miały zostać wyszczególnione w Wykazie i to ten dokument ma decydujące znaczenie przy ustalaniu doświadczenia uczestnika. Ponadto, należy uznać, że skoro sam wykonawca nie powołał tych usług w Wykazie, to znaczy, że w jego ocenie nie spełniają one wymogów przewidzianych w specyfikacji odnośnie doświadczenia wykonawcy. Tym samym, usługi w referencjach umieszczone pod pozycją 2, 4 i 6 nie mogą zostać uwzględnione przez zamawiającego.

W referencjach nie zostało wskazane w zakresie jakich torowisk usługi projektowe świadczył wykonawca: czy w zakresie torowisk wydzielonych czy wbudowanych w jezdnię. Nawet gdyby zatem zamawiający miał możliwość uwzględnienia usług wskazanych w referencjach, a nie powołanych w Wykazie (czego nie ma), to z uwagi na brak określenia, o jakie torowiska chodzi, wskazane usługi nie mogą stanowić potwierdzenia posiadanego doświadczenia.

Gdyby jednak zamawiający uznał, iż można przy ustalaniu doświadczenia uwzględnić usługi wskazane w referencjach a nie wskazane w Wykazie, protestujący podnosi w odniesieniu do usług niepowołanych w Wykazie:

1) w odniesieniu do pozycji 2 w referencjach („Wykonanie projektu technicznego przebudowy torów tramwajowych w ul. C. Skłodowskiej na odcinku ul. Łukaszewicza do



mostu Zwierzynieckiego we Wrocławiu”), usługi te w przeważającej mierze nie mieszczą się we wskazanym przez zamawiającego okresie, tj. 3 lata przed wszczęciem postępowania (ogłoszenie o przetargu ukazało się 23 kwietnia 2009 r. w Dz. Urz. UE), albowiem zostały one wykonane w okresie od 7 marca 2006 r. do 28 kwietnia 2006 r.;

2) w odniesieniu do pozycji 4 w referencjach („Opracowanie projektu wykonawczego na wymianę rozjazdu z 6–ciu krzyżownic wraz z szynami łączącymi skrzyżowanie ul. Powstańców Śląskich–Hallera we Wrocławiu”) usługi obejmowały wyłącznie wykonanie projektu wykonawczego, a nie jak wymagał zamawiający w rozdz. 6 pkt 1 lit. b specyfikacji dokumentacji projektowej, a tym samym nie odpowiadają wymogom specyfikacji;

3) w odniesieniu do pozycji 6 w referencjach („Opracowanie dokumentacji projektowej na remont torów tramwajowych na ul. Opolskiej we Wrocławiu, na odcinku od pętli tramwajowej „Księżę Małe” do końca toru pojedynczego”) usługi obejmowały wykonanie dokumentacji projektowej na remont torowiska, a nie na przebudowę lub budowę torowiska (rozdz. 6 punkt 1 lit. b specyfikacji).

3. Również wymienione w Wykazie usługi, mające potwierdzać doświadczenie wykonawcy w zakresie realizacji dokumentacji projektowej na budowę lub przebudowę torowiska wbudowanego w jezdnię, nie odpowiadają wymogom przewidzianym przez w rozdz. 6 punkt 1 lit. a specyfikacji:

1) w odniesieniu do usługi wskazanej w Wykazie oraz w złożonych przez wykonawcę referencjach jako pozycja 1 („Projekt wykonawczy i budowlany przebudowy torowiska tramwajowego na skrzyżowaniu ul. Piłsudskiego i Świdnickiej we Wrocławiu) zachodzi rozbieżność co do daty wykonania zamówienia – w Wykazie wskazano, iż zamówienie wykonano w czerwcu 2006 r., natomiast z referencji wynika, iż zamówienie wykonano w okresie od 22 marca 2005 r. do 5 kwietnia 2005 r.; rozbieżność ma o tyle istotne znaczenie, że gdyby zamówienie zostało zrealizowane w drugim z wyżej wskazanych terminów, to usługa ta nie spełniałaby wymagania z rozdz. 6 pkt 1 lit. a specyfikacji, a mianowicie nie została wykonana w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania (podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania może również stanowić podstawę wykluczenia uczestnika z postępowania – art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp);

2) w odniesieniu do usługi umieszczonej pod pozycją 4 w Wykazie, a w referencjach pod pozycją 5 („Opracowanie dokumentacji projektowej na remont torów tramwajowych na ul. Grabiszyńskiej od pl. Srebrnego do ul. Hallera we Wrocławiu”), usługa ta obejmowała wykonanie dokumentacji projektowej na remont, a nie budowę lub przebudowę, jak wskazano w rozdz. 6 pkt 1 lit a specyfikacji.

4. Występują ponadto różnice wartości realizowanych dotychczas przez wykonawcę usług w zakresie wykonywania projektów torowisk wydzielonych, a mianowicie, jak wynika ze

złożonych przez wykonawcę referencji, wykonawca wykonywał dotychczas usługi o wartości od 18.000–40.000 zł netto. Tymczasem przewidywana przez zamawiającego zgodnie z ogłoszeniem części zamówienia nr 2 wynosi 530.000 zł netto. Jest wątpliwe czy wykonawca dysponuje rzeczywiście niezbędną wiedzą i doświadczeniem dla realizacji przedmiotowej części zamówienia, skoro, jak wskazują złożone referencje, wykonywane przez wykonawcę zamówienia miały znacznie mniejszą wartość. W specyfikacji nie zostało wprawdzie wyraźnie zastrzeżone, że wykonawcy muszą dysponować doświadczeniem w zakresie wykonywania usług o odpowiedniej wartości. Niemniej jednak wymóg taki wynika z postanowień specyfikacji i przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, które wymagają, aby uczestnicy postępowania posiadali niezbędną wiedzę i doświadczenie dla realizacji zamówienia. Skoro wykonawca nie jest w stanie wykazać się doświadczeniem w wykonywaniu usług o wartości odpowiadającej w przybliżeniu wartości zamówienia (a nawet zaproponowanej przez nich w ofercie na część zamówienia nr 2 cenie), to nie spełnienia on warunków udziału w postępowaniu.

5. Na wypadek gdyby zamawiający uznał, iż wykonawca Biezanów złożył ofertę jako konsorcjum wspólnie ubiegających się o zamówienie wykonawców Biezanów i Zakład Budowlany „Klier”, a także nie przychylił się do stanowiska protestującego, iż wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania w zakresie zadania nr 2, protestujący podnosi, iż treść złożonej przez wykonawcę oferty nie odpowiada treści specyfikacji i tym samym oferta ta podlega odrzuceniu. Zgodnie z rozdz. 15 punkt 8 specyfikacji wymagane jest, aby wszystkie zapisane strony były kolejno ponumerowane. Tymczasem na stronach od 47 do 54 równolegle umieszczona numeracja od 47 do 54 i od 1 do 8.

Ponadto o niezgodności złożonej przez wykonawcę oferty świadczy także okoliczność, iż wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających posiadane doświadczenie odpowiadające wymogom specyfikacji, co w konsekwencji dyskwalifikuje tę ofertę.

**10.07.2009 r.** zamawiający powiadomił wykonawców faksem o wniesieniu protestu.

**13.07.2009 r.** wykonawca konsorcjum „Biezanów” przesłał w formie faksowej pismo do zamawiającego w sprawie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Pismo zawierało 5 stron. Ponadto wykonawca konsorcjum „Biezanów” przesłał w formie faksowej pismo do protestującego w sprawie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Pismo zawierało 4 strony i tego samego dnia protestujący odpisał, że dokument jest nieczytelny.

**14.07.2009 r.** wykonawca konsorcjum „Biezanów” przesłał w formie faksowej wyjaśnienia w sprawie nieczytelności przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia

protestu oraz tego samego dnia pismo w sprawie przystąpienia zostało doręczone w formie pisemnej protestującemu.

**17.07.2009 r.** odwołujący złożył uzupełnienie przystąpienia do protestu.

**19.07.2009 r.** zamawiający uzyskał na swój wniosek opinię prawną radcy prawnego Adama Pietrasika.

**22.07.2009 r.** (pismo z 20.07.2009 r.) protestujący złożył pismo w sprawie złożenia przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu:

- 1) przystępujący potwierdził, że sporządzony przez niego Wykaz wykonanych usług zawiera liczne błędy i nie złożył dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wszystkich usług:
  - a) w poz. 2 Wykazu stanowiło torowisko wbudowane a nie wydzielone,
  - b) w poz. 5 Wykazu odbiorcą była BSI Polska Sp. z o.o., a nie Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu;
- 2) zawarte w piśmie z 17.07.2009 r. sprostowanie wykazu stanowi – w świetle art. 83 ust. 1 Pzp – niedopuszczalną zmianę oferty;
- 3) wskazanych błędów nie można uznawać za oczywiste omyłki ani za inne omyłki, które można poprawić zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp, gdyż poprawy tych błędów można dokonać dopiero po wyjaśnieniach wykonawcy i złożeniu dokumentów źródłowych (jest to sprzeczne z wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej z 16 listopada 2008 r. – 1326/08, z 3 lutego 2009 r. – 88 i 89/09, 20 stycznia 2009 r. – 11/09);
- 4) telefoniczny sposób kontaktowania między protestującym a zamawiającym jest niezgodny z przepisami i rozdz. 10 pkt 1 specyfikacji;
- 5) wykonawca może tylko raz składać uzupełnienia do oferty, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, natomiast przystępujący złożył wraz z pismem z 17.07.2009 r. powtórne uzupełnienie referencji z 12 i 14.06.2009 r., gdy termin składania ofert upłynął 02.06.2009 r.

**23.07.2009 r.** zamawiający oddalił protest.

Zamawiający

- 1) uwzględnił protest w zakresie dotyczącym zarzutu braku udokumentowania wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania co najmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji projektowej przebudowy lub budowy torowiska tramwajowego wydzielonego lub wbudowanego w jezdnię i

2) oddalił protest w pozostałym zakresie.

Ad 1.

Dotyczy zarzutu niespełnienia przez protestującego warunku, o którym mowa w rozdziale 6 pkt 1 specyfikacji.

Postanowienia rozdz. 6 pkt 1 specyfikacji formułują warunki w zakresie dotyczącym doświadczenia, jakim powinien wykazać się dany wykonawca. Omawiane warunki sprowadzają się do żądania wykazania się wykonaniem w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania co najmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji projektowej przebudowy lub budowy torowiska tramwajowego, wydzielonego lub wbudowanego w jezdnię.

Art. 3 pkt 6, 7, 7a i 8 Prawo budowlanego zawiera definicje legalne pojęć budowa, przebudowa, remont i roboty budowlane.

Z referencji Zarządu Dróg i Utrzymania Miasta Wrocławia z 01.05.2009 r. wynika, że:

- 1) w pozycji 1 Zakład Budowlany „Klier” – Jerzy Klier opracował dokumentację projektową na wymianę rozjazdów tramwajowych w terminie od 22.03.2005 r. do 5.04.2005 r., w przedmiocie wymiana, a nie przebudowa lub budowa, nadto usługi były świadczone 4 –, a nie najpóźniej 3 lata przed wszczęciem postępowania;
- b) w pozycji 3 Zakład Budowlany „Klier” – Jerzy Klier opracował projekt wykonawczy na remont torowiska tramwajowego w terminie od 31.05.2006 r. do 29.06.2006 r., w przedmiocie remont, a nie przebudowa lub budowa, a do tego projekt wykonawczy stanowi tylko część dokumentacji projektowej;
- c) w pozycji 5 Zakład Budowlany „Klier” – Jerzy Klier opracował dokumentację projektową na remont torów tramwajowych w terminie od 10.12.2007 r. do 18.12.2007 r., w przedmiocie remont, a nie przebudowa lub budowa.

Jak z powyższego wynika, Konsorcjum nie spełniło warunku ubiegania się o zamówienie publiczne określonego w rozdz. 6 pkt 1 tiret pierwsze i drugie specyfikacji.

Referencje objęte pozycjami 2, 4 i 6 nie mogą być uwzględnione, ponieważ nie znalazły się w wykazie dołączonym do oferty Konsorcjum. Przeto nie występują one w ofercie. Niemniej jednak nie ma to znaczenia, albowiem opracowania wskazane pod pozycjami 2, 4 i 6 również nie czyniłyby zadość postawionemu w specyfikacji warunkowi. I tak:

- 1) w pozycji 2 Zakład Budowlany „Klier” – Jerzy Klier opracował projekt techniczny przebudowy torów tramwajowych w terminie od 7.03.2006 r. do 28.04.2006 r. – projekt techniczny stanowi tylko część dokumentacji projektowej;
- 2) w pozycji 4 Zakład Budowlany „Klier” – Jerzy Klier opracował projekt wykonawczy na wymianę rozjazdu w terminie od 11.07.2007 r. do 09.08.2007 r. w przedmiocie

wymiana, a nie przebudowa lub budowa, a do tego projekt wykonawczy stanowi tylko część dokumentacji projektowej;

- 3) w pozycji 6 Zakład Budowlany „Klier” – Jerzy Klier opracował dokumentację projektową na remont torów tramwajowych w terminie od 01.07.2008 r. do 30.07.2008 r. w przedmiocie remont, a nie przebudowa lub budowa.

Zamawiający stoi na stanowisku, że między referencjami a wykazem wykonanych robot budowlanych nie powinno być tak dalece posuniętych różnic (inne daty i zakresy przedmiotowe). Do zaakceptowania byłyby drobne nieścisłości możliwe do zakwalifikowania jako omyłki nadające się do usunięcia w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Jednak w referencjach pojawiły się pozycje niewystępujące w wykazie i na odwrót.

Jednocześnie dodatkowe wyjaśnienia z dnia 17.07.2009 r. przesłane przez przystępującego do postępowania protestowego nie mogą zostać przez zamawiającego wzięte pod uwagę ze względu na daleko idące propozycje zmian w złożonej ofercie.

Ad 2.

1. Dotyczy zarzutu złożenia oferty samodzielnie przez wykonawcę „Biezanów” Sp. z o.o., a nie wspólnie z Zakładem Budowlanym „Klier” – Jerzy Klier w ramach Konsorcjum.

Dokument w postaci pełnomocnictwa udzielonego w myśl art. 23 ust. 2 Pzp powinien stanowić materialne ucieleśnienie dokonania dwóch odrębnych upoważniających czynności prawnych, tj. (1) udzielenia przez Kolejowe Zakłady Nawierzchniowe „Biezanów” Sp. z o.o. we własnym imieniu pełnomocnictwa osobie reprezentującej wykonawcę Biezanów oraz (2) udzielenia tej osobie pełnomocnictwa w imieniu Zakładu Budowlanego „Klier” – Jerzy Klier.

Bez znaczenia jest tu fakt, iż przedmiotowe czynności prawne zostałyby uzewnętrznione w jednym lub dwóch dokumentach, gdyż stanowi to tylko o wyborze określonego sposobu utrwalania doświadczenia woli i nie przekreśla odrębności tych czynności prawnych. Odrębność czynności udzielenia pełnomocnictwa jest pochodną autonomii woli każdego podmiotu prawa cywilnego i jego kompetencji do dokonywania czynności prawnych wyłącznie w swoim imieniu. W wyr. z 11 września 2006 r. (UZP/ZO/0–2443/06, LEX nr 213685) Zespół Arbitrów stwierdził, iż cyt. „W przypadku trzech wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego każdy z nich dokonuje jednostronnej czynności prawnej udzielenia pełnomocnictwa dla wykonawcy, który ma być pełnomocnikiem”.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż czynność prawna w postaci udzielenia przez Zakład Budowlany „Klier” – Jerzy Klier pełnomocnictwa na rzecz wykonawcy „Biezanów” do reprezentowania tego wykonawcy jest skuteczna, choć nie wskazuje konkretnej osoby, która ma reprezentować Konsorcjum (mowa jest tylko o przedsiębiorcy-konsorcjancie). Natomiast

nie ma w ofercie konsorcjum pełnomocnictwa udzielonego w imieniu własnym przez wykonawcę KZN „Biezanów” Sp. z o.o. konkretnej osobie. Jednakże w rozważanym przypadku nie jest to konieczne, bo wykonawca ten jako osoba prawna działa przez organ.

Pełnomocnictwo wypełnia dyspozycję art. 23 ust. 2 Pzp, bo upoważnia jedną osobę (prawną) do reprezentowania wykonawców wchodzących w skład konsorcjum.

Czynność prawna dokonana przez przedstawiciela tylko wtedy wywołuje skutki prawne bezpośrednio w sferze spraw reprezentowanego, gdy przedstawiciel działa w imieniu reprezentowanego. Z zachowania przedstawiciela musi wynikać rola, w jakiej on występuje. To jego nastawienie może być ujawnione w sposób wyraźny przez wymienienie z imienia i nazwiska lub nazwy osoby, w której imieniu pełnomocnik działa, albo – dorozumiany, co ma miejsce wtedy, gdy kontekst sytuacyjny, w którym następuje złożenie oświadczenia, pozwala to rozpoznać osobie trzeciej, iż dokonywanie czynności (jej skutki, a zarazem rola strony) ma dotyczyć innej osoby niż składająca oświadczenie (*vide*: M. Pazdan [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna* Tom 2, Warszawa 2002, s. 491.; Wyrok Sadu Apelacyjnego z 13 stycznia 1999 r., sygn. akt: I Aca 851/98, TPP 2003, nr 4). W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, iż obowiązek ujawnienia roli, w jakiej dana osoba fizyczna działa, odnosi się również do czynności podejmowanych za osobę prawną. Działanie określonej jednostki (zespołu ludzi) tylko wtedy zostanie uznane za działanie samej osoby prawnej, gdy jest to jednostka (zespół ludzi), która rzeczywiście pełni funkcję organu, jej działanie mieści się w granicach kompetencji danego organu oraz zostało podjęte (w sposób wyraźny lub dorozumiany) jako działanie organu (*vide*: M. Pazdan, [w:] Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Komentarz* Warszawa 2005 r., s. 108, E. Gniewek, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2004 r., s. 134). Na obowiązek komunikowania zamawiającemu faktu działania w imieniu mocodawców wskazuje się również w orzecznictwie arbitrażowym, Zespół Arbitrów w wyr. z 5 maja 2007 r. (UZP/ZO/0–193/07, LEX nr 286117) stwierdzili, iż „Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia identyfikuje nie zawarcie umowy konsorcjum, lecz udzielenie przez każdego z nich pełnomocnictwa do reprezentowania w postępowaniu i zakomunikowanie, przez pełnomocnika, zamawiającemu faktu działania w imieniu mocodawców będących takimi wykonawcami. (...)”. Także Sąd Okręgowy w Warszawie w wyr. z 1 sierpnia 2006 r. (V Ca 801/06. Prawo Zamówień Publicznych, nr 3/2007, s. 43) stwierdzili, iż osoba prawna będąca pełnomocnikiem, który reprezentuje w postępowaniu o zamówienie publiczne w trybie przetargu ograniczonego konsorcjum zaproszonego do przetargu składając ofertę (...) winna oświadczyć, że występuje w imieniu konsorcjum wykonawców.”.

Przenosząc te rozważania na grunt analizowanego stanu faktycznego oferty konsorcjum, należy rozstrzygnąć, w czyim imieniu (za kogo) zostały podpisane złożone dokumenty. Fakt udzielenia pełnomocnictwa przez Zakład Budowlany „Klier” – Jerzy Klier na rzecz

Kolejowych Zakładów Nawierzchniowych „Bieżanów” Sp. z o.o. oznacza nałożenie się dwóch sfer kompetencyjnych działania Ryszarda Leszczyńskiego. W przedmiotowej sprawie może on działać zarówno jako osoba fizyczna w charakterze organu pełnomocnika, którym jest Zakład Budowlany „Klier” – Jerzy Klier, jak również jako organ osoby prawnej występującej w imieniu własnym, Kolejowych Zakładów Nawierzchniowych „Bieżanów” Sp. z o.o. Na podstawie treści złożonych dokumentów należy stwierdzić, iż zachodzą wystarczające podstawy do uznania, iż Ryszard Leszczyński ujawnił swoje czynności w postępowaniu o zamówienie jako działanie w imieniu obu członków konsorcjum. Przemawiają za tym następujące argumenty:

Ryszard Leszczyński, podpisując wszelkie złożone dokumenty, posłużył się pieczętą z dopiskiem „Prezes zarządu”. Ryszard Leszczyński złożył wszelkie podpisy na dokumentach jako prezes zarządu i tym samym uzewnętrznił działanie w imieniu „swojej” spółki i konsorcjanta reprezentowanego przez Kolejowe Zakłady Nawierzchniowe „Bieżanów” Sp. z o.o. jako pełnomocnika. Do ujawnienia działania w imieniu Zakładu Budowlanego „Klier” – Jerzy Klier doszło z uwagi na fakt załączenia dokumentu pełnomocnictwa do oferty (str. 62 oferty) oraz wyraźnego zaznaczenia, które dokumenty są składane za konsorcjanta (str. 19, 20, 22, 23 oferty). Przyjęcie odmiennego poglądu prowadziłoby do niedorzecznego wniosku, że Ryszard Leszczyński powinien być po dwakroć podpisywać każdy dokument, raz jako organ Kolejowych Zakładów Nawierzchniowych „Bieżanów” Sp. z o.o., a drugi raz jako członek organu pełnomocnika Zakładu Budowlanego „Klier” – Jerzy Klier.

2. Dotyczy zarzutu wykazania zbyt niskiej wartości realizowanych zamówień przez konsorcjum.

Zarzut ten jest bezzasadny, ponieważ zamawiający nie ustanowił w specyfikacji warunku polegającego na tym, żeby prace projektowe powołane na potwierdzenie posiadanego doświadczenia miały mieć jakąś wartość minimalną. Wszelkie rozważania na temat celowości zadania, aby wykonawca wykazał się minimalną wartością wykonanych zadań nie mają znaczenia prawnego, a pozostają w sferze postulatywnej. Protestujący mógł zgłosić wniosek o zmianę w tym zakresie warunku w drodze protestu na treść specyfikacji. Skoro tego nie uczynił, to bezpowrotnie utracił prawo skutecznego podnoszenia wspomnianego zarzutu. Znamienne jest przy tym, że protestujący wprost przyznał w uzasadnieniu protestu (str. 9), że cyt. „(...) w SIWZ nie zostało wprowadzone wyraźnie zastrzeżenie, że wykonawcy muszą dysponować doświadczeniem w zakresie wykonywania usług o odpowiedniej wartości.”.

3. Zarzut, że treść oferty konsorcjum nie odpowiada specyfikacji.

Oferta konsorcjum składa się z kolejno ponumerowanych stron, wobec czego odpowiada wymaganiu określonego w rozdz. 15 pkt 8 specyfikacji. Pojawienie się na niektórych stronach równoległej innej numeracji nic tu nie zmienia, ponieważ występuje numeracja kolejnych stron zgodnie z wymaganiem specyfikacji. Nawet jeżeli oferta nie byłaby ponumerowana, to i tak nie powodowałoby to niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji. Wymóg dotyczący numeracji kart oferty odnosi się bowiem do formy oferty, a nie jej treści. A dopiero niezgodności z treścią (nie: formą) specyfikacji stanowi przesłankę odrzucenia oferty – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W związku z powyższymi wyjaśnieniami, zamawiający zgodnie z art. 183 ust. 5 Pzp dokona ponownej oceny oferty konsorcjum po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu w rozumieniu art. 182 ust. 2 Pzp.

**03.08.2009 r.** wykonawca konsorcjum „Biezanów” złożył odwołanie.

Na podstawie art. 184 ust. 1 w związku z art. 184 ust. 1a pkt 2 Pzp, wykonawca konsorcjum „Biezanów” złożył odwołanie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego 23 lipca 2009 r. protestu MIB, doręczonego odwołującemu 23 lipca 2009 r. i w związku z tym odwołujący zaskarża rozstrzygnięcie protestu w pkt 1 uwzględniającym protest w zakresie braku udokumentowania w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co najmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu przez konsorcjum wykonawców dokumentacji projektowej przebudowy lub budowy torowiska tramwajowego wydzielonego lub wbudowanego w jezdnię, zarzucając temu rozstrzygnięciu naruszenie:

1. Art. 180 ust. 8 w związku z art. 183 ust. 5 Pzp przez rozstrzygnięcie protestu ponad żądanie protestującego, który ograniczył oprotestowaną czynność wyłącznie do zakresu opisanego jako: „część zamówienia nr 2” i tak samo oznaczyli w treści protestu swój interes prawny, podczas gdy zamawiający rozpatrywał opisany wyżej brak udokumentowania w sposób powodujący przeświadczenie, że brak udokumentowania dotyczy oferty Konsorcjum Wykonawców jako całości, wobec czego ponowna ocena oferty Konsorcjum zamierzona przez zamawiającego i wyartykułowana w końcowej części rozstrzygnięcia może odnosić się również do tych zadań, stanowiących poszczególne części zamówienia, co do których żaden z wykonawców, w tym odwołujący, nie wniósł protestu.

2. Art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz postanowień zawartych w pkt 1 rozdz. 6 specyfikacji przez:

1) błędną wykładnie użytych w tym postanowieniu specyfikacji pojęć, dokonaną przy użyciu definicji ustawowych zawartych w art. 3 Prawa budowlanego, na których bezpośrednie stosowanie nie pozwala żaden z przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.



– Prawo zamówień publicznych, jak również przez błędną wykładnię pojęcia „dokumentacja projektowa”, (nie zdefiniowanego w powołanych przepisach), na skutek przyjęcia, iż pojecie to obejmuje swoim zakresem projekt „budowlany i wykonawczy”, a nie „projekt budowlany lub wykonawczy”,

2) nadanie powyższemu kryterium, mającemu charakter posiłkowy i nie mogącemu mieć wpływu na ocenę ofert, co zresztą wprost wynika z treści specyfikacji, przewidującej jako jedyne kryterium oceny najniższą cenę, uwzględnionego na korzyść odwołującego się w tych pozostałych przypadkach, w których co do pozostałych części zamówienia protesty nie zostały złożone, jako mającemu prowadzić do ponownej oceny oferty konsorcjum, jakkolwiek jest oczywiste, że nie tylko w odniesieniu do części zadania oznaczonego w specyfikacji nr 2, ale co do całości tego zadania będącego częścią 2 zamówienia publicznego, odwołujący niewątpliwie zaoferowali najniższą cenę, a cena zaoferowana przez pozostałe podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia, w tym przez protestującego, była znacznie wyższa;

3) uznanie wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 17 lipca 2009 r., stanowiącym uzupełnienie przystąpienia do protestu zawartego w piśmie z dnia 13 lipca 2009 r., za „propozycje zmian w złożonej ofercie”, podczas gdy pismo to zawierało wyłącznie omówienie omyłek i wyjaśnienie przyczyn, dla których wymagana przez zamawiającego tabela zawarta w ofercie została wypełniona w taki, a nie inny sposób, a w konsekwencji powyższego

4) przyjęcie, że odwołujący nie dysponuje doświadczeniem niezbędnym dla realizacji zamówienia objętego protestem, podczas gdy ze zgromadzonej w postępowaniu dokumentacji wynika wprost, że Konsorcjum dysponuje doświadczeniem, o jakim mowa w rozdz. 6 pkt 1 specyfikacji w odniesieniu do wszystkich części zamówienia, a tym bardziej w odniesieniu do 2 części tego zamówienia.

Wskazując na powyższe odwołujący wnosi o:

1) nakazanie zamawiającemu oddalenia w całości protestu wykonawcy MIB przy jednoczesnym uwzględnieniu w związku z tym w całości, złożonej przez odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznej dokumentacji, jako stanowiącej w rozumieniu rozdz. 6 pkt 1 specyfikacji udokumentowanie realizacji przez odwołującego co najmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji projektowej przebudowy lub budowy torowiska tramwajowego wydzielonego oraz co najmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji projektowej przebudowy lub budowy torowiska tramwajowego wbudowanego w jezdnię w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania;

2) orzeczenie o kosztach niniejszego postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący uzasadnia przy tym, że ma interes prawny w złożeniu odwołania, ze względu na to, że rozstrzygnięcie protestu przez uznanie, że nie zostały przez odwołującego spełnione wymogi uzupełniające wymienione w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, może prowadzić do wykluczenia odwołującego z postępowania, co może powodować niemożność zawarcia umowy także co do tych zadań stanowiących część zamówienia, w odniesieniu do których żaden z wykonawców, w tym także protestujący, nie wniósł protestu, wbrew wymogowi, że ocena ofert i wybór oferenta spośród podmiotów dopuszczonych do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, może opierać się na innym kryterium, niż wymienione w specyfikacji – najniższa cena.

09.07.2009 r. wykonawca MIB wniósł protest od rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego dotyczącego wykonania zadania, o którym mowa w *petitum* odwołania w odniesieniu do zadania oznaczonego jako część 2, polegającego na modernizacji ul. Wolności w Zabrze od ul. Kondratowicza do granic z Gliwicami, jako części wyżej opisanego projektu polegającego na modernizacji infrastruktury tramwajowej i trolejbusowej w Aglomeracji Górnośląskiej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. W odniesieniu do tego zadania, zamawiający dokonał wcześniej wyboru oferty odwołującego, mając na uwadze wyłącznie kryterium oceny ofert przewidziane w specyfikacji, to jest najniższą cenę. Odwołujący zaoferował w tym przypadku cenę 160.000,00 PLN, podczas gdy protestujący zaoferował cenę wyższą, tj. 216.000,00 PLN. Inni wykonawcy proponowali za wykonanie omawianego zadania ceny znacznie wyższe.

Zamówienie zostało podzielone na 16 części, w odniesieniu do których możliwe było składanie odrębnych ofert. Odwołujący złożył w związku z tym oferty co do wszystkich 16 zadań, natomiast protestujący w odniesieniu do 9 zadań. Zamawiający dokonał wyboru oferty odwołującego w 7 przypadkach, natomiast protestującego jedynie w odniesieniu do dwóch zadań oznaczonych numerami 3 (Modernizacja torowiska w ul. 3 – maja w Zabrze) i 16 (Modernizacja torowiska w ul. Zabrzeńskiej w Rudzie Śląskiej). W żadnym z tych przypadków odwołujący nie składał protestu, wychodząc z założenia, że protestujący, istotnie zaoferował najniższą cenę, zgodnie z powołanym wyżej kryterium oceny ofert. Protestujący złożył natomiast wyłącznie jeden protest, co do wyboru wykonawcy na zadaniu oznaczonym jako część 2, jakkolwiek zamawiający dokonał wyboru odwołującego także w innych wypadkach, w których protestujący złożył także ofertę. Dotyczy to części oznaczonych numerami 5, 6, 7, 11 i 15.

W treści protestu zawarto szereg różnych zarzutów, mających doprowadzić do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, to jednak – zgodnie z oznaczeniem wprowadzonym przez protestującego – dotyczy on wyłącznie „części zamówienia nr 2”. Protest nie odnosi się do jakiegokolwiek innej czynności zamawiającego, w tym do wboru

oferty zamawiającego w pozostałych przypadkach. Protestujący, domagał się jedynie, cyt.: „powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu w zakresie części zamówienia nr 2 z pominięciem oferty wykonawcy jako odrzuconej w postępowaniu w zakresie części zamówienia nr 2”. Konsekwencją powyższego ma być, zgodnie z żądaniem wnoszącego protest cyt.: „dokonanie wyboru oferty protestującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, w zakresie części zamówienia nr 2”. Było to zgodne z art. 180 ust. 8 Pzp.

W kontekście żądań zawartych w proteście należy zwrócić uwagę na to, że ich literalne brzmienie zmierza do powtórzenia czynności zamawiającego w odniesieniu do części, nie zaś całego zadania oznaczonego w specyfikacji nr 2, co samo przez się winno na etapie rozstrzygnięcia protestu, powodować jego oddalenie w całości, jako że nie jest możliwe „ponowne” dokonanie czynności, która została przez zamawiającego dokonana w innym zakresie. Protestujący analogicznie formułuje swój interes prawny na str. 3 protestu, co w ocenie odwołującego, wyłącza możliwość rozstrzygnięcia przez uwzględnienie protestu choćby tylko częściowo.

Tymczasem zamawiający rozstrzygnął protest odmiennie, z naruszeniem art. 183 ust. 5 Pzp wskazując, że zamawiający zamierza ponownie ocenić ofertę odwołującego.

Na żądanie zamawiającego, odwołujący przystąpił do protestu zgodnie z pismem z dnia 13 lipca 2009 r., a nadto złożył w dniu 17 lipca 2009 r. dodatkowe wyjaśnienia dotyczące prawidłowego brzmienia tabeli zawartej w ofercie odwołującego.

Zamawiający dokonał analizy stawianych w proteście zarzutów, w przeważającej części oddalając protest. Zamawiający oddalił zarzuty protestującego w przedmiocie samodzielnego złożenia oferty przez KZN „Bieżarów” Sp. z o.o. (a nie wspólnie z Zakładem Budowlanym „Klier” – Jerzy Klier w ramach Konsorcjum – odwołującego), zbyt niskiej wartości realizowanych zamówień przez Konsorcjum – odwołującego, jak również w zakresie tego, że oferta Konsorcjum – odwołującego nie odpowiada specyfikacji. Zamawiający uwzględnił natomiast protest wykonawcy MIB jedynie w przedmiocie zarzutu braku udokumentowania przez odwołującego wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania co najmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji projektowej przebudowy lub budowy torowiska tramwajowego wydzielonego lub wbudowanego w jezdnię.

Abstrahując od tego, że ze względu na zakres protestu, nie mógł on być przez zamawiającego uwzględniony w jakiegokolwiek jego części, odwołujący nie zgadza się z rozstrzygnięciem zamawiającego w części uwzględniającej protest wykonawcy MIB w tym również z argumentacją przytoczoną przez zamawiającego na poparcie tego rozstrzygnięcia.

Rozstrzygnięcie protestu, w części zakwestionowanej odwołaniem, zostało sformułowane bez odniesienia się do opisanego wyżej wskazania o protestowanej czynności. Wykracza ono poza treść żądania protestującego; analogicznie zamawiający

sformułował przy tym w końcowej części uzasadnienia deklarację, iż cyt. „W związku z powyższymi wyjaśnieniami zamawiający zgodnie z art. 183 ust. 5 Pzp dokona ponownej oceny oferty Konsorcjum po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu w rozumieniu art. 182 ust. 2 Pzp.”.

W tym stanie rzeczy, zważywszy przeprowadzoną wyżej analizę zakresu protestu i opisu oprotestowanej czynności ściśle wyartykułowanych przez profesjonalnego pełnomocnika reprezentującego protestującego, już tylko z tego względu wnioski odwołania zawarte w *petitum*, winny zostać uwzględnione, a protest wykonawcy MIB – oddalony w całości.

Ponadto, odwołujący składając ofertę – wbrew twierdzeniom protestującego, podzielanym przez zamawiającego – udokumentował bowiem wykonanie co najmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji projektowej przebudowy lub budowy torowiska tramwajowego wydzielonego, jak również torowiska wbudowanego w jezdnię w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Konsekwencją powyższego jest spełnienie przez Konsorcjum – odwołującego warunków, o których mowa w rozdz. 6 pkt 1 specyfikacji. Bez znaczenia przy tym są rozważenia zamawiającego dotyczące poz. 1 zawartej w referencjach Zarządu Dróg i Utrzymania Miasta Wrocławia z dnia 1 czerwca 2009 r. (błędnie oznaczonej przez Zamawiającego, jako z dnia 1 maja 2009 r.) odnoszące się do dokumentacji projektowej na wymianę rozjazdów tramwajowych w terminie od 22.05.2005 r. do 05.04.2005 r. zrealizowanej przez partnera odwołującego Zakład Budowlany „Klier” – Jerzy Klier, jako dokumentacji najprawdopodobniej sporządzonej w okresie przekraczającym okres trzech lat, o którym mowa w rozdz. 6 pkt 1 specyfikacji.

Podstawowym bowiem zarzutem w odniesieniu do poszczególnych, a w zasadzie wszystkich zadań, o których mowa w referencjach ZD i UM we Wrocławiu z 1 czerwca 2009 r. jest zdaniem zamawiającego okoliczność, iż nie były one projektowymi dokumentacjami budów ani przebudów w rozumieniu art. 3 pkt 6, 7, 7a i 8 Prawa budowlanego, ponieważ w określeniu ich nazw nie zostało użyte słowo „budowa” lub „przebudowa”. Odwołujący nie zgadza się z takim stanowiskiem zamawiającego. Stosownie do reguł obowiązujących w polskim prawie cywilnym wszelkie zdarzenia prawne, w tym również umowy cywilno-prawne, którymi niewątpliwie są umowy wyszczególnione w referencjach oraz umowy będące podstawą wykonania projektów wykonawczych i budowlanych dotyczących zadań opisanych w wykazie wykonanych usług (wg załącznika nr 3 do specyfikacji), należy klasyfikować i interpretować, zgodnie z ich rzeczywistą treścią, a nie nazwą, która niejednokrotnie nie jest skorelowana z nazwą umowy w znaczeniu pojęciowym z punktu widzenia prawa cywilnego materialnego. Tym bardziej nie jest dopuszczalne rozstrzygnięcie protestu i ustalenie, że wybrany przez zamawiającego wykonawca nie dysponuje odpowiednim doświadczeniem,

przez kategorię odesłanie do definicji ustawowych obowiązujących na gruncie innej ustawy, w konkretnym przypadku, ustawy – Prawo budowlane.

Taka sytuacja właśnie ma miejsce w odniesieniu do umów wskazanych przez zleceniodawcę udzielającego referencji Zakładowi Budowlanemu „Klier”, wchodzącemu w skład Konsorcjum Wykonawców – odwołującego, określonych w pozycjach 1, 3, 4, 5 i 6 oraz zadania określonego w pozycji 2 w wykazie wykonanych usług. Niewątpliwie, występują rozbieżności w specyfikacji wykonanych zadań o charakterze dokumentacji projektowej wskazanych przez Konsorcjum – odwołującego w referencjach ZD i UM we Wrocławiu z dnia 1 czerwca 2009 r., a wykazem wykonanych usług stanowiącym załącznik nr 3 do specyfikacji, jednak należy podkreślić, że trzy usługi, których przedmiotem jest to samo zadanie projektowo-dokumentacyjne znajdują się zarówno w jednym, jak i drugim dokumencie z wyżej wymienionych, przy czym występują jedynie niewielkie różnice w ich nazwach. Dotyczy to mianowicie niżej wskazanych usług:

a) opracowania dokumentacji projektowej dotyczącej torowiska tramwajowego na skrzyżowaniu ul. Piłsudskiego i ul. Świdnickiej we Wrocławiu, które w wykazie wykonanych usług zostało nazwane jako „Projekt wykonawczy i budowlany przebudowy torowiska tramwajowego na skrzyżowaniu ul. Piłsudskiego i ul. Świdnickiej we Wrocławiu – Torowisko wbudowane w jezdnię” z przyjętym terminem realizacji na czerwiec 2006 r., natomiast w referencjach ZD i UM we Wrocławiu z dnia 1 czerwca 2009 r. jako „Opracowanie dokumentacji projektowej na wymianę rozjazdów tramwajowych na skrzyżowaniu ul. Piłsudskiego i ul. Świdnickiej we Wrocławiu, z terminem realizacji od 22.03.2005 r. do 05.04.2005 r. Wobec tego, że w referencjach ZD i UM data wykonania tego zadania przekracza trzyletni okres liczony wstecz, odwołujący pomija tę usługę w swoich rozważaniach, jako usługę dokumentującą wiedzę i doświadczenie odwołującego w trybie rozdz. 6 pkt 1 specyfikacji,

b) opracowania dokumentacji projektowej dotyczącej torowiska tramwajowego ul. Wróblewskiego we Wrocławiu na odcinku od ul. Wystawowej do ul. Kopernika, które w wykazie wykonanych usług zostało określone jako „Projekt wykonawczy i budowlany remontu torowiska tramwajowego wydzielonego ul. Wróblewskiego na odcinku od ul. Wystawowej do ul. Kopernika – Torowisko wydzielone” z przyjętym terminem realizacji na czerwiec 2007 r., natomiast w referencjach ZD i UM we Wrocławiu z dnia 1 czerwca 2009 r. jako „Opracowanie projektu wykonawczego na remont torowiska tramwajowego ul. Wróblewskiego, od ul. Wystawowej do ul. Kopernika we Wrocławiu, z terminem realizacji od 31.05.2006 r. do 29.06.2006 r.,

c) opracowania dokumentacji projektowej dotyczącej torowiska tramwajowego przy ul. Grabiszyńskiej we Wrocławiu, które w wykazie wykonanych usług zostało nazwane jako „Projekt wykonawczy i budowlany przebudowy ul. Grabiszyńskiej we Wrocławiu – Torowisko

wbudowane w jezdnię” z terminem realizacji na lipiec 2008 r., natomiast w referencjach ZD i UM z dnia 1 czerwca 2009 r. jako „Opracowanie dokumentacji projektowej na remont torów tramwajowych na ul. Grabiszyńskiej, od pl. Srebrnego do ul. Hallera we Wrocławiu z terminem realizacji od 10.12.2007 r. do 18.12.2007 r.

Ze względu na powołanie się w rozstrzygnięciu protestu na przepisy ustawy – Prawo budowlane należy zauważyć, że przytoczone w nim definicje ustawowe zawarte w art. 3 pkt 6, 7, 7a, i 8 Prawa budowlanego, stosuje się tylko na gruncie przepisów Prawa budowlanego w tych przypadkach, w których w przepisach szczególnych tej ustawy względnie w aktach wykonawczych wydanych na ich podstawie użyte zostały zdefiniowane przez ustawodawcę pojęcia. Powyższe oznacza, że definicje ustawowe zawarte w przepisach innej ustawy nie mają wiążącego charakteru na gruncie innego aktu prawnego, o ile taka możliwość nie została wprost wymieniona w tym akcie. Nie ulega przy tym wątpliwości, że w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, nie sformułowano odesłań do definicji ustawowych zawartych w przepisach Prawa budowlanego, pozwalających na dyskwalifikowanie na tej podstawie doświadczenia, jakim winien dysponować wykonawca ubiegający się o udzielenie konkretnego zamówienia publicznego. Bez wątpienia zamawiający nie był uprawniony do stosowania przepisów Prawa budowlanego w toku rozstrzygnięcia protestu w celu wykazania, że odwołujący, nie dysponuje odpowiednim doświadczeniem, wymaganym w rozdz. 6 pkt 1 specyfikacji.

W definicjach „budowy”, jak i „przebudowy” zdefiniowanych w Prawie budowlanym, mieszczą się roboty budowlane, przez które należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remontach lub rozbiórce obiektu budowlanego. Wymiana czy też remont rozjazdów lub całych torowisk jest w rzeczywistości przebudową, a nawet nierzadko budową (kiedy zawiera też rozbudowę). Dzieje się tak choćby dlatego, że w potocznie nazywanych remontach i wymianach torowisk stosuje się coraz to nowsze technologie, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejących obiektów budowlanych, do których bez wątpienia należą torowiska tramwajowe; stosowanie bowiem dotychczasowych technologii jest nieuzasadnione albo wręcz niemożliwe. Powyższe potwierdza również partner Zakład Budowlany „Klier” we Wrocławiu w piśmie z dnia 27 lipca 2009 r. załączonym do odwołania. Z pisma tego wyraźnie wynika, że w ramach wskazanego pod pozycją 3 referencji ZD i UM we Wrocławiu z dnia 1 czerwca 2009 r. opracowania projektu wykonawczego na remont torowiska tramwajowego ul. Wróblewskiego, (które jest torowiskiem wydzielonym), wykonano opracowanie na przebudowę tego torowiska tramwajowego, również w rozumieniu przepisów prawa budowlanego, nie zaś opracowanie mające za przedmiot remont tego samego torowiska. Opracowanie dokumentacji projektowej, o której wyżej mowa obejmowało wszystkie

elementy projektu budowlanego i wykonawczego i nie obejmowało swoim zakresem jedynie odtworzenia stanu pierwotnego, jak to ma miejsce w odniesieniu do pojęcia remontu zdefiniowanego w Prawie budowlanym. Dokumentacja projektowa choć nazwana projektem wykonawczym na remont torowiska tramwajowego przy ul. Wróblewskiego we Wrocławiu zawierała opracowanie projektowe obejmujące z punktu widzenia prawa budowlanego przebudowę, gdyż dotyczyła także:

- a) zmiany szerokości torowiska z 2,65 m na 2,90 m i związanej z tym, przebudowy peronów znajdujących się przy przebudowanym torze,
- b) zmiany parametrów trzech rozjazdów,
- c) zmiany konstrukcji torowiska wraz ze wzmocnieniem słabego podłoża gruntowego z G3 do G1 przez częściową wymianę gruntu i zastosowanie geowłókniny,
- d) przebudowy obrzeży ograniczających torowisko,
- e) odwodnienia torowiska za pomocą drenaży.

Podobnie rzecz się ma z dokumentacją projektową dotyczącą torowiska tramwajowego wbudowanego w jezdnię na ul. Grabiszyńskiej we Wrocławiu, od pl. Srebrnego do ul. Hallera, wskazaną w pozycji 5 referencji ZD i UM we Wrocławiu z dnia 1 czerwca 2009 r. i nazwaną opracowaniem dokumentacji projektowej na remont torów tramwajowych. Stosownie do treści pisma wyjaśniającego sporządzonego przez Zakład Budowlany „Klier” we Wrocławiu w dniu 27 lipca 2009 r., użyty w nazwie zadania projektowego „remont był w istocie, mając na względzie definicje zawarte w prawie budowlanym, przebudową. Opracowanie to bowiem obejmowało swoim zakresem zmianę niwelety celem dostosowania jej do obowiązujących przepisów, odwodnieniem torowiska tramwajowego, z odprowadzeniem wód do istniejącej w ulicy kanalizacji oraz zmianę parametrów łuków poziomych w dostosowaniu do przyszłej kompleksowej przebudowy ulicy.

Mając na względzie treść wyjaśnień Zakładu Budowlanego „Klier” we Wrocławiu zawartych w piśmie z dnia 27 lipca 2009 r. w uzupełnieniu wyżej wskazanych wywodów w zakresie interpretacji pojęciowej nazw poszczególnych usług projektowych wymienionych w referencjach ZD i UM we Wrocławiu z dnia 1 czerwca 2009 r. oraz w wykazie wykonanych usług stanowiących załącznik nr 3 do specyfikacji należy podkreślić, że w tematach (nazwach) opracowań projektowych pojawiały się sformułowania (wyrażenia) charakterystyczne dla działu ZD i UM we Wrocławiu, który akurat zlecał dane zadanie projektowe, bez względu na to czego konkretnie to zadanie rzeczywiście dotyczyło, (nawet biorąc pod uwagę definicje ustawowe zawarte w prawie budowlanym). I tak, jeśli opracowanie dokumentacji projektowej zlecał i finansował dział remontów inwestycji ZD i UM we Wrocławiu wtedy do nazwy zadania projektowego wprowadzano słowo „remont”, natomiast w przypadku, kiedy zadanie projektowe zlecał dział przebudowy inwestycji ZD i UM we Wrocławiu do tematu opracowania projektowego wprowadzano słowo „przebudowa”.

Aktualnie sytuacje takie już nie występują, ze względu na to, że w strukturze ZD i UM we Wrocławiu pozostał jedynie dział zajmujący się bieżącym utrzymaniem i remontów inwestycji, natomiast dział przebudowy inwestycji, został przejęty przez nowo powstałą jednostkę o nazwie Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o.

W związku z treścią zarzutów, zawartych w proteście wykonawcy MIB oraz telefonicznym zapytaniem zamawiającego z dnia 16 lipca 2009 r. odwołujący złożył 17 lipca 2009 r., pismo uzupełniające zgłoszenie przystąpienia do postępowania protestowego, w którym jednoznacznie określił zakres przedmiotowy umów, a tym samym zadań tymi umowami objętych i wskazanych przez ZD i UM w referencjach z dnia 1 czerwca 2009 r., udzielonych Zakładowi Budowlanemu „Klier” pod pozycjami 1, 3 i 5 oraz usług wskazanych w wykazie wykonanych usług zgodnie z załącznikiem nr 3 do specyfikacji pod pozycjami 1-5. Ze względu na użycie w nazwie zadania – „Wykonanie projektu technicznego przebudowy torów tramwajowych w ul. C. Skłodowskiej na odcinku od ul. Łukaszewicza do mostu Zwierzynieckiego we Wrocławiu” – objętego umową wskazaną w pkt 2 powyższych referencji słowa *przebudowa*, wyjaśniające omówienie tego zadania nie zostało zawarte w treści pisma odwołującego z 17 lipca 2009 r. Ponadto w piśmie tym nie została objęta wyjaśnieniami zarówno wyżej wskazana usługa projektowa, jak i usługi opisane w pozycjach 4 i 6 referencji ZD i UM we Wrocławiu z dnia 1 czerwca 2009 r., albowiem usługi te nie zostały przez odwołującego wskazane w wykazie wykonanych usług, zgodnie z załącznikiem nr 3 do specyfikacji.

Zawarte w piśmie odwołującego z 17 lipca 2009 r. opisy rzeczywistej z punktu widzenia prawnego i faktycznego treści poszczególnych zadań wykonanych przez Zakład Budowlany „Klier” zostały jednak przez zamawiającego bezzasadnie nie wzięte pod uwagę przy rozstrzygnięciu protestu. Zamawiający niezasadnie ocenił bowiem, że stanowią one daleko idące propozycje zmian w złożonej ofercie. Z takim poglądem zamawiającego odwołujący nie zgadza się. Wskazane w tym piśmie opisy poszczególnych zadań nie stanowią „daleko idących zmian w złożonej ofercie”, są jedynie wyjaśnieniem treści tych zadań, w tym znaczenia w odniesieniu do każdego z tych zadań słów bądź wyrażeń zawartych w ich nazwach i z tych względów powinny zostać przez zamawiającego wzięte pod uwagę i uwzględnione przy rozstrzygnięciu protestu.

Wobec tego odwołujący udokumentował realizację w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania co najmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji projektowej przebudowy lub budowy torowiska tramwajowego wydzielonego i co najmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji projektowej przebudowy lub budowy torowiska tramwajowego wbudowanego w jezdnię – pozycje 3 i 5 referencji ZD i UM z 1 czerwca 2009 r. oraz odpowiadające tym usługom pozycje 2 i 4 wykazu wykonanych usług, zgodnie z załącznikiem nr 3 do specyfikacji.



Nie zmienia tego faktu również występowanie we wskazanych w referencjach ZD i UM we Wrocławiu z 1 czerwca 2009 r. oraz w wykazie wykonanych usług rozbieżności w datach realizacji tych usług, albowiem daty te nie przekraczają w każdym z wyżej wymienionych przypadków okresu trzech lat liczonego wstecz od daty wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Bez znaczenia w tym zakresie jest również to, że w referencjach ZD i UM we Wrocławiu z 1 czerwca 2009 r. pojawiły się pozycje nie występujące w wykazie wykonanych usług i na odwrót. Okoliczność ta mogłaby ewentualnie mieć znaczenie jedynie w sytuacji, gdyby nie występowała w obu tych dokumentach łącznie, choćby jedna usługa stanowiąca udokumentowanie wykonania przez odwołującego (w tym wypadku Zakład Budowlany „Klier”) dokumentacji projektowej przebudowy lub budowy torowiska tramwajowego umieszczonego poza jezdnią (wydzielonego) i choćby jedna usługa stanowiąca udokumentowanie wykonania przez tego odwołującego dokumentacji projektowej przebudowy lub budowy torowiska tramwajowego wbudowanego w jezdnię.

W odniesieniu do kwestionowanego rozstrzygnięcia zamawiającego ma jedynie znaczenie przedstawienie przez odwołującego udokumentowania stosownie do wymogów rozdz. 6 pkt 1 specyfikacji, także w referencjach ZD i UM we Wrocławiu z dnia 1 czerwca 2009 r. wykonania dokumentacji projektowej na przebudowę lub budowę wydzielonego torowiska tramwajowego, bowiem takiego właśnie torowiska, objętego zadaniem nr 2, dotyczy protest złożony przez wykonawcę MIB.

Wyczerpując krytykę kwestionowanego rozstrzygnięcia zamawiającego w części uwzględniającej protest wykonawcy MIB odwołujący podniósł, że do takiego rozstrzygnięcia nie upoważniało zamawiającego potwierdzenie referencjami ZD i UM we Wrocławiu z 1 czerwca 2009 r. opracowania przez Zakład Budowlany „Klier” projektu wykonawczego na remont wydzielonego torowiska tramwajowego ul. Wróblewskiego od ul. Wystawowej do ul. Kopernika we Wrocławiu ujętego w pozycji 3 referencji.

Wyrażony przez zamawiającego w treści rozstrzygnięcia protestu pogląd, iż potwierdzenie referencjami jedynie wykonania przez tego wykonawcę, będącego partnerem odwołującego projektu wykonawczego w odniesieniu do wyżej wskazanego zadania projektowego nie spełnia wymogów, o których mowa w rozdz. 6 pkt 1 specyfikacji jest błędny. Abstrahując od tego, że zgodnie z załączonymi do niniejszego odwołania wyjaśnieniami Zakładu Budowlanego „Klier” z 27 lipca 2009 r. „Opracowanie projektu wykonawczego na remont torowiska tramwajowego ul. Wróblewskiego od ul. Wystawowej do ul. Kopernika we Wrocławiu” pomimo użycia w nazwie zadania projektowego wyrażenia „projekt wykonawczy” obejmowało poza projektem wykonawczym także wszystkie elementy projektu budowlanego należy podnieść, że nawet w sytuacji, w której opracowanie to dotyczyłoby tylko projektu wykonawczego, spełniałoby przesłanki opisane w rozdz. 6 pkt 1 specyfikacji.

Opracowanie projektu wykonawczego mieści się w pojęciu dokumentacji projektowej, o której mowa w specyfikacji, gdyż każdy projekt wykonawczy jest dokumentacją projektową, natomiast nie każda dokumentacja projektowa jest projektem wykonawczym, mogąc być na przykład projektem budowlanym.

Powyższe wywody nie stoją w sprzeczności z § 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych szczegółowego wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072). Przepisy te dotyczą dokumentacji projektowej, służącej do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których wymagane jest pozwolenie na budowę, a nie opisu zadań już przez biorącego udział w procedurze przetargowej oferenta wykonanych i wykazanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jako potwierdzenie wiedzy i doświadczenia, o których mowa w rozdz. 6 pkt 1 specyfikacji. Użyte sformułowania „dokumentacja projektowa” we wskazanych wyżej aktach prawnych nie są takie same ze względu na odmiennność celów, jakim każdy z tych aktów prawnych służy.

**18.08.2009 r.** wykonawca MIB Polska sp. z o.o. złożył przystąpienie do odwołania.

**Uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia, a także dowody w postaci wydruków raportów z urządzeń faksujących odwołującego i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia przez odwołującego i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 2 Pzp Izba z urzędu odrzuca odwołanie, które nie zostało poprzedzone protestem, z zastrzeżeniem art. 181 ust. 4 Pzp dotyczącym uczestnictwa w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu, zwanym dalej również postępowaniem protestowym.

Z całokształtu regulacji ustawy dotyczącej środków ochrony prawnej wynika, iż odwołanie od rozstrzygnięcia protestu mogą złożyć jedynie protestujący lub uczestnik postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, który skutecznie, tj. zgodnie z przepisami ustawy, zgłosił swoje przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, czyli odwołanie musi zostać poprzedzone protestem – własnym lub protestem, do którego odwołujący skutecznie przystąpił. Podmioty postronne, inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie mogą składać odwołań od rozstrzygnięcia protestów, do których skutecznie nie przystąpili lub których sami nie wniesli. W takich przypadkach odwołanie należy uznać za niepoprzedzone protestem.

Okoliczności sprawy uzasadniają zastosowanie w stosunku do przedmiotowego postępowania dyspozycję przepisu art. 187 ust. 4 pkt 2 Pzp.

Skład orzekający Izby nie podzielił argumentacji odwołującego. Izba wskazuje, iż odesłanie do art. 181 ust. 4 Pzp zawarte w przepisie art. 187 ust. 4 pkt 2 Pzp należy rozumieć li tylko jako zastrzeżenie, iż uczestnik postępowania protestowego może wnieść własne odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, którego nie złożył, ale do którego się przyłączył, czyli jest uczestnikiem postępowania, o którym mowa w art. 181 ust. 4 Pzp. Z redakcji przepisu art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp nie wynika ograniczenie dla badania przesłanek skuteczności przystąpienia jedynie do wymogów zawartych w art. 181 ust. 4 Pzp z pominięciem norm pomieszczonych w innych jednostkach redakcyjnych ustawy. Przeciwnie, instytucja przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu kompleksowo i nierozzerwalnie unormowana została w art. 181 ust. 4 i 5 Pzp, których regulację, w celu oceny prawidłowości i tym samym skuteczności przystąpienia do postępowania protestowego, należy odczytywać i stosować łącznie.

Art. 181 ust. 4 Pzp stanowi, iż uczestnikiem postępowania protestowego staje się wykonawca, który do postępowania przystąpił, wskazując jednocześnie terminy dla dokonania tego typu czynności oraz statuuje materialny wymóg posiadania interesu w rozstrzygnięciu protestu na korzyść jednej ze stron.

Dodatkowe – co nie znaczy, że nieistotne – wymogi w przedmiocie przystąpienia pomieszczone zostały w ust. 5 art. 181 Pzp, który stanowi, iż wykonawca zgłasza przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wskazując swój interes prawny w przystąpieniu i określając swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście, a zgłoszenie przystąpienia wnosi się do zamawiającego, przekazując jednocześnie jego kopię wykonawcy wnoszącemu protest. W przypadku zgłoszenia przystąpienia do postępowania protestowego bez zachowania powyższych ustawowych wymogów sformułowanych w ust. 5 art. 181 Pzp, nie można uznać, iż mamy do czynienia ze zgłoszeniem wskazanym w ww. przepisie, a tym samym nie można przyjąć, iż doszło do przystąpienia w rozumieniu art. 181 ust. 4 Pzp. Logiczny ciąg tranzytywnych wnioskowań jest w tym przypadku prosty oraz intuicyjnie uchwytany bez potrzeby dokonywania jakiegokolwiek formalizacji: aby zostać uczestnikiem postępowania protestowego należy doń przystąpić; aby przystąpić do postępowania protestowego należy zgłosić swoje przystąpienie; aby zgłoszenie przystąpienia mogło zostać uznane za przystąpienie w rozumieniu ustawy i tym samym wywołać określone skutki prawne, powinno zostać wniesione zgodnie z regulacjami obowiązującymi w tym zakresie (wszystkimi). Zastosowanie jakiegokolwiek „wybiórczości” w tym przedmiocie, tj. wykazywania, iż część wymogów ustawowych dotyczących przystąpienia, np. zawartych w ust. 5 art. 181 Pzp, jest nieistotna, nie znajduje żadnego oparcia w przepisach oraz jest niedopuszczalne ze

względu na konsekwencje tego typu stanowiska. Powyższe prowadziłyby mianowicie do dopuszczenia aby przystąpienia do postępowania protestowego były zgłaszane nie tylko bez wskazywania na interes przystępującego czy określania żądań co do zarzutów protestu lub bez jednoczesności przekazywania kopii przystąpienia protestującemu, ale skutkowałyby również brakiem obowiązku zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu, który jako adresat przystąpienia jest wskazany jedynie w ww. przepisie.

Skład orzekający Izby podkreśla raz jeszcze, odwracając powoływane wyżej wnioski: bez dokonania zgodnego z ustawą zgłoszenia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu (art. 181 ust. 5 Pzp), wykonawca nie może skutecznie przystąpić do postępowania i zostać uznany za jego uczestnika (art. 181 ust. 4 Pzp).

Odnosząc powyższe do niniejszego odwołania stwierdzić należy, iż odwołujący zgłaszając przystąpienie do postępowania protestowego do zamawiającego w ostatnim dniu terminu na jego wniesienie, nie przekazał jednocześnie jego kopii protestującemu, ale uczynił to dopiero w dniu następnym. Wskazaną i wymaganą w przepisie art. 181 ust. 5 Pzp „jednoczesność przekazania kopii” należy rozumieć i interpretować na sposób wskazywany w orzecznictwie dotyczącym tego samego wyrażenia pomieszczonego w art. 184 ust. 4 Pzp, czyli dosłownie, jako przekazanie w tym samym czasie, momencie, bez zbędnej zwłoki, ale zawsze w nieprzekraczalnym trzydniowym terminie ustanowionym na przekazanie samego przystąpienia (różne cele powoływanych wyżej przepisów nie mają znaczenia wobec takiej samej ich treści dotyczącej przekazania kopii – odwołania lub przystąpienia).

Brak jednoczesnego przekazania kopii przystąpienia protestującemu stanowi niedopełnienie wymogów ustawowych odnoszących się do sposobu zgłoszenia przystąpienia do postępowania protestowego i tym samym skutkuje niemożnością uznania takiego przystąpienia za skuteczne.

W rozpoznawanym postępowaniu wykonawca konsorcjum „Biezanów” wystosował do zamawiającego 13.07. 2009 r. o godzinie 14:37-14:38 na nr 0322510096 faksem 5 stron przystąpienia do protestu, co jest faktem niespornym i znajduje odzwierciedlenie na str. 545-549 dokumentacji zamawiającego. Tę samą informację potwierdza raport faksowy złożony przez odwołującego poz. 053 z nieznaczną różnicą minut nadania 14:35, jednak z zaznaczeniem czasu trwania transmisji 3 minuty i 14 sekund, co w zestawieniu z pewnymi niedokładnościami ustawień poszczególnych urządzeń faksowych nie budzi wątpliwości, że chodzi o tę samą transmisję i ten sam dokument.

Niezwłocznie odwołujący wystosował faksem o 14:38 pismo zawierające 4 strony w czasie trwania transmisji 1 minuta 41 sekund, wynika to z raportu faksowego przedstawionego przez odwołującego. O tym, że jest to ten sam dokument, który dotarł do protestującego można domniemywać z raportu faksu protestującego, poz. nr 16 godzina

13:56 czas trwania transmisji 1 minuta 46 sekund i zawartość 4 strony. Ponad godzinna różnica czasów nadania i w dodatku wcześniejszego odbioru niż nadania zdaniem stron mogła wynikać z nieuregulowania zegarów na urządzeniach faksujących i np. pozostawienia jeszcze ustawienia na tzw. czas zimowy.

Jednak zdaniem protestującego ten faks dotarł w formie nieczytelnej, czemu protestujący dał wyraz w piśmie wystosowanym o 16:17 (lub 16:18 na innych urządzeniach faksujących) do przystępującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, a obecnego odwołującego.

Protestujący (a obecnie przystępujący do odwołania) uzasadnia fakt nieczytelności dokumentu tym, że zawierał on 4 strony, a więc mniej niż zawierało zawiadomienie o przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Sugerowałoby to – zdaniem odwołującego – tylko, że jedna ze stron dokumentu nie została przekazana. Jak stwierdza odwołujący stroną tą mogła być strona 1, na której były wyłącznie uwidocznione dane adresowe stron. Nie wpływałoby to na zawartość treściową dokumentu i protestujący mógłby zapoznać się z istotną treścią dokumentu.

Rzeczywiście z dowodu przedstawionego przez protestującego, a obecnie przystępującego wynika jedynie, że odwołujący przesłał 4 strony dokumentu. Jednak – na podstawie treści samego zgłoszenia przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu – nie można się zgodzić, aby odwołujący zaniechał przesłania tylko pierwszej strony z danymi adresowymi stron. Wynika to z faktu, że w pozostałych stronach zgłoszenia nie ma odniesienia do strony z danymi adresowymi i w związku z tym protestujący nie mógłby wiedzieć o istnieniu tej strony tylko z danymi adresowymi i nie mógłby napisać o nieczytelności faksu i musiałby przyjąć faks jako spełniający wszystkie warunki. Co najwyżej protestujący mógłby wysunąć zastrzeżenia po zapoznaniu się z oryginałem pisma, który dotarł do protestującego za pośrednictwem poczty 14.07. 2009 r.

Odwołujący nie zadbał o dowody swojego właściwego postępowania i, gdy zapoznał się z informacją o nieczytelności pisma, nie zażądał od protestującego zachowania jako dowodu tego wydruku lub nie zażądał przesłania tego wydruku faksem do odwołującego, aby móc stwierdzić stopień nieczytelności dokumentu.

Skład orzekający Izby stwierdza, że pozostaje bezsporne wystosowanie tylko 4 stron z 5 stron zgłoszenia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Natomiast, jak wynika z art. 6 Kc, który w rozpoznawanym postępowaniu należy zastosować na podstawie art. 14 Pzp, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne – fakt przyjęcia przez protestującego nieczytelnego w zakresie merytorycznym dokumentu należy uznać za dowiedziony, a fakt przyjęcia dokumentu z brakiem tylko strony adresowej, bez wpływu na zawartość treściową dokumentu nie został dowiedziony.

Stanowisko składu orzekającego Izby wynika także z zasady art. 7 ust. 1 Pzp, na której podstawie wykonawcy muszą być równo traktowani, a więc m.in. muszą mieć dostęp do tych samych informacji w takim samym czasie.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż odwołujący nieprawidłowo, tj. w sposób niezgodny z przepisami ustawy, zgłosił swoje przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu i tym samym nie stał się jego uczestnikiem. Konsekwentnie, wobec faktu, iż przedmiotowe odwołanie nie zostało poprzedzone protestem odwołującego, a odwołujący nie może zostać uznany za podmiot, o którym mowa w art. 181 ust. 4 pkt 3 Pzp, stwierdzić należy, iż odwołanie zostało złożone przez podmiot nieuprawniony do jego wniesienia.

W związku z tym należy stwierdzić, że odwołujący nie powiadomił w ustawowym terminie protestującego o przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. W związku z tym Izba musi odrzucić odwołanie z urzędu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 w związku z art. 181 ust. 4 Pzp.

Na marginesie skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający ani inni uczestnicy postępowania nie są zobowiązani do wykazywania uchybień w skutecznym wniesieniu środków ochrony prawnej i dlatego zarzut odwołującego, że podmioty te w terminie przed wniesieniem odwołania nie wskazały na istnienie uchybienia nie może być brany pod uwagę.

Dowód wniesiony przez odwołującego w postaci referencji ZIKiT w Krakowie nie mógł być brany pod uwagę podczas posiedzenia przez skład orzekający Izby, gdyż na posiedzeniu są badane tylko aspekty formalne, a dowód dotyczył zagadnień merytorycznych, które mogą być rozpoznawane podczas rozprawy.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 i art. 187 ust. 4 pkt 2 i 3 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....