

WYROK
z dnia 11 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2014 r. przez wykonawcę **Nexrad Telecom Sp. z o.o., ul. Puławska 469, 02-844 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Metro Warszawskie Sp. z o.o., ul. Wliczy Dół 5, 02-798 Warszawa,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- a) dokonanie zmiany opisu spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu i w pkt 5.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez wykreślenie sformułowania „na teren Unii Europejskiej”,**
- b) dokonanie zmiany postanowień wzoru umowy w § 12 ust. 1, ust. 2, ust. 3 oraz w § 3 ust. 3.2 oraz 3.3, poprzez doprecyzowanie zapisów w zakresie naliczania kar umownych, co do niedostarczonej partii części zamówienia lub niewykonania całego zadania (danego zadania) oraz co protokołu odbioru.**

2. Kosztami postępowania obciąża Metro Warszawskie Sp. z o.o., ul. Wliczy Dół 5, 02-798 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 Nexrad Telecom Sp. z o.o., ul. Puławska 469, 02-844 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od **Metra Warszawskiego Sp. z o.o., ul. Wliczy Dół 5, 02-798 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Nexrad Telecom Sp. z o.o., ul. Puławska 469, 02-844 Warszawa** 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 2013 r. poz. 907 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 – Metro Warszawskie sp. z o.o., ul. Wilczy Dół 5; 02-798 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego - sektorowego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa części zamiennych do wagonów metra serii 81” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej – ogłoszenie numer 2014/S 107-189043) wraz z publikacją specyfikacji istotnych warunków zamówienia nastąpiło dnia 5 czerwca 2014 roku.

Dnia 16 czerwca 2014 roku wykonawca Nexrad Telecom Sp. z o.o., ul. Puławska 469; 02-844 Warszawa (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego, polegających na:

- 1) Ustaleniu kryterium oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu posiadania doświadczenia zawodowego wykonawców w sposób, który narusza zasadę uczciwej konkurencji, to jest naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 4 ustawy;
- 2) Umieszczenie w treści s.i.w.z. postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji zamawiającego, jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym, poprzez:
 - a) niejasne, uznaniowe opisanie podstaw odstąpienia od umowy to jest brak ustalenia terminu opóźnienia, krotności uchybień, a także zakresu rzeczowego nieprawidłowo dostarczonych części zamiennych, które wywoła skutek w postaci sankcji odstąpienia, a także brak wskazania, w jakich okolicznościach zamawiający odstąpi od umowy a w jakich nałoży karę umowną w wysokości 1% wartości opóźnionej dostawy za każdy dzień zwłoki, to jest naruszenia art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353¹ kc oraz w zw. z art. 5 kc;
 - b) narzucenie obowiązku zapłaty kary umownej za odstąpienie od umowy liczonej w relacji do całego wynagrodzenia umownego zamiast w relacji do niewykonanej części zamówienia w sytuacji, gdy zamawiający wyszczególnił w umowie wynagrodzenia za poszczególne zadania co powoduje, że kara umowna zostanie wykorzystana w sposób sprzeczny z funkcją naprawienia powstałej szkody, jaką powinna pełnić kara umowna oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, to jest

naruszenia art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353¹ kc oraz w zw. z art. 5 kc.

- c) określenie w sposób niejasny, niezrozumiały zakresu dostawy od kwoty której będzie naliczana kara umowna za opóźnienie w dostawie części zamiennych, co może prowadzić do wymagania zapłaty nieproporcjonalnie dużej kary w relacji do wartości niedostarczonych części zamiennych; powyższe może spowodować, że kara umowna zostanie wykorzystana w sposób sprzeczny z funkcją naprawienia powstałej szkody, jaką powinna pełnić kara umowna oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego to jest naruszenia art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353¹ kc oraz w zw. z art. 5 kc.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie powtórzenia czynności opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu posiadania doświadczenia zawodowego w sposób opisany szczegółowo w dalszej treści odwołania;
- 2) nakazanie zmiany zapisów wzoru umowy w sposób opisany szczegółowo w treści odwołania.

Interes w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, dlatego wniesienie niniejszego odwołania jest uzasadnione i konieczne.

Zamawiający, pismem z dnia 4 lipca 2014 roku złożył pisemną 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 w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

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.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Pierwszy zarzut odnosi się do opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu posiadania doświadczenia zawodowego. Został on opisany w punkcie III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu (odpowiednio w punkcie 5.2.1 SIWZ). O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonali dostawy na teren Unii Europejskiej, części zamiennych do taboru metra produkcji rosyjskiej (...). Ustanowienie warunku udziału w postępowaniu w oparciu o wskazanie geograficznego obszaru świata nie jest związane z przedmiotem zamówienia. Bezzasadnie ogranicza krąg wykonawców którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia nie dopuszczając akceptacji doświadczenia nabytego przy realizacji dostaw o zakresie merytorycznym oraz w kwotach określonych przez Zamawiającego, ale świadczonych na innych od żądanego, obszarach geograficznych. Niewątpliwym jest zatem, że opisując warunek udziału w postępowaniu posiadania doświadczenia w realizacji dostaw wyłącznie na obszarze Unii Europejskiej, Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust 4 ustawy.

Odwołujący wnosi o nakazanie zmiany zaskarżonego warunku udziału poprzez wykreślenie żądania wykazania się doświadczeniem na obszarze Unii Europejskiej, a także zmianę terminu do złożenia ofert według norm prawem przewidzianych.

Drugi zarzut, a właściwie grupa zarzutów, odnosi się do zapisów zawartych we wzorze umowy.

W § 12 ust. 1 wzoru umowy zapisano, że „W przypadku opóźnienia wykonania zamówienia lub wadliwego wykonania zamówienia, Zamawiający ma prawo do odstąpienia od umowy, w terminie 30 dni od zaistnienia tego opóźnienia lub stwierdzenia wadliwego wykonania bez wyznaczania dodatkowych terminów oraz do kar umownych z tego tytułu. ”

Opis podstawy odstąpienia od umowy jest niejasny i wskazuje na możliwość uznaniowego działania Zamawiającego. Nie ustalono terminu opóźnienia, a także zakresu rzeczowego nieprawidłowo dostarczonych części zamiennych, które wywoła skutek w postaci odstąpienia

Zamawiającego od umowy. Powyższe stoi w sprzeczności z przepisem art. 353¹ kc w zw. z art. 5 k.c. Należy zauważyć, że jednocześnie w § 12 ust. 3 jest zapisana kara 1% za każdy dzień zwłoki w dostarczeniu przedmiotu umowy. Oznacza to, że Zamawiający może zastosować odmienne zasady karania dla różnych wykonawców. W jednym przypadku może odstąpić od umowy nakładając za tym karę umowną w wysokości 10% wartości (całego) zamówienia, zaś w innym, przy identycznych nawet okolicznościach, naliczyć karę w wysokości 1% za każdy dzień zwłoki w dostarczeniu przedmiotu umowy i realizację umowy kontynuować. Nie ma zatem pewności jak zachowa się Zamawiający w konkretnej sprawie.

Odwołujący wnosi o modyfikację zapisów §12 wzoru umowy w ten sposób, by w ust 1 Zamawiający dopisał jakie okoliczności (inne niż jednokrotne opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy) będą upoważniać go do odstąpienia od umowy lub wypowiedzenia umowy, w tym po ilu, jak długo trwających i czego dotyczących opóźnieniach, Zamawiający będzie miał prawo od umowy odstąpić lub ją wypowiedzieć.

W § 12 ust. 2-5 wzoru umowy Zamawiający umieścił zapisy odnoszące się do kar umownych. W ust. 2 zapisano, że kara za odstąpienie przez Zamawiającego od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy wynosi 10 % wartości zamówienia.

Przedmiot zamówienia został podzielony na zadania. Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana w zakresie kilku zadań, zawrze jedną umowę na wszystkie te zadania. W takim przypadku zarówno odstąpienie od umowy, jak również naliczanie kar, będzie miało miejsce w odniesieniu do wszystkich zakontraktowanych zadań łącznie. Ustalając omawiany warunek umowy, Zamawiający nie wziął pod uwagę dwóch istotnych okoliczności. Po pierwsze, sam Zamawiający uznał, że przedmiot zamówienia, a zatem także przedmiot umowy, jest podzielny dzieląc go na osiem zadań. Po drugie, skutkiem złożenia ofert na poszczególne części zadania) jest wyszczególnienie w § 4 ust 2 - 9, cen za poszczególne zadania. Skoro Zamawiający także na etapie kontraktowym, rozróżnia poszczególne zadania, powinien dostosować sankcję za odstąpienie co najmniej do ceny konkretnego zadania a nawet do ceny partii części zamiennych będącej częścią zadania, która jego zdaniem nie została wykonana prawidłowo w stopniu tak rażącym, że zdecydował się od umowy odstąpić. W skrajnym przypadku, za opóźnienie w niedostarczeniu części zamiennej wartej kilkaset złotych może dojść do żądania zapłaty kar w kwocie wieluset tysięcy złotych.

Kara jest zastrzeżeniem umownym, wedle którego naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy pieniężnej. Suma ta powinna być kształtowana w relacji do szkody. Przeznaczeniem kary umownej nie jest wprowadzanie wyzysku strony umowy realizującej świadczenie niepieniężne i jej krzywdzenie, tylko zapewnienie systemu kontraktowych zabezpieczeń prawidłowej realizacji umowy. Ten zaś nie może prowadzić do konieczności nieuzasadnionego ponoszenia nieproporcjonalnych obciążeń przez wykonawcę. Każde

wykonywanie prawa podmiotowego, podlega kontroli na gruncie art. 5 KC (potwierdza to wyrok SA w Krakowie z 18.12.1990 r. sygn. I ACr 117/90). Art. 5 kc ustala obiektywne przesłanki naruszenia prawa podmiotowego.

Jak podkreślił SN w wyroku z 24.4.1997 r. II CKN 118/97, nadużycie prawa podmiotowego, to zachowanie rażące, nieakceptowane z aksjologicznego, ewentualnie teleologicznego punktu widzenia. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z Wyrokiem z dnia z dnia 6 maja 2004r. Sądu Apelacyjnego w Katowicach V ACa 199/08 w razie odstąpienia od umowy dochodzi do jej rozwiązania ze skutkiem wstecznym od momentu zawarcia, a strony zobowiązane są do zwrotu świadczeń (art. 395 § 2 k.c. „W razie wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za nie zawartą. To, co strony już świadczyły, ulega zwrotowi w stanie niezmienionym, chyba że zmiana była konieczna w granicach zwykłego zarządu. Za świadczone usługi oraz korzystanie z rzeczy należy się drugiej stronie odpowiednie wynagrodzenie.”). Należy więc zauważyć, że odstąpienie od umowy w całości wywoła taki skutek, że strony będą zmuszone zwrócić sobie nawzajem nawet prawidłowo wykonane części zamówienia. Powyższe narazi wykonawcę na nieproporcjonalną szkodę. Nie dosyć bowiem, że będzie zmuszony do powrotnego przyjęcia (odbioru) nie posiadających wad części zamiennych, które zostały w sposób prawidłowy dostarczone i przyjęte przez Zamawiającego, a także do zwrotu wynagrodzenia za nie otrzymanego, to dodatkowo zapłacić będzie musiał karę umowną wyliczoną w odniesieniu do kwot zapłaconych uprzednio lub należnych mu za prawidłową realizację zamówienia. Powyższe narusza art. 353¹ kc oraz art. 5 kc. Nie może zatem korzystać z ochrony.

Odwołujący wnosi o modyfikację zapisów § 12 wzoru umowy w ten sposób, że w ust 1 Zamawiający dopisze, iż odstąpienie od umowy lub wypowiedzenie umowy może dotyczyć jej części w szczególności niedostarczonej partii części zamiennych zaś w przypadku niewykonanie całego zadania, tego zadania. W ust 2 o dokonanie modyfikacji poprzez dopisanie, że kara za odstąpienie od umowy będzie liczona od ceny zadań lub partii części zamiennych niedostarczonych przez wykonawcę od której Zamawiający odstąpił lub umowę wypowiedział.

W § 12 ust. 3 wzoru umowy, Zamawiający opisał sposób naliczania kary umownej za opóźnienie w dostarczeniu części zamiennych. Z zapisów tam zawartych nie wynika, czy kara będzie naliczana od partii części zamiennych, zadania, czy też od całości zamówienia. Zapisy § 3 ust 3.2 oraz 3.3 pozostawiają znaczną dowolność interpretacji, co w istocie rzeczy jest opóźnioną dostawą, której wartość stanowi podstawę do naliczenia kary. Przy nałożeniu kary umownej według zapisu § 12 ust. 3 wzoru umowy, może mieć miejsce nieuzasadnione wzbogacenie Zamawiającego kosztem wykonawcy. Odwołujący zwraca uwagę, że w ust. 4 Zamawiający odnosi wysokość kary do wartości części zamiennych, a nie do wartości całego

zamówienia ani nawet do wartości zadania. W niektórych przypadkach Zamawiający widzi zatem możliwość i potrzebę prawidłowego kształtowania wysokości kar umownych.

Zamawiający ma możliwość kształtowania treści stosunku prawnego, w tym także zakresu kar umownych, według własnego uznania, z tym jednak zastrzeżeniem, że narzucane przez Zamawiającego warunki umowy muszą być zgodne z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, o charakterze *ius cogens*. Biorąc zatem pod uwagę uregulowania zawarte w art. 14 oraz art. 139 ust. 1 ustawy, Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować treść stosunku prawnego w granicach określonych zgodnie z treścią art. 353¹ kc oraz art. 5 kc. Kara umowna (odszkodowanie umowne) jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wedle którego naprawienie szkody wynikłej z niewykonania, lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy pieniężnej. Kara umowna ma charakter akcesoryjny w tym znaczeniu, że jej zastrzeżenie jest wiążące dla stron tylko wówczas, gdy związane są zobowiązaniem, którego niewykonania, względnie nienależytego wykonania, kara dotyczy. Zasada swobody umów pozwala na ustalenie przez strony zarówno zakresu, jak i sposobu naprawienia szkody w przypadkach niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika. "Zastrzeżenie kary umownej jest środkiem jurydycznym, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi między stronami. Przede wszystkim zaś służy dla wprowadzenia w życie zasady realnego wykonania zobowiązań. Zawiera w sobie wówczas element niejako represyjny." (W. Czachórski *Zobowiązania*, str. 249). Zastrzegane w umowach o zamówienie publiczne kary umowne winny zmierzać do zabezpieczenia należytego wykonania umowy i pozostawać w związku z zasadniczymi obowiązkami wykonawcy, wynikającymi z przedmiotu zamówienia. Z uwagi na ich funkcję rekompensacyjną, kary powinny także odnosić się ściśle do niewykonanej części zamówienia.

Odwołujący wnosi o wykreślenie zapisu § 12 ust 3 wzoru umowy i nadanie mu nowego brzmienia, z którego wynikać będzie, iż kara za opóźnienie będzie nakładana w relacji do wartości brutto opóźnionej dostawy partii części zamiennych, implikuje to równoległe zmianę § 3 ust 3.2 oraz 3.3 wzoru umowy poprzez wprowadzenie zapisów mówiących w sposób oczywisty, że protokół odbioru będzie sporządzony i podpisany po należytem dostarczeniu partii części zamiennych.

Zamawiający wskazał, co następuje.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów, Zamawiający podnosi, iż z przepisu art.7 ust 1 ustawy wynikają dwie podstawowe zasady prawa zamówień publicznych - zasada równości i zasada uczciwej konkurencji. Pierwsza z tych zasad oznacza, iż każdy z potencjalnych wykonawców powinien być traktowany jednakowo, w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji, bez żadnych przywilejów i ulg, każdy z wykonawców ma mieć równy

dostęp do informacji. Druga zasada oznacza równe traktowanie podmiotów ubiegających się o zamówienie. Odwołujący podnosi, iż zasady wyżej wskazane zostały przez Zamawiającego naruszone przy opisie sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, posiadania doświadczenia zawodowego, co wskazano w punkcie III.2.3 ogłoszenia i punkcie 5.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zapis, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie wykonali dostawy na teren Unii Europejskiej „części zamiennych do taboru metra produkcji rosyjskiej. Tak sformułowany opis warunku udziału stanowi naruszenie art. 22 ust. 4 ustawy. Zamawiający nie zgadza się z powołanymi zarzutami gdyż żadne zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zostały naruszone w tym te, o których wyżej mowa. Wywodząc z wniosku Odwołującego należałoby przyjąć iż stawianie warunków udziału w postępowaniu w ogóle - jest łamaniem zasad opisanych w ustawie z czym nie sposób się zgodzić gdyż ustawodawca właśnie w art. 22 ust. 4 ustala zasadę iż o zamówienie może ubiegać się taki i tylko taki wykonawca który warunki w tym przepisie wskazane spełnia. Zatem zarzut naruszenia tej normy prawnej w postępowaniu przez zamawiającego jest bezzasadny.

W tym miejscu podkreślenia wymaga to, że Zamawiający takie warunki opisane w pkt 5.2.1 siwz postawił, tak opisał kryteria oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu ze względu na specyfikę, przedmiotu zamówienia, jego działalności. W utrwalonym już orzecznictwem w materii określania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazano, iż określenie przez Zamawiającego tych warunków z uwzględnieniem adekwatnego do przedmiotu zamówienia stopnia szczegółowości nie jest sprzeczne wbrew stanowisku Odwołującego się z przepisami Prawa zamówień publicznych. Na podstawie §1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Zamawiający ma prawo wymagać wykazania się wykonaniem dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia. Wymagania te muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia - ani zbyt wysokie, gdyż mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję przeszliby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia. Zamawiający to operator, do którego zadań należy transport zbiorowy ludności metrem, obowiązany do zachowania szczególnych rygorów bezpieczeństwa przy przewozie ludności, opisanych w szczególności w przepisach ustawy o transporcie kolejowym. Przewóz ten może być bezpiecznie realizowany tylko przy użyciu taboru, w którym zainstalowane zostaną części spełniające unijne kryteria techniczne, części spełniające normy Unii Europejskiej, na co wskazał Zamawiający w punkcie 2 Specyfikacji Technicznej. Zamawiający jako państwo

członkowskie jest obowiązany do przestrzegania tych norm prawa wspólnotowego w procesie świadczenia usług przewozu. Owo świadczenie musi być realizowane taborem spełniającym unijne reżimy techniczne, wskazane również w szczegółowych normach technicznych. Wskazać tu należy na takie m.in. normy jak norma PN-K-23011 i PN-EN-50153 w zakresie ochrony przeciwporażeniowej, PN-K-02511, PN-K-02506 w zakresie bezpieczeństwa przeciwpożarowego. Bez spełnienia tych norm, uzyskanie świadectwa odbiorczego dla części nie jest możliwe. Wskazując na tę że specyfikę, Zamawiający prezentuje pogląd, iż wymagane w siwz doświadczenie i wiedza wykonawcy, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udzielenia zamówienia zostały opisane w sposób odnoszący się do przedmiotu zamówienia, proporcjonalny do tego przedmiotu, zgodny z art. 22 ust. 4 ustawy zwłaszcza wobec treści ust. 5 tej normy prawnej. Warunki udziału w postępowaniu sformułowane w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie utrudniają uczciwej konkurencji. Na zasadność postawienia takiego warunku doświadczenia na terenie Unii Europejskiej wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z dnia 31 maja 2010 r., sygn. akt KIO 869/10, KIO 870/10, KIO 871/10. Zamawiający nie ograniczył zapisem pktu 5.2.1 s.i.w.z. kręgu podmiotów, które mogą brać udział w postępowaniu, nie wyłączył jakiegokolwiek ich grupy a jedynie zażądał, by każdy podmiot startujący w postępowaniu sektorowym podlegającym przepisom ustawy spełniał kryteria wskazane w art. 22 ustawy w tym kryterium opisane w art. 22 ust.1 pkt 2 ustawy. Owe kryteria ma on prawo ustalać co wynika z ust.4 i 5 tej normy prawnej. Na zasadność zgodność z prawem takiego warunku doświadczenia wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w postępowaniu sygn. akt KIO/UZP 950/09, przyjmując, że „Zamawiający, formułując warunki udziału w postępowaniu, ma obowiązek uwzględnić charakter przedmiotu zamówienia i osiągnięcie celu gospodarczego przedsięwzięcia tak, aby w wyniku realizacji zamówienia uzyskać produkt wysokiej jakości.”.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisów prawa cywilnego przy czynności sporządzenia SIWZ pkt 2 odwołania tj budowania stosunku prawnego wyrażam pogląd, iż nie ma on żadnego oparcia w treści umowy.

Odwołujący powołał tu zarzut opisany w Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO/KU 104/10 ale wydanej po ocenie zamówienia o zupełnie innej specyfice co jest nadużyciem w powoływaniu się na judykaturę. Dostawa części zamiennych do taboru metra i usługi w programach aktywizacji zawodowej osób zwalnianych z pracy i pomoc im /outplacement/ to dwa zupełnie różne przedmioty zamówienia. Cechą pierwszego zamówienia jest to, że rękomię należytego jego wykonania daje nie tylko ten wykonawca który zna przepisy prawa ale ten który przede wszystkim dysponuje kadrą doświadczoną, w wykonywaniu zamówienia, umie zastosować unijne normy techniczne w procesie tworzenia przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 353 zn 1 k.c. który zdaniem Odwołującego w postępowaniu został naruszony, 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. Umowa proponowana przez Zamawiającego nie zawiera postanowień sprzecznych z właściwością, naturą, zasadami współżycia społecznego. Jest umową dostawy opisaną w art. 605 k.c., na podstawie której zamawiający chce uzyskać części zamiennie spełniające reżimy wymagane w państwach wspólnoty europejskiej w tym w kraju Zamawiającego od wykonawcy, który będzie zdolny do wykonania zamówienia wskazanego w umowie. To zamierzenie i użytek zdaniem Zamawiającego, nie są sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa czy też zasadami współżycia społecznego.

Żaden przepis prawa w tym art. 395, 491, 492 k.c nie wyznaczają obowiązku wskazania w tej umowie ani żadnej innej, terminu opóźnienia, po upływie którego dopiero zamawiający ma prawo do odstąpienia. Z treści tych przepisów wynika, iż już jakiegokolwiek opóźnienie, jakiegokolwiek jedno uchybienie, uprawnia stronę do odstąpienia w terminie wskazanym w umowie. Powszechnie obowiązujące prawo nie nakazuje wskazania w umowie zakresu rzeczowego niewykonania i ustalenia, że dopiero po osiągnięciu tego zakresu niewykonania strona ma prawo do odstąpienia od umowy. Powyższa konstatacja wynika również z treści art. 395, 491, 492 k.c. Zapisy poczynione w umowie nie niweczą prawa rozliczenia się za to co strony sobie świadczyły. Do istotnych postanowień umowy należy termin wykonania umowy dlatego też strona ma prawo żądania wykonania jej w tym terminie zaś opóźnienie w konsekwencji na podstawie choćby art. 471 k.c i wskazanych przepisów o odstąpieniu, karach umownych, daje prawo do skorzystania z instrumentów dyscyplinujących wobec dłużnika. Zamawiający w §12 umowy wprowadza zastrzeżenia kar pieniężnych nie dla wyzysku ale w celu zdyscyplinowania wykonawcy do takiego postępowania by wykonał on zamówienie na czas. Nie odnosi tej kary w §12 ust. 3 czy 4 umowy na wypadek opóźnienia w stosunku do całości zamówienia ale do „wartości opóźnionej dostawy, czy wartości części, dla których wystąpiło opóźnienie w usunięciu wad i usterek lub opóźnienie w wymianie części na nowe wolne od wad. Owo terminowe i należyte wykonanie jest dla Zamawiającego szczególnie istotne ze względu na jego obowiązek pozostawania w ciągłej gotowości do świadczenia usług bezpiecznego przewozu metrem co może się dokonać tylko z udziałem należycie wykonanych i na czas dostarczonych części. Zamawiający podzielił zamówienie na zadania by dać szansę udziału mniejszym podmiotom, ale wyznaczył jeden termin wykonania, gdyż jest co do zasady zainteresowany całym zamówieniem w tym terminie wykonanym by dysponować częściami zamiennymi w swoim magazynie w każdej chwili gdy tylko zajdzie potrzeba techniczna sięgnięcia po nie. W tym miejscu podkreślenia wymaga też to, że zgodnie z umową wykonawczą zawartą pomiędzy Zamawiającym i organizatorem

transportu, tj. gminą Miasto st. Warszawa, Zamawiający ponosi bardzo wysokie kary za transport niesprawny, niebezpieczny, a realizacja dotychczasowych zamówień na dostawy części zamiennych jest słaba. Z tych przyczyn nie może sobie pozwolić na rezygnację z wykonania przez wykonawcę bez ujemnych dlań skutków i po to by mieć możliwość wyłonienia innego wykonawcy, dlatego wprowadza środki dyscyplinujące do umowy.

Przytoczone przez Odwołującego przykłady orzecznictwa nie zaprzeczają tezie, że Zamawiający miał prawo skorzystania z instytucji kar umownych wskazanych w §12 umowy mającej zadanie prewencyjno-represyjne. Zapis o karach umownych nie jest sprzeczny z postanowieniami art. 483, 484 §1 k.c. Z drugiej ze wskazanych norm wynika wprost, że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Także i z tych przyczyn i uzasadnieniem powyższym zarzut naruszenia wyżej powołanych norm dotyczących kar umownych przy budowaniu stosunku prawnego w jego §3 umowy jest bezpodstawny.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Izba popiera stanowisko odwołującego.

Przy ocenie zarzutu Nr 1 Izba kierowała się w szczególności treścią przepisu art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia oraz art. 22 ust. 4 ustawy Pzp - opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Wskazać bowiem należy, że przedmiotem zamówienia jest dostawa części zamiennych do wagonów metra serii 81. Jak wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wagony metra serii 81 – to wagony, do których produkcji użyte zostały części produkcji rosyjskiej. Tym samym użyty przez zamawiającego opis spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wskazujący na obowiązek wykazania się przez wykonawców doświadczeniem, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonali dostawy na teren Unii Europejskiej, części zamiennych do taboru metra produkcji rosyjskiej, pozostaje w sprzeczności z wymogami przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

O ile sam fakt wykazania się doświadczeniem przy dostawie części zamiennych do taboru metra produkcji rosyjskiej nie budzi wątpliwości, o tyle wymóg wykazania się dostawami na teren Unii Europejskiej budzi zastrzeżenia u Izby. Wskazać bowiem należy, że określenie regionu gospodarczego, dla którego doświadczeniem w dostawach musi wykazać się wykonawca nie może się ostać. Jakież bowiem znaczenie dla zdobycia doświadczenia ma

okoliczność, że części dla określonego typu wagonów metra, określonej produkcji, dostarczane były na teren Unii Europejskiej. Wykonawca może bowiem posiadać doświadczenie w dostarczaniu określonego typu części zamiennych do innych krajów (państw) nie wchodzących w skład Unii Europejskiej (np. Ukraina), i zakwalifikowanie tego rodzaju doświadczenia nie może stawiać takiego wykonawcy w sytuacji podmiotowo niekorzystnej w odniesieniu do innych wykonawców. Tym bardziej, że rynek potencjalnych wykonawców mogących zrealizować przedmiotowe zamówienie jest ograniczony do dwóch, trzech podmiotów. Zamawiający opisując warunek udziału w postępowaniu, który ogranicza krąg potencjalnych wykonawców, do i tak już skromnej listy, w jawny sposób narusza zasadę uczciwej konkurencji. Izba zgadza się z zamawiającym, że ze względu na charakter dostaw, jak też przedmiot działalności zamawiającego, istotnym jest właściwe zabezpieczenie interesu społecznego, jednakże zabezpieczenie to zamawiający osiągnie innymi instrumentami, takimi jak odbiór przedmiotu zamówienia, który ma zostać dostarczony i musi odpowiadać określonym normom i przepisom. Dostarczenie bowiem części zamiennych, które będą podlegały ścisłym rygorom opisanym przez zamawiającego, gwarantować będzie bezpieczeństwo ich użytkowania i skutkować będzie podpisaniem protokołu odbioru przez zamawiającego. Dlatego też Izba stwierdziła, że zamawiający dokonując opisu warunku wiedzy i doświadczenia poprzez obowiązek wykazania się dostawami na teren Unii Europejskiej, naruszył zasady wynikające z przepisu art. 7 ustawy Pzp, poprzez niezasadne ograniczenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dodatkowo Izba wskazuje, że zamawiający nie wykazał podstaw faktycznych zastosowania takiego obostrzenia, uzasadniając swoją decyzję jedynie względami bezpieczeństwa. Niemniej Izba zwraca uwagę, jak to już wcześniej zostało wywiedzione, że względy bezpieczeństwa zagwarantowane są na etapie odbioru przedmiotu dostawy i nie sposób ich się doszukiwać w doświadczeniu wykonawcy. Ponadto zamawiający, w swojej argumentacji powoływał się na wyrok Izby z dnia 31 maja 2010 roku, sygn. akt KIO 869/10, KIO 870/10, KIO 871/10, z którego wynikać ma, iż czynność zamawiającego, w zakresie określenia obszaru gospodarczego jest prawidłowa. Jednakże Izba wskazuje, że treścią rzeczonego wyroku Izba nakazała zamawiającemu dokonanie zmiany treści postanowienia zawartego w pkt III.2.3)l. ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 5.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w taki sposób, by wykonawca mógł wykazać się doświadczeniem „w wykonaniu i przekazaniu do eksploatacji w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, co najmniej 10 fabrycznie nowych pojazdów metra złożonych z minimum 3 wagonów każdy, z których co najmniej dla jednego składu wagonów - dla każdego z wagonów wykonawca uzyskał dokument potwierdzający dopuszczenie danego typu wagonów do eksploatacji w którymkolwiek kraju Unii Europejskiej”. W omawianej sprawie odwołujący nie poddał pod

rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej prawidłowości zastosowania zastrzeżenia obszaru gospodarczego, a jedynie wielkość wykonanych dostaw. Jako, że Izba pozostaje związana treścią stawianych zarzutów, to nie sposób wywodzić, że Izba rozstrzygała kwestie dostaw na teren Unii Europejskiej, skoro nie były one przedmiotem odwołania i zarzutów w nim stawianych.

W zakresie zarzutów dotyczących postanowień umownych, Izba stwierdziła, że zamawiający w sposób niedostatecznie jasny i precyzyjny, sformułował postanowienia umowne w § 12, które de facto prowadzą do niejasnej sytuacji wykonawcy, która z kolei może negatywnie oddziaływać na zamawiającego, gdyż przy tak opracowanych warunkach umownych, wykonawca będzie musiał doliczyć do ceny ofertowej znaczną kwotę związaną z ryzykiem naliczenia kar umownych bądź też odstąpienia od umowy. Dokładne i precyzyjne wskazanie przez zamawiającego sytuacji, kiedy, w jakiej wysokości i w odniesieniu, do jakiej części zamówienia (zadań), będą naliczane kary umowne spowoduje, po pierwsze - jasność sytuacji podmiotów (brak konieczności dochodzenia wysokości naliczonych kar w sądach powszechnych), po drugie – prawidłową i niezawyżoną wycenę oferty, bez zbędnego doliczania zawyżonego ryzyka, po trzecie – nie uniemożliwi zamawiającemu zachowania rygorystyczno-dyscyplinującego (represyjnego) charakteru kar umownych w powiązaniu z newralgicznym dla celów społecznych przedmiotem zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, jak też przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, orzeczono jak w sentencji. Izba stwierdziła, że naruszenie przepisów może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy 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: