

Sygn. akt: KIO/UZP 524/08

WYROK
z dnia 11 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Członkowie: Magdalena Garbarczyk
Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: „POLKOR CE-30 Opole Groszowice-Wrocław Brochów”** reprezentowane przez **TCHAS Sp. z o.o. Oddział w Polsce, 01-460 Warszawa, ul. Górczewska 212/216** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Oddział Regionalny we Wrocławiu, 50-525 Wrocław, ul. Joannitów 13** protestu z dnia 16 maja 2008 r.,

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej,

2. kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Oddział Regionalny we Wrocławiu, 50-525 Wrocław, ul. Joannitów 13 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr. (słownie: Cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)

- z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: „POLKOR CE-30 Opole Groszowice-Wrocław Brochów”** reprezentowane przez **TCHAS Sp. z o.o. Oddział w Polsce, 01-460 Warszawa, ul. Górczewska 212/216,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7663 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt złotych) przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Oddział Regionalny we Wrocławiu, 50-525 Wrocław, ul. Joannitów 13** na rzecz **Konsorcjum: „POLKOR CE-30 Opole Groszowice-Wrocław Brochów”** reprezentowane przez **TCHAS Sp. z o.o. Oddział w Polsce, 01-460 Warszawa, ul. Górczewska 212/216** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz zastępstwa prawnego,
 - 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
 - 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy)
z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: „POLKOR CE-30 Opole Groszowice-Wrocław Brochów”** reprezentowane przez **TCHAS Sp. z o.o. Oddział w Polsce, 01-460 Warszawa, ul. Górczewska 212/216**

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

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Oddział Regionalny we Wrocławiu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest przebudowa szlaku Opole Wschód - Czarnowąsy w km 6,500 - 10,260 na linii kolejowej CE-30 Opole Groszowice – Wrocław Brochów”

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. tj. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą”.

Ogłoszenie o niniejszym postępowaniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich pod nr 2008/S 2-001637.

Odwołujący – Konsorcjum zwane „POLKOR CE-30 Opole Groszowice - Wrocław Brochów” w składzie:

1. TCHAS, spol. s r. o., z siedzibą w Ostrawie, wykonująca działalność gospodarczą na terenie Rzeczypospolitej Polskiej za pośrednictwem TCHAS sp. z o.o., Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie,
2. Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie,
3. TCHAS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako następcą prawnym PEBEK sp. z o.o., z siedzibą w Radomiu,
4. VOLKERRAIL Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,
5. Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. reprezentowane przez Lidera Konsorcjum tj. TCHAS, spol. s r. o., działającą za pośrednictwem TCHAS sp. z o.o., Oddział w Polsce.

pismem z dnia 16 maja 2008 roku, doręczonym Zamawiającemu tego samego dnia złożył protest na czynność Zamawiającego polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej.

Protest był następstwem powiadomienia Odwołującego w dniu **9 maja 2008 roku** o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez FEROCO S.A. z siedzibą w Poznaniu i zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynierskich z Wrocławia oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Kolejowego i Inżynierskiego Infrakol s.c., Jan Paruch, Zenon Buca, z siedzibą Jawor, którego Liderem jest Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynierskich, zwane dalej Konsorcjum.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał na następujące uchybienia dotyczące oferty złożonej przez FEROCO S.A, które w jego ocenie winny skutkować jej odrzuceniem:

1. brak uzupełnienia harmonogramu prac projektowych i robót krótkim opisem podstawowej działalności ukazującym kolejność i proponowaną technologię robót dla całego zakresu, który znajduje się w zał. nr 1A i 1B (nie spełnia tego kryterium fakt, iż Wykonawca zamieścił dokument zatytułowany „Technologie budowy urządzeń automatyki kolejowej oraz telekomunikacji”, bowiem odnosi się on jedynie do

pojedynczego wycinka całego zakresu zamówienia). Ponadto w ofercie Feroco S.A. brak również graficznego harmonogramu wykonania prac projektowych i wykonania robót uwzględniającego warunki klimatyczne oraz czasy zamknięć całodobowych.

W tym zakresie Odwołujący wskazał na niezgodność oferty z treścią postanowienia pkt 13.3 ppkt 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. nieuwzględnienie przez FEROCO S.A. modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonanej przez Zamawiającego. W pkt 01.04.01 Rozbicia ceny ofertowej nazwa elementu rozliczeniowego powinna brzmieć „Opracowanie operatów szacunkowych wraz z projektem podziału działek działek”, tak jak tego wymagał Zamawiający, tymczasem FEROCO S.A. złożył ofertę na inny zakres zamówienia, wyceniając w ofercie „Opracowanie operatów szacunkowych wraz z projektem podziału działek nowopozyskanych oraz wytyczenie i zastabilizowanie granic działek nowych i odtworzenie istniejących”.

W tym zakresie Odwołujący wskazał na niezgodność oferty z treścią postanowienia pkt 13.3 ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie Zamawiający określił konieczność złożenia rozbicia ceny ofertowej na podstawie Tomu III.

Odwołujący podniósł, że ze względu na fakt, że przedmiotowe harmonogramy oraz Rozbicie ceny ofertowej nie stanowią dokumentów, których uzupełnienie jest możliwe w trybie art. 26 ust. 3 ustawy a ponadto stanowią istoty element oferty, której treści zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy nie można zmieniać, oferta FEROCO jako niezgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł zarzuty, skutkujące ewentualnym wykluczeniem Wykonawcy – Feroco S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, wskazując na poniższe uchybienia:

1. Kierownik robót telekomunikacyjnych Bogdan Janicki nie dysponuje uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń, jakich wymagał Zamawiający.
2. Kierownik odpowiedzialny za roboty torowe i roboty odwodnieniowe Wojciech Guźniczak nie posiada uprawnień budowlanych bez ograniczeń, jakich wymagał Zamawiający.

Twierdzenie o braku uprawnień budowlanych bez ograniczeń dla wymienionych wyżej kierowników robót Odwołujący oparł na analizie przepisów prawa, stanowiących podstawę wydania uprawnień oraz załączonych do oferty dokumentów z przebiegu kariery zawodowej dla każdego z kierowników robót. W oparciu o

informacje zawarte w treści oferty, że Pan Bogdan Janicki oraz Wojciech Guźniczak legitymują się wykształceniem średnim oraz biorąc pod uwagę treść aktów prawnych, na podstawie których zostały wydane uprawnienia dla wskazanych kierowników robót, Odwołujący wywodzi, że załączone do oferty uprawnienia nie są uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń.

W odniesieniu do braku uprawnień budowlanych bez ograniczeń dla Bogdana Janickiego Odwołujący dodatkowo podniósł, że Wykonawca Feroco S.A. nie uzupełnił na wezwanie Zamawiającego dokumentów odnoszących się do kierownika robót telekomunikacyjnych i zaniechał zmiany osoby dedykowanej na stanowisko kierownika robót telekomunikacyjnych. Ponadto wskazuje, że zgodnie z przyjętą linią orzecznictwa do uzupełnienia danego dokumentu można wykonawcę wezwać tylko jeden raz.

W odniesieniu do braku uprawnień budowlanych bez ograniczeń dla Wojciecha Guźniczaka Odwołujący podniósł zarzut naruszenia w tym zakresie art. 26 ust. 3 ustawy poprzez brak wezwania Konsorcjum do jego uzupełniania.

W odniesieniu do oferty złożonej przez Konsorcjum, którego Liderem jest Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych Odwołujący wskazał na następujące uchybienia, które w jego ocenie winny skutkować odrzuceniem oferty:

1. w poz. 03.01.04 część 3 rozbić cenę ofertową w nazwie elementu rozliczeniowego Konsorcjum wyceniło „Rozbiórka torów na podkładach drewnianych bez wybierania podsypki i oczyszczeniem oczyszczarką stacjonarną” zamiast zgodnie z przekazanym przez Zamawiającego wzorem formularza Rozbicia ceny ofertowej „Rozbiórka torów na podkładach drewnianych z wybieraniem podsypki i oczyszczeniem oczyszczarką stacjonarną”.

W ocenie Odwołującego brak uwzględnienia powyżej zmiany w treści oferty nie może być traktowany jako oczywista omyłka pisarska, bowiem poprawienie oczywistej omyłki nie może doprowadzić do zmiany treści oferty. Odwołujący na poparcie swojego stanowiska odwołał się do licznych wyroków sądów okręgowych oraz zespołów arbitrów a także odwołał się do literatury w tym zakresie.

Dodatkowo w przypadku nie uznania zarzutów, skutkujących odrzuceniem oferty Odwołujący podniósł zarzuty skutkujące ewentualnym wykluczeniem Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz podniósł zarzut nie wezwania Konsorcjum do uzupełniania dokumentów w oparciu o przepis art. 26 ust. 3 ustawy, wskazując na następujące uchybienia:

1. brak uprawnień budowlanych bez ograniczeń dla: Grzegorzycyk Zdzisław - Kierownik Budowy, Sobota Marek- Kierownik Robót Torowych, Fabisz Jerzy - Kierownik Robót elektroenergetycznych SN I NN.

Twierdzenie o braku uprawnień budowlanych bez ograniczeń dla wymienionych wyżej kierowników robót Odwołujący oparł na analizie przepisów prawa, stanowiących podstawę wydania uprawnień oraz załączonych do oferty dokumentów z przebiegu kariery zawodowej dla każdego z kierowników robót. Odwołujący wywodzi, że ponieważ wskazani Kierownicy robót legitymują się wykształceniem średnim to w oparciu o przepisy prawa, będące podstawą wydania uprawnień udzielone im uprawnienia są uprawnieniami w ograniczonym zakresie.

Niezależnie od powyższych uchybień Odwołujący wskazał, że ponieważ zachodziły przesłanki do odrzucenia ofert złożonych przez Feroco S.A. oraz Konsorcjum, którego Liderem jest Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynierskich, Zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy, bowiem nie było podstaw do skorzystania z procedury przewidzianej w tym przepisie w stosunku do ofert, które winny zostać odrzucone.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 19 maja 2008 roku do postępowania wywołanego wniesieniem protestu przystąpiło pismem z dnia **21 maja 2008 roku**, FEROCO S.A. wykazując swój interes prawny i określając przystąpienie po stronie Zamawiającego i wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający pismem z dnia 26 maja 2008 roku protest odrzucił, powołując się na przepis art. 180 ust. 7 ustawy jako wniesiony przez podmiot nieuprawniony. W uzasadnieniu stwierdził, że z treści protestu i załączonych do niego dokumentów wynika, że w miejsce dotychczasowego partnera konsorcjum Spółki PEBEK Sp. z o.o. wszedł jako następcą prawny spółka TECHAS Polska Sp. z o.o. Zamawiający uznał, że protest jest wniesiony przez podmiot nieuprawniony bowiem z żadnego z dokumentów nie wynika, że TECHAS Polska Sp.zo.o. udzieliła pełnomocnictwa spółce TECHAS spol. s.r.o. z siedzibą w Ostrawie do działania w jej imieniu, a w szczególności do składania środków odwoławczych. Zamawiający odwołał się do art. 23 ust. 2 ustawy zgodnie z którym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani są ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu albo reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego Odwołujący w dniu **30 maja 2008** roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 w powiązaniu z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zaś w toku postępowania protestacyjnego doszło do naruszenia art. 180 ust. 7 ustawy, żądając

1. uwzględnienia odwołania i
2. nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. nakazania Zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty nr 1 i 3,
4. nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

ewentualnie:

5. nakazania Zamawiającemu dokonania czynności wykluczenia Wykonawcy i uznania oferty za odrzuconą w odniesieniu do Wykonawcy, który złożył ofertę nr 1 - żądanie aktualizuje się w przypadku nie uznania za możliwe spełnienia żądania 3 w ofercie nr 1,
6. nakazania Zamawiającemu dokonania czynności wezwania wykonawców do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do Wykonawców, którzy złożyli ofertę nr 1 i ofertę nr 3 - żądanie aktualizuje się w przypadku nie uznania za możliwe spełnienia żądania 3 w ofercie nr 3 i żądania 5.

Odwołujący podtrzymał swoją argumentację i zarzuty zawarte w proteście, nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego co do odrzucenia protestu Odwołujący wskazał, że wraz z protestem przedłożył odpis KRS z rejestru przedsiębiorców TCHAS Polska wraz z wyjaśnieniami w zakresie przekształcenia spółek, z których to dokumentów jednoznacznie wynika, że w dniu 18 marca 2008r, doszło do przejścia Spółki PEBEK Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu (spółka przejmowana) oraz spółki PERFECT Sp. z o.o. z siedzibą w Gostyni, przez spółkę TCHAS Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (spółka przejmująca).

Stosownie do art. 493§ 2 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych połączenie następuje z dniem wpisania do rejestru właściwego według siedziby spółki przejmującej (postanowienie sądu rejestrowego z dnia 18 marca 2008r, załączone do odwołania). Połączenia spółek dokonano w trybie art. 492§ 1 pkt 1 w związku z art. 515 §1 i w związku z art. 516 § 5 i 6 Ksh. Odwołujący wskazał, że na podstawie 494 §1 Ksh spółka przejmująca wstępuje z dniem połączenia we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej, z tego powodu podniósł że obecnie TECHAS Polska Sp. zo.o. jest następcą prawnym spółki PEBEK Sp. , będącej członkiem konsorcjum.

W ocenie Odwołującego więc w skład majątku spółki przejmowanej albo spółek łączących się wchodzi także prawa i obowiązki z tytułu uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz zawartych umów, zatem spółka przejmująca wstępuje również w te prawa i obowiązki.

Jednocześnie Odwołujący w dniu 30 maja 2008 roku przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia specyfikacji, treść kwestionowanych ofert jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył co następuje.

Na wstępie skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący jako podmiot, który złożył ofertę w rozpatrywanym postępowaniu i który podnosi zarzuty w stosunku do ofert, będących w rankingu oceny ofert w jedynym kryterium jakim jest cena, sklasyfikowane bezpośrednio przed ofertą Odwołującego- posiada interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy, uprawniający go do złożenia odwołania.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska Zamawiającego co do zasadności odrzucenia protestu i odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony w oparciu o przepis art. 180 ust. 7 ustawy. W tym zakresie skład orzekający ustalił, że protest i odwołanie zostały podpisane przez Jarosława Sehnala, który działa na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez Lidera Konsorcjum w umowie konsorcjum z dnia 25 stycznia 2008 roku oraz zgodnie z pełnomocnictwem sygnatariusza udzielonym przez Lidera Konsorcjum, jakim został ustanowiony TCHAS s.r.o. Każdy z członków wchodzących w skład Konsorcjum tj.: Zakład Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A., PEBEK sp. z o.o., VOLKERRAIL Polska sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie udzielił pełnomocnictwa dla Lidera Konsorcjum – TCHAS s.r.o. do wykonywania w ich imieniu i na ich rzecz wszelkich czynności mających na celu uzyskanie zamówienia publicznego, w tym w szczególności wnoszenia i popierania środków ochrony prawnej (rozdział II.1.5 umowy konsorcjum z dnia 25 stycznia 2008 roku). Jednocześnie członkowie konsorcjum postanowili, że osobą upoważnioną do składania oświadczeń woli w

imieniu i na rzecz wszystkich członków konsorcjum, w tym również do złożenia środków ochrony prawnej będzie osoba wskazana przez Lidera Konsorcjum. W treści działu II.2 umowy konsorcjum Lider Konsorcjum upoważnił Jaroslava Sehnala do działania w imieniu Konsorcjum, a członkowie konsorcjum wybór ten zaakceptowali. Dodatkowo każdy z członków Konsorcjum tj. Zakład Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A., PEBEK sp. z o.o., VOLKERRAIL Polska sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej udzielił odrębnego pełnomocnictwa (wszystkie pełnomocnictwa z dnia 14 stycznia 2008 roku) dla Lidera Konsorcjum TCHAS spol. s.r.o. do pełnienia funkcji pełnomocnika (Lidera) Konsorcjum z umocowaniem do m.in. wnoszenia i popierania środków ochrony prawnej wraz z prawem do udzielania dalszych pełnomocnictw.

W trakcie trwania procedury o zamówienie publiczne nastąpiło przejście jednej ze spółek, będącej członkiem Konsorcjum tj. spółki PEBEK Sp.zo.o. przez spółkę TCHAS Polska Sp.zo.o., która jest przedstawicielem na terenie Polski Lidera Konsorcjum – TCHAS s.r.o. Zgodnie z wyjaśnieniami w zakresie połączenia spółek złożonymi przez Jaroslava Sehnala połączenie nastąpiło stosownie do postanowień art. 492 § 1 pkt 1 kodeksu spółek handlowych (Dz.U. nr 94, poz. 1037 z póź. zm.) – dalej ksh. Wraz z treścią protestu Odwołujący załączył odpis z Krajowego Rejestru przedsiębiorców dla TCHAS POLSKA Sp. z o.o., z którego bezsprzecznie wynika, że TCHAS POLSKA sp. z o.o. jest następcą prawnym spółki PEBEK, będącej członkiem Konsorcjum. Przejście spółki nastąpiło w oparciu o przepisy art. 492 i następnego ksh. Zgodnie z postanowieniami art. 493 § 2 połączenie spółek następuje z chwilą wpisania połączenia do rejestru według siedziby spółki przejmującej, zatem w zaistniałym stanie faktycznym z dniem 18 marca 2008 roku.

W tym dniu doszło do przejścia ogółu praw i obowiązków spółki przejmowanej na drodze sukcesji generalnej (uniwersalnej. Sukcesja generalna prowadzi do nabycia przez spółkę przejmującą - następcę prawnego ogółu praw i obowiązków spółek przejmowanych - poprzednika prawnego, na podstawie jednego tylko zdarzenia prawnego – wpisu połączenia. Skutkiem połączenia spółka przejmująca, jako prawny sukcesor, nabywa przedsiębiorstwo spółki rozwiązanej, na spółkę przejmującą przechodzą wszelkie aktywa, pasywa czyli zobowiązania spółki przejmowanej. Sukcesja generalna obejmuje zarówno wyrażoną wprost w art. 494 § 2 ksh sukcesję administracyjnoprawną jak również sferę praw i stosunków cywilnoprawnych, a zatem również udzielone innej spółce pełnomocnictwa.

Wobec powyższego w ocenie składu orzekającego należy uznać, że z chwilą wpisu do właściwego rejestru tj. w dniu 18 marca 2008 roku na spółkę przejmującą tj. TCHAS Sp. z o.o. przeszło również pełnomocnictwo udzielone w dniu 14 stycznia 2008 roku przez jej poprzednika prawnego PEBEK Sp. z o.o. dla Lidera Konsorcjum TCHAS spol. s.r.o.

obejmujące swym zakresem m.in. wnoszenie i popieranie środków ochrony prawnej, w szczególności protestów, odwołań i skarg oraz prawo do udzielania dalszych pełnomocnictw. Wobec tego, należy uznać, że zarówno protest jak i odwołanie zostały złożone przez podmiot, działający w imieniu wszystkich członków Konsorcjum zwanego „POLKOR CE-30 Opole Proszowice – Wrocław Brochów”.

Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, że Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu protestu naruszył przepis art. 180 ust.7 ustawy.

W zakresie zarzutów zgłoszonych w stosunku do oferty uznanej za najkorzystniejszą tj. oferty FEROCO Sp. z o.o. skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Zamawiający w pkt 13.3 ppkt 7 instrukcji dla wykonawców w pozycji zawartość oferty wymagał uzupełnienia harmonogramu prac projektowych i robót (zał. 1 A i 1 B Tomu I sekcji 2 SIWZ) krótkim opisem podstawowej działalności ukazującym kolejność i proponowaną technologię robót uwzględniający warunki klimatyczne oraz czasy zamknięć całodobowych.

Wykonawca Feroco S.A. załączył na stronie 8 oferty załącznik 1A, p.n. harmonogram rzeczowo-finansowy wykonania prac projektowych, który zawiera opis pozycji w kolejności wykonywania prac projektowych oraz termin i wartość poszczególnych prac. Ponadto na stronach od 9-11 oferty Feroco S.A. zamieszczono harmonogram rzeczowo – finansowy robót, z określeniem rodzaju robót, okresu ich realizacji i podziałem prac projektowych w formie graficznej. Załączony załącznik 1B został wypełniony o konieczne informacje wskazane w pkt 13.3 ppkt 7 instrukcji dla wykonawców. Dodatkowo z treści harmonogramu rzeczowo- finansowego wykonania robót, wynika jednoznacznie jaki jest rodzaj robót, ich opis, a także zamieszczone są informacje o wykonaniu robót w okresach rocznych z podziałem na miesiące. Należy uznać, że Wykonawca sporządzając ofertę i przedstawiając przywołane załączniki uwzględnił czasookresy zamknięć oraz warunki atmosferyczne.

W ocenie składu orzekającego wszystkie niezbędne informacje wymagane postanowieniem pkt 13.3 pkt 7 instrukcji dla wykonawców zostały ujęte w treści oferty Feroco S.A.

Ustawodawca w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przewidział sankcję odrzucenia oferty jedynie w przypadku niezgodności treści, a nie formy oferty z treścią postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem skoro z treści załączonych w ofercie dokumentów wynikają wszystkie wymagane przez Zamawiającego dane to nie ma podstaw, aby twierdzić, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt2 ustawy.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie składu orzekającego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez brak przedstawienia uzupełnionego harmonogramu prac projektowych i robót oraz brak graficznego harmonogramu prac nie znalazł potwierdzenia.

W pkt 13.3 pkt 3 Zamawiający wymagał przedstawienia rozbicia ceny ofertowej wraz z wersją elektroniczną sporządzonego na podstawie Tomu III SIWZ.

Zamawiający w trakcie trwania procedury o zamówienie publiczne dokonał modyfikacji treści załącznika Rozbicie Ceny ofertowej przez wprowadzenie w poz. 01.04.01 nazwy elementu rozliczeniowego „opracowanie operatów szacunkowych wraz z projektem podziału działek działek”.

W treści oferty Wykonawcy Feroco S.A. na stronie 253 w załączniku o nazwie rozbicie ceny ofertowej pod poz. 01.04.01 ujęto postanowienie nieuwzględniające modyfikację dokonaną przez Zamawiającego o treści „opracowanie operatów szacunkowych wraz z projektem podziału działek nowopozyskanych oraz wytyczenie i zastabilizowanie granic działek nowych i odtworzenie istniejących”.

Skład orzekający Izby oceniając treść cytowanych postanowień wskazuje na okoliczność, że treść zamieszczona w ofercie Wykonawcy Feroco S.A. w poz. 01.04.01 jest szersza, a zatem obejmuje większy zakres robót. Wobec powyższego bezsprzecznym jest, że w ofercie ujęto cały wymagany przy uwzględnieniu modyfikacji dokonanej przez Zamawiającego zakres prac tj. opracowanie operatów szacunkowych wraz z projektem podziału działek.

Zatem w ocenie składu orzekającego Izby nie zachodzi w tym stanie faktycznym sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, skutkująca koniecznością jej odrzucenia w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, w szczególności bowiem nie można uznać, że oferta obejmuje mniejszy niż wymagany przez Zamawiającego zakres robót. Ujęcie zaś szerszego zakresu robót niż wymagany przez Zamawiającego nie może w ocenie Izby skutkować odrzuceniem oferty, jako sprzecznej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku uprawnień budowlanych bez ograniczeń dla kierownika robót telekomunikacyjnych Bogdana Janickiego, skład orzekający Izby ustalił, że Zamawiający w instrukcji dla wykonawców (tabela pkt 8.1 instrukcji) wymagał, aby kierownicy robót posiadali m.in. odpowiednie uprawnienia budowlane bez ograniczeń.

Wykonawca Feroco S.A. wskazał w ofercie jako osobę pełniącą funkcję kierownika robót telekomunikacyjnych Bogdana Janickiego, którego odpowiednie uprawnienia wraz przebiegiem kariery zawodowej załączył do oferty.

Bogdan Janicki, dysponuje uprawnieniami budowlanymi w telekomunikacji do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych oraz

stacyjnych nr 0414/97/U wydane na podstawie Rozporządzenia Ministra Łączności w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym z dnia 10 października 1995 roku (Dz. U. Nr 120, poz. 581) przez Głównego Inspektora Państwowej Inspekcji Telekomunikacyjnej i Pocztovej. W treści wydanych uprawnień brak sformułowania czy są to uprawnienia w ograniczonym czy też w nieograniczonym zakresie, zatem dla stwierdzenia ich faktycznego zakresu Zamawiający powinien dokonać ich oceny. Izba ustaliła, że Pan Bogdan Janicki legitymuje się wykształceniem średnim, ukończył Technikum Kolejowe Ministerstwa Komunikacji w Warszawie, co wynika z treści załączonego do oferty przebiegu kariery zawodowej.

Zgodnie z treścią § 7 pkt 3 przywołanego wyżej rozporządzenia, obowiązującego w dacie wydania rozpatrywanych uprawnień dla uzyskania uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń wymaga się: posiadania odpowiedniego wyższego wykształcenia oraz odbycia 2-letniej praktyki na budowie. Wobec powyższego należy stwierdzić, że Pan Bogdan Janicki nie posiada kwalifikacji wymaganych do przyznania mu uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych bez ograniczeń i w związku z tym należy uznać, że wykonawca nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie posiadania uprawnień bez ograniczeń, co w konsekwencji nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Dodatkowo należy wskazać, że uprawnienia budowlane dla kierownika robót telekomunikacyjnych były już objęte zakresem wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, zatem w ocenie składu orzekającego Izby, ponowne wezwanie do uzupełniania tego samego dokumentu nie znajduje uzasadnienia prawnego.

Biorąc pod uwagę powyższe, zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, w ocenie składu orzekającego Izby, znalazł potwierdzenie.

W zakresie uprawnień przedstawionych dla kierownika budowy- Zdzisława Grzegorczyka, który posiada decyzję o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie nr 47/94/Lw wydane na podstawie §5 ust. 2 , § 7 i § 13 ust. 1 pkt 3 lit a Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 20 lutego 1975r. (Dz. U. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.) uprawniające do wykonywania samodzielnych funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno - inżynierskiej w zakresie linii, węzłów i stacji kolejowych, skład orzekający Izby uznał że dokument ten nie jest wystarczający do stwierdzenia, że osoba na którą został wystawiony legitymuje się uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń. Jak wynika z przebiegu kariery

zawodowej, złączonej do oferty Pan Zdzisław Grzegorzycy posiada średnie wykształceniem - ukończył Technikum Kolejowe w Lublinie. Należy zauważyć, że przepisy prawa obowiązujące w dacie wydania kwestionowanych decyzji o przyznaniu uprawnień nie przewidywały podziału na uprawnienia budowlane w ograniczonym i nieograniczonym zakresie. Zatem oceniając ich zakres, zgodnie z wymogiem Zamawiającego, trzeba mieć na uwadze warunki, jakie obecnie należy spełnić, aby uzyskać uprawnienia bez ograniczeń. Porównanie to skłania do twierdzenia, że uprawnienia pana Zdzisława Grzegorzycy oraz posiadane wykształcenie średnie nie odpowiadają wymogom przewidzianym w art. 14 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku prawo budowlane (Dz. U. 2006 rok, nr 156, poz. 1118 z póź. zm.), jakie należy spełnić aby uzyskać uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń.

Zatem w ocenie składu orzekającego Izby, potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy przez brak wezwania do uzupełniania dokumentu w postaci uprawnień budowlanych w zakresie nieograniczonym dla kierownika budowy.

Na marginesie należy zauważyć, że wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, który skutkować winien wykluczeniem Wykonawcy z postępowania i odrzuceniem jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy nieuzasadnione jest wzywianie Wykonawcy – Feroco S.A, do uzupełnienia dokumentu w postaci uprawnień budowlanych w zakresie nieograniczonym dla kierownika budowy.

W odniesieniu do zarzutów zgłoszonych w stosunku do oferty złożonej przez Konsorcjum, którego Liderem jest Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych, skład orzekający uznał:

Zamawiający zmodyfikował treść postanowienia części 3 rozbięcia ceny ofertowej w poz. 03.01.04 i nadał mu brzmienie „rozbiórka torów na podkładach drewnianych z wybieraniem podsypki” zamiast pierwotnego brzmienia tego postanowienia „rozbiórka torów na podkładach drewnianych bez wybierania podsypki”.

W ocenie składu orzekającego Izby w treści oferty Konsorcjum zaoferowało inny zakres prac niż ujęty w ofercie, zadeklarowano rozbiórkę torów na podkładach drewnianych ale bez wybierania podsypki zamiast tych samych robót z wybieraniem podsypki. Wobec zaoferowania w poz. 03.01.04 robót o innym zakresie niż wymagany przez Zamawiającego należy uznać, że zachodzi w tym stanie faktycznym sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji.

Nie można w tym zakresie uwzględnić również wyjaśnień złożonych przez Lidera Konsorcjum w dniu 14 marca 2008 roku, bowiem zmieniają one treść oświadczenia woli złożonego przez Wykonawcę w ofercie. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy zakazuje natomiast składania i uwzględniania wyjaśnień, które powodują zmianę treści złożonej oferty.

Brak uwzględnienia zmodyfikowanej treści w poz. 03.01.04 oferty nie można, w ocenie składu orzekającego Izby również rozpatrywać w kontekście oczywistej omyłki pisarskiej. Oczywistą omyłką pisarską w rozumieniu art. 87 ust. 2 ustawy należy bowiem rozpatrywać w kategorii błędu w rozumieniu art. 84 § 1 k.c., czyli mylnego oświadczenia woli składającego ofertę. Zgodnie z art. 84 § 1 kc za działanie pod wpływem błędu należy uznać takie działanie, gdzie świadomość składającego oświadczenia woli (ofertę) jest wyłączona, a gdyby składający oświadczenie nie działał pod wpływem błędu, nie złożyłby oświadczenia tej treści (SN z dnia 19.07.1979 roku IVCR227/79).

Przez „oczywistą omyłkę pisarską” w świetle art. 87 ust. 2 ustawy, rozumie się zatem każdą niedokładność, która nasuwa się bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy też ustaleń.

Zatem w ocenie składu orzekającego Izby zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zakresie braku odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum należy uznać za uzasadniony.

W odniesieniu do zarzutu braku uprawnień budowlanych bez ograniczeń dla kierowników robót: Marek Sobota - Kierownik Robót Torowych, Jerzy Fabisz - Kierownik Robót elektroenergetycznych SN I NN, skład orzekający Izby uznał zarzuty zgłoszone przez Odwołującego za uzasadnione.

Pan Marek Sobota - wskazany na stanowisko Kierownika Robót Torowych posiada decyzję o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie nr 186/88/UW wydane na podstawie § 5 ust. 2, §7 i §13 ust. 1 pkt 3 lit a Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 20 lutego 1975r. (Dz. U. Nr 8, poz. 46) uprawniające do wykonywania samodzielnych funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno - inżynierskiej w zakresie linii, węzłów i stacji kolejowych. Pan Marek Sobota legitymuje się średnim wykształceniem - ukończył Technikum Kolejowe we Wrocławiu, co wynika z przebiegu kariery zawodowej, załączonej do oferty.

Pan Jerzy Fabisz - wskazany na stanowisko Kierownika Robót elektro-energetycznych SN i NN posiada decyzję o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie nr 305/94/UW wydane na podstawie § 5 ust. 2, §7 § 6 ust. 3 i §13 ust. 1 pkt 4 lit d Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 20 lutego 1975 r. (Dz. U. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.) uprawniające do wykonywania samodzielnych funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno - inżynierskiej w zakresie sieci i instalacji elektrycznych. Pan Jerzy Fabisz legitymuje się średnim wykształceniem - ukończył Technikum Przemysłowo - Pedagogiczne.

Uprawnienia wydane dla wyżej wymienionych kierowników robót oraz posiadane przez nich wykształcenie średnie nie odpowiadają wymogom przewidzianym w art. 14 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo Budowlane (Dz. U. 2006 rok, nr 156, poz. 1118 z późn. zm.), jakie należy spełnić aby uzyskać uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń.

W tym zakresie skład orzekający Izby, przywołuje argumentację odnoszącą się do uprawnień wydanych dla Zdzisława Grzegorzcyka.

Wobec potwierdzenia się zarzutu skutkującego odrzuceniem oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie znajduje uzasadnienia zarzut braku wezwania do uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznając za uzasadnione koszty zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 599 zł.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*