

Sygn. akt: KIO 2483/12

WYROK
z dnia 21 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow
Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 listopada 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **9 listopada 2012 r.** wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Karmar S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), (2) TOR-KAR-SSON Sp. z o.o., Sp. k. z siedzibą w Elblągu, (3) Z..... K....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo TOR-KAR-SSON Z..... K..... w Warszawie, adres pełnomocnika: al. Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Łódzka Kolej Aglomeracyjna Sp. z o.o., ul. Żeligowskiego 3/5, 90-752 Łódź**

przy udziale:

- A) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Przedsiębiorstwo „AGAT” S.A. z siedzibą w Koluszkach (pełnomocnik), (2) BinŻ S.A. z siedzibą w Bełchatowie, adres pełnomocnika: ul. Paderewskiego 1, 95-040 Koluszki zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;**
- B) wykonawcy Trakcja-Tiltra S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Karmar S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), (2) TOR-KAR-SSON Sp. z o.o., Sp. k. z siedzibą w Elblągu, (3) Z..... K....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo TOR-KAR-SSON Zbigniew Kargul w Warszawie, adres pełnomocnika: al. Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: **dwadzieścia** tysięcy złotych **zero** groszy) uiszczone przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Karmar S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), (2) TOR-KAR-SSON Sp. z o.o., Sp. k. z siedzibą w Elblągu, (3) Z..... K....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo TOR-KAR-SSON Z..... K..... w Warszawie, adres pełnomocnika: al. Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: **trzy** tysiące **sześćset** złotych **zero** groszy) przez odwołującego **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Karmar S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), (2) TOR-KAR-SSON Sp. z o.o., Sp. k. z siedzibą w Elblągu, (3) Z..... K....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo TOR-KAR-SSON Z..... K..... w Warszawie, adres pełnomocnika: al. Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Łódzka Kolej Aglomeracyjna Sp. z o.o., ul. Żeligowskiego 3/5, 90-752 Łódź** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2483/12

Uzasadnienie

Zamawiający Łódzka Kolej Aglomeracyjna Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Żeligowskiego 3/5, pokój 607, 90-051 Łódź wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »**Dostawa 20 sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania oraz projektowanie i budowa Zaplecza Technicznego w ramach projektu „Budowa systemu Łódzkiej Kolei Aglomeracyjnej»**«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16.03.2012 r. pod nrem 2012/S 53-087078.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 31.10.2012 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy TRAKCJA TILTRA S.A. z siedzibą w Warszawie;
- 2) wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Karmar SA z siedzibą w Warszawie, al. Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa (pełnomocnik), [2] Tor-Kar-Sson Sp. z o.o. Spółka Komandytowa z siedzibą w Elblągu i [3] Przedsiębiorstwo Tor-Kar-Sson Z..... K..... z siedzibą w Warszawie** na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz pkt 6.2.3.3 lit. a i c specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „specyfikacji” bez bliższego określenia).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **[1] Karmar SA z siedzibą w Warszawie, al. Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa (pełnomocnik), [2] Tor-Kar-Sson Sp. z o.o. Spółka Komandytowa z siedzibą w Elblągu i [3] Przedsiębiorstwo Tor-Kar-Sson Z..... K..... z siedzibą w Warszawie**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniosł

09.11.2012 r. do Prezesa KIO odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na nieprawidłowej ocenie ofert.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie:

- 1) **art. 22 ust. 1 pkt 3** Pzp przez uznanie, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu pomimo, że odwołujący wykazał, że spełniania warunki udziału w postępowaniu;
- 2) **art. 24 ust. 2 pkt 4** Pzp przez wykluczenie odwołującego z postępowania pomimo, że odwołujący wykazał, że spełniania warunki udziału w postępowaniu;
- 3) **art. 26 ust. 4** Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie udostępnienia odwołującego zasobów przez osoby trzecie;
- 4) **art. 7 ust. 1** Pzp przez naruszenie w toku postępowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 5) **art. 89 ust. 1 pkt 2** Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty TRAKCJA TILTRA S.A. z siedzibą w Warszawie, pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obowiązującej w przedmiotowym postępowaniu;
- 6) oraz innych przepisów wymienionych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego w zakresie oceny ofert;
- 2) dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę TRAKCJA TILTRA S.A.

Argumentacja odwołującego

1. Bezzasadność wykluczenia odwołującego

Zamawiający podnosi w piśmie zarzut, że dokumenty złożone przez odwołującego tj. oświadczenie podmiotu PNUIK oraz oświadczenie podmiotu BLOCK są nieprawidłowe, a w odniesieniu do nich „Wykonawca [odwołujący] nie mógł już zostać wezwany przez zamawiającego do kolejnego uzupełnienia prawidłowego oświadczenia”, w związku z powyższym „należało uznać, że wykonawca [odwołujący] nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt **6.2.3.3. lit. a** i **6.2.3.3. lit. c** specyfikacji”.

Powyższe rozumowanie jest pozbawione podstaw, a oparte na nim działanie zamawiającego nieprawidłowe. Ustawodawca dał zamawiającemu uprawnienie, aby działając w granicach prawa i uwzględniając uwarunkowania danego postępowania o udzielenie zamówienia, wskazać wykonawcom, w jaki sposób mają udowodnić korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego. Obowiązkiem zamawiającego jest jednoznaczne i wyczerpujące sformułowanie swoich wymagań w treści ogłoszenia i specyfikacji.

Zamawiający w **pkt 6.5** specyfikacji określił sposób, w jaki wykonawcy biorący udział w postępowaniu zobowiązani są do udowodnienia, że będą dysponowali zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia udostępnionymi przez inne podmioty w sposób zbieżny z treścią **art. 26 ust. 2b** Pzp. Zamawiający nie wskazał w specyfikacji żadnych dodatkowych wymagań w przedmiotowym zakresie. W związku z tym ocena dokumentów złożonych przez wykonawców dokonywana przez zamawiającego na podstawie wymogów nie określonych w treści ogłoszenia i specyfikacji jest niedopuszczalna, łamie zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Skoro zamawiający w **pkt 6.5** specyfikacji podał pisemne zobowiązanie do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia jedynie przykładowo to bezsprzecznie pisemne zobowiązanie osób trzecich o treści nie identycznej, ale analogicznej z treścią wskazaną w specyfikacji nie może zostać uznane za nieprawidłowe jedynie z uwagi na zastosowanie takich, a nie innych sformułowań. Kluczowe jest bowiem nie dokładne jego brzmienie, a treść.

Zamawiający pismem z 24.09.2012 r. (znak ŁKA-ZP-BH-3330-1306/12) wezwał odwołującego w trybie **art. 26 ust. 4** Pzp do złożenia wyjaśnień m.in. w zakresie osoby, której odwołujący zamierza powierzyć funkcję kierownika budowy (z treści tabeli – wykazu osób załączonej do oferty oraz samej oferty zdaniem zamawiającego nie wynikało jednoznacznie kto został wskazany na stanowisko kierownika budowy, a kto na stanowisko kierownika robót w zakresie kierowania robotami związanymi z budową, rozbudową lub przebudową kubaturowych obiektów przemysłowych). W ww. piśmie z 24.09.2012 r. zamawiający zażądał ponadto w trybie **art. 26 ust. 4** Pzp złożenia wyjaśnień w zakresie wskazania zakresu, oryginalnego brzmienia uprawnień budowlanych oraz stanowiska, na jakim doświadczenie posiadają osoby wskazane w ofercie jako kierownik budowy (Pan M..... K.....) oraz kierownik robót w zakresie kierowania robotami związanymi z budową lub przebudową sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (Pan M..... W.....).

W tym samym trybie zamawiający wezwał odwołującego także do wyjaśnienia na jakiej podstawie odwołujący dysponuje Panami M..... K..... oraz A..... Z....., w związku z faktem, że do oferty załączono zobowiązanie osoby trzeciej – Pana M..... K..... do udostępnienia swojej osoby odwołującemu celem realizacji zamówienia natomiast w treści wykazu osób załączonego do oferty osobę tę wskazano jako osobę pozostającą w zasobach odwołującego.

Zamawiający w ww. piśmie w żaden sposób nie kwestionował treści oświadczenia o udostępnieniu Pana M..... K..... tj. w szczególności nie poddawał w wątpliwość okresu udostępnienia tej osoby. W odpowiedzi na powyższe odwołujący w piśmie z 01.10.2012 r. (znak B/ZP/04/10/2012) przedstawił na stanowisko kierownika budowy Pana

A..... C..... Do ww. pisma odwołujący załączył uzupełniony wykaz osób, dokumenty potwierdzające posiadanie przez Pana A..... C..... wymaganych uprawnień, oraz oświadczenie o udostępnieniu osób zdolnych do wykonania zamówienia z 06.06.2012 r. podpisane przez osoby należycie umocowane do reprezentowania spółki Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o. – dalej „oświadczenie podmiotu PNUIK”.

Następnie zamawiający pismem z 15.10.2012 r. (znak ŁKA-ZP-BH-3330-1465/12) wezwał odwołującego w trybie **art. 26 ust. 3** Pzp do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu określonego w **pkt 6.2.3.3 lit. c** specyfikacji, wskazując, że Pan M..... W..... nie posiada wymaganych uprawnień do kierowania robotami związanymi z budową lub przebudową sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. W odpowiedzi na powyższe odwołujący w piśmie z 18.10.2012 r. przedstawił na stanowisko kierownika robót w zakresie kierowania robotami związanymi z budową lub przebudową sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych Pana D..... W..... Do ww. pisma odwołujący załączył uzupełniony wykaz osób, dokumenty potwierdzające posiadanie przez Pana D..... W..... wymaganych uprawnień oraz oświadczenie o udostępnieniu swoich zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia z 25.04.2012 r. podpisane przez należycie umocowane osoby reprezentujące podmiot BLOCK sp. z o.o. – dalej „oświadczenie podmiotu BLOCK”.

Analogicznie powyższa zasada ma zastosowanie do sytuacji, gdy wykonawca wzywany jest do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. W związku z powyższym należy uznać, że działanie odwołującego tj. zastąpienie pana M..... K..... osobą pana A..... C..... oraz zastąpienie Pana M..... W..... osobą Pana D..... W..... było prawidłowe i nie narusza przepisów ustawy. W związku ze stwierdzeniem omyłki w treści oferty w odniesieniu do osoby kierownika budowy oraz kierownika robót w zakresie kierowania robotami związanymi z budową lub przebudową sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych odwołujący był uprawniony do ich samodzielnego uzupełnienia nawet bez otrzymania stosownego wezwania od zamawiającego (jak to miało miejsce w przypadku osoby kierownika budowy), a jedynie po otrzymaniu wezwania do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Dodatkowo, z ostrożności odwołujący załącza korespondencję pomiędzy odwołującym a podmiotem PNUIK, z której to korespondencji jednoznacznie wynika, że podmiot ten udostępnił odwołującemu swoje zasoby w postaci osoby Pana A..... C..... na cały okres realizacji zamówienia.

a) W odniesieniu do podniesionego w piśmie zarzutu niespełnienia przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu tj. warunku określonego w **pkt 6.2.3.3 lit. a** specyfikacji należy podnieść, że twierdzenia zamawiającego w ww. zakresie są nieuzasadnione.

Powyższy warunek dotyczył dysponowania osobą kierownika budowy posiadającego stosowne uprawnienia oraz doświadczenie (**pkt 6.2.3.3. lit. a** specyfikacji).

Analiza treści oświadczenia podmiotu PNUIK prowadzi do wniosku, że należy je uznać za spełniające warunki określone w **art. 26 ust. 2b** Pzp, a więc prawidłowe. Określono w nim w sposób nie budzący wątpliwości podmiot udostępniający (podmiot PNUIK), wskazano komu podmiot ten swoje zasoby udostępnił (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia KARMAR S.A., TOR-KAR-SSON sp. z o.o. Sp. komandytowa, Przedsiębiorstwo TOR-KAR-SSON Z..... K.....), zakres (osoba zdolna do wykonania zamówienia Pan A..... C.....), datę (06.06.2012 r.), oraz czas udostępnienia (do wykonania zamówienia), a także prawidłowo przywołano postępowanie.

W dokumencie tym wskazano wyraźnie, że dotyczy on przedmiotowego zamówienia, a udostępnienie następuje „do wykonania zamówienia”. Wykładnia oświadczenia podmiotu PNUIK prowadzi do wniosku, że czas udostępnienia osoby Pana A..... C..... jest taki sam jak termin wykonania zamówienia.

Ponieważ w przedmiotowej sprawie podmiot trzeci, tj. podmiot PNUIK, udostępnił odwołującemu dokumenty potwierdzające posiadanie wymaganych uprawnień i doświadczenia przez Pana A..... C....., którą to osobą odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu należy uznać, że zobowiązanie dotyczyło udostępnienia do dyspozycji odwołującego tego potencjału (osoby zdolnej do wykonania zamówienia spełniającej warunki określone w **pkt 6.2.3.3 lit. a** specyfikacji) na cały okres korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia.

Dodatkowo, z ostrożności odwołujący ponosi, że nawet jeżeli dokument złożony zamawiającemu (oświadczenie podmiotu PNUIK) budzi wątpliwości zamawiającego, nic nie stało na przeszkodzie, aby zamawiający skorzystał z uprawnienia określonego w **art. 26 ust. 4** Pzp tj. wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień. Przywołana przez zamawiającego zasada jednokrotności wezwania odnosi się bowiem wyłącznie do przypadku określonego w art. 26 ust. 3 Pzp, który zezwala na jednokrotne wzywanie wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu. W przedmiotowej sprawie zamawiający nie skorzystał z ww. uprawnienia i nigdy nie wzywał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia prawidłowego dokumentu potwierdzającego spełnianie przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu określonego w **pkt 6.2.3.3 lit. a** specyfikacji (dot. kierownika budowy) czy też innego (jeżeli uznawał za nieprawidłowy złożony przez odwołującego) dokumentu udostępnienia osoby kierownika budowy przez podmiot trzeci (np. oświadczenia podmiotu PNUIK). Nie stało się tak pomimo, że jak wskazano powyżej odwołujący do oferty załączył

dokument o treści analogicznej, a więc zgodnie z twierdzeniami zamawiającego zawartymi w piśmie nieprawidłowej ze względu na rzekomy brak wskazania terminu udostępnienia (dokument udostępnienia pana M..... K.....). Jak wskazano powyżej zamawiający w odniesieniu do osoby kierownika budowy wezwał odwołującego w trybie **art. 26 ust. 4** Pzp jedynie do złożenia wyjaśnień dotyczących wątpliwości w zakresie wskazania w ofercie osoby, której odwołujący zamierza powierzyć funkcję kierownika budowy oraz funkcję kierownika robót w zakresie kierowania robotami związanymi z budową, rozbudową lub przebudową kubaturowych obiektów przemysłowych, a także wątpliwości co do oryginalnego brzmienia uprawnień budowlanych oraz doświadczenia i podstaw dysponowania przez odwołującego osobą Pana M..... K.....

Gdyby powyższe zastrzeżenia zamawiającego nie zostały ostatecznie rozwiane zamawiający nie tylko może, ale wręcz jest zobowiązany wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień celem ostatecznego potwierdzenia spełnienia przez niego warunku określonego w **pkt 6.2.3.3. lit. a** specyfikacji.

Skoro, jak stwierdzono w piśmie, zamawiających treść oświadczenia podmiotu PNUIK uznał za niepełną powinien był, działając w trybie określonym w **art. 26 ust. 4** Pzp, wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień nie bacząc na to, że odwołujący szeregu wyjaśnień w odniesieniu do kierownika budowy już udzielił. Uprzednio zakres wątpliwości i związanego z tym wezwania zamawiającego nie dotyczył kwestii okresu na jaki podmiot trzeci udostępnił odwołującemu osobę desygnowaną na stanowisko kierownika budowy (pomimo faktu, że dokument o analogicznej treści jak oświadczenie podmiotu PNUIK załączono do oferty).

Kwestia precyzyjnego określenia przez zamawiającego zakresu żądania kierowanego wobec wykonawcy ma ogromne znaczenie dla obu stron postępowania. Wykonawca nie może bowiem ponosić negatywnych konsekwencji nieprawidłowego lub nieprecyzyjnego wezwania.

Oznacza to, że zamawiający powinien wskazać w sposób precyzyjny, jakich konkretnie dokumentów oraz wyjaśnień żąda od wykonawcy. Skoro w przedmiotowej sprawie zamawiający w zakresie okresu udostępnienia osoby kierownika budowy przez osoby trzecie nie żądał od odwołującego ani wyjaśnień w trybie **art. 26 ust. 4** Pzp ani uzupełnień w trybie **art. 26 ust. 3** Pzp to nieprawidłowym jest czynienie wobec odwołującego zarzutu w związku z uznawaniem za niepełny dokumentu oświadczenia o udostępnieniu tej osoby. Nie można uznać, że w piśmie z 24.09.2012 r. (znak ŁKA-ZP-BH-3330-1306/12) lub w jakimkolwiek innym piśmie skierowanym do odwołującego zamawiający sformułował wobec odwołującego wątpliwość lub wskazał braki w złożonych mu przez odwołującego dokumentach w odniesieniu do kwestii terminu udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia przez osoby trzecie.

Dodatkowo, z ostrożności odwołujący załącza korespondencję pomiędzy odwołującym a podmiotem BLOCK, z której jednoznacznie wynika, że podmiot ten udostępnił odwołującemu swoje zasoby w postaci osoby Pana D..... W.....

W związku z powyższym należy uznać za nieprawidłowe działanie zamawiającego w odniesieniu do oświadczenia podmiotu PNUIK tj. uznanie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonego w **pkt 6.2.3.3 lit. a** specyfikacji i zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w trybie **art. 26 ust. 3 lub 4** Pzp. Treść oświadczenia podmiotu PNUIK nie jest nieprawidłowa, a jeżeli budzi wątpliwości, zamawiający zobowiązany był zgodnie z powyższym wyjaśnić czego zaniechał mimo, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu z innych przyczyn postępowanie nie podlega unieważnieniu, a odwołujący nie był w przedmiotowym zakresie wzywany przez zamawiającego do uzupełnienia oferty w trybie **art. 26 ust. 4** Pzp.

b) W odniesieniu do podniesionego w piśmie zarzutu niespełnienia przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu tj. warunku określonego w **pkt 6.2.3.3 lit. c** specyfikacji należy podnieść, że twierdzenia zamawiającego w ww. zakresie są nieuzasadnione.

Warunek ten dotyczył dysponowania osobą kierownika robót posiadającego stosowne doświadczenie oraz uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń (**pkt 6 2.3.3. lit. c** specyfikacji).

Oświadczenie podmiotu BLOCK należy uznać za prawidłowe. Spełnia ono wymogi określone w **art. 26 ust. 2b** Pzp. Określono w nim w sposób niebudzący wątpliwości podmiot udostępniający (BLOCK sp. z o.o.), postępowanie, zakres (zasoby w postaci wiedzy, doświadczenia i osób zdolnych do wykonania zamówienia), datę (25.04.2012 r.), czas udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci (cały czas wykonywania zamówienia), oraz wskazano komu podmiot ten swoje zasoby udostępnił (konsorcjum: KARMAR S.A., TOR-KAR-SSON sp. z o.o. Sp. komandytowa, Przedsiębiorstwo TOR-KAR-SSON Z..... K.....). Z treści ww. dokumentu wynika w sposób bezsporny, że spółka BLOCK sp. z o.o. udostępniła odwołującemu w przedmiotowym postępowaniu osoby zdolne do wykonania zamówienia, którymi dysponuje.

Brak wskazania konkretnej osoby (tj. Pana D..... W.....) w treści oświadczenia podmiotu BLOCK nie uprawnia do uznania go za nieprawidłowe oraz nie pozwala stwierdzić, że osoba ta nie została przez podmiot BLOCK udostępniona odwołującemu w związku z postępowaniem, a więc odwołujący nie spełnia warunku określonego w **pkt 6.2.3.3 lit. c** specyfikacji.

Fakt, że w oświadczeniu podmiotu BLOCK nie wskazano szczegółowo osoby Pana D..... W..... ograniczając się do ogólnego stwierdzenia udostępnienia

odwołującemu osób zdolnych do wykonania zamówienia objętego postępowaniem nie pozwala uznać, że dokument ten jest niepełny.

Co najwyżej zamawiający mógł mieć wątpliwości, które należało rozwiązać w trybie **art. 26 ust. 4** Pzp, przy czym zdaniem odwołującego wątpliwości takie są nieuzasadnione. Wynika to dodatkowo z faktu, że dokumenty dotyczące osoby Pana D..... W..... tj. załączona do pisma odwołującego z 18.10.2012 r. kopia uprawnień Pana D..... W..... zostały poświadczone za zgodność z oryginałem przez podmiot BLOCK nie zaś przez odwołującego. Odwołujący nie posiadał i nie wykazał upoważnienia do poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów podmiotu BLOCK, co jest konieczne mając na uwadze treść **§ 6 pkt 2** rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mają być składane (Dz. U. Nr 226 poz. 1817).

Skoro kopia uprawnień Pana D..... W..... została poświadczona za zgodność z oryginałem nie przez odwołującego a przez podmiot udostępniający odwołującemu swoje zasoby w postaci m.in. osób zdolnych do wykonania zamówienia to należało co najmniej domniemywać, że to właśnie ten podmiot udostępnia odwołującemu tę konkretną osobę mimo, że nie wymieniono jej z imienia i nazwiska w treści zobowiązania załączonego do pisma odwołującego z 18.10.2012 r.

Jeżeli zamawiający miał nadal wątpliwości w odniesieniu do zakresu udostępnienia określonego w oświadczeniu podmiotu BLOCK, to zamawiający zobowiązany był on do ich wyjaśnienia w trybie **art. 26 ust. 4** Pzp.

Dodatkowo, z ostrożności odwołujący przekazuje korespondencję między odwołującym a podmiotem BLOCK, z której jednoznacznie wynika, że podmiot ten udostępnił odwołującemu swoje zasoby w postaci osoby Pana D..... W..... na cały okres realizacji zamówienia objętego postępowaniem.

Dodatkowo odwołujący wskazuje, że zamawiający w trakcie oceny ofert poszczególnych wykonawców biorących udział w postępowaniu w sposób rażąco naruszył **art. 7 ust. 1** Pzp przez niezachowanie jednolitych kryteriów oceny **takich samych** dokumentów składanych przez poszczególne podmioty, a więc przez nierówne ich traktowanie. Poprawne oświadczenie podmiotu PNUIK oraz oświadczenie podmiotu BLOCK zostały przez zamawiającego uznane za nieprawidłowe w oparciu o drobne nieścisłości zaś dokument dotyczący udostępnienia przez podmiot DB Projekt swoich zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia złożony przez wykonawcę TRAKCJA TILTRA S.A. wraz z jego ofertą (str. 39 oferty TRAKCJA TILTRA S.A.) i następnie złożony ponownie po wezwaniu zamawiającego w trybie **art. 26 ust. 3** Pzp ostatecznie uznano za pełny i prawidłowy. Wskazać należy, że zarówno załączone do oferty wykonawcy TRAKCJA TILTRA S.A. oświadczenie podmiotu DB

Projekt, jak i oświadczenie tego podmiotu uzupełnione przez TRAKCJA TILTRA S.A. w piśmie z 27.09.2012 r. (znak TM 482/2012) nie zawiera daty, ani żadnego stwierdzenia odnoszącego się do dnia udostępnienia wykonawcy TRAKCJA TILTRA S.A. zasobów, co mając na uwadze treść **art. 26 ust. 2b** Pzp, w związku z **art. 26 ust. 3** Pzp ma szczególne istotne znaczenie dla uznania czy wykonawca TRAKCJA TILTRA S.A. spełniał warunki udziału w postępowaniu określone w **pkt 6.2.2.2.a.ii** oraz **pkt 6.2.2.2.b.ii** specyfikacji nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Z treści żadnego z przedstawionych przez wykonawcę TRAKCJA TILTRA S.A. dokumentów nie sposób wywnioskować daty udostępnienia wykonawcy TRAKCJA TILTRA S.A. swoich zasobów przez podmiot DB, a jednak zamawiający w piśmie z 24.09.2012 r. (znak ŁKA-ZP-BH-3330-1305/12) lub w jakimkolwiek innym piśmie kierowanym do tego wykonawcy nie zażądał od niego ani wyjaśnień, ani uzupełnień w tym zakresie, mimo że wezwał go do uzupełnienia m.in. oświadczenia podmiotu DB, z którego to oświadczenia jednoznacznie będzie wynikać, że podmiot ten zobowiązuje się do uczestnictwa w realizacji zamówienia. Uznać należy, że kwestia daty udostępnienia zasobów oraz daty wystawienia przedmiotowego dokumentu mimo przeprowadzenia analizy jego treści przez zamawiającego została przez niego (wbrew obowiązkowi określonym w przepisach ustawy) uznana za niewymagającą uzupełnienia ani nawet wyjaśnień.

Niekonsekwencja zamawiającego w odniesieniu do zasad oceny zobowiązań podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby uczestnikom postępowania prowadzi do sytuacji, gdy dokumenty poprawne uznano w piśmie za nieprawidłowe zaś dokumenty zawierające braki poddające w wątpliwość ich poprawność uznano za prawidłowe bez obowiązkowego zastosowania trybu określonego w **art. 26 ust. 4** Pzp.

II. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty spółki TRAKCJA TILTRA S.A.

Odwołujący podnosi, że mimo licznych i istotnych uchybień oferty w zakresie ich zgodności z specyfikacją, zamawiający nie odrzucił oferty tego wykonawcy na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2** Pzp.

Odwołujący wskazuje, że w kosztorysie ofertowym tego wykonawcy:

- 1) nie dokonano wyceny pozycji nr 4 „Szkolenia” (str. 68 i 80 oferty wykonawcy);
- 2) nie dokonano wyceny pozycji nr 5 „Instrukcje” (str. 68 i 81 oferty wykonawcy).

Odwołujący stwierdza, że w żadnym przypadku nie można zakwalifikować jako omyłek podlegających poprawieniu w oparciu o **art. 87 ust. 2 pkt 3** Pzp błędów w kosztorysie ofertowym wykonawcy TRAKCJA TILTRA S.A. wskazanych w pkt a i b powyżej. Wykonawca ten nie wycenił w kosztorysie ofertowym pozycji zamieszczając w kosztorysie dla tych pozycji jedynie opis, jednostkę miary i ilość jednostek.

Odwołujący wskazuje na treść **pkt 12.3** i **pkt 12.4** specyfikacji, które mają następujące brzmienie: „Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji”, „Ofertę składa się na Formularzu Oferty, którego wzór stanowi odpowiednio **Załącznik nr 2** do specyfikacji – dla części I zamówienia oraz **Załącznik nr 8** do specyfikacji – dla części II zamówienia. Formularz Oferty oraz pozostałe dokumenty, dla których zamawiający określił wzory winny być wypełnione zgodnie z tymi wzorami co do treści oraz opisu kolumn i wierszy”.

W przedmiotowej sprawie szczególnie ważne znaczenie ma także **pkt 15.3.2** oraz **pkt 15.3.3** specyfikacji, które mają następujące brzmienie: „Cena za wykonanie części II zamówienia powinna uwzględniać wszystkie możliwe koszty bezpośrednie i pośrednie, w tym koszt dokumentacji projektowej, koszty wszelkich uzgodnień i pozwoleń, koszt budowy obiektu hali przeglądowo-naprawczej wraz z infrastrukturą oraz koszt nadzoru autorskiego, w tym koszt wykonania dokumentacji projektowej i przebudowania układu torowego umożliwiającego wjazd i wyjazd z Zaplecza Technicznego oraz połączenie go z istniejącym układem torowym, jak również koszt przeszkolenia osób wskazanych przez zamawiającego z zakresu obsługi wyposażenia Zaplecza Technicznego, o którym mowa w II.B.6 Opisu Przedmiotu zamówienia – część I, stanowiącego **Załącznik nr 1** do specyfikacji”, „Składając ofertę na część II zamówienia wykonawca zobowiązany jest złożyć wypełniony formularz Rozbicia Ceny Ofertowej, zgodnie ze wzorem stanowiącym **Załącznik nr 9** do specyfikacji. Wykonawca winien wypełnić wszystkie pozycje Rozbicia Ceny Ofertowej”.

W cytowanym wyżej punkcie specyfikacji zamawiający stwierdził, że w przypadku niepodania ceny pozycji formularza ofertowego uzna, że te pozycje zostały włączone do innych pozycji wypełnionego Rozbicia Ceny Ofertowej.

Odwołujący wskazuje na uzupełniające odpowiedzi zamawiającego na pytania wykonawców. W piśmie z 25.05.2012 r. (znak ŁKA-ZP-BH-3330-672/12) w odpowiedzi na pytanie nr 9 (część II ww. pisma »Odpowiedzi na pytania wykonawców«, Zestaw nr 8, str. 72) zamawiający potwierdził, że »cena zamieszczona w ofercie jest łączną ceną ryczałtową za wykonanie kontraktu i powinna obejmować wszystkie pozycje wyszczególnione w treści tego załącznika. Konsekwentnie żadne pozycje wskazane w treści **Załącznika nr 7** do specyfikacji [Programu funkcjonalno-użytkowego] nie mogą być traktowane jako wyłączone z kwoty ryczałtowej, obejmującej całość przedmiotu zamówienia«.

Nie można w związku z tym przyjąć, że zasada wskazana w **pkt 15.3.3** specyfikacji stosowana może być również w przypadku braku cen pozycji Rozbicia Ceny Ofertowej (**Załącznik nr 9** do specyfikacji) stanowiących *de facto* rozdziały kosztorysu ofertowego, jak np. cała **Pozycja nr 4 SZKOLENIA** czy **Pozycja nr 5 INSTRUKCJE**. Nieuprawnione jest stwierdzenie, że prace wyszczególnione w tych pozycjach zostały wycenione w innych pozycjach, jako że we wskazanym **Załączniku nr 9** do specyfikacji innych, podobnych pozycji nie ma i jedyne co powinien w takiej sytuacji stwierdzić zamawiający, to fakt, że brak

wyceny pozycji stanowiącej w praktyce cały rozdział Rozbicia Ceny Ofertowej oznacza niezgodność treści oferty wykonawcy TRAKCJA TILTRA S.A. z treścią specyfikacji, czyli nieoferowanie przez wykonawcę TRAKCJA TILTRA S.A. wykonania szkoleń i instrukcji wymaganych przez zamawiającego. Dla tych pozycji w całym kosztorysie wykonawcy nie można znaleźć robót podobnych, a zatem niemożliwe jest ustalenie cen jednostkowych i wartości tych robót. Brak wypełnienia pozycji nr 4 oferty wykonawcy TRAKCJA TILTRA S.A. jest ponadto niezgodny z intencją zamawiającego wyrażoną nie tylko w specyfikacji, ale potwierdzoną dodatkowo w piśmie z 31 [maja] 2012 r. (znak ŁKA-ZP-BH-3330-703-12). W piśmie tym, w odpowiedzi na pytania wykonawców (odpowiedź na pytanie 1, część II ww. pisma »Pytania do treści specyfikacji«) stwierdzono, że »zamawiający uznaje za zasadne szkolenie osób wskazanych przez zamawiającego z zakresu obsługi wyposażenia do świadczenia usługi utrzymania technicznego pojazdów«.

Powyższe stanowisko zamawiającego należy uznać za odnoszące się także do zamówienia w związku z treścią klauzuli 5.7 WS **Załącznika nr 13** do specyfikacji. Ze względu na powyższe, mając na uwadze treść **pkt 18.2.1** specyfikacji, zamawiający nie mógł uznać tych braków za omyłki podlegające poprawie przez zamawiającego w trybie określonym w **art. 87 ust. 2 pkt 3** Pzp. Poprawa ich oznaczałaby bowiem zmianę treści oferty Wykonawcy.

Zsumowana wartość niewycenionych przez wykonawcę TRAKCJA TILTRA S.A. pozycji w ofercie odwołującego wynosi 163 380,91 zł, a więc należy uznać, że gdyby wykonawca TRAKCJA TILTRA S.A. je wycenił, to ich łączna wartość wskazana w kosztorysie ofertowym byłaby analogiczna, a tym samym oferta wykonawcy TRAKCJA TILTRA S.A. byłaby o zbliżoną kwotę wyższa.

Zgodnie z postanowieniami **pkt 18.2.9** specyfikacji w związku z **art. 89 ust. 1 pkt 2** Pzp zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę w sytuacji, gdy nie jest ona zgodna ze specyfikacją. Zamawiający nie ma możliwości ustalić cen jednostkowych dla 2 pozycji kosztorysowych będących *de facto* rozdziałami kosztorysu, co jest bardzo istotne, bo czyni niemożliwym rozliczenie tych robót po ich wykonaniu.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **0911.2012 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **12.11.2012 r.** (art. 185 ust. 1 Pzp).

Wykonawca TRAKCJA TILTRA S.A. z siedzibą w Warszawie **13.11.2012 r.** zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku

wniesienia odwołania: 1) Prezesowi KIO oraz przesłał kopie zgłoszenia 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **[1] Przedsiębiorstwo „AGAT” S.A. z siedzibą w Koluszkach (pełnomocnik)** i **[2] BinŻ S.A. z siedzibą w Bełchatowie 15.11.2012 r.** zgłosili przystąpienie po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania: 1) Prezesowi KIO oraz przesłali kopie zgłoszenia 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego (dowód nr 2) oświadczenie podmiotu BLOCK o udostępnieniu pracownika pana D..... W..... i oświadczenie podmiotu PNUIK o udostępnieniu pana A..... C..... na okoliczność, że wykonawca dysponował potencjałem podmiotu trzeciego zgodnie z treścią wynikająca art. 26 ust. 2b Pzp oraz pkt 6.2.3.3 lit. a i pkt 6.2.3.3 lit c specyfikacji – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że uregulowania dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) są bezsporne.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty naruszenia: (1) **art. 22 ust. 1 pkt 3** Pzp przez uznanie, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, (2) **art. 24 ust. 2 pkt 4** Pzp przez wykluczenie odwołującego z postępowania i (3) **art. 26 ust. 4** Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie udostępnienia odwołującemu zasobów przez inne podmioty – nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający wymagał w pkt **6.2.3.3. lit. a** specyfikacji aby wykonawcy wykazali dysponowanie kierownikiem budowy posiadającym określone uprawnienia budowlane i co najmniej 5 letnie wskazane doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót i w pkt i **6.2.3.3. lit. c** specyfikacji aby wykonawcy wykazali dysponowanie kierownikiem robót posiadającym określone uprawnienia budowlane i co najmniej 3 letnie wskazane doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót.

Zamawiający wezwał 24 września 2012 r. odwołującego do dokonania wyjaśnień i uzupełnienia oferty. Odwołujący 1 października 2012 r. uzupełnił ofertę wskazując jako nowe osoby – panów C..... i W..... .

Ponadto zamawiający 15 października 2012 r. ponownie wezwał o złożenie wyjaśnień i uzupełnienie oferty – zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, jednak tylko odnośnie pana M..... W....., mimo że został on zastąpiony panem W..... i do niego nie było żadnych wystąpień.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający ma obowiązek jeden raz wystąpić do wykonawców o uzupełnienie dokumentów odnośnie niespełnienia określonego warunku, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Przepis ten jest niewątpliwie wyjątkiem od reguły składania oferty w terminie określonym pierwotnie w ogłoszeniu przez zamawiającego i następnie oferta nie podlega już zmianom czy uzupełnieniom. Takie stanowisko Izby jest również zgodne z unormowaniem art. 84 ust. 1 Pzp, na którego podstawie wykonawca może zmienić lub wycofać ofertę, ale może tego dokonać jedynie przed upływem terminu do składania ofert.

W związku z wyjątkowym charakterem unormowania art. 26 ust. 3 Pzp, nie można wymagać wezwania do uzupełnienia wielokrotnie w stosunku do tego samego wykonawcy w zakresie tego samego rodzaju dokumentów. Dlatego zamawiający nie mógł wezwać wykonawcy o uzupełnienie dokumentów dotyczących zmienionych już podmiotów, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. W przypadku zmiany – zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp – podmiotów (czy innych warunków) w ofercie, na wykonawcy ciąży obowiązek złożenia wszystkich dokumentów w taki sposób, aby nie było wątpliwości, że dokumenty te spełniają odpowiednie warunki postawione w specyfikacji.

Zobowiązania podmiotu PNUIK odnośnie – zmienionego w stosunku do pierwotnej oferty – pana C..... i podmiotu BLOCK odnośnie – zmienionego w stosunku do pierwotnej oferty – pana W..... nie wskazują ściśle, na jaki okres i dla jakich celów będą te osoby udostępnione. Dokumenty złożone przez odwołującego nie udowodniły dysponowania w określonym zakresie i czasie tymi podmiotami.

W tym stanie rzeczy zamawiający nie był obowiązany do ponownego wezwania o uzupełnienie dokumentów dotyczących zmienionych osób, które miały spełniać warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Skład orzekający Izby stwierdza, że wobec braku właściwego złożenia wszystkich dokumentów dotyczących zmienionych osób, zamawiający nie miał już obowiązku ani uprawnienia wzywać do uzupełnienia dokumentów, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, i miał obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Również wykonawca powinien na podstawie dokumentów załączonych do oferty – czy uzupełnionych, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp – wykazać, że spełnia warunki postawione w specyfikacji. Jediną możliwością uzupełnienia oferty jest możliwość wskazana w art. 26 ust. 3 Pzp, a nie można uzupełniać oferty w wyniku wyjaśnień złożonych na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. Dlatego wobec braków w ofercie, uzupełnionej zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, bezprzedmiotowe było wzywanie wykonawcy do wyjaśnień przez zamawiającego.

Wobec powyższego zarzuty naruszenia (1) **art. 22 ust. 1 pkt 3** Pzp, (2) **art. 24 ust. 2 pkt 4** Pzp i (3) **art. 26 ust. 4** – nie mogą zostać uwzględnione.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia **art. 7 ust. 1** Pzp – przez naruszenie w toku postępowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – nie zasługuje na uwzględnienie.

Od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, które nastąpiło 2 marca 2004 r. nie obowiązuje przepis art. 79 ust. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (ostatnie miejsce publikacji Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, Nr 113, poz. 984 i Nr 197, poz. 1661 oraz z 2003 r. Nr 2, poz. 16, Nr 130, poz. 1188 i Nr 165, poz. 1591), który to przepis miał następujące brzmienie: *»Dostawcom lub wykonawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówień, przysługują środki odwoławcze przewidziane w niniejszym rozdziale«*. Natomiast pod rządami ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych odwołujący [i protestujący] mieli obowiązek wskazać naruszenie którejś z zasad udzielania zamówień.

Jednak wobec obecnie obowiązującego art. 179 ust. 1 Pzp w brzmieniu *»Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy«*, odwołujący jest zobowiązany wykazywać naruszenia zasad zamówień publicznych dla skutecznego wniesienia odwołania i rozpoznania odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W rozpoznawanej sprawie odwołujący przywołał tylko naruszenie ogólnej zasady sformułowanej w art. 7 ust. 1 Pzp bez uzasadnienia. Zarzut naruszenia zasady postępowania bez odniesienia naruszenia do skonkretyzowanej czynności czy do skonkretyzowanego zaniechania określonych normą przepisu szczególnego nie znajduje potwierdzenia.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2** Pzp – przez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TRAKCJA TILTRA S.A. pomimo, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący podnosi, że w kosztorysie ofertowym wykonawcy TRAKCJA TILTRA S.A.:

- 1) nie dokonano wyceny pozycji nr 4 „Szkolenia” (str. 68 i 80 oferty wykonawcy);
- 2) nie dokonano wyceny pozycji nr 5 „Instrukcje” (str. 68 i 81 oferty wykonawcy).

Odwołujący wskazuje na treść **pkt 12.3** i **pkt 12.4** specyfikacji, które mają następujące brzmienie: „Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji”, „Ofertę składa się na Formularzu Oferty, którego wzór stanowi odpowiednio **Załącznik nr 2** do specyfikacji – dla części I zamówienia oraz **Załącznik nr 8** do specyfikacji – dla części II zamówienia. Formularz Oferty oraz pozostałe dokumenty, dla których zamawiający określił wzory winny być wypełnione zgodnie z tymi wzorami co do treści oraz opisu kolumn i wierszy”.

Ponadto znaczenie mają **pkt 15.3.2** oraz **pkt 15.3.3** specyfikacji: „Cena za wykonanie części II zamówienia powinna uwzględniać wszystkie możliwe koszty bezpośrednie i pośrednie, w tym koszt dokumentacji projektowej, koszty wszelkich uzgodnień i pozwoleń, koszt budowy obiektu hali przeglądowo-naprawczej wraz z infrastrukturą oraz koszt nadzoru autorskiego, w tym koszt wykonania dokumentacji projektowej i przebudowania układu torowego umożliwiającego wjazd i wyjazd z Zaplecza Technicznego oraz połączenie go z istniejącym układem torowym, jak również koszt przeszkolenia osób wskazanych przez zamawiającego z zakresu obsługi wyposażenia Zaplecza Technicznego, o którym mowa w II.B.6 Opisu Przedmiotu zamówienia – część I, stanowiącego **Załącznik nr 1** do specyfikacji”, „Składając ofertę na część II zamówienia wykonawca zobowiązany jest złożyć wypełniony formularz Rozbicie Ceny Ofertowej, zgodnie ze wzorem stanowiącym **Załącznik nr 9** do specyfikacji. Wykonawca winien wypełnić wszystkie pozycje Rozbicia Ceny Ofertowej”.

Zsumowana wartość niewycenionych przez wykonawcę TRAKCJA TILTRA S.A. pozycji w ofercie odwołującego wynosi 163 380,91 zł, a więc należy uznać, że gdyby wykonawca TRAKCJA TILTRA S.A. je wycenił, to ich łączna wartość wskazana w kosztorysie ofertowym byłaby analogiczna, a tym samym oferta wykonawcy TRAKCJA TILTRA S.A. przez zastosowanie wyższej kwoty byłaby wyższa od pierwotnie przedstawionej w ofercie.

Zgodnie z **art. 89 ust. 1 pkt 2** Pzp i postanowieniami **pkt 18.2.9** specyfikacji zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę w sytuacji, gdy nie jest ona zgodna ze specyfikacją. Zamawiający nie ma możliwości ustalić cen jednostkowych dla 2 pozycji kosztorysowych będących *de facto* rozdziałami kosztorysu, co jest bardzo istotne, bo czyni niemożliwym rozliczenie tych robót po ich wykonaniu.

Odwołujący nie wziął pod uwagę treści postanowienia 15.3.3 specyfikacji. Zamawiający przewidział sytuację złożenia oferty bez wypełnienia wszystkich pozycji przez wykonawców i zamawiający stwierdził, że w takim przypadku cyt. „Pozycje takie będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego Rozbicia Ceny Ofertowej”.

Rozliczenie zamówienia będzie odbywać się na zasadach ryczałtowych, a więc nie musi być oferowania cen we wszystkich pozycjach, w tym pozycjach podobnych. Rozbicie cenowe jest tylko dokumentem pomocniczym, a podstawowym dokumentem jest opis przedmiotu zamówienia i, zgodnie z treścią oferty, wykonawca TRAKCJA TILTRA S.A. odniósł się w treści oferty do całego przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2** Pzp nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Odwołujący na rozprawie oświadczył, że cyt. „odnośnie zarzutów w pkt 6 odwołania: był to błąd pisarski w odwołaniu i odwołujący cofa te zarzuty”. W związku z tym zarzuty te nie podlegały rozpoznawaniu przez Izbę.

W ocenie Izby zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....

.....