

Sygn. akt KIO/UZP 410/08

KIO/UZP 415/08

**WYROK/ POSTANOWIENIE\***

**z dnia 14 maja 2008r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Trojanowska

**Członkowie:** Renata Tubisz  
Barbara Bettman

**Protokolant:** Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie\* w dniu/w dniach\* **14 maja 2008r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **7 maja 2008r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

**A. VolkerRail Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Al. Armii Krajowej 59**

**B. TORPOL sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Mogileńska 10g**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Polskie Koleje Państwowe Polskie Linie Kolejowe S.A. Oddział Regionalny we Wrocławiu, ul. Joannitów 13** protestów:

**A VolkerRail Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Al. Armii Krajowej 59** z dnia 7 kwietnia 2008r.

**B TORPOL sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Mogileńska 10g** z dnia 14 kwietnia 2008r.

Przy udziale **xxx** zgłaszającego/zgłaszających\* przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się, oraz **xxx** po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie TORPOL sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Mogileńska 10g**

**2. kosztami postępowania obciąża TORPOL sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Mogileńska 10g**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2032 zł 00 gr  
(słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy)  
z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
  - A** koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy)  
z kwoty wpisu uiszczonego przez **TORPOL sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Mogileńska 10g**
  - B** koszty w wysokości xxx zł xxx gr (słownie:xxx) z kwoty wpisu uiszczonego przez **xxx**
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie:xxx) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
  - A** kwoty xxx zł xxx gr (słownie:xxx) przez xxx  
na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu xxx
  - B** kwoty xxx zł xxx gr (słownie:xxx) przez **xxx**  
na rzecz **xxx**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu xxx
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie:xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym:
  - A** kwoty xxx zł xxx gr (słownie:xxx) przez **xxxx**
  - B** kwoty xxx zł xxx gr (słownie:xxx) przez **xxx**
- 4) dokonać zwrotu kwoty 37068 zł 00 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy sześćdziesiąt osiem groszy zero złoty)  
z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
  - A** kwoty 37068 zł 00 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy sześćdziesiąt osiem groszy zero złoty) na rzecz **TORPOL sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Mogileńska 10g**

**B** kwoty xxx zł xxx gr (słownie:xxx) na rzecz **xxxx**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę linii kolejowej E-30 na odcinku Wrocław – Legnica, szlak p. odg. Szczedrzykowice – Legnica tor nr 1 i 2 wraz z po. Jaśkowice i p. odg. Wielkie Piekary zostało wszczęte przez Polskie Koleje Państwowe Polskie Linie Kolejowe S.A. Oddział Regionalny we Wrocławiu, ul. Joannitów 13 – zwane dalej Zamawiającym ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 63-084999 w dniu 1 kwietnia 2008r.

W tym samym dniu na stronie internetowej Zamawiającego – [www.pkl-sa.pl](http://www.pkl-sa.pl) – zamieszczono specyfikację istotnych warunków zamówienia (w skrócie SIWZ).

W dniu 7 kwietnia 2008r. na treść SIWZ wniósł protest VolkerRail Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Al. Armii Krajowej 59 – zwany dalej Odwołującym I.

Odwołujący I zaskarżył treść specyfikacji w części, w jakiej Zamawiający dokonał opisu wymagań dotyczących kwalifikacji i doświadczenia personelu kierowniczego, a w szczególności kwalifikacji i doświadczenia Koordynatora Robót będącego Przedstawicielem Wykonawcy wskazanego w punkcie V A 2.1 .b.1, Kierownika Budowy- odpowiednio w punkcie V A 2.1 .b.2, Kierownika robót torowych - odpowiednio w punkcie V A 2.1.b.3, Kierownika robót sieciowych - odpowiednio w punkcie V A 2.1 .b.4, Kierownika robót elektroenergetycznych - odpowiednio w punkcie V A 2.1 .b.5, Kierownika robót telekomunikacyjnych - odpowiednio W punkcie V A 2.1 ,b.6, Kierownika robót z zakresu automatyki kolejowej - odpowiednio W punkcie V A 2.1.b,7, Kierownika robót mostowych w punkcie V A 2. I .b. 8 Warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów lub oświadczeń wymaganych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełnienia tych warunków przez wykonawców określonych w punkcie V A Tomu I SIWZ oraz w zakresie w jakim Zamawiający wymagał by uprawnienia posiadane przez ww. osoby były uprawnieniami „bez ograniczeń”. Odwołujący I zarzucił :

- naruszenie przepisu art. 7 ust, 1 oraz art. 22 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych Dz. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz 1655 – zwanej dalej ustawą poprzez nadanie specyfikacji treści, która narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż prowadzi do sytuacji, w której warunki przetargu jest w stanie spełnić ograniczona ilość podmiotów na rynku, a nadto warunki te nie są konieczne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, a ponadto również poprzez nieuzasadnione ograniczenie możliwości zatrudniania przez wykonawców osób

posiadających odpowiednie kwalifikacje zawodowe, które wymagane SA przez odrębne przepisy, w sytuacji gdy żaden przepis prawa na to nie zezwala,

- naruszenie § 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 06.87.605 z późn. zm. zwane dalej rozporządzeniem o dokumentach) polegające na ustanowieniu wymogu by personel kierowniczy, w szczególności Koordynator Robót będący przedstawicielem Wykonawcy, Kierownik Budowy, Kierownik robót torowych, Kierownik robót sieciowych, Kierownik robót elektroenergetycznych, Kierownik robót telekomunikacyjnych, Kierownik robót z zakresu automatyki kolejowej oraz Kierownik robót mostowych posiadali określone w liczbie wskazanych odpowiednio w pkt V A 2.1 .b.1, V A 2.1.b.2, V A 2.1.b.3, V A 2.1 b.4, V A 2.1.b.5, V A 2.1.b.6, V A 2.1.b.7, V 2.1.b.8 Tomu I SIWZ, lat doświadczenie zawodowe, co winno być według Zamawiającego wskazane w odpowiednich dokumentach przetargowych, których przepisy prawa nie przewidują oraz, iż by powyższe odpowiednie uprawnienia budowlane były „bez ograniczeń”, co z kolei nie jest zgodne z rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z 28 kwietnia 2006r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 06.83.578) zmienionego następnie Rozporządzeniem Ministra Budownictwa z dnia 5 listopada 2007r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 07.210.1528).

Odwołujący I wniósł o zmianę treści SIWZ poprzez usunięcie z niej postanowień niezgodnych z przepisami prawa i wskazanie, iż wystarczającym będzie legitymowanie się przez kierowników robót branżowych odpowiednimi uprawnieniami budowlanymi jedynie w zakresie swoich robót branżowych.

W dniu 7 kwietnia 2008r. Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym. W dniu 14 kwietnia 2008r. do postępowania protestacyjnego przystąpili wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie : Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Chodakowska 100 i Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury z siedzibą w Katowicach, ul. Mielęckiego 7, wnosząc o uwzględnienie protestu w całości.

W dniu 15 kwietnia 2008r. na treść SIWZ złożył protest także TORPOL sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Mogileńska 10g, zwany dalej Odwołującym II.

Odwołujący II zarzucił Zamawiającemu naruszenie :

a) art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy poprzez niezapełnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem opisu przedmiotu Zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję,

b) § 1 ust. 2.1 rozporządzenia o dokumentach, w szczególności poprzez arbitralne określenie, iż wykonawcy, którzy startują w postępowaniu o udzielenie zamówienia muszą wykazać się samodzielnym wykonaniem podanego zakresu robót :

- przebudowy odcinka linii dwutorowej, zelektryfikowanej o długości minimum 5 km wraz z robotami elektrotrakcyjnymi i odwodnieniem,
- przebudowy lub budowy minimum 3 obiektów inżynierskich takich jak mosty lub wiadukty kolejowe ( w rozumieniu instrukcji Id-2),
- minimum 1 przystanku osobowego,

o wartości łącznej nie mniejszej niż 20 mln EURO netto,

przy czym pod uwagę brane będą jedynie prace samodzielnie wykonane przez Wykonawcę w tym znaczeniu, że jeżeli w ramach danego zamówienia Wykonawca występował w konsorcjum lub korzystał z podwykonawców, to powinien wykazać, iż dane prace zostały wykonane przez niego, a nie przez podwykonawców lub innych członków konsorcjum.

Odwołujący II wniósł o dokonanie odpowiedniej modyfikacji SIWZ poprzez usunięcie z SIWZ słowa „samodzielnie” z zapisu w Tomie I – Instrukcja dla Wykonawców, pkt V.2.1.a oraz zapisu „pod uwagę brane będą jedynie prace samodzielnie wykonane przez Wykonawcę w tym znaczeniu, że jeżeli w ramach danego zamówienia Wykonawca występował w konsorcjum lub korzystał z podwykonawców, to powinien wykazać, iż dane prace zostały wykonane przez niego, a nie przez Podwykonawców lub innych członków konsorcjum.” i zapisu zalecającego, aby przedkładane dokumenty, potwierdzające, że wykonane przez wykonawców roboty, zostały należycie wykonane, zawierały m. in. co najmniej wskazanie zakresu wykonywanych robót.

W dniu 16 kwietnia 2008r. Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 17 kwietnia 2008r. do postępowania protestacyjnego przystąpił Odwołujący I i wniósł o uwzględnienie protestu. W dniu 18 kwietnia 2008r. przystąpił FEROCO S.A. z siedzibą w Poznaniu, ul. Chłapowskiego 19 wnosząc o uwzględnienie protestu.

Zamawiający w dniu 23 kwietnia 2008r. oddalił oba protesty w całości.

W dniu 28 kwietnia 2008r. obaj Odwołujący wnieśli odwołania od rozstrzygnięć dokonanych przez Zamawiającego. Podtrzymali w całości zarzuty wskazane w protestach.

Zamawiający pismem z dnia 13 maja 2008r. wniósł o odrzucenie odwołania Odwołującego II na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy podnosząc, iż kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu po upływie terminu do wniesienia odwołania (28 kwietnia 2008r.), tj. w dniu 30 kwietnia 2008r.

Odwołujący wniósł o oddalenie wniosków Zamawiającego i Przystępującego podnosząc, że wykładnia celowościowa przepisu art. 187 ust. 4 pkt 7 w związku z art. 184 ust. 2 ustawy

dokonywana przez część doktryny i orzecznictwa nie może być uznana za prawidłową i powinna być dokonana wykładnia gramatyczna tych przepisów prowadząca do wniosku, że termin „przekazanie” oznacza jedynie wysłanie, a nie doręczenie oraz, że projekt nowelizacji ustawy przewiduje zmiany powyższego przepisu, a nadto dyrektywa odwoławcza z 11 grudnia 2007r. nie została wdrożona w sposób prawidłowy, a w sprawie powinny mieć zastosowanie przepisy KPC statuujące teorię wysłania.

***Izba ustaliła i zważyła, co następuje :***

Izba stwierdza, że:

- 1) w sprawie mają zastosowanie przepisy ustawy, bo wartość szacunkowa zamówienia przekracza równowartość kwoty 412 000 euro i wynosi ok. 38 000 000 euro ,
- 2) odwołanie Odwołującego II zostało poprzedzone protestem,
- 3) protest i odwołanie Odwołującego II zostały wniesione bez uchybienia terminom określonym w ustawie,
- 4) Odwołujący II się powołuje się okoliczności, które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania wniesionego przez tego samego Odwołującego się w tym samym postępowaniu,
- 5) odwołanie Odwołującego II nie dotyczy czynności, które Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Izba stwierdza, że kopia odwołania została Zamawiającemu przekazana za pośrednictwem Poczty Polskiej S.A. listem poleconym nr zgodnie z kserokopią książki nadawczej załączonej do odwołania. Zamawiający otrzymał kopię odwołania w dniu 30 kwietnia 2008r., a więc po upływie terminu do wniesienia odwołania, który upłynął w dniu 28 kwietnia 2008r. Ustawodawca w art. 184 ust. 2 ustawy zobowiązał Odwołującego II do jednoczesnego przekazania kopii odwołania Zamawiającemu. "Jednoczesność", o której mowa w ww. przepisie nie oznacza jednoczesnego złożenia kopii odwołania w placówce pocztowej operatora pocztowego. Ustawodawca w tym przepisie operuje pojęciem cyt. "jednocześnie przekazując jego kopię Zamawiającemu".

Odwołujący II w odwołaniu z dnia 28 kwietnia 2008r. przedstawił dowód nadania na poczcie (przesyłkę zwykłą poleconą bez zwrotnego potwierdzenia odbioru) kopii odwołania do Zamawiającego, lecz nie przedstawił dowodu na okoliczność terminu doręczenia tej kopii Zamawiającemu. Z wyjaśnień Zamawiającego na posiedzeniu wynika, że otrzymał ją w dniu 30 kwietnia 2008r., a więc już po upływie terminu do wniesienia odwołania.

Zgodnie z linią orzecznictwa, zaprezentowaną w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30.01.2007r., kopia odwołania powinna trafić do Zamawiającego przed upływem terminu na wniesienie samego odwołania.

Wskazać należy, że wykładnia gramatyczna słowa „przekazać” nie jest na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych możliwa. Słownik języka polskiego ([www.sjp.pwn.pl](http://www.sjp.pwn.pl)) pod hasłem „przekazać” podaje :

1. powierzyć komuś coś
2. powtórzyć komuś jakąś informację, czyjeś polecenie, słowa itp.
3. wysłać jakiś bodziec, sygnał, impuls do jakiegoś urządzenia, narządu itp.
4. wpłacić pieniądze do banku lub na pocztę, zlecając wypłacenie ich temu, na czyje nazwisko lub konto zostały wpłacone

Ta definicja językowa nie pozwala na wykładnię pojęcia „przekazać” w sposób jednoznaczny definiując je odpowiednio jako „wysłać”, albo „doręczyć”. Analiza samej ustawy także nie przynosi właściwego wyniku, albowiem słowo przekazać pojawia się w niej w różnych przepisach i z różnym skutkiem np. art. 42 ust. 2 ustawy wskazuje, że specyfikację przekazuje Zamawiający w terminie 5 dni od daty otrzymania wniosku wykonawcy, przy czym jednolicie przyjęło się, że jest to termin wysłania, a nie doręczenia, ale już w art. 94 ust. 1 ustawy, gdzie mowa jest o zawarciu umowy ustawodawca stanowi, że umowę zawiera się w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty i tu jednolicie przyjmuje się, że początek biegu terminu liczony być musi od doręczenia zawiadomienia. Tym samym z uwagi na nieposłużenie się przez ustawodawcę innym bardziej jednoznacznym sformułowaniem konieczne jest posłużenie się wykładnią celowościową przepisu art. 184 ust. 2 w związku z art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy. Po pierwsze wskazać należy, że nie ma racji Odwołujący II twierdząc, że w art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy nie ma pojęcia termin, tak jak uczynił to ustawodawca w art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy, albowiem termin ten, choć wprost nie wyrażony, wynika z konieczności zgodności przekazania kopii z art. 184 ust. 2 ustawy. Ten zaś przepis stanowi o jednoczesności przekazania, a skoro jednocześnie, to w terminie do wniesienia odwołania, razem z nim. Dokonując w następnej kolejności wykładni celowościowej słowa „przekazać” użytego i w art. 184 ust. 2 ustawy jak i w art. 187 ust. 4 pkt. 7 ustawy należy wskazać, że celem ustawodawcy było, aby nie dopuścić do zawierania umów dotkniętych nieważnością. Oczywiście w przedmiotowej sprawie nie występuje sytuacja możliwości zawarcia umowy, albowiem nie upłynął jeszcze termin składania ofert. Jednakże ratio legis przepisu wynika z tego, że po upływie terminu do wniesienia odwołania Zamawiający może zawrzeć umowę na

etapie po upływie składania ofert. Celem ustawodawcy było uniknięcie sytuacji, w której na skutek braku wiedzy o wpłynięciu odwołania, którego uwzględnienie skutkowałoby unieważnieniem postępowania, została zawarta umowa. Taka umowa w przypadku unieważnienia postępowania w wyniku rozpoznania odwołania byłaby nieważna. Jeśli uwzględnić ten cel ustawodawcy słowo „przekazać” nie może być rozumiane inaczej niż „doręczyć”. W przeciwnym bowiem wypadku nie zachowany zostałby nadrzędny cel ustawy jakim jest zawarcie ważnej umowy. Nie można też interpretować terminu „przekazać” z art. 184 ust. 2 i art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy odmiennie w zależności od etapu postępowania, na którym składany jest środek ochrony prawnej.

Nadto zgodnie z art. 3 pkt 5 ustawy z dnia 12 czerwca 2003r. - Prawo pocztowe (Dz. U. Nr 130, poz. 1188 ze zm.) słowo "przekazać" należy utożsamiać z "doręczeniem". Nie można więc przyjąć za słuszną interpretację, że jednoczesne wysłanie kopii oraz odwołania do Prezesa UZP i Zamawiającego stanowi wypełnienie obowiązku określonego w art. 184 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, jeżeli kopia odwołania dotarła do wiadomości Zamawiającego po upływie ustawowego terminu do wniesienia odwołania. Jak najszybsze powiadomienie Zamawiającego służy zabezpieczeniu interesów wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz interesu publicznego.

Zapis skuteczności zachowania terminu poprzez złożenie w placówce pocztowej operatora publicznego został zastrzeżony wyłącznie dla wniesienia odwołania do Prezesa UZP. Odwołujący II wypełniłby obowiązek wynikający z art. 184 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, gdyby przesłał Zamawiającemu kopię odwołania e-mailem lub faksem w wymaganym terminie.

Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych przewiduje okres jej wdrożenia do 20 grudnia 2009r., dlatego nie można na dzień dzisiejszy przesądzać o nieprawidłowej transkrypcji dyrektywy przez prawo polskie i wywodzić z tego konieczności bezpośredniego stosowania dyrektywy. Nadto zgodnie z art. 174 ust. 7 ustawy członkowie KIO są związani przepisami obowiązującego prawa i nie mogą orzekać na podstawie nie uchwalonych projektów aktów prawnych. Należy także podzielić pogląd Zamawiającego, iż art. 184 ust. 2 zd. 2 ustawy jest przepisem szczególnym i wyłącza się stosowanie odpowiednie kpc, zwłaszcza wobec faktu, że art. 184 ust. 6 nie odsyła bezpośrednio do przepisów kpc o procesie, ale do przepisów kpc o sądzie polubownym.

Z uwagi na to, że Odwołujący II nie dołożył należytej staranności w tym zakresie należy uznać, że nie wypełnił dyspozycji art. 184 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.



O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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 niniejszy ~~wyrok~~/postanowienie\* w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....