

Sygn. akt KIO/ 1438/10

WYROK
z dnia 20 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 9 lipca 2010 r. przez **DB Schenker Rail Zabrze S.A., 41-800 Zabrze, ul. Wolności 337** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30,**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **DB Schenker Rail Zabrze S.A., 41-800 Zabrze, ul. Wolności 337** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** na rzecz **DB Schenker Rail Zabrze S.A., 41-800 Zabrze, ul. Wolności 337, ul. Powstańców 30** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania „Kompleksowa obsługa bocznic kolejowych KW S.A. w Oddziale KWK „Bobrek-Centrum” Ruch Bobrek w okresie 36 miesięcy oraz Ruch Centrum w okresie 24 miesięcy”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 29 czerwca 2010 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr suplementu 2010/S 123-188546. W dniu 13 lipca 2010 r. i 19 lipca 2010 r. zamawiający zamieścił w ww. publikatorze zmianę do ogłoszenia (2010./S 133-203531).

Wykonawca DB Schenker Rail Zabrze S.A. z siedzibą w Zabrzu wniósł w dniu 9 lipca 2010 r. odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

- a) § 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) 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 pkt XI.2 siwz, iż okres trzech lat do wykazania posiadania przez wykonawcę wiedzy oraz doświadczenia liczy się wstecz od dnia „wszczenia postępowania”;
- b) art. 94 ust. 1 Pzp - poprzez ustalenie w pkt X tiret trzecie siwz, iż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nastąpi niezwłocznie po rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. z pominięciem instytucji standstill;
- c) art. 481 § 1 k.c. w związku z art. 353¹ Kc w związku z art. 139 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 5 k.c. - poprzez ustalenie w § 2 ust. 14 Załącznika nr 8 do siwz (Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy), iż w przypadku opóźnienia w płatnościach, kwestia regulowania ewentualnych odsetek będzie przedmiotem odrębnych negocjacji;
- d) 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 (pkt 2.12 w zw. pkt. 2.14 Załącznika nr 8 do siwz) i tym samym pozbawienie wykonawcy prawa do naliczania odsetek za okres od 31 dnia po spełnieniu świadczenia wzajemnego;

- e) art. 353¹ k.c. w związku z art. 139 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 5 k.c. - poprzez ustalenie w § 2 ust. 15 Załącznika nr 8 do siwz, 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;
- f) art. 353¹ k.c. w związku z art. 139 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 5 k.c. - poprzez ustalenie w § 2 ust. 16 Załącznika nr 8 do siwz, iż należności wynikające z umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym odszkodowawcze i odsetkowe nie będą mogły być przedmiotem zastawu bez pisemnej zgody zamawiającego;
- g) art. 483 § 1 k.c. w związku z art. 471 k.c. i art. 353¹ k.c. w związku z art. 139 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 5 k.c. - poprzez ustalenie w § 10 ust. 1 ppkt. 2) Załącznika nr 8 do siwz, 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;
- h) 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.3 lit. b) lp. 9 siwz, iż minimalna ilość osób na stanowisko „automatyk sterowania ruchem kolejowym" wynosi 1 (jedna);
- i) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez ustalenie sprzecznych ze sobą pkt XI.3 lit. b) lp. 9 siwz oraz Tabeli A Załącznika nr 1 do Instrukcji PE-2 o zasadach konserwacji, przeglądach i diagnostyce urządzeń sterowania ruchem kolejowym na bocznicy KWK „Bobrek-Centrum" (załączonej do siwz), z uwagi na ustalenie w pkt XI.3 lit. b) lp. 9 siwz, iż minimalna ilość osób na stanowisko „automatyk sterowania ruchem kolejowym" wynosi 1 (jedna), podczas gdy z zakresu zabiegów i ich częstotliwości, określonych w w/w Tabeli A wynika, iż osób takich winno być 4 (cztery);
- j) 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 odniesieniu do przewozów kolejowych związanych z obsługą bocznicy (pkt 1.1.1 tiret jedenasty Załącznika nr 1 do siwz);
- k) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez niedookreślenie przedmiotu zamówienia, tj. brak wyszczególnienia dokumentów, jakie wykonawca ma obowiązek przekazać po zakończeniu realizacji zamówienia (pkt III ppkt 5 oraz 18 Załącznika nr 1 do siwz);
- l) 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 siwz);

- m) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp - poprzez wewnętrzną sprzeczność postanowień siwz w odniesieniu do osób dozoru (nadzoru), jakie ma zapewnić wykonawca (pkt III ppkt 3 i 6 Załącznika nr 1 do siwz oraz tabela do pkt. XI ppkt. 3b siwz);
- n) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp - poprzez wewnętrzną sprzeczność postanowień siwz w odniesieniu do pracownika o kwalifikacjach rewident wagonów (pkt. I ppkt. 1.1. tiret dziewiąte Załącznika nr 1 do SIWZ oraz tabela do pkt. XI ppkt. 3b siwz);
- o) ustalenie w pkt. III ppkt. 4 Załącznika nr 1 do siwz wygórowanej ceny tzw. łązniodniówki, a w ppkt. 5 wygórowanej ceny za dostarczanie wody i odprowadzanie ścieków;
- p) odwołanie się w pkt. XX. 4 ppkt. 5) siwz do archiwalnej wersji ustawy z dnia 9.11.2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, a w pkt. III ppkt. 4 (dot. obowiązków zamawiającego) Załącznika nr 1 do siwz, w pkt. V ppkt. 6 Załącznika nr 1 do siwz oraz w pkt 2 ppkt. 3 Załącznika nr 8 do siwz - do archiwalnej wersji ustawy z dnia 17.12.2008 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych.

Wobec powyższego wykonawca wniósł w odwołaniu o:

- a) zmianę pkt III.2.1. ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt XI.2 siwz - 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”;
- b) zmianę pkt X tiret trzeci siwz - poprzez ustalenie, iż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nastąpi w terminach określonych w art. 94 Pzp, względnie - o jego usunięcie;
- c) usunięcie § 2 ust. 14, 15 oraz 16 Załącznika nr 8 do siwz (Istotne postanowienia które zostaną wprowadzone do umowy);
- d) zmianę pkt 2.12 Załącznika nr 8 do siwz - poprzez ustalenie 30-dniowego terminu płatności;
- e) zmianę pkt XI.3 lit. b) lp. 9 siwz - poprzez ustalenie, iż minimalna ilość osób na stanowisko „automatyk sterowania ruchem kolejowym” wynosi 5 (pięć);
- f) zmianę pkt XI.3 lit. b) siwz - poprzez ustalenie, iż minimalna ilość osób na wymienione stanowiska wynosi zgodnie z Tabelą A Załącznika nr 1 do Instrukcji BC-E2 o zasadach konserwacji, przeglądach i diagnostyce urządzeń sterowania ruchem kolejowym na bocznicach KWK „Bobrek-Centrum” (załączonej do siwz);
- g) zmianę § 10 ust. 1 ppkt. 2) Załącznika nr 8 do siwz - 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”;

- h) zmianę pkt 1.1.1 tiret jedenaste Załącznika nr 1 do siwz - poprzez jednoznaczne i wyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia,
- i) zmianę pkt III ppkt 5 oraz ppkt 18 Załącznika nr 1 do siwz - poprzez dokładne określenie zakresu dokumentacji techniczno-ruchowej, jaka ma zostać przekazana zamawiającemu oraz określenie jakie dokumenty, dotyczące bocznicy kolejowej, mają zostać przekazane zamawiającemu;
- j) zmianę pkt 2.1 Załącznika nr 8 do siwz - poprzez jednoznaczne wskazanie, czy wartość umowy „wynosi”, czy „nie przekroczy”, względnie o usunięcie pkt 2.3 Załącznika nr 8;
- k) ujęcie w tabeli do pkt. XI ppkt. 3b siwz osób dozoru (nadzoru);
- l) ujęcie w tabeli do pkt. XI ppkt. 3b siwz pracownika/ów o kwalifikacjach rewidenta wagonów;
- m) zobowiązanie zamawiającego do zmiany pkt. III ppkt. 4 (ze strony zamawiającego) Załącznika nr 1 do siwz i pkt. III ppkt. 5 (ze strony zamawiającego) Załącznika nr 1 do siwz poprzez ustalenie ceny tzw. łązno-dniówki oraz za dostarczanie wody i odprowadzanie ścieków - na poziomie porównywalnym do stawek, określonych w innych postępowaniach prowadzonych w tym samym czasie przez zamawiającego.

Uzasadniając podniesione zarzuty, odwołujący podniósł w szczególności następujące okoliczności.

- I. Postanowienie ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz, iż okres trzech lat do wykazania posiadania przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia liczy się wstecz od dnia „wszcęcia postępowania” jest sprzeczny z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający 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, termin „wszcęcie postępowania” nie jest tożsamy z „terminem składania ofert”. Określenie początkowego terminu, od którego ma być liczony okres trzech lat do wykazania posiadania przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia stanowi naruszenie uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp), ponieważ może promować wykonawców, którzy w przypadku ukształtowania postanowień ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji zgodnie z ustawą, nie spełnialiby warunku udziału w niniejszym postępowaniu, określonego w przepisie art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp.
- II. 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 siwz dokonał bezprawnej modyfikacji ww. 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.

- III. Skorzystanie z uprawnień przyznanych wierzycielowi na mocy art. 481 k.c. zależy wyłącznie od woli wierzyciela (por. komentarz do art. 481 k.c. [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). Przywołując orzecznictwo sądowe odwołujący wskazał, że unormowanie art. 481 k.c. jest przejawem swoistej sankcji cywilnej mającej charakter ustawy i bezwzględnie obowiązujący, a wobec powyższego strony stosunku zobowiązaniowego nie mogą jej umownie wyłączyć z uwagi na ograniczenia w zakresie swobody kontraktowania. Z uwagi na powyższe, postanowienie siwz przewidujące w przypadku opóźnienia w płatnościach, iż „kwestia regulowania ewentualnych odsetek będzie przedmiotem odrębnych negocjacji”, nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 353¹ k.c., który nie pozwala stronom umowy na ułożenie stosunku prawnego wbrew przepisom ustawy, co zamawiający bezprawnie uczynił.
- IV. 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 zgodny 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.
- V. Przepis art. 353¹ k.c. 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. Powołując się na orzecznictwo sądowe odwołujący stwierdził, że naruszają zasady współżycia społecznego umowy obligacyjne, które kształtują prawa i obowiązki stron stosunku w sposób nieodpowiadający słuszności kontraktowej, w szczególności - umowy sprzeciwiające się regułom uczciwości i rzetelności profesjonalnej oraz kontrakty rażąco nierównoważnie kształtujące wzajemne prawa i obowiązki. Wskazał, że postanowienia § 2 ust. 15 oraz 16 załącznika nr 8 do siwz kształtują prawa i obowiązki wykonawcy i zamawiającego rażąco nierównoważnie. Równocześnie przedmiotowe postanowienia są sprzeczne z zasadami współżycia

społecznego z uwagi na to, iż mają na celu pokrzywdzenie odwołującego i uniemożliwienie mu dochodzenie należnego wynagrodzenia.

- VI. Ustawodawca łączy możliwość stosowania kar umownych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. Zgodnie z przepisem art. 471 k.c. dłużnik nie odpowiada, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Postanowienie § 10 ust. 1 pkt. 2) załącznika nr 8 do siwz nie uzależnia jednak naliczenia kary umownej od okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Odwołujący wskazał, że niewykonywanie obowiązków umownych wpływających na ciągłość ruchu Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla 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 k.c.
- VII. 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). Mając również na uwadze częstotliwość podstawowych zabiegów obsługi technicznej urządzeń srk, określoną w Tabeli A Załącznika nr 1 do Instrukcji BC- E2 o zasadach konserwacji, przeglądach i diagnostyce urządzeń sterowania ruchem kolejowym na bocznicach KWK „Bobrek-Centrum” zauważyć należy, iż obiektywnie niemożliwe jest, aby zabiegi te wykonywał tylko jeden automatyk sterowania ruchem kolejowym. Postanowienie to rodzi zagrożenie dla bezpieczeństwa w ruchu kolejowym, w związku z realizacją przez wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zdaniem odwołującego minimalna ilość osób na przedmiotowe stanowisko winna wynosić 5 (pięć), gdyż w innym przypadku postanowienia pkt XI.3 lit. b) lp.9 siwz należy uznać za naruszające przepisy zarządzenia nr 42 oraz wewnętrznie sprzeczne z załączoną do siwz Instrukcją BC-E2, co wskazuje, iż przedmiot zamówienia publicznego nie został opisany w sposób jednoznaczny (jest on wszak opisany w sposób wewnętrznie sprzeczny).
- VIII. Zawarty w pkt 1.1.1. tiret jedenaste załącznika nr 1 do siwz opis zakresu rzeczowego usługi: „inne czynności związane z prawidłową i bezpieczną eksploatacją taboru kolejowego”, stanowi brak jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia, zobowiązujący wykonawcę do zabezpieczenia technicznego, osobowego, finansowego i organizacyjnego realizacji czynności, 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. Powinien być on dokonany za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

- IX. Wskazany w pkt. III ppkt 5 załącznika nr 1 do siwz obowiązek wykonawcy dotyczący przekazania zamawiającemu całości dokumentacji techniczno-ruchowej nie jest wystarczająco precyzyjny w rozumieniu art. 29 Pzp. Zamawiający winien szczegółowo wymienić jakich dokumentów żąda. Podobnie, określony w pkt. III ppkt 16 załącznika nr 1 do siwz obowiązek przekazania zamawiającemu „wszystkich dokumentów dotyczących bocznicy kolejowej”, nie został określony wystarczająco jednoznacznie w rozumieniu art. 29 Pzp.
- X. Termin użyty w pkt 2.1 załącznika nr 8 do siwz „wartość umowy wynosi/nie przekroczy:” nie określa 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 pkt 2.3, który przewiduje, iż ceny jednostkowe netto podlegają corocznej indeksacji, co jest niedopuszczalne przy wynagrodzeniu ryczałtowym.
- XI. W pkt. III ppkt 3 Załącznika nr 1 do siwz określono, iż „Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia nadzoru (...)” podczas gdy w tabeli do pkt XI ppkt3b siwz „ilość osób dla n/w stanowisk dla bocznic KWK „Bobrek-Centrum” wynosi minimum (...)” w ogóle nie uwzględniono osób dozoru, co stanowi sprzeczność wewnętrzną postanowień siwz, a tym samym brak jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 29 Pzp. Identyczna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do rewidentów wagonów (pkt 1 ppkt 1.1 tiret 9 załącznika nr1 do siwz oraz tabela do pkt XI ppkt 3b siwz). Odwołujący wskazał, że właściwe określenie osób i ich ilości, koniecznych do realizacji zamówienia ma istotne znaczenie dla skalkulowania ceny oferty.
- XII. W pkt III ppkt 4 załącznika nr 1 do siwz zamawiający ustalił cenę tzw. łązniodniówki na poziomie o ponad 25 % wyższym niż w innych prowadzonych postępowaniach. W ocenie odwołującego, brak jest uzasadnienia do tak znacznego różnicowania cen. Podobny stan ma miejsce także w odniesieniu do cen za dostarczanie wody i odprowadzanie ścieków.
- XIII. Odwołujący wskazał na niestaranność opracowania siwz, w szczególności niejednorodność numeracji oraz odwołanie się do nieaktualnej wersji ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (pkt XX.4 ppkt 5 siwz) oraz ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (pkt III ppkt 4 załącznika nr 1 do siwz, pkt V ppkt 6 załącznika nr 1 do siwz oraz pkt 2 ppkt 3 Załącznika nr 8 do siwz)

Interes prawny we wniesieniu odwołania wykonawca uzasadnił prawem do żądania, aby niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, a zawarta umowa nie podlegała unieważnieniu z powodu dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W dniu 19 lipca 2010 r. faksem, a w dniu 20 lipca 2010 r. pisemnie zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzuty opisane w pkt a), b), g), j), k), l), n), p) odwołania.

Zamawiający wyjaśnił, iż dokonał zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w pkt III 2.1 (publikacja w Dz.U./S S133 203531-2010-PL w dniu 13 lipca 2010 r.) oraz pismem z dnia 7 lipca 2010 r. zmienił treść specyfikacji w ww. zakresie, uwzględniając żądanie odwołującego wynikające z zarzutu opisanego w pkt a) odwołania.

W zakresie pozostałych, uznanych zarzutów, zamawiający dokonał zmiany postanowień siwz w dniu 19 lipca 2010 r. W tym terminie Informacja o zmianach została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego oraz przesłana odwołującemu.

W odniesieniu do uznanych zarzutów zamawiający wniósł w toku postępowania odwoławczego - o umorzenie postępowania.

W odniesieniu do zarzutów, które zostały oddalone, zamawiający wyjaśnił, co następuje:

Zarzut lit. c)

Postanowienie siwz nie narusza dyspozycji art. art. 481 §1 w związku z art. 353¹ k.c. w związku z art. 139 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 5 k.c. Kwestie związane z naliczaniem odsetek uregulowane zostały w ustawie z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz.U. Nr 139, poz. 1323, z późn. zm.). Zgodnie z art. 9 ww. ustawy czynność prawna wyłączająca lub ograniczająca uprawnienia wierzyciela lub obowiązki dłużnika, o których mowa w art. 5-8, a więc dotyczących prawa żądania przez dłużnika odsetek, jest nieważna. Przedmiotowe postanowienie siwz nie wyłącza zatem prawa dłużnika do naliczania i dochodzenia odsetek za nieterminowe płatności, a przedmiotem negocjacji będzie nie zasada naliczania odsetek lecz sposób ich regulowania. Zamawiający jedynie zagwarantował sobie możliwość negocjacji w zakresie wysokości rat i terminów spłaty zadłużenia.

Zarzut lit. e)

Zgodnie z art. 509 §1 k.c., wierzyciel może bez zgody dłużnika przenieść wierzytelność na osobę trzecią (przelew), chyba że sprzeciwiałoby się to ustawie, zastrzeżeniu umownemu albo właściwości zobowiązania. Art. 509 k.c. wskazuje, że zgoda

na przelew wierzytelności może być obwarowana zgodą dłużnika w przypadku odpowiedniego zastrzeżenia umownego, a zamawiający w oparciu o dyspozycję art. 353¹ k.c., zamierza skorzystać z przysługującego mu uprawnienia do swobodnego lecz mieszczącego się w granicach prawa, ukształtowania stosunku prawnego.

Zarzut lit. f)

Zastaw jest jedną z form przelewu wierzytelności, a przepisy wskazują, iż zgoda na przelew wierzytelności może być obwarowana zgodą wierzyciela.

Zarzut lit. d)

Zgodnie z art. 5 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, 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. Zamawiający zwrócił uwagę, iż nie dokonał w siwz niedozwolonego wyłączenia prawa wykonawcy do dochodzenia należnych mu odsetek, a zatem nie naruszył wskazanych przepisów.

Zarzut lit. h)

Zamawiający podniósł, iż zarzut jest sformułowany niezgodnie ze stanem faktycznym, gdyż w opisie warunku udziału w postępowaniu w pkt XI.3 lit.b lp.9 siwz wskazano 2 osoby na stanowisku automatyka a nie jedną jak twierdzi odwołujący. Wyjaśnił, iż prowadzi eksploatację bocznic kolejowych KWK „Bobrek-Centrum” Ruch Bobrek i Ruch Centrum w oparciu o ogólnie obowiązujące przepisy prawa, jak również o przepisy wewnętrzne dotyczące utrzymania infrastruktury kolejowej bocznicy i bezpiecznego prowadzenia ruchu kolejowego. Podstawowym aktem prawnym ogólnie obowiązującym normującym funkcjonowanie bocznic jest ustawa o transporcie kolejowym z dnia 28 marca 2003 r. (tekst jedn. Dz.U. z 2007 r. nr 16 poz. 94 z późn. zm.). Jedynym przepisem wewnętrznym, z uwzględnieniem odpowiednich postanowień Regulaminu pracy bocznic oraz przepisów BHP, regulującym procesy utrzymania, diagnostyki urządzeń srk jest „Instrukcja BC-E2 o zasadach konserwacji, przeglądach i diagnostyce urządzeń sterowania ruchem kolejowym na bocznicach kolejowych KWK „Bobrek-Centrum” zatwierdzona przez Prezesa UTK na podstawie art. 13 ust. 5 ustawy o transporcie kolejowym decyzją nr TBT-500-1214/05/06 z dnia 25.01.2006 r. Przepis ten został jednocześnie wprowadzony do stosowania Zarządzeniem Dyrektora KWK „Bobrek-Centrum”.

Zarzuty lit. i), lit. m)

W związku z mylną interpretacją warunków udziału wykonawców w postępowaniu przez odwołującego, zamawiający wyjaśnił, że opisane w pkt XI SIWZ warunki nie dotyczą liczby pracowników faktycznie wykonujących zamówienie lecz określenia warunku udziału w postępowaniu - 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 określając tak warunek udziału w postępowaniu nie naruszył zasady uczciwej konkurencji, prawa i możliwości wykonawców do udziału w postępowaniu oraz swobodnego kształtowania cen, co stanowiło by rażące naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający, oczekując wskazania jedynie minimalnej ilości osób na danym stanowisku, weryfikuje potencjał wykonawcy do udziału w postępowaniu. Reasumując, określenie warunku dysponowania określoną ilością osób nie oznacza w praktyce faktycznej liczby osób realizujących przedmiot zamówienia.

Szczególne znaczenie dla prowadzonego postępowania, jakie ma treść punktu III Warunki wykonywania usług wymienionych w punktach I i II ze strony wykonawcy pkt. 6 Załącznika nr 1 do siwz o treści: „Wykonawca zapewni na każdej zmianie niezbędną ilość pracowników w ruchu kolejowym, osób dozoru oraz taboru kolejowego, gwarantującą prawidłową realizacją umowy. Zamawiający nie dopuszcza możliwości jednoczesnego pełnienia przez jedną osobę funkcji osoby dozoru z wykonywaniem czynności związanych z prowadzeniem i bezpieczeństwem ruchu kolejowego lub prowadzeniem pojazdu kolejowego”. 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 wykluczył w realizacji zamówienia możliwości zaangażowania przez wykonawców 4 - 5 osób o kwalifikacjach „automatyk sterowania ruchem kolejowym”.

Zarzut lit. o)

Zamawiający podkreślił, iż zarzut nie zawiera wskazania naruszenia przepisów ustawy Pzp ani też innych przepisów. Wyjaśnił, iż określił warunki ekonomiczne realizacji zamawianych usług w oparciu o obowiązujące ceny mediów w KW S.A. Oddział Bobrek-Centrum. Stosowanie cen obowiązujących w innych oddziałach KW S.A. jest niemożliwe.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W odniesieniu do zarzutów, które nie zostały uznane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i uznała następujące zarzuty odwołania za niezasadne:

Zarzut opisany w pkt c) odwołania.

W ocenie Izby, postanowienie specyfikacji, iż „w przypadku opóźnienia w płatnościach, kwestia regulowania ewentualnych odsetek będzie przedmiotem odrębnych negocjacji” nie jest sprzeczne z przepisem art. 481 § 1 k.c. w związku z art. 353¹ k.c. w związku z art. 139 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 5 k.c.

Kwestie związane z naliczaniem odsetek zostały uregulowane w ustawie z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz.U. Nr 139, poz.1323 z późn. zmianami). Zgodnie z art. 9 ww. ustawy czynność prawna wyłączająca lub ograniczająca uprawnienia wierzyciela lub obowiązki dłużnika, o których mowa w art. 5 - 8 ustawy, a więc prawo żądania odsetek, jest nieważna. Omawiany zapis siwz nie wyłącza tego prawa. Zauważyć należy, że przepisy prawa nie wyłączają możliwości zastrzeżenia w umowie, aby sposób regulowania należności z tytułu odsetek, np. w zakresie wysokości rat i terminów spłaty zadłużenia, był przedmiotem negocjacji pomiędzy stronami, wówczas gdy stosowne okoliczności zaistnieją. W ocenie Izby, z brzmienia ww. postanowienia siwz nie wynika, że przewidziane w tym postanowieniu negocjacje będą dotyczyły zasad naliczania odsetek. W szczególności omawiane postanowienie nie wyłącza prawa dłużnika do naliczania i dochodzenia odsetek za nieterminowe płatności, a przedmiotem negocjacji będzie nie zasada naliczania odsetek lecz sposób ich regulowania.

Zarzut opisany w pkt d) odwołania.

W pkt 2.12 w zw. pkt. 2.14 Załącznika nr 8 do siwz zamawiający ustalił 60-dniowy termin płatności za realizację usług. Izba zważyła, iż w obowiązujących przepisach prawa, a w szczególności w ustawie o terminach zapłaty w transakcjach handlowych nie ma zakazu zawarcia w umowie pomiędzy stronami postanowienia przewidującego dłuższy niż 30 – dniowy termin zapłaty. Zgodnie z art. 5 ww. ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych „Jeżeli strony w umowie przewidziały termin zapłaty dłuższy niż 30 dni, 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”. Z powyższego przepisu wynika zatem, że strony mogą w umowie przewidzieć termin zapłaty dłuższy niż 30 dni. W takich sytuacjach wierzyciel może żądać odsetek ustawowych 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. Stosownie natomiast do brzmienia art. 9 ww. ustawy czynność wyłączająca powyższe postanowienie jest nieważna z mocy prawa, a zatem nie pociąga za sobą skutków prawnych.

W świetle powyższego, należy uznać, że interes wykonawcy, który jest stroną umowy przewidującej 60 - dniowy termin płatności, jest ustawowo chroniony (art. 5 ww. ustawy), przez wyposażenie wykonawcy w prawo żądania od zamawiającego zapłaty odsetek ustawowych począwszy już od 31 dnia (po spełnieniu świadczenia i doręczeniu faktury) do dnia zapłaty. Powyższego prawa żądania zapłaty odsetek nie można unicestwić lub ograniczyć przez czynność prawną. Podkreślić przy tym należy, że zamawiający w omawianym postanowieniu nie podjął jakiegokolwiek próby wyłączenia lub ograniczenia ww. ustawowego prawa. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że omawiane postanowienie nie stanowi naruszenia przepisów art. 5 i 9 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych.

Zarzuty opisane w pkt e) i f) odwołania.

Postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż należności wynikające z umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym odszkodowawcze i odsetkowe nie będą mogły być przedmiotem obrotu (cesji, sprzedaży) lub zastawu bez pisemnej zgody zamawiającego, w ocenie Izby nie narusza przepisów art. 353¹ k.c. w związku z art. 139 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 5 k.c.

Przepis art. 353¹ k.c. stanowi, iż 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. Odwołujący twierdził, że postanowienia zawarte w § 2 ust. 15 i 16 Załącznika nr 8 do siwz kształtują prawa i obowiązki wykonawcy oraz zamawiającego rażąco nierównoważnie oraz, że są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Zauważyć należy, że zgodnie z art. 509 § 1 k.c. przelew wierzytelności może być obwarowany zgodą dłużnika, jeżeli zawarto w umowie odpowiednie zastrzeżenie. Zgodnie z treścią art. 307 § 1 k.c., do ustanowienia zastawu potrzebna jest umowa między właścicielem a wierzycielem oraz, z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wydanie rzeczy wierzycielowi albo osobie trzeciej, na którą strony się zgodziły. Zastrzeżenie zatem w umowie zgody dłużnika odnośnie przelewu wierzytelności lub zastawu znajduje uzasadnienie w przepisach art. 509 § 1 i art. 307 § 1 k.c.

Zauważyć również należy, że zakres kontraktowej swobody stosunku prawnego nawiązanego na skutek udzielenia zamówienia publicznego (zasada swobodnego kształtowania umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego), o której mowa w art. 353¹ k.c. podlega pewnym ograniczeniom, które mają na celu, w szczególności, zapewnienie

racjonalnego i efektywnego gospodarowania środkami publicznymi. Jak stwierdził Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XGa 67/08) „Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową[...]. Umowy zawierane w trybie zamówienia publicznego zbliżone są w swym charakterze do kategorii umów przystąpienia (umów adhezyjnych). Dominująca pozycja Zamawiającego wynika nie jak w przypadku umów adhezyjnych z przewagi ekonomicznej jednego z kontrahentów, a z faktu, że jest stroną reprezentującą interes publiczny.”

Zdaniem Izby, pogląd powyższy znajduje pełne uzasadnienie. Dlatego w ocenie Izby, także w przedmiotowym postępowaniu, nie można odmówić zamawiającemu prawa do kształtowania stosunku obligacyjnego z wykonawcą zamówienia publicznego w sposób zapewniający ograniczenie ryzyk związanych z realizacją zamówienia, oczywiście - zachowaniem zasad obowiązujących w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Zarzut opisany w pkt h) odwołania.

Izba ustaliła, iż zamawiający w pkt XI.3 lit. b) Ip. 9 siwz postanowił, iż minimalna ilość osób na stanowisko „automatyk sterowania ruchem kolejowym” wynosi dwie (tj. po jednej osobie dla każdej z bocznic), a nie jedna jak twierdził odwołujący. Izba uznała za zasadne wyjaśnienia zamawiającego, iż podstawowym aktem prawnym normującym funkcjonowanie bocznic jest ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym oraz przepisy wewnętrzne (Instrukcja BC-E2 o zasadach konserwacji, przeglądach i diagnostyce urządzeń sterowania ruchem kolejowym na bocznicach KWK „Bobrek-Centrum” załączona do siwz. Podkreślić należy, że odwołujący we wniesionym odwołaniu nie wykazał konieczności stosowania przez zamawiającego Zarządzenia Nr 42, która stanowi wewnętrzną regulację wydaną przez Dyrektora Generalnego Przedsiębiorstwa PKP w 1993 r. oraz obowiązującą w jednostkach organizacyjnych przedsiębiorstwa PKP.

Zarzut opisany w pkt i) odwołania.

W ocenie Izby, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez ustalenie sprzecznych ze sobą pkt XI.3 lit. b) Ip. 9 siwz oraz Tabeli A Załącznika nr 1 do Instrukcji BC-E2 o zasadach konserwacji, przeglądach i diagnostyce urządzeń sterowania ruchem kolejowym na bocznicach KWK „Bobrek-Centrum” (załączonej do

siwz), z uwagi na ustalenie w pkt XI.3 lit. b) lp. 9 siwz, iż minimalna ilość osób na stanowisko „automatyk sterowania ruchem kolejowym” wynosi 1 (jedna), podczas gdy z zakresu zabiegów i ich częstotliwości, określonych w w/w Tabeli A wynika, iż osób takich winno być 4 (cztery);

Izba podzieliła twierdzenie zamawiającego, iż zawarte w pkt XI siwz postanowienia nie dotyczą liczby pracowników faktycznie wykonujących zamówienie lecz stanowią opis sposobu 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. W związku z powyższym, postanowienia te dotyczą wskazania jedynie minimalnej ilości osób na danym stanowisku w celu zweryfikowania przez zamawiającego potencjału wykonawcy do udziału w postępowaniu i w konsekwencji do należytego wykonania zamówienia. Powyższe wynika z treści postanowień siwz w omawianym zakresie. Treść warunku dysponowania określoną ilością osób (minimum) nie oznacza w praktyce faktycznej liczby osób realizujących przedmiot zamówienia. Zarzut odwołującego nie dotyczył natomiast braku związania lub nieproporcjonalności treści opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zarzut opisany w pkt m) odwołania.

Izba wskazuje, iż uzasadnienie oddalenia przez Izbę niniejszego zarzutu jest zbieżne z uzasadnieniem jak w pkt i) (powyżej), dlatego Izba odstąpiła od powtórzenia tej samej treści. W szczególności podkreślić tylko należy, że brak wskazania w tabeli do pkt. XI ppkt. 3b siwz ilości osób dozoru, podobnie jak większej ilości osób na stanowisko „automatyk sterowania ruchem kolejowym” nie stanowi naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Wykonawca jest zobowiązany do zatrudnienia takiej liczby pracowników, aby w sposób należyty mógł wykonać zadanie. Koszty zatrudnienia, w tym osób dozoru, wykonawca winien uwzględnić w cenie oferty. Jednocześnie zauważyć należy, że odwołujący nie podnosił w odwołaniu zarzutu nieproporcjonalności lub braku związania treści opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zarzut opisany w pkt o) odwołania.

Jak słusznie zauważył zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, opisując zarzut odwołujący nie wskazał jaki przepis ustawy został naruszony w wyniku wskazania określonych w pkt. III ppkt. 4 Załącznika nr 1 do siwz stawek tzw. łączniodniówki, za dostarczanie wody i odprowadzanie ścieków. Jak wyjaśnił zamawiający w toku rozprawy,

wskazane w siwz stawki wynikają z kosztów ponoszonych przez zamawiającego na zapewnienie ww. mediów w danym oddziale objętym postępowaniem. Koszty te są różne na różnych obiektach i nie możliwości ich ujednoczenia. Podkreślić należy, iż jak wyjaśnił zamawiający, wykonawca realizujący zamówienie nie ma obowiązku korzystania z ww. mediów należących do zamawiającego w celu zapewnienia swoim pracownikom odpowiednich warunków sanitarnych.

Biorąc pod uwagę, iż pozostałe zarzuty - opisane w pkt a), b), g), j), k), l), n), p) odwołania - zostały uwzględnione przez zamawiającego, Izba uznała, iż zamawiający przyznał, iż nastąpiło na skutek podanych przez odwołującego okoliczności naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Zamawiający poczynił także stosowne zmiany w siwz oraz w treści ogłoszenia o zamówieniu - w odniesieniu do zarzutu opisanego w pkt a) odwołania (publikacja w Dz.U./S S133 203531-2010-PL w dniu 13 lipca 2010 r.) Izba uznała na tej podstawie, że okoliczności objęte ww. zarzutami zostały przyznane przez zamawiającego w toku postępowania.

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego, iż postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlega umorzeniu na podstawie art. 1198 k.p.c. Zauważyć należy, że przepisy k.p.c. o sądzie polubownym, zgodnie z art. 185 ust. 7 Pzp mają zastosowanie tylko wówczas gdy ustawa Pzp nie stanowi inaczej. Instytucja umorzenia postępowania odwoławczego została szczegółowo uregulowana w ustawie Pzp (art. 186 ust. 2 i ust. 3 Pzp) i jak wynika z treści przepisów ustawy, może dotyczyć wyłącznie sytuacji, gdy zamawiający uwzględnia odwołanie w całości. Ustawa wyraźnie również do takiej sytuacji (tj. w sytuacji uznania całości zarzutów przez zamawiającego i umorzenia postępowania przez Izbę) odnosi obowiązek zamawiającego w zakresie wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (art. 186 ust. 2 zd 2 Pzp). Przepisy ustawy Pzp nie przewidują instytucji umorzenia postępowania odwoławczego w części na skutek uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów odwołania.

Zgodnie natomiast z art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Badając wpływ stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy Pzp (w odniesieniu do zarzutów uznanych przez zamawiającego) Izba zważyła, iż dokonując zmian w siwz (pismo z dnia 7 lipca 2010 r. i 19 lipca 2010 r.) zamawiający uczynił zadość żądaniom odwołującego w zakresie zarzutów uwzględnionych. Tym samym należało uznać, że naruszenie przepisów ustawy Pzp wywołane postanowieniami siwz i ogłoszenia o zamówieniu, które zostały przez zamawiającego wyeliminowane z treści siwz i ogłoszenia nie mogą mieć już wpływu na

wynik prowadzonego postępowania, ponieważ utraciły już swoją moc obowiązującą w tym postępowaniu. Powyższe należy odnieść również do zmiany postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymagającej zmiany treści ogłoszenia (pkt II.2.1. ogłoszenia i pkt 2 siwz), dokonanej w wyniku uwzględnienia zarzutu opisanego w pkt a) odwołania. Również w tym przypadku brak jest podstaw by uznać, że naruszenie przepisu ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, skoro treść postanowienia została zmieniona w siwz i ogłoszeniu, zgodnie z żądaniem odwołującego.

Izba wzięła jednak pod uwagę, iż uznanie przez zamawiającego zarzutu opisanego w pkt n) odwołania za zasadny, wywołało skutek w postaci decyzji zamawiającego o zmianie treści postanowienia siwz w zakresie opisu sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zarzut dotyczył naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp - poprzez wewnętrzną sprzeczność postanowień siwz w odniesieniu do pracownika o kwalifikacjach rewident wagonów. Zamawiający dokonał zmiany treści postanowienia siwz w pkt XI ppkt 3 lit.b siwz, poprzez dodanie w treści warunku wymogu dotyczącego dysponowania dwiema osobami na stanowisku „rewident taboru” wiersz nr 8 tabeli. Z uwagi na przepis art. 41 pkt 7 Pzp jest to treść obligatoryjnie wymagana w ogłoszeniu o zamówieniu. Zatem dokonana przez zamawiającego w dniu 19 lipca 2010 r. w powyższym zakresie zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia skutkuje koniecznością zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Stosowna zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu, w chwili rozpoznawania odwołania jeszcze nie nastąpiła więc nie można uznać, że przyznane przez zamawiającego naruszenie przepisu ustawy Pzp zostało skutecznie wyeliminowane. Zauważyć należy, że dokonana w powyższym zakresie zmiana postanowienia siwz stanie się skuteczna wobec wykonawców wówczas, gdy nastąpi stosowna publikacja zmiany treści opisu warunku udziału w postępowaniu zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu. Ponieważ publikacja powyższej zmiany ogłoszenia dotychczas nie nastąpiła nie można uznać, że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy w zakresie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp zostało skutecznie wyeliminowane.

W tym stanie faktycznym Izba uznała, że powyższe naruszenie przepisu ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a tym samym zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp wyczerpuje przesłankę do uwzględnienia odwołania. Jednocześnie Izba odstąpiła od nakazania zamawiającemu dokonania czynności zmiany ogłoszenia w omówionym powyżej zakresie, przyjmując za wiarygodnie wyjaśnienia zamawiającego, iż wniosek o zmianę treści ogłoszenia w omawianym zakresie został przesłany do publikacji.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) oraz § 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).

Przewodniczący:

.....