

Warszawa, dnia 29 listopada 2011 r.

MWZ3-45-106.7/2011

### Wg rozdzielnika

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia na „Naprawę taboru kolejowego”  
znak: MWZ3-45-106/2011.

Na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), „Koleje Mazowieckie-KM” sp. z o. o., jako Zamawiający, przesyła kopię odwołania i wzywa Wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W załączeniu kopia wniesionego odwołania przez Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S. A.

#### **Otrzymują:**

1. Wykonawcy, uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia
2. Strona internetowa Zamawiającego ([www.mazowieckie.com.pl](http://www.mazowieckie.com.pl))
3. a/a

Prosimy o niezwłoczne odesłanie faksem na nr 22 47 37 518 lub pocztą elektroniczną na adres: [przetargi@mazowieckie.com.pl](mailto:przetargi@mazowieckie.com.pl) potwierdzenia otrzymania niniejszego pisma, opatrzonego datą, pieczęcią firmową i podpisem.

CZŁONEK ZARZĄDU  
Dyrektor Eksploatacyjny

Czesław Sulima

PREZES ZARZĄDU

Artur Radwan

Numer KRS: 0000222735, Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego  
Kapitał zakładowy: 481 909 000,00 zł • NIP: 1132520369 • REGON: 015876404



Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA

„Koleje Mazowieckie-KM”  
Sp. z o.o.

Bydgoszcz, dnia 25 listopada 2011 r.

wpi.  
dn. 2011 -11- 28

SEKRETARIAT

L.dz. 2134

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej  
ul. Postępu 17A  
02-676 Warszawa„Koleje Mazowieckie - KM” Sp. z o.o.  
ul. Tubelska 1  
03-802 Warszawa  
Nr telefonu (22) 4738716 lub (22) 4737353  
Nr faksu (22) 4738814 lub (22) 4737518  
Adres e-mail: [przetargi@mazowieckie.com.pl](mailto:przetargi@mazowieckie.com.pl)Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A.  
ul. Zygmunta Augusta 11  
85-082 BydgoszczPREZES ZARZĄDU  
DYREKTOR GENERALNYtel. +48 52 33 91 100  
fax +48 52 33 91 110  
tel. PKP 51 86 100  
fax PKP 51 86 110CZŁONEK ZARZĄDU  
DYREKTOR PRODUKCJI  
I TECHNIKItel. +48 52 33 91 100  
fax +48 52 33 91 110  
tel. PKP 51 86 100  
fax PKP 51 86 110CZŁONEK ZARZĄDU  
DYREKTOR FINANSOWYtel. +48 52 33 91 100  
fax +48 52 33 91 110  
tel. PKP 51 86 100  
fax PKP 51 86 110CZŁONEK ZARZĄDU  
DYREKTOR MARKETINGU  
I ROZWOJUtel. +48 52 33 91 104  
fax +48 52 33 91 114  
tel. PKP 51 86 104  
fax PKP 51 86 114CZŁONEK ZARZĄDU  
DYREKTOR MARKETINGU  
RYNKÓW ZAGRANICZNYCHtel. +48 52 33 91 104  
fax +48 52 33 91 114  
tel. PKP 51 86 104  
fax PKP 51 86 114

PROKURENT

tel. +48 52 33 91 104  
fax +48 52 33 91 114  
tel. PKP 51 86 104  
fax PKP 51 86 114

DZIAŁ MARKETINGU

tel. +48 52 33 91 104  
fax +48 52 33 91 114  
tel. PKP 51 86 104  
fax PKP 51 86 114  
[marketing@pesa.pl](mailto:marketing@pesa.pl)

DZIAŁ LOGISTYKI

tel. +48 52 33 91 210  
fax +48 52 33 91 231  
tel. PKP 51 86 210  
fax PKP 51 86 231[www.pesa.pl](http://www.pesa.pl)

Zamawiający:

Odwołujący:

*MW2  
MBE  
mac. Szymonowski  
Kocun'ka Metapole*  
28.11.2011  
*[Signature]*  
Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Naprawa taboru kolejowego”, znak sprawy MWZ3-45-106/2011

Termin opublikowania informacji o zmianach w SIWZ: 18 listopada 2011 r. – Dz.U./S 222/2011, nr dokumentu 360002-2011-PL

Termin na wniesienie odwołania: 28 listopada 2011 r.

**Odwołanie****wobec czynności podjętych przez Zamawiającego, którym jest „Koleje Mazowieckie - KM” Sp. z o.o., w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Naprawa taboru kolejowego”, znak sprawy MWZ3-45-106/2011**

Działając w imieniu Spółki Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, zwanego dalej Odwołującym - powołując się na załączone pełnomocnictwo - na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej Pzp, składam odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego, którym jest „Koleje Mazowieckie - KM” Sp. z o.o., w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Naprawa taboru kolejowego”, znak sprawy MWZ3-45-106/2011. Przedmiotem niniejszego odwołania są działania Zamawiającego polegające na modyfikacji treści SIWZ w zakresie wskazania dokumentów niezbędnych dla wykazania przez wykonawcę dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Przedmiotową czynność wykonano w odpowiedzi na pytanie nr 1 Wykonawcy II w ogłoszeniu z dnia 16 listopada 2011r., opublikowanym dnia 18 listopada 2011r., poprzez wskazanie, iż „świadectwo zgodności wyposażenia technicznego, kwalifikacji pracowników i stosowanych technologii, zgodnie z wymaganymi instrukcjami, w zakresie napraw okresowych elektrycznych zespołów trakcyjnych,

wydane przez pasażerskiego przewoźnika kolejowego" winno pochodzić nie wcześniej niż z 2007r. – tj. zmiany w rozdziale 8 pkt 8.1 ppkt 3 SIWZ oraz w rozdziale 9 pkt 9.3 ppkt 3 SIWZ, co stanowi niezasadne ograniczenie możliwości zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy ubiegającymi się o udzielenie zamówienia wykonawcami, a zarazem wprowadza niezasadnie w obiektywnym sensie zawyżenie oczekiwań stawianych w stosunku do wykonawców w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

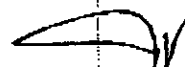
1. art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez całkowicie bezzasadną zmianę treści SIWZ przed upływem terminu składania ofert, gdyż dokonano ją bez jakiegokolwiek podstaw technicznych lub prawnych, a ponadto pomimo braku jakiegokolwiek zmiany okoliczności dotyczących zamówienia;
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie niezasadnego w obiektywnym sensie ograniczenia możliwości zachowania uczciwej konkurencji między wykonawcami, czego istotą jest bezpośrednio wyeliminowanie potencjalnego wykonawcy w oparciu o treść zadanego przezeń pytania;
3. art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie niezasadnego w obiektywnym sensie zawyżenia oczekiwań stawianych w stosunku do wykonawców w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co skutkuje takim określeniem warunków udziału w postępowaniu, które nie uniemożliwia wzięcie w nim udziału podmiotów posiadających przymioty określone w powołanych przepisach odnoszące się do wykonywania napraw taboru kolejowego;

Naruszenia wyżej wskazanych przepisów prawa sprowadzające się do uchylającej przepisom ustawy Pzp zmiany treści SIWZ może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji, Odwołujący domaga się uwzględnienia niniejszego odwołania oraz nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 16 listopada 2011r. polegającej na dokonaniu w odpowiedzi na pytanie nr 1 wykonawcy II zmiany treści SIWZ w rozdziale 8 pkt 8.1 ppkt 3 oraz w rozdziale 9 pkt 9.3 ppkt 3 i w konsekwencji przywrócenia obowiązującego pierwotnych postanowień SIWZ w tym zakresie.

W celu wykazania interesu prawnego, Odwołujący się podnosi, iż w przypadku utrzymania w mocy zaskarżonej czynności Zamawiającego, możliwość wykazania przezeń, iż posiada wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, będzie ograniczona ze względu na niezasadne w obiektywny sposób zawyżone wymagania dotyczące świadectwa zgodności wyposażenia technicznego, kwalifikacji pracowników i stosownych technologii, zgodnie z wymaganymi instrukcjami, w zakresie napraw okresowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, wydane przez pasażerskiego przewoźnika kolejowego. Poinformowanie Zamawiającego w treści zadanego pytania o istotnych cechach posiadanego świadectwa w tym zakresie, przyniosło bowiem efekt w postaci czynności Zamawiającego prowadzącej bezpośrednio do wyeliminowania wykonawcy.

### Uzasadnienie

W dniu 18 listopada 2011r. Zamawiający w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Naprawa taboru kolejowego”, znak sprawy MWZ3-45-106/2011, opublikował modyfikację treści SIWZ w zakresie wskazania dokumentów niezbędnych dla wykazania przez wykonawcę dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Przedmiotową czynność wykonano w odpowiedzi na pytanie nr 1 Wykonawcy II w ogłoszeniu z dnia 16 listopada 2011r., opublikowanym dnia 18 listopada 2011r., poprzez wskazanie, iż „świadectwo zgodności wyposażenia



technicznego, kwalifikacji pracowników i stosownych technologii, zgodnie z wymaganymi instrukcjami, w zakresie napraw okresowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, wydane przez pasażerskiego przewoźnika kolejowego" winno pochodzić nie wcześniej niż z 2007r. -- tj. zmiany w rozdziale 8 pkt 8.1 ppkt 3 SIWZ oraz w rozdziale 9 pkt 9.3 ppkt 3 SIWZ.

Wobec zarzutu sformułowanego wyżej w punkcie I poczynić trzeba następujące uwagi. Możliwość modyfikacji SIWZ, w tym również warunków udziału w postępowaniu, przewiduje art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem, w uzasadnionych przypadkach zamawiający może zmienić treść SIWZ w każdym momencie przed upływem terminu składania ofert. Zmiana SIWZ nastąpić może zarówno z inicjatywy Zamawiającego, jak również jako efekt zadanych pytań przez wykonawców. Ustawa Pzp wprost jednak stanowi, iż modyfikacja opublikowanej SIWZ nie jest objęta swobodnym uznaniem Zamawiającego, lecz jest dopuszczalna jedynie w tzw. uzasadnionych przypadkach. W tym miejscu przytoczyć warto wyrażony w literaturze przedmiotu pogląd, głoszący, iż „ustawa zastrzega, że modyfikacja dopuszczalna jest w uzasadnionych przypadkach, a więc wyraźnie wskazuje na obowiązek zamawiającego przygotowywania SIWZ w sposób odpowiedni, z zachowaniem należytej staranności (tak: komentarz do art. 38 ustawy Pzp przez M. Stachowiak, w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz.”, opubl. LEX 2010r.). W konsekwencji, za uzasadniony przypadek zmiany SIWZ należy uznać konieczność modyfikacji SIWZ związaną z usunięciem omyłkowo zawartych w pierwotnych postanowieniach zapisów sprzecznych z ustawą. Wydaje się, iż za uzasadniony przypadek można również uznać również niemożliwość do przewidzenia wcześniej zmianę potrzeb zamawiającego. Za dopuszczalną należy również uznać zmianę SIWZ polegającą na doprecyzowaniu budzących uzasadnione wątpliwości dotychczasowych postanowień w celu uniknięcia rozbieżnych interpretacji. O żadnej z tych sytuacji z całą pewnością nie ma mowy w niniejszej sprawie. Arbitralność działań zamawiającego, rozumiana jako brak uzasadnienia dla wprowadzanych zmian, jest działaniem sprzecznym z ustawą i w konsekwencji skutkować winna unicważnieniem zaskarżonej czynności jako wadliwej proceduralnie w kontekście przepisu art. 38 ust. 4.

W kontekście dalszych zarzutów, na wstępie postanowień należy niekwestionowaną w literaturze i judykaturze tezę, iż kluczowy w procedurach przetargowych jest postulat poszanowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Wszelkie działania zamawiającego uchybiające temu postulatowi traktować należy jako niezgodne z przepisami ustawy.

Wskazać trzeba, że zaskarżona czynność Zamawiającego, która polega na działaniu unicestwiający możliwość ubiegania się przez wykonawcę o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu pozbawiona jest jakiegokolwiek obiektywnych przesłanek natury prawnej lub technicznej. Arbitralne działanie Zamawiającego podjęte z zaniechaniem jakiegokolwiek, nawet najbardziej lakonicznego uzasadnienia co do jego celowości i racjonalności w świetle realizacji zasad udzielania zamówień publicznych. W efekcie, jedyną konkluzją owej czynności jest nieuzasadnione ograniczenie możliwości konkurowania ze sobą wykonawców poprzez zawyżenie oczekiwań co do dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Podkreślić zarazem trzeba, iż wnosząc niniejsze odwołanie, wykonawca w żadnym razie nie kwestionuje potrzeby legitymowania się przez ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców świadectwem zgodności, tak jak to określono w pierwotnie zredagowanej wersji SIWZ, (to jest bez całkowicie nieuzasadnionego w żadnym aspekcie wskazanie 2007r. jako najwcześniejszego momentu wydanie tego dokumentu). Wskazanie tej daty granicznej jest całkowicie nieuzasadnione – wyjaśnić bowiem należy, iż w ciągu ostatnich lat nie uległy zmianie instrukcje techniczne wyznaczające kryteria, które należy wypełnić dla uzyskania przedmiotowego świadectwa.

Świadectwo zgodności, którym wykonawca zamierzał posłużyć się celem ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego na naprawę taboru kolejowego prowadzonego pod znakiem sprawy MW73-45-106/2011, *prima facie* spełnia wszelkie określone w pierwotnej treści postanowień SIWZ wymagania. Jest bowiem świadectwem zgodności wyposażenia technicznego, kwalifikacji pracowników i stosownych technologii - zgodnie z obowiązującymi instrukcjami wskazanymi w jego treści, w zakresie napraw okresowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, wydane przez



działającego na rynku pasażerskiego przewoźnika kolejowego - „PKP Przewozy Regionalne” Sp. z o.o. (obecnie podmiot ten działa pod firmą „Przewozy Regionalne” Sp. z o.o.). Nadto, przedmiotowe świadectwo jest zgodne z zasadami wyznaczającymi tryb i treść tego typu dokumentów przez tego przewoźnika. Nadto, zgodnie z obowiązującymi standardami w tym zakresie zawiera formułę sprowadzającą się do jego bezterminowego obowiązywania w treści „Niniejsze świadectwo może zostać ograniczone lub cofnięte w przypadku stwierdzenia nieprzestrzegania obowiązujących norm, przepisów i instrukcji PKP S.A. lub niezgodności stanu faktycznego z deklarowanym”. Tym samym wprowadzenie dodatkowego wymogu, szczególnie iż dokonane w odpowiedzi na pytanie wykonawcy, jest całkowicie nieuzasadnione.

*Dowód: decyzja nr 4 Dyrektora Pionu Eksploatacyjnego „PKP Przewozy Regionalne” Sp. z o.o. z dnia 27 czerwca 2003r.*

*Świadectwo zgodności wydane przez „PKP Przewozy Regionalne” Sp. z o.o. z dnia 20 maja 2003r.*

*Świadectwo zgodności wydane przez „PKP Przewozy Regionalne” Sp. z o.o. z dnia 19 listopada 2003r.*

Podkreślić trzeba w tym miejscu, iż na etapie ustalania treści SIWZ, to jest wprowadzonych od dnia 18 listopada 2011r. zmian doszło do wymiernego i w praktyce skicrowanego przeciwko zadającemu pytanie wykonawcy ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji. Tymczasem, na gruncie prawa zamówień publicznych jako naczelny postulat podejmowanych działań stawia się konieczność zachowania pełnej konkurencyjności, której ograniczenia dopuszczalne są tylko w drodze uzasadnionych okolicznościami enumeratywnych wyjątków. Żadna z okoliczności dopuszczających taki wyjątek w niniejszym postępowaniu nie zachodzi (por. stanowisko wyrażone w komentarzu do art. 7 ustawy Pzp przez M. Stachowiak, w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz.”, opubl. LEX 2010r.).

Zakwestionowane niniejszym odwołaniem działanie zamawiającego wydaje się stanowić przejaw jednoznacznie odrzuconego w judykaturze poglądu, iż zamawiającemu służy pełna swoboda w kształtowaniu kręgu podmiotów, które dopuszczają do wykonania swojego zamówienia. Natomiast, niniejsze odwołanie oparte jest na przeciwnym tezie, która głosi, iż wobec priorytetu dopuszczalności swobodnego konkurencji wykonawców, prawo zamawiającego do kształtowania kręgu podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie ograniczone ściśle przez przepisy ustawy Pzp zawarte w art. 22 ust. 1. Przytoczyć zatem należy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 27 stycznia 2009 r., wydany w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 52/09, gdzie wskazano, iż: „Przepis art. 22 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych jest przepisem blankietowym i podlega konkretyzacji w każdym z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, tak aby warunki udziału w postępowaniu były adekwatne do przedmiotu zamówienia tzn. pozostawały z nim w związku na tyle ścisłym, by spełniający je wykonawca, był w stanie wykonać przedmiot zamówienia określony przez Zamawiającego z należytą starannością.”. Raz jeszcze podkreślić w tym miejscu należy, iż arbitralnie (tj. bez jakiegokolwiek uzasadnienia w zakresie celowości i racjonalności) dokonane przez zamawiającego zamiany postanowień SIWZ nie mają żadnego związku z przedmiotem zamówienia. W żaden sposób nie można bowiem wywieść, iż wykonawca legitymujący się nieodwołalnym i nieograniczonym w swej treści świadectwem zgodności sprzed 2007r. nie jest w stanie należycie wywiązać się z realizacji przedmiotowego zamówienia. Techniczne instrukcje dotyczące jakości i zakresu naprawy taboru kolejowego, które stanowią kryterium dla oceny możliwości wystawienia świadectwa zgodności pozostają bowiem w swej treści niezmiennione. Wywiązanie się z nich – czy to w 2003r. czy to w 2007 czy współcześnie sprowadza się zatem do zachowania tożsameskiego poziomu staranności w oparciu o tożsamy zakres zasobów technicznych i ludzkich.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi, jak na wstępie.



**Załączniki:**

1. odpis KRS Odwołującego
2. świadectwo zgodności wydane przez „PKP Przewozy Regionalne” Sp. z o.o. z dnia 20 maja 2003r.
3. świadectwo zgodności wydane przez „PKP Przewozy Regionalne” Sp. z o.o. z dnia 19 listopada 2003r.
4. decyzja nr 4 Dyrektora Pionu Eksploatacyjnego „PKP Przewozy Regionalne” Sp. z o.o.

CZŁONEK ZARZĄDKU  
Dyrektor Marketingu i Rozwoju  
Jerzy Berg

Z-ca Dyrektora Marketingu  
Bynku Wschodniego  
Andrzej Czarna  
PROKURENT