

WYROK

z dnia 21 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2012 r. przez wykonawcę **Karya Sp. z o.o., 20-442 Lublin, ul. Abramowicza 4** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: dokonanie zmiany wymagań punktu 2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wprowadzenie zmian w odpowiednich postanowieniach załączników do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w Istotnych Postanowieniach Umowy, w ten sposób, że dotychczasową treść zastępuje się brzmieniem: „Reprofilacja będzie wykonywana w technologii zmechanizowanego szlifowania rotacyjnego lub w technologii zmechanizowanego frezowania, dla torów i rozjazdów w trybach początkowym, prewencyjnym, naprawczym, a dla torów dodatkowo w trybie regeneracyjnym”, dokonanie zmiany punktu 5.4.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wprowadzenie zmian w odpowiednich postanowieniach załączników do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w Istotnych Postanowieniach Umowy, w ten sposób, że dotychczasową treść zastępuje się brzmieniem: „W zakresie warunku określonego w punkcie 5.2.3 wymagane jest wykazanie się przez wykonawcę dostępnością, dla zadania 1 - co najmniej 1 szt. maszyny do zmechanizowanej reprofilacji szyn w torach”, dokonanie stosownych zmian, uwzględniające powyższe w Ogłoszeniu o zamówieniu, dokonanie wykreślenia z § 6 pkt 5 IPU stanowiących załącznik Nr 12 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia części postanowienia w zakresie zobowiązania zamawiającego do zabezpieczenia na koszt zamawiającego wody dla potrzeb eksploatacyjnych maszyn wykonujących usługę.

2. Kosztami postępowania obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Karya Sp. z o.o., 20-442 Lublin, ul. Abramowicza 4** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Karya Sp. z o.o., 20-442 Lublin, ul. Abramowicza 4** kwoty **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) z tytułu uiszczenia zbyt wysokiego wpisu,
- 2.3. zasądza od **PKP Polskich Linii Kolejowych S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** na rzecz wykonawcy **Karya Sp. z o.o., 20-442 Lublin, ul. Abramowicza 4** 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 (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) 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

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74; 734 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie w latach 2013 – 2014 usługi zmechanizowanej reprofilacji szyn w torach i rozjazdach kolejowych wraz z pomiarami”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 listopada 2012 roku pod numerem 2012/S 212-351038.

Dnia 13 listopada 2012 roku wykonawca KARYA sp. z o.o., ul. Abramowicka 4 20-442 Lublin (zwany dalej „odwołującym”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności określenia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu - dla zadania Nr 1.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 4 ustawy Pzp, poprzez ustanowienie - dla zadania nr 1 - nadmiernego, wygórowanego i nieproporcjonalnego w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak również ograniczającego konkurencję, warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia zawodowego wykonawcy, naruszając zasadę proporcjonalności.
2. Art. 22 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 ustawy Pzp, poprzez ustanowienie - dla zadania nr 1 - warunku dysponowania przez wykonawcę odpowiednim potencjałem technicznym tj. wykazania się przez wykonawcę dostępnością, co najmniej po 1 sztuce ściśle określonej przez zamawiającego maszyny tj. maszyny szlifierskiej (pociągu szlifierskiego) w celu realizacji zamówienia.
3. Art. 22 ust. 1 pkt 4 i ust. 4 ustawy Pzp, poprzez ustanowienia - dla zadania nr 1 - nadmiernego, wygórowanego i nieproporcjonalnego w stosunku do przedmiotu zamówienia i jego wartości warunku posiadania w ciągu 3 ostatnich lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres, średniego rocznego przychodu ze sprzedaży w wysokości nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN oraz posiadania opłaconej polisy na kwotę nie mniejszą niż 15.000.000,00 PLN.
4. Art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, poprzez wadliwy opis przedmiotu zamówienia w zakresie ilości przeznaczonych do reprofilacji torów (wielkości zamówienia), która może ulec zmianie bez zmiany podanej w ofercie ceny, co uniemożliwia złożenie prawidłowej oferty oraz może doprowadzić do zlecenia dodatkowego zakresu prac z pominięciem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, a art. 29 ust. 2 poprzez

wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia zadania nr 1 tj. wskazanie wyłącznie jednej technologii wykonania zamówienia, podczas gdy Warunki Techniczne PKP PLK S.A. - reprofilacja szyn w torach i rozjazdach - część 1: Warunki wykonania i odbioru robót - ILK4-510-03b/2007 wskazują i dopuszczają inne technologie - spełniające identyczne wymagania techniczne i jakościowe, które mogą być zastosowane dla należytego wykonania zadania nr 1.

5. Art. 41 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez nieokreślenie wartości zamówienia i poprzestanie jedynie na wskazaniu, że jest to wartość powyżej progów unijnych.
6. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w zakresie kwestionowanych w/w postanowień.
7. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wskazanie w załączniku nr 12 do s.i.w.z. - Istotne Postanowienia Umowy - w ramach obowiązków zamawiającego zabezpieczenia wody na koszt zamawiającego dla potrzeb eksploatacyjnych maszyn wykonujących usługę, co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
8. Art. 471, art. 483 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.) dalej k.c. w zw. art. 14 i 139 ustawy Pzp, poprzez zastrzeżenie w załączniku nr 12 - Istotne Postanowienia Umowy - § 7 ust. 2 lit. „d”, że kary umownej bez wskazania przesłanek zaistnienie, których uprawnia zamawiającego do żądania zapłaty tej kary.

Odwołujący wnioskował o:

- 1) nakazanie zmiany wymagań w pkt. 2.1 s.i.w.z., treści załącznika nr 6 do s.i.w.z. i treści załącznika nr 12 do s.i.w.z. Istotne Postanowienia Umowy (tj. § 1 ust. 1) - wskazujących na wykonywanie reprofilacji jedynie w technologii zmechanizowanego szlifowania rotacyjnego, poprzez dopuszczenie także innej technologii reprofilacji szyn wskazanej w dokumencie pt. „Warunki techniczne PKP PLK S.A. - reprofilacja szyn w torach i rozjazdach - część 1: Warunki wykonywania i odbioru robót” - ILK4-510-03b/2007, stanowiącej załącznik do ogłoszenia o zamówieniu polegającej na wprowadzeniu możliwości wykonania reprofilacji szyn w technologii zmechanizowanego frezowania,
- 2) nakazania zmiany w pkt 2.4 s.i.w.z. sformułowania *„Zamawiający informuje, że przedstawione w powyższych tabelach ilości przeznaczonych do reprofilacji torów i rozjazdów są szacunkowe i mogą ulec zmianie. Końcowa całkowita wielkość zamówienia wynikać będzie z bieżących potrzeb Zamawiającego, przy czym podana w ofercie kwota za wykonanie usługi będzie traktowana jako maksymalna.”* oraz nakazanie zmiany w § 1 ust. 3 Istotnych postanowień Umowy - stanowiących załącznik nr 12 do s.i.w.z., sformułowania *„Przedstawione w powyższych tabelach ilości*

przeznaczonych do reprofilacji torów i rozjazdów są szacunkowe i mogą ulec zmianie. Końcowa całkowita wielkość zamówienia wynikać będzie z bieżących potrzeb Zamawiającego, przy czym podana w ofercie kwota za wykonanie usługi będzie traktowana jako maksymalna" poprzez wskazanie maksymalnej końcowej wielkości zamówienia,

- 3) nakazania zmiany w pkt 5.4.1 s.i.w.z. - dla zadania nr 1 - w zakresie spełnienia warunku określonego w punkcie 5.2.2. poprzez wykazanie wykonania zamówień o wartości nie mniejszej niż 14.000.000,00 PLN netto w sposób, który będzie proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz będzie zapewniał zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców - na poziomie 10% wartości danej części zamówienia (zadania) lub nie mniejszej niż 1.500.000,00 PLN dla danej części zamówienia (zadania) przy uwzględnieniu dokonania podziału zamówienia na zadania zgodnie z punktem 7 poniżej,
- 4) nakazanie zmiany w pkt 5.4.2 s.i.w.z., treści załącznika nr 4 do s.i.w.z. i odpowiednich postanowień Istotnych Postanowień Umowy stanowiących załącznik nr 12 do s.i.w.z. - dla zadania 1 - poprzez umieszczenie warunku wykazania się przez wykonawcę dostępnością co najmniej po 1 sztuce maszyny do zmechanizowanej reprofilacji szyn w torach, a nie jedynie maszyny szlifierskiej (pociągu szlifierskiego),
- 5) nakazanie zmiany w pkt 5.4.3 s.i.w.z. - dla zadania nr 1 - poprzez zmniejszenie wymagań w zakresie wysokości posiadanego średniego rocznego przychodu ze sprzedaży w wysokości nie mniejszej niż 10.000,00 PLN i zmniejszenie wysokości opłaconej polisy z kwoty nie mniejszej niż 15.000.000,00 PLN do kwoty, która będzie proporcjonalna do wartości przedmiotu zamówienia i wysokości ewentualnej szkody oraz będzie zapewniała zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców tj. do kwoty nie mniejszej niż 5.000.000,00 PLN w odniesieniu do średniorocznego obrotu, jak i polisy OC w zakresie prowadzonej działalności,
- 6) nakazanie zmiany pkt 10.1 s.i.w.z. - dla zadania nr 1 - polegającej na zmianie wysokości wadium poprzez dostosowanie kwoty wadium do wartości danego zadania przy uwzględnieniu podziału na części zgodnie z punktem 7 poniżej,
- 7) nakazanie zmiany pkt 2.1 s.i.w.z., poprzez podział zadania nr 1 na co najmniej 2 odrębne zadania - tj.: Zadanie nr 1 - obejmujące usługę zmechanizowanej reprofilacji szyn w torach na odcinkach sieci kolejowej zarządzanej przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. wraz z pomiarami w trybie początkowym i prewencyjnym; Zadanie nr 2 - obejmujące usługę zmechanizowanej reprofilacji szyn w torach na odcinkach sieci kolejowej zarządzanej przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. wraz z pomiarami w trybie naprawczym i regeneracyjnym; a w konsekwencji przewidzenie Zadania nr 3 - obejmującego zakres z obecnego zadania nr 2 i odpowiedniej zmiany innych

- postanowień s.i.w.z. i ogłoszenia o zamówieniu odnoszących się do opisu i warunków określonych dla danych zadań z uwzględnieniem w/w Zadań nr 1, 2 oraz 3,
- 8) nakazanie usunięcia w postanowieniu § 6 pkt 5 Istotnych Postanowień Umowy stanowiących załącznik Nr 12 do s.i.w.z. części postanowienia w zakresie zobowiązania zamawiającego do zabezpieczenia na koszt zamawiającego wody dla potrzeb eksploatacyjnych maszyn wykonujących usługę,
 - 9) nakazanie usunięcia postanowienia § 7 ust. 2 lit. d) Istotnych Postanowień Umowy stanowiących załącznik Nr 12 do s.i.w.z.,
 - 10) nakazanie zmiany odpowiednich części Ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z powyżej wskazanymi zmianami,
 - 11) przedłużenia terminu składania ofert,
 - 12) przyznanie odwołującemu kosztów poniesionych w związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, w kwocie 3.600,00 zł oraz kosztów dojazdu na rozprawę, które zostaną potwierdzone poprzez przedłożenie na rozprawie stosownych rachunków.

Zamawiający, pismem z dnia 19 listopada 2012 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutów Nr 1, 2, 4 (w zakresie naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp) oraz zarzutu Nr 6, odnoszących się do zadania Nr 1, Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego są zasadne.

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotem zamówienia jest podzielona na dwa zadania usługa zmechanizowanej reprofilacji szyn w torach i rozjazdach na odcinkach sieci kolejowej zarządzanej przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. wraz z pomiarami kontrolnymi i odbiorowymi w odniesieniu do reprofilacji torów i rozjazdów. Zamawiający wskazał, iż reprofilacja ma być wykonywana w technologii zmechanizowanego szlifowania rotacyjnego dla torów i rozjazdów w trybach początkowym, prewencyjnym, naprawczym, a dla torów dodatkowo w trybie regeneracyjnym.

W powyższym zakresie, tak dokonany opis przedmiotu zamówienia, jak i wiążący się z tym opisem opis spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający oparł o „Warunki Techniczne – reprofilacja szyn w torach i rozjazdach – część 1: warunki wykonania i odbioru robót” opracowane w 2007 roku przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Biuro Dróg Kolejowych. W przedmiotowym opracowaniu zostały poddane analizie dostępne metody reprofilacji szyn w torach i rozjazdach, z których wynika, iż *„Zmechanizowana obróbka szyn może być wykonywana poprzez szlifowanie rotacyjne – zwane dalej szlifowaniem, struganie lub frezowanie i obejmuje określony obszar powierzchni tocznej główki szyny określany mianem tzw. zakresu kąтового reprofilacji.”*. Powyższe twierdzenie nie wyklucza zatem możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez zastosowanie metody strugania czy frezowania.

Odwołujący wskazał, iż zastrzeżenie zamawiającego, co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie tylko jednego typu metody (szlifowania rotacyjnego) ogranicza konkurencję, gdyż obecnie na rynku europejskim występuje tylko jedna maszyna (pociąg szlifierski), będąca w posiadaniu tylko jednej firmy, która może spełnić wymagania zamawiającego. Wskazać należy, że zamawiający na rozprawie nie był w stanie podać (określić) innych wykonawców (poza wcześniej podaną firmą, obecnie realizującą przedmiot zamówienia), którzy posiadają urządzenie (pociąg szlifierski) mogące świadczyć przedmiotową usługę.

Odwołujący podał, iż realizacja przedmiotu zamówienia może odbywać się również innymi metodami, w tym metodą frezowania, którą sam oferuje i taka metoda realizacji usługi nie będzie pozostawać w sprzeczności z warunkami technicznymi – część 1, opracowanymi przez zamawiającego, stanowiącymi załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nadto odwołujący podał szereg zalet wynikających z dopuszczenia metody frezowania, w tym:

- oszczędność kosztów:

a) metodą szlifierską, w trybie regeneracyjnym konieczny jest dziewięciokrotny (9) przejazd urządzenia, aby osiągnąć skutek jednokrotnego frezowania,

b) przy zastosowaniu metody frezowania wyłączony jest obowiązek zapewnienia przez zamawiającego wody,

c) przy zastosowaniu metody frezowania wyłączony jest obowiązek demontażu środkowej części przejazdów drogowych,

d) przy zastosowaniu metody frezowania, przez zastosowanie innego rodzaju urządzenia, które jest samojezdne, a transport urządzenia odbywa się w normalny sposób po drogach publicznych, wyłączone są koszty związane z transportem pociągu szlifierskiego (koszty lokomotywy i opłat za korzystanie z torów),

- ochrona środowiska, gdyż przy zastosowaniu metody frezowania, materiał będący skutkiem wykonywania usługi (urobek) zbierany jest bezpośrednio do urządzenia frezującego, gdzie w metodzie szlifowania występuje zanieczyszczenie środowiska przez zapylenie wynikające ze szlifowania, urobek zostaje rozpylony do otoczenia,

- nowoczesna metoda frezowania pozwala na znaczne skrócenie czasu realizacji usługi (jednokrotny przejazd urządzenia frezującego),

W odniesieniu do powyższej argumentacji zamawiający nie składał opozycji. Zamawiający podnosił natomiast argument, iż metoda frezowania, proponowana przez odwołującego nie daje właściwych rezultatów. W powyższym zakresie powołał się na złożony do akt sprawy dowód w postaci „Opinii dotyczącej jakości frezowania szyn wykonywanego przez firmę Karya sp. z o.o. za pomocą pojazdu szynowo-drogowego typu SF01-F-Truck – etap I: ocena jakości robót na linii Nr 7 w km 132,000-133,100” sporządzonej przez Instytut Kolejnictwa Zakład Dróg Kolejowych i Przewozów na zlecenie Karya sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie. Zdaniem zamawiającego z ust. 4 pkt 2 (str. 11) wspomnianej opinii wynika niezadowolający wynik reprofilacji szyn przy użyciu metody frezowania. Jednocześnie zamawiający nie zastrzegł, iż metoda frezowania może być stosowana przy reprofilacji szyn w trybie prewencyjnym i naprawczym.

Dla pełnego zobrazowania stanowiska zamawiającego konieczne jest podanie pełnej treści ust. 4 pkt 2 wspomnianej opinii, cyt. *„Stan profilu podłużnego główki szyny został w dużym stopniu poprawiony. Duże zużycie faliste występujące na frezowanych szynach jak również stan frezowanego toru (miejscowy zły stan podkładów, brak pojedynczych elementów przytwierdzeń, nierówności toru) nie pozwolił, w trakcie prowadzonej reprofilacji, usunąć całkowicie falistego zużycia frezowanych szyn.”*

W ocenie Izby z treści przytoczonego fragmentu opinii nie wynika, jak twierdził zamawiający, że metoda frezowania jest metodą, która nie daje zadowolających rezultatów. Zważyć bowiem należy, że wydający opinię ogólnie pozytywnie wypowiedział się na temat metody frezowania, zastosowanej przez odwołującego, zastrzegł jedynie, że „pełnego

sukcesu reprofilacji” nie można było osiągnąć ze względu na obiektywne czynniki, niezależne od odwołującego, wynikające ze złego stanu podkładów, braku pojedynczych elementów przytwierdzeń czy nierówności toru. Z przedmiotowej opinii nie wynika również, że metoda frezowania nie jest możliwa do zastosowania do trybów: początkowego i regeneracyjnego. Innego dowodu zamawiający nie przedstawił.

Tym samym Izba stwierdziła, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia, który dopuszczał jedynie zastosowanie metody w technologii zmechanizowanego szlifowania rotacyjnego bezzasadnie ograniczył konkurencję, które to ograniczenie nie wynika z obiektywnych czynników wynikających z możliwości realizacji przedmiotu zamówienia, w szczególności subiektywizm zamawiającego do wyboru metody, nie znajduje uzasadnienia w „Warunkach Technicznych” stanowiących załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Biorąc pod uwagę oświadczenie odwołującego złożone na rozprawie w zakresie możliwości pozostawienia w dotychczasowym brzmieniu warunków udziału w postępowaniu i ich opisów z zastrzeżeniem jednoczesnego dopuszczenia zastosowania – dla zadania Nr 1 – metody frezowania (z wyłączeniem warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia) oraz mając na uwadze bezpieczeństwo zamawiającego, co do realizacji przedmiotu zamówienia przez podmiot posiadający stosowną wiedzę i doświadczenie oraz znajdujący się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej, Izba stwierdziła, że zmodyfikowane stanowisko odwołującego, przy jednoczesnym uwzględnieniu przez Izbę zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia oraz warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia upoważnia Izbę do oddalenia zarzutów w zakresie warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wadliwy opis przedmiotu zamówienia w zakresie ilości przeznaczonych do reprofilacji torów (wielkość zamówienia), która może ulec zmianie bez zmiany podanej w ofercie ceny, Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Wskazać bowiem należy, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przyjął kosztorysową metodę ustalania wynagrodzenia płatnego z tytułu realizacji zamówienia. Rzeczywista wysokość wynagrodzenia płatnego wykonawcy będzie pochodną zakresu prac faktycznie zleconych przez zamawiającego i wykonanych przez wykonawcę oraz określonych w ofercie cen jednostkowych. Izba nie zgadza się z twierdzeniem odwołującego, jakoby zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia brak było możliwości ustalenia, jaka będzie maksymalna wartość usług zleconych w ramach udzielonego zamówienia. Zamawiający przewidział bowiem w pkt 2.4. s.i.w.z., że

maksymalną wartość umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania będzie stanowiła kwota podana w wybranej ofercie jako cena ofertowa. Oznacza to, że w sytuacji, gdy w trakcie realizacji umowy wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy w oparciu o wzór przewidziany w § 3 ust. 2 IPU osiągnie wartość podaną w ofercie wykonawcy oraz oznaczoną w treści § 3 ust. 1 umowy w sprawie zamówienia publicznego (w miejscu pozostawionym do wypełnienia zgodnie z § 3 ust. 1 IPU), umowa ta wygaśnie.

Stąd też cena podana w ofercie będzie stanowiła maksymalną kwotę, jaka będzie mogła być wydatkowana na podstawie umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 41 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez nie określenie wartości zamówienia i poprzestanie jedynie na wskazaniu, że jest to wartość powyżej progów unijnych, Izba stwierdziła, że zarzut ten jest bezzasadny.

Wskazać należy, że to zamawiający, jako organizator postępowania zobligowany jest na mocy przepisów art. 32 – 35 ustawy Pzp, do ustalenia wartości szacunkowej zamówienia. Natomiast zgodnie z przepisem art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Nadto należy zwrócić uwagę na okoliczność, iż obowiązujące przepisy nie obligują zamawiającego do ujawniania, na etapie ogłoszenia o zamówieniu wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez zamawiającego w procedurze przygotowywania postępowania w trybie przepisu art. 41 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż wskazany przepis odnosi się jedynie do obowiązku określenia przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wskazanie w załączniku Nr 12 do s.i.w.z. (IPU) w ramach obowiązków zamawiającego zabezpieczenia wody na koszt zamawiającego dla potrzeb eksploatacyjnych maszyn wykonujących usługę, Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba uwzględniła powyższy zarzut w wyniku uwzględnienia zarzutu w zakresie możliwości dopuszczenia innego rodzaju metody reprofilacji, tj. dopuszczenia metody frezowania. W ocenie Izby pozostawienie przedmiotowego zapisu w załączniku Nr 12 s.i.w.z. – § 6 pkt 5 (IPU) spowoduje naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ponieważ nie każda maszyna wykonująca usługę w ramach zamówienia, zwłaszcza w sytuacji gdy zadanie będzie mogło być realizowane w innej technologii zużywa w procesie eksploatacji wodę. Uprzywilejowanie jednego rodzaju wykonawców, wykorzystujących metodę reprofilacji z wodą powoduje nierówne traktowanie wykonawców poprzez pokrywanie przez zamawiającego części kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Wykreślenie kwestionowanego postanowienia IPU

spowoduje wyrównanie szans wykonawców, przez umożliwienie jednolitego oszacowania ceny oferty z jednoczesnym odciążeniem zamawiającego z ponoszenia kosztów za dostarczenie wody, jak i samą wodę.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 471 i art. 483 kc w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp, poprzez zastrzeżenie w załączniku Nr 12 IPU, § 7 ust. 2 lit. d, że kary umownej bez wskazywania przesłanek zaistnienia których uprawnia zamawiającego do żądania zapłaty tej kary, Izba uznała zarzut za niezasadny.

W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom odwołującego, wskazane postanowienie określa okoliczności, w których obowiązek zapłaty kary umownej w tym zakresie powstanie. Zgodnie mianowicie z jego treścią, wykonawca będzie zobligowany do zapłaty kary w sytuacji niezrealizowania w terminie przewidzianym w harmonogramie reprofilacji dla danego Zakładu Linii Kolejowych PLK - w wysokości 50% wartości niezrealizowanych w terminie prac. Sytuacja ta została dodatkowo doprecyzowana poprzez wskazanie przykładowej okoliczności, w której takie niezrealizowanie mogłoby mieć miejsce (przyczyny nie zrealizowania części prac w terminie wynikającym z harmonogramu). Zamawiający nie przewidział w tym zakresie zamkniętego katalogu takich okoliczności (przyczyn), albowiem ich wyczerpujące wymienienie nie byłoby możliwe (taki zamknięty katalog przyczyn opóźnień nie istnieje).

W tych okolicznościach nie można zgodzić się z odwołującym, jakoby brzmienie postanowienia § 7 ust. 2 Umowy powodowało niepewność, kiedy i w jakiej wysokości obowiązek zapłaty kary umownej miałby powstać.

W związku z powyższym orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 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. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: