

Sygn. akt KIO 875/14

WYROK
z dnia 15 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2014 r. przez J..... i Wspólnicy Sp. k. w Szczecinie w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie

przy udziale Torpol S.A. w Poznaniu, Kapsch CarrierCom Sp. z o.o. w Warszawie oraz Emitel Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:

- usunięcie pkt 4 Instrukcji dla wykonawców;
- nadanie pkt 8.4.1. Instrukcji dla wykonawców treści: „w zakresie warunku określonego w pkt 8.2.2. w przypadku ubiegania się przez wykonawcę o udzielenie części „A”, „B” lub „C” Zamówienia wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę wykonanie, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) usługi w zakresie przygotowania projektów budowlanych i pozyskania dla nich pozwoleń na budowę dla: obiektów radiokomunikacyjnych sieci GSM lub przesyłowej energetycznej linii WN lub innych obiektów inżynierskich o wysokości > 25 m o wartości usługi nie mniejszej niż 1 200 000 PLN netto z podaniem wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów na rzecz których usługa została wykonana oraz załączeniem dowodów, czy usługa została wykonana należycie”;
- doprecyzowanie użytego w pkt 8.4.2. Instrukcji dla wykonawców określenia „praca związana z zarządzaniem realizacją projektów”;

- skreślenie w pkt 8.4.2. Instrukcji dla wykonawców treści następującej po słowach „Posiadanie minimum 3 - letniego doświadczenia przy obsłudze geodezyjnej inwestycji.”;
- zmianę treści załącznika nr 4 do Instrukcji dla wykonawców – „Wzór potencjału kadrowego” przez zastosowanie określenia „osoby, które będą wykonywać zamówienie”;
- zmianę § 4 pkt 2 projektu umowy dla części A, B oraz C przez wskazanie podstaw obliczenia 70% i 100% Decyzji Lokalizacyjnych, od których będzie liczone uznanie prac za wykonane oraz stwierdzenie, że w przypadku uchwalenia planów zagospodarowania przestrzennego zamawiający po otrzymaniu informacji od wykonawcy wskaże sposób kwalifikacji;
- usunięcie § 8 ust. 4 Projektu Umowy dla części A, B i C oraz § 8 ust. 4 Projektu Umowy dla Części D albo zmianę jego treści przez wskazanie przesłanek kwalifikowania działalności gospodarczej i zawodowej, jako stojących w sprzeczności z obowiązkami wynikającymi z umowy z zamawiającym;
- wskazanie w § 10 ust. 7 projektu umowy dla części A, B i C oraz § 10 ust. 6 projektu umowy dla części D okoliczności upoważniających zamawiającego do zlecenia wykonania zastępczego, przy czym okoliczności te mają dotyczyć zdarzeń o charakterze nagłym dotyczących harmonogramu i zaistniałych po stronie wykonawcy. W takim przypadku zamawiający dokona wezwania, a jeżeli wykonanie umowy nie nastąpi w określonym terminie, zamawiający będzie upoważniony do zastosowania instytucji wykonania zastępczego;
- nadanie § 5 ust. 10 Projektu Umowy dla części A, B i C oraz § 5 ust 10 Projektu Umowy dla części D brzmienia: „W przypadku odstąpienia od Umowy (ze skutkiem *ex tunc*) przez Zamawiającego, Wykonawcy przysługiwać będzie część wynagrodzenia proporcjonalna do stanu zaawansowania prac, który określony zostanie w Protokole Inwentaryzacji, w stosunku do wynagrodzenia określonego w ust. 1;
- zmianę treści Projektu Umowy dla części A, B i C oraz Projektu Umowy dla części D przez wprowadzenie klauzul regulujących czynności podejmowane przez strony umowy w przypadku złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o odstąpieniu od umowy, w szczególności dokonywanie przez strony inwentaryzacji prac wykonanych oraz ustalenia wysokości wynagrodzenia należnego z tego tytułu Wykonawcy
- zmianę § 10 ust. 1 pkt 1 projektu umowy dla części A, B i C spójnie ze zmianami dokonanyymi w § 4 pkt 2;
- zmianę pkt 3.1.3.2. Opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie, że koszt wykonawcy stanowi koszt uzyskania zezwoleń na usunięcie drzew i krzewów;
- zmianę pkt 8.4.2 Instrukcji dla wykonawców przez skreślenie zastrzeżenia „niedopuszczalne jest wskazanie większej liczby osób”

oraz dokonanie odpowiednich zmian w ogłoszeniu o zamówieniu;

2. kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez J..... i Wspólnicy tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie na rzecz J..... i Wspólnicy kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą 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 (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 Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie - wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”. Przedmiotem postępowania jest wykonanie projektów, pozyskanie decyzji administracyjnych oraz wykonanie planowania radiowego dla podsystemów radiowych systemu ERTMS/GSMR realizowanych w ramach projektu POIiŚ 7.1-36.2 Budowa Infrastruktury GSMR na liniach kolejowych zgodnych z harmonogramem NPW ERTMS Faza I - prace przygotowawcze.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 kwietnia pod nr 2014/S 78-136806, natomiast specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej również jako: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie zamawiającego 22 kwietnia 2014 r. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Postanowienia ogłoszenia i SIWZ stały się podstawą odwołania wniesionego 2 maja 2014 r. przez J..... i Wspólnicy Sp. k. w Szczecinie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu sprzeczne z ustawa ukształtowanie postanowień SIWZ przez:

1. sformułowanie zastrzeżenia, iż wykonawca może złożyć ofertę wyłącznie na jedną (dowolną) część zamówienia lub na jedną (dowolną) część zamówienia spośród części A, B, C oraz na część D, podczas gdy za niedopuszczalne uznaje się wskazywanie przez wykonawcę konkretnych części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca;

2. nieprecyzyjne i sprzeczne z art. 22 ust. 5 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z § 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231,) opisie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w zakresie części A, B, C poprzez sformułowanie wymogu wykazania przez wykonawcę wykonania, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert(a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) usług w zakresie przygotowania projektów budowlanych i pozyskania dla nich pozwoleń na budowę dla: obiektów radiokomunikacyjnych sieci GSM lub przesyłowej energetycznej linii WN lub innych obiektów

inżynierskich o wysokości 2 25 m o wartości usługi nie mniejszej niż 1 200 000 PLN netto z podaniem wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów na rzecz których usługa została wykonana oraz załączeniem dowodów, czy usługa została wykonana należycie;

3. nieprecyzyjne, niedokładne i niezrozumiałe określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wszystkich zamówień częściowych, tj. części A, B, C i D, w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia poprzez posłużenie się w opisie warunku, w odniesieniu do doświadczenia osób dedykowanych na poszczególne stanowiska, nieostrym sformułowaniem „praca związana z zarządzaniem projektów”;

4. nieprecyzyjne, niedokładne i niezrozumiałe określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wszystkich zamówień częściowych, tj. części A, B, C i D, w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia poprzez posłużenie się w opisie warunku, w zakresie kwalifikacji wymaganych wobec Koordynatora ds. geodezji wymogiem „posiadania minimum 3-letniego doświadczenia przy obsłudze geodezyjnej inwestycji oraz kwalifikacji zgodnych z ustawą z dnia 17 maja 1989 r. - Prawo geodezyjne i kartograficzne (..)”, bez dookreślenia posiadania jakiego rodzaju kwalifikacje określonych w treści przepisów wyżej wymienionej ustawy Zamawiający wymaga;

5. sprzeczne z przepisami Pzp żądanie sformułowanego w treści załącznika nr 4 do Instrukcji dla wykonawców (dalej jako: „IDW”) - Wzór potencjału kadrowego, w zakresie złożenia odrębnych wykazów obejmujących osoby zdolne do wykonania zamówienia, którymi Wykonawca już dysponuje oraz którymi dopiero będzie dysponował;

6. naruszenie uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców przez wprowadzenie do Projektu Umowy dla części A, B oraz C w § 4 pkt 2 zastrzeżeń w zakresie terminów realizacji poszczególnych świadczeń częściowych wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy, poprzez wskazanie wartości procentowych, bez jednoczesnego wskazania do jakiej wartości wyjściowej określone wartości procentowe winny zostać odniesione;

7. niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wprowadzenie do Projektu Umowy dla części A, B i C oraz do Projektu Umowy dla części D klauzuli § 8 ust. 4, wprowadzającej zakaz bezpośredniego lub pośredniego zaangażowania się wykonawcy, podwykonawcy oraz ich Personelu w trakcie obowiązywania Umowy w działalność gospodarczą lub zawodową, która stałaby w sprzeczności z obowiązkami ciążącymi na nich na podstawie umowy zawartej z zamawiającym, przy jednoczesnym braku określenia przesłanek kwalifikowania działalności gospodarczej czy zawodowej jako stojącej w sprzeczności z obowiązkami wynikającymi z Umowy;

8. sprzeczne z przepisami powszechnie obowiązującego prawa opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie postanowień § 10 ust. 7 Projektu Umowy dla części A, B i C oraz § 10 ust. 6 dla Projektu Umowy dla części D, dopuszczających możliwość, w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy przez Wykonawcę, po uprzednim zawiadomieniu go, zlecenia usunięcia wad lub dokończenia wykonania Umowy osobie trzeciej, przy jednoczesnym nałożeniu na wykonawcę obowiązku pokrycia wszelkich szkód Zamawiającego wynikających z nienależytego wykonania Umowy i zmiany Wykonawcy na osobę trzecią;

9. niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia przez wprowadzenie do Projektu Umowy dla części A, B i C oraz do Projektu Umowy dla części D klauzuli § 11 określających przesłanki „rozwiązania umowy”, to jest de facto złożenia przez Zamawiającego prawo kształtującego oświadczenia o odstąpieniu od umowy wywierającego skutek *ex nunc*, co pozostaje w opozycji do norm Kodeksu cywilnego przewidującego wywołanie przez oświadczenie o odstąpieniu od umowy skutku *ex tunc*;

10. błędne powołanie się w treści § 5 ust. 11 Projektu Umowy dla części A, B i C oraz Projektu Umowy dla części D na przepis art. 143b ust. 2 Pzp, który znajduje zastosowanie tylko do podwykonawców robót budowlanych;

11. niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia poprzez pominięcie w Projekcie Umowy dla części A, B i C oraz w Projekcie Umowy dla części D klauzul regulujących czynności podejmowane przez strony umowy w przypadku złożenia przez Wykonawcę prawo kształtującego oświadczenia o odstąpieniu od umowy;

12. niejednoznaczne określenie podstawy naliczenia kar umownych w §10 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy;

13. nałożenie na wykonawców obowiązku poniesienia opłat za zezwolenia na usunięcie drzew i krzewów pomimo braku wskazania ani inwentaryzacji zieleni dla obszarów, na których mają być uzyskiwane pozwolenia na budowę, ani nawet zbiorczego zestawienia ilości drzew i krzewów na tych obszarach;

14. nałożenie obowiązków związanych z rozliczeniami z podwykonawcami z naruszeniem art. 143b ust. 2 Pzp;

15. ustanowienie wymogu, w zakresie warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia że wykonawca winien wskazać w ofercie po jednej osobie na dane stanowisko (niedopuszczalne jest wskazanie większej liczby osób);

16. błędny, wewnątrznie sprzeczny opis przedmiotu zamówienia w zakresie części D, przez wskazanie w załączniku do opisu przedmiotu zamówienia (dalej jako: „OPZ”) „Wstępne planowanie radiowe GSM-R dla linii kolejowych objętych Narodowym Planem Wdrażania

ERTMS w Polsce” marginesów bezpieczeństwa uniemożliwiających osiągnięcie wymaganego przez Zamawiającego, określonego w pkt 5.2.3. OPZZ poziomu pokrycia radiowego;

17. nieprecyzyjny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia polegający na uwzględnieniu, na obszarach przygranicznych, jedynie koordynacji wykorzystywanych częstotliwości, w celu zapewnienia jego niekolidowania z częstotliwościami wykorzystywanymi za granicą, przy jednoczesnym pominięciu kwestii natężenia pola na granicy i poza granicami kraju.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp, art. 22 ust. 5 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z § 1 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów,

art. 83 ust. 3, art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, art. 494 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz. U. z 2014, poz. 121, dalej jako: „k.c.”) w zw. z 14 i w zw. z art. 139 Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo budowlane oraz innych wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ przez odpowiednio:

1. usunięcie zapisu pkt 4 IDW stanowiącego, iż Wykonawca może złożyć ofertę wyłącznie na jedną (dowolną) część zamówienia lub na jedną (dowolną) część zamówienia spośród części A, B, C, oraz na część D;

2. zmianę brzmienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, sformułowanego w pkt 8.4.1. IDW i nadanie mu następującej treści: „w zakresie warunku określonego w pkt 8.2.2. w przypadku ubiegania się przez wykonawcę o udzielenie części „A”, „B” lub „C” Zamówienia wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę wykonanie, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert(a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) usługi w zakresie przygotowania projektów budowlanych i pozyskania dla nich pozwoleń na budowę dla: obiektów radiokomunikacyjnych sieci GSM lub przesyłowej energetycznej linii WN lub innych obiektów inżynierskich o wysokości > 25 m o wartości usługi nie mniejszej niż 1 200 000 PLN netto z podaniem wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów na rzecz których usługa została wykonana oraz załączeniem dowodów, czy usługa została wykonana należycie”;

3. zmianę brzmienia warunku udziału w postępowania w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, sformułowanego w pkt 8.4.2. IDW poprzez zastąpienie nieostrego określenia „praca związana z zarządzaniem realizacją projektów” precyzyjnym i jednoznacznym określeniem zakresu i rodzaju wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia;

4. zmianę brzmienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, sformułowanego w pkt 8.4.2. IDW poprzez dokładne i jednoznaczne określenie posiadania jakich dokładnie kwalifikacji, z szeregu określonych w ustawie Prawo geodezyjne i kartograficzne Zamawiający wymaga od osoby dedykowanej na stanowisko Koordynatora ds. projektu i ryzyka;

5. zmianę treści załącznika nr 4 do IDW - Wzór potencjału kadrowego poprzez odstąpienia od żądania w zakresie złożenia odrębnych wykazów obejmujących osoby zdolne do wykonania zamówienia, którymi Wykonawca już dysponuje oraz którymi dopiero będzie dysponował;

6. zmianę treści § 4 pkt 2 Projektu Umowy dla części A, B i C poprzez jednoznaczne wskazanie do jakich wartości odnieść należy wartości procentowe w tej klauzuli wskazane, określające minimalny poziom realizacji świadczeń częściowych, wchodzących w zakres zamówienia;

7. usunięcie zapisu § 8 ust. 4 Projektu Umowy dla części A, B i C oraz § 8 ust. 4 Projektu Umowy dla części A, B i C oraz § 8 ust. 4 Projektu Umowy dla Części D, bądź alternatywnie zmianę jego treści poprzez sformułowanie jednoznacznych, nie budzących trudności interpretacyjnych przesłanek kwalifikowania działalności gospodarczej i zawodowej, jako stojących w sprzeczności z obowiązkami ciążącymi na tych podmiotach na podstawie umowy z Zamawiającym;

8. usunięcie zapisu § 10 ust. 7 Projektu Umowy dla części A, B i C oraz Projektu Umowy dla części D, uprawniającego Zamawiającego, w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, do zlecenia usunięcia wad lub dokończenia wykonania Umowy osobie trzeciej (po uprzednim zawiadomieniu Wykonawcy), przy jednoczesnym nałożeniu na wykonawcę obowiązku pokrycia wszelkich szkód Zamawiającego wynikających z nienależytego wykonania Umowy i zmiany Wykonawcy na osobę trzecią;

9. zmianę treści § 5 ust. 10 Projektu Umowy dla części A, B i C oraz § 5 ust 10 Projektu Umowy dla części D, w celu dostosowania go do brzmienia powszechnie obowiązujących przepisów k.c. i nadanie mu brzmienia: „W przypadku odstąpienia od Umowy (ze skutkiem ex tunc) przez Zamawiającego, Wykonawcy przysługiwać będzie część wynagrodzenia proporcjonalna do stanu zaawansowania prac, który określony zostanie w Protokole Inwentaryzacji, w stosunku do wynagrodzenia określonego w ust. 1;

10. zmianę treści § 5 ust. 11 Projektu Umowy dla części A, B i C oraz § 5 ust. 11 Projektu Umowy dla części D poprzez wyłączenie odesłania do art. 143b ust. 2 Pzp;

11. zmianę treści Projektu Umowy dla części A, B i C oraz Projektu Umowy dla części D poprzez wprowadzenie klauzul regulujących czynności podejmowane przez strony umowy w przypadku złożenia przez Wykonawcę prawo kształtującego oświadczenia o odstąpieniu od

umowy, w szczególności dokonywanie przez strony inwentaryzacji prac wykonanych oraz ustalenia wysokości wynagrodzenia należnego z tego tytułu Wykonawcy;

12. doprecyzowanie SIWZ w zakresie określenia podstawy naliczenia kary umownej oraz jednoznacznego wskazania, jak będzie naliczana kara umowna wówczas, gdy nie będzie konieczne uzyskiwanie decyzji lokalizacyjnej z uwagi na uchwalenie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego;

13. usunięcie z SIWZ wymogu poniesienia przez Wykonawcę kosztu uzyskania decyzji na usunięcie drzew i krzewów albo załączenie do SIWZ informacji pozwalających na wyszacowanie przez wykonawcę kosztów uzyskania decyzji (tj. inwentaryzacji zieleni dla obszarów, na których mają być uzyskiwane pozwolenia na budowę bądź zbiorczego zestawienia ilości drzew i krzewów);

14. usunięcie z wzoru umowy postanowień nawiązujących do regulacji art. 143b ust. 2 Pzp, która dotyczy tylko zamówień na roboty budowlane;

15. usunięcie w zakresie warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia Zamawiający wymogu, że Wykonawca winien wskazać w ofercie po jednej osobie na dane stanowisko (niedopuszczalne jest wskazanie większej liczby osób);

16. zmianę OPZ poprzez przyjęcie „marginesów bezpieczeństwa, umożliwiających osiągnięcie wymaganego przez Zamawiającego poziomu pokrycia radiowego;

17. zmianę treści załącznika do OPZ „Wstępne planowanie radiowe GSM-R dla linii kolejowych objętych Narodowym Planem Wdrażania ERTMS w Polsce”- pkt 5.2.3. poprzez przyjęcie marginesów bezpieczeństwa, umożliwiających osiągnięcie wymaganego przez Zamawiającego poziomu pokrycia radiowego;

18. zmianę treści OPZ w zakresie części D poprzez wprowadzenie zapisów odnoszących się do kwestii natężenia pola na granicy i poza granicami kraju oraz ich koordynacji bądź nakazanie Zamawiającemu, że jest ono wystarczające dla osiągnięcia celu, dla którego wykonywana jest dokumentacja projektowa.

Ponadto wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów który zostanie złożony na rozprawie.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpili Torpol S.A. w Poznaniu, Kapsch CarrierCom Sp. z o.o. w Warszawie oraz Emitel Sp. z o.o. w Warszawie. Przystępujący zachowali termin ustawowy, obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu oraz odwołującemu i wnieśli o uwzględnienie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na posiedzeniu zamawiający wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp. Powołał się na brak interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Wyraził pogląd, że skoro przedmiot zamówienia nie mieści się w zakresie działania przedsiębiorstwa odwołującego, to odwołujący jest podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania.

Odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Interes w uzyskaniu zamówienia, zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny i orzecznictwa, stanowi materialno prawną przesłankę dopuszczalności środka ochrony prawnej, która podlega badaniu na rozprawie. Odrzucenie odwołania następuje natomiast wyłącznie w razie stwierdzenia co najmniej jednej z przesłanek formalnoprawnych, zawartych w art. 189 ust. 2 Pzp, które podlegają wykładni ścisłej.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 11 Pzp wykonawcą jest podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia. Niewątpliwie na etapie ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ podmiotem ubiegającym się o udzielenie zamówienia jest co najmniej każdy wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia samodzielnie albo wspólnie z innymi wykonawcami. Pojęcie interesu w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp należy interpretować szeroko.

W badanym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia zakłada uzyskanie decyzji administracyjnych, pozwoleń na budowę, decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia, decyzji lokalizacyjnych inwestycji celu publicznego. Czynności te mieszczą się w spektrum działania odwołującego – kancelarii prawnej. Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania, posiada również interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy grozi odwołującemu poniesieniem szkody.

Zarzuty odwołania podlegają zatem rozpoznaniu co do istoty na rozprawie.

Kwestią wymagającą ustalenia był zakres rozpoznania odwołania, a to wobec tego, że na posiedzeniu zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił część zarzutów odwołania. Zakres uwzględnienia zarzutów zamawiający doprecyzował oświadczeniem złożonym na posiedzeniu.

Stan sprawy po otwarciu rozprawy przedstawiał się zatem następująco:

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzut 1 i 2.

W zakresie zarzutu 3 zamawiający na posiedzeniu zadeklarował doprecyzowanie sformułowania dotyczącego zarządzania projektami.

W odniesieniu do zarzutu 4 oświadczył, że skreśli z postanowienia pkt 8.4.2. IDW słowa następujące po wyrazie „oraz” po słowach „Posiadanie minimum 3-letniego doświadczenia przy obsłudze geodezyjnej inwestycji”.

W zakresie zarzutu 5 zamawiający na posiedzeniu zadeklarował, że zmieni SIWZ posłużeniem się sformułowaniem zawartym w rozporządzeniu w sprawie rodzaju dokumentów przez żądanie wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie.

Odnosząc się do zarzutu 6 zamawiający na posiedzeniu oświadczył, że doprecyzuje SIWZ przez wskazanie podstaw obliczenia 70 i 100% decyzji lokalizacyjnych, od których będzie liczone uznanie prac za wykonane. W przypadku uchwalanie planów zagospodarowania przestrzennego zamawiający po otrzymaniu informacji od wykonawcy wskaże sposób kwalifikacji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzut 7 i oświadczył, że dokona zmian w projektach umów.

Co do zarzutu 8 zamawiający na posiedzeniu zobowiązał się do zmiany SIWZ przez wskazanie okoliczności, w których zleci wykonanie zastępcze, t.j. wskaże okoliczności, które mogą wskazywać na nagłe zdarzenia istniejące po stronie wykonawcy, a odnoszące się do kwestii harmonogramu i wezwie do wykonania, a jeżeli w określonym terminie nie nastąpi zamawiający będzie upoważniony do zastosowania instytucji wykonania zastępczego

Zarzuty 9 i 11 zostały uwzględnione przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, w której zamawiający zobowiązał się do dokonania zmian w projektach umów.

W zakresie zarzutu 10 i 14 zamawiający zadeklarował na posiedzeniu zmianę SIWZ w ten sposób, że doprecyzuje w SIWZ postanowienia dotyczące dalszych podwykonawców przez żądanie deklaracji o dalszych podwykonawcach i wskazanie obowiązku dostarczenia dokumentów potwierdzających dokonanie zapłaty na rzecz dalszych podwykonawców.

W zakresie zarzutu 12 zamawiający oświadczył na posiedzeniu, że dokona zmiany SIWZ będących konsekwencją zmian w zakresie harmonogramu rzeczowo – finansowego. Zamawiający deklarował również zmianę SIWZ w ten sposób, że zwłoka organu administracyjnego w wydaniu decyzji nie będzie pociągać za sobą skutku popadnięcia w zwłokę wykonawcy. Zamawiający zamierza dokonać zmiany w ten sposób, obciąży wykonawcę w najwyższą starannością w tym zakresie.

W przypadku zarzutu 13 zamawiający oświadczył na posiedzeniu, że zamierza doprecyzować SIWZ w ten sposób, koszt wykonawcy sprowadza się do kosztów uzyskania pozwolenia na usunięcie drzew i krzewów.

W zakresie zarzutu 15 zamawiający na posiedzeniu zobowiązał się do wykreślenia wymagania, że wskazanie większej liczby osób jest niedopuszczalne.

Zamawiający nie uznał zarzutów 16 i 17.

Odwołujący nie cofnął odwołania. Oświadczył, że czyni tak, gdyż zamawiający nie uwzględnił dwóch ostatnich zarzutów odwołania oraz jedynie częściowo uwzględnił zarzuty dotyczące rozliczenia z podwykonawcami (zarzuty 10, 14, 16, 17).

Izba uznała, że mimo uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów odwołania, zakres przedmiotowy odwołania, co do którego powinien być wydany wyrok, nie podlega ograniczeniu.

Przepisy ustawy nie przewidują możliwości umorzenia postępowania odwoławczego w części.

W obecnym stanie prawnym uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów odwołania oznaczać może jedynie to, że zamawiający przyznał okoliczności faktyczne leżące u podstaw zarzutów i podzielił ocenę prawną odwołującego się wykonawcy.

Zgodnie z art. 190 ust. 5 Pzp Izba odstąpiła od przeprowadzenia postępowania dowodowego co do zarzutów uznanych przez zamawiającego. Konsekwentnie strony nie prezentowały w tym zakresie argumentacji prawnej.

Izba uwzględniła, że do zamknięcia rozprawy zamawiający nie dokonał zmiany SIWZ. Oświadczenia zawarte w odpowiedzi na odwołanie oraz złożone na posiedzeniu stanowią wyłącznie deklaracje dokonania zmian co do zarzutów 1-9, 11-13 i 15. Stan rzeczy ustalony w toku postępowania jest taki, że naruszenie prawa, którego usunięcie zadeklarował zamawiający, może wywierać wpływ na wynik postępowania.

Stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu dokonanie zmiany postanowień SIWZ co do zarzutów 1-9, 11-13 i 15 zgodnie z żądaniem odwołania albo oświadczeniem zamawiającego, które odwołujący uznał za zgodne z jego żądaniem,

Izba nie nakazała zamawiającemu zmiany SIWZ w zakresie zarzutów 10 i 14 dotyczących podwykonawców oraz zarzutów 16 i 17 dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, gdyż okazały się one bezzasadne.

Stan faktyczny (treść postanowień SIWZ) był bezsporny między stronami. Spór dotyczył wyłącznie oceny prawnej.

W odniesieniu do zarzutu 10 (błędne powołanie się w treści § 5 ust. 11 Projektu Umowy dla części A, B i C oraz Projektu Umowy dla części D na przepis art. 143b ust. 2 Pzp, który znajduje zastosowanie tylko do podwykonawców robót budowlanych) odwołujący wywodził, że art. 143b ust. 2 Pzp ma zastosowanie jedynie do podwykonawców w umowach o roboty budowlane. Argumentował, że przedmiotem niniejszego postępowania są usługi, zatem przepisy art. 143a i nast. Pzp, dotyczące podwykonawców w umowach o roboty budowlane nie znajdują zastosowania.

Natomiast uzasadniając zarzut 14 (nałożenie obowiązków związanych z rozliczeniami z podwykonawcami z naruszeniem art. 143b ust. 2 Pzp) powołał postanowienia wzoru umowy. W § 5 ust. 7 wzoru umowy zamawiający wymaga, aby do każdej faktury, z wyjątkiem pierwszej, wykonawca przedkładał oświadczenia wykonawcy i podwykonawców (podpisanych zgodnie z zasadami reprezentacji), że wszystkie należne faktury podwykonawców, których termin płatności upłynął w okresie objętym daną fakturą, zostały zapłacone, zaś zgodnie z § 5 ust. 8 wykonawca w terminie 60 dni od daty wystawienia ostatniej faktury dostarczy do zamawiającego oświadczenia wykonawcy i podwykonawców (podpisanych zgodnie z zasadami reprezentacji), że wszystkie należne faktury z tytułu realizacji umowy zostały zapłacone. Konsekwentnie w § 5 ust. 11 zamawiający przewiduje, że należność z tytułu płatności za wykonany przedmiot umowy, o którym mowa w ust. 1, lub jego część będzie regulowana w formie polecenia przelewu z rachunku zamawiającego na rachunek wykonawcy w terminie 30 dni od daty otrzymania przez zamawiającego poprawnie wystawionej faktury VAT wraz z oryginałem Protokołu Odbioru, postanowienia dotyczące 30-dniowego terminu płatności mają także zastosowanie do zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom zgodnie z art. 143b ust. 2 Pzp.

Odwołujący wywodził, że wskazane wymaganie nie jest uzasadnione, bowiem przedmiotem zamówienia nie są roboty budowlane, lecz dostawy i usługi. Zamawiający nie ponosi zatem odpowiedzialności na dokonywanie rozliczeń z podwykonawcami, gdyż jest to kwestią stosunku prawnego, w którym zamawiający nie uczestniczy. Nie jest także uprawnione posłużenie się regulacją art. 143b ust. 2 Pzp, która dotyczy tylko zamówień na roboty budowlane.

Izba nie podzieliła poglądu prawnego odwołującego.

Istotnie, art. 143b ust. 2 Pzp odnosi się do zamówień, których przedmiotem są roboty budowlane.

Jednak zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Powołany

przepis pozwala na umowne kształtowanie praw i obowiązków stron umowy w sprawie zamówienia publicznego z zastrzeżeniem poszanowania bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy, które modyfikując unormowania ogólne, stanowią w *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego.

Wykładnia art. 139 ust. 1 Pzp prowadzi więc do wniosku, że w umowach w sprawach zamówienia publicznego, których przedmiotem są roboty budowlane, zamawiający nie może pominąć obowiązków nałożonych przez art. 143b ust. 2 Pzp. Natomiast w umowach, których przedmiot stanowią usługi albo dostawy, zamawiający może stosować art. 143b ust. 2 Pzp *per analogiam*.

Jest to dozwolone zgodnie z mającą pierwszoplanowe znaczenie kontraktowe zasadą swobody umów, gdyż – wbrew pogładowi odwołującego – nie występuje tu żadne ograniczenie wynikające z art. 353¹ k.c. Przepis ten stanowi, że 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.

Wykładnia przesłanek ograniczających zasadę swobody umów jest już ugruntowana w doktrynie i orzecznictwie (*vide* przykładowo: Kodeks cywilny. Komentarz .E. Gniewek, P. Machnikowski (red) wydanie 5, wydawnictwo C.H. Beck oraz powołane tam literatura i orzecznictwo).

Sprzeczność z ustawą ma miejsce przede wszystkim, gdy istnieje przepis ograniczający zakres kompetencji stron - rozstrzygający, jakich postanowień nie można zamieścić w umowie. Ustawowe ograniczenie zasady swobody umów w zakresie podwykonawstwa na gruncie przepisów ustawy istnieje – jak wskazano wcześniej – jedynie w odniesieniu do umów, których przedmiotem są roboty budowlane, gdyż imperatywne regulacje art. 143b Pzp ograniczają zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych.

Izba nie dopatrzyła się podstaw do uznania, że wymaganie zamawiającego narusza zasady współżycia społecznego lub sprzeciwia się naturze stosunku prawnego, jakim jest umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący podnosił, że wymaganie zamawiającego dyskryminuje „małych wykonawców”. Izba nie podzieliła tego poglądu.

Uprawniona jest teza przeciwna do poglądu odwołującego, że postanowienia umowne ukształtowane przez zamawiającego chronią podmioty uczestniczące w wykonaniu zamówienia przed przerzucaniem na nie ciężaru sfinansowania zamówienia.

O udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca zdolny do jego wykonania. Zdolność do wykonania zamówienia obejmuje również udźwignięcie ciężaru zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, który wykonał część zamówienia.

Postanowienia umowy nie naruszają zasad słuszności kontraktowej.

Przepisy kodeksu cywilnego dają możliwość zastrzeżenia umownego dotyczącego osoby trzeciej oraz umówienia się przez strony o świadczenie na rzecz osoby trzeciej. Dopuszczalne jest zastrzeżenie umowne na rzecz podwykonawców, podmiotów uczestniczących w wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie będących stroną umowy.

Uzasadniając zarzut 16 (błędny, wewnętrznie sprzeczny opis przedmiotu zamówienia w zakresie części D, przez wskazanie w załączniku do OPZ „Wstępne planowanie radiowe GSM-R dla linii kolejowych objętych Narodowym Planem Wdrażania ERTMS w Polsce” marginesów bezpieczeństwa uniemożliwiających osiągnięcie wymaganego przez zamawiającego, określonego w pkt 5.2.3. OPZZ poziomu pokrycia radiowego) odwołujący wskazał, że opisując przedmiot zamówienia w części D zamawiający odwołał się, przez załączenie do OPZ do dokumentu „Wstępne planowanie radiowe GSM-R dla linii kolejowych objętych Narodowym Planem Wdrażania ERTMS w Polsce”. W jego treści, w zakresie planowania radiowego, uwzględniono margines bezpieczeństwa na poziomie 3dB, co oznacza, iż przyjęto na jego gruncie założenie, że kalkulacja ilości obiektów radiokomunikacyjnych oraz ich rozmieszczenie zostało dobrane w taki sposób, aby zagwarantować docelowy poziom sygnału na poziomie -92 dBm (dla linii z planowanym ETCS 2/3). Ten docelowy poziom -92 dBm dotyczy oczywiście wyników symulacji. Według przyjętej metodologii, to ma zagwarantować, że rzeczywisty poziom sygnału po instalacji urządzeń osiągnie wymagany poziom - 95 dB. Z doświadczenia wynika jednak, że jest to poziom zbyt niski a przez to nie gwarantuje w rzeczywistości osiągnięcia założonych parametrów jakościowych. Nadto przyjęte parametry wprowadzają ryzyko nieobjęcia pokryciem radiowym całości obszaru, na jakim winno być realizowane zamówienie.

Natomiast w odniesieniu do zarzutu 17(nieprecyzyjny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia polegający na uwzględnieniu, na obszarach przygranicznych, jedynie koordynacji wykorzystywanych częstotliwości, w celu zapewnienia jego niekolidowania z częstotliwościami wykorzystywanymi za granicą, przy jednoczesnym pominięciu kwestii natężenia pola na granicy i poza granicami kraju) odwołujący wskazał, że w OPZ dla części D, odnoszącego się do obszarów przygranicznych, zamawiający odniósł się jedynie do koordynacji wykorzystywanych częstotliwości, w celu zapewnienia jego niekolidowania z

częstotliwościami wykorzystywanymi za granicą, przy pomijając kwestię natężenia pola na granicy i poza granicami kraju. Dotyczy to zwłaszcza linii 273 która przebiega wzdłuż granicy niemieckiej; koordynacja w zakresie natężenia pola może wymagać wprowadzenia nachyleń anten tak aby zmniejszyć natężenie pola emitowane w kierunku granicy. Parametry stacji bazowych, zamieszczone w raporcie nie uwzględniają żadnych pochyleń, co może świadczyć o tym, że nie zostało to wzięte pod uwagę.

Izba uznała, że wskazanie w odwołaniu części D ma charakter omyłkowy i nie sprzeciwia się rozpoznaniu zarzutu. Niespornie wszystkie pozostałe okoliczności powołane przez odwołującego w istocie odnoszą się do części A, B i C. Samo mylne wskazanie części zamówienia nie dyskwalifikuje zarzutu, o ile powołane okoliczności faktyczne pozwalają na ustalenie, jakiej części zamówienia zarzut dotyczy.

Zarzuty naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp nie zostały udowodnione przez odwołującego.

Wobec braku argumentacji przeciwnej Izba uznała za wiarygodne twierdzenie zamawiającego co do zarzutu 16, że podany w załączniku do OPZ margines bezpieczeństwa dla części A, B i C został wskazany na poziomie 3 dB, a dla części D margines bezpieczeństwa określa OPZ i wynosi on 6dB. Pkt 4.4.5. OPZ w akapicie trzecim, zdaniu drugim stanowi bowiem, że „Poziomy pokrycia wyszczególnione powyżej, uwzględniają maksymalną stratę 3 dB między anteną a odbiornikiem i dodatkowy margines 3 dB dla innych czynników, takich jak starzenie się urządzeń.

Niezaprzeczona pozostała również argumentacja zamawiającego w zakresie zarzutu 17, że w odniesieniu do częstotliwości w obszarach przygranicznych wykorzystywanych przez sieci kolejowe (zabezpieczające transport kolejowy) zawierane są porozumienia międzynarodowe, w których w pasie 3 km od granicy zapewnia się sygnał GSMR silniejszy, niż w przypadku sieci komercyjnych.

Izba dostrzegła, że odwołujący podnosząc zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 Pzp swoją aktywność procesową koncentrował na wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

Nie znalazła potwierdzenia teza, że niejednoznaczność postanowień SIWZ polega na tym, że zamawiający z jednej strony wskazuje na wiążący charakter raportów, z drugiej zaś powołuje możliwość nieosiągnięcia wymaganych wartości i probabilistyczny charakter zastosowanego modelu.

Izba stwierdziła, że probabilistyczny charakter danych odnosi się wyłącznie do modelu empirycznego i semiempirycznego, które nie były użyte do opracowania zał. nr 1.

Zamawiający w pkt 9.1 zał. nr 1 do OPZ wskazał wyraźnie, że używał modelu deterministycznego.

Izba uznała, że skoro dane, którymi posłużył się zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia mają charakter symulacji, stanowią pewien model, to opinia biegłego stanowiłaby w istocie kolejną symulację. Zgodnie z wymaganiami SIWZ ostateczna weryfikacja następuje na etapie późniejszym, zatem dane wynikające z opinii biegłego nie mogą być punktem odniesienia dla oceny postanowień SIWZ.

Izba uznała, że dowód z opinii biegłego jest niezdatny do rozstrzygnięcia zarzutu, więc jego przeprowadzenie prowadzioby wyłącznie do nieuzasadnionej zwłoki w postępowaniu.

Uznając zarzuty naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp za niezasadne Izba zważyła, że przywołany przepis ma na celu pozyskanie przez wykonawców na równych prawach danych niezbędnych do przygotowania oferty. Odwołujący nie wskazał jednak, aby kwestionowane przez niego postanowienia SIWZ uniemożliwiały przygotowanie oferty odpowiadającej wymagania zamawiającego.

Zarówno odwołujący, jak i wykonawcy przystępujący po jego stronie wskazywali, że ewentualne uwzględnienie ich uwag przyniosłoby zamawiającemu korzyści na etapie realizacji robót budowlanych – kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niezależnie od tego, że twierdzenia te (łącznie z wynikającej z aktualnej treści SIWZ groźbą pierwotnej niemożności świadczenia przez wykonawcę) pozostały gołosłowne, to dostrzec trzeba, że nie odnoszą się w ogóle do badanego postępowania.

Środki ochrony prawnej służą tymczasem korekcie czynności zamawiającego wyłącznie w tym postępowaniu, w którym zostały wniesione.

Wobec konieczności uwzględnienia przy wydaniu wyroku konsekwencji uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów odwołania, Izba uwzględniła odwołanie nakazując zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ. W pozostałym zakresie odwołanie podlega oddaleniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący: