

Sygn. akt: KIO/UZP 849/10

KIO/UZP 888/10

WYROK

z dnia 31 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

**Członkowie: Agnieszka Bartczak – Żuraw
Agnieszka Trojanowska**

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 maja 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2010 do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Nasycalnia Podkładów w Lipie Sp. z o.o., 37 – 470 Zaklików, ul. Leśna 24 (sygn. akt KIO/UZP/849/10)

B. ThyssenKrupp GFT Polska sp. z o. o., 30 – 004 Kraków, Al. Słowackiego 66 (sygn. akt KIO/UZP/888/10)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S. A., 03 – 734 Warszawa, ul. Targowa 74** protestów odpowiednio:

z dnia 15 kwietnia 2010 r. oraz 19 kwietnia 2010 r.

przy udziale wykonawcy

- 1) **ThyssenKrupp GFT Polska sp. z o. o., 30 – 004 Kraków, Al. Słowackiego 66** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 849/10 po stronie odwołującego się, oraz
- 2) **Nasycalni Podkładów Sp. z o. o., 17-240 Czeremcha, ul. Fabryczna 7,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 849/10 oraz KIO/UZP 888/10 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie Nasycalni Podkładów w Lipie Sp. z o.o., 37 – 470 Zaklików, ul. Leśna 24 (sygn. akt KIO/UZP/849/10);**
2. **oddala odwołanie ThyssenKrupp GfT Polska sp. z o. o., 30 – 004 Kraków, Al. Słowackiego 66 (sygn. akt KIO/UZP/888/10);**
3. kosztami postępowania obciąża:
 - A. **Nasycalnię Podkładów w Lipie Sp. z o.o., 37 – 470 Zaklików, ul. Leśna 24 (sygn. akt KIO/UZP/849/10)**
 - B. **ThyssenKrupp GFT Polska Sp. z o. o., 30 – 004 Kraków, Al. Słowackiego 66 (sygn. akt KIO/UZP/888/10)** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery zł zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A koszty w wysokości 2 222 zł 00 gr. (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa zł zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Nasycalnię Podkładów w Lipie Sp. z o.o., 37 – 470 Zaklików, ul. Leśna 24B**
 - B koszty w wysokości 2 222 zł 00 gr. (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa zł zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ThyssenKrupp GFT Polska sp. z o. o., 30 – 004 Kraków, Al. Słowackiego 66**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 3599 zł 99 gr. (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć zł dziewięćdziesiąt dziewięć groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A kwoty 1 799 zł 99 gr. (słownie: tysiąc siedemset dziewięćdziesiąt dziewięć zł dziewięćdziesiąt dziewięć groszy) przez **Nasycalnię Podkładów w**

Lipie Sp. z o.o., 37 – 470 Zaklików, ul. Leśna 24 (sygn. akt KIO/UZP/849/10) na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S. A., 03 – 734 Warszawa, ul. Targowa 74 stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

B kwoty 1 799 zł 99 gr. (słownie: tysiąc siedemset dziewięćdziesiąt dziewięć zł dziewięćdziesiąt dziewięć groszy) przez **ThyssenKrupp GFT Polska sp. z o. o., 30 – 004 Kraków, Al. Słowackiego 66 (sygn. akt KIO/UZP/888/10) na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S. A., 03 – 734 Warszawa, ul. Targowa 74** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

3) dokonać zwrotu kwoty 25 556 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A 12 778 zł 00 gr. (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Nasycalnia Podkładów w Lipie Sp. z o. o., 37 – 470 Zaklików, ul. Leśna 24 (sygn. akt KIO/UZP/849/10)**

B 12 778 zł 00 gr. (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **ThyssenKrupp GFT Polska sp. z o. o., 30 – 004 Kraków, Al. Słowackiego 66 (sygn. akt KIO/UZP/888/10)**

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

KIO/UZP 849/10

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa w 2010 roku podkładów drewnianych kolejowych. Zamówienie zostało podzielone na 4 Zadania.

Pismem z dnia 9 kwietnia 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazując, iż dla zadania 1,2,3 i 4 jako najkorzystniejszą wybrano ofertę wykonawcy Nasycalnia Podkładów Sp. z o.o. z siedzibą w Czeremsze.

Wobec takiej czynności pismem z dnia 15 kwietnia 2010 r. protest złożył wykonawca Nasycalnia Podkładów w Lipie Sp. z o.o. z siedzibą w Lipie. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 3, art. 22 ust. 1 pkt 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1

pkt 3 i 8, art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.). Odwołujący w proteście żądał:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. Nasycalni Podkładów Sp. z o.o. w Czeremsze,
2. wykluczenia wykonawcy Nasycalni Podkładów Sp. z o.o. w Czeremsze i odrzucenia jego oferty,
3. dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Alternatywnie odwołujący wnosił o unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. W uzasadnieniu protestu wskazał on, że podkłady kolejowe, których dostawa jest przedmiotem przetargu, są wyrobami budowlanymi i stosuje się do nich przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. Nr 92, poz. 881) oraz aktów wykonawczych wydanych na podstawie tej ustawy. Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 4 ustawy o wyrobach budowlanych wyrób budowlany może być wprowadzony do obrotu, jeżeli nadaje się do stosowania przy wykonywaniu robót budowlanych, w zakresie odpowiadającym jego właściwościom użytkowym i przeznaczeniu, to jest ma właściwości użytkowe umożliwiające prawidłowo zaprojektowanym i wykonanym obiektom budowlanym, w których ma być zastosowany w sposób trwały, spełnienie wymagań podstawowych. Przepis art. 5 tej ustawy stanowi o tym, kiedy wyrób budowlany nadaje się do stosowania przy wykonywaniu robót budowlanych. W odniesieniu do podkładów kolejowych muszą być one oznakowane znakiem budowlanym. W rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 11 sierpnia 2004 r., w sprawie sposobów deklarowania zgodności wyrobów budowlanych oraz sposobu znakowania ich znakiem budowlanym (Dz. U. Nr 198, poz. 2041) wymaganym dla drewnianych podkładów kolejowych systemem oceny zgodności jest system 2+ (Załącznik Nr 1 do rozporządzenia, poz. 12). System ten wymaga certyfikacji zakładowej kontroli produkcji przez akredytowaną jednostkę certyfikującą (§ 4 ust. 3 pkt 3) w/w rozporządzenia. Jedyną akredytowaną i notyfikowaną jednostką certyfikującą uprawnioną do wydawania takich certyfikatów dla wyrobów budowlanych; podkłady kolejowe drewniane jest Transportowy Dozór Techniczny w Warszawie. Posiadanie Certyfikatu jest warunkiem koniecznym do wystawienia Deklaracji zgodności i oznakowania wyrobu budowlanego - podkładu kolejowego - znakiem budowlanym.

Odwołujący podniósł, iż z przytoczonych wyżej przepisów ustawy o wyrobach budowlanych i rozporządzeń wydanych na podstawie tej ustawy jednoznacznie wynika, że przedmiotem obrotu (sprzedaży/dostawy) mogą być wyłącznie podkłady kolejowe oznaczone znakiem budowlanym przez producenta posiadającego certyfikat wydany przez akredytowaną i notyfikowaną jednostkę certyfikującą. Odwołujący wskazał, iż wybrany wykonawca nie

posiada certyfikatu zakładowej kontroli produkcji i w konsekwencji nie może prawidłowo oznakować wyrobu budowlanego a co za tym idzie nie może również takiego wyrobu wprowadzić do obrotu. Wobec powyższego w ocenie odwołującego oświadczenie wybranego wykonawcy, że spełnia warunki udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 ust. 1 p.z.p. jest nieprawdziwe, co powinno prowadzić do wykluczenia tego wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Zdaniem odwołującego wykonawca nie mając wymaganych prawem uprawnień, nie może wprowadzić do obrotu wyrobów budowlanych – podkładów kolejowych co w konsekwencji uniemożliwi zamawiającemu zawarcie ważnej umowy.

Ponadto odwołujący podniósł również, że stosowana przez zamawiającego SIWZ posługując się regulacjami wyłączonymi z obrotu prawnego tj.:

1. wzór Deklaracji zgodności stanowiący Załącznik nr 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej SWIZ) jest niezgodny z przepisami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 11 sierpnia 2004r. w sprawie sposobów deklarowania zgodności wyrobów budowlanych oraz sposobu znakowania ich znakiem budowlanym, ponieważ nie zawiera informacji określonej w par. 5 ust 1 pkt 6 tego Rozporządzenia.
2. w pkt.7 SWIZ Zamawiający wymaga przedłożenia do oferty przetargowej „Świadectw dopuszczenia do eksploatacji budowli przeznaczonych do prowadzenia ruchu pociągów” uzyskanych przez producentów na podstawie nieważnej normy PN-73/D-95006.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie powinien żądać nieaktualnych dokumentów.

Odwołujący stwierdził, iż dokumentami poświadczającymi jakość oferowanych podkładów kolejowych są wymagane w SWIZ badania laboratoryjne przeprowadzone przez uprawnione jednostki, a dokumentem koniecznym uprawniającym producenta do wystawienia wymaganej prawem Deklaracji zgodności jest Certyfikat Zakładowej Kontroli Produkcji, którego dołączenia do oferty powinien żądać zamawiający.

Do postępowania wywołanego protestem, pismem z dnia 19 kwietnia 2010 r. swoje przystąpienie po stronie protestującego zgłosił wykonawca ThyssenKrupp Gft Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, wnosząc o uwzględnienie protestu tj.:

1. uchylenie czynności wyboru oferty wybranego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej w toku postępowania w zakresie zadania nr 1,2,3 i 4,
2. powtórzenia czynności oceny złożonych ofert w zakresie zadania nr 1,2,3 i 4,
3. odrzucenie oferty wybranego wykonawcy jako niezgodnej z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w zakresie zadania nr 1,2,3 i 4,
4. dokonanie wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1,2,3 i 4.

Alternatywnie przystępujący wnosił o unieważnienie przedmiotowego postępowania w zakresie zadania nr 1,2,3 i 4 jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 p.z.p. W uzasadnieniu przystąpienia przystępujący podzielił argumentację odwołującego i wskazał, że aby wyrób budowlany można było uznać za nadający się do stosowania przy robotach budowlanych, a w konsekwencji za nadający się do wprowadzenia do obrotu, wyrób ten musi zostać oznakowany jednym z wymienionych w art. 5 ustawy o wyrobach budowlanych oznaczeń, tj. oznaczeniem CE lub znakiem budowlanym bądź umieszczony w określonym przez Komisję Europejską wykazie wyrobów mających niewielkie znaczenie dla zdrowia i bezpieczeństwa, dla których producent wydał deklarację zgodności z uznanymi regułami sztuki budowlanej. Przystępujący podniósł, że podkłady kolejowe produkowane przez wybranego wykonawcę nie są oznakowane oznaczeniem CE, ani nie są umieszczone w określonym przez Komisję Europejską wykazie wyrobów mających niewielkie znaczenie dla zdrowia i bezpieczeństwa, dla których producent wydał deklarację zgodności z uznanymi regułami sztuki budowlanej. Przystępujący wskazał, iż oferowane przez wybranego wykonawcę podkłady kolejowe nie mogą zostać oznakowane znakiem B, a co za tym idzie także wprowadzone do obrotu i stosowane przy wykonywaniu robót budowlanych, gdyż wykonawca ten nie posiada certyfikatu zakładowej kontroli produkcji. Mając na uwadze powyższe przystępujący stwierdził, iż ofertę wybranego wykonawcy należy uznać za niezgodną z ustawą - Prawo budowlane i ustawą o wyrobach budowlanych i w rezultacie jako nieodpowiadającą treści SIWZ, którą należy odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Przystępujący podzielił również stanowisko odwołującego, że powyższe okoliczności stanowią także podstawę do unieważnienia przedmiotowego postępowania jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Do postępowania wywołanego protestem, pismem z dnia 19 kwietnia 2010 r. swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Nasycalnia Podkładów Sp. z o.o. z siedzibą w Czeremsze wnosząc o oddalenie protestu z uwagi na jego bezzasadność. Przystępujący po stronie zamawiającego w uzasadnieniu przystąpienia wskazał m.in., że zgodnie z ustawą z dnia 19.12.2008 r. o zmianie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz zmianie niektórych innych ustaw zmieniona została ustawa z dnia 16.04.2004 o wyrobach budowlanych w zakresie przepisów regulujących zasady i tryb prowadzenia kontroli wyrobów budowlanych w zakresie przepisów regulujących zasady i tryb prowadzenia kontroli wyrobów budowlanych wprowadzonych do obrotu. Przystępujący wskazał, iż 13.05 2009 r. weszło w życie rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 764/2008 z dnia 09.07.2008 r. ustanawiające procedury dotyczące stosowania niektórych przepisów technicznych do produktów wprowadzonych legalnie do obrotu w innym państwie

członkowskim. Rozporządzenie to odnosi się do wyrobów nieobjętych znakowaniem CE, określając zasady swobodnego przepływu takich wyrobów na jednolitym rynku Unii Europejskiej. Przystępujący wskazał ponadto, że państwo członkowskie nie może zakazać sprzedaży na swoim terytorium produktów, które zostały wprowadzone legalnie do obrotu w innym państwie członkowskim, nawet jeśli te produkty zostały wytworzone zgodnie z przepisami technicznymi innymi niż przepisy, które dotyczą produktów krajowych. Przystępujący wskazał, iż w/w rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady wiąże w całości i jest bezwzględnie stosowane we wszystkich państwach członkowskich. Zdaniem przystępującego uznaje się za dopuszczone do obrotu i do stosowania przy wykonywaniu robót budowlanych takie wyroby budowlane, które zostały wprowadzone legalnie do obrotu w innym państwie członkowskim i posiadają właściwości użytkowe pozwalające na spełnienie przez obiekty budowlane, w których są stosowane, wymagań podstawowych, określonych w polskich przepisach techniczno-budowlanych, przy uwzględnieniu zasad wiedzy technicznej. Wobec tego, że przystępujący jest eksporterem podkładów kolejowych na rynki Unii Europejskiej (Łotwa, Niemcy, Austria) a podkłady te są akceptowane przez odbiorców zagranicznych gdyż posiadają wymagane właściwości użytkowe pozwalające na wprowadzenie ich do obrotu, uważa on, że produkowane przez niego podkłady kolejowe mogą być również wprowadzone do obrotu na rynek krajowy.

Rozstrzygnięciem z dnia 29 kwietnia 2010 r. zamawiający protest:

- 1) odrzucił w zakresie zarzutu, że stosowana przez zamawiającego SIWZ posługuje się regulacjami wyłączonymi z obrotu prawnego,
- 2) w pozostałym zakresie protest oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia zamawiający wskazał, iż w zakresie zarzutu dotyczącego treści SIWZ, zarzut ten, jako wniesiony po terminie podlega odrzuceniu na podstawie art. 180 ust. 7 w związku z art. 180 ust. 3 p.z.p. W pozostałym zakresie zamawiający oddalił protest gdyż stwierdził, iż protestujący nie wykazał posiadania interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wskazał, iż protestujący złożył ofertę na zadanie nr 2. Oferta ta została sklasyfikowana na trzeciej – ostatniej pozycji, wobec czego protestujący nie ma interesu prawnego w wykluczeniu wybranego wykonawcy.

Wobec takiego rozstrzygnięcia wykonawca – Nasycalnia Podkładów w Lipie Sp. z o.o. z siedzibą w Lipie pismem z dnia 7 maja 2010 r. wniosła odwołania wskazując na:

1. naruszenie art. 179 ust. 1 p.z.p., a to poprzez uznanie, iż odwołującemu nie przysługuje interes prawny uprawniający odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z działem VI p.z.p., skutkujące częściowym oddaleniem protestu odwołującego;

2. naruszenie art. 180 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 4 p.z.p., a to poprzez częściowe odrzucenie protestu odwołującego, jako wniesionego po terminie, mimo braku podstaw uzasadniających takie odrzucenie;
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 p.z.p., a to poprzez nieuwzględnienie zarzutów podnoszonych przez odwołującego w proteście o braku posiadania przez oferowane przez Nasycalnię Podkładów sp. z o.o. z siedzibą w Czeremsze wyroby znaku B, co uniemożliwia ich wprowadzenie do obrotu i nieuchylenie wyboru oferty Nasycalni Podkładów Sp. z o.o. z siedzibą w Czeremsze, jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz nieodrzućenie jej, jako niezgodnej z treścią SIWZ w postępowaniu.

Odwołujący wnosil o:

1. uchylenie czynności zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty Nasycalni Podkładów spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czeremsze,
2. wykluczenie z postępowania, na podstawie art. 22 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 p.z.p.,

a w przypadku nieuwzględnienia wniosku o wykluczenie Czeremchy, o:

3. odrzucenie oferty wybranego wykonawcy na podstawie:
 - 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 i 2 pkt 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.),
 - 2) art. 89 ust. 1 pkt 8 p.z.p.,
 - 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., jako niezgodnej z SIWZ.
4. dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w toku postępowania,
5. dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu z pominięciem oferty Nasycalni Podkładów sp. z o.o. z siedzibą w Czeremsze,

Alternatywnie odwołujący wnosil o:

6. unieważnienie postępowania, jako obciążonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołania, odwołujący wskazał, że posiada on interes prawny do wnoszenia środków ochrony prawnej. W ocenie odwołującego niezadowoleni przedsiębiorcy, którzy uczestniczyli w postępowaniu prowadzonym z naruszeniem norm prawnych i nie wygrali kontraktu lub którzy nie zostali dopuszczeni do uczestnictwa w przetargu w wyniku niezgodnego z prawem działania zamawiającego jak np. nieprawidłowe wykluczenie oraz odrzucenie mają interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Odwołujący wskazał, iż wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego posiada interes prawny nie tylko, gdy traci możliwość uzyskania zamówienia, ale w każdym

przypadku, gdy został poszkodowany lub jest zagrożony poszkodowaniem w wyniku domniemanego naruszenia przepisów prawa czy też hipotetycznego uszczerbku.

W zakresie odrzucenia protestu odwołującego na postanowienia, SIWZ jako wniesionego po upływie terminu, odwołujący wskazał, że protest nie dotyczył postanowień SIWZ a czynności zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty Nasycalni Podkładów Sp. z o.o. z siedzibą w Czeremsze. Odwołujący zaznaczył, iż wśród podniesionych w proteście zarzutów naruszenia przepisów p.z.p. nie zostały wymienione żadne przepisy, które sugerowałyby, iż odwołujący składa protest na SIWZ. Mając na względzie powyższe odwołujący wskazał, że „nieprawidłowe jest ustalenie zamawiającego, iż Spółka wniosła protest na postanowienia SIWZ, a tym samym, wadliwe stało się rozstrzygnięcie zamawiającego o częściowym odrzuceniu protestu Spółki. Takie działanie zamawiającego polegające na odrzuceniu (nawet częściowym) protestu Spółki, w sytuacji oczywistego braku podstaw stanowi naruszenie art. 180 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 4 Ustawy”.

W pozostałym zakresie odwołujący ponowił twierdzenia i argumentację zawartą w proteście.

Do postępowania wywołanego wniesieniem odwołania pismem z dnia 18 maja 2010 r., swoje przystąpienie po stronie odwołującego zgłosił wykonawca ThyssenKrupp GfT Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Przystępujący podzielił w pełni argumentację odwołującego.

Do postępowania wywołanego wniesieniem odwołania pismem z dnia 20 maja 2010 r. swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Nasycalnia Podkładów Sp. z o.o. z siedzibą w Czeremsze wnosząc oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa w 2010 roku podkładów drewnianych kolejowych. Postępowanie wszczęto w dniu 28 stycznia 2010 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02.02.2010 r. pod nr 2010/ S 22-031499. Zamówienie zostało podzielone na 4 Zadania. Zamawiający do składania ofert zaprosił 5 wykonawców. Zaproszenie wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zostało przesłane wykonawcom pismem z dnia 17 lutego 2010 r. Zgodnie z pkt 7 SIWZ – „Inne informacje i dokumenty, jakie mają dostarczyć Wykonawcy wraz z ofertą” - w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego wykonawcy zobowiązani byli do złożenia wraz z ofertą co

najmniej jednego z następujących dokumentów potwierdzających spełnienie przez podkłady drewniane wymagań obowiązujących norm:

- 1) aktualne świadectwo dopuszczenia wyrobu do eksploatacji, wydane przez Urząd Transportu kolejowego (wcześniej Główny Inspektorat Kolejnictwa),
- 2) „świadectwo kwalifikacji” lub inne świadectwo jakości, wystawione przez uprawnioną jednostkę (z listy placówek badawczych podanych w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004 r. – Dz. U. Nr 103, poz. 1090, uzupełnionej w rozporządzeniu Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 23 grudnia 2005 r. – Dz. U. Nr 2, poz. 13),

Ponadto zamawiający żądał do każdego z w/w typów dokumentów załączenia kopii wyników laboratoryjnych badań kontrolnych podkładów na zgodność z wymaganiami norm: PN-EN 13145:2002, PN-D 95006:1973 (wycofana z dniem 02.04.2009), PN-D 95014:1997, PN-C 97023:1983, PN-D 01006:1965. Badania powinny być przeprowadzone przez uprawnione akredytowane laboratorium badawcze nie wcześniej niż 5 lat przed dniem składania ofert, a do ich wyników powinno być dołączone świadectwo analizy oleju impregnacyjnego używanego aktualnie do nasycania podkładów.

W terminie składania ofert swoje oferty złożyło 5 wykonawców. Odwołujący – Nasycalnia Podkładów w Lipie Sp. z o.o. z siedzibą w Lipie złożyła ofertę na zadanie 2. Oferta ta w oparciu o wskazane w SIWZ kryterium – 100% cena – została sklasyfikowana na pozycji 3, ostatniej. Pismem z dnia 3 marca 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy – Nasycalnia Podkładów Sp. z o.o. z siedzibą w Czeremsze. Czynność ta została oprotestowana przez wykonawcę ThyssenKrupp Gft Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz wykonawcę Nasycalnię Podkładów Sp. z o.o. w Pludrach. Izba ustaliła, iż protest wykonawcy Nasycalnia Podkładów Sp. z o.o. w Pludrach został oddalony z uwagi na brak interesu prawnego protestującego. Protest wykonawcy ThyssenKrupp Gft Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, który wskazywał na naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 91 ust. 1 p.z.p., zamawiający uwzględnił w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 i w następstwie tego zobowiązał się powtórzyć czynność badania i oceny ofert oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Izba ustaliła również, iż zamawiający dokonując ponownego badania i oceny ofert wezwał w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., wykonawców ThyssenKrupp Gft Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Nasycalnię Podkładów Sp. z o.o. z siedzibą w Czeremsze do uzupełnienia wymaganych w SIWZ dokumentów. Obaj wykonawcy w następstwie wezwania uzupełnili wymagane dokumenty.

Pismem z dnia 9 kwietnia 2010 r. zamawiający poinformował, że po rozstrzygnięciu protestów, ponownej ocenie złożonych ofert, uzupełnieniu przez wykonawców ofert o dokumenty złożone na wezwanie zamawiającego, uzyskaniu stanowiska Centrum Naukowo Technicznego Kolejnictwa w Warszawie w zakresie dotyczącym badań oleju kreożotowego oraz badań podkładów za zgodność z normą PN-EN 13145:2002 w zakresie szerokości płaszczyzny górnej i wysokości, dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Nasycalnia Podkładów Sp. z o.o. w Czeremsze dla zadania nr 1, 2, 3 i 4.

Czynność ta leży u podstaw postępowania protestacyjnego i odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia specyfikacji, treść oferty wybranego wykonawcy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

Skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy p.z.p. w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Mając na względzie powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że odwołujący nie posiada interesu prawnego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż nawet w przypadku uznania zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów, odwołujący ten, nie uzyska przedmiotowego zamówienia gdyż jego oferta została sklasyfikowana na ostatniej pozycji. Izba podzieliła pogląd zamawiającego wyrażony w rozstrzygnięciu protestu a oparty na linii orzeczniczej Izby, iż na gruncie Prawa zamówień publicznych chodzi o interes wyrażający się w możliwości uzyskania zamówienia. Izba stoi na stanowisku, że interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia musi być skonkretyzowany i pewny. Interesu tego nie można opierać na samych domniemaniach, przypuszczeniach czy hipotezach w uzyskaniu zamówienia. W przedmiotowej sprawie odwołujący nawet w przypadku uwzględnienia odwołania nie uzyskałby zamówienia gdyż jego pozycja w rankingu ofert nadal nie pozwalałaby uznać jego oferty za najkorzystniejszą. Należy wskazać, co jest okolicznością przyznaną przez odwołującego, że złożona przez niego oferta jest trzecią w kolejności ofertą, biorąc pod uwagę ustalone w postępowaniu kryterium oceny ofert, jakim jest 100% cena. Ponadto

zgłoszone przez odwołującego alternatywne żądanie unieważnienia przedmiotowego postępowania wskazuje, iż świadomy swojej pozycji nie zmierza do bezpośredniego uzyskania przedmiotowego zamówienia. Izba zwraca również uwagę, że za brakiem interesu prawnego przemawia również fakt, iż odwołujący wspiera działania wykonawcy sklasyfikowanego na pozycji drugiej, u którego może być potencjalnym podwykonawcą a nie zmierza do bezpośredniego uzyskania zamówienia. W ocenie Izby interes prawny wykonawcy we wnoszeniu środków odwoławczych ograniczony jest wyłącznie do uszczerbku w interesie tego konkretnego wykonawcy, a nie w interesie innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, bądź w interesie ogólnej normy obowiązku przestrzegania ustawy. Zdaniem Izby wykazanie naruszenia interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia powinno być realne i konkretne, opierać się winno na faktach a nie hipotezach lub domniemaniach. Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego, iż interes prawny należy utożsamiać z przedmiotem zamówienia. Zdaniem Izby naruszenie interesu prawnego musi istnieć w konkretnym postępowaniu.

Izba stoi również na stanowisku, iż interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej winien być powiązany i prowadzić do uznania złożonej oferty za najkorzystniejszą i umożliwić zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dla skuteczności złożenia środka ochrony prawnej konieczne jest wykazanie uszczerbku w swoim interesie prawnym, związanym z uzyskaniem danego zamówienia. Podnieść należy, że Izba rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie, ma obowiązek z urzędu zweryfikować wypełnienie przez podmiot korzystający z prawa odwołania przesłanki materialnoprawnej wynikającej z art. 179 ust. 1 p.z.p. Wobec stwierdzenia braku tej przesłanki rozpatrzenie zarzutów w tych okolicznościach stało się bezprzedmiotowe.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

KIO/UZP 888/10

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa w 2010 roku podkładów drewnianych kolejowych. Zamówienie zostało podzielone na 4 Zadania.

Pismem z dnia 9 kwietnia 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazując, iż dla zadania 1,2,3 i 4 jako najkorzystniejszą wybrano ofertę wykonawcy Nasycalnia Podkładów Sp. z o.o. z siedzibą w Czeremsze.

Wobec takiej czynności pismem z dnia 19 kwietnia 2010 r. protest złożył wykonawca ThyssenKrupp Gft Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Protestujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) „naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 w związku z art. 26 ust. 3 zdanie ostatnie Ustawy, poprzez zaniechanie - po dokonaniu ponownej oceny oferty - odrzucenia oferty wybranego wykonawcy w zakresie zadania nr 1, w ramach którego wykonawca ten oferował podkłady z drewna twardego typ NB szerokotorowe, mimo że wybrany wykonawca po uzupełnieniu swojej oferty, a to w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy, załączył do oferty kopię wyników laboratoryjnych badań kontrolnych podkładów na zgodność z wymaganiami norm wskazanych w SIWZ sporządzone po 1 marca 2010 r., a więc już po dniu składania ofert;
- 2) naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy, wobec niewezwania wybranego wykonawcy o załączenie do oferty określonych w pkt 7 SIWZ dokumentów: badań kontrolnych podkładów wraz ze świadectwem analizy oleju impregnacyjnego, które potwierdzałyby, że przedmiot zamówienia spełnia normy wskazane w pkt 4 lit. a SIWZ, mimo, iż brak takich dokumentów został stwierdzony w pierwotnym rozstrzygnięciu protestu, w którym wskazano również na obowiązek Zamawiającego do wezwania wybranego wykonawcy o brakujące dokumenty w trybie w art. 26 ust. 3 Ustawy;
- 3) Naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 4 Ustawy, z uwagi na zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy do wyjaśnienia treści przedłożonych przez tego wykonawcę badań kontrolnych podkładów wraz ze świadectwem analizy oleju impregnacyjnego, które potwierdzałyby, że przedmiot zamówienia spełnia normy wskazane w pkt 4 lit. a SIWZ, lecz podjęcie własnym staraniem działań zmierzających do wyjaśnienia treści tych dokumentów;

- 4) naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 Ustawy, poprzez dokonywanie we własnym zakresie wyjaśnienia treści pisma CNTK z dnia 25 lutego 2010 r. (CNTK.LK-401-06/3625/09) załączonego przez wybranego wykonawcę do swojej oferty (karta 63 oferty Nasycalni), mimo iż Zamawiający nie żądał w SIWZ przedłożenia takiego dokumentu i nie żądał jego uzupełnienia, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia przewidzianych w Ustawie zasad wyjaśniania treści oferty;
- 5) naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w Postępowaniu, z uwagi na:
 - podjęcie przez Zamawiającego wyjaśniania własnym staraniem treści pisma CNTK z dnia 25 lutego 2010 r. (CNTK.LK-401-06/3625/09) załączonego przez wybranego wykonawcę do swojej oferty (karta 63 oferty Nasycalni), mimo iż Zamawiający nie żądał w SIWZ przedłożenia takiego dokumentu i nie żądał jego uzupełnienia,
 - oparcie swojego rozstrzygnięcia o wyborze najkorzystniejszej oferty na treści załączonego przez wybranego wykonawcę do swojej oferty pisma CNTK z dnia 25 lutego 2010 r. (CNTK.LK-401-06/3625/09),
 - podjęcie wyjaśniania treści dokumentów załączonych do oferty przez wybranego wykonawcę we własnym zakresie, czym Zamawiający uwolnił tego wykonawcę od konieczności wykazania prawidłowości swojej oferty, co pozostaje w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji;
- 6) naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 3 Ustawy, poprzez dokonanie wyboru oferty Nasycalni Podkładów Sp. z o.o. w Czeremsze, jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, mimo iż oferta ta winna zostać odrzucona, jako niezgodna z Ustawą, co prowadzi do zamiaru udzielenia zamówienia podmiotowi wybranemu wbrew przepisom Ustawy, a zatem sprzecznie z wymienionym przepisem;
- 7) Naruszenie art. 91 ust. 1 poprzez nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie podkładów z drewna twardego typ IIB szerokotorowych.

W uzasadnieniu protestu odwołujący podniósł w pierwszej kolejności, iż badania, które przedłożono na wezwanie zamawiającego zostały sporządzone po dacie składania ofert, co w sposób oczywisty narusza art. 26 ust. 3, zdanie ostatnie p.z.p. Ponadto zamawiający winien był odrzucić ofertę zamawiającego w zakresie zadania 1 także z tego powodu, że przedłożone badania nie zostały wykonane, tak jak tego wymagała SIWZ, przez akredytowane laboratorium, które posiadałoby akredytację w zakresie badań podkładów. Tym samym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 26 ust. 3 p.z.p. z uwagi na nie odrzucenie oferty wybranego wykonawcy w zakresie zadania nr 1, jako nieodpowiadającej treści SIWZ oraz jako niezgodnej z ustawą, to jest sprzecznej z art. 82

ust. 3 p.z.p. Ponadto odwołujący wskazał, że zamawiający podejmując we własnym zakresie działania mające na celu usunięcie wadliwości przedmiotowej oferty, poprzez wystąpienie z zapytaniem do CNTK o wyjaśnienie wątpliwości, co do treści opinii CNTK z dnia 25.02.2010 r. załączonej do oferty wybranego wykonawcy, w szczególności adekwatności wymogów nowych i starych norm, naruszył przepisy art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 7 st. 1. Odwołujący wskazał, że ustawa nie przewiduje możliwości podejmowania przez Zamawiającego we własnym zakresie jakichkolwiek czynności, które miałyby na celu usunięcie istniejącej niezgodności oferty z SIWZ, co jego zdaniem miało miejsce w niniejszej sprawie. Ponadto odwołujący stwierdził, iż wyjaśnienie załączonych do oferty wybranego wykonawcy dokumentów nie doprowadziło do sanowania wadliwej oferty tego wykonawcy. Odwołujący wskazał, iż z wyjaśnień CNTK norma na zgodność, z którą przedłożono badania nie zastępuje ani nie jest tożsama z normą wymaganą przez SIWZ. Odwołujący stwierdził, że CNTK w swoich wyjaśnieniach wskazał jedynie, iż zakres badania dla oleju zgodnie z wymogami normy PN-EN 13991:2004 jest szerszy niż według normy PN-C 97023:1983 co w żadnej mierze nie oznacza ani identyczności ani tożsamości obu wskazanych norm. W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że w zakresie nieścisłości zawartych w dokumencie załączonym do oferty (badań właściwości fizyko-chemicznych podkładów) zamawiający również nie wezwał wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień, co do stwierdzonych nieścisłości, lecz podjął działania mające na celu wyjaśnienie nieścisłości we własnym zakresie, co narusza art. 26 ust. 4 i art. 7 ust. 1 p.z.p. Wskazując na naruszenie art. 7 ust. 3 p.z.p. odwołujący wskazał, że zamawiający zmierza do udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy, który winien być wykluczony a jego oferta odrzucona. Odnosząc się do naruszenia art. 91 ust. 1 p.z.p. odwołujący wskazuje, iż oferta wybranego wykonawcy winna być odrzucona w zakresie zadania nr 1 i w konsekwencji nie brana pod uwagę przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Ponadto oferta odwołującego, jako niepodlegająca odrzuceniu winna być w zakresie zadania nr 1 wybrana, jako najkorzystniejsza.

Do postępowania wywołanego protestem pismem z dnia 23 kwietnia 2010 r. swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca – Nasycalnia Podkładów Sp. z o.o. z siedzibą w Czeremsze wnosząc o oddalenie protestu w całości, jako bezzasadnego. W uzasadnieniu przystąpienia wskazał, iż w zakresie załączenia przez niego wyników badań laboratoryjnych dla podkładów sporządzonych po 01.03.2010 r., a więc po dniu składania ofert zarzut ten nie znajduje potwierdzenia w przedłożonych dokumentach, z których wynika jednoznacznie, iż opinię wydano 10 lutego 2010 r. Przystępujący stwierdził, iż z przedstawionych przez niego dowodów jednoznacznie wynika, że na wezwanie zamawiającego przedstawił badania sporządzone przed datą wyznaczoną do składania ofert, co jednoznacznie wskazuje na brak naruszenia art. 26 ust. 3 p.z.p. Przystępujący

wskazał również, iż twierdzenie odwołującego, że badania w zakresie podkładów dębowych szerokotorowych zostały wykonane przez jednostkę nieuprawnioną nie znajduje potwierdzenia w rzeczywistości. Przystępujący wskazał, że w rozporządzeniu Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 23 grudnia 2005 r. lista placówek badawczych podanych w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 30.04.2004 r. została uzupełniona o kolejne dwie placówki badawcze, w tym Politechnikę Krakowską. Przystępujący zwrócił również uwagę, iż w rozporządzeniach jest mowa jedynie o jednostkach organizacyjnych uprawnionych do wydawania aprobat technicznych, a nie o akredytowanych laboratoriach jak twierdzi odwołujący. Przystępujący wskazuje ponadto na fakt, że skoro zamawiający otrzymał od niego w dniu 15.03.2010 r. zgłoszenie przystąpienia., w którym przystępujący wyjaśnił wszystkie wątpliwości, co do treści złożonych przez niego dokumentów to nie może być mowy o tym, że zamawiający we własnym zakresie podjął działania mające na celu usunięcie wadliwości przedmiotowej oferty a wyjaśnienia dokonane przez przystępującego są jedynie zgodne z wyjaśnieniami uzyskanymi przez zamawiającego od CNTK. W zakresie niezgodności stosowanych norm przystępujący podniósł, iż zakres badań wymaganych normą PN-C 97023:1983 w całości zawiera się w normie PN-EN 13991:2004. W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 p.z.p. przystępujący wskazał, że odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił swoich twierdzeń. Zdaniem przystępującego spełnia on wszystkie wymogi udziału w postępowaniu, oferta jego w oparciu o jedyne kryterium - 100% cena, jest najkorzystniejsza i nie ma podstaw do jej odrzucenia.

Rozstrzygnięciem z dnia 29 kwietnia 2010 r. zamawiający protest w całości oddalił. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia, odnosząc się kolejno do poszczególnych zarzutów wskazał, co następuje:

- „1) Dot. zarzutu „Naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 1 i pkt. 2 w związku z art. 26 ust. 3 zdanie ostatnie Ustawy, poprzez zaniechanie - po dokonaniu ponownej oceny oferty - odrzucenia oferty Nasycalni w zakresie zadania nr 1 w ramach, którego Nasycalnia oferowała podkłady z drewna twardego typ IIB szerokotorowe, mimo że Nasycalnia po uzupełnieniu swojej oferty, a to w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy, załączyła do oferty kopię wyników laboratoryjnych badań kontrolnych podkładów na zgodność z wymaganiami norm wskazanych w SIWZ sporządzone po 1 marca 2010 r. a więc już po dniu składania ofert.”

Zgodnie z materiałami przedstawionymi przez Nasycalnię, badania kontrolne dla podkładów z drewna twardego (dębowe) do toru szerokiego nosi datę 1 marca 2010 r. Zamawiający stwierdza więc, iż Nasycalnia w sposób skuteczny uzupełniła wymagane dokumenty.

- 2) Dot. zarzutu iż przedłożone badania nie zostały wykonane przez akredytowane laboratorium, które posiadało by akredytacje w zakresie badania podkładów

Zgodnie z par. 1 Rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 23 grudnia 2005r. (Dz. Ust. Nr 2, poz. 13 z dnia 05.01.2006r.) zmieniające rozporządzenie w sprawie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego „W rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typu pojazdu kolejowego (Dz. U. Nr 103, poz. 1090) w załączniku nr 1 „Wykaz jednostek badawczych upoważnionych do przeprowadzania badań koniecznych do uzyskania świadectw dopuszczenia do eksploatacji” po pkt. 4 dodaje się pkt. 4a i 4b w brzmieniu: „4a. Politechnika Krakowska im. Tadeusza Kościuszki ul. Warszawska 24 31-155 Kraków”.

- 3) Dot. zarzutu „Zaniechania wezwania Nasycalni do uzupełnienia jej oferty w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie o brakujące w ofercie nasycalni badania kontrolne podkładów wraz ze świadectwem analizy oleju impregnacyjnego które potwierdzałyby, że przedmiot zamówienia spełnia normy wskazane w pkt 4 lit. 1 SIWZ, a to w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy

Zamawiający po przeanalizowaniu treści oferty oraz wyjaśnień Nasycalni stwierdził, iż zakres przedstawionych w ofercie badań odpowiada wymaganiom stawianym w SIWZ,

- 4) Dot. zarzutów:

- „Naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 4 Ustawy, z uwagi na zaniechanie wezwania Nasycalni do wyjaśnienia treści przedłożonych przez Nasycalnię badań kontrolnych podkładów wraz ze świadectwem analizy oleju impregnacyjnego która potwierdzałyby, że przedmiot zamówienia spełnia normy wskazane w pkt. 4 lit a SIWZ, lecz podjęcie własnym staraniem działań zmierzających do wyjaśnienia treści tych dokumentów,”;

- „Naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 Ustawy, poprzez dokonywanie we własnym zakresie wyjaśnienia treści pisma CNTK z dnia 25 lutego 2010 r. (CNTK.LK— 401- 06/3625/09) załączonego przez Nasycalnię do swojej oferty (karta 63 oferty

Nasycalni), mimo iż Zamawiający nie żądał w SIWZ przedłożenia takiego dokumentu i nie żądał jego uzupełnienia, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenie przewidzianych w Ustawie zasad wyjaśniania treści oferty;"

- „Naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust 1 Ustawy poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w Postępowaniu, z uwagi na:

- podjęcia przez Zamawiającego wyjaśniania własnym staraniem treści pisma CNTK z dnia 25 lutego 2010 r. (CNTK. LK-401-06/3625/09) załączonego przez Nasycalnię do swojej oferty (karta 63 oferty Nasycalni), mimo iż Zamawiający nie żądał w SIWZ podłożenia takiego dokumentu i nie żądał jego uzupełnienia,

- oparcia swojego rozstrzygnięcia o wyborze najkorzystniejszej oferty na treści załączonego przez Nasycalnię do swojej oferty pisma CNTK z dnia 26 lutego 2010 r. (CNTK.LK-401-06/3825/09),

- podjęcie wyjaśniania treści dokumentów załączonych do oferty przez Nasycalnię we własnym zakresie, czym Zamawiający uwolnił Nasycalnię od konieczności wykazania prawidłowości swojej oferty, co pozostaje w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji;"

Ustawa nie zakazuje Zamawiającemu uzyskiwania dodatkowych informacji pozwalających na przeprowadzenie postępowania w sposób zgodny z dyspozycją art. 7 ustawy. Zamawiający może rozstrzygać istniejące wątpliwości w drodze uzyskania opinii biegłego oraz weryfikować posiadane informacje w drodze uzyskiwania informacji od uprawnionych organów i instytucji."

Wobec takiego rozstrzygnięcia pismem z dnia 10 maja 2010 r. wykonawca ThyssenKrupp GfT Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie złożył odwołanie zarzucając:

1. „Naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 w związku z art. 26 ust. 3 zdanie ostatnie Ustawy, poprzez zaniechanie - po dokonaniu ponownej oceny oferty - odrzucenia oferty Nasycalni Podkładów sp. z o.o. z siedzibą w Czeremsze („**Nasycalnia**") w zakresie zadania nr 1, w ramach którego Nasycalnia oferowała podkłady z drewna twardego typ IIB szerokotorowe, mimo, że Nasycalnia w ramach uzupełnienia swojej oferty w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy załączyła do oferty kopię wyników laboratoryjnych badań kontrolnych podkładów na zgodność z wymaganiami norm wskazanych w SIWZ sporządzone w dniu 1 kwietnia 2010 r., a więc już po dniu składania ofert;
2. Naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 w związku z art. 26 ust. 3 zdanie ostatnie Ustawy, poprzez zaniechanie - po dokonaniu ponownej

oceny oferty - odrzucenia oferty Nasycalni w zakresie zadania nr 1 mimo, że Nasycalnia w ramach uzupełnienia swojej oferty w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy załączyła do oferty kopię wyników laboratoryjnych ww. badań kontrolnych podkładów przeprowadzonych przez laboratorium nie posiadające akredytacji w zakresie badań elementów nawierzchni kolejowej, pomimo, że wymóg takiej akredytacji wynikał z SIWZ;

3. Naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy, poprzez zaniechanie wezwania Nasycalni o załączenie do oferty określonych w pkt 7 SIWZ dokumentów: badań kontrolnych podkładów wraz ze świadectwem analizy oleju impregnacyjnego które potwierdzałyby, że przedmiot zamówienia spełnia normy wskazane w pkt 4 lit. a SIWZ, mimo, iż brak takich dokumentów został stwierdzony przez Zamawiającego w pierwotnym rozstrzygnięciu protestu, w którym wskazano również na obowiązek Zamawiającego do wezwania Nasycalni o brakujące dokumenty w trybie w art. 26 ust. 3 Ustawy;
4. Naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 4 Ustawy, poprzez zaniechanie wezwania Nasycalni do wyjaśnienia treści przedłożonych przez Nasycalnię badań kontrolnych podkładów wraz ze świadectwem analizy oleju impregnacyjnego, które potwierdzałyby, że przedmiot zamówienia spełnia normy wskazane w pkt 4 lit. a SIWZ, lecz podjęcie własnym staraniem Zamawiającego działań zmierzających do wyjaśnienia treści tych dokumentów;
5. Naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 Ustawy, poprzez dokonywanie we własnym zakresie wyjaśnienia treści pisma CNTK z dnia 25 lutego 2010 r. (CNTK.LK-401-06/3625/09) załączonego przez Nasycalnię do swojej oferty (karta 63 oferty Nasycalni), mimo iż Zamawiający nie żądał w SIWZ przedłożenia takiego dokumentu i nie żądał jego uzupełnienia, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia przewidzianych w Ustawie zasad wyjaśniania treści oferty;
6. Naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w Postępowaniu, z uwagi na:
 - podjęcie przez Zamawiającego wyjaśniania własnym staraniem treści pisma CNTK z dnia 25 lutego 2010 r. (CNTK.LK-401 -06/3625/09) załączonego przez Nasycalnię do swojej oferty (karta 63 oferty Nasycalni), mimo iż Zamawiający nie żądał w SIWZ przedłożenia takiego dokumentu i nie żądał jego uzupełnienia,
 - oparcie swojego rozstrzygnięcia o wyborze najkorzystniejszej oferty na treści załączonego przez Nasycalnię do swojej oferty pisma CNTK z dnia 25 lutego 2010 r. (CNTK.LK-401-06/3625/09),
 - podjęcie wyjaśniania treści dokumentów załączonych do oferty przez Nasycalnię we

własnym zakresie, czym Zamawiający uwolnił Nasycalnię od konieczności wykazania prawidłowości swojej oferty, co pozostaje w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji;

7. Naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 3 Ustawy, poprzez dokonanie wyboru oferty Nasycalni, jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, mimo iż oferta ta winna zostać odrzucona, jako niezgodna z Ustawą co prowadzi do zamiaru udzielenia zamówienia podmiotowi wybranemu wbrew przepisom Ustawy, a zatem sprzecznie z wymienionym przepisem;
8. Naruszenie art. 91 ust. 1 poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej w zakresie podkładów z drewna twardego typ IIB szerokotorowych”.

Odwołujący ponowił argumentację i twierdzenia zawarte w uzasadnieniu protestu.

Do postępowania odwoławczego pismem z dnia 20 maja 2010 r. swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Nasycalnia Podkładów sp. z o.o. z siedzibą w Czeremsze wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Ustalenia Izby dokonane w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 849/10 znajdują w pełni zastosowanie do niniejszego odwołania.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia specyfikacji, treść oferty wybranego wykonawcy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

Skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy p.z.p. w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p., uprawniający go do złożenia protestu i odwołania, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 26 ust. 3 zdanie ostatnie Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego. Jak stwierdziła Izba opinia w sprawie właściwości podkładu drewnianego dębowego typu IIB szerokotorowego o długości 2,7 m, produkowanego przez Nasycalnię Podkładów Sp. z o.o. w Czeremsze została wydana przez Katedrę Infrastruktury Transportu Szynowego i Lotniczego Politechniki Krakowskiej w dniu 1 marca 2010 r. Zlecenie wydania takiej opinii zostało przyjęte przez Kierownika Katedry w dniu 08.02.2010 r., co potwierdził on własnoręcznym podpisem. Izba nie dała wiary twierdzeniom odwołującego opartym na treści pisma Politechniki Krakowskiej z dnia 19.04.2010 r., gdzie podaje, iż opinia przedłożona zamawiającemu opatrzona jest błędną datą i w rzeczywistości została sporządzona dnia 1 kwietnia 2010 r. W ocenie Izby z treści odpowiedzi Politechniki w żaden sposób nie wynika, jakiej opinii dotyczy, czy też, jakiego zleceniodawcy, nie potwierdza tego również oznaczenie tego pisma. Izba wzięła również pod uwagę oświadczenia zamawiającego, iż opinię tą otrzymał w następstwie wezwania do uzupełnienia dokumentów w dniu 29.03.2010 r. a więc nie jest możliwym, aby opinia była wydana po 01.04.2010 r. Mając na względzie powyższe Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 26 ust. 3 p.z.p. tj. nie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, pomimo, że wykonawca ten w ramach uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. załączył do oferty kopię wyników laboratoryjnych badań kontrolnych podkładów na zgodność z wymaganiami norm wskazanych w SIWZ sporządzoną w dniu 1 kwietnia 2010 r. tj. po terminie składania ofert nie znajduje potwierdzenia w przedmiotowym stanie faktycznym.

W zakresie zarzutu sporządzenia opinii przez laboratorium, które nie posiada akredytacji w zakresie badań elementów nawierzchni kolejowej, pomimo że wymóg takiej akredytacji wynikał z SIWZ Izba również nie podzieliła argumentacji odwołującego. Stanowisko takie nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji z postępowania. Zgodnie z pkt 7 SIWZ zamawiający żądał dołączenia do oferty kopii wyników laboratoryjnych badań kontrolnych podkładów. Zgodnie z SIWZ badania te powinny być przeprowadzone przez uprawnione akredytowane laboratorium badawcze. Zgodnie z pkt 4 załącznika nr 1 do rozporządzenia ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typu pojazdu kolejowego (Dz. U. Nr 103, poz. 1090 ze zm.) Politechnika Krakowska jest jednostką upoważnioną do przeprowadzania badań koniecznych do uzyskania świadectw dopuszczenia do eksploatacji. W ocenie Izby powyższe świadczy o tym, iż załączone przez wybranego wykonawcę opinie zostały wydane przez podmiot uprawniony a zarzut odwołującego jest bezpodstawny.

W zakresie zarzutów wskazanych w pkt 3-6 odwołania tj. naruszenia art. 26 ust. 3 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy o załączenie do oferty określonych w pkt 7 SIWZ dokumentów: badań kontrolnych podkładów wraz ze świadectwem analizy oleju impregnacyjnego, które potwierdzałyby, że przedmiot zamówienia spełnia normy wskazane w pkt 4 lit. a SIWZ, naruszenia art. 26 ust. 4, poprzez zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy do wyjaśnienia treści przedłożonych przez tego wykonawcę badań kontrolnych podkładów wraz ze świadectwem analizy oleju impregnacyjnego, które potwierdzałyby, że przedmiot zamówienia spełnia normy wskazane w pkt 4 lit. a SIWZ, jak też naruszenie art. 87 ust. 1, poprzez dokonywanie we własnym zakresie wyjaśnienia treści pisma CNTK z dnia 25 lutego 2010 r., co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia przewidzianych w ustawie zasad wyjaśniania treści oferty, oraz naruszenie art. 7 ust. 1 poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców Izba również nie podzieliła argumentacji odwołującego. Izba wzięła pod uwagę wyjaśnienia Centrum Naukowo-Technicznego Kolejnictwa zgodnie z którymi zakres badań dla oleju krezotowego zgodnie z wymaganiami normy PN-EN 13991:2004 *Pochodne z pirolizy węgla. Oleje na bazie smoły węglowej: olej krezotowy. Wymagania techniczne i metody badań* jest szerszy niż według dokumentu PN-C 97023:1983. Izba uznała, że jeżeli norma PN-EN 13991:2004 jest szersza niż norma PN-C 97023:1983 to wyczerpuje ona w swoim zakresie również minimum normy wymaganej przez zamawiającego tj. PN-C 97023:1983. Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego jakoby zamawiający wykonywał czynności, które miały na celu usunięcie istniejącej niezgodności wybranej oferty z SIWZ i na własną rękę starał się uzupełnić braki tej oferty. Zarzut ten nie znajduje potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym. W ocenie Izby zamawiający winien prowadzić postępowanie tak, aby wybór najkorzystniejszej oferty nie budził żadnych wątpliwości i poparty był wyczerpującą oceną zarówno spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu jak też oceną złożonych ofert. Działania zamawiającego polegające na uzyskiwaniu opinii biegłych, czy też weryfikacji posiadanych informacji w drodze uzyskiwania wyjaśnień uprawnionych organów i instytucji (a takim organem bez wątpienia będzie Centrum Naukowo-Techniczne Kolejnictwa) należy bez wątpienia uznać za uprawnione i zgodne z przepisami p.z.p.. Izba podziela również pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1817), w którym stwierdzono, że: „Zamawiający nie może bezkrytycznie przyjmować wszelkich oświadczeń wykonawców, lecz ma obowiązek weryfikować je w oparciu o informacje, które są powszechnie dostępne, jak również oświadczenia i dokumenty składane przez inne podmioty”.

Mając na względzie powyższe należało uznać, iż zarzuty odwołującego wyrażone w pkt 3-6 odwołania nie znalazły potwierdzenia.

Mając na względzie stanowisko Izby w zakresie zarzutów wyrażonych w pkt 1-6 odwołania, Izba nie podzieliła również argumentacji odwołującego w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 jak też art. 91 ust. 1 p.z.p. Na podstawie zebranego materiału dowodowego Izba stwierdziła, iż zamówienia udzielono wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy a wyboru dokonano na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Izba, działając na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.) w związku z art. 187 ust. 1 ustawy Pzp, wydała w niniejszej sprawie orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uwzględniając w tym względzie uzasadnione koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie przedłożonego w toku rozprawy rachunku do akt sprawy.

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 późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....