

WYROK
z dnia 15 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 2 lipca 2010 r. przez „**DB Schenker Rail Zabrze**” Spółka Akcyjna, 41-800 Zabrze, ul. **Wolności 337** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zmianę dotychczasowej treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następującym zakresie:

- 1) w pkt. III.2.1)1. ogłoszenia i pkt. XI.1. s.i.w.z. zdanie przed średnikiem na brzmienie: *Posiadania wiedzy i doświadczenia, to znaczy: w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (jeżeli okres działalności jest krótszy, to za ten okres) wykonali / wykonują usługi odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia o łącznej wartości tych usług nie mniejszej niż 2 500 000 PLN;*
- 2) w pkt. X punktorem czwarty s.i.w.z. na brzmienie: *Zawarcie umowy nastąpi zgodnie z dyspozycją art. 94 Upzp;*
- 3) w pkt. 10 ust. 1 pkt 2) załącznika nr 8 do s.i.w.z. na brzmienie: *w przypadku niewykonywania obowiązków umownych z winy Wykonawcy wpływających na ciągłość ruchu Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla (powodującej postój powyżej 0,5 godziny) w wysokości 1.000,00 PLN za każde rozpoczęte 0,5 godziny postoju;*
- 4) w pkt. I.1.1. punktorem dziesiąty załącznika nr 1 do s.i.w.z. na brzmienie: *inne czynności związane z bezpieczną eksploatacją taboru kolejowego na bocznicach w*

rozumieniu przepisów Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie ogólnych warunków prowadzenia ruchu i sygnalizacji (Dz. U. z 2005 r. Nr 172, poz. 1444, z późn. zm.) z uwzględnieniem postanowień Przepisów BR-1 i Regulaminu pracy bocznic, oraz spełnienia warunków dotyczących eksploatacji na bocznic pojazdów własnych wykonawcy w zakresie warunków określonych Ustawą o transporcie kolejowym, rozporządzeniami wykonawczymi wydanymi na podstawie art. 20 tej Ustawy (np. świadectwa dopuszczenia do eksploatacji pojazdu, świadectwa sprawności technicznej pojazdu);

- 5) w pkt. III.5. (ze strony wykonawcy) załącznika nr 1 do s.i.w.z. na brzmienie: *Wyposażenie posterunków ruchu w wymagane przybory sygnałowe oraz druki dokumentacji. Po zakończeniu umowy Wykonawca prześle Zamawiającemu następującą dokumentację:*
- *dzienniki oględzin rozjazdów;*
 - *arkusze pomiaru rozjazdów;*
 - *książki kontroli urządzeń srk;*
 - *dzienniki ruchu;*
 - *książki zajętości torów;*
 - *książki przebiegów;*
 - *dzienniki rozmów telefonicznych;*
 - *kopie wystawionych rozkazów pisemnych;*
 - *metryki przejazdów;*
 - *książki kolejowych obiektów budowlanych;*
- 6) w § 2 ust. 1 załącznika nr 8 do s.i.w.z. początek zdania przed dwukropkiem na brzmienie: *Wartość umowy nie przekroczy.*

2. Kosztami postępowania obciąża Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) kwoty wpisu uiszczanego przez „DB Schenker Rail Zabrze” Spółka Akcyjna, 41-800 Zabrze, ul. Wolności 337;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18820 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** na rzecz „DB Schenker Rail Zabrze” Spółka Akcyjna, 41-800 Zabrze, ul. Wolności 337, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczanego wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów związanych z jego dojazdem na rozprawę.

Sygn. akt KIO 1387/10

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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 – Kompania Węglowa S.A. w Katowicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na usługę pn. „Kompleksowa obsługa bocznicy kolejowej KW S.A. w KWK Pokój w okresie 36 miesięcy”.

2 lipca 2010 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący – „DB Schenker Rail Zabrze” S.A. z Zabrze – wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej również w skrócie „s.i.w.z.”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu:

1. Naruszenie przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 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; zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”) w związku z art. 26 ust. 1 pzp, art. 2 ust. 7a pzp oraz art. 7 ust. 1 pzp – poprzez ustalenie w pkt. III.2.1. ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt. XI.1 s.i.w.z., iż okres trzech lat do wykazania posiadania przez wykonawcę wiedzy oraz doświadczenia liczy się wstecz od dnia „wszczenia postępowania” /zarzut „a)” odwołania/.
2. Naruszenie przepisu art. 94 ust. 1 pzp – poprzez ustalenie w pkt. X punktora czwartego s.i.w.z., iż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nastąpi niezwłocznie po rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z pominięciem instytucji standstill /zarzut „b)” odwołania/.
3. Naruszenie przepisu art. 481 § 1 kc w związku z art. 353¹ kc w związku z art. 139 ust. 1 pzp, art. 7 ust. 1 pzp oraz art. 5 kc - poprzez ustalenie w § 2 ust. 14 załącznika nr 8 do s.i.w.z. (*Istotne postanowienia które zostaną wprowadzone do umowy*), iż w przypadku opóźnienia w płatnościach, kwestia regulowania ewentualnych odsetek będzie przedmiotem odrębnych negocjacji /zarzut „c)” odwołania/.
4. Naruszenie przepisów ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. z 2003 r. Nr 139, poz.1323, z późn. zm.) w tym w szczególności art. 5 oraz art. 9 – poprzez ustalenie 60-dniowego terminu płatności (§ 2 ust. 12 w zw. z ust.14 Załącznika nr 8 do s.i.w.z.) i pozbawienie Wykonawcy prawa do naliczania odsetek za okres od 31 dnia po spełnieniu świadczenia wzajemnego /zarzut „d)” odwołania/.

Sygn. akt KIO 1387/10

5. Naruszenie przepisu art. 353¹ kc w związku z art. 139 ust. 1 pzp, art. 7 ust. 1 pzp oraz art. 5 kc – poprzez ustalenie w § 2 ust. 15 załącznika nr 8 do s.i.w.z., iż należności wynikające z umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym odszkodowawcze i odsetkowe nie będą mogły być przedmiotem obrotu (cesji, sprzedaży) bez pisemnej zgody Zamawiającego /zarzut „e)” odwołania/
6. Naruszenie przepisu art. 353¹ kc w związku z art. 139 ust. 1 pzp, art. 7 ust. 1 pzp oraz art. 5 kc – poprzez ustalenie w § 2 ust. 16 załącznika nr 8 do s.i.w.z., iż należności wynikające z umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym odszkodowawcze i odsetkowe nie będą mogły być zastawu bez pisemnej zgody zamawiającego /zarzut „f)” odwołania/.
7. Naruszenie przepisu art. 483 § 1 kc w związku z art. 471 kc i art. 353¹ kc w związku z art. 139 ust. 1 pzp, art. 7 ust. 1 pzp oraz art. 5 kc – poprzez ustalenie w § 10 ust. 1 ppkt 2) załącznika nr 8 do s.i.w.z., iż w przypadku niewykonywania obowiązków umownych wpływających na ciągłość ruchu Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla (powodującej postój powyżej 0,5 godziny) Wykonawca zobowiązany jest zapłacić Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1.000,00 PLN za każde rozpoczęte 0,5 godz. Postoju /zarzut „g)” odwołania/.
8. Naruszenie przepisów zarządzenia Nr 42 Dyrektora Generalnego PKP z dnia 24 maja 1993 r. w sprawie prowadzenia i wytycznych ustalania zatrudnienia w jednostkach organizacyjnych służby automatyki i telekomunikacji (Biuletyn PKP Nr 15 z dnia 30 czerwca 1993 r., Warszawa) – poprzez ustalenie w pkt XI.2 lit. b) wypunktowanie siódme s.i.w.z., iż minimalna ilość osób na stanowisko „automatyk sterowania ruchem kolejowym" wynosi 1 (jedna) /zarzut „h)” odwołania/.
9. Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 pzp oraz art. 7 ust. 1 pzp – poprzez ustalenie sprzecznych z sobą pkt. XI.2 lit. b) s.i.w.z. oraz Tabeli A Załącznika nr 1 do Instrukcji PE-2 o zasadach konserwacji, przeglądach i diagnostyce urządzeń sterowania ruchem kolejowym na bocznicy KWK Pokój w Rudzie Śląskiej (załączonej do s.i.w.z.), a to z uwagi na ustalenie w pkt XI.2 lit. b) s.i.w.z., iż minimalna ilość osób na stanowisko „automatyk sterowania ruchem kolejowym" wynosi 1 (jedna), podczas gdy z zakresu zabiegów i ich częstotliwości, określonych w wyżej przywołanej Tabeli A wynika, iż osób takich winno być 2 (dwie) /zarzut „i)” odwołania/.
10. Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 pzp oraz art. 7 ust. 1 pzp – poprzez nieokreślenie lub co najmniej niedookreślenie przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności zakresu usług świadczonych przez wykonawcę w zakresie przewozów kolejowych związanych z obsługą bocznicy (pkt 1.1.1. wypunktowanie dziesiąte załącznika nr 1 do s.i.w.z.) /zarzut „j)” odwołania/.

Sygn. akt KIO 1387/10

11. Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 pzp oraz art. 7 ust. 1 pzp – poprzez niedookreślenie przedmiotu zamówienia tj. nie wyszczególnienie dokumentów jakie Wykonawca ma obowiązek przekazać po zakończeniu realizacji zamówienia (pkt III ppkt 5 oraz 16 załącznika nr 1 do s.i.w.z.) /zarzut „k)” odwołania/.
12. Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 pzp – poprzez nieokreślenie w jaki sposób zostanie ustalone wynagrodzenie należne Wykonawcy (pkt 2.1. oraz 2.3. załącznika nr 8 do s.i.w.z.) /zarzut „l)” odwołania/
13. Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 pzp – poprzez sprzeczność postanowień s.i.w.z. w odniesieniu do osób dozoru (nadzoru) jakie ma zapewnić Wykonawca (pkt I ppkt 4 oraz pkt III ppkt 3 załącznika nr 1 do s.i.w.z.) /zarzut „m)” odwołania/

W związku z podniesionym zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Zmiany pkt. III.2.1. ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt XI.1. s.i.w.z. – poprzez ustalenie, iż okres trzech lat do wykazania posiadania przez wykonawcę wiedzy oraz doświadczenia, o którym mowa w przedmiotowym przepisie liczy się wstecz od dnia „terminu składania ofert” /żądanie „a)” odwołania/.
2. Zmiany pkt X punktów czwarty s.i.w.z. – poprzez ustalenie, iż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nastąpi w terminach określonych w art. 94 pzp; względnie o jego usunięcie /żądanie „b)” odwołania/.
3. Usunięcia § 2 ust. 14, 15 oraz 16 załącznika nr 8 do s.i.w.z. (*Istotne postanowienia które zostaną wprowadzone do umowy*) /żądanie „c)” odwołania/.
4. Zmiany § 2 ust. 12 załącznika nr 8 do s.i.w.z. poprzez ustalenie 30 dniowego terminu płatności /żądanie „d)” odwołania/.
5. Zmiany pkt. XI.2 lit. b) punktów siódmy s.i.w.z. – poprzez ustalenie, iż minimalna ilość osób na stanowisko „automatyk sterowania ruchem kolejowym” wynosi 5 (pięć) /żądanie „e)” odwołania/.
6. Zmiany pkt XI.2 lit. b) punktów siódmy s.i.w.z. – poprzez ustalenie, iż minimalna ilość osób na wymienione stanowiska wynosi zgodnie z Tabelą A Załącznika nr 1 do Instrukcji PE-2 o zasadach konserwacji, przeglądach i diagnostyce urządzeń sterowania ruchem kolejowym na bocznicy KWK Pokój w Rudzie Śląskiej (załączonej do s.i.w.z.); /żądanie „f)” odwołania/.
7. Zmiany § 10 ust. 1 ppkt 2) załącznika nr 8 do s.i.w.z. – poprzez zapisanie, iż: „w przypadku niewykonywania obowiązków umownych z winy Wykonawcy wpływających na ciągłość ruchu Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla (powodującej postój powyżej 0,5 godziny) Wykonawca zobowiązany jest zapłacić Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1.000,00 PLN za każde rozpoczęte 0,5 godz. postoju” /żądanie „g)” odwołania/.
8. Zmiany pkt 1.1.1. punktów dziesiąty załącznika nr 1 do s.i.w.z. – poprzez jednoznaczne i

Sygn. akt KIO 1387/10

wyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia /żądanie „g” odwołania/.]

9. Zmiany pkt. III ppkt 5 oraz ppkt 16 załącznika nr 1 do s.i.w.z. – poprzez dokładne określenie zakresu dokumentacji techniczno-ruchowej jaka ma zostać przekazana Zamawiającemu oraz poprzez określenie jakie dokumenty dotyczące bocznicy kolejowej mają zostać przekazane Zamawiającemu /żądanie „h)” odwołania/.
10. Zmiany § 2 ust. 1 załącznika nr 8 do s.i.w.z. – poprzez jednoznaczne wskazanie czy wartość umowy „wynosi” czy „nie przekroczy”, względnie o usunięcie § 2 ust. 3 załącznika nr 8 do s.i.w.z. /żądanie „i)” odwołania/.
11. Usunięcia pkt. III ppkt 3 załącznika nr 1 do s.i.w.z., względnie o rozszerzenie zamówienia również o osoby dozoru (nadzoru) i w konsekwencji zmianę ostatniego zdania w pkt. I ppkt 4 załącznika nr 1 do s.i.w.z. /żądanie „j)” odwołania/.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący podniósł w szczególności następujące okoliczności.

Zarzut 1: Postanowienie ogłoszenia o zamówieniu oraz s.i.w.z., iż okres trzech lat do wykazania posiadania przez wykonawcę wiedzy oraz doświadczenia liczy się wstecz od dnia „wszczenia postępowania”, tworzy *de facto* inny czasookres wykonywania usług odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia jest sprzeczny z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów w związku z art. 26 ust. 1 pzp. Mając na uwadze ustawową definicję „postępowania o udzielenie zamówienia”, unormowaną w przepisie art. 2 ust. 7a pzp zwrot „wszczenie postępowania” nie jest synonimiczny ze zwrotem „termin składania ofert”. Jednocześnie określenie początkowego terminu, od którego ma być liczony okres trzech lat do wykazania posiadania przez wykonawcę wiedzy oraz doświadczenia stanowi naruszenie uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 pzp). Przedmiotowy zapis może bowiem promować wykonawców, którzy w przypadku ukształtowania postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz s.i.w.z. zgodnie z ustawą nie spełnialiby warunku udziału w niniejszym postępowaniu, określonego w przepisie art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp.

Zarzut 2: Przepis art. 94 pzp kreuje na gruncie polskiego prawa zamówień publicznych instytucję standstill, tj. minimalnego okresu zawieszenia dopuszczalności zawarcia umowy po zawiadomieniu wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający w treści s.i.w.z. dokonał bezprawnej modyfikacji przedmiotowej zasady, ustalając, iż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nastąpi niezwłocznie po rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co może wskazywać, że czynność ta może nastąpić z pominięciem terminów ustawowych, określonych w przepisie art. 94 pzp.

Sygn. akt KIO 1387/10

Zarzut 3: Skorzystanie z uprawnień przyznanych wierzycielowi na mocy art. 481 kc zależy wyłącznie od woli wierzyciela (por. komentarz do art. 481 kodeksu cywilnego [w:] A. Kidyba, A. Olejniczak, A. Pyrzyńska, T. Sokołowski, Z. Gawlik, A. Janiak, G. Kozieł, *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna*, LEX 2010). Jednocześnie, jak wskazuje się w judykaturze unormowanie art. 481 kc jest przejawem swoistej sankcji cywilnej mającej charakter ustawowy i bezwzględnie obowiązujący. Wobec powyższego strony stosunku zobowiązaniowego nie mogą jej umownie wyłączyć z uwagi na ograniczenia w zakresie swobody kontraktowania (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 14 lipca 2004 r., I ACa 269/04, LEX nr 193656; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 12 stycznia 2005 r., I ACa 869/04, LEX nr 147133). Z uwagi na powyższe postanowienie załącznika nr 8 do s.i.w.z. przewidujące w przypadku opóźnienia w płatnościach, iż kwestia regulowania ewentualnych odsetek będzie przedmiotem odrębnych negocjacji, nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 353¹ kc, który nie pozwala stronom umowy ułożenia stosunku prawnego wbrew przepisom ustawy, co zamawiający bezprawnie uczynił.

Zarzut 4: Z przepisu art. 5 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych a contrario wynika 30-dniowy termin płatności w transakcjach handlowych pomiędzy przedsiębiorcami. Art. 9 tej ustawy zakazuje przez czynność prawną (zarówno jednostronną jak i dwustronną) ograniczania uprawnień wierzyciela (Wykonawcy) do domagania się odsetek ustawowych za płatność dokonaną po 30 dniach od spełnienia przez niego świadczenia. Zrzeczenie się przez wierzyciela uprawnień do naliczania i dochodzenia odsetek oraz zawieszenie wykonywania tego prawa na pewien okres jest również nieważne w myśl tego artykułu ustawy. Zamawiający winien zatem ustalić zgodnie z powyższą ustawą termin płatności na 30 dni, zwłaszcza w kontekście opisanego w uzasadnieniu poprzedniego zarzutu zastrzeżenia o naliczaniu odsetek w ramach odrębnych negocjacji, co jest sprzeczne z art. 5 i 9 ustawy o terminach zapłaty.

Zarzut 5 i 6: Przepis art. 353¹ kc wyznacza normatywne granice swobody umów tj. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Naruszają zasady współżycia społecznego umowy obligacyjne, które kształtują prawa i obowiązki stron stosunku w sposób nieodpowiadający słuszności kontraktowej. W szczególności będą to umowy sprzeciwiające się regułom uczciwości i rzetelności profesjonalnej oraz kontrakty rażąco nierównoważnie kształtujące wzajemne prawa i obowiązki (tak wyrok Sądu Najwyższego z 6 stycznia 1976 r., I CR 713/75, LEX nr 7787; wyrok SN z 7 stycznia 1980 r., II CR 464/79, OSN 1980, nr 7-8, poz. 145; uchwała Sądu Najwyższego (7) z 22 maja 1991 r., III CZP 15/91, OSN 1992, nr 1, poz. 1; uchwała Sądu Najwyższego (7) z 6 marca 1992 r., III CZP 141/91, OSN 1992, nr 6, poz. 90; uchwała

Sygn. akt KIO 1387/10

SN (7) z 17 września 1992 r., OSN 1993, nr 3, poz. 24; wyrok Sądu Najwyższego z 11 września 2003 r., III CKN 579/01, OSN 2004, nr 10, poz. 167; wyrok Sądu Najwyższego z 8 października 2004 r., V CK 670/03, OSN 2005, nr 9, poz. 162; wyrok Sądu Najwyższego z 23 czerwca 2005 r., II CK 739/04, LEX nr 180871). Jednocześnie, z dezaprobatą moralną spotkać się mogą kontrakty, gdy rażąco nierównoważnie kształtują ryzyka związane z powstaniem lub wykonaniem zobowiązania (tak, wyrok Sądu Najwyższego z 4 października 2001 r., I CKN 328/99, LEX nr 52695; wyrok Sądu Najwyższego z 9 listopada 2006 r., IV CSK 208/06, Pr. Bank. 2007, nr 7-8, s. 4). Postanowienia § 2 ust. 15 oraz 16 załącznika nr 8 do s.i.w.z. kształtuje prawa i obowiązki Wykonawcy oraz Zamawiającego rażąco nierównoważnie. Równocześnie przedmiotowe postanowienia są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego z uwagi na to, iż dotychczasowe relacje gospodarcze pomiędzy wykonawcą wnoszącym odwołanie a zamawiającym (rażące i systematyczne opóźnianie się w zapłacie wynagrodzenia przez Zamawiającego na rzecz Odwołującego) zasadne jest twierdzenie, iż zastrzeżenie pisemnej zgody Zamawiającego na cesję wierzytelności lub na ich zastawienie, ma na celu pokrzywdzenie Odwołującego i uniemożliwienie mu dochodzenia należnego wynagrodzenia.

Zarzut 7: Ustawodawca łączy możliwość stosowania kar umownych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. Zgodnie z przepisem art. 471 kc dłużnik nie odpowiada jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Proponowany przez Zamawiającego postanowienie § 10 ust. 1 pkt. 2) załącznika nr 8 do s.i.w.z. nie uzależnia jednak naliczenia kary umownej od okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. W szczególności niewykonywanie obowiązków umownych wpływających na ciągłość ruchu Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla (powodującej postój powyżej 0,5 godziny) może być następstwem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający lub osoby trzecie działające na jego zlecenie lub z jego przyzwolenia. W tych okolicznościach takie postanowienie wykracza poza granice zasady swobody umów ustaloną w art. 353¹ kc, natomiast propozycja postanowienia uzależniającego stosowanie kary umownej od winy Wykonawcy jest uzasadniona.

Zarzut 8 i 9: Zgodnie z przepisami zarządzenia Nr 42 Dyrektora Generalnego PKP z dnia 24 maja 1993 r. w sprawie prowadzenia i wytycznych ustalania zatrudnienia w jednostkach organizacyjnych służby automatyki i telekomunikacji minimalna liczba osób na stanowisko „automatyk sterowania ruchem kolejowym” winna wynosić 5 (pięć). Jednocześnie, mając również na uwadze częstotliwość podstawowych zabiegów obsługi technicznej urządzeń srk, określoną w Tabeli A Załącznika nr 1 do Instrukcji PE-2 o zasadach konserwacji, przeglądach i diagnostyce urządzeń sterowania ruchem kolejowym

Sygn. akt KIO 1387/10

na bocznicę KWK „Pokój” w Rudzie Śląskiej (załączonej do s.i.w.z.) zauważyć należy, iż obiektywnie niemożliwe jest, aby zabiegi te wykonywał tylko jeden automatyczny sterownik ruchu kolejowego. Wedle kalkulacji Odwołującego minimalna ilość osób na przedmiotowe stanowisko winna wynosić 5 (pięć). Postanowienia pkt XI.2 lit. b) punktor siódmy s.i.w.z. należy uznać za nie tylko naruszające przepisy powyżej wskazanego zarządzenia lecz także wewnętrznie sprzeczne z załączoną do s.i.w.z. Instrukcją PE-2, co wskazuje, iż przedmiot zamówienia publicznego nie został opisany w sposób jednoznaczny (jest on jednak opisany w sposób wewnętrznie sprzeczny). Postanowienie to rodzi przy tym także zagrożenie dla bezpieczeństwa w ruchu kolejowym, w związku z realizacją przez wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zarzut 10: Zawarty w pkt 1.1.1. punktor dziesiąty załącznika nr 1 do s.i.w.z. opis zakresu rzeczowego usługi: „inne czynności związane z prawidłową i bezpieczną eksploatacją taboru kolejowego”, stanowi brak jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, zobowiązujący wykonawcę do zabezpieczenia technicznego, osobowego, finansowego i organizacyjnego realizacji czynności, które Zamawiający może zlecić, nie tworząc po stronie Zamawiającego jakiegokolwiek skutecznie wiążącego zobowiązania do ich zlecenia, co może być traktowane wyłącznie jako próba przeniesienia na wykonawcę całego ryzyka działalności statutowej Zamawiającego i wyłączenia jego odpowiedzialności za zapewnienie realizacji własnych zadań, determinujących usługi wykonawcy objęte zamówieniem publicznym. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią, gdyż należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zarzut 11: Wskazany w pkt. III ppkt 5 załącznika nr 1 do s.i.w.z. obowiązek przekazania całości dokumentacji techniczno-ruchowej nie jest wystarczająco sprecyzowany w rozumieniu art. 29 ustawy pzp, gdyż Zamawiający winien szczegółowo wymienić jakich dokumentów żąda. Również określony w pkt. III ppkt 16 załącznika nr 1 do s.i.w.z. obowiązek przekazania Zamawiającemu „wszystkich dokumentów dotyczących bocznic kolejowej”, nie jest określony wystarczająco jednoznacznie w rozumieniu art. 29 pzp.

Zarzut 12: W § 2 ust. 1 załącznika nr 8 do s.i.w.z. Zamawiający wskazał, iż „wartość umowy wynosi/nie przekroczy:”. Nie wiadomo zatem w jaki sposób zostanie ustalone wynagrodzenie za wykonanie zamówienia i czy będzie to wynagrodzenie ryczałtowe. Ustalenie, iż „wartość umowy wynosi” oznacza, że wynagrodzenie będzie ryczałtowe. Wówczas postanowienie to pozostaje w sprzeczności z § 2 ust. 3, który przewiduje, iż ceny

Sygn. akt KIO 1387/10

jednostkowe netto podlegają corocznej indeksacji, co jest niedopuszczalne przy wynagrodzeniu ryczałtowym za całość przedmiotu zamówienia.

Zarzut 13: W pkt. III ppkt 3 Załącznika nr 1 do s.i.w.z. określono, iż „Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia nadzoru (...)”. Tymczasem zamówienie nie obejmuje swym zakresem osób nadzoru, gdyż w pkt. I ppkt 4 Załącznika nr 1 do s.i.w.z. zdanie ostatnie wprost wskazano, iż „Osoby dozoru nie będą objęte zamówieniami”. A zatem w tym zakresie zachodzi sprzeczność wewnętrzna postanowień s.i.w.z., a tym samym naruszony zostaje art. 29 ustawy pzp nakładający obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia.

12 lipca 2010 r. Zamawiający wniósł za pośrednictwem faksu do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, którą przed posiedzeniem przekazał również Odwołującemu.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uznał 1, 2, 7, 10, 11 i 12 zarzut odwołania za zasadny i zobowiązał się po rozstrzygnięciu odwołania przez Izbę dokonania zmian ogłoszenia i s.i.w.z. zgodnie z 1, 2, 7, 8, 9 i 10 żądaniem odwołania.

W zakresie pozostałych zarzutów, wniósł o oddalenie odwołania, podając następujące uzasadnienie.

Zarzut 3: Kwestie związane z naliczaniem odsetek uregulowane zostały w ustawie z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Zgodnie z art. 9 ustawy czynność prawna wyłączająca lub ograniczająca uprawnienia wierzyciela lub obowiązki dłużnika, o których mowa w art. 5-8 ustawy, a więc dotyczących prawa żądania przez dłużnika odsetek, jest nieważna. Kwestionowane postanowienie s.i.w.z. nie wyłącza prawa dłużnika do naliczania i dochodzenia odsetek za nieterminowe płatności a przedmiotem negocjacji będzie nie zasada naliczania odsetek lecz sposób ich regulowania. Zamawiający jedynie pragnie zagwarantować sobie możliwość negocjacji w zakresie wysokości rat i terminów spłaty zadłużenia.

Zarzut 4: Zgodnie z art. 5 ustawy o terminach zapłaty, strony mogą w umowie przewidzieć termin zapłaty dłuższy niż 30 dni. W takich sytuacjach wierzyciel może żądać odsetek ustawowych za okres począwszy od 31 dnia po spełnieniu swojego świadczenia niepieniężnego i doręczeniu dłużnikowi faktury lub rachunku – do dnia zapłaty, ale nie dłuższy niż do dnia wymagalności świadczenia pieniężnego. Natomiast dyspozycja art. 9 ustawy traktuje *ipso iure* czynność wyłączającą powyższe postanowienie jako czynność nieważną czyli niepociągającą za sobą skutków prawnych. Zamawiający nie dokonał niedozwolonego wyłączenia prawa wykonawcy do dochodzenia należnych mu odsetek, a więc nie może być mowy o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy o terminach

Sygn. akt KIO 1387/10

zapłaty w transakcjach handlowych. Przedmiotowy zarzut był już rozpatrywany przez Krajową Izbę Odwoławczą, która w wyroku z dnia 3 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 946/09) stwierdziła, że *brak jest w obowiązujących przepisach prawa, a w szczególności w ustawie o terminach zapłaty w transakcjach handlowych zakazu zawarcia w umowie postanowienia przewidującego dłuższy niż 30-sto dniowy termin zapłaty. (...) Interes wykonawcy, będącego stroną umowy w której przewidziano 60-cio dniowy termin płatności jest ustawowo chroniony (art. 5 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych), poprzez wyposażenie wykonawcy (wierzyciela) w prawo żądania od zamawiającego (dłużnika) zapłaty odsetek ustawowych począwszy od 31-go dnia o spełnieniu świadczenia i doręczeniu faktury) do dnia zapłaty. Samego prawa żądania zapłaty odsetek nie można unieść lub ograniczyć, poprzez czynność prawną (art. 9 tejże ustawy). Takiej próby zresztą nie podejmował zamawiający w przedmiotowym postępowaniu.*

Zarzut 5 i 6: Jedną z naczelných zasad prawa jest wynikająca z art. 353¹ kc zasada swobody umów, pozwalająca na dowolne kształtowanie stosunku prawnego, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. Zgodnie z art. 509 § 1 kc wierzyciel może bez zgody dłużnika przenieść wierzytelność na osobę trzecią (przelew), chyba że sprzeciwiałoby się to ustawie, zastrzeżeniu umownemu albo właściwości zobowiązania. Art. 509 kc wyraźnie wskazuje, że zgoda na przelew wierzytelności może być obwarowana zgodą wierzyciela w przypadku odpowiedniego zastrzeżenia umownego, a Zamawiający w oparciu o dyspozycję art. 353¹ kc, zamierza skorzystać z przysługującego mu uprawnienia do swobodnego, lecz mieszczącego się w granicach prawa, kształtowania stosunku prawnego. Wobec tego, iż zastaw jest jedną z form przelewu wierzytelności, również w tym przypadku wymóg zgody Zamawiającego na jego ustanowienie znajduje oparcie w przepisach kodeksu cywilnego.

Zarzut 8: Zamawiający prowadzi eksploatację przedmiotowej bocznicą w oparciu o obowiązujące przepisy prawa ogólnie obowiązujące jak również o przepisy wewnętrzne dotyczące utrzymania infrastruktury kolejowej bocznicą I bezpiecznego prowadzenia ruchu kolejowego. Podstawowym aktem prawnym ogólnie obowiązującym normującym funkcjonowanie bocznic jest ustawa z dnia 28 marca 2003 r o transporcie kolejowym (tekst jedn. Dz.U. z 2007 r. Nr 16, poz. 94, z późn. zm.). Jedynym przepisem wewnętrznym, z uwzględnieniem odpowiednich postanowień Regulaminu pracy bocznicą oraz przepisów BHP, regulującym procesy utrzymania, diagnostyki urządzeń ark na bocznicą KWK „Pokój” jest *Instrukcja o zasadach konserwacji, przeglądach, obsłudze i diagnostyce urządzeń sterowania ruchem kolejowym na bocz KWK „Pokój”* zatwierdzona przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego na podstawie art. 13 ust. 5 przywołanej ustawy, decyzją nr TBT 13-500-921/05 z dnia 4 listopada 2005 r., a zarządzeniem Dyrektora KWK „Pokój” przepisy te

Sygn. akt KIO 1387/10

zostały jednocześnie wprowadzone do stosowania. Odwołujący nie wykazuje w żaden sposób konieczności stosowania przez Zamawiającego wewnętrznej regulacji wydanej przez Dyrektora Generalnego Przedsiębiorstwa PKP z 1993 r., obowiązującej w jednostkach organizacyjnych przedsiębiorstwa PKP. Zamawiający w oparciu o art. 180 ust. 1 pzp wnosi o oddalenie zarzutu, gdyż nie dotyczy on czynności zamawiającego niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Zarzut 9: W związku z mylną interpretacją przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający wyjaśnia, że opisane w pkt. X s.i.w.z. warunki nie dotyczą liczby pracowników faktycznie wykonujących zamówienie, lecz potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu pod względem dysponowania minimalną ilością osób spełniających warunki określone przepisami ustawy o transporcie kolejowym oraz przepisami wydanymi na jej podstawie w zakresie warunków jakie powinny spełniać osoby zatrudnione na stanowiskach bezpośrednio związanych z prowadzeniem i bezpieczeństwem ruchu kolejowego oraz prowadzeniem pojazdów kolejowych. Zamawiający tak określając warunek udziału Wykonawców w postępowaniu nie narusza zasady uczciwej konkurencji, prawa i możliwości wykonawców do udziału w postępowaniu oraz swobodnego kształtowania cen. Jednocześnie Zamawiający oczekując wskazania jedynie minimalnej ilości osób na danym stanowisku weryfikuje potencjał wykonawcy do udziału w postępowaniu. Określenie warunku dysponowania określoną ilością osób nie oznacza w praktyce faktycznej liczby osób realizujących przedmiot zamówienia. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera niezbędne informacje dla potrzeb skalkulowania przez wykonawców ilości niezbędnego potencjału osobowego a w konsekwencji ceny zamówienia tj.: wykaz podstawowych elementów in1 kolejowej (pkt, I ppkt 9 załącznika nr 1 do s.i.w.z.), wykaz czynności do wykonania w ramach realizacji procesów diagnostyki i utrzymania urządzeń, tablica czynności, wraz z warunkami ich wykonywania zawarte w *Instrukcji o zasadach konserwacji, przeglądach, obsłudze i diagnostyce urządzeń sterowania ruchem kolejowym na bocznicach KWK „Pokój”*, możliwość dokonania przez Wykonawcę wizji bocznic i zapoznania się z rodzajem, ilością urządzeń oraz konfiguracją i istniejącymi powiązaniem technicznymi i funkcjonalnymi. Szczególne znaczenie dla prowadzonego postępowania ma treść postanowienia pkt. 6 punktu I *Warunki wykonywania usług wymienionych w punktach I i II ze strony wykonawcy* załącznika nr 1 do s.i.w.z. o treści: „Wykonawca zapewni na każdej zmianie niezbędną ilość pracowników w ruchu kolejowym, osób dozoru oraz taboru kolejowego, gwarant prawidłową realizację umowy. Zamawiający nie dopuszcza możliwości jednoczesnego pełnienia przez jedną osobę funkcji osoby dozoru z wykonywaniem czynności związanych z prowadzeniem i bezpieczeństwem ruchu kolejowego lub

Sygn. akt KIO 1387/10

prowadzeniem pojazdu kolejowego”. Na podstawie powyższego zapisu, do obowiązku Wykonawcy należy określenie niezbędnej ilości osób wykonujących zamówienie i na tej podstawie oraz innych czynników decydujących o realizacji zamówienia prawidłowe skalkulowanie usługi. Zamawiający nie wyklucza w realizacji zamówienia możliwości zaangażowania przez wykonawców 5 osób o kwalifikacjach „automatyk sterowania ruchem kolejowym”. Niezrozumiałym jest podanie przez Odwołującego się w zarzutach odwołania (strona 3/14), że liczba osób o kwalifikacjach „automatyk sterowania ruchem kolejowym” w przedmiotowym postępowaniu winna wynosić 2 osoby, natomiast w żądaniach odwołania (strona 4/14) oraz w uzasadnieniu (strona 10/14) wnosi o zmianę tej liczby na 5 osób, którą uzasadnia „swoimi kalkulacjami”.

Zarzut 13: Zgodnie ze szczegółowym zakresem rzeczowym zamówienia (załącznik nr 1) do obsługi bocznicy w dni robocze Zamawiający nie przewiduje zamawiania pracowników wykonawcy, jak również rozliczania wykonawcy z ilości zatrudnionych pracowników. Wykonawca jest zobowiązany do zatrudnienia takiej ilości pracowników, aby w sposób należyty wykonać zadanie. Wykonawca będzie rozliczany według ilości przewiezionej masy manewrowej, a więc koszty zatrudnienia – w tym osób dozoru – wykonawca winien uwzględnić w wynagrodzeniu ryczałtowym. Na dni wolne od pracy Zamawiający będzie składał zamówienia zgodnie z punktem 1, ppkt 4 załącznika nr 1 do s.i.w.z. i jedynie w tym przypadku rozliczenie następować będzie zgodnie z ilością przepracowanych roboczodniówek i ilości godzin pracy lokomotywy. Ze względu na rodzaj prac wykonywanych w dni wolne od pracy, tj. wywóz pociągów z węglem na tory zdawczo-odbiorcze, przyjęcie pustych wagonów pod załadunek na następny dzień roboczy, sporadyczne (nieplanowane) zmiany załadunkowe, obłożenie posterunków ruchu (bez wykonywania manewrów), za które to usługi skalkulowanie cen ryczałtowych lub jednostkowych (PLN/tonę) jest niemożliwe, obsługa bocznicy będzie odbywała się na zasadach zamawiania pracowników w ruchu kolejowym i lokomotyw. Taki sposób gwarantuje wykonawcy godziwe wynagrodzenie za wykonane usługi. Jednocześnie należy zaznaczyć, że osoba dozoru nie jest ujęta w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 16 sierpnia 2004 r. w sprawie stanowisk bezpośrednio związanych z prowadzeniem i bezpieczeństwem ruchu kolejowego i warunków, jakie powinny spełniać osoby zatrudnione na tych stanowiskach oraz prowadzący pojazdy kolejowe (Dz.U. Nr 212, poz. 2152, z późn. zm.).

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Po ustaleniu z urzędu, iż odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe

Sygn. akt KIO 1387/10

stanowiska, to jest Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów, których zasadności nie uznał w odpowiedzi na odwołanie, natomiast Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, którego zarzuty podtrzymał w całości.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 25 czerwca 2010 r. nr 2010/S 121 pod poz. 184487, w tym samym dniu zamieszczając ogłoszenie w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.kwsa.pl), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy i wynosi 16.500.000,00 zł, co stanowi równowartość 4.297.994,27 euro.

Izba ustaliła, iż kwestionowane przez Odwołującego postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i s.i.w.z. mają takie brzmienie jak to przytoczono powyżej za odwołaniem.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w dokumentacji postępowania, która została również przekazana izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. oraz *Wyciągu z Protokołu Zarządu z dnia 27 kwietnia 2010 roku – Uchwały Nr 763/2010 z dnia 27 kwietnia 2010 roku Zarządu Kompanii Węglowej S.A.*

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania zawarte w treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, a także złożone ustnie w toku rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 25 czerwca 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Sygn. akt KIO 1387/10

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż na tym etapie postępowania może wyrażać się on m.in. w tym aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, a zawarta umowa nie była dotknięta sankcją nieważności względnej i nie podlegała unieważnieniu z powodu wady postępowania. Za wadę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uznać należy naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 pzp) oraz art. 29 pzp, a także przepisów kodeksu cywilnego przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu i s.i.w.z. dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego. Utrzymanie takich postanowień ogłoszenia i s.i.w.z. może narazić Odwołującego na szkodę, zarówno gdy z ich powodu nie będzie mógł ubiegać się o udzielenie zamówienia jak i w razie złożenia oferty i jej wyboru jako najkorzystniejszej, z uwagi na możliwość unieważnienia zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Pomimo zgodnego wniosku stron o przeprowadzenie dowodu z protokołu rozprawy w sprawie o sygn. akt KIO 1302/10 na okoliczność ewentualnego uzupełnienia twierdzeń podniesionych na rozprawie, Izba uznała, iż wniosek ten nie wskazuje na fakty, które mają zostać w ten sposób udowodnione oraz został złożony pod koniec rozprawy jedynie dla zwłoki.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podtrzymanych na rozprawie, Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie kwestionowanych postanowień: pkt. III.2.1)1. ogłoszenia i pkt. XI.1. s.i.w.z.; pkt. X punkt czwarty s.i.w.z.; pkt. 10 ust. 1 pkt 2) załącznika nr 8 do s.i.w.z.; pkt. I.1.1. wypunktowanie dziesiąte załącznika nr 1 do s.i.w.z.; pkt. III.5. (ze strony wykonawcy) załącznika nr 1 do s.i.w.z. – w ocenie Izby, potwierdził się zarzuty dotyczące: wadliwego określenia od kiedy liczy się okres na potwierdzenie wymaganego doświadczenia, naruszenia terminu standstill, zastrzeżenia kar umownych niezależnie od okoliczności za które odpowiada wykonawca oraz niedookreślenia przedmiotu zamówienia.

Odwołujący dowiódł, a Zamawiający przyznał, iż w ogłoszeniu o zamówieniu i s.i.w.z. nieprawidłowo określono iż okres trzech lat do wykazania przez wykonawców posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia liczy się od dnia wszczęcia postępowania, zamiast, jak to wynika z rozporządzenia w sprawie dokumentów – od terminu składania ofert.

Sygn. akt KIO 1387/10

Odwołujący dowiódł, a Zamawiający przyznał, iż określenie w s.i.w.z. momentu zawarcia umowy jako niezwłocznie po ostatecznym rozstrzygnięciu postępowania, budzi uzasadnione obawy czy w postępowaniu będą przestrzegane przewidziane w przepisie art. 94 pzp tzw. terminy standstill.

Odwołujący wykazał, a Zamawiający przyznał, iż w świetle przepisów kodeksu cywilnego, do których odsyła ustawa pzp niedopuszczalne jest nakładanie na wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi powstałe wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

W ocenie Izby, wobec tego, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie był w stanie zaproponować bardziej szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, precyzując jakie czynności mieszczą się w klauzuli generalnej „innych czynności związanych z prawidłową i bezpieczną eksploatacją taboru kolejowego” oraz jakie dokumenty składają się na „całość” dokumentacji techniczno-ruchowej – należy uznać, iż dotychczasowy opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie był niedostatecznie jednoznaczny i wyczerpujący oraz uwzględniający wszystkie znane Zamawiającemu okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, co mogło utrudnić uczciwą konkurencję.

Wobec przyznania przez Zamawiającego, iż niedostatecznie jasno określił czy wartość umowy wyniesie określoną kwotę czy nie przekroczy określonej kwoty, Izba nie znalazła podstaw do odmowy zasadności zarzutu Odwołującego, który wskazał na niejednoznaczność postanowienia wzoru umowy literalnie przewidującego obie wyłączone się nawzajem możliwości.

W zakresie kwestionowanych postanowień § 2 ust. 12, 14, 15, 16 załącznika nr 8 do s.i.w.z. (postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego), zarzuty dotyczące: 60-dniowego terminu płatności, odrębnych negocjacji w kwestii regulowania ewentualnych odsetek, wymagania pisemnej zgody Zamawiającego dla cesji lub zastawiania należności wynikających z umowy, w tym odszkodowawczych i odsetkowych – nie mogły być uwzględnione jako zasadne.

Odwołujący nie dowiódł, iż prawo do swobodnego kształtowania umów, wynikające z zasady swobody umów, o której mowa w art. 353¹ kodeksu cywilnego, zostało przez Zamawiającego nadużyte przy kształtowaniu powyżej wskazanych postanowień umowy.

W ocenie Izby, z obowiązujących przepisów prawa, w szczególności z przepisów ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, nie wynika zakaz ani ograniczenie możliwości przewidzenia w umowach zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami terminów zapłaty dłuższych niż 30-dniowe. Wobec tego dopuszczalny jest 60-dniowy termin zapłaty przewidziany przez Zamawiającego w s.i.w.z. Natomiast z przepisu art. 5 tej ustawy wynika,

iż w takim przypadku, Odwołujący jako wierzyciel świadczenia pieniężnego, będzie miał niepodlegające wyłączeniu ani ograniczeniu (z mocy przepisu art. 9 tej ustawy) roszczenie przeciwko Zamawiającemu o zapłatę ustawowych odsetek począwszy od 31. dnia po wykonaniu usługi za dany miesiąc i doręczeniu faktury aż do dnia zapłaty świadczenia głównego wraz z należnymi odsetkami. Z tego względu, Izba nie dopatrzyła się w zachowaniu Zamawiającego naruszenia przepisów ustawy o terminach zapłaty.

Biorąc pod uwagę, iż przedmiotem obrotu ma być należność wymagana jako wynagrodzenie za wykonanie lub, jak w przedmiotowym postępowaniu, za wykonywanie usługi przez okres 36 miesięcy, z comiesięczną płatnością, uzasadnione jest ograniczenie możliwości obrotu tymi należnościami, którego skutkiem może być obowiązek zapłaty innemu podmiotowi niż wykonawca, z którym zawarto umowę na wykonanie zamówienia publicznego, przez zastrzeżenie pisemnej zgody Zamawiającego, co może mieć również istotne znaczenie razie dokonywania wzajemnych potrąceń. Zastrzeżenie zgody Zamawiającego (dłużnika) ma wprost oparcie w przepisie art. 509 § 1 kc, zgodnie z którym jest jedną z trzech, oprócz wyłączenia z mocy przepisu ustawy lub z uwagi na właściwość zobowiązania, sytuacji ograniczających możliwość przelewu wierzytelności. Do tego przepisu odsyła z kolei przepis art. 329 § 1 zdanie pierwsze kc stanowiąc, iż do ustanowienia zastawu na prawach stosuje się odpowiednio przepisy o przeniesieniu tego prawa.

Przepis art. 481 § 1 kc ustanawiający uprawnienie wierzyciela do żądania odsetek w razie opóźnienia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego przez dłużnika, nie wprowadza ograniczenia możliwości umownego uregulowania przez wierzyciela i dłużnika sposobu spłaty należnych odsetek. Wobec tego postanowienie s.i.w.z., z którego wynika, iż w przypadku powstania takich należności, wyłącznie sposób ich spłaty będzie przedmiotem odrębnych negocjacji, nie narusza przepisu art. 481 § 1 kc.

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut naruszenia przez postanowienie pkt. XI.2 lit. b) punktor siódmy zarządzenia nr 42 Dyrektora Generalnego PKP, ani sprzeczności tego postanowienia z załączoną do s.i.w.z. *Tabełą A* załącznika nr 1 do *Instrukcji PE-2*.

Po pierwsze, Odwołujący nie wskazał do naruszenia jakiego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych doszło w związku z zarzucanym naruszeniem przepisów przywołanego zarządzenia. Tym niemniej, Izba ustaliła, iż zarządzenie to zostało wydane na podstawie przepisów o restrukturyzacji Polskich Kolei Państwowych i obowiązywało wyłącznie w jej jednostkach organizacyjnych, natomiast bocznica kolejowa, której obsługi dotyczy postępowanie jest wyłączną własnością Zamawiającego. Ponadto, wobec uchylecia ustawy będącej podstawą wydania zarządzenia, w ogóle utraciło ono moc obowiązującą.

Po drugie, kwestionowane przez Odwołującego postanowienie dotyczy warunku udziału w postępowaniu, a nie opisu przedmiotu zamówienia. Zatem żądanie wprowadzenia w tym zakresie bardziej rygorystycznego warunku, nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Odwołujący nie wykazał, że warunek określony przez Zamawiającego nie jest związany z przedmiotem zamówienia lub proporcjonalny do niego. Ponadto, nie sposób stwierdzić sprzeczności tak postawionego warunku, przesądzającego o kręgu wykonawców, którzy mogą być dopuszczeni do udziału w postępowaniu, z ewentualnym postanowieniem s.i.w.z. dotyczącym sposobu realizacji zamówienia, w tym wymaganej przy niej liczby osób. Izba zważyła również, iż z *Tabeli A* stanowiącej załącznik nr 1 do *Instrukcji o zasadach konserwacji, przeglądach, obsłudze i diagnostyce urządzeń sterowania ruchem kolejowym na bocznicach KWK „Pokój” w Rudzie Śląskiej*, załączonej do s.i.w.z. – ani wprost, ani pośrednio nie wynika wymóg pełnienia przez 2 lub 5 osób stanowiska „automatyk sterowania ruchem kolejowym”. W tabeli tej wymieniono szereg podstawowych czynności związanych z obsługą wskazanych urządzeń, określając ich częstotliwość w przedziale od 1 raz na miesiąc aż do 1 raz na 5 do 12 lat, z wyjątkiem „malowania zewnętrznych urządzeń srk”, które ma być wykonywane „wg potrzeb”. Izba uwzględniła również stanowisko Zamawiającego, iż obsada personalna w czasie realizacji zamówienia, na podstawie wyczerpujących informacji o zakresie wymaganych czynności zawartych w s.i.w.z., określa w ofercie wykonawca, na podstawie swojej kalkulacji, zwłaszcza, że odpłatność w tym zakresie stanowi comiesięczny ryczałt, ustalany wyłącznie przez wykonawcę, jako składnik cenowy oferty. Zatem nie ma przeszkód by Odwołujący, jak i każdy inny wykonawca, który ma równy dostęp do dokumentacji przetargowej, zaoferował 5-osobową obsadę na stanowisku „automatyk sterowania ruchem kolejowym” i odpowiednio wyliczył cenę oferty za świadczone usługi.

Wobec tego, Izba nie dopatrzyła się w powyżej opisanym zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 pzp.

Izba nie dopatrzyła się również podnoszonej przez Odwołującego sprzeczności postanowień załącznika nr 1 do s.i.w.z.: pkt. III (ze *strony wykonawcy*) ppkt 3 z pkt. I ppkt 4. Z pierwszego z wymienionych postanowień wynika, iż wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia nadzoru do kierowania i nadzorowania prac i robót kolejowych na każdej zmianie roboczej, natomiast drugie z tych postanowień reguluje w sposób odrębny obsługę bocznic w dni wolne ustawowo od pracy i inne dni „nieprodukcyjne”, w szczególności przewidując, iż usługi będą świadczone na podstawie pisemnych zamówień Zamawiającego, w których między innymi będzie wyszczególniona liczba pracowników w ruchu kolejowym, przy czym osoby dozoru nie będą objęte tymi zamówieniami. Odwołujący ani w uzasadnieniu odwołania, ani na rozprawie nie wyjaśnił, na czym miałyby polegać sprzeczność tych

Sygn. akt KIO 1387/10

postanowień, w szczególności na jakiej podstawie utożsamia obowiązek zapewnienia nadzoru na każdej zmianie roboczej z „osobami dozoru”.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego w zakresie zarzutów, które się potwierdziły przepisów: § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów w zw. z art. 26 ust. 1 pzp, art. 7 ust. 1 pzp, przepisu art. 94 ust. 1 pzp, przepisu art. 483 § 1 kc w zw. z art. 471 kc w zw. z art. 139 ust. 1 pzp i art. 7 ust. 1 pzp; art. 29 ust. 1 i 2 pzp i art. 7 ust. 1 pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Z uwagi na to, iż uwzględnienie w tym zakresie zarzutów i zobowiązanie się do uczynienia zadość żądaniom przez Zamawiającego po wydaniu orzeczenia przez Izbę nie stanowi uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, skutkującego umorzeniem postępowania odwoławczego i obowiązkiem uczynienia zadość żądaniom odwołania – dopiero uwzględnienie odwołania spowoduje, iż Zamawiający będzie miał obowiązek dokonania żądanych przez Odwołującego zmian treści ogłoszenia i s.i.w.z.

Wobec tego, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji, nadając odpowiednim postanowieniom s.i.w.z. i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów brzmienie proponowane przez Odwołującego, a w przypadku braku szczegółowego żądania Odwołującego, w brzmieniu zaproponowanym przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, które nie było kwestionowane przez Odwołującego na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz zgodnie z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 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), uwzględniając jako uzasadnione koszty Odwołującego wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 zł oraz koszty związane z dojazdem pełnomocnika koleją na wyznaczone posiedzenie i rozprawę Izby w wysokości 220,00 zł, na podstawie rachunków (faktur VAT) przedłożonych do akt sprawy – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. a i b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....