

POSTANOWIENIE

z dnia 6 sierpnia 2020r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie.

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 6 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2020r. **przez odwołującego:** Konsorcjum: 1. Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. K. 86-065 Lisi Ogon, ul. Szczecińska 15-19 – Lider Konsorcjum 2.) P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P. M. Autoryzowana Stacja Obsługi Serwis Pojazdów Szynowych 89-100 Nakło nad Notecią Trzeciewnica ul. Powstańców Wlkp. 13 – Członek Konsorcjum w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego:** Polregio Sp. z o.o. Podlaski Zakład w Białymstoku; 15-397 Białystok ul. Kopernika 60

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez Konsorcjum: 1. Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. K. 86-065 Lisi Ogon, ul. Szczecińska 15-19 – Lider Konsorcjum 2.) P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P. M. Autoryzowana Stacja Obsługi Serwis Pojazdów Szynowych 89-100 Nakło nad Notecią Trzeciewnica ul. Powstańców Wlkp. 13 – Członek Konsorcjum tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2019 r. poz.1843) na niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Izba ustaliła

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Wykonanie czynności czwartego poziomu utrzymania (P4) wraz z pracami dodatkowymi elektrycznego zespołu trakcyjnego EN57AL-1543” nr PRTL4-251-06/2019.

Zgodnie z Ogłoszeniem zmian o zamówieniu z dnia 09.04.2020r. Dz. Urz. U. E. 2020/S 071-169 854 przedmiot zamówienia został zakwalifikowany do kodu CPV 502 220 00 „Usługi w zakresie napraw i konserwacji taboru kolejowego” (Sekcja II: Przedmiot II.1.2) Główny kod CPV). Czyli przedmiotem zamówienia są usługi a nie np. produkcja przez którą należy rozumieć wytworzenie towaru w celu sprzedaży (Wikipedia). Również ustawa Pzp rozgranicza pojęcia dostawy od usług co czyni definiując pojęcia w art.2 pkt 2) w zw. pkt 10), gdzie dostawami obejmuje między innymi sprzedaż, dostawy(w przypadku produkcji w rozumieniu dostaw - art. 605 k.c. w zw. z art. 14 ust.1 ustawy Pzp.) a usługi wyodrębnia od pozostałych świadczeń w tym dostaw.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych o wartości zamówienia powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp to jest 2.500.000,00zł. co stanowi równowartość kwoty 585.575,09 euro (informacja zamawiającego z dnia 9 czerwca 2020r – w aktach sprawy)

Zamawiający postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) ogłosił na stronie internetowej Ogłoszenie:

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/302197>

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. U.E. nr 2020/S 012-025087 z dnia 17 stycznia 2020 roku.

Odwolujący

Podstawę wniesienia odwołania stanowi art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „ustawą Pzp”.

zarzuty odwołania

Odwolujący zaskarżył czynność zamawiającego polegającą na:

- Wezwaniu odwołującego „Pismem zamawiającego” z dnia 29 maja 2020 r. do „przedłożenia Oświadczenia o posiadaniu upoważnienia do korzystania z dokumentacji stanowiącej przedmiot praw autorskich, będącego załącznikiem nr 7 do SIWZ.

Odwolujący na podstawie tej czynności zamawiającego, sformułował następujące zarzuty odwołania:

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie w postępowaniu przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 ustawy Pzp przepisów, tj.:

1. art. 25 ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy Pzp w zw. art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i § 2 ust. 4 lub § 13 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. 2016 r., poz. 1126 ze zm., dalej: „Rozporządzenie”) przez żądanie „Pismem Zamawiającego” z dnia 29 maja 2020 r. złożenia przez odwołującego oświadczenia, które nie jest niezbędne do przeprowadzenia postępowania (właściwie jest zbędne), t.j. „Oświadczenia o posiadaniu upoważnienia do korzystania z dokumentacji stanowiącej przedmiot praw autorskich będącego /Załącznikiem nr 7 do SIWZ” (dalej: „Oświadczenie”), w sytuacji, gdy:

a.z § 4 ust. 3 SIWZ wynika, że jeżeli do wykonania przedmiotu zamówienia dysponowanie prawami autorskimi i/lub licencją producenta do korzystania z dokumentacji pojazdu nie będzie niezbędne, nie ma potrzeby uzyskiwania zgód producenta, a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie, ponieważ do realizacji umowy nie jest niezbędne dysponowanie prawami autorskimi lub licencją producenta.

b.takie oświadczenie nie zostało w ogóle wymienione w § 7 SIWZ (określającym wykaz dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia), a również,

c. takiego oświadczenia nie przewiduje w.w. Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, a tym samym żądanie złożenia Oświadczenia o posiadaniu upoważnienia do korzystania z dokumentacji stanowiącej przedmiot praw autorskich jest niezgodne z ustawą Pzp, w.w. Rozporządzeniem, a w SIWZ nie określono bezwzględnego wymogu złożenia takiego Oświadczenia,

2. art. 25 ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp lub 26 ust. 3 ustawy Pzp przez niezasadne i bezpodstawne wezwanie odwołującego do przedłożenia tego Oświadczenia w sytuacji, gdy jego złożenie nie było konieczne i brak jest podstaw do jego złożenia,

3. art. 25 ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp lub 26 ust. 3 ustawy Pzp przez sformułowanie wezwania w sposób niejednoznaczny oraz zaniechanie określenia jego podstawy prawnej, co uniemożliwia odwołującemu dokonanie oceny jakie mogą nastąpić skutki prawne nie udzielenia na nie odpowiedzi oraz innych przepisów prawa wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

Wniosek co do rozstrzygnięcia odwołania

W świetle powyższych zarzutów odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, ponieważ ww. naruszenia mają istotny wpływ na wynik postępowania, a konsekwencji odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wezwania odwołującego „Pismem Zamawiającego” z dnia 29 maja 2020 r. (nr pisma PRTL4-251-06/2019) do „przedłożenia Oświadczenia o posiadaniu upoważnienia do korzystania z dokumentacji stanowiącej przedmiot praw autorskich, będącego załącznikiem nr 7 do SIWZ”;
2. powtórzenia stosownych czynności w zakresie prawidłowego badania i oceny ofert
3. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Interes we wniesieniu odwołania, odwołujący uzasadnił jak poniżej.

Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają

odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację. W niniejszym postępowaniu nie zaszyły przesłanki uzasadniającej wykluczenie odwołującego z postępowania. Odwołujący jest uczestnikiem postępowania, jego oferta została prawidłowo złożona i nie zawiera błędów. Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania, a tym samym istnieje możliwość wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący jest podmiotem ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego i ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że wbrew postanowieniom SIWZ i ustawy Pzp, w razie nieprzedstawienia przez odwołującego bezprawnie wymaganego przez zamawiającego Oświadczenia o posiadaniu upoważnienia do korzystania z dokumentacji stanowiącej przedmiot praw autorskich, istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że zamawiający wykluczy odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp (uznając, że jest to dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu) lub odrzuci jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodną z SIWZ.

Naruszenie wskazanych powyżej przepisów ma istotny wpływ na wynik postępowania, w czym należy równolegle upatrywać interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ wpływa to na sytuację prawną odwołującego w postępowaniu. Uchybienia mogą zostać naprawione poprzez nakazanie zamawiającemu wykonania czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami ustawy, przy uwzględnieniu zarzutów niniejszego odwołania.

Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia.

Termin na wniesienie odwołania, odwołujący uzasadnił jak poniżej.

Zgodnie z treścią art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie od czynności zamawiającego wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji w sposób określony w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

Zamawiający wezwał odwołującego „Pismem Zamawiającego” z dnia 29 maja 2020 r., niniejsze - odwołanie zostało wniesione w dniu 4 czerwca 2020 r., co oznacza dochowanie terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 Ustawy kopia niniejszego odwołania została przesłana zamawiającemu przed upływem terminu na wniesienie odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Zarzuty odwołania oparto o następujące postanowienia ustawy Pzp i siwz:

W § 6 SIWZ określono, że „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

- 1) nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art 24 ust 1 pkt 12-23 (z zastrzeżeniem art 138c ust 4 ustawy Pzp) oraz ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, w tym
- 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu określone w ust 2".

Zgodnie z ust. 2 zatytułowanym „Warunki udziału w Postępowaniu”, „Wykonawca biorący udział w postępowaniu musi wykazać że:

- 1) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał terminowo co najmniej 2 (dwie) umowy na wykonanie przeglądu czynności czwartego poziomu utrzymania lub czynności piątego poziomu utrzymania o wartości brutto umów w ww. zakresie nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł brutto każda;
- 2) jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejsza niż 1 000 000,00 zł.

Jak wynika bezspornie z powyższego zamawiający określił w niniejszym postępowaniu przytoczone powyżej dwa warunki udziału w postępowaniu.

Z kolei zgodnie z zamieszczonym w § 7 („Dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w Postępowaniu i brak podstaw wykluczenia”) ust. 2 dotyczącym „Wykazu dokumentów i oświadczeń i czasu ich złożenia”: „Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w § 6 ust. 1 i 2. (...) Oświadczenia lub dokumenty powinny być złożone w formie elektronicznej i podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym, zgodnie z §8”.

Zgodnie z § 7 ust. 4 i 5:

4.,, W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w § 6 ust 2 pkt 1, Wykonawca musi przedłożyć na wezwanie Zamawiającego wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usług zostały wykonane (sporządzony zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 4 do WIZ), oraz załączaniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o którym mowa, są referencje bądź inne

dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert Ponadto Wykonawca przedłoży na wezwanie Zamawiającego polisę ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej, o której mowa w § 6 ust 2 pkt 2.

5. W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w § 6 ust. 2 pkt 2, Wykonawca musi przedłożyć na wezwanie Zamawiającego dokumenty potwierdzające, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego”.

Jak wynika z powyższego, Zamawiający przewidział, że na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca jest zobowiązany przedłożyć wykaz usług i dokumenty potwierdzające, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

W § 7 zawierającym wykaz dokumentów i oświadczeń, które mają zostać złożone przez wykonawcę nie wymieniono Załącznika nr 7 - „Oświadczenia o posiadaniu upoważnienia do korzystania z dokumentacji stanowiącej przedmiot praw autorskich”. Takiego dokumentu nie przewiduje również Rozporządzenie.

Zamawiający nie określił w SIWZ czy Oświadczenie jest dokumentem przedmiotowym o którym mowa " w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ani nie wymienił go w § 7 w katalogu dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia. Informację o tym, że „wykonawca posiada upoważnienie do korzystania z dokumentacji stanowiącej przedmiot praw autorskich przysługujących producentowi pojazdów" zawarto jedynie w postanowieniach dodatkowych w § 6 SIWZ dotyczącym „podmiotowych warunków udziału w postępowaniu" - w ust. 11 SIWZ określono jedynie, że „wykonawca posiada upoważnienie do korzystania z dokumentacji stanowiącej przedmiot praw autorskich przysługujących producentowi pojazdów". Tego dokumentu nie wymieniono również w § 11 SIWZ zawierającym opis sposobu przygotowania oferty.

II. Zamawiający pismem z dnia 6 maja 2020 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dokumentów i oświadczeń wymaganych dla przedmiotowego zamówienia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W treści wezwania nie określono

Oświadczenia o posiadaniu upoważnienia do korzystania z dokumentacji stanowiącej przedmiot praw autorskich.-(pismo z dnia 6 maja 2020 r.)

Zamawiający w dniu 18 maja 2020 r. wezwał Odwołującego (pismo PRTL4-251-06/2019):

1.na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień odnośnie umowy polisy nr 912700277578",

2.na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp oraz postanowień § 6 ust. 11 SIWZ do złożenia Oświadczenia o posiadaniu upoważnienia do korzystania z dokumentacji stanowiącej przedmiot praw autorskich (pismo Zamawiającego z dnia 18 maja 2020 r.)

W odpowiedzi na ww. wezwanie w zakresie pkt 2 Wykonawca w piśmie z dnia 28 maja wskazał, że: „(...)w ocenie Wykonawcy - nie ma konieczności złożenia takiego oświadczenia, ponieważ dysponowanie prawami autorskim i/lub licencją producenta do dokumentacji pojazdu nie jest niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia.

Jak wskazano w § 4 ust 3 SIWZ tylko „ Jeżeli do wykonania przedmiotu zamówienia niezbędne okaże się dysponowanie prawami autorskim i/lub licencją producenta do dokumentacji Pojazdu, w przypadku gdy Zamawiający nie dysponuje przedmiotowymi prawami i/lub licencją, Wykonawca jest zobowiązany uzyskać stosowne zgody i przedłożyć je Zamawiającemu przed przystąpieniem do - realizacji zamówienia".

W § 5 ust. 3 umowy wskazano, że jeżeli do wykonania przedmiotu Umowy niezbędne okaże się dysponowanie prawami autorskim i/lub licencją producenta do dokumentacji pojazdu, w przypadku gdy Zamawiający nie dysponuje przedmiotowymi prawami i/lub licencją, Wykonawca jest zobowiązany uzyskać stosowne zgody i przedłożyć je Zamawiającemu przed przystąpieniem do realizacji Umowy".

Z powyższych postanowień jednoznacznie wynika, że w przypadku, gdy do wykonania przedmiotu zamówienia/Umowy dysponowanie prawami autorskimi i/lub licencją producenta do dokumentacji pojazdu nie będzie niezbędne, nie ma potrzeby uzyskiwania zgód o których mowa powyżej. Z taką ..., sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie, ponieważ do realizacji Umowy nie jest niezbędne dysponowanie prawami autorskimi lub licencją producenta. Jednocześnie wskazujemy, że Wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia zgodnie z postanowieniami Umowy oraz przekaże Zamawiającemu wszelką niezbędną dokumentację, a także licencje w zakresie wymaganym postanowieniami Umowy".

Tak się zamawiającemu na jego wezwanie oświadczył Odwołujący.

IV.Zamawiający w piśmie z dnia 29 maja 2020 r., w którym nie określono żadnej podstawy prawnej wskazał, że:

Jednocześnie Zamawiający podtrzymuje żądanie przedłożenia Oświadczenia o posiadaniu upoważnienia do korzystania z dokumentacji stanowiącej przedmiot praw autorskich, będącego załącznikiem nr 7 do SIWZ. Jest to jeden z podmiotowych warunków udziału w postępowaniu.

Wbrew stanowisku Wykonawcy, Zamawiający nie oczekuje od Wykonawcy legitymowania się prawami autorskimi czy licencją producenta do dokumentacji pojazdu. Przyjęcie powyższego założenia prowadziłoby w rezultacie do naruszenia zasady konkurencyjności i zawężenia grona potencjalnych wykonawców do podmiotów będących stroną umowy o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umowy o korzystanie z utworu na określonych polach eksploatacji. Opisana sytuacja nie ma miejsca w przedmiotowej sprawie. Prawo do korzystania z dokumentacji technicznej posiada swoistą wartość majątkową z uwagi na trudność w jej uzyskaniu i nakłady konieczne do jej opracowania. Wymóg umocowania Wykonawcy do korzystania z dokumentacji stanowiącej przedmiot praw autorskich podmiotu trzeciego, ma zatem na celu również zabezpieczenie pewności źródła pochodzenia dokumentacji technicznej pojazdu, która jest niezbędną do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy.

Mając na względzie powyższe, Zamawiający oczekuje złożenia stosownego oświadczenia, w terminie, do dnia 04.06.2020 r.”.

W ocenie Odwołującego, żądanie złożenia Oświadczenia o posiadaniu upoważnienia do korzystania z dokumentacji stanowiącej przedmiot praw autorskich, będącego załącznikiem nr 7 do SIWZ narusza przywołane w petitum niniejszego odwołania przepisy, ponieważ Zamawiający nie wymienił takiego Oświadczenia wprost w § 7 SIWZ zawierającym Wykaz dokumentów i oświadczeń składanych w postępowaniu, a także nie jest ono oświadczeniem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania w rozumieniu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, ani oświadczeniem wymienionym w w.w. Rozporządzeniu o rodzajach dokumentów. W świetle art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw do wykluczenia, a także spełnianie wymagań zamawiającego przez oferowane świadczenia, zamawiający ma obowiązek wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Z uwagi na to, że Zamawiający nie określił w SIWZ, ani w wezwaniu z dnia 29 maja 2020 r. czy ww. oświadczenie jest oświadczeniem o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 ustawy Pzp, Odwołujący z daleko posuniętej ostrożności zarzuca Zamawiającemu naruszenie obu tych przepisów.

Tak jak Odwołujący wskazał w odpowiedzi z dnia 28 maja 2020 r., w niniejszym postępowaniu nie ma konieczności złożenia takiego oświadczenia, ponieważ dysponowanie prawami autorskim i/lub licencją producenta do dokumentacji pojazdu nie jest niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia.

Należy zauważyć, że w § 4 ust. 3 SIWZ tylko wskazano: Jeżeli do wykonania przedmiotu zamówienia niezbędne okaże się dysponowanie prawami autorskim i/lub licencją producenta do dokumentacji Pojazdu, w przypadku gdy Zamawiający nie dysponuje przedmiotowymi prawami i/lub licencją, Wykonawca jest zobowiązany uzyskać stosowne zgody / przedłożyć je Zamawiającemu przed przystąpieniem do realizacji zamówienia".

Podobne postanowienie przewidziano również w § 5 ust. 3 umowy gdzie wskazano, że „jeżeli do wykonania przedmiotu Umowy niezbędne okaże się dysponowanie prawami autorskim i/lub licencją producenta do dokumentacji pojazdu, w przypadku gdy Zamawiający nie dysponuje przedmiotowymi prawami i/lub licencją, Wykonawca jest zobowiązany uzyskać stosowne zgody i przedłożyć je Zamawiającemu przed przystąpieniem do realizacji Umowy".

Odwołujący odnosząc się do cytowanych powyżej postanowień SIWZ stwierdza w odwołaniu jak poniżej.

Z powyższych postanowień jednoznacznie wynika więc, że w przypadku, gdy do wykonania przedmiotu zamówienia/Umowy dysponowanie prawami autorskimi i/lub licencją producenta do dokumentacji pojazdu nie będzie niezbędne, nie ma potrzeby uzyskiwania zgód o których mowa powyżej. Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie, ponieważ do realizacji Umowy nie jest niezbędne dysponowanie prawami autorskimi lub licencją producenta, ani też posiadanie uprawnienia do korzystania z dokumentacji technicznej stanowiącej przedmiot praw autorskich podmiotu trzeciego, a więc żądanie zamawiającego złożenia tego Oświadczenia jest nieuprawnione.

Swoje stanowisko odwołujący kwituje, jak poniżej.

V. W ocenie odwołującego, zapisy SIWZ w sposób jednoznaczny określają, że wykonawca nie ma obowiązku złożenia Oświadczenia o posiadaniu upoważnienia do korzystania z dokumentacji stanowiącej przedmiot praw autorskich, jednak z daleko posuniętej ostrożności oraz mając na uwadze, iż zamawiający w treści pisma z dnia 28 maja 2020 r. odniósł się do § 6 ust. 11 SIWZ, należy zauważyć, iż zgodnie z ugruntowanym w tym zakresie stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie, wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w związku z niezastosowaniem się do niejasnych wymagań SIWZ.

Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie przed otwarciem posiedzenia w dniu 06 sierpnia 2020r. wnosząc za pośrednictwem drogi elektronicznej pismo, w którym uwzględnił odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba ustaliła

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Wykonanie czynności czwartego poziomu utrzymania (P4) wraz z pracami dodatkowymi elektrycznego zespołu trakcyjnego EN57AL-1543” nr PRTL4-251-06/2019.

Zgodnie z Ogłoszeniem zmian o zamówieniu z dnia 09.04.2020r. Dz. Urz. U. E. 2020/S 071-169 854 przedmiot zamówienia został zakwalifikowany do kodu CPV 502 220 00 „Usługi w zakresie napraw i konserwacji taboru kolejowego” (Sekcja II: Przedmiot II.1.2) Główny kod CPV). Czyli przedmiotem zamówienia są usługi a nie np. produkcja przez którą należy rozumieć wytworzenie towaru w celu sprzedaży (Wikipedia). Również ustawa Pzp rozgranicza pojęcia dostawy od usług co czyni definiując pojęcia w art.2 pkt 2) w zw. pkt 10), gdzie dostawami obejmuje między innymi sprzedaż, dostawy(w przypadku produkcji w rozumieniu dostaw - art. 605 k.c. w zw. z art. 14 ust.1 ustawy Pzp.) a usługi wyodrębnia od pozostałych świadczeń w tym dostaw.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych o wartości zamówienia powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp to jest 2.500.000,00zł. co stanowi równowartość kwoty 585.575,09 euro (informacja zamawiającego z dnia 9 czerwca 2020r – w aktach sprawy)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. U.E. nr 2020/S 012-025087 z dnia 17 stycznia 2020 roku.

Na posiedzeniu z udziałem stron i przystępującego, stawający złożyli następujące wyjaśnienia i oświadczenia w związku z uwzględnieniem odwołania, jak i zapowiedzią wniesienia sprzeciwu przez przystępującego oraz wnioskiem opozycji ze strony odwołującego, złożonymi do protokołu, w związku z art.185 ust.4 ustawy Pzp., co do przystąpienia po stronie zamawiającego.

W związku ze złożeniem przed otwarciem posiedzenia pisma przez zamawiającego o uwzględnieniu odwołania, Izba na posiedzeniu odczytała maila z godz. 8:19 z dnia 06.08.2020

roku. Z treści maila wynika, że zamawiający przesyła pismo o uwzględnieniu odwołania z dnia 04.06.2020 roku. Następnie odczytano treść załączonego do maila pisma zamawiającego z 06.08.2020r., w którym uwzględnia odwołanie.

Po odczytaniu przez Izbę, obecnym na posiedzeniu pisma o uwzględnieniu odwołania, przystępujący zapowiada zgłoszenie sprzeciwu do czynności zamawiającego.

Z kolei pełnomocnik odwołującego po zapoznaniu się z pełnomocnictwem przystępujących podważał ich prawo do wniesienia sprzeciwu, w związku z treścią pełnomocnictwa. Według odwołującego skoro z treści odczytanego przez przystępujących pełnomocnictwa, wynika prawo do reprezentacji przed Krajową Izbą Odwoławczą, to nie obejmuje ono prawa do zgłoszenia wniosku sprzeciwu. Pełnomocnik zamawiającego pozostawił rozstrzygnięcie, złożonego do protokołu wniosku odwołującego co do braku pełnomocnictwa w zakresie sprzeciwu, do decyzji Izby.

Izba nie stwierdza, w związku z udzielonym pełnomocnictwem dla pełnomocników przystępującego o treści „do reprezentowania przystępującego przed Krajową Izbą Odwoławczą”, braku prawa po stronie tych pełnomocników do wniesienia sprzeciwu. W ocenie Izby „upoważnienie do reprezentacji przed Izbą” upoważnia do wszelkich czynności procesowych wynikających z ustawy Pzp. w tym obejmujących wniosek sprzeciwu przewidziany w art. 185 ust.5 ustawy.

Kolejno pełnomocnik odwołującego, składa do protokołu opozycję, podnosząc brak interesu po stronie przystępującego do rozstrzygnięcia odwołania na korzyść zamawiającego. Powołał się na okoliczność, że podstawą wniesienia odwołania jest pismo, które zamawiający skierował do odwołującego w dn.29.05.2020 roku wzywające do złożenia oświadczenia. W piśmie tym zamawiający wezwał odwołującego do złożenia oświadczenia o posiadaniu upoważnienia do korzystania z dokumentacji stanowiącej przedmiot praw autorskich przysługujących producentowi pojazdów (§ 6 ust.11 SIWZ). Wezwanie ma charakter formalny, dotyczy korespondencji i wymiany stanowisk między zamawiającym a odwołującym, co do braku żądania przez zamawiającego od odwołującego podstaw formalnych do takiego oświadczenia.

Izba ustaliła, na podstawie treści pisma zamawiającego z dnia 29 maja 2020r, że nie zawiera ono podstawy prawnej wezwania zamawiającego jak i pouczenia o sankcjach w przypadku nie spełnienia tegoż wezwania zamawiającego. Korespondencja od zamawiającego z dnia 29.05.2020r. do odwołującego ma charakter wyjaśniający (pismo załączone do odwołania), bowiem zamawiający nie podał ani podstawy prawnej wezwania, ani sankcji nie zastosowania

się do wezwania. W związku z wyznaczeniem przez zamawiającego terminu do złożenia oświadczenia na dzień 04.06.2020r. odwołujący w dniu 04.06.2020r. złożył odwołanie.

Zamawiający wezwał odwołującego najpierw 18.05.2020r. na co 22.05.2020r. odwołujący odmówił, po czym 29.05.2020r. po raz drugi zamawiający wezwał do złożenia oświadczenia (pisma załączone do odwołania). Przy czym w piśmie z dnia 18.05.2020r. zamawiający podał podstawę prawną wezwania to jest art.26 ust.1 ustawy Pzp. w zw. z § 6 ust.11 SIWZ, wzywając do złożenia Oświadczenia o posiadaniu upoważnienia do korzystania z dokumentacji stanowiącej przedmiot praw autorskich producenta.

Ostatecznie odwołujący w dniu 04.06.2020r., to jest na kolejne wezwanie zamawiającego (29.05.2020r.) do złożenia oświadczenia o prawie dysponowania dokumentacją techniczną chronioną prawem autorskim lub licencją producenta, złożył odwołanie.

Na okoliczność bezzasadności wniosku opozycyjnego, przystępujący złożył wyjaśnienia z których wynika, że pociągi podlegające naprawie i przeglądowi to pociągi z lat 60 tych i 70 tych PaFaWag Wrocław, który był producentem tych pociągów elektrycznych. Rzeczywistość jest taka, że praktycznie przy przeglądach na poziomie P5 pociąg jest rozbierany do ostatniej śrubki i praktycznie w tych pociągach nie ma już żadnej części oryginalnej, bo wszystko jest wymieniane po zużyciu, a także z uwzględnieniem postępu technologicznego, przy czym ten przegląd aktualny może nie jest rozkładaniem pociągu do ostatniej śrubki, bo jest to poziom P4, ale przy okazji musimy zrealizować rozporządzenie Ministra Transportu, który określił normy i standardy w przewozach pasażerskich w sprawie prowadzenia rejestrów oraz sposobu oznakowania pojazdów kolejowych, chodzi o systemy informatyczne, które trzeba wprowadzić do pociągu.

Stawający nie kwestionują tej okoliczności. I to są właśnie te roboty dodatkowe oprócz wykonania czynności 4 poziomu utrzymania.

W ocenie przystępującego czym innym jest dokumentacja powykonawcza, która jest przekazywana zamawiającemu, bo ona służy do właściwej eksploatacji i dokonywania napraw na różnych poziomach szczegółowości tych napraw. Natomiast oprócz dokumentacji powykonawczej jest dokumentacja konstrukcyjna pojazdu tworzona przy naprawie, konkretny poziom utrzymania, ale która nie jest przekazywana z dokumentacją powykonawczą, ona zostaje u tego kto robił remont. Przystępujący dodał, że ponoszone są dodatkowe koszty pracownicze i materiałowe, przy opracowywaniu tej dokumentacji.

Pełnomocnik zamawiającego zwrócił uwagę na różnorodność taboru, który dostaje się do przewozów regionalnych, ale również różnego stanu w zakresie dokumentacji technicznej, jej kompletności, a także praw inwestorów do jej posiadania, ponieważ nie było i nie ma

jednoznacznych norm, które regulują jaką dokumentację po naprawach, modernizacjach należy przekazywać inwestorowi i w bardzo wielu przypadkach to zależy od indywidualnego podejścia inwestora jakiej dokumentacji żąda od wykonawcy. Zdarzają się też takie sytuacje, że Polregio jest wykonawcą, bo ma do tego osoby i bazę.

Odwołujący popierając wniosek opozycyjny przywołuje w tym miejscu stanowisko zamawiającego, który w wyniku wielokrotnej analizy żądania złożenia oświadczenia o prawie wglądu do dokumentacji chronionej prawami autorskimi lub licencją stwierdził, że do zakresu przedmiotowego zadania takie oświadczenie, czyli wynikające z niego uprawnienie wykonawcy do zapoznania się, czy też dysponowania dokumentacją techniczną nie jest niezbędne. W związku z powyższym uwzględniając odwołanie powoduje zwolnienie odwołującego ze złożenia dotychczas wymaganego oświadczenia i uważa, że nie ma to wpływu na interes przystępujących, bowiem nie jest to kwestia wyboru naszej oferty tylko kwestia żądania określonych oświadczeń, a wykonawca przystępujący będzie miał prawo np. zaskarżyć czynność wyboru oferty odwołującego jeżeli zostanie wybrany. Uzupełniająco pełnomocnik odwołującego swoje stanowisko co do nie dopuszczenia przystępującego do postępowania opiera na uwzględnieniu odwołania i złożenia pisma z 06.08.2020, w którym w konsekwencji zwalnia odwołującego z obowiązku złożenia oświadczenia. Powyższe ma również wpływ na skuteczność opozycji przeciwko przystąpieniu do postępowania odwoławczego przystępującego. Ponadto podkreśla, że to zamawiający w związku z podnoszonym żądaniem dostarczenia oświadczenia rozważył kwestie konieczności tego oświadczenia, bo on jest dysponentem dokumentacji, czyli zna ją i na tej podstawie rozważył konieczność i celowość żądanego oświadczenia, rezygnując z żądania składania oświadczenia o dysponowaniu dokumentacją chronioną prawem autorskim czy też licencją.

Zamawiający pozostawił sprawę stanowiska co do uwzględnienia opozycji pod ocenę Izby, ponieważ w sytuacji gdy uwzględnia odwołanie w pewnym sensie rozumie sytuację przystępującego, którego interes nie jest już tożsamy z interesem zamawiającego, bowiem inna jest pozycja wykonawców konkurentów, a inna pozycja zamawiającego w związku z uwzględnieniem odwołania. Dlatego rozumiejąc interesy konkurencyjne przystępującego pozostawia kwestię pod ocenę Izby.

Przystępujący wypowiadając się końcowo do złożonego wniosku opozycji przez odwołującego podkreślił. Nadal wnosi o oddalenie wniosku opozycyjnego odwołującego, bowiem jest dwóch oferentów, którzy złożyli oferty i mamy interes, aby wezwanie do dostarczenia dokumentacji było wiążące dla odwołującego, bowiem jesteśmy przekonani, że on tej dokumentacji nie

posiada, a nawet gdyby ją miał, to w sposób „piracki” ją nabył, bowiem my jesteśmy od lat 50tych i 60tych tym podmiotem, tj. ZNTK (Zakład Naprawczy Taboru Kolejowego) i na przestrzeni tych lat do czasów obecnych dokonywał napraw przysłowiowych pociągów PaFaWagu i mamy większość dokumentacji z prowadzonych czynności przeglądów i napraw utrzymania taboru. Stąd nasz żywotny interes, aby żądać tego oświadczenia o dysponowaniu dokumentacją wchodzącą w zakres praw autorskich czy licencji, bo jesteśmy przekonani, że wykonawca ten nie dostarczy w sposób uprawniony tej dokumentacji, chociażby z tego powodu, że my jesteśmy posiadaczem autorskich praw majątkowych tych dokumentacji przez wytworzenie utworu, tj. od 50 lat robienia przeglądów przedmiotowych pojazdów elektrycznych zespołów trakcyjnych.

Izba dokonała następujących ustaleń na podstawie serwisu internetowego Wikipedia co do historii produkcji taboru kolejowego przez Pafawag Wrocław.

W 1954 r. Pafawag będący głównym producentem taboru kolejowego w Polsce wyprodukował swój pierwszy EZT. W 1961 r. – EW 53 (...). Z kolei EN57 – najdłużej produkowany w Polsce przez 32 lata wyprodukowano ponad 1.400 sztuk tego modelu. W 1997 r. Pafawag został kupiony przez Adtranz i już jako Adtranz- Pafawag wyprodukował swój ostatni EZT-ED73-001(...). W 2001 roku Adtranz został przejęty przez Bombardiera, który nie zdecydował się produkować EZT we wrocławskim zakładzie.

Tak więc producentem, co przyznali również stawający na posiedzeniu przez Izbą, był wrocławski Pafawag, który zamknął funkcjonowanie jako producent w 2001 roku. Przedmiotem zamówienia jak ustalono powyżej jest usługa „Wykonanie czynności czwartego poziomu utrzymania (P4) wraz z pracami dodatkowymi elektrycznego zespołu trakcyjnego EN57AL-1543” nr PRTL4-251-06/2019. Przedmiot zamówienia został zakwalifikowany do kodu CPV 502 220 00 „Usługi w zakresie napraw i konserwacji taboru kolejowego” (Sekcja II: Przedmiot II.1.2) Główny kod CPV).

Sporne żądanie zamawiającego dotyczyło złożenia oświadczenia o upoważnieniu do korzystania z dokumentacji stanowiącej przedmiot praw autorskich przysługujących producentowi pojazdów.

Reasumując ustalenia, zamawiający żądał oświadczenia na prawo korzystania z dokumentacji producenta pojazdów EN 57 to jest Pafawag Wrocław, który to zakład został zamknięty w 2001 roku.

Izba zważyła

Na podstawie dokonanych powyżej ustaleń Izby, wniosek opozycyjny odwołującego złożony w oparciu o treść art.185 ust.4 ustawy Pzp.(Izba uwzględniła opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w rozstrzygnięciu na korzyść strony do której przystąpił), skierowany przeciwko przystąpieniu po stronie zamawiającego, zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią przywołanego powyżej art.185 ust.4 ustawy Pzp. wniosek może zgłosić odwołujący lub zamawiający, nie później niż do czasu otwarcia rozprawy. Wniosek złożył odwołujący na posiedzeniu z udziałem stron, czyli przed otwarciem rozprawy. W związku z tym wniosek podlega rozpoznaniu jako złożony przez osobę uprawnioną, w terminie przepisem przewidzianym.

Merytoryczny wymóg pozytywnego rozpoznania wniosku sprowadza się do uprawdopodobnienia, że zgłaszający się do przystąpienia nie ma interesu w rozstrzygnięciu na korzyść strony do której przystąpił.

W niniejszej sprawie stroną do której wykonawca zgłasza przystąpienie jest zamawiający, który uwzględnił odwołanie przed otwarciem posiedzenia, czyli również przed otwarciem rozprawy, a przystępujący zapowiada sprzeciw przeciw uwzględnieniu odwołania.

Przy rozpoznaniu wniosku opozycyjnego co do przystąpienia, w tym przypadku po stronie zamawiającego, art.185 ust.4 ustawy przewiduje uprawdopodobnienie a nie udowodnienie braku interesu w rozstrzygnięciu na korzyść strony do której wykonawca przystępuje, czyli zamawiającego. Izba musiała ustalić czy przystępujący ma interes aby rozstrzygnięcie odwołania było na korzyść zamawiającego, czyli co do uprawnionego żądania od potencjalnych wykonawców prawa wglądu w dokumentację producenta elektrycznego zespołu trakcyjnego EN 75Al-1543 to jest Pafawag Wrocław, niezależnie czy to od odwołującego, czy to od przystępującego. Przy czym do uwzględnienia opozycji, jak powyżej wspomniano było wystarczającym uprawdopodobnienie, a nie udowodnienie przez odwołującego braku interesu w korzyści rozstrzygnięcia pozytywnego dla zamawiającego.

Stąd Izba nie może odmówić racji wnioskodawcy tylko z tego powodu, że nie przedstawił dowodów w znaczeniu procesowym, określonych w art. 190 ust.3 ustawy. Uprawdopodobnienie sprowadza się do oceny sytuacji objętej wnioskiem opozycyjnym według wiedzy i doświadczenia zawodowego rozstrzygającego co do faktów znanych z przywołaniem art. 190 ust.5 ustawy.

Izba przenosząc to na przedmiotowy wniosek w sytuacji przeznaczonego do remontu taboru zestawów elektrycznych z lat 60 i 70 - tych Państwowych Fabryk Wagonów PaFawag z Wrocławia, co potwierdzili zgodnie na posiedzeniu stawający, a co Izba powyżej przywołała jako oświadczenia i wyjaśnienia stawających na posiedzeniu Izby, ocenia jak poniżej.

Co do zasady to przyjął się w praktyce orzeczniczej Izby szeroko rozumiany interes wykonawcy przystępującego w tym wypadku po stronie zamawiającego, jeżeli to służy eliminacji konkurencji, w związku z brakiem naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, a mających wpływ na wynik postępowania i służący zwalczaniu konkurencji. Instytucja przystąpienia umożliwia wykonawcy przystępującemu po stronie zamawiającego do zajęcia lepszej pozycji konkurencyjnej, przez wyeliminowanie z postępowania przetargowego wykonawcy w tym przypadku odwołującego. Niemniej w każdym przypadku przy rozpoznawaniu opozycji należy mieć na uwadze treść obowiązujących zasad ustawy to jest uczciwej konkurencji jak i równego traktowania wykonawców czy też zasady proporcjonalności (atr.7 ust.1 ustawy).

Izba podzieliła argumentację odwołującego co do tego, że pozycja przystępującego w przypadku oddalenia odwołania czyli po umożliwieniu wniesienia sprzeciwu po dopuszczeniu przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego, wcale nie będzie obiektywnie korzystniejsza niż przy uwzględnieniu odwołania. Jak zaznaczył odwołujący rozstrzygnięcie merytoryczne odwołania czy to przez jego uwzględnienie, czy przez oddalenie nie będzie miało bezpośredniego wpływu na wykluczenie z postępowania odwołującego. W przypadku oddalenia odwołania wezwanie zamawiającego do złożenia oświadczenia będzie skuteczne wobec odwołującego, a co nie oznacza wprost eliminacji z postępowania odwołującego (wykluczenie odwołującego czy też odrzucenie jego oferty). W przypadku oddalenia odwołania, odwołujący zobowiązany byłby do złożenia oświadczenia, a jak na posiedzeniu sam przystępujący wskazał, że po stronie odwołującego może zaistnieć „piracki” sposób dostępu do dokumentacji objętej prawem autorskim/licencją producenta. Czyli sam przystępujący przyznał potencjalną możliwość odwołującego co do sprostania złożeniu oświadczenia. Tak więc słusznie pełnomocnik odwołującego podniósł w obronie wniosku opozycyjnego, że brak dopuszczenia przystępującego w niniejszym postępowaniu odwoławczym, nie pozbawia przystępującego w przyszłości zaskarżenia chociażby wyboru oferty odwołującego. Z racji obowiązującej zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i zasady proporcjonalności prawo przystąpienia po stronie zamawiającego służyłoby nadmiernemu wykorzystywaniu tych zasad przez zgłaszającego się do postępowania po stronie zamawiającego. Zasada uczciwej konkurencji nakazuje rywalizację pomiędzy wykonawcami nie za wszelką cenę tylko gdy zachowanie drugiego konkurenta jest nieuprawnione w relacji z

dobrymi praktykami ale przede wszystkim obowiązującymi normami prawa. Należy więc uznać, że przystępujący nie ma interesu być po stronie zamawiającego, w sytuacji gdy jego konkurent (odwołujący) domaga się rozstrzygnięcia nie tylko co do jego obowiązku, ale każdego wykonawcy. Bowiern odwołujący żąda zbadania czy zamawiający ma prawo żądać od wykonawc-y(ów) oświadczeń o prawie do korzystania z dokumentacji autorskiej/licencyjnej producenta przy zleceniu usługi (przeglądu, naprawy, modernizacji) w tym wypadku czynności czwartego poziomu utrzymania (P4), wraz z pracami dodatkowymi elektrycznego zespołu trakcyjnego EN 57AL-1543. Takie oświadczenie jest potencjalnym utrudnieniem w dostępie do zamówienia. Wykonawca, który zwalcza taki obowiązek działa nie tylko na swoją rzecz, ale każdego potencjalnego wykonawcy. W tym stanie rzeczy zwalczanie odwołania przez przystępującego naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji, którego dopuszczenie po stronie zamawiającego miałoby służyć zwalczaniu konkurencji za wszelką cen, bez racjonalnych przesłanek do zwalczania konkurencji.

Reasumując Izba postanowiła uwzględnić opozycję odwołującego o niedopuszczenie do postępowania po stronie zamawiającego zgłaszającego się przystępującego z uwagi na przedmiot odwołania, którym jest nieuprawnione w ocenie odwołującego wezwanie do złożenia zbędnego dokumentu.

Zatem rozpatrując opozycję w kontekście prawa wykonawcy do przystąpienia (popierania) do każdej czynności zamawiającego, która może eliminować konkurenta, Izba uznaje rozumienie w ten sposób prawa przystąpienia za nieuprawnione.

Jak wyżej podkreślono rozstrzygnięcie zarówno co do uwzględnienia odwołania jak i oddalenia odwołania nie rozstrzyga ostatecznie o sytuacji konkurentów w tym postępowaniu. Bowiern wcale nie jest wiadomym czy wykonawca odwołujący, którego odwołanie byłoby oddalone, wskutek sprzeciwu, nie przedstawiłby oświadczenia o dostępie do dokumentacji chronionej prawem autorskim.

Znaczenie ma tutaj okoliczność, przy uwzględnieniu tej opozycji, że zaskarżoną czynnością nie jest wykluczenie, czy odrzucenie, czy też zaniechanie tych czynności przez zamawiającego, a tylko taka czynność czy jej zaniechanie ma bezpośredni wpływ na eliminację konkurencji, a dalej wpływ na wynik postępowania.

Przedmiotem odwołania jest rozpatrzenie zagadnienia o naturze obiektywnej w związku z postanowieniami siwz a koniecznością dostępu do dokumentacji producenta przy wykonaniu

zamówienia. Również przystępujący ma interes w wyjaśnieniu zasadności postawionego żądania dostarczenia oświadczenia w związku z przedmiotem zamówienia, bo pomimo powoływania się na fakt posiadania dokumentacji wcale nie potwierdził na posiedzeniu, że posiada całość dokumentacji remontowej taboru kolejowego będącego przedmiotem zamówienia. Tym bardziej jak Izba ustaliła powyżej zgłaszający przystąpienie nie ma podstaw do posiadania dokumentacji producenta Pafawag we Wrocławiu, a jedynie może posiadać dokumentację przeglądów/naprawczą/modernizacyjną taboru kolejowego jako Zakład Naprawczy Taboru Kolejowego (ZNTK), co nie stanowi dokumentacji producenta.

Tym bardziej, jak już wyżej Izba zaznaczyła, również brak potwierdzenia czy odwołujący dostęp do dokumentacji nie posiada, bo jak stwierdził przystępujący mógł wejść w jej posiadanie w sposób „piracki”.

Natomiast, jak już również powyżej podkreślono, odwołujący w złożonym odwołaniu powołuje się na bezzasadność żądania posiadania dostępu do dokumentacji jako nieuzasadnionej w kontekście zakresu przedmiotu zamówienia, a nie faktycznego braku do niej dostępu, co skutkuje działaniem na rzecz wszystkich wykonawców a nie tylko w imieniu i na rzecz własną.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy Izba postanowiła nie dopuścić wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym, po stronie zamawiającego, mając na uwadze treść art.185 ust.4 ustawy.

Tym samym odwołujący uprawdopodobnił brak interesu po stronie zgłaszającego przystąpienie w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego.

W sentencji postanowienia nie wymienia się wykonawcy zgłaszającego przystąpienie, z uwagi na treść art.185 ust.4 ustawy, ponieważ na to postanowienie nie przysługuje środek zaskarżenia w formie skargi. Niemniej w celach dydaktycznych Zamawiający winien rozważyć udostępnienie postanowienia wykonawcy zgłaszającemu przystąpienie.

W związku z powyższym na podstawie art.186 ust.2 ustawy, wobec uwzględnienia odwołania i nie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp z zastrzeżeniem art.186 ust.6 pkt 1) ustawy Pzp. i § 5 ust.1 pkt 2) lit. a) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (j.t. z dnia 7 maja 2018r. Dz. U. z 2018r. poz.972) znosząc koszty wzajemnie i dokonując zwrotu odwołującemu kwoty uiszczanego wpisu od odwołania w wysokości 15.000,00 złotych. Izba nie uwzględniła wniosku kosztowego odwołującego nie znajdując podstawy prawnej do jego uwzględnienia, wobec wzajemnego zniesienia się kosztów na mocy art.186 ust. 6 pkt 1 ustawy.

Przewodniczący: