

WYROK
z dnia 16 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2011 r. przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **"PKP Intercity" S.A., ul. Żelazna 59a, 00-848 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **WIKO Handel Usługi Bogdan Kościelny, ul. Pokrętna 18, 05-515 Nowa Iwiczna** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
 - 1) zmianę postanowień Sekcji III.2.3) pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziału V ust. 2 pkt 1 siwz poprzez dodanie sformułowania „lub równoważne”,
 - 2) zmianę postanowień Sekcji III.2.3) pkt 2 ogłoszenia oraz Rozdziału V ust. 2 pkt 2 siwz poprzez dodanie sformułowania „lub równoważne”,
 - 3) zmianę postanowień ogłoszenia poprzez usunięcie z Sekcji III.2.3) punktu 6 lit. c),
 - 4) zmianę postanowień siwz poprzez usunięcie z Rozdziału V ustępu 7 i z Rozdziału VI ust. 2 punktu 4.
2. kosztami postępowania obciąża **"PKP Intercity" S.A., ul. Żelazna 59a, 00-848 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **"PKP Intercity" S.A., ul. Żelazna 59a, 00-848 Warszawa** na rzecz **Impel Cleaning Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

PKP INTERCITY S.A. w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Kompleksową usługę utrzymania w czystości kolejowych wagonów osobowych i lokomotyw kursujących w pociągach Spółki PKP Intercity S.A. Numer ogłoszenia zamieszczonego w DU Wspólnot Europejskich: 2011/S 228-370525.

Odwołujący Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu w odwołaniu wniesionym 6.12.2011 r. zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zakresie opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisie sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz określenie dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków a także wzoru umowy; art. 22 ust 1 i 4 ustawy pzp w związku z przepisami rozporządzenia PRM 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) poprzez naruszenie zasady, iż opis oceny spełniania warunków udziału powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, art. 36 ust 1 pkt 6 Ustawy w związku z przepisami w/w rozporządzenia, poprzez wadliwe opisanie dokumentów żądanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu – „wiedza i doświadczenie - oraz sposób ich oceny przez Zamawiającego; art.353¹, art. 484 § 2, art. 58 § 1 i § 2 oraz art. 5 ustawy Kodeks cywilny oraz art. 14 i 139 Ustawy, poprzez wprowadzenie do siwz - Wzoru umowy - postanowień, które są sprzeczne z zasadą swobody zawierania umów oraz są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu: 1) zmiany postanowień Sekcji III.2.3) pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu oraz R. V ust. 2 pkt 1 siwz poprzez dodanie sformułowania „lub równoważne” umożliwiającego wykonawcom posiadającym doświadczenie podobne do wymaganego przez Zamawiającego ubieganie się o udzielenie zamówienia; 2) zmiany postanowień Sekcji III.2.3) pkt 2 ogłoszenia oraz R. V ust. 2 pkt 2 siwz poprzez dodanie sformułowania „lub równoważne” umożliwiającego wykonawcom posiadającym doświadczenie podobne do wymaganego przez Zamawiającego ubieganie się o udzielenie zamówienia; 3) zmiany postanowień ogłoszenia poprzez usunięcie z Sekcji III.2.3) punktu 6 lit. c) - zgodnie z którym Wykonawca ubiegający się o udzielenie

zamówienia, zobowiązany jest na potwierdzenie spełniania warunku wiedza i doświadczenie, przedłożyć certyfikat wydany przez Izbę Gospodarczą Transportu Lądowego w zakresie czyszczeń i sprzątnia kolejowych wagonów osobowych i lokomotyw lub certyfikatów równoważnych w tym certyfikatów zagranicznych obejmujących zakres czyszczeń i sprzątnia kolejowych wagonów osobowych i lokomotyw; 4) zmiany postanowień siwz poprzez usunięcie z R. VI postanowienia - ust. 2 pkt 4 - zgodnie, z którym Wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia w celu potwierdzenie spełniania szczegółowych warunków udziału w postępowaniu, określonych w Rozdziale V ust. 2 siwz, powinien przedłożyć certyfikat wydany przez Izbę Gospodarczą Transportu Lądowego w zakresie czyszczeń i sprzątnia kolejowych wagonów osobowych i lokomotyw lub certyfikatów równoważnych w tym certyfikatów zagranicznych. 5) zmiany postanowień Wzoru umowy w par. 5 ust. 7 poprzez obniżenie kary umownej z 5000 zł. do 2500 zł , w par. 6 ust. 1 poprzez obniżenia kary umownej z 50% do 10%; w par. 6 ust. 3 poprzez obniżenie kary umownej z 50% do 10%; w par. 6 ust. 6 poprzez obniżenie kary umownej z 500 zł do 250 zł; dodanie postanowienia umożliwiającego Stronom rozwiązanie umowy. Odwołujący stwierdził, że obecne postanowienia siwz uniemożliwiają mu złożenie oferty i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał na wymóg, aby wykonawca wykazał, że wykonał lub wykonuje co najmniej jedno zamówienie w zakresie stacjonarnego mycia i czyszczenia okresowego codziennego i pobieżnego kolejowych wagonów osobowych o wartości wskazanej w siwz i legitymował się wiedzą i doświadczeniem w zakresie stacjonarnego mycia okresowego i czyszczenia codziennego lokomotyw. W ocenie Odwołującego wyżej przywołane warunki są dyskryminujące i naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zgodnie z art. 22 ust. 4 Ustawy opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wskazuje na pogląd orzecznictwa i doktryny, wg którego „przepisy p.z.p. nie wymagają, by warunki, których spełnienie umożliwia wzięcie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego, ściśle odpowiadały przedmiotowi zamówienia. Zamawiający określił poziom wymaganego od wykonawców doświadczenia w sposób ściśle odpowiadający przedmiotowi zamówienia, czym w ocenie Odwołującego ograniczył konkurencję w postępowaniu i dopuścił się dyskryminacji wykonawców nie posiadających doświadczenia stricte w utrzymaniu czystości taboru kolejowego. Odwołujący podnosi, iż ustalone w postępowaniu o zamówienie publiczne warunki udziału w postępowaniu uniemożliwiają udział wykonawcom posiadających doświadczenie w sprzątniu (myciu i czyszczeniu) wagonów innych niż osobowe wagony kolejowe jednakże również związane z transportem szynowym np. w sprzątniu tramwajów lub szynobusów. Powyższe, zdaniem

Odwołującego, nie znajduje usprawiedliwienia w realnych powodach (potrzebach zamawiającego), które stopień ograniczenia konkurencji mogą sankcjonować i uzasadniać. Podkreśla, że „ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie, dające rękojmię prawidłowej realizacji. Odwołujący wskazuje, że celem zapewnienia zachowania zasad wyrażonych w art. 7 i 22 ust. 4 Ustawy niezbędnym jest taka zmiana warunku udziału w postępowaniu, która umożliwiła będzie ubieganie się o zamówienie również wykonawcom posiadającym doświadczenie w sprzątnięciu (myciu i czyszczeniu) wagonów także innych niż kolejowe. Odnosząc się natomiast do warunku zawartego w Sekcji III.2.3) pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziału V ust. 2 pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Odwołujący wnosi, że z uwagi na fakt, iż de facto ogranicza on rodzaj i liczbę wykonawców zdolnych do ubiegania się o zamówienie wyłącznie do „spółek kolejowych”, postanowienie to powinno zostać usunięte lub zmienione tak, aby umożliwiło udział w postępowaniu także wykonawcom posiadającym wiedzę i doświadczenie w sprzątnięciu (myciu i czyszczeniu) pojazdów szynowych. Zamawiający, zgodnie z art. 22 oraz 36 Ustawy zobowiązany jest, zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i siwz, sprecyzować warunki udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, opisać sposób dokonywania oceny spełniania tychże warunków oraz wskazać oświadczenia lub dokumenty, jakie musi przedłożyć Wykonawca. Wskazał, że swoboda zamawiającego ograniczona jest jednak przepisami ustawy oraz aktów wykonawczych. Katalog dokumentów, których Zamawiający żądać może od Wykonawcy w celu wykazania, że ten spełnia warunki udziału w postępowaniu, wskazany został przez ustawodawcę w par. 1 rozporządzenia PRM z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzaju dokumentów /.../. Katalog ten, ma charakter zamknięty. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne, zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja III.2.3) pkt 6 lit. c) jak i w siwz (Rozdział VI ust. 2 pkt 4) zażądał od wykonawców w celu potwierdzenia spełniania warunku „wiedzy i doświadczenie”, wykazania, iż posiadają certyfikat wydany przez Izbę Gospodarczą Transportu Lądowego w zakresie czyszczeń i sprzątnięcia kolejowych wagonów osobowych i lokomotyw lub certyfikatów równoważnych w tym zagranicznych obejmujących zakres czyszczenia i sprzątnięcia kolejowych wagonów i lokomotyw. W myśl przepisów rozporządzenia, zamawiający na potwierdzenie warunku wiedza i doświadczenie w zakresie dostaw lub usług, żądać może wyłącznie wykazu usług oraz dokumentów potwierdzających, że dostawy i usługi wskazane w wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Certyfikat, o którym mowa nie jest ani wykazem

usług ani też nie jest dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie dostawy lub usługi, odwołujący uznaje zatem, że żądanie Zamawiającego jest bezpodstawne i narusza przepisy Ustawy.” Ponadto, Odwołujący, z ostrożności procesowej podnosi, że dokument tj.: certyfikat wydany przez IGTL w zakresie czyszczeń i sprzątnia kolejowych wagonów osobowych i lokomotyw, w myśl obowiązujących przepisów Ustawy oraz aktów wykonawczych do niej, w ogóle nie może być żądany przez Zamawiającego. Certyfikat nie został bowiem wskazany jako dokument, którego Zamawiający może żądać, w żadnym z zamkniętych katalogów dokumentów tj, w katalogu, dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału, o których mowa w art. 22 ust. 1 oraz w katalogu dokumentów składanych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Ustawy. W zakresie trzeciego z katalogów, określonego w rozporządzeniu, w ocenie Odwołującego, certyfikat wskazany przez Zamawiającego w Sekcji III.2.3) pkt 6 lit. c) ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziale VI ust. 2 pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie stanowi dokumentu potwierdzającego, że oferowane usługi odpowiadają wymogom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Certyfikat „Utrzymanie czystości w transporcie kolejowym” wydawany przez IGTL, zgodnie z R. I pkt 2 Regulaminu przyznawania przedmiotowego certyfikatu, potwierdza wyłącznie wiarygodność i rzetelność Firm, którym certyfikat przyznano, nie stanowi więc potwierdzenia, że usługi świadczone przez wykonawcę odpowiadają wymogom określonym przez zamawiającego ale zaświadcza, że przedsiębiorca jest podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą wiarygodnie i rzetelnie. W związku z powyższym w ocenie Odwołującego zarzut dotyczący naruszenia art. 7 oraz art. 36 Ustawy w związku z par. 1 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów/.../, jest zasadny.

Odwołujący stwierdził również, że postanowienia Wzoru umowy w sposób rażąco naruszają interesy Wykonawcy. W ocenie Odwołującego uprawnienia Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych nie można utożsamiać z dowolnością ustalania postanowień umowy o zamówienie publiczne. Zamawiający jest bowiem ograniczony ramami wyznaczonymi art. 353¹ kc. Ponadto, zgodnie z zasadami prawa cywilnego, w tym w art. 5 kc, nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Wskazał także, iż kara umowna stanowi surogat odszkodowania i zasadniczo powinna być ustalona na poziomie odzwierciedlającym wysokość ewentualnej szkody.

Ponadto proponowany Wzór umowy nie zawiera klauzuli umożliwiającej rozwiązanie przez każdą ze stron umowy z zachowaniem okresu wypowiedzenia. Samo odesłanie do przepisów kodeksu cywilnego nie jest wystarczającym uregulowaniem możliwości rozwiązania umowy. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zamieszczenie wprost w umowie postanowienia stanowiącego, że „ każda ze stron może rozwiązać umowę z

zachowaniem 3 miesięcznego terminu wypowiedzenia bez ponoszenia jakichkolwiek konsekwencji z tego tytułu.”. Odwołujący zaznacza, że możliwość rozwiązania umowy z zachowaniem ustalonego przez Strony terminu wypowiedzenia powinno stanowić naturalne uprawnienie obu Stron. Wprowadzenie możliwości rozwiązania umowy z zachowaniem terminu wypowiedzenia będzie korzystne dla obu Stron, a jest to rozwiązanie niezbędne w obliczu ciągle zmieniającej się sytuacji gospodarczej. W przypadku okoliczności, za które żadna strona odpowiedzialności nie ponosi, a uniemożliwiających dalsze wykonywanie umowy, każda ze Stron powinna być uprawniona do rozwiązania kontraktu. Okres wypowiedzenia umożliwi natomiast drugiej Stronie odpowiednie przygotowanie się do zakończenia bez najmniejszego dla niej uszczerbku. Brak klauzuli umożliwiającej Wykonawcy wypowiedzenie umowy jest sprzeczne z treścią art. 746 § 3 kodeksu cywilnego zgodnie z którym żadna ze Stron nie może się zrzec z góry uprawnienia do wypowiedzenia kontraktu z ważnych powodów. Mając na uwadze obowiązujące orzecznictwo SN, zgodnie z którym wobec brzmienia art. 746 § 3 kodeksu cywilnego, nieważna byłaby (art. 58 § 1 w związku z art. 746 § 3 k.c.) klauzula wyłączająca w odniesieniu do którejkolwiek ze stron możliwość wypowiedzenia zlecenia z ważnych powodów (wyrok III CKN 304/2000, niepubl.), należy stwierdzić a contrario, że umieszczenie w umowie postanowienia potwierdzającego uprawnienie stron do wypowiedzenia umowy z ważnych powodów jest uprawnieniem Stron, którego nie można ograniczać, a tym bardziej wyłączać. Wskazuje, że uregulowanie w umowie uprawnienia do zakończenia umowy przed terminem w drodze jednostronnego wypowiedzenia umożliwia stronom w każdym momencie elastyczne reagowanie na zmieniającą się rzeczywistość gospodarczą bez konieczności szczególnego uzasadniania swojej decyzji. Ponieważ bezwzględnie obowiązujące przepisy kc dają i tak stronom możliwość wypowiedzenia umowy z ważnych powodów, to bezpiecznym i pożądanym byłoby wprowadzenie klauzuli umożliwiającej wypowiedzenie umowy z zachowaniem terminu wypowiedzenia. W związku z powyższym, jako, że ww. zapisy w sposób rażąco naruszają interesy wykonawcy i tym samym są niezgodnie z ustawą Kodeks cywilny, wnosi o zmianę postanowień umowy.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości stwierdzając, że nie naruszył w toku postępowania wskazanych przez odwołującego przepisów prawa. Zauważył, że formułując warunek doświadczenia wymagał chociażby jednej usługi w zakresie czyszczenia wagonów kolejowych albo lokomotyw (odpowiednio dla zadania). Wskazał na konieczność sprawdzenia wiarygodności i zdolności należytego wykonania zamówienia przez potencjalnych wykonawców. Przedstawił argumenty wskazujące na specyfikę zamówienia udzielanego przez niego jako publicznego przewoźnika obciążonego szeregiem obowiązków, w tym w zakresie konieczności zapewnienia czystości taboru i jego

niezawodności. Wskazał także na swoje zobowiązania wynikające z postanowień umów wiążących go z Ministerstwem Infrastruktury i Zarządcą Linii Kolejowych oraz wysokie sankcje z tytułu naruszeń jego zobowiązań publicznych. W ocenie zamawiającego sformułował on warunki udziału w postępowaniu i sposób oceny ich spełniania w zgodzie z zasadami art. 22 ust. 4 ustawy pzp. Wskazał na odmienności usługi czyszczenia pojazdów szynowych w porównaniu z czyszczeniem kolejowych wagonów osobowych oraz lokomotyw opisując specyfikę techniczną wykonywanych czyszczeń, warunki bezpieczeństwa, specyfikę terenu, na którym odbywa się czyszczenie, różnorodność aranżacji i specyfiki wnętrza taboru szynowego w porównaniu do kolejowego. Podkreślił, że określając warunki udziału w postępowaniu kierował się wyłącznie podstawowym celem, jakim jest ochrona interesów publicznych, zapewnienie bezpieczeństwa i zdrowia pasażerów podróżujących wagonami kolejowymi. Zauważył, że odwołujący kwestionując wymóg złożenia dokumentu opisanego w pkt VI ust. 2 pkt 4 siwz nie zażądał usunięcia z siwz punktu określającego warunek posiadania wskazanego doświadczenia. Wskazał na przepis art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy pzp mający w sprawie zastosowanie. Stwierdził, że dopuścił również składanie dokumentów równoważnych do certyfikatu wprost wymienionego w postanowieniach siwz. Przedstawił argumenty na potwierdzenie zgodności z prawem postanowień wzoru umowy załączonego do siwz.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania popierając w pełni stanowisko zamawiającego. Wskazał, że ciężar dowodu w zakresie podniesionych zarzutów obciąża odwołującego.

Stwierdził, że posiada odpowiednią wiedzę i doświadczenie, a także wymagane certyfikaty umożliwiające mu przystąpienie do postępowania na warunkach określonych w siwz oraz, że posiada odpowiednią wiedzę, iż prowadzone postępowanie nie ogranicza zasad uczciwej konkurencji. Przedstawił argumentację przemawiającą za twierdzeniem o szeregu podmiotów spełniających warunki udziału w niniejszym postępowaniu w tym, w jego ocenie, także odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, biorąc pod uwagę treść ogłoszenia o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także stanowiska stron przedstawione na piśmie oraz do protokołu, zważyła, co następuje.

W rozpoznawanej sprawie odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zakresie opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisie sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, określenie dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków, a także treści wzoru umowy wskazując przy tym na naruszenie zasady

z art. 22 ust. 4 ustawy pzp z której wynika, iż opis oceny spełniania warunków udziału powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Uwzględniając opis przedmiotu zamówienia oraz postawione wykonawcom warunki podmiotowe w szczególności w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia Izba podzielając stanowisko odwołującego stwierdza, że zamawiający określił poziom wymaganego od wykonawców doświadczenia w sposób ściśle odpowiadający przedmiotowi zamówienia czym ograniczył konkurencję w postępowaniu uniemożliwiając złożenie oferty przez wykonawców nie posiadających doświadczenia stricte w utrzymaniu czystości taboru kolejowego mimo posiadania doświadczenia w sprzątanii (myciu i czyszczeniu) pojazdów szynowych innych niż kolejowe, jednakże rodzajowo podobnych np. tramwajów lub szynobusów. W ocenie składu orzekającego takie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu może skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania w nadmiernym zakresie, nie usprawiedliwionym dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Izba wydając niniejsze rozstrzygnięcie uznała, że celem zapewnienia zachowania zasad wyrażonych w art. 7 jak i 22 ust. 4 Ustawy niezbędna jest taka zmiana warunku udziału w postępowaniu, która umożliwi ubieganie się o zamówienie również wykonawcom posiadającym doświadczenie w sprzątanii (myciu i czyszczeniu) wagonów także innych niż kolejowe. Uwzględniając dokonane ustalenie Izba nakazała zmianę postanowień ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez dopuszczenie możliwości legitymowania się doświadczeniem w świadczeniu usług sprzątanii (mycia i czyszczenia) pojazdów szynowych, którym można przypisać walor równoważnych w stosunku do pojazdów kolejowych. W ocenie składu orzekającego zakres usług czyszczenia wszystkich pojazdów szynowych przeznaczonych do przewozów osób jest porównywalny tak co do warunków ich wykonywania, jak i samych pojazdów. Wniosek taki znajduje także oparcie w wiedzy o zbliżonych rozwiązaniach w zakresie wnętrza taborów pasażerskich wykonanych z różnorodnych materiałów, w tym wskazanych przez zamawiającego tapicerek, powierzchni szklanych, półek, wykładzin. Podobieństwa, zwłaszcza przy porównywaniu nowoprodukowanych wagonów tramwajowych, a w wypadku szynobusów i elektrycznych zespołów trakcyjnych pełniących funkcję wagonów kolejowych, tożsame rozwiązania techniczne, porównywalny komfort podróży, są powszechnie zauważalne. Niesposób także bronić tezy o odmiennych standardach bezpieczeństwa i zdrowia pasażerów podróżujących wagonami kolejowymi i innymi pojazdami szynowymi. Powyższe uzasadnia podstawy faktyczne wydanego rozstrzygnięcia. Zdaniem Izby nakazana modyfikacja postanowień ogłoszenia i siwz zadośćuczyni wyrażonej w art. 22 ust. 4 ustawy pzp zasady proporcjonalności opisu sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia.

Odnośnie zarzutu podniesionego wobec wymogu dysponowania i przedłożenia przez wykonawców certyfikatem wydany przez Izbę Gospodarczą Transportu Lądowego w zakresie czyszczeń i sprzątnia kolejowych wagonów osobowych i lokomotyw lub certyfikatów równoważnych w tym certyfikatów zagranicznych należy zauważyć, że przedmiot tematyczny żądanego certyfikatu wskazuje na ścisłe odniesienie do przedmiotu zamówienia w sposób, jak wyżej wskazano, nadmiernie ograniczający wykonawcom dostęp do zamówienia. Tym samym uzasadnione jest odstąpienie od wskazanego wymogu w konsekwencji dokonanego rozstrzygnięcia dotyczące warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym jako nie mające wpływu na wynik postępowania jest stwierdzenie, że przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem sektorowym, w którym zamawiający, stosownie do przepisu art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, może żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2, potwierdzających spełnianie udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków. Powyższe oznacza, że argumentacja odwołującego wskazującego na zamknięty katalog dokumentów, których zamawiający może żądać od wykonawcy w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oparta na art. 25 ustawy pzp i rozporządzenia wykonawczego nie ma zastosowania w sprawie z formalnego punktu widzenia. Jednocześnie skład orzekający stwierdza, że nakazanie usunięcia postanowienia pkt V ust. 7 siwz jest wynikiem uznania zasadności zarzutu podniesionego w odwołaniu wobec warunku opisanego w tym punkcie, pomimo braku literalnego sformułowania żądania w tym zakresie; w ocenie Izby stanowi to rozstrzygnięcie w granicach zarzutu zawartego w odwołaniu dotyczącego zarówno opisu warunków udziału w postępowaniu, jak i opisu sposobu oceny spełniania warunku oraz wymaganych dokumentów na potwierdzenie jego spełniania, co oznacza wydanie orzeczenia w granicach dopuszczonych przepisem art. 192 ust. 7 ustawy pzp.

Wobec cofnięcia na rozprawie przez odwołującego zarzutów i żądań dotyczących postanowień wzoru umowy dotyczących przesłanek i wysokości zastrzeżonych kar umownych, ich rozpatrzenie stało się bezprzedmiotowe.

Izba nie znalazła podstaw prawnych do nakazania zamawiającemu zmiany postanowień umownych poprzez wprowadzenie klauzuli umożliwiającej rozwiązanie umowy przez każdą ze stron zachowaniem okresu wypowiedzenia bez ponoszenia jakichkolwiek konsekwencji z tego tytułu. Jak słusznie zauważył odwołujący strony umowy cywilnoprawnej mają możliwość wypowiedzenia umowy z ważnych powodów, natomiast żądanie wskazanej dodatkowej klauzuli nie znajduje oparcia w przepisach prawa, a jej brak w postanowieniach umowy jest dopuszczalny i nie narusza bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa.

W świetle dokonanych ustaleń orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 z uwzględnieniem postanowień § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: