

Sygn. akt KIO/UZP 1420/07

POSTANOWIENIE*
z dnia 20 grudnia 2007r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Luiza Łamejko
Marek Koleśnikow
Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 18.12.2007r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: CTL Maczki – Bór Sp. z o.o., CTL TRAIN Sp. z o.o.; Sosnowiec, ul. Długa 90** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., Katowice, ul. Powstańców 30** protestu z dnia 07.11.2007r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego

- **Konsorcjum: PCC RAIL S.A., PCC Śląskie Linie Kolejowe Sp. z o.o.; Jaworzno ul. Bukowska 12 i**
- **Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego Holding S.A., Zabrze, ul. Wolności 337** po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: CTL Maczki – Bór Sp. z o.o., CTL TRAIN Sp. z o.o.; Sosnowiec, ul. Długa 90**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 1578 zł 0 gr (słownie: jeden tysiąc pięćset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum: CTL Maczki – Bór Sp. z o.o., CTL TRAIN Sp. z o.o.; Sosnowiec, ul. Długa 90**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 1500 zł 0 gr (słownie: jeden tysiąc pięćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: CTL Maczki – Bór Sp. z o.o., CTL TRAIN Sp. z o.o.; Sosnowiec, ul. Długa 90** na rzecz **Kompanii Węglowej S.A., Katowice, ul. Powstańców 30**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 18422 zł 0 gr (słownie: osiemnaście tysięcy czterysta dwadzieścia dwa złote zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: CTL Maczki – Bór Sp. z o.o., CTL TRAIN Sp. z o.o.; Sosnowiec, ul. Długa 90**

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

W wyniku otrzymanej pismem z dnia 29 października 2007 roku – doręczonej faksem dnia 31 października decyzji Zamawiającego o podtrzymaniu stanowiska dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej, o której to decyzji Zamawiający poinformował pismem z dnia 1 czerwca 2007r., tj. wyboru oferty Konsorcjum PCC jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu na „Kompleksową obsługę bocznic kolejowych KW S.A. w KWK „Bobrek-Centrum” ZG „Piekary” w okresie 36 miesięcy – dla obu zadań, w dniu 7 listopada 2007 roku do Zamawiającego wpłynęły dwa protesty:

- 1) Konsorcjum Wykonawców CTL Maczki Bór Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu i CTL Train Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu
- 2) Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego Holding S.A. z siedzibą w Zabrze

Pismem z dnia 12 listopada 2007 roku Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego Holding S.A. z siedzibą w Zabrze, na okoliczność uzyskania w dniu 8 listopada 2007 roku informacji o wniesieniu protestu przez Konsorcjum Wykonawców CTL Maczki Bór Sp. z o.o. oraz CTL Train Sp. z o.o. przystąpiło do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 9 listopada 2007r. Konsorcjum PCC Rail S.A. z siedzibą w Jaworznie i PCC Śląskie Linie Kolejowe Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie, na okoliczność uzyskania w dniu 8 listopada 2007 roku informacji o wniesieniu protestów przez Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego Holding S.A. z siedzibą w Zabrze oraz Konsorcjum Wykonawców CTL Maczki Bór Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz CTL Train Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu przystąpiło do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego.

W związku z tym, że Zamawiający do dnia 17 listopada 2007 roku nie poinformował Protestujących o rozstrzygnięciu złożonych protestów Protestujący uznali, iż Zamawiający pozostawił protesty bez rozpatrzenia, co w rozumieniu art. 183 ust. 3 ustawy Pzp uznaje się za ich oddalenie.

W dniu 22 listopada 2007r. Konsorcjum Wykonawców CTL Maczki Bór Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz CTL Train Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu złożyło odwołanie od oddalenia przez Zamawiającego protestu z dnia 7 listopada 2007r., w którym wnosi o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na Zadanie 1 i Zadanie 2, dokonanie czynności wykluczenia Wykonawców PCC Rail S.A. i PCC Śląskie Linie Kolejowe Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz odrzucenie złożonej przez nich oferty na Zadanie 1 i Zadanie 2 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,
- 2) dokonanie czynności wykluczenia Wykonawcy Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego Holding S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp oraz odrzucenie oferty na Zadanie 1 i Zadanie 2 tego Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,
- 3) dokonanie czynności i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu na Zadanie 1 i Zadanie 2 z ofert niepodlegających odrzuceniu w tym postępowaniu (art. 91 ust. 1 ustawy Pzp),

a w przypadku nie przychylenia się do stanowiska wnoszącego odwołanie jw. wnosi o:

- 4) unieważnienie postępowania zgodnie z przepisami art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5, 6 ustawy Pzp.

Zarzucając Zamawiającemu:

- 1) działanie polegające na wyborze jako najkorzystniejszej na Zadanie 1 i Zadanie 2 oferty Wykonawców Konsorcjum PCC Rail S.A. i PCC Śląskie Linie Kolejowe Sp. z o.o. i zaniechanie wykluczenia z postępowania wskazanych Wykonawców oraz odrzucenia ich oferty jest sprzeczne z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ w ofercie tych Wykonawców na dzień jej składania brak dokumentów potwierdzających spełnienie przez tych Wykonawców warunku podmiotowego udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganego do wykonania zamówienia, posiadania właściwych referencji, właściwego zaświadczenia o niekaralności Prezesa Zarządu PCC Śląskie Linie Kolejowe Sp. z o.o. dodatkowo potwierdzają, że Wykonawcy ci powinni zostać wykluczeni z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp a ich oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp
- 2) zaniechanie polegające na niewykluczeniu z postępowania Przedsiębiorstwa Transportu Kolejowego Holding S.A. oraz nieodrzuconiu oferty tego Wykonawcy, jest sprzeczne z art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ w ofercie tego Wykonawcy na dzień jej złożenia brak dokumentów potwierdzających spełnianie przez tego Wykonawcę warunków podmiotowych udziału w postępowaniu tzn. zaświadczenia Banku BPH S.A. o zdolności kredytowej tego Wykonawcy, polisy ubezpieczeniowej, a także zaświadczenia Naczelnika Urzędu Skarbowego – powyższy brak w dokumentacji oferty Przedsiębiorstwa Transportu Kolejowego Holding S.A. dodatkowo potwierdza, że Wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Wykluczenie PTK Holding S.A. powinno nastąpić również na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na złożenie nieprawdziwego oświadczenia o posiadaniu świadectwa bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej przez tego Wykonawcę.
- 3) zaniechanie żądania od Wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w ust. XI pkt 1 i 2 siwz, tj. świadectwa bezpieczeństwa dla przewoźnika kolejowego, świadectwa bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej oraz decyzji zezwalających na prowadzenie działalności w zakresie transportu kolejowego odpadów innych niż niebezpieczne o kodzie 010102, co bezwzględnie narusza postanowienia art. 26 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji, w ocenie Odwołującego, prowadzi do konieczności

unieważnienia postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,

- 4) dokonanie czynności niedozwolonej modyfikacji treści siwz, co narusza bezwzględnie art. 38 ust. 5 ustawy Pzp i w konsekwencji prowadzi do konieczności unieważnienia postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp

tj. Odwołujący podtrzymał zarzuty z protestu.

Odrzucając odwołanie, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 i 6 ustawy Pzp Izba stwierdziła jak poniżej.

Analizując dokumentację postępowania jak i opierając się na zeznaniach Odwołującego Izba ustaliła, iż zarzuty Odwołującego – Konsorcjum Wykonawców CTL Maczki Bór Sp. z o.o. oraz CTL Train Sp. z o.o. podniesione w treści odwołania z dnia 21 listopada 2007r. są zarzutami powtórzonymi z protestu złożonego Zamawiającemu dnia 11 czerwca 2007r.

W związku z powyższymi okolicznościami przewidziane przepisami art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp, tj. odwołanie odrzuca się, jeżeli Izba stwierdzi, że zostało wniesione przez Wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3 dotyczy czynności, które Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Za czynności takie w niniejszym postępowaniu uznać należy decyzję Zamawiającego o oddaleniu zarzutów (decyzja z dnia 20.06.2007r.), którą to Zamawiający oddalił zarzuty stawiane przez Odwołującego – Konsorcjum CTL.

Odnosnie zarzutu Odwołującego dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania PTK Holding S.A. i zaniechania odrzucenia ich oferty Izba stwierdziła, iż zachodzą przesłanki określone przepisem art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, tj. Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie.

Stanowisko Izby potwierdza fakt, iż Odwołujący powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia w momencie przekazania mu w dniu 5 czerwca 2007 informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący mógł zapoznać się z treścią oferty złożonej przez PTK Holding S.A. i już wtedy oprotestować czynność uznania ich oferty za niezgodną z postawionymi w siwz warunkami. Niezłożenie protestu w zakresie tych czynności stanowi uznanie ich za właściwe, co nie może skutkować wniesieniem skutecznego protestu a następnie odwołania w odpowiednio 8 listopada i 22 listopada 2007r. Dodatkowym argumentem potwierdzającym takie stwierdzenie jest fakt, iż Odwołujący zapoznał się z treścią oferty PTK Holding S.A. już w czerwcu 2007 roku i mógł

z całą stanowczością wnieść zarzuty podnoszone obecnie, a dotyczące świadectwa bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej.

W opinii doktryny [Prawo Zamówień Publicznych pod redakcją Tomasza Czajkowskiego - Komentarz wydanie drugie, Warszawa 2006] termin 7 dni do wniesienia protestu jest terminem zawitym, co oznacza, że jego bezskuteczny upływ skutkuje wygaśnięciem prawa uprawnionego do ponownego oprotestowania tej samej czynności lub tego samego zaniechania zamawiającego. Konsekwencją takiego charakteru prawnego terminu zawitego jest niemożność żądania jego przywrócenia. Czynnością Zamawiającego jest jego działanie podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które rodzi określone skutki prawne w tym postępowaniu. Czynnością zamawiającego jest np. opracowanie siwz, dokonanie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, a także wykluczenie wykonawcy, odrzucenie oferty, unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia. Z każdej z tych czynności wynikają, w zależności od ich charakteru, określone w ustawie skutki prawne.

Tym samym Izba uznała, że Odwołujący już na etapie poinformowania go przez Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej miał możliwość zapoznania się z ofertą firmy PTK Holding S.A. i postawienie zarzutu nieposiadania świadectwa bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej. Postawienie tego zarzuty dopiero w proteście z dnia 8 listopada 2007r. stanowi naruszenie 7 dniowego terminu zawitego na wniesienie protestu, gdyż wiadomość taką Odwołujący mógł powziąć już w czerwcu 2007r.

Reasumując, zarzuty podniesione przez Odwołującego w odwołaniu z dnia 21 listopada 2007r. jako bezprawne:

- 1) działanie Zamawiającego polegające na wyborze oferty najkorzystniejszej na Zadanie 1 i Zadanie 2 Wykonawców Konsorcjum PCC Rail S.A. i PCC Śląskie Linie Kolejowe Sp. z o.o. poprzez zaniechanie wykluczenia jako niespełniających warunków podmiotowych, tj. przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5
- 2) zaniechanie Zamawiającego polegające na nie wykluczeniu z postępowania PTK Holding S.A. jako niespełniającego warunków podmiotowych, tj. przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5

należy uznać jako wniesione na czynności, które Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, tj. spełniające przesłanki określone w art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp, co w konsekwencji skutkuje odrzuceniem odwołania.

Oдноśnie zarzutów dotyczących zaniechania Zamawiającego polegającego na nie wykluczeniu z postępowania PTK Holding S.A. jako niespełniającego warunków podmiotowych, tj. przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp i podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 przez złożenie nieprawdziwego oświadczenia o posiadaniu świadectwa bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej, należy uznać jako wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie, tj. spełniające przesłanki określone w art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, co w konsekwencji skutkuje odrzuceniem odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, z uwzględnieniem kosztów zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 1500 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **KATOWICACH**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*