

Sygn. akt KIO/UZP 1421/07

**WYROK**  
**z dnia 20 grudnia 2007r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

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

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18.12.2007r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego Holding S.A., Zabrze, ul. Wolności 337** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., Katowice, ul. Powstańców 30** protestu z dnia 07.11.2007r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego ~~xxx po stronie odwołującego się oraz~~ **Konsorcjum: PCC RAIL S.A., PCC Śląskie Linie Kolejowe Sp. z o.o.; Jaworzno ul. Bukowska 12** po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie i unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Kompanię Węglową S.A., Katowice, ul. Powstańców 30**

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 **Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego Holding S.A., Zabrze, ul. Wolności 337**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4578 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) przez **Kompanię Węglową S.A., Katowice, ul. Powstańców 30** na rzecz **Przedsiębiorstwa Transportu Kolejowego Holding S.A., Zabrze, ul. Wolności 337** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 **Przedsiębiorstwa Transportu Kolejowego Holding S.A., Zabrze, ul. Wolności 337**

### **U z a s a d 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 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 Zabrzu

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, 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) zaniechania żądania od Wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w pkt XI ppkt 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 Protestującego, 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. podtrzymał zarzuty z protestu.

Postanowieniem Izby z dnia 20 grudnia 2007r. odwołanie zostało odrzucone.

Dnia 21 listopada 2007r. Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego Holding S.A. złożyło odwołanie od oddalenia przez Zamawiającego protestu z dnia 7 listopada 2007r., w którym wnosi o uwzględnienie odwołania i:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum PCC dla obu zadań,
2. dokonanie powtórnej oceny oferty złożonej przez Konsorcjum PCC,
3. wykluczenie Konsorcjum PCC z postępowania oraz odrzucenie złożonej przez Konsorcjum PCC oferty.

Zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Konsorcjum PCC Rail S.A. i PCC Śląskie Linie Kolejowe Sp. z o.o. dla obu zadań w sposób sprzeczny z przepisami Pzp oraz zasadą równego traktowania wykonawców,
- 2) przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez ich niezastosowanie, a przez to błędne przyjęcie, że Konsorcjum PCC legitymuje się wiedzą i doświadczeniem, w zakresie wymaganym w SIWZ, jak również przez błędne przyjęcie, iż Konsorcjum PCC złożyło odpowiednie dokumenty potwierdzające nabycie doświadczenia,
- 3) przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum PCC, pomimo iż została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza unieważniając postępowanie na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zważyła, co następuje:

Zamawiający treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia uchybił przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych udziału w postępowaniu.

Postawione przez Zamawiającego w ust. XI pkt 1 i 2 siwz warunki brzmiały:

„O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki:

1. posiadają uprawnienia do wykonania określonej działalności lub czynności, tj. posiadają niezbędne świadectwa wynikające z Ustawy o transporcie kolejowym z dnia 28 marca 2003 roku [Dz. U. 03.86.789 z późn. zmianami], wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, tzn.:
  - a) świadectwo bezpieczeństwa dla przewoźnika kolejowego,
  - b) świadectwo bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej
2. posiadają decyzje zezwalające na prowadzenie działalności w zakresie transportu kolejowego odpadów innych niż niebezpieczne, o kodzie 010102 oraz 010412”.

W dalszej części specyfikacji Zamawiający wskazuje (ust. XIII) jakich żąda dokumentów w celu potwierdzenia opisanego warunku niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a następnie w ust. XIV wskazuje jakich dokumentów żąda w celu potwierdzenia opisanego warunku, że Wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Izba stwierdza, że w żadnym z postanowień specyfikacji Zamawiający nie wskazał jakie dokumenty Wykonawcy muszą złożyć w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu określonych w ust. XI pkt 1 i 2, co sprzeczne jest z przepisem art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten jasno określa, że Zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8.

Izba stoi na stanowisku, że skoro Zamawiający dokonał czynności bezprawnej, nie uwzględniając wytycznych przewidzianych przepisami ustawy Pzp, a obowiązujących wszystkich zamawiających, postępowanie niniejsze należy unieważnić.

Przykładem potwierdzającym stanowisko Izby jest orzeczenie Zespołu Arbitrów z dnia 24 stycznia 2006r. (UZP/ZO/0-138/06), w którym arbitrzy za powód unieważnienia postępowania uznali zaniechanie żądania dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganych uprawnień w postępowaniu, w którym ze względu na wartość zamówienia zamawiający był zobowiązany żądać od wykonawców dokumentów na potwierdzenie

spełnienia warunków udziału w postępowaniu (wyrok ZA z dnia 2 września 2005r., UZP/ZO/0-2395/05).

Kolejną przesłanką wskazującą na konieczność unieważnienia postępowania jest dokonana przez Zamawiającego niedozwolona modyfikacja treści siwz. Izba podtrzymuje stanowisko Zespołu Arbitrów z dnia 4 października 2007 roku – Wyrok uwzględniający odwołanie i nakazujący unieważnienie postępowania – sygn. akt UZP/ZO/0-1188/07 w sprawie z odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego Holding S.A. z siedzibą w Zabrze od oddalenia przez Zamawiającego Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach protestu z dnia 6 września 2007r.

Wskazana przez Odwołującego modyfikacja treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w istocie doprowadziła do niedopuszczalnej zmiany warunków podmiotowych udziału w postępowaniu. Zgodnie z przepisem art. 38 ust. 5 ustawy Pzp modyfikacja treści siwz nie może dotyczyć kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełnienia. Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp umowa o udzielenie zamówienia publicznego jest nieważna jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki określone przepisem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tj. postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Orzecznictwo dotyczące rozumienia przesłanki określonej w przepisie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp jest bardzo szerokie. I tak Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z dnia 10 czerwca 2005r. (X Ga 109/05/P1) uznał, że: *„należałoby (...) ocenić jako naruszenie przepisów ustawy mające wpływ na wynik postępowania, wprowadzenie innych niż wskazane w ogłoszeniu warunków udziału i sposobu ich oceny, zawsze bowiem spowoduje, że na rynku pozostaną podmioty, które nie miały możliwości dokonania samodzielnej, w warunkach uczciwej konkurencji oceny, czy podane warunki są w stanie spełnić, czy też nie, i dokonanie statecznej decyzji o przystąpieniu do udziału w postępowaniu”* (podobnie: postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 listopada 2005r. II Ca 941/05; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 stycznia 2005r. UZP/ZO/0-17/05; wyrok ZA z dnia 12 września 2005r. UZP/ZO/0-2500/05).

Jako, że Izba wzięła pod uwagę z urzędu okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - na podstawie art. 191 ust. 3 Pzp - orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, z uwzględnieniem kosztów zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3000 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 niniejszy wyrok - 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*