

**Sygn. akt KIO 964/10**

**WYROK**  
**z dnia 8 czerwca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 czerwca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **20 maja 2010 r.** przez **DB Schenker Rail Rybnik S.A., 44-251 Rybnik, ul. Kokocińska 51** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **PKP CARGO SERVICE Sp. z o.o.**, [2] **PKP CARGO S.A.** i [3] **Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o.**, 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17 zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **CTL Maczki-Bór Sp. z o.o.** i [2] **CTL MB Sernice Sp. z o.o.**, 41-208 Sosnowiec, ul. Długa 90 zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża DB Schenker Rail Rybnik S.A., 44-251 Rybnik, ul. Kokocińska 51 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **DB Schenker Rail Rybnik S.A., 44-251 Rybnik, ul. Kokocińska 51;**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **DB Schenker Rail Rybnik S.A., 44-251 Rybnik, ul. Kokocińska 51** na rzecz **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591, Nr 219, poz. 1706 i Nr 223, poz. 1778) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach.**

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający Katowicki Holding Węglowy wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Świadczenie usług w zakresie przewozu masy towarowej oraz pełnej obsługi infrastruktury bocznic kolejowych normalnotorowych ruch „Wujek” i ruch „Śląsk” KHW SA KWK«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591 i Nr 223, poz. 1778), zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

**02.03.2010 r.** ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2010/S 42-061932.

**18.05.2010 r.** zamawiający zawiadomił o:

- 1) wystosowaniu zaproszeń do udziału w aukcji elektronicznej na dzień 21 maja 2010 r.;
- 2) zaniechaniu wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów, zgodnie z art. 26 ust. 3 ewentualnie o zaniechaniu odrzucenia oferty:
  - a) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którego liderem jest PKP CARGO SERVICE z siedzibą w Warszawie,
  - b) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którego liderem jest CTL Maczki-Bór sp. z o.o. w Sosnowcu.

**20.05.2010 r.**<sup>1</sup> wykonawca DB Schenker Rail Rybnik SA, ul. Kokocińska 51, 44-251 Rybnik wniósł do Prezesa KIO zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 104 Kc, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum nr 1 [PKP] jako złożonej przez osobę nie posiadającą należytego umocowania do działania w imieniu Konsorcjum nr 1.
2. Art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum nr 1 z postępowania wobec braku skutecznego wniesienia wadium.
3. Art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum nr 1 do złożenia brakujących lub nie zawierających błędów dokumentów, a to:
  - 1) oświadczenia o niekaralności członka zarządu PKP CARGO SERVICE sp. z o.o. – Arkadiusza P. (art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp i rozdział I.1 pkt 6.2. ppkt 5 specyfikacji);

- 2) listu referencyjnego wystawionego przez Elektrociepłownię Chorzów „ELCHO” sp. z o.o. opatrzonego datą wystawienia listu (rozdział I. 1. pkt 6.1 ppkt 1 specyfikacji);
  - 3) wykazu urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami, wskazującego we właściwy sposób podstawę dysponowania wagonami serii 401 V (rozdział I. 1. pkt 6.1 ppkt 2 specyfikacji);
  - 4) ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium potwierdzonej „za zgodność z oryginałem” przez wykonawcę wraz z datą potwierdzenia (rozdział I.1 pkt 8.8 specyfikacji).
4. Art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum nr 2 [CTL] do złożenia brakujących lub nie zawierających błędów dokumentów, a to:
- 1) zaświadczeń o niekaralności dot. P. Grzegorza K. oraz Stanisława H., tj. członków zarządu CTL MB Service Sp. z o.o. w Sosnowcu (art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp i rozdział I. 1 pkt 6.2 ppkt 5 specyfikacji) z wypełnioną rubryką nr 11;
  - 2) dokumentu potwierdzającego kwalifikacje zawodowe Pana Krzysztofa G. – jako osoby, która będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (rozdział I.1 pkt 6.1 ppkt 3 specyfikacji);
  - 3) oświadczenia CTL Maczki-Bór sp. z o.o. w Sosnowcu o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy (rozdział I.1 pkt 6.2 ppkt 1 specyfikacji).
5. Naruszenie art. 91a i art. 91b Pzp przez podjęcie decyzji o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej i wystosowaniu w konsekwencji do wykonawców zaproszeń do udziału w aukcji w sytuacji, gdy w przetargu nie zostały złożone co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu.

Odwołujący wnosi o:

- 1) uchylenie czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej;
- 2) zobowiązanie Zamawiającego do dokonania ponownej oceny ofert.

#### Argumentacja odwołującego

W przetargu wpłynęły 3 oferty, które zostały złożone przez odwołującego, Konsorcjum nr 1 i Konsorcjum nr 2. Po przeprowadzeniu badania ofert pod kątem spełniania wszystkich wymogów określonych przepisami ustawy oraz postanowieniami specyfikacji, zamawiający podjął decyzję o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, o czym świadczy zaproszenie wykonawcy wnoszącego odwołanie do udziału w tejże aukcji, wyznaczonej na 21.05.2010 r. Zaproszenie to wpłynęło do wykonawcy w dniu 18.05.2010 r.

Powyższa okoliczność czyni koniecznym wniesienie odwołania, a to przez wzgląd na następujące fakty.

Zgodnie z art. 91a Pzp aukcja elektroniczna może zostać przeprowadzona wówczas, gdy w przetargu wpłynęły co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Identyczne postanowienie zostało zawarte w rozdziale I. 2 pkt 7.1 specyfikacji.

W przetargu wyciągnięcie takiego wniosku nie jest uprawnione, a przez wzgląd na okoliczność, że oferta Konsorcjum nr 1 powinna zostać odrzucona, ewentualnie wykonawca ten powinien zostać wykluczony z przetargu, czego zamawiający zaniechał. Z kolei nawet wówczas, gdyby ww. zarzuty uznać za niezasadne, to faktem jest, iż oferta ta zawiera szereg braków, które należało uzupełnić w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do czego też nie doszło.

Ostatni z tych zarzutów tyczy się również oferty złożonej przez Konsorcjum nr 2.

Wszystko to prowadzi do wniosku, iż wyznaczenie aukcji elektronicznej było tu bezpodstawne, ewentualnie zdecydowanie przedwczesne.

W tym zakresie odwołujący wskazuje:

Wg rozdziału I.1 pkt 10.5 specyfikacji oferta oraz wszystkie oświadczenia, dokumenty i załączniki wymagały podpisu osób uprawnionych do reprezentowania wykonawcy zgodnie z przepisami prawa, ewentualnie podpisu pełnomocnika.

W przypadku Konsorcjum nr 1 oferta nie została tymczasem podpisana przez podmiot do tego legitymowany. Ofertę tę podpisał pełnomocnik Konsorcjum nr 1 Pan Franciszek K., jednak pełnomocnictwo to nie może zostać uznane za prawidłowe. Udzielanie pełnomocnictwa jednemu z członków zarządu jest przede wszystkim wątpliwe. W doktrynie formułowany jest pogląd o absolutnej niedopuszczalności udzielania członkowi zarządu spółki kapitałowej pełnomocnictwa w trybie art. 98-109 Kc, a to przez wzgląd na fakt, że następuje wówczas zmiana umownych zasad reprezentacji spółki z o.o. Jeżeli wolą wspólników jest ustanowienie łącznej reprezentacji dwuosobowej, a tak jest w PKP CARGO SERVICE Sp. z o.o., to członkowie zarządu nie powinni dokonywać czynności prawnych samodzielnie. Poza tym pełnomocnictwo to zostało ww. członkowi zarządu PKP CARGO SERVICE Sp. z o.o. udzielone przez niego samego oraz przez drugiego członka zarządu Janusza Ć., czyli *de facto* tylko przez jednego członka zarządu.

W tym stanie rzeczy oferta jest nieważna, gdyż została ona złożona przez osobę działającą bez umocowania (art. 104 Kc).

Wg art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp zamawiający winien tymczasem odrzucić ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Niezależnie od tego istnieje podstawa do wykluczenia Konsorcjum nr 1 z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, czyli wobec nie wniesienia wadium.

W rozdziale I.1 w pkt 10.12 lit. c specyfikacji jest mowa o tym, że wniesione wadium musi wyraźnie wskazywać na wszystkich wykonawców składających wspólną ofertę. W

ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium załączonej do oferty Konsorcjum nr 1 wskazana jest tymczasem wyłącznie spółka PKP CARGO SERVICES sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Ponadto do oferty zostało dołączone oświadczenie, iż wadium zostało wniesione w imieniu wszystkich spółek tworzących Konsorcjum nr 1. Jest jednak oczywiste, iż wymóg z pkt 10.12 lit. c specyfikacji nie został spełniony należycie, co winno prowadzić do wniosku, iż w rzeczywistości wadium nie zostało złożone skutecznie.

Podobnie wyrok KIO z 29 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 903/09), w którym stwierdzono, iż „1. Wystarczającym dla skutecznego złożenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wadium w postępowaniu w postaci dokumentu gwarancji jest, aby gwarancja wystawiona była wyłącznie na jednego z uczestników konsorcjum ubiegającego się o dane zamówienie, o ile warunki specyfikacji czy sama treść udzielonej gwarancji nie zawierają szczególnych, odmiennych postanowień w tym względzie”. Skoro w przetargu postanowienia specyfikacji jednoznacznie wymagały, by wadium wyraźnie wskazywało na wszystkich wykonawców składających wspólną ofertę, złożony do oferty Konsorcjum nr 1 dokument gwarancji ubezpieczeniowej uznać należy za nieprawidłowy, co winno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z przetargu, a ofertę wykonawcy wykluczonego uznać za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Pzp). Równocześnie niedopuszczalne jest uzupełnienie treści gwarancji wadialnej po terminie składania ofert.

Zamawiający zaniechał wezwania Konsorcjum nr 1 do złożenia brakującego zaświadczenia o niekaralności dot. członka zarządu PKP CARGO SERVICE sp. z o.o. Arkadiusza Pączka. Z załączonego do oferty odpisu aktualnego z KRS u tej spółki (z 21.04.2010 r.) wynika, iż zarząd jest trzyosobowy, tj. w jego skład wchodzi: Arkadiusz P., Janusz Ć., Franciszek K. Do oferty załączono tymczasem zaświadczenia o niekaralności dot. tylko dwóch pozostałych członków zarządu.

List referencyjny na str. 193 oferty wystawiony przez Elektrociepłownię Chorzów „ELCHO” sp. z o.o. jest bez daty, co też czyni koniecznym wezwanie Konsorcjum nr 1 do uzupełnienia tego braku, zwłaszcza iż w przypadku braku prawidłowych referencji nie można uznać, iż Konsorcjum nr 1 w należyty sposób wykazało posiadanie odpowiedniego doświadczenia. Pozostałe referencje, a to wystawione na rzecz Przedsiębiorstwa Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej sp. z o.o. w Krakowie dotyczą wyłącznie robót budowlanych, co nie wyczerpuje pełnego zakresu przedmiotu zamówienia.

W ocenie odwołującego wadliwy jest także złożony przez Konsorcjum nr 1 wykaz urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami. Otóż w załączniku nr 5 do oferty w pozycji nr 3 jako podstawę dysponowania wagonami serii 401 V wskazano „udostępnienie”.

Taka forma prawna dysponowania rzeczą nie występuje w Kodeksie cywilnym w przeciwieństwie np. do użyczenia. Wobec braku prawidłowego określenia stosunku prawnego, w oparciu o który Konsorcjum nr 1 może z tych wagonów korzystać, konieczne było wezwanie Konsorcjum do uzupełniania prawidłowego dokumentu, co nie miało miejsca.

Nie budzi wątpliwości niedopełnienie przez Konsorcjum nr 1 obowiązku załączenia do oferty ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium potwierdzonej „za zgodność z oryginałem” przez wykonawcę wraz z datą potwierdzenia, który to wymóg został sformułowany w rozdziale I.1 pkt 8.8 specyfikacji. Wobec tego, iż dokument ten zawiera błąd z pewnością zaszła podstawa do wystawiania do Konsorcjum nr 1 wezwania do złożenia dokumentu nie zawierającego przedmiotowego błędu.

Konieczne jest tu zastrzeżenie, iż wystosowanie wezwań w trybie art. 26 ust. 3 Pzp byłoby zasadne wyłącznie w razie przyjęcia, iż oferta tego wykonawcy nie podlega odrzuceniu, a w ocenie odwołującego to taka decyzja powinna zostać podjęta.

W ocenie odwołującego istotne braki zawiera oferta Konsorcjum nr 2, co uzasadniało wystosowanie pod jej adresem wezwania do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Jako nieprawidłowe należy uznać zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dot. P. Grzegorza K. oraz Stanisława H. W zapytaniach nie została wypełniona rubryka nr 11, tj. nie został przywołany art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Specyfikacja wymagała złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp. Z § 7 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 listopada 2003 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym wynika, iż „Udzielenie odpowiedzi na zapytanie lub wnioski dotyczące osób polega na sporządzeniu informacji o osobie z Rejestru, zgodnie z rodzajem i zakresem danych objętych zapytaniem lub wnioskiem”. Zakres zapytania w tym wypadku ewidentnie nie został sprecyzowany. W tej sytuacji Konsorcjum nr 2 powinno zostać wezwane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia prawidłowego dokumentu.

Do oferty tej nie załączono ponadto dokumentu stwierdzającego posiadanie kwalifikacji przez Pana Krzysztofa G., a także oświadczenia CTL Maczki-Bór sp. z o.o. w Sosnowcu o braku podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania (w aktach jest oświadczenie podpisane za tego wykonawcę jedynie przez pełnomocnika Konsorcjum nr 2), co też winno być uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

**20.05.2010 r.** odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 Pzp).

**21.05.2010 r.** zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

**24.05.2010 r.** wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia CTL Maczki-Bór Sp. z o.o. i CTLMB Sernice Sp. z o.o., ul. Długa 90, 41-208 Sosnowiec złożył:

(1) Prezesowi KIO,

(2) zamawiającemu i

(3) odwołującemu pismo w sprawie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

**24.05.2010 r.** wykonawca PKP Cargo Sernice sp. z o.o., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa złożył:

(1) Prezesowi KIO,

(2) zamawiającemu i

(3) odwołującemu pismo w sprawie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

**02.06.2010 r.** zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie (art. 186 ust. 1 Pzp).

Argumentacja zamawiającego:

Zamawiający postanowił uwzględnić zarzut dotyczący zaniechania wezwania Konsorcjum nr 1 PKP CARGO SERVICE Sp. z o.o., PKP CARGO S.A., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o. do złożenia oświadczenia o niekaralności członka zarządu Arkadiusza P. i wezwać Konsorcjum nr 1 do uzupełnienia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust.1 pkt 4-8 Pzp dla Pana Arkadiusza P., członka zarządu PKP CARGO SERVICE Sp. z o.o., wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W wyniku wezwania do uzupełnienia Konsorcjum nr 1 przedstawiło prawidłowy dokument.

Ad 2.

A. Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 104 Kc przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum nr 1, jako złożonej przez osobę nie posiadającą należytego umocowania do działania w imieniu Konsorcjum nr 1.



Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Pełnomocnictwo dla Pana Franciszka K. zostało udzielone zgodnie z zasadami reprezentacji spółki PKP CARGO SERVICE Sp. z o.o. Zatem spółka prawidłowo umocowała Pana Franciszka K., który w ocenie zamawiającego nie działa jako prezes zarządu tylko jako pełnomocnik czyli osoba fizyczna posiadająca co najmniej ograniczoną zdolność do czynności prawnych (art. 100 Kc). Potwierdza to treść pełnomocnictwa. Z jego treści wynika, iż osoby uprawnione do reprezentacji PKP CARGO SERVICE Sp. z o.o. umocowały osobę fizyczną – Franciszka K., a nie prezesa zarządu – Franciszka K. Skoro można udzielić pełnomocnictwa osobie trzeciej, to tym bardziej nie ma przeszkód, aby w roli pełnomocnika występowała osoba fizyczna, która dodatkowo sprawuje funkcję prezesa zarządu.

Zamawiający wskazał na stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z 23 sierpnia 2006 r., sygn. Akt III CZP 68/06, które zamawiający w całości popiera. Sąd Najwyższy w uchwale wskazał na brak ustawowego zakazu udzielania pełnomocnictw członkom zarządu, a także zaznaczył, że dla udzielenia pełnomocnictwa konieczne jest działanie spółki reprezentowanej przez zarząd zgodnie z zasadami reprezentacji określonymi w umowie spółki. Sąd w swoim rozstrzygnięciu polemizuje także z argumentacją dotyczącą obejścia wymogów reprezentacji łącznej oraz rzekomego udzielania pełnomocnictwa „samemu sobie”. W ocenie Sądu »organ osoby prawnej oraz jej pełnomocnik to dwie odrębne instytucje prawne i nie należy ich utożsamiać. Kompetencja członka zarządu do działania samodzielnie lub wspólnie z innym członkiem zarządu wynika z ustawy i umowy spółki, a działania takiego podmiotu są działaniami samej osoby prawnej (por. art. 38 Kc). Kompetencja pełnomocnika wynika z umocowania, a więc czynności prawnej dokonanej przez osobę prawną. Pełnomocnik działa w imieniu i na rzecz innej osoby, w rozważanej sytuacji w imieniu i na rzecz spółki, a także w granicach umocowania. Należy również zauważyć, że ustanowienie członka zarządu spółki jej pełnomocnikiem nie powoduje ustania lub ograniczenia jego funkcji jako piastuna organu osoby prawnej, a samo udzielenie pełnomocnictwa pozostaje bez wpływu na zasady reprezentacji spółki przez jej zarząd. Nie przekonuje też odwoływanie się do zakazu dokonywania czynności prawnych „z samym sobą”. Pełnomocnictwa udziela spółka działająca, zgodnie z art. 38 Kc, przez swoje organy. Przy reprezentacji łącznej pełnomocnictwo jest udzielane przez co najmniej dwóch członków zarządu, trudno zatem mówić o udzieleniu pełnomocnictwa „samemu sobie”. Taka sytuacja mogłaby wystąpić, gdyby reprezentacja spółki była reprezentacją jednoosobową, jednak udzielenie w takim przypadku pełnomocnictwa członkowi jednoosobowego zarządu należy ocenić jako działanie skrajnie nieracjonalne«.

Mając powyższe na uwadze zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 104 Kc jako niezasadny podlega oddaleniu.

B. Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum nr 1, wobec braku skutecznego wniesienia wadium.

W ocenie zamawiającego oferta złożona przez Konsorcjum nr 1 została prawidłowo zabezpieczona wadium, pomimo, iż w treści gwarancji ubezpieczeniowej został wymieniony tylko jeden członek Konsorcjum. Złożona przez Konsorcjum nr 1 gwarancja ubezpieczeniowa wystarczająco zabezpiecza ofertę Konsorcjum i interesy Zamawiającego. Powyższe stanowisko można wywieść z przepisów prawa mających prymat nad postanowieniami specyfikacji, które regulują zasady ubiegania się o zamówienie publiczne wykonawców występujących wspólnie oraz zasady ich odpowiedzialności. Zgodnie z art. 23 ust. 1, ust. 3 wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie powinni być traktowani jak jeden wykonawca. Z zasady tej wynika, że złożenie gwarancji zapłaty wadium przez konsorcjum i to nawet gwarancji wystawionej na rzecz jednego z członków konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty konsorcjum. Zobowiązaniem do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest wykonawca, którego ofertę wybrano, a w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jest nim konsorcjum, a odpowiedzialność jego członków za to zobowiązanie jest solidarna na podstawie art. 370 Kc w zw. z art. 366 Kc mających zastosowanie przez treść art. 14 Pzp. Natomiast za wykonanie umowy i wniesienie należytego zabezpieczenia umowy na podstawie art. 141 Pzp.

Członkowie konsorcjum wspólnie ubiegający się o zamówienie odpowiadają solidarnie także za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum. Złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest bowiem równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 Kc powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Solidarna odpowiedzialność członków konsorcjum powstaje z mocy prawa. Zatem zamawiający, który jest wierzycielem wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, może domagać się spełnienia całości lub części świadczenia od wszystkich wykonawców łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna. Zaś zaspokojenie wierzyciela przez któregośkolwiek z członków konsorcjum zwalnia pozostałych (art. 366 § 1 Kc). Wykonawcy ponoszą solidarną odpowiedzialność, aż do całkowitego zaspokojenia zamawiającego (art. 366 § 2 Kc). Powyższe oznacza, iż fakt, że gwarancja została udzielona na zlecenie jednego członka konsorcjum nie skutkuje ograniczeniem zabezpieczenia zamawiającego jedynie do możliwości domagania się wykonania tej gwarancji w sytuacjach nią objętych, gdy ich zaistnienie nastąpi wyłącznie z przyczyn obciążających podmiot, na którego zlecenie udzielono gwarancji. Zamawiający korzystając z solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum, w sytuacji, zaistnienia

okoliczności objętej gwarancją z przyczyn leżących po stronie członka Konsorcjum, który nie został wymieniony w treści gwarancji ubezpieczeniowej, zamawiający może skutecznie domagać się realizacji gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium od gwaranta z tytułu tej gwarancji wystawionej dla solidarnie zobowiązanego do zawarcia umowy członka konsorcjum ubiegającego się o zamówienie tj. wymienionego w treści gwarancji.

Powyższe stanowisko znalazło także odzwierciedlenie w orzecznictwie sądów okręgowych (wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 12 maja 2006 r., sygn. akt II Ca 489/06, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach, sygn. akt XIX Ga 408/07).

Natomiast, w świetle utrwalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej okoliczność, że gwarancja wadialna wystawiona jest na członka konsorcjum nie ma żadnego wpływu na prawo zamawiającego do zatrzymania wadium, a także nie ma znaczenia dla oceny skutków prawnych udzielonej gwarancji, a w konsekwencji nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp (obecnie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp), tym bardziej, gdy zleceniodawca gwarancji był umocowany do wniesienia wadium w imieniu Konsorcjum, tak jak w rozpoznawanej sprawie (np. KIO/UZP 23/07, KIO/UZP 223/08, KIO/UZP 231/08, KIO/UZP 1063/08).

Zarzut jako niezasadny podlega oddaleniu.

C. Odwołujący, bezpodstawnie zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum nr 1 do uzupełnienia nie zawierających błędów dokumentów, a to: listu referencyjnego wystawionego przez Elektrociepłownię Chorzów „ELCHO” Sp. z o.o. opatrzonego datą wystawienia dokumentu; wykazu urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami, wskazującego we właściwy sposób podstawę dysponowania wagonami serii 401 V; ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę wraz z datą potwierdzenia.

Zamawiający, powielając treść § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich można żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), wymagał, aby na potwierdzenie warunku doświadczenia wykonawca złożył dokument potwierdzający, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, nie wskazując na elementy formalne dokumentu. Zwłaszcza, że przytoczone rozporządzenie nie statuuje wymagań formalnych, jakie powinny spełniać dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług, dostaw lub robót budowlanych.

Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą KIO referencja nie musi wskazywać dokładnego zakresu, dat, wartości zamówienia itp., a jedynie ma potwierdzać należyte jego wykonanie (wyrok KIO, sygn. akt KIO/UZP 58/07). Pomimo braku daty wystawienia referencji zawarte

zostały w nich informacje pozwalające na umiejscowienie dokumentu w czasie. W treści referencji został wskazany okres od 23.04.2007 r. do 22.04.2010 r., zatem można domniemywać, że referencje zostały wystawione co najmniej w dacie 23.04.2010 r.

Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego w zakresie błędu popełnionego przez Konsorcjum nr 1 w wykazie urządzeń technicznych. Zamawiający, zgodnie z 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich można żądać zamawiającego od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, żądał informacji o podstawie dysponowania wskazując przykładowe formy dysponowania. Zamawiający nie wymagał wskazania wyłącznie prawnej formy dysponowania tzn. określonej przepisami prawa. Zwłaszcza, że przepisy prawa zamówień publicznych nie posługują się terminologią prawnej podstawy dysponowania (patrz 1 ust. 1 pkt 4 przytaczanego rozporządzenia), a przepis art. 26 ust. 2b zdanie pierwsze Pzp wskazuje, iż wykonawca może polegać na potencjale technicznym innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Mając powyższe na uwadze, zamawiający uznał za prawidłowe wypełnienie rubryki „podstawa dysponowania” zwrotem „udostępnienie”, które oznacza zgodę innego podmiotu na oddanie do dyspozycji.

Na uwzględnienie nie zasługuje także stanowisko odwołującego w zakresie braku potwierdzenia za zgodność z oryginałem gwarancji wadialnej przez wykonawcę wraz z datą potwierdzenia.

Kopia gwarancji wadialnej została podpisana przez pełnomocnika konsorcjum oraz zawiera datę potwierdzenia. Zamawiający dysponując oryginałem gwarancji mógł zweryfikować jej kopię pod kątem zgodności z oryginałem.

D. Zamawiający nie podziela także argumentacji odwołującego w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum nr 2 do złożenia brakujących lub nie zawierających błędów dokumentów, a to: zaświadczeń o niekaralności Grzegorza K., Stanisława H. tj. członków zarządu CTL MB Service Sp. z o.o. w Sosnowcu z wypełnioną rubryką nr 11; dokumentu potwierdzającego kwalifikacje zawodowe Krzysztofa G. jako osoby, która będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia; oświadczenia CTL Maczki-Bór Sp. z o.o. w Sosnowcu o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy.

Bezpodstawne jest żądanie Odwołującego w zakresie wezwania Konsorcjum nr 2 do uzupełnienia zaświadczeń o niekaralności Grzegorza K., Stanisława H. tj. członków zarządu CTL MB Seryjce Sp. z o.o. w Sosnowcu z wypełnioną rubryką nr 11. W celu wykazania przez

Wykonawcę warunku nie polegania wykluczeniu w zakresie informacji, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp wystarczy przedstawić aktualną informację z KRK z adnotacją »NIE FIGURUJE« w kartotece karnej Krajowego Rejestru Karnego. W świetle art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym, każdemu przysługuje prawo do uzyskania informacji, czy jego dane osobowe zgromadzone są w Rejestrze. Osobie, której dane osobowe znajdują się w zbiorach danych zgromadzonych w Rejestrze, na jej wniosek, udostępnia się informację o treści wszystkich wpisów dotyczących tej osoby. Zgodnie z art. 19 ustawy o KRK informacji o osobie na podstawie danych zgromadzonych w rejestrze udziela się na wniosek ww. osób. W przedmiotowym postępowaniu o informację z KRK wystąpiły osoby, których informacja dotyczy. Jednocześnie wskazać należy, że dyspozycja przepisu art. 19 ust. 3 wskazuje, jakie elementy obligatoryjnie powinny składać się na wniosek o udzielenie informacji o osobie. Wniosek osoby, o której mowa w art. 7 ust. 1, o udzielenie informacji z Rejestru powinien obligatoryjnie zawierać: nazwisko, w tym także przybrane, imiona, nazwisko rodowe, datę i miejsce urodzenia, imiona rodziców, nazwisko rodowe matki, miejsce zamieszkania, obywatelstwo oraz numer PESEL i podpis wnioskodawcy. Powyższe dane zostały zawarte w dokumentach załączonych przez Konsorcjum nr 2 do oferty. Ponadto, należy wskazać, iż szczegółowe zasady udzielania informacji z Rejestru określają przepisy rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 listopada 2003 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym. Stosownie do postanowień § 11 ust. 2 ww. rozporządzenia, jeżeli dane osobowe osoby, której dotyczy wniosek, nie są zgromadzone w Rejestrze, wniosek zwraca się wnioskodawcy z adnotacją „NIE FIGURUJE”. Wynika z tego, iż w każdym przypadku, gdy dane osobowe osoby, której dotyczy wniosek, nie są zgromadzone w Rejestrze, informacji z Rejestru udziela się w sposób określony w 11 ust. 2 ww. rozporządzenia przez zwrot wniosku z adnotacją „NIE FIGURUJE”. W takim przypadku informacja z Rejestru potwierdza, że osoba, której dotyczy wniosek, w ogóle nie figuruje w Rejestrze, z tytułu skazania za jakiegokolwiek przestępstwo, w tym także za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp. Natomiast, wypełnienie rubryki pn. „ Wskazanie postępowania, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 4-6 i 8-10 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym, w związku z którym zachodzi potrzeba uzyskania informacji o osobie” dotyczy sytuacji, kiedy z prawa do uzyskania informacji o osobach, których dane osobowe zgromadzone zostały w KRK korzystają podmioty trzecie, inne niż osoba, której dane dotyczą tj.:

- sądy sprawujące w Rzeczypospolitej Polskiej wymiar sprawiedliwości, w związku z prowadzonym postępowaniem;
- Trybunał Stanu i Trybunał Konstytucyjny, w związku z prowadzonymi postępowaniami;

– prokuratorzy, Policja i inne organy uprawnione do prowadzenia postępowania przygotowawczego w sprawach karnych i karnych skarbowych oraz czynności sprawdzających w sprawach o wykroczenia, w związku z prowadzonym postępowaniem;

– organy wykonujące orzeczenia w postępowaniu karnym, w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe, w sprawach o wykroczenia oraz w sprawach nieletnich, w związku z prowadzonym postępowaniem wykonawczym, w zakresie, w jakim jest to konieczne do wykonania orzeczenia;

– organy administracji rządowej, organy samorządu terytorialnego oraz inne organy wykonujące zadania publiczne, w przypadkach kiedy jest to uzasadnione potrzebą wykonania nałożonych na nie zadań, określonych w ustawie;

– pracodawcy, w zakresie niezbędnym dla zatrudnienia pracownika, co do którego z przepisów ustawy wynika wymóg niekaralności, korzystania z pełni praw publicznych, a także ustalenia uprawnienia do zajmowania określonego stanowiska, wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej.

Złożone przez Konsorcjum nr 2 dokumenty potwierdzają warunek niepodlegania wykluczeniu w zakresie informacji, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp. Nie ma podstaw także do zastosowania trybu, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp w przypadku oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia oraz dokumentu potwierdzającego kwalifikacje zawodowe Pana Krzysztofa Godyń.

Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia zostało podpisane przez pełnomocnika Konsorcjum nr 2, a więc osobę działającą w imieniu i na rzecz swojego mocodawcy – tj. wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia – w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 23 ust. 2 Pzp). A skoro przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, to zamawiający nie ma żadnych wątpliwości, iż oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia członka Konsorcjum CTL Maczki-Bór Sp. z o.o. zostało skutecznie złożone przez ustanowionego pełnomocnika.

W ocenie zamawiającego, Konsorcjum nr 2 załączyło do oferty także dokument potwierdzający posiadanie kwalifikacji przez Pana Krzysztofa G. tj. świadectwo złożenia egzaminu na dyżurnego ruchu kolei użytku publicznego. Zamawiający w rozdz. I.1 pkt 6.1 ppkt 3 specyfikacji nie wskazał kategorii osób, których udziału wymaga przy wykonaniu zamówienia, ani nie określił rodzaju dokumentów, w oparciu o które będą weryfikowane kwalifikacje zawodowe osób wskazanych w wykazie osób.

Zatem, w gestii wykonawcy pozostawiono dobór kadry, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, a także rodzaj dokumentu potwierdzający kwalifikacje zawodowe wskazanych osób. Takie działanie zamawiającego znajduje oparcie w przepisach oraz

orzecznictwie KIO, która w wyroku z 30 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 2/08 wskazała, iż sposób potwierdzenia posiadanych kwalifikacji powinien być możliwie szeroki, a za prawidłowe należy uznać, iż zamawiający nie określił wyraźnie jakie dokumenty uzna za potwierdzające posiadanie kwalifikacji zawodowych. Zdaniem Zamawiającego przedstawione przez Konsorcjum nr 2 świadectwo Pana Krzysztofa G. w sposób wystarczający potwierdza jego kwalifikacje zawodowe do wykonania zamówienia.

Zamawiający nie uchybił art. 91a i art.91b Pzp podejmując decyzję o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, a w konsekwencji zapraszając wykonawców do udziału w aukcji, ponieważ w postępowaniu zostały złożone co najmniej trzy oferty niepodlegające odrzuceniu.

**Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, kierując się okolicznościami ustalonymi po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez zamawiającego w postaci wydruku uchwały z dnia 23 sierpnia 2006 r. Sądu Najwyższego sygn. akt III CZP 68/06 na okoliczność możliwości pełnienia funkcji pełnomocnika osoby prawnej przez członka zarządu tej osoby.**

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłankę istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 Pzp.

Stanowisko Izby zapadło w oparciu o poczynione ustalenia faktyczne na podstawie dokumentacji postępowania, stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy i dowodu złożonego przez zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut **pierwszy**, naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 104 Kc, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum nr 1 [PKP] jako złożonej przez osobę nie posiadającą należytego umocowania do działania w imieniu Konsorcjum nr 1 – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił, że ofertę w imieniu Konsorcjum nr 1 podpisał pełnomocnik Konsorcjum Pan Franciszek K. Jednak pełnomocnictwo to nie może zostać uznane za prawidłowe, gdyż zostało udzielane jednemu z członków zarządu osoby prawnej wchodzącej w skład konsorcjum. Odwołujący powołał się na stanowisko doktryny o absolutnej niedopuszczalności udzielania członkowi zarządu spółki kapitałowej pełnomocnictwa w trybie art. 98-109 Kc, a to przez wzgląd na fakt, że następuje wówczas zmiana umownych zasad reprezentacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Pełnomocnictwo to zostało ww. członkowi zarządu PKP CARGO SERVICE Sp. z o.o. udzielone przez niego samego oraz przez drugiego członka zarządu Janusza Ćwikłę, czyli *de facto* tylko przez jednego członka zarządu.

Jednak, zgodnie z uchwałą z dnia 23 sierpnia 2006 r. Sądu Najwyższego III CZP 68/06, cyt: »Sąd Najwyższy w sprawie [...] zagadnienia prawnego przedstawionego przez [...] postanowieniem z dnia 30 czerwca 2006 r.: „Czy osoba będąca członkiem zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, uprawniona na mocy postanowień umowy spółki do reprezentowania spółki łącznie z drugim członkiem zarządu, może zostać ustanowiona pełnomocnikiem do poszczególnych czynności przez zarząd tej spółki?” podjął uchwałę: Członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, uprawniony umową spółki do jej reprezentowania łącznie z drugim członkiem zarządu, może być ustanowiony pełnomocnikiem do poszczególnych czynności«.

Mimo zdarzających się w doktrynie głosów przeciwnych, Izba stwierdza, że uchwała ta nie została w najmniejszym zakresie zmieniona ani podważona przez inne orzecznictwo czy przepisy, w związku z tym nie można wymagać od zamawiającego, aby nie respektował w swoich decyzjach istniejącego stanu prawnego.

Ponadto najważniejszym kierunkiem zamówień publicznych jest prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia w sposób możliwie konkurencyjny, co zostało wyrażone przede wszystkim w zasadzie ustanowionej art. 7 ust. 1 Pzp. Przepis ten jest zasadą ogólną, ale w związku z tym wskazuje, jak zamawiający ma postępować dla danego stanu faktycznego nie mając konkretnych przepisów w szczególności ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec tego zarzut pierwszy nie zasługuje na uwzględnienie.



W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut **drugi**, naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum nr 1 z postępowania wobec braku skutecznego wniesienia wadium – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący podkreślił, że w rozdziale I.1 w pkt 10.12 lit. c specyfikacji jest mowa o tym, że wniesione wadium musi wyraźnie wskazywać na wszystkich wykonawców składających wspólną ofertę. Natomiast w samym formularzu gwarancji ubezpieczeniowej ze str. 11 oferty wynika, że zobowiązany jest jedynie jeden podmiot – PKP Cargo Service Sp. z o.o., 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17.

Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę oświadczenia ze strony 10 oferty, gdzie są wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Natomiast Zamawiający nie wskazał w jaki sposób ma być spełniony wymóg zawarty w rozdziale I.1 w pkt 10.12 lit. c specyfikacji. Ponadto, główny cel wadium jakim jest zabezpieczenie interesu zamawiającego, został spełniony przez załączenie do oferty gwarancji na stronie 11 oferty.

Wobec tego zarzut drugi nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut **trzeci**, naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum nr 1 do złożenia brakujących lub nie zawierających błędów dokumentów – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wskazał, że zamawiający zaniechał wezwania Konsorcjum nr 1 do złożenia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów i oświadczeń w zakresie:

- 1) oświadczenia o niekaralności członka zarządu PKP CARGO SERVICE sp. z o.o. – Arkadiusza P.;
- 2) listu referencyjnego wystawionego przez Elektrociepłownię Chorzów „ELCHO” sp. z o.o. opatrzonego datą wystawienia listu;
- 3) wykazu urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami, wskazującego we właściwy sposób podstawę dysponowania wagonami serii 401 V;
- 4) ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium potwierdzonej „za zgodność z oryginałem” przez wykonawcę wraz z datą potwierdzenia.

Ad 1. Zamawiający uznał zarzut dotyczący zaniechania do wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oświadczenia o niekaralności członka zarządu PKP CARGO SERVICE sp. z o.o. – Arkadiusza P., gdyż w ofercie tego oświadczenia wykonawca nie złożył. Zamawiający wystosował odpowiednie wezwanie i Konsorcjum nr 1 przedstawiło prawidłowy dokument.

W związku z uznaniem przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie zarzutu zawartego w odwołaniu i brakiem podtrzymania tego zarzutu w trakcie rozprawy, nie wpływa to na rozstrzygnięcie postępowania odwoławczego. Należy podkreślić, że odwołującemu będzie przysługiwało prawo złożenia odwołania na zaniechanie dokonania tej czynności, do której wykonania zobowiązał się zamawiający w wyniku uwzględnienia zarzutu lub na wykonanie tej czynności niezgodnie z przepisami. Ewentualne podnoszenie tego zarzutu na rozprawie, mimo że został uwzględniony przez zamawiającego i nie było sporne między stronami, w ocenie Izby nie może wpływać na rozstrzygnięcie merytoryczne spornych zarzutów.

Ad 2. Wykonawca Konsorcjum nr 1 złożył z ofertą na str. 193 list referencyjny Elektrociepłowni Chorzów „ELCHO” Sp. z o.o. List ten nie był opatrzony datą jednak z treści listu wynika, że wystawca listu rekomenduje wykonaną usługę w terminie od 23.04.2007 r. do 22.04.2010 r. czyli w terminie wymaganym przez zamawiającego i spełniającym jego wymóg ustanowiony w rozdz. I.1 ust. 6.1 pkt 1 specyfikacji.

Brak formalny dokumentu, czyli nie opatrzenie listu referencyjnego datą, nie może mieć wpływu na jego ważność w zakresie merytorycznym, gdyż z dokumentu wynika (wraz z zespołem innych dokumentów), że wykonawca spełnia warunek postawiony przez zamawiającego i skonkretyzowany w rozdz. I.1 ust. 6.1 pkt 1 specyfikacji – wykaz wykonanych lub wykonywanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert z cyt. »załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie«.

Ad 3. Wykonawca Konsorcjum nr 1 na str. 130 oferty oświadczył w rubryce 3 »Wykazu urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami«, że będzie realizował zamówienie m.in. przy użyciu 5 szt. wagonów serii 401 V, którymi będzie dysponował na podstawie »udostępnienie«.

Zamawiający nie wymagał w rozdz. I.1 ust. 6 pkt 2 specyfikacji i załączniku nr 5 do specyfikacji wykazania przez wykonawcę żadnej szczególnej formy władania urządzeniami technicznymi, co w dzisiejszej dobie staje się powszechne.

Ponadto w samym art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp i w § 1 ust. 1 pkt 4 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 mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) nie został wskazany obowiązek wskazania formy władania urządzeniami technicznymi przez wykonawcę. Dlatego ogólne stwierdzenie »udostępnienie« jest spełnieniem warunku zamawiającego.

Ad 4. Zamawiający wymagał w rozdz. I.1 ust. 8.8 specyfikacji, aby wykonawca załączył do pozostałych dokumentów ofertowych kserokopię dokumentu wadialnego potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Zamawiający stwierdził i to jest bezsporne, że wykonawca złożył zamawiającemu istotny dokument, jakim jest sama gwarancja wadialna, natomiast kopia jest potwierdzona przez samego zamawiającego (co zostało wykonane podczas składania oryginału gwarancji).

Kopia gwarancji wadialnej została podpisana przez pełnomocnika konsorcjum oraz zawiera datę potwierdzenia. Zamawiający, dysponując oryginałem gwarancji, mógł zweryfikować kopię gwarancji pod kątem zgodności z oryginałem.

Z orzecznictwa sądów okręgowych wynika, że formalizm sam w sobie nie może być przyczyną do wykluczania wykonawców czy odrzucenia ofert. Zamieszczenie w ofercie kopii dokumentu nie posiadającej adnotacji »za zgodność z oryginałem« nie może być przyczyną wykluczenia wykonawcy, gdyż nie można przyporządkować żadnego przepisu art. 24 ust. 1 lub 2 Pzp takiemu stanowi faktycznemu.

Ponadto zaniechanie takie nie może być przyczyną odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji. Natomiast sama adnotacja »za zgodność z oryginałem« lub jej brak nie może być uznana za treść oferty, gdyż w tym zakresie zamawiający musi brać pod uwagę całość oferty i występujące w niej okoliczności.

Wobec tego zarzut trzeci nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut **czwarty**, naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum nr 2 [CTL] do złożenia brakujących lub nie zawierających błędów dokumentów – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wskazał, że zamawiający zaniechał wezwania Konsorcjum nr 2 [CTL] do złożenia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów i oświadczeń w zakresie:

- 1) zaświadczeń o niekaralności dot. P. Grzegorza K. oraz Stanisława H., tj. członków zarządu CTL MB Service Sp. z o.o. w Sosnowcu (art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp i rozdział I. 1 pkt 6.2 ppkt 5 specyfikacji) z wypełnioną rubryką nr 11;
- 2) dokumentu potwierdzającego kwalifikacje zawodowe Pana Krzysztofa G. – jako osoby, która będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (rozdział I.1 pkt 6.1 ppkt 3 specyfikacji);
- 3) oświadczenia CTL Maczki-Bór sp. z o.o. w Sosnowcu o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy (rozdział I.1 pkt 6.2 ppkt 1 specyfikacji).

Ad 1 i 2. W trakcie rozprawy odwołujący wycofał szczegółowe zarzut pierwszy dotyczący zaświadczenia o niekaralności Grzegorza K. i Stanisława H. oraz zarzut drugi dotyczący braku potwierdzenia kwalifikacji przez pana Krzysztofa G.

Ad 3. Zamawiający żądał w rozdz. I.1 ust. 10.12 lit. a specyfikacji aby każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia złożył oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Wykonawca Konsorcjum nr 2 złożył na stronie 45 oferty oświadczenia CTL Maczki-Bór sp. z o.o. w Sosnowcu o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy podpisane przez pełnomocnika Zbigniewa K. umocowanego pełnomocnictwem zamieszczonym na stronie 325 oferty. Z pełnomocnictwa wynika, że w rozpoznawanym postępowaniu Zbigniew K. został umocowany do cyt. »składania oświadczeń woli i wiedzy«. Obaj wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ustanowili pełnomocnikiem Zbigniewa K. w oddzielnych pełnomocnictwach, z czego wynika, że oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia zostało podpisane przez pełnomocnika wykonawcy i jednocześnie pełnomocnika Konsorcjum nr 2, a więc osobę działającą w imieniu i na rzecz swojego mocodawcy – tj. wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia – w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 23 ust. 2 Pzp). A skoro przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, to zamawiający może podstawnie stwierdzić, że oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia członka Konsorcjum CTL Maczki-Bór Sp. z o.o. zostało skutecznie złożone przez ustanowionego pełnomocnika.

Wobec tego zarzut czwarty nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut piąty, naruszenia art. 91a i art. 91b Pzp przez podjęcie decyzji o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej i wystosowaniu w konsekwencji do wykonawców zaproszeń do udziału w aukcji w sytuacji, gdy w przetargu nie zostały złożone co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie zaistniała okoliczność, że z postępowania, w którym oferty złożyło trzech wykonawców należy co najmniej jednego z nich wykluczyć lub jedną z ofert odrzucić, dlatego w postępowaniu może zostać przeprowadzona aukcja elektroniczna zgodnie z art. 91a Pzp.

Wobec tego zarzut piąty nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z § 5 ust. 3 w zw. z § 3 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. Nr 41 poz. 238), *do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się uzasadnione koszty stron*

*postępowania odwoławczego [...] w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy [...]. Dlatego Izba, postanowiła jak wyżej.*

**Przewodniczący:**

.....