

WYROK
z dnia 19 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 2 lipca 2010 r. wniesionego przez **DB Schenker Rail Zabrze S.A., ul. Wolności 337, 41-800 Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w następującym zakresie:

- 1) zastąpienie w pkt III 2.1 ogłoszenia o zamówieniu i w pkt XI ust. 2 siwz adekwatnych postanowień dotyczących obliczania trzyletniego okresu, w ramach którego możliwe jest wykazywanie doświadczenia wykonawcy, od dnia wszczęcia postępowania, na postanowienia odnoszące obliczanie tego okresu do upływu terminu składania ofert;
- 2) zastąpienia pkt. 10 ust. 1 pkt 2 załącznika nr 8 do siwz na brzmienie: *w przypadku niewykonywania obowiązków umownych z winy Wykonawcy wpływających na ciągłość ruchu Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla (powodującej postój powyżej 0,5 godziny) w wysokości 1.000,00 PLN za każde rozpoczęte 0,5 godziny postoju;*
- 3) zastąpienie pkt. I.1.1. wypunktowanie dziesiąte załącznika nr 1 do siwz na brzmienie: *inne czynności związane z bezpieczną eksploatacją taboru kolejowego na bocznicach w rozumieniu przepisów Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie ogólnych warunków prowadzenia ruchu i sygnalizacji (Dz. U. z 2005 r. Nr 172, poz. 1444, z późn. zm.) z uwzględnieniem postanowień Przepisów BR-1 i Regulaminu pracy bocznic, oraz spełnienia warunków dotyczących eksploatacji na bocznicach pojazdów własnych*

wykonawcy w zakresie warunków określonych Ustawą o transporcie kolejowym, rozporządzeniami wykonawczymi wydanymi na podstawie art. 20 tej ustawy (np. świadectwa dopuszczenia do eksploatacji pojazdu, świadectwa sprawności technicznej pojazdu);

4) zastąpienie pkt. III.5. załącznika nr 1 do siwz na brzmienie: *Wyposażenie posterunków ruchu w wymagane przybory sygnałowe oraz druki dokumentacji. Po zakończeniu umowy Wykonawca prześle Zamawiającemu następującą dokumentację:*

- *dzienniki oględzin rozjazdów;*
- *arkusze pomiaru rozjazdów;*
- *książki kontroli urządzeń srk;*
- *dzienniki ruchu;*
- *książki zajętości torów;*
- *książki przebiegów;*
- *dzienniki rozmów telefonicznych;*
- *kopie wystawionych rozkazów pisemnych;*
- *metryki przejazdów;*
- *książki kolejowych obiektów budowlanych;*

5) zastąpienie w pkt 2 ust. 1 załącznika nr 8 do siwz początku zdania przed dwukropkiem na brzmienie: *Wartość umowy nie przekroczy.*

2. kosztami postępowania obciąża **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **DB Schenker Rail Zabrze S.A., ul. Wolności 337, 41-800 Zabrze** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** na rzecz **DB Schenker Rail Zabrze S.A., ul. Wolności 337, 41-800 Zabrze** 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 (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**.

.....

UZASADNIENIE
(sygn. akt KIO 1388/10)

Zamawiający, Kompania Węglowa S.A. w Katowicach, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na kompleksową obsługę bocznic kolejowej KW S.A. w ZG „Piekary” Rejon Piekary w okresie 36 miesięcy.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

W dniu 24.06.2010 r. w Dzienniku Urzędowym UE Nr 2010/S 120-182066 opublikowano ogłoszenie o zamówieniu oraz zamawiający zamieścił na stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz).

W dniu 02.07.2010 r. DB Schenker Rail Zabrze S.A. z siedzibą w Zabrzu wniosła odwołanie wobec treści ww. ogłoszenia oraz siwz.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- a) naruszenie przepisu § 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 „wszczęcia postępowania”;
- b) naruszenie przepisu art. 94 ust. 1 Pzp - poprzez ustalenie w pkt X tiret czwarty SIWZ, iż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nastąpi niezwłocznie po rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z pominięciem instytucji *standstill*;
- c) naruszenie przepisu art. 481 § 1 Kc w związku z art. 353¹ Kc w związku z art. 139 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 5 Kc - 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) naruszenie przepisów 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 pozbawienie Wykonawcy prawa do naliczania odsetek za okres od 31 dnia po spełnieniu świadczenia wzajemnego;
- e) naruszenie przepisu art. 353¹ Kc w związku z art. 139 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 5 Kc - poprzez ustalenie w § 2 ust. 15 Załącznika nr 8 do SIWZ (Istotne Postanowienia Które Zostaną Wprowadzone Do Umowy), 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) naruszenie przepisu art. 353¹ Kc w związku z art. 139 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 5 Kc - poprzez ustalenie w § 2 ust. 16 Załącznika nr 8 do SIWZ (Istotne Postanowienia Które Zostaną Wprowadzone Do Umowy), 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) naruszenie przepisu art. 483 § 1 Kc w związku z art. 471 Kc i art. 353¹ Kc w związku z art. 139 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 5 Kc - poprzez ustalenie w § 10 ust. 1 ppkt. 2) Załącznika nr 8 do SIWZ (Istotne Postanowienia Które Zostaną Wprowadzone Do Umowy), 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) naruszenie przepisów 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) tiret szósty SIWZ, iż minimalna ilość osób na stanowisko „automatyk sterowania ruchem kolejowym” wynosi 1 (jedna);
- i) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez ustalenie sprzecznych ze sobą pkt XI.3 lit. b) tiret szósty SIWZ oraz Tabeli A Załącznika nr 1 do Instrukcji o zasadach konserwacji, przeglądach, obsłudze i diagnostyce urządzeń sterowania

ruchem kolejowym na bocznicę ZG Piekary (załączonej do SIWZ), a to z uwagi na ustalenie w pkt XI.3 lit. b) tiret szósty 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 2 (dwie);

- j) naruszenie 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 zakresie przewozów kolejowych związanych z obsługą bocznic (pkt 1.1.1 tiret dziesiąty Załącznika nr 1 do SIWZ).
- k) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez niedookreślenia przedmiotu zamówienia tj. nie wyszczególnienie dokumentów jakie Wykonawca ma obowiązek przekazać po zakończeniu realizacji zamówienia (pkt III ppkt 5 Załącznika nr 1 do SIWZ);
- l) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp - poprzez nieokreślenie w jaki sposób zostanie ustalone wynagrodzenie należne Wykonawcy (pkt 2.1 oraz 2.2 Załącznika nr 8 do SIWZ);
- m) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp - poprzez sprzeczności w odniesieniu do osób dozoru jakie ma zapewnić Wykonawca (pkt III ppkt. 3 Załącznika nr 1 do SIWZ);

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. 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*”;
2. zmianę pkt X tiret czwarty SIWZ - poprzez ustalenie, iż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nastąpi w terminach określonych w art. 94 Pzp; względnie o jego usunięcie;
3. usunięcie z § 2 ust. 14, 15 oraz 16 Załącznika nr 8 do SIWZ (Istotne Postanowienia Które Zostaną Wprowadzone Do Umowy);
4. zmianę pkt 2.12 Załącznika do SIWZ (Istotne Postanowienia Które Zostaną Wprowadzone Do Umowy) poprzez ustalenie 30 dniowego terminu płatności;

5. zmianę § 10 ust. 1 ppkt. 2) Załącznika nr 8 do SIWZ (Istotne Postanowienia Które Zostaną Wprowadzone Do Umowy), 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”;
6. zmianę pkt XI.3 lit. b) tiret szósty SIWZ - poprzez ustalenie, iż minimalna ilość osób na stanowisko „automatyk sterowania ruchem kolejowym” wynosi 5 (pięć);
7. zmianę pkt 1.1.1 tiret dziesiąty Załącznika nr 1 do SIWZ - poprzez jednoznaczne i wyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia;
8. zmianę pkt III ppkt 5 Załącznika nr 1 do SIWZ - poprzez dokładne określenie zakresu dokumentacji techniczno-ruchowej jaka ma zostać przekazana Zamawiającemu;
9. zmianę pkt 2.1 Załącznika nr 8 do SIWZ (Istotne Postanowienia Które Zostaną Wprowadzone Do Umowy)- poprzez jednoznaczne wskazanie czy wartość umowy „wynosi” czy „nie przekroczy” względnie o usunięcie pkt 2.2. Załącznika nr 8 do SIWZ (Istotne Postanowienia Które Zostaną Wprowadzone Do Umowy);
10. usunięcie pkt III ppkt 3 z Załącznika nr 1 do SIWZ względnie o rozszerzenie zamówienia również o osoby nadzoru.

W uzasadnieniu swoich zarzutów i żądań odwołujący wskazał:

I. Zapis pkt III.2.1. ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt XI.2 SIWZ w przedmiocie, iż okres trzech lat do wykazania posiadania przez wykonawcę wiedzy oraz doświadczenia liczy się wstecz od dnia „wszcęcia postępowania”, tworzący *de facto* inny czasookres wykonywania usług odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia jest sprzeczny z § 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. Zgodnie wszak z powyższym przepisem, mającym charakter *iuris cogentis* przedmiotowy termin winien być liczony w przedmiotowym stanie faktycznym od „terminu składania ofert”.

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. Stosownie do

przedmiotowego przepisu Zamawiający w przypadku zamówienia publicznego, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp zawiera umowę w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 Pzp, albo 15 dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób.

Zamawiający w treści SIWZ (pkt. X tiret czwarty SIWZ) dokonał tymczasem bezprawnej modyfikacji przedmiotowej 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. Zapis § 2 ust. 14 Załącznika nr 8 do SIWZ (Istotne Postanowienia Które Zostaną Wprowadzone Do Umowy) w zakresie statuującym, „*iz w przypadku opóźnienia w płatnościach, kwestia regulowania ewentualnych odsetek będzie przedmiotem odrębnych negocjacji*” jest sprzeczny z przepisem art. 481 § 1 Kc w związku z art. 353¹ Kc w związku z art. 139 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 5 Kc.

Wskazać wszak należy, iż skorzystanie z uprawnień przyznanych wierzycielowi na mocy art. 481 Kc zależy wyłącznie od woli wierzyciela (*por. komentarz do art. 481 kodeksu cywilnego (Dz.U.64.16.93), [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*). Jednocześnie, jak wskazuje się w judykaturze unormowanie art. 481 Kc jest przejawem swoistej sankcji cywilnej mającej charakter ustawy i bezwzględnie obowiązujący. Wobec powyższego strony stosunku zobowiązaniowego nie mogą jej umownie wyłączyć z uwagi na ograniczenia w zakresie swobody kontraktowania (*tak, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 14 lipca 2004 r., I ACa 269/04, LEX nr 193656; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 12 stycznia 2005 r., I ACa 869/04, LEX nr 147133*).

Z uwagi na powyższe należy podkreślić, iż zapis § 2 ust. 14 Załącznika nr 8 do SIWZ (Istotne Postanowienia Które Zostaną Wprowadzone Do Umowy), w zakresie jak powyżej nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 353¹ Kc, który nie pozwala stronom umowy ułożenia stosunku prawnego wbrew przepisom ustawy, co Zamawiający bezprawnie uczynił.

IV. Zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2003 r., Nr 139, poz. 1323) „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 przepisu tego a contrario wynika zatem 30 dniowy termin płatności w transakcjach

handlowych pomiędzy przedsiębiorcami. Art. 9 ww. ustawy zakazuje przez czynność prawną (zarówno jednostronną jak i dwustronną) ograniczenia 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 nieważne w myśl art. 9 ustawy. A zatem Zamawiający winien ustalić zgodny z ww. ustawą termin płatności na 30 dni, zwłaszcza w kontekście opisanego w punkcie powyższym niniejszego odwołania (pkt IV) zastrzeżenia o naliczaniu odsetek w ramach odrębnych negocjacji, co jest sprzeczne z art. 5 i 9 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych.

V. Przepis art. 353¹ Kc 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. Jak wskazuje się przy tym w bogatym i jednolicie ukształtowanym orzecznictwie naruszają zasady współżycia społecznego umowy obligacyjne, które kształtują prawa i obowiązki stron stosunku w sposób nieodpowiadający słuszości kontraktowej. W szczególności będą to umowy sprzeciwiające się regułom uczciwości i rzetelności profesjonalnej oraz kontrakty rażąco nierównoważnie kształtujące wzajemne prawa i obowiązki (*tak, wyrok Sądu Najwyższego z 6 stycznia 1976 r., I CR 713/75, LEX nr 7787; wyrok SN z 7 stycznia 1980 r., II CR 464/79, OSN 1980, nr 7-8, poz. 145; uchwała Sądu Najwyższego (7) z 22 maja 1991 r., III CZP 15/91, OSN 1992, nr 1, poz. 1; uchwała Sądu Najwyższego (7) z 6 marca 1992 r., III CZP 141/91, OSN 1992, nr 6, poz. 90; uchwała SN (7) z 17 września 1992 r., OSN 1993, nr 3, poz. 24; wyrok Sądu Najwyższego z 11 września 2003 r., III CKN 579/01, OSN 2004, nr 10, poz. 167; wyrok Sądu Najwyższego z 8 października 2004 r., V CK 670/03, OSN 2005, nr 9, poz. 162; wyrok Sądu Najwyższego z 23 czerwca 2005 r., II CK 739/04, LEX nr 180871*). Jednocześnie, z dezaprobatą moralną spotkać się mogą kontrakty, gdy rażąco nierównoważnie kształtują ryzyka związane z powstaniem lub wykonaniem zobowiązania (*tak, wyrok Sądu Najwyższego z 4 października 2001 r., I CKN 328/99, LEX nr 52695; wyrok Sądu Najwyższego z 9 listopada 2006 r., IV CSK 208/06, Pr. Bank. 2007, nr 7-8, s. 4*).

Zapis § 2 ust. 15 oraz 16 Załącznika nr 8 do SIWZ (Istotne Postanowienia Które Zostaną Wprowadzone Do Umowy) kształtuje prawa i obowiązki wykonawcy oraz Zamawiającego rażąco nierównoważnie, w związku z powyższym jest sprzeczny z przepisami art. 353¹ Kc w związku z art. 139 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 5 Kc.

Równocześnie wskazuje, iż przedmiotowe zapisy (§ 2 ust. 15 oraz 16 Załącznika nr 8 do SIWZ (Istotne Postanowienia Które Zostaną Wprowadzone Do Umowy) są przy tym sprzeczne z zasadami współżycia społecznego a to z uwagi na okoliczność, iż mając na uwadze dotychczasowe relacje gospodarcze pomiędzy wykonawcą wnoszącym odwołanie a

zamawiającym (rażące i systematyczne opóźnianie się w zapłacie wynagrodzenia przez zamawiającego na rzecz wykonawcy wnoszącego odwołanie) zasadne jest twierdzenie, jakoby treść § 2 ust. 15 oraz 16 Załącznika nr 8 do SIWZ (Istotne Postanowienia Które Zostaną Wprowadzone Do Umowy) miała na celu pokrzywdzenie Wykonawcy wnoszącego odwołanie i uniemożliwieniu mu dochodzenie należnego mu wynagrodzenia,

VI. Zapis § 10 ust.1 pkt .2) Załącznika nr 8 do SIWZ (Istotne Postanowienia Które Zostaną Wprowadzone Do Umowy), ustalający, 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 jest niezgodny z art. 483 § 1 Kc w związku z art. 471 i art. 353¹ Kc w związku żart. 139 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 5 Kc. Ustawodawca łączy możliwość stosowania kar w niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązania. Zgodnie z przepisem art. 471 Kc dłużnik nie odpowiada jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Proponowany przez Zamawiającego zapis § 10 ust. 1 pkt.2) Załącznika nr 8 do SIWZ (Istotne Postanowienia Które Zostaną Wprowadzone Do Umowy), ustalający, 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 nie uzależnia jednak naliczenia kary umownej od okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. W szczególności niewykonywanie obowiązków umownych wpływających na ciągłość ruchu Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla (powodującej postój powyżej 0,5 godziny) może być następstwem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający lub osoby trzecie działające na jego zlecenie lub z jego przyzwolenia. W tych okolicznościach proponując taki zapis Zamawiający przekroczył granice swobody umów ustalone w 353¹ Kc. Propozycja zapisu uzależniającego stosowanie kary umownej w przypadku winy Wykonawcy jest więc uzasadniona.

VII. Zamawiający w pkt XI.3 lit. b) tiret szósty SIWZ ustalił, iż minimalna ilość osób na stanowisko „automatyk sterowania ruchem kolejowym" wynosi 1 (jedna). Tymczasem 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 (Biuletyn PKP Nr 15 z dnia 30 czerwca 1993 r., Warszawa) minimalna liczba osób na przedmiotowe stanowisko winna wynosić 5 (pięć). Zapis SIWZ, o treści jak wyżej pozostawiając w sprzeczności z przepisami obejmującymi przedmiotową kwestię, rodzi przy tym także zagrożenie dla bezpieczeństwa w ruchu kolejowym, w związku z realizacją przez wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jednocześnie, mając również na uwadze częstotliwość podstawowych zabiegów obsługi technicznej urządzeń srk, określoną w Tabeli A Załącznika nr 1 do Instrukcji o zasadach konserwacji, przeglądach, obsłudze i diagnostyce urządzeń sterowania ruchem kolejowym na boczniczy ZG Piekary (załączonej do SIWZ) zauważyć należy, iż obiektywnie niemożliwe jest, aby zabiegi te wykonywał tylko jeden automatyk sterowania ruchem kolejowym. Z uwagi na zakres zabiegów i ich częstotliwość, jak powyżej wykonawca wnoszący odwołanie wskazuje, iż wedle jego kalkulacji minimalna ilość osób na przedmiotowe stanowisko winna wynosić 5 (pięć). W innym przypadku zapisy pkt XI.3 lit. b) tiret szósty SIWZ należy uznać za nie tylko naruszające przepisy 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), lecz także wewnętrznie sprzeczne z załączoną do SIWZ Instrukcją o zasadach konserwacji, przeglądach, obsłudze i diagnostyce urządzeń sterowania ruchem kolejowym na boczniczy ZG Piekary. To z kolei wskazuje, iż przedmiot zamówienia publicznego nie został opisany w sposób jednoznaczny (jest on wszak opisany w sposób wewnętrznie sprzeczny), wskutek czego zamawiający naruszył przepisy art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

VIII. Przepis art. 29 Pzp wyznacza sposób dokonywania opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Zgodnie z przedmiotową regulacją podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia. Jednocześnie opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Ustawodawca w ust. 2 wyżej wskazanego przepisu zawarł przy tym wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku.

W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający w pkt 1.1.1 tiret dziesiąty Załącznika nr 1 do SIWZ dokonał opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem bezwzględnie obowiązujących przepisów w związku z okolicznością nieokreślenia lub co najmniej niedookreślenia przedmiotu zamówienia.

Tymczasem nieokreślenie lub co najmniej niedookreślenie przedmiotu zamówienia w tym w szczególności zakresu rzeczowego zamówienia, daje zamawiającemu możliwość realizacji

umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie swobodnym, przy równoczesnym pozbawieniu wykonawcy możliwości skierowania wobec niego roszczeń odszkodowawczych.

Powyższe prowadzi zatem do naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp a to poprzez uznanie, iż przedmiot zamówienia został opisany w sposób niejednoznaczny, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, prawa i obowiązki stron ich odpowiedzialność z tytułu niewykonania i nienależytego wykonania umowy oraz w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję.

Tu wskazuję, iż w pkt 1.1.1 tiret dziesiąty Załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający dokonał następującego opisu zakresu rzeczowego usługi: „*inne czynności związane z prawidłową i bezpieczną eksploatacją taboru kolejowego.*”.

W konsekwencji, brak jednoznacznego opisu przedmiotu, jak wyżej, zobowiązuje wykonawcę do zabezpieczenia technicznego, osobowego, finansowego i organizacyjnego realizacji czynności, które zamawiający może zlecić, nie tworząc po stronie zamawiającego jakiegokolwiek skutecznie wiążącego zobowiązania do ich zlecenia, co może być traktowane wyłącznie jako próba przeniesienia na wykonawcę całego ryzyka działalności statutowej zamawiającego i wyłączenia odpowiedzialności zamawiającego i jego organów zarządzających za zapewnienie realizacji własnych zadań, determinujących usługi wykonawcy objęte zamówieniem publicznym. Tymczasem jak wskazuje się w doktrynie przedmiotu oferta bez zamiaru zobowiązania się nie jest ofertą, (por. Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 45 w kwestii *animus contrahendi*; J. Rajski, *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2000, s. 88 i nast; M. Jaśkiewicz [w:] *Prawo umów o obrocie gospodarczym*, pod red. S. Włodyki, Warszawa 2001, s. 104 i nast. - za *Komentarz do art.66 kodeksu cywilnego (Dz.U.64.16.93)*, [w:] K. Piasecki, *Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna. Komentarz*, Zakamycze, 2003).

Nadto zgodnie z przepisem art. 29 ustawy Pzp jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych przez Zamawiającego w celu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia. Oprócz tego, że stanowi on podstawowy element specyfikacji istotnych warunków zamówienia, będzie niezbędny dla prawidłowego oszacowania wartości zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Opisu należy wszak dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (por. *Komentarz do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655)*, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W.

Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III. Art. 29). W przedmiotowym stanie faktycznym powyższe nie nastąpiło.

IX. Jak to wskazano powyżej art. 29 Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia. W związku z tym należy uznać, iż Zamawiający nakładając na Wykonawcę określone obowiązki winien je dokładnie i szczegółowo sprecyzować i opisać. Wskazany w pkt III ppkt 5 Załącznika nr 1 do SIWZ obowiązek przekazania całości dokumentacji techniczno-ruchowej nie jest wystarczający w rozumieniu art. 29 ustawy Pzp. W związku z tym Zamawiający winien szczegółowo wymienić jakich dokumentów żąda.

X. W pkt 2.1 Załącznika nr 8 do SIWZ (Istotne Postanowienia Które Zostaną Wprowadzone Do Umowy) Zamawiający wskazał iż „*Wartość umowy wynosi/nie przekroczy:*”. W związku z tym nie wiadomo w jaki sposób zostanie ustalone wynagrodzenie za wykonanie zamówienia i czy będzie to wynagrodzenie ryczałtowe. W przypadku ustalenia, iż *Wartość umowy wynosi*” wynagrodzenie będzie ryczałtowe. Wówczas punkt ten pozostaje w sprzeczności z pkt 2.3., który przewiduje, iż ceny jednostkowe netto podlegają corocznej indeksacji. W przypadku bowiem ustalenia ceny za całość przedmiotu zamówienia w formie wynagrodzenia ryczałtowego niedopuszczalna jest indeksacja cen jednostkowych.

W związku z tym pkt 2.1 oraz 2.2. Załącznika nr 8 do SIWZ są sprzeczne z art. 29 ust 1 i 2 ustawy Pzp bowiem w sposób niejednoznaczny określają zasady i formę wynagrodzenia należnego Wykonawcy za realizację zamówienia.

Należy również zwrócić uwagę, iż w pkt. 2.2. Załącznika nr 8 do SIWZ Zamawiający powołuje archiwalny dziennik ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych.

XI. W pkt III ppkt 3 Załącznika nr 1 do SIWZ określono, iż „*Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia nadzoru (...)*” Tymczasem zamówienie nie obejmuje swym zakresem osób nadzoru. A zatem w tym zakresie zachodzi sprzeczność wewnątrzna postanowień SIWZ, a tym samym naruszony zostaje art. 29 ustawy Pzp.

W dniu 15.07.2010 r. (przed rozpoczęciem posiedzenia) do Izby wpłynęła pisemna odpowiedź na odwołanie, w której zamawiający poinformował, iż uznaje zarzuty odwołania oznaczone lit. a), b), g), j), k), l) oraz zadeklarował, że dokona stosownych zmian w ogłoszeniu i siwz po rozstrzygnięciu odwołania przez Izbę. W odniesieniu do pozostałych zarzutów odwołania wniosk o ich oddalenie.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego, Izba ustaliła, iż treść kwestionowanych postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz odpowiada brzmieniu powołanemu przez odwołującego oraz przytoczonemu wyżej za odwołaniem.

Uwzględniając powyższe, po analizie kwestionowanych postanowień ogłoszenia oraz siwz, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie oraz wyrażone w pismach procesowych Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba uwzględniła odwołanie, uznając za potwierdzoną i zasadną część zarzutów tam podniesionych. Mianowicie potwierdzono zarzuty odwołania przyznane i uznane przez zamawiającego, oprócz zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 94 ust. 1 Pzp poprzez ustalenie w pkt X tiret czwarty siwz, iż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nastąpi niezwłocznie po rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pozostałe zarzuty odwołania (*nota bene* wszystkie zarzuty, o których oddalenie wnioskował zamawiający) Izba uznała za niezasadne.

Zarzutu oznaczonego w odwołaniu lit. „h” nie rozpatrywano w związku z jego wycofaniem przez odwołującego na rozprawie.

W zakresie potwierdzonych zarzutów odwołania, w zgodzie ze stanowiskiem Izby zawartym w wyroku z dnia 15 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO/1387/10) – za wyjątkiem stanowiska w przedmiocie zarzutu naruszenia art. 94 ust. 1 ustawy (zarzut oznaczony lit b) – skład orzekający Izby wskazuje:

Ad a)

Odwołujący słusznie podniósł, a zamawiający przyznał, że w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz nieprawidłowo określono, iż okres trzech lat do wykazania przez wykonawców posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia liczy się od dnia wszczęcia postępowania, zamiast, jak to wynika z przepisów ww. rozporządzenia w sprawie dokumentów (§ 1 ust. 1 pkt 3) – od terminu składania ofert.

Ad g)

Jak słusznie podniósł odwołujący, a zamawiający przyznał, za nadmierne i niedopuszczalne uznać należy nakładanie na wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi powstałe wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności – co należało przyjąć w świetle klauzuli generalnej

ograniczającą wykonywanie praw podmiotowych oraz zasadę swobody umów poprzez odesłanie do zasad współżycia społecznego, o których mowa w art. 5 i 353¹ Kodeksu cywilnego.

Ad j) i k)

W ocenie Izby, wobec faktu, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie był w stanie zaproponować bardziej szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, precyzując jakie czynności mieszczą się w klauzuli generalnej „innych czynności związanych z prawidłową i bezpieczną eksploatacją taboru kolejowego” oraz jakie dokumenty składają się na „całość” dokumentacji techniczno-ruchowej – należy uznać, iż dotychczasowy opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie był niedostatecznie jednoznaczny i wyczerpujący oraz uwzględniający wszystkie znane zamawiającemu okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Opis przedmiotu zamówienia w ww. zakresie należało więc uznać za sprzeczny z dyspozycją art. 29 ust. 1 Pzp, który stanowi, iż przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Ad l)

Wobec przyznania przez Zamawiającego, iż niedostatecznie jasno określił czy wartość umowy wyniesie określoną kwotę czy nie przekroczy określonej kwoty, Izba nie znalazła podstaw do odmowy zasadności zarzutu odwołującego, który wskazał na niejednoznaczność postanowienia wzoru umowy literalnie przewidującego obie wyłączające się nawzajem możliwości. Uznano, że niejasność w przedmiocie określenia wartości świadczenia pieniężnego jest również okolicznością rzutującą na niepewność, co do rzeczywistego kształtu zobowiązania stron, a więc szeroko pojętego przedmiotu zamówienia i tym samym narusza dyspozycję art. 29 ust. 1 Pzp.

Oдноśnie niezasadnych zarzutów odwołania skład orzekający Izby, analogicznie do stanowiska Izby wyrażonego w wyrokach z dnia 9 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO/1302/10) oraz z dnia 15 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO/1387/10) dotyczących podobnych stanów faktycznych, wskazuje:

Ad b)

Wskazanie przez zamawiającego, iż umowa w sprawie zamówienia zostanie zawarta niezwłocznie po rozstrzygnięciu przetargu w żadnym razie nie pozostaje w sprzeczności regulacją z art. 94 ust. 1 i 2 ustawy. Tego typu nieprecyzyjne co do momentu zawarcia umowy (nieostre wyrażenie „niezwłocznie”) oraz posługujące się pozaustawowymi zwrotami typu „rozstrzygnięcie przetargu”, postanowienie siwz *de facto* nie stanowi nawet deklaracji działań

niezgodnych z dyspozycjami ww. przepisów. W szczególności wyrażenie „rozstrzygnięcie przetargu” może oznaczać bowiem moment po upływie terminów na wnoszenie środków ochrony prawnej lub zakończenie postępowań odwoławczych przetargu dotyczących. W takim kontekście złamanie przepisów dotyczących terminu zawarcia umowy liczonych od wyboru najkorzystniejszej oferty nastąpi dopiero gdy zamawiający taką umowę w rzeczywistości zawrze wcześniej niż w terminie przewidzianym w bezwzględnie obowiązującym przepisie art. 94 ust. 1 Pzp. Powyższe postanowienia siwz należy interpretować jako zwykłe wyrażenie informacyjne, którego treść nie rodzi żadnych zobowiązań ani uprawnień pomiędzy uczestnikami postępowania, odzwierciedlające fakt, iż zamawiający zawsze uprawniony będzie do zawarcia umowy w momencie, gdy adekwatne przepisy prawa oraz okoliczności faktyczne mu na to pozwolą.

Do uznania zamawiającego pozostawiono więc czy zechce adekwatne postanowienia siwz doprecyzować, w ogóle usunąć, czy pozostawić niezmienione.

Ad c),d), e), f)

W zakresie kwestionowanych postanowień § 2 ust. 12, 14, 15, 16 załącznika nr 8 do siwz (istotnych postanowień umowy), zarzuty dotyczące: 60-dniowego terminu płatności, odrębnych negocjacji w kwestii regulowania ewentualnych odsetek, wymagania pisemnej zgody Zamawiającego dla cesji lub zastawiania należności wynikających z umowy, w tym odszkodowawczych i odsetkowych – nie mogły być uwzględnione jako zasadne.

Odwołujący nie wykazał, iż prawo do swobodnego kształtowania umów, wynikające z zasady swobody umów, o której mowa w art. 353¹ Kodeksu cywilnego, zostało przez Zamawiającego nadużyte przy kształtowaniu powyżej wskazanych postanowień umowy.

W ocenie Izby, z obowiązujących przepisów prawa, w szczególności z przepisów ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, nie wynika zakaz ani ograniczenie możliwości przewidzenia w umowach zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami terminów zapłaty dłuższych niż 30-dniowe. Wobec tego dopuszczalny jest 60-dniowy termin zapłaty przewidziany przez Zamawiającego. Natomiast z przepisu art. 5 tej ustawy wynika, iż w takim przypadku, Odwołujący jako wierzyciel świadczenia pieniężnego, będzie miał niepodlegające wyłączeniu ani ograniczeniu (z mocy przepisu art. 9 tej ustawy) roszczenie przeciwko Zamawiającemu o zapłatę ustawowych odsetek poczynszy od trzydziestego pierwszego dnia po wykonaniu usługi za dany miesiąc i doręczeniu faktury aż do dnia zapłaty świadczenia głównego wraz z należnymi odsetkami. Z tego względu, Izba nie dopatrzyła się w zachowaniu Zamawiającego naruszenia przepisów ustawy o terminach zapłaty.

Biorąc pod uwagę, iż przedmiotem obrotu ma być należność wymagana jako wynagrodzenie za wykonanie lub, jak w przedmiotowym postępowaniu, za wykonywanie usługi przez okres 36 miesięcy, z comiesięczną płatnością, uzasadnione jest ograniczenie możliwości obrotu tymi należnościami, którego skutkiem może być obowiązek zapłaty innemu podmiotowi niż

wykonawca, z którym zawarto umowę na wykonanie zamówienia publicznego, przez zastrzeżenie pisemnej zgody Zamawiającego, co może mieć również istotne znaczenie w razie dokonywania wzajemnych potrąceń. Zastrzeżenie zgody Zamawiającego (dłużnika) ma wprost oparcie w przepisie art. 509 § 1 Kc, zgodnie z którym jest jedną z trzech, oprócz wyłączenia z mocy przepisu ustawy lub z uwagi na właściwość zobowiązania, sytuacji ograniczających możliwość przelewu wierzytelności. Do tego przepisu odsyła z kolei przepis art. 329 § 1 zdanie pierwsze Kc stanowiąc, iż do ustanowienia zastawu na prawach stosuje się odpowiednio przepisy o przeniesieniu tego prawa.

Przepis art. 481 § 1 Kc ustanawiający uprawnienie wierzyciela do żądania odsetek w razie opóźnienia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego przez dłużnika, nie wprowadza ograniczenia możliwości umownego uregulowania przez wierzyciela i dłużnika sposobu spłaty należnych odsetek. Wobec tego postanowienie siwz., z którego wynika, iż w przypadku powstania takich należności, wyłącznie sposób ich spłaty będzie przedmiotem odrębnych negocjacji, nie narusza przepisu art. 481 § 1 kc.

Ad i)

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut sprzeczności pkt. XI.3 lit. b) wypunktowanie szóste siwz z Tabelą A Załącznika nr 1 do Instrukcji o zasadach konserwacji, przeglądach, obsłudze i diagnostyce urządzeń sterowania ruchem kolejowym na boczniczy ZG Piekary.

Kwestionowane przez Odwołującego postanowienie dotyczy warunku udziału w postępowaniu, a nie opisu przedmiotu zamówienia. Zatem żądanie wprowadzenia w tym zakresie bardziej rygorystycznego warunku, nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Odwołujący nie wykazał, że warunek określony przez Zamawiającego nie jest związany z przedmiotem zamówienia lub proporcjonalny do niego. Ponadto, nie sposób stwierdzić sprzeczności tak postawionego warunku, przesądzającego o kręgu wykonawców, którzy mogą być dopuszczeni do udziału w postępowaniu, z ewentualnym postanowieniem siwz dotyczącym sposobu realizacji zamówienia, w tym wymaganej przy niej liczby osób. Izba uwzględniła również stanowisko Zamawiającego, iż obsada personalna w czasie realizacji zamówienia, na podstawie wyczerpujących informacji o zakresie wymaganych czynności zawartych w siwz, określa w ofercie wykonawca, na podstawie swojej kalkulacji, zwłaszcza, że odpłatność w tym zakresie stanowi comiesięczny ryczałt, ustalany wyłącznie przez wykonawcę, jako składnik cenowy oferty. Zatem nie ma przeszkód by Odwołujący, jak i każdy inny wykonawca, który ma równy dostęp do dokumentacji przetargowej, zaoferował 5-osobową obsadę na stanowisku „automatyk sterowania ruchem kolejowym” i odpowiednio wyliczył cenę oferty za świadczone usługi.

Wobec tego, Izba nie dopatrzyła się w powyżej opisanym zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 pzp.

Ad m)

Izba nie potwierdza również podnoszonej przez Odwołującego sprzeczności postanowień załącznika nr 1 do siwz, pkt. III (ze strony wykonawcy) ppkt 3, z którego wynika, iż wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia nadzoru do kierowania i nadzorowania prac i robót kolejowych na każdej zmianie roboczej.

Odwołujący w żaden sposób, zarówno w odwołaniu jak i na rozprawie nie wykazał na czym taka sprzeczność miałaby polegać. Na marginesie można jedynie zauważyć, że zamawiający może opisać przedmiot zamówienia poprzez scharakteryzowanie czynności, których od wykonawcy oczekuje lub wskazanie ich efektów czy rezultatów, nie zawsze będąc przy tym zobowiązanym do opisywania środków i zasobów, których wykonawca dla wykonania tych czynności ma użyć.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. *A contrario* odwołanie wskazujące naruszenia, które nie mają wpływu na wynik postępowania, bez względu czy podnoszone zarzuty są zasadne, podlega oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba podnosi, że potwierdzenie części zarzutów odwołania skutkujące stwierdzeniem naruszenia § 1 ust. 1 pkt 3 ww. rozporządzenia w sprawie dokumentów, naruszenia art. 5 i 353¹ Kc, a także naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp, które w zaistniałej sytuacji mogą mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 192 ust. 1 Pzp nie daje podstaw do oddalenia odwołania z uwagi na sam fakt uznania przez zamawiającego tych zarzutów oraz braku potwierdzenia przez Izbę zarzutów pozostałych. Deklaratoryjne uznanie części zarzutów (deklaratoryjne w znaczeniu zapowiedzi dokonania stosownych modyfikacji siwz i ogłoszenia zgodnie z żądaniami odwołującego), w przypadku oddalenia z tego względu odwołania przez Izbę, nie gwarantuje wykonawcy, iż zamawiający rzeczywiście postulowane przez niego zmiany wprowadzi. W szczególności wykonawca byłby w takiej sytuacji pozbawiony możliwości przeprowadzenia egzekucji orzeczenia Izby, a realizacji tego typu deklaracji (przyrzeczeń/zobowiązań...) zamawiającego, a przede wszystkim uprzedniego ustalenia ich znaczenia prawnego, mógłby dochodzić jedynie na zasadach ogólnych przed sądem powszechnym. Prawdopodobnie, w takiej sytuacji, rozstrzygnięcie uzyskałby już po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż faktyczne wprowadzenie zmian czy wykonanie czynności postulowanych przez odwołującego, w kontekście oceny wpływu popełnionych naruszeń na wynik postępowania o zamówienie, stwarzać może sytuację zasadniczo odmienną od opisanej powyżej. Jednakże i tu, w związku szerokim zakresem regulacji (odnoszącej się zarówno do przeszłości i przyszłości) w przedmiocie wpływu na wynik postępowania, czy samego zdefiniowania pojęcia „wynik postępowania”, ocena tego typu, w zależności od okoliczności danej sprawy, może być niejednoznaczna oraz budzić szereg kontrowersji. W każdym razie, w ocenie składu Izby orzekającego w niniejszej sprawie, faktyczne i rzeczywiste usunięcie naruszeń przez zamawiającego, tj. sanowanie postanowień czy czynności, które

powstanie danych naruszeń powodowały prowadzi do sytuacji, w której potwierdzone naruszenia nie miały (w znaczeniu skutków) lub nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania.

Tym samym fakt zadeklarowania przez zamawiającego uznania zasadnych zarzutów odwołania, poza znaczeniem procesowym w przedmiocie dowodzenia i potwierdzania zarzutów, nie wywiera jakiegokolwiek bezpośredniego wpływu na wynik postępowania odwoławczego. Zwłaszcza nie sposób tego typu związku wprost wyprowadzić z regulujących przebieg postępowania odwoławczego oraz warunkujących kształt i treść orzeczeń Izby przepisów ustawy.

W szczególności wskazać należy, iż brak w takim przypadku podstaw do częściowego umorzenia sprawy w zakresie zarzutów uznanych przez zamawiającego oraz orzeczenia w przedmiocie zarzutów pozostałych (uwzględnienia bądź oddalenia odwołania w zależności od wyniku oceny tych zarzutów), w odróżnieniu do analogicznych regulacji przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, które jednak nie znajdują zastosowania w niniejszej sprawie.

Zgodnie z art. 191 ust. 1 ustawy o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Postanowieniem więc Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku uznania zarzutów odwołania przez zamawiającego.

Następnie należy wskazać, że Izba umarza/może umorzyć postępowanie odwoławcze jedynie w ściśle wskazanych i niezwykle kazuistycznie określonych w art. 186 ust. 2 i 3 ustawy przypadkach. Ustawa w każdym przypadku i wyraźnie odnosi możliwość umorzenia postępowania jedynie do sytuacji uznania przez zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Również tylko do takiej sytuacji odnosi się dyspozycja art. 186 ust. 2 zd 2 Pzp, która stanowi, iż w takim przypadku (tj. w sytuacji uznania całości zarzutów przez zamawiającego i umorzenia postępowania przez Izbę), zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Sytuacji, w której następuje częściowe uznanie zarzutów odwołania, w stosunku do sytuacji gdy Izba potwierdza część zarzutów odwołania, w ustawie odmiennie nie uregulowano. Założyć więc należy, że ustawodawca dopuścił i przewidział sytuację, w której zamawiający nie będzie mógł skorygować swoich błędów przez uznanie części zasadnych zarzutów odwołania (np. z powodu, iż pozostałe zarzuty są chybione oraz dla zamawiającego niemożliwe do przyjęcia i zrealizowania) bez poniesienia kosztów postępowania odwoławczego w związku z uwzględnieniem odwołania z powodu potwierdzenia części popieranym przez odwołującego zarzutów.

Tym samym, biorąc pod uwagę, iż uwzględnienie części zarzutów i zobowiązanie się do uczynienia zadość żądaniom odwołania przez zamawiającego po wydaniu orzeczenia Izby, nie

stanowi uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, skutkującego umorzeniem postępowania odwoławczego i obowiązkiem uczynienia zadość żądaniom odwołania (art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp) – dopiero uwzględnienie odwołania spowoduje, iż zamawiający będzie miał obowiązek dokonania żądanych przez odwołującego zmian treści ogłoszenia i siwz.

Izba nie włączyła do materiału dowodowego sprawy akt postępowania odwoławczych o sygn. KIO 1302/10 oraz KIO 1387/10 wnioskowanego przez zamawiającego – nie sformułowano w tym zakresie żadnej tezy dowodowej, której wnioskowany dowód miałby posłużyć, a także uznając powyższe za zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy, co skutkowałoby więc jedynie zbędą zwłoką w postępowaniu.

W związku z powyższym na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) i 2) 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). Nie zasądzono wnioskowanych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w związku z brakiem przedstawienia stosownych rachunków – normy przepisane obowiązujące w tym zakresie, tj. § 3 pkt 2) ww. rozporządzenia, stanowią wyraźnie, iż wysokość tego typu kosztów strony określa się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

.....