

Sygn. akt KIO/UZP 314 /09

WYROK
z dnia 27 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Agata Mikołajczyk
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 marca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ThyssenKrupp GfT Polska Sp. z o.o. Al. Słowackiego 66, 30-004 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** protestu z dnia **27 lutego 2009 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **ThyssenKrupp GfT Polska Sp. z o.o. Al. Słowackiego 66, 30-004 Kraków** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ThyssenKrupp GfT Polska Sp. z o.o. Al. Słowackiego 66, 30-004 Kraków**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **ThyssenKrupp GfT Polska Sp. z o.o. Al. Słowackiego 66, 30-004 Kraków** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu z wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ThyssenKrupp GfT Polska Sp. z o.o. Al. Słowackiego 66, 30-004 Kraków**.

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21. 01.2009r. pod poz. 2009/S 13 – 018567

Przedmiotem postępowania w trybie przetargu ograniczonego jest udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu ograniczonego na dostawę w 2009 roku szyn kolejowych o profilu GO EI i 49 EI ze stali R2GO

Zamawiającym jest PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, pod adresem przy ul. Targowej 74, 03 -734 Warszawa zwany dalej „Zamawiającym”.

Odwołującym jest Thyssen Krupp GfT Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, pod adresem przy al. Słowackiego 66, 30 -004 Kraków zwany dalej „Odwołującym”.

Pismem z dnia 12 marca 2009r. zostało wniesione odwołanie od oddalenia protestu.

Odwołanie zostało wniesione przez ThyssenKrupp GfT Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (Odwołujący), po doręczeniu Odwołującemu w dniu 4 marca 2009 r. rozstrzygnięcia protestu na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wniesione na zasadzie art. 184 ust. 1 i 2 oraz art. 179 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. -Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 zm. Dz. U. 2008r. Nr 171 poz. 1058) zwanej dalej „ustawą” od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego oddalającego w całości protest na treść SIWZ (specyfikacja istotnych warunków zamówienia) wniesiony dnia 27 lutego 2009 r. jako bezzasadny.

Odwołujący podniósł następujące zarzuty:

1. naruszenie art. 5 i art. 353 ze zn.1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. -Kodeks cywilny (Dz. U. Nr16, poz. 93 z późn. zm.) ("k.c.") w zw. z art. 139 ust. 1 Ustawy przez:
 - a. wprowadzenie do "Istotnych Postanowień Umownych" (pkt 15 SIWZ) postanowień wykraczających poza zakres istotnej treści umowy, a także wykluczenie przez Zamawiającego możliwości negocjacji dotyczących postanowień umowy nie będących istotnymi warunkami umowy i nieujętych w SIWZ,
 - b. wprowadzenie w punkcie 15 SIWZ -"Istotne postanowienia umowy" postanowień umownych, naruszających zasadę równości stron umowy i stawiających w nadmiernie uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego oraz nadmiernie obciążających wykonawcę zamówienia publicznego,

2. naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń,

3. naruszenie przepisu art. 51 ust. 4 zd. 2 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy poprzez zawarcie w punkcie 4 SIWZ -"Warunki techniczne", zapisów dotyczących opisu warunków udziału w Postępowaniu oraz informacji o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają przedłożyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

Odwołujący wskazał, iż zaskarżone rozstrzygnięcie Zamawiającego narusza jego interes prawny, albowiem wskazane w odwołaniu nieprawidłowości w SIWZ stanowią rażące naruszenie przepisów ustawy, co powoduje, że w przypadku wybrania w postępowaniu oferty złożonej przez Odwołującego się, nie będzie możliwe zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji narusza to interes prawny Odwołującego się, którego celem jest uzyskanie zamówienia publicznego objętego przedmiotowym postępowaniem.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o:

I. unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w niniejszej sprawie na podstawie art.93ust.1pkt 7 w zw. z art.146 ust.1pkt 6 Ustawy i art.58 ust.1i2kc;

II. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Jednocześnie, stosownie do § 1 ust. 1 pkt 3-5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 z późn. zrn.), Odwołujący informuje, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa w 2009 r. nowych szyn kolejowych:

-o profilu 60 EI wykonanych ze stali R260 w klasie tolerancji wykonania X i w klasie prostości, płaskości w ilości 63 155 mb, tj. ca 3 802, 563 ton,

-o profilu 49 EI wykonanych ze stali R260 w klasie tolerancji wykonania X i w klasie prostości, płaskości Aw ilości 30280 mb, tj. ca 1495,63 ton.

Odwołujący przedstawił następujące uzasadnienie odwołania.

Zamawiający zaprosił Odwołującego do składania ofert w postępowaniu. Wraz z zaproszeniem do składania ofert, Zamawiający przekazał Odwołującemu SIWZ. Po zapoznaniu się z SIWZ Odwołujący stwierdził, że zawiera ona wady prawne, które nie pozwalają na dopuszczenie do jej obowiązywania w postępowaniu. Wobec powyższego w dniu 27 lutego 2009 r. Odwołujący wniósł protest na treść SIWZ, żądając dostosowania

niektórych jej postanowień do wymogów prawnych poprzez wprowadzenie zmian wskazanych w proteście.

W dniu 4 marca 2009 r. Zamawiający zawiadomił pisemnie Odwołującego, iż oddalił powyższy protest w całości jako, jego zdaniem, bezzasadny.

W ocenie Odwołującego, powyższe rozstrzygnięcie jest nieprawidłowe, a to z następujących względów.

1. Naruszenie art. 5 i art. 353ze zn.1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 139 ust. 1 Ustawy do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy -Kodeks cywilny, chyba że co innego wynika z przepisów Ustawy. W konsekwencji, do umów tych zastosowanie znajdują także ogólne zasady prawa cywilnego, w tym w szczególności wynikająca z 353 ze zn.1 k.c. zasada swobody umów, zezwalająca stronom zawierającym umowę tak ułożyć dany stosunek prawny, aby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, a także wynikający z art. 5 k.c. zakaz czynienia ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Naruszenie powyższych zasad przez Zamawiającego należy ocenić jako rażące naruszenie ustawy, powodujące, iż Postępowanie należy uznać za obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego się doręczone mu wraz z zaproszeniem do składania ofert SIWZ istotne postanowienia umowy naruszają powyższe zasady, wynikające z art. 139 ustawy w zw. z art. 5 i 353 ze zn.1 k.c., a to z następujących względów.

1.1. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy zamawiający zobowiązany jest zamieścić w SIWZ: (i) istotne postanowienia umowy, które zostaną następnie wprowadzone do treści zawieranej w sprawie zamówienia publicznego umowy, albo

(ii) ogólne postanowienia umowy bądź wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach.

Z powyższego wynika zatem, iż ustawa wyraźnie rozróżnia dwa rodzaje elementów, jakie mogą zostać umieszczone w treści SIWZ, a mianowicie: istotne postanowienia umowy albo wzór umowy (wzorzec umowy), jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich właśnie warunkach. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny, istotne postanowienia umowne zawierają tylko te elementy przyszłej umowy, regulującej stosunek prawny pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, którego oferta została wybrana w toku postępowania jako najkorzystniejsza, które stanowią konstytutywne postanowienia tej umowy (tzw. jej istotna treść) (tak W. Łysakowski [w:] T. Czajkowski,

Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2006, str. 133). Pozostałe postanowienia umowy, nieujęte w istotnych postanowieniach umowy, powinny zaś zostać ustalone wspólnie przez obie strony umowy. Wzór umowy, w przeciwieństwie do istotnych postanowień umowy, obejmuje całość postanowień umownych regulujących dany stosunek prawny i jego treść nie podlega już dalszym negocjacjom z zamawiającym stosownie do art. 384 § 1 kc w zw. z art. 14 ust. 1 Ustawy. W niniejszym postępowaniu w treści SIWZ Zamawiający umieścił punkt 15, który zatytułował "Istotne postanowienia umowy". Zgodnie z wyżej przedstawioną definicją istotnych postanowień umownych, w punkcie tym powinna znaleźć się tylko istotne postanowienia umowy sprzedaży, czyli tzw. essentialia negotii (a zatem przedmiot sprzedaży i cena), w pozostałym zaś zakresie SIWZ powinien przewidywać negocjacje z wykonawcą, którego oferta została w toku postępowania wybrana jako najkorzystniejsza.

Tymczasem, wbrew powyższemu Zamawiający zawarł w ww. punkcie 15 SIWZ niemalże gotowy projekt umowy, obejmujący nie tylko istotną treść umowy, ale także inne elementy, w tym postanowienia końcowe. Nadto, w punkcie 13 SIWZ -"Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy", Zamawiający mianowicie wskazał, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie przygotowana wyłącznie przez Zamawiającego. Z dalszych postanowień punktu 13 SIWZ wynika zaś, iż wykonawca, którego oferta zostanie w ramach przetargu wybrana jako najkorzystniejsza, zobowiązuje się w ramach składanej oferty do przyjęcia bez zastrzeżeń istotnych warunków umownych określonych przez Zamawiającego w SIWZ, co potwierdza, iż Zamawiający wyklucza w ogóle negocjacje w zakresie wszelkich postanowień umowy o zamówienie publiczne. Powyższą interpretację potwierdza sam Zamawiający, poproszony o wyjaśnienie kwestii, czy dopuszcza on negocjacje z wykonawcą wybranym w toku Postępowania w zakresie nieuregulowanym istotnymi postanowieniami umowy, w piśmie z dnia 26 lutego 2009 r. , a następnie w rozstrzygnięciu protestu. Z uwagi na powyższe, treść SIWZ -należy uznać za wadliwą, albowiem Zamawiający poprzez wprowadzenie do SIWZ -przytoczonych powyżej zapisów naruszył art. 36 ust. 1 pkt 1 6, który jasno wskazuje, iż treść SIWZ powinna zawierać albo istotne postanowienia umowy albo gotowy, kompletny wzór umowy i nie zezwala na mieszanie tych pojęć. Jeżeli Zamawiający chciał wprowadzić istotne postanowienia umowne, to przy wskazywaniu warunków przyszłej umowy, powinien był ograniczyć się tylko do tzw. essentialia negotii umowy, natomiast w odniesieniu do pozostałych postanowień umowy wyraźnie przewidzieć negocjacje z wykonawcą zamówienia publicznego wybranym w toku postępowania. W przypadku zaś, gdyby zamiarem Zamawiającego było wprowadzenie wzoru umowy, to powinien był on przygotować projekt umowy, obejmujący w sposób wyczerpujący całość postanowień umowy i zatytułować punkt 15 SIWZ "Wzór umowy". Taki, wzór, zgodnie z wyżej wskazanym stanowiskiem byłby w

całości wiążący dla wykonawcy, którego oferta w toku postępowania została wybrana jako najkorzystniejsza w toku postępowania i zawierałby całość regulacji stosunku prawnego pomiędzy wykonawcą zamówienia publicznego a zamawiającym (art. 384 § 1 kc w zw. z art. 14 Ustawy). Wykluczenie zaś negocjacji warunków umowy, w sytuacji, gdy tak, jak w niniejszym stanie faktycznym, Zamawiający wyraźnie wskazuje, iż postanowienia umowy zawarte stanowią tylko istotne postanowienia umowy, a nie jej całą treść, i zastrzeżenie, iż pozostałe warunki umowy narzuci wyłącznie jedna ze stron umowy, narusza art. 5 i 353 1 kc w zw. z art. 139 ust. 1 Ustawy.

1.2 . Ponadto, Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w punkcie 15 SIWZ, zawierającym Istotne postanowienia umowne wprowadził liczne klauzule umowne, stanowiące w ocenie Odwołującego się naruszenie zasady równości stron stosunku cywilnoprawnego, naruszenie uczciwej konkurencji oraz przejaw naużywania "silniejszej" pozycji Zamawiającego. Powyższe jest o tyle istotne, iż stosownie do wyżej przytoczonych postanowień umownych zawartych w punkcie 13 SIWZ, udział podmiotu wykonującego zamówienie publiczne w ukształtowaniu umowy zostaje ograniczony wyłącznie do udzielenia zgody, niejako "na przyszłość", na wszelkie warunki umowne zaproponowane przez Zamawiającego, niezależnie od tego, czy są one dla wykonawcy akceptowalne, czy nie (przykłady postanowień naruszających interes wykonawcy, którego oferta zostanie w toku postępowania wybrana jako najkorzystniejsza zostaną wskazane poniżej). W konsekwencji wykonawca zamówienia publicznego nie ma żadnego wpływu na treść przyszłej umowy, a tym samym musi się on dostosować do "narzuconych" mu przez Zamawiającego postanowień. Odwołujący dalej wskazał, że stanowisko Zamawiającego przedstawione w rozstrzygnięciu protestu co do powyższych kwestii jest sprzeczne z przepisami ustawy. Według Zamawiającego bowiem, o tym, czy umowa jest zgodna z interesem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu i o tym, czy odpowiada ona przepisom prawa ma decydować okoliczność, że została ona sporządzona "na podstawie i w zgodności ze złożoną ofertą", a nie bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa. Zamawiający ponadto błędnie wskazuje, iż zabezpieczeniem ww. wykonawcy przed naruszeniem jego interesu jest art. 144 ust. 2 ustawy, podczas gdy powyższy przepis dotyczy zmian zawartej już umowy w stosunku do treści oferty, a nie ochrony przed jednostronnie narzuconymi postanowieniami przyszłej umowy.

Odwołujący dalej wskazał poniżej następujące klauzule zawarte w punkcie 15 SIWZ, mogące naruszać interes prawny wykonawcy zamówienia publicznego, którego oferta zostanie w Postępowaniu wybrana jako najkorzystniejsza.

1.2.1 Po pierwsze, Zamawiający w punkcie w § 8 ust. 4 istotnych postanowień umowy w punkcie 15 SIWZ ("IPU"), opisującym warunki gwarancji, zawarł zapis, zgodnie z którym "wykonawca może nie uznać reklamacji wyłącznie wtedy, gdy udowodni Zamawiającemu, że

wady powstały z winy Zamawiającego bądź gdy powstały w wyniku działania siły wyższej". Stosownie do tego postanowienia wykonawca zamówienia publicznego jest zobowiązany do uznania zasadności reklamacji Zamawiającego we wszystkich przypadkach zaistnienia wadliwości dostarczonych przez niego towarów, za wyjątkiem sytuacji, gdy wadliwość ta jest następstwem zawinionych działań Zamawiającego bądź działania siły wyższej. Powyższa klauzula nie tylko przerzuca ciężar dowodu na wykonawcę poprzez zobowiązanie go do wykazania braku swojej winy, ale także nakłada zatem na wykonawcę zamówienia publicznego bardzo szeroką odpowiedzialność za wadliwość dostarczonych przez niego rzeczy, obejmującą swoim zakresem także wady, zaistniałe na skutek okoliczności niezależnych od niego, ale nie będących następstwem ani działania siły wyższej ani zawinionych działań Zamawiającego. Tak ukształtowany zakres odpowiedzialności znacznie przekracza ramy odpowiedzialności wynikające z zasad ogólnych przewidzianych w kodeksie cywilnym. Wprowadzenie takiej klauzuli do umowy przez Zamawiającego stanowi zatem przejaw nadużywania przez niego pozycji dominującej i oznacza wprowadzanie w sposób arbitralny klauzul umownych rażąco niekorzystnych dla drugiej strony umowy. W tym miejscu dodatkowo należy zwrócić uwagę na powołane powyżej postanowienia umowne, wykluczające jakiegokolwiek negocjacje w przedmiocie zaproponowanych przez Zamawiającego postanowień umownych. Postanowienia te dodatkowo podkreślają fakt, nadużywania przez Zamawiającego pozycji dominującej, albowiem wymuszają one na wykonawcy zamówienia publicznego, aby ten niejako "na przyszłość" wyraził zgodę na takie jednostronne klauzule w umowie, działające wyłącznie na korzyść "silniejszej" strony umowy. W świetle powyższych okoliczności nie ulega zatem wątpliwości, iż wskazany powyżej zapis SIWZ narusza art. 139 Ustawy w związku z art. 5 i 3531 k.c.. Odwołujący dalej wskazał, że należy zwrócić uwagę, iż powyższe postanowienie umowne zdają się pomijać w ogóle sytuację, gdy reklamacja Zamawiającego jest niezasadna na skutek braku wystąpienia wady. Z § 8 ust. 4 IPU wynika, iż w takiej sytuacji wykonawca nie może nie uznać reklamacji albowiem nie wystąpiła żadna z przesłanek pozwalających wykonawcy nie uznać reklamacji Zamawiającego (siła wyższa, wina Zamawiającego).

1.2.2. W ocenie Odwołującego się przepis art. 139 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 5 i 3531 k.c. narusza także § 10 ust. 1 IPU (punkt 15 SIWZ), określający zasady korzystania przez strony umowy z prawa odstąpienia, to jest zapis, że w przypadku, gdy wykonawca nie dostarczy przedmiotu umowy w terminie określonym w umowie bądź dostawa będzie zrealizowana niezgodnie z przedmiotem umowy, Zamawiający może odstąpić od umowy z winy Wykonawcy, zachowując prawo do kary umownej w wysokości 10 % wartości umowy. Określone w powyższej klauzuli warunki skorzystania przez Zamawiającego z prawa odstąpienia są na tyle nieprecyzyjne i szerokie, iż pozwalają one Zamawiającemu na odstąpienie od umowy, z zachowaniem prawa do kary umownej, w sytuacji nawet bardzo

niewielkich, marginalnych uchybień ze strony wykonawcy zamówienia publicznego przy wykonaniu umowy, w przypadku których skorzystanie przez Zamawiającego z prawa odstąpienia byłoby nieadekwatne do rangi tego uchybienia. Nadto, należy podnieść, iż w przypadku zaistnienia takiego uchybienia Zamawiający nie tylko uzyskuje prawo do odstąpienia od całości umowy, ale zachowuje także prawo do kary umownej w wysokości 10% wartości całej umowy, a nie tylko tej części umowy, która została przez Zamawiającego niezrealizowana. Zdaniem Protestującego wprowadzenie przez Zamawiającego nadmiernie wygórowanej kary umownej, której wysokość jest zależna od wartości całej umowy, a nie wartości niewykonanej części umowy, a w konsekwencji w żaden sposób nie powiązana z rangą i charakterem nienależytego wykonania umowy, jest niezgodne z przepisami kodeksu cywilnego. Za takim stanowiskiem opowiedział się także pośrednio Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 29 października 2003 r. wskazując, iż kary umowne nie można uznać za rażąco wygórowaną, jeżeli przewidziana jest od wartości partii dostawy, a nie wartości całej umowy, jak ma to miejsce w niniejszym stanie faktycznym (wyr. Zespołu Arbitrów z 29.10.2003., sygn. akt UZP/ZO/O-1736/03). Biorąc pod uwagę powyższe, a także fakt, iż Zamawiający wyklucza negocjacje w odniesieniu do wszystkich postanowień umownych zawartych w punkcie 15 SIWZ, należy uznać wskazaną klauzulę za niezgodną z powołanymi na wstępie przepisami prawa.

1.2.3. Odwołujący wskazał ponadto, iż za niezgodny z art. 139 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 5 i 353 ze zn.1 kc należy ponadto uznać umieszczony w w § 11 ust. 4 IPU (punkt 15 SIWZ), określającym konsekwencje działania siły wyższej, zgodnie z którym "w przypadku gdy czas trwania siły wyższej miałby przekroczyć 45 dni, Zamawiający jest upoważniony do odstąpienia od umowy na niewykonaną część dostawy całkowicie lub częściowo". Odnośnie powyższego postanowienia umownego należy przede wszystkim zauważyć, iż jest ono ogólne i mało precyzyjne, co utrudni przyszłą interpretację umowy. Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, iż stosownie do tego zapisu, Zamawiający może odstąpić bądź częściowo bądź całkowicie od umowy w zależności od swojego uznania, a zatem niezależnie od tego, jaka w rzeczywistości część umowy została już wykonana. Ponadto, postanowienie to nie wskazuje, kiedy, to jest w jakim terminie zastrzeżone prawo odstąpienia przysługuje Zamawiającemu. W tym miejscu wypada nadmienić, iż zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego (art. 395 § 1kc) nie zastrzeżenie w umowie przez strony w odniesieniu do umownego prawa odstąpienia terminu, w jakim to uprawnienie przysługuje, powoduje, iż wykonanie tego uprawnienia będzie nieskuteczne. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż prawo do odstąpienia od umowy w przypadku zaistnienia siły wyższej przez okres przekraczający 45 dni zostało zastrzeżone wyłącznie na rzecz Zamawiającego, natomiast umowa prawa takiego nie przyznaje wykonawcy zamówienia publicznego, co w sposób

oczywisty narusza wskazane na wstępie zasady, wynikające z art. 139 Ustawy w związku z art. 5 i 3531 kc.

W ocenie Odwołującego powyższe zapisy umowne zawarte w IPU zamieszczonym w SIWZ należy uznać za wadliwe i niezgodne z przepisami ustawy. Z uwagi na wykluczenie negocjacji w zakresie umowy należy uznać je także za przejaw nadużywania przez Zamawiającego jego "silniejszej" pozycji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co narusza zasady równości stron i uczciwej konkurencji, a tym samym powinny zostać potraktowane jako naruszające art. 5 i 353 ze zn.1 kc w zw.zart. 139 ust. 1 ustawy. W konsekwencji przedmiotowe zapisy umowne są bezwzględnie nieważne. Wprowadzenie przez Zamawiającego takich postanowień umowy (nawet jeżeli jest to tylko jej projekt), a następnie zaniechanie ich wykreślenia bądź zmiany jak sugerował w proteście Odwołujący, skutkuje nieważnością postępowania, wprowadzone bowiem przez Zamawiającego do umowy, która w całości i bez możliwości zgłaszania zastrzeżeń zgodnie z postanowieniami SIWZ ma być zaakceptowana przez wykonawcę nieważnych klauzul może w przyszłości doprowadzić do zaistnienia na tle obowiązywania tych klauzul sporów, a to w efekcie może narazić Zamawiającego na dodatkowe koszty. Powyższe ma szczególnie istotne znaczenie, jeśli uwzględnić specyfikę postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, finansowanego ze środków publicznych, co nakłada na podmioty udzielające zamówień publicznych obowiązek szczególnej staranności przy prowadzeniu tych postępowań.

2. Naruszenie art. 29 ust. 1 Ustawy

Podniesione w punkcie 1 powyżej okoliczności wskazujące na wadliwość zapisów SIWZ o IPU mają o tyle istotne znaczenie, iż kwestionowane postanowienia określają, na jakich warunkach ma być realizowana w przyszłości dostawa szyn, a w konsekwencji, wbrew stanowisku Zamawiającego wynikającym z rozstrzygnięcia protestu, określają także przedmiot zamówienia. Stanowią one bowiem istotną informację dla uczestników Postępowania dotyczącą przyszłej umowy, pozwalającą im ustalić, w jaki sposób powinni zrealizować dostawę oraz jaki będzie ich zakres odpowiedzialności z tytułu wykonania umowy. Kwestie te wpływają oczywiście na oferowaną cenę, która jest wszakże uwarunkowana nie tylko wartością przedmiotu dostawy, ale i także warunkami realizacji tej dostawy. Ustalenie zatem w sposób nieprecyzyjny przez Zamawiającego warunków tej umowy w SIWZ, w szczególności poprzez udzielanie sprzecznych informacji w odniesieniu do charakteru wskazanych w SIWZ warunków umownych, a mianowicie, czy mają one charakter istotnych postanowień umowy, czy też wzoru umowy, ma w konsekwencji wpływ na wysokość cen zaproponowanych przez oferentów w toku Postępowania (Odwołujący zaznacza się, iż w proteście tę niejasność umowy wykazywał na przykładzie sprzeczności SIWZ w zakresie terminu płatności). Skoro zatem warunki przyszłej umowy mogą wpływać

na wysokość ceny przedmiotu zamówienia i są brane pod uwagę przez oferentów przy jej ustalaniu, to w ocenie Odwołującego należy zatem uznać, iż wprowadzenie niejasnych postanowień umownych stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 Ustawy, nakazującego Zamawiającemu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący opisać przedmiot zamówienia.

3. Naruszenie przepisu art. 51 ust. 4 zd. 2 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 Ustawy. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy, opis warunków udziału w Postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, a także wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu stanowią co do zasady obligatoryjne elementy specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stosownie jednak do art. 51 ust. 1 zd. 2 ustawy obowiązek umieszczenia powyższych elementów w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia został wyłączony w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego. W postępowaniach tego rodzaju powyższe elementy stanowią obligatoryjny element treści ogłoszenia, informującego o przetargu ograniczonym (art. 48 ust. 2 pkt 6 i 7 ustawy), które to stanowi podstawę do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez wykonawców. Umieszczenie tych informacji dopiero w SIWZ, która to zgodnie z art. 51 ust. 4 ustawy przekazywana jest wykonawcy wraz z zaproszeniem do składania ofert, a zatem już na etapie po dokonaniu oceny wniosków złożonych przez wykonawców w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie Zamawiającego o zamówieniu i wyłonieniu spośród wnioskodawców wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu należy w konsekwencji uznać za niegodne z ustawą. W SIWZ w punkcie 4 - "Warunki techniczne" Zamawiający umieścił informacje, wskazujące jakie warunki powinny spełniać oferowane przez zaproszonych do udziału w Postępowaniu szyny, a także jakie dokumenty powinien przedłożyć oferent dla potwierdzenia odpowiedniej jakości szyn.

Powyższe postanowienia SIWZ stanowią zapisy określające warunki udziału w Postępowaniu, a także informację wskazującą oświadczenia i dokumenty, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Wprowadzenie powyższych zapisów do SIWZ jest w świetle powyższych rozważań istotnym naruszeniem ustawy. Zgodnie z art. 38 ust. 4b Ustawy niedopuszczalne jest dokonywanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia w zamówieniu. Z uwagi na powyższe, nie jest zatem już możliwe dokonanie zmiany treści SIWZ w tym zakresie. W ocenie zatem Odwołującego się powyższe naruszenie przepisów ustawy z uwagi na swój rażący charakter stanowi zatem podstawę do unieważnienia Postępowania.

Pismem z dnia 27 lutego 2009r. ThyssenKrupp GfT Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (Odwołujący) w związku z doręczeniem Protestującemu w dniu 19 lutego 2009 r. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) mając na uwadze otrzymane przez Odwołującego w dniu 26 lutego 2009 r. pismo Zamawiającego stanowiące odpowiedź Zamawiającego na pytania do SIWZ (ILG2e-231-02108/2009), na zasadzie art. 180 ust. 1w związku z art. 179 i art. 180 ust. 4 pkt 2 ustawy złożył protest na treść SIWZ. .

Protestujący zarzuca SIWZ:

1. naruszenie przepisu art. 51 ust. 4 zd. 2 w związku z przepisem art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy poprzez umieszczenie przez Zamawiającego w punkcie 4- Warunki techniczne- opisu warunków udziału w Postępowaniu oraz informacji o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają przedłożyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, .

2. naruszenie przepisu art. 139 Ustawy w związku z przepisami art. 5 i art. 3531 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. -Kodeks cywilny (Dz. U. Nr16, poz. 93 z późn.zm.) ("k.c.") poprzez:

-jednostronne narzucenie wykonawcy zamówienia publicznego warunków umowy, regulującej realizację zamówienia publicznego i wykluczenie w tym zakresie jakichkolwiek negocjacji,

-wprowadzenie do umowy postanowień, które naruszają zasadę równości stron i stawiają w nadmiernie uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego,

-jednostronne narzucenie nadmierne uciążliwych postanowień umownych na wykonawcę zamówienia publicznego,

3. naruszenie przepisu art. 29ust.1ustawy przez niedokonanie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich warunków mających wpływ na sporządzenie oferty, a następnie na realizację zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o:

1. wykreślenie z treści SIWZ zapisów zawartych w punkcie 4 SIWZ,

2. zmianę zapisów w punkcie 13 SIWZ wskazujących, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie przygotowana przez Zamawiającego, a także modyfikację postanowień nakładających na wykonawcę obowiązek przyjęcia w ramach składanej oferty bez zastrzeżeń istotnych warunków umownych określonych przez Zamawiającego w SIWZ i dopuszczenie możliwości przeprowadzenia negocjacji z wykonawcą zamówienia publicznego w zakresie istotnych warunków umowy celem ich modyfikacji (punkt 15 SIWZ ("IWU")),

3. wykreślenie ust. 4w § 8 IWU,

4. zmianę zapisu w § 10 ust. 1 IWU przez doprecyzowanie, kiedy Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy i jednocześnie wprowadzenie postanowienia uzależniającego wysokość kary umownej od wartości niewykonanej umowy,

5. zmianę w § 11 ust. 4 IWU przez wprowadzenie terminu, w jakim Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy oraz wprowadzenie analogicznego prawa odstąpienia dla wykonawcy zamówienia publicznego,

6. zastąpienie w punkcie 5 SIWZ frazy minimalny termin płatności frazą „termin płatności” bądź ewentualnie wykreślenie w § 3 ust. 6 IWU (punkt 15 SIWZ) liczby .30· i pozostawienie w tym miejscu luki na wpisanie terminu podanego przez uczestnika Postępowania, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący w złożonym proteście wskazał, że powyższe zaskarżone postanowienia SIWZ naruszają interes prawny Odwołującego, przez bezpodstawne określanie wymogów stawianych wykonawcom, w tym Odwołującemu, których spełnienie nie ma wpływu na wykonanie zamówienia, a jednocześnie może doprowadzić do wykluczenia Odwołującego z Postępowania (przykładowo wprowadzenie wymogu przedłożenia dodatkowych wyników badań laboratoryjnych, które stanowią element "Świadectwa odbioru szyn").

Wskazane w niniejszym proteście naruszenia przepisów ustawy bezprawnie ograniczają prawa wykonawców, w tym Odwołującego, w zakresach przedstawionych w niniejszym proteście. Nadto wskazane w proteście nieprawidłowości w zakresie działania Zamawiającego stanowią rażące naruszenie przepisów ustawy, co w konsekwencji prowadzić może do braku możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co naruszy interes prawny Odwołującego, którego celem jest uzyskanie zamówienia publicznego objętego przedmiotowym Postępowaniem.

W uzasadnieniu Odwołujący przedstawił następującą argumentację formalno – prawną.

W dniu 19 lutego 2009 r. Zamawiający zaprosił Odwołującego do składania ofert w Postępowaniu. Wraz z zaproszeniem do składania ofert, Zamawiający przekazał Odwołującemu SIWZ. Po zapoznaniu się z SIWZ Odwołujący stwierdził, że zawiera ona wady prawne, które nie pozwalają na dopuszczenie do jej obowiązywania w Postępowaniu. Odwołujący stwierdził w szczególności, że SIWZ w jego obecnym brzmieniu jest niezgodny z przepisami ustawy, a to z następujących względów.

1. Naruszenie przepisu art. 51 ust. 4 zd. 2 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, a także wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu stanowią co do zasady obligatoryjne elementy specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stosownie jednak do art. 51 ust. 4 zd. 2 Ustawy obowiązek umieszczenia powyższych elementów w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia został wyłączony w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego. W postępowaniach tego rodzaju powyższe elementy stanowią obligatoryjny element treści ogłoszenia, informującego o przetargu ograniczonym (art. 48 ust. 2 pkt 6 i 7 ustawy), które to stanowi podstawę do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez wykonawców. Umieszczenia tych informacji dopiero w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która to zgodnie z art. 51 ust. 4 ustawy przekazywana jest wykonawcy wraz z zaproszeniem do składania ofert, a zatem już na etapie po dokonaniu oceny wniosków złożonych przez wykonawców w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie Zamawiającego o zamówieniu i wyłonieniu spośród wnioskodawców wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu należy w konsekwencji uznać za niegodne z Ustawą. W SIWZ w punkcie 4 -"Warunki techniczne" Zamawiający umieścił informacje, wskazujące jakie warunki powinny spełniać oferowane przez zaproszonych do udziału w Postępowaniu szyny, a także jakie dokumenty powinien przedłożyć oferent dla potwierdzenia odpowiedniej jakości szyn. Powyższe postanowienia SIWZ stanowią zapisy 'określające warunki udziału w Postępowaniu, a także informację wskazującą oświadczenia i dokumenty, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu Wprowadzenie powyższych zapisów do SIWZ w ocenie Odwołującego jest w świetle powyższych rozważań rażącym naruszeniem Ustawy.

2. Naruszenie przepisu art. 139 ustawy w związku z art. 5 i 353 ze zn. 1 k.c..

Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy -Kodeks cywilny, chyba że co innego wynika z przepisów ustawy. W konsekwencji do umów tych zastosowanie znajdują także ogólne zasady prawa cywilnego, w tym w szczególności wynikająca z 3531 zasada swobody umów, zezwalająca stronom zawierającym umowę tak ułożyć dany stosunek prawny, aby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, a także wynikający z art. 5 kc zakaz czynienia ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami

współzycia społecznego. Naruszenie powyższych zasad przez Zamawiającego należy ocenić jako rażące naruszenie ustawy, powodujące, iż Postępowanie należy uznać za obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego doręczony mu wraz z zaproszeniem do składania ofert SIWZ narusza powyższe zasady, wynikające z art.139 Ustawy w zw.z art.5 i 353 ze zn.1kc, a to z następujących względów:

2.1. Po pierwsze, należy wskazać, iż w punkcie 13 SIWZ -"Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy" Zamawiający zastrzegł, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie przygotowana wyłącznie przez Zamawiającego (w wyjaśnieniach do SIWZ, zawartych w piśmie z dnia 26 lutego 2009 r. Zamawiający odnosi się w odpowiedzi do pytania nr 6 do zawartej już umowy, nie zaś do etapu doręczonego wykonawcom SIWZ, która zawiera IWU, w oparciu o które umowa ma zostać dopiero sporządzona). W dalszych postanowieniach we wskazanym powyżej punkcie SIWZ Zamawiający wprowadził zapis, zgodnie z którym Wykonawca, którego oferta zostanie w ramach przetargu wybrana jako najkorzystniejsza, zobowiązuje się w ramach składanej oferty do przyjęcia bez zastrzeżeń istotnych warunków umownych określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Przytoczone powyżej postanowienia w sposób oczywisty naruszają powołane powyżej zasady. Na skutek bowiem powyższych postanowień wyłączne uprawnienie do decydowania o treści umowy regulującej treść stosunku prawnego łączącego Zamawiającego i przyszłego wykonawcę zamówienia publicznego uzyskuje Zamawiający, który w całkowicie jednostronny i arbitralny sposób może ten stosunek kreować. Udział podmiotu wykonującego zamówienie publiczne zostaje zaś ograniczony wyłącznie do udzielenia zgody, niejako "na przyszłość", na wszelkie istotne warunki umowne zaproponowane przez Zamawiającego, niezależnie od tego, czy są one dla niego korzystne czy nie. Poprzez udzielenie takiej zgody "na przyszłość" na wszystkie istotne warunki umowne wykluczone zostają jakiegokolwiek negocjacje odnośnie treści istotnych warunków umowy. Wprowadzenie takiego zapisu do SIWZ stanowi zatem, w ocenie Odwołującego, przejaw nadużywania przez Zamawiającego jego pozycji dominującej poprzez wykluczenie wpływu jednej ze stron przyszłej umowy o zamówienie publiczne na jej treść i jednostronne narzucenie tej stronie zaproponowanych przez Zamawiającego warunków umowy, co bez wątplenia narusza art. 139 Ustawy w związku z art. 5 i 353 ze zn.1 k.c.

2.2. Po drugie, Zamawiający w punkcie w § 8 ust. 4 IWU (punkt 15 SIWZ), opisującym warunki gwarancji, zawarł zapis, zgodnie z którym "wykonawca może nie uznać reklamacji wyłącznie wtedy, gdy udowodni Zamawiającemu, że wady powstały z winy Zamawiającego

bądź gdy powstały w wyniku działania siły wyższej". Stosownie do tego postanowienia wykonawca zamówienia publicznego jest zobowiązany do uznania zasadności reklamacji Zamawiającego we wszystkich przypadkach zaistnienia wadliwości dostarczonych przez niego towarów, za wyjątkiem sytuacji, gdy wadliwość ta jest następstwem zawinionych działań Zamawiającego bądź działania siły wyższej. Powyższa klauzula nakłada zatem na wykonawcę zamówienia publicznego bardzo szeroką odpowiedzialność za wadliwość dostarczonych przez niego rzeczy, obejmującą swoim zakresem także wady, zaistniałe na skutek okoliczności niezależnych od niego, ale nie będących następstwem ani działania siły wyższej ani zawinionych działań Zamawiającego. Przewidziana zatem przez powyższą klauzulę odpowiedzialność znacznie przekracza tę wynikającą z zasad ogólnych przewidzianych w kodeksie cywilnym. Wprowadzenie takiej klauzuli do umowy przez Zamawiającego stanowi zatem kolejny przejaw nadużywania przez niego pozycji dominującej i wprowadzania w sposób arbitralny klauzul umownych rażąco niekorzystnych dla drugiej strony umowy. W tym miejscu dodatkowo należy zwrócić uwagę na powołane powyżej postanowienia umowne, wykluczające jakiegokolwiek negocjacje w przedmiocie zaproponowanych przez Zamawiającego postanowień umownych. Postanowienia te dodatkowo podkreślają fakt, nadużywania przez Zamawiającego pozycji dominującej, albowiem wymuszają one na wykonawcy zamówienia publicznego, aby ten niejako na przyszłość wyraził zgodę na takie jednostronne klauzule w umowie, działające wyłącznie na korzyść „silniejszej” strony umowy. W świetle powyższych okoliczności nie ulega zatem wątpliwości, iż wskazany powyżej zapis SIWZ narusza art. 139 Ustawy w związku z art. 5 i 353 ze zn.1 kc. Na marginesie Odwołujący wskazał, że należy zwrócić uwagę, iż powyższe postanowienie umowne zdaje się pomijać w ogóle sytuację, gdy reklamacja Zamawiającego jest niezasadna na skutek braku wystąpienia wady. Z § 8 ust. 4 istotnych warunków umowy wynika, iż w takiej sytuacji wykonawca nie może nie uznać reklamacji albowiem nie wystąpiła żadna z przesłanek pozwalających wykonawcy nie uznać reklamacji Zamawiającego (siła wyższa, wina Zamawiającego).

2.3. W ocenie Protestującego przepis art. 139 Ustawy w zw. z art. 5 i 353 kc narusza także § 10 ust IWU (punkt 15 SIWZ), określający zasady korzystania przez strony umowy z prawa odstąpienia, to jest zapis, że w przypadku, gdy wykonawca nie dostarczy przedmiotu umowy w terminie określonym w umowie bądź dostawa będzie zrealizowana niezgodnie z przedmiotem umowy, Zamawiający może odstąpić od umowy z winy Wykonawcy, zachowując prawo do kary umownej w wysokości 10 % wartości umowy. Określone w powyższej klauzuli warunki skorzystania przez Zamawiającego z prawa odstąpienia są na tyle nieprecyzyjne i szerokie, iż pozwalają one Zamawiającemu na odstąpienie od umowy w sytuacji nawet bardzo niewielkich niedopatrzeń ze strony wykonawcy zamówienia publicznego przy wykonaniu umowy (przykładowo, gdy wykonawca zamówienia publicznego

dostarczy o 1 szynę za mało w stosunku do ilości wynikającej z umowy), w przypadku których skorzystanie przez Zamawiającego z prawa odstąpienia byłoby nieadekwatne do rangi tego niedopatrzenia. Nadto, należy podnieść, iż w przypadku zaistnienia takiego ,niedopatrzenia' Zamawiający nie tylko uzyskuje prawo do odstąpienia od całości umowy, ale zachowuje także prawo do kary umownej w wysokości 10% wartości całej umowy, a nie tylko tej części umowy, która została przez Zamawiającego niezrealizowana. Zdaniem Odwołującego wprowadzenie przez Zamawiającego nadmiernie wygórowanej kary umownej, której wysokość jest zależna od wartości całej umowy, a nie wartości niewykonanej części umowy, a w konsekwencji w żaden sposób nie powiązana z rangą i charakterem nienależytego wykonania umowy, jest niezgodne z przepisami kodeksu cywilnego. Klauzula ta zatem, w ocenie Odwołującego, narusza zasadę równości stron, obowiązującą w prawie cywilnym, i stawia jedną ze stron umowy w nadmiernie uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do drugiej. Odnosząc się do niniejszego punktu i punktu 2.2 protestu, trzeba przyznać, iż prawdą jest, że –jak wskazuje Zamawiający w wyjaśnieniach do SIWZ, zawartych w piśmie z dnia 26 lutego 2009 r. –w sprawach nieuregulowanych w IWU mają zastosowanie przepisy ustawy oraz kodeks cywilny, jednakże dotyczy to jedynie sytuacji nieuregulowanych w IWU, zatem zapisy umowne proponowane w IWU nie zostaną wyłączone na skutek zastosowania zasad ogólnych kodeksu cywilnego.

2.4. Odwołujący w złożonym proteście wskazuje ponadto, iż za niezgodny z art. 139 Ustawy w zw. z art. 5 i 3531 kc należy ponadto uznać umieszczony w § 11 ust. 4 IWU (punkt 15 SIWZ), określającym konsekwencje działania siły wyższej, zgodnie z którym ,w przypadku gdy czas trwania siły wyższej miałby przekroczyć 45 dni, Zamawiający jest upoważniony do odstąpienia od umowy na niewykonaną część dostawy całkowicie lub częściowo". Odnośnie powyższego postanowienia umownego należy przede wszystkim zauważyć, iż jest ono ogólne i mało precyzyjne, co pozwala na jego dowolną interpretację przez przyszłe strony umowy. Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, iż stosownie do tego zapisu Zamawiający może odstąpić bądź częściowo bądź całkowicie od umowy w zależności od swojego uznania, a zatem niezależnie od tego, jaka w rzeczywistości część umowy została już wykonana. Ponadto, postanowienie to nie wskazuje, kiedy, to jest w jakim terminie zastrzeżone prawo odstąpienia przysługuje Zamawiającemu. Ponadto zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego (art. 395 i 492 kc) nie zastrzeżenie w umowie przez strony w odniesieniu do umownego prawa odstąpienia terminu, w jakim to uprawnienie przysługuje, powoduje, iż wykonanie tego uprawnienia będzie nieskuteczne. Ponadto prawo do odstąpienia od umowy w przypadku zaistnienia siły wyższej przez okres przekraczający 45 dni zostało zastrzeżone wyłącznie na rzecz Zamawiającego, natomiast umowa prawa takiego nie przyznaje wykonawcy

zamówienia publicznego, co w sposób oczywisty narusza wskazane na wstępie zasady, wynikające z art. 139 Ustawy w związku z art. 5 i 3531 kc.

3. Naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 Ustawy.

Stosownie do przepisu art. 29 ust. 1 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. Z powyższego wynika zatem, iż Zamawiający jest zobowiązany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący dokonać opisu przedmiotu zamówienia, przy czym opis taki winien uwzględniać wszystkie elementy, okoliczności i warunki mające wpływ na sporządzenie oferty, a następnie na realizację zamówienia przez wykonawcę. W ocenie Protestującego doręczony mu SIWZ nie spełnia powyższych warunków z następujących względów.

Na potwierdzenie powyższego Odwołujący w złożonym proteście zwraca uwagę na zaistniałą w ramach SIWZ następującą sprzeczność. W punkcie 5 SIWZ Zamawiający wskazał, iż wymagany minimalny termin płatności wynosi 30 dni od dnia otrzymania faktury, podczas gdy w § 3 ust. 6 IWU (punkt 15 SIWZ) postanawia on, iż płatność będzie realizowana przez odbiorców faktur w terminie 30 dni od dnia otrzymania prawidłowo wystawionej faktury. Na tle powyższych zapisów powstaje zatem wątpliwość, w jakim terminie rzeczywiście Zamawiający będzie realizował płatności i czy, a jeśli tak, to jaki wpływ na wybór oferty ma podanie innego terminu płatności niż wynikający z istotnych warunków umowy. Wątpliwości te są o tyle istotne, iż mogą one mieć wpływ na sporządzenie samej oferty (nie jest jasne, czy można podać inny termin niż 30 dni), a także na późniejszą realizację zamówienia przez wykonawcę. Odwołujący w proteście podnosi, iż powyższa sprzeczność może wywołać w przyszłości nieporozumienia pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą zamówienia publicznego, albowiem z SIWZ –u nie wynika w sposób jednoznaczny, co się stanie w sytuacji, gdy w ofercie wykonawca zamówienia publicznego poda odmienny termin płatności od wskazanego w SIWZ minimalnego terminu płatności, a także wskazanego w IWU terminu płatności. Zdaniem Odwołującego wątpliwości odnośnie wskazanej sprzeczności, a także konsekwencji wskazania odmiennego terminu płatności niż 30 dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury nie rozwiały wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 26 lutego 2009r. Z wyjaśnień tych wynika, iż Zamawiający w § 6 ust. 3 IWU, a także umowie wpisze termin płatności, wskazany przez wykonawcę zamówienia w formularzu oferty (oczywiście z zastrzeżeniem, że termin ten nie może być krótszy niż 30 dni). Powyższe zapisy SIWZ są jednakże dalej niejasne z tego względu, że IWU w sposób stanowczy wskazuje, iż termin płatności to 30 dni od dnia otrzymania prawidłowo wystawionej faktury i w żadnym miejscu nie wprowadza możliwości modyfikacji tego terminu.

Dodatkowo po raz kolejny zwrócić uwagę należy na zapis w punkcie 13 SIWZ, zgodnie z którym wykonawca zobowiązuje się do przyjęcia bez zastrzeżeń IWU określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Powyższy zapis narzuca interpretację, iż nie została przewidziana możliwość zmiany terminu wskazanego w IWU na inny niż 30 dni od dnia otrzymania prawidłowo wystawionej faktury, co z kolei nie jest zgodne z ww. wyjaśnieniami Zamawiającego. W konsekwencji zdaniem Odwołującego dotyczącwgo terminu płatności za dostawę w dalszym ciągu pozostają w sprzeczności do postanowień ust. 6 IWU, a co za tym idzie należy je uznać za nieprawidłowe w świetle art. 29 ust. 1 ustawy.

Zamawiający pismem z dnia 04.03.2009r. oddalił protest w całości uznając go za bezzasadny.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający przedstawił następującą argumentację formalno –prawną.

Dotyczy pkt 1 protestu.

Protestujący (Odwołujący) powołując się na zapisy art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 w związku z art. 51 ust. 4 ustawy zarzuca Zamawiającemu brak informacji w Ogłoszeniu o zamówieniu o warunkach udziału w postępowaniu. Należy zauważyć, że przywoływane przez Protestującego Warunki udziału w postępowaniu są warunkami podmiotowymi, odnoszącymi się do Wykonawcy w tym do jego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Art. 25 ust. 2 ustawy oraz Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów jakie można żądać od Wykonawcy oraz form, w jakich te mogą być składane jednoznacznie określają jakich dokumentów może żądać Zamawiający od Wykonawcy, wyłączając na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Zamawiających sektorowych, w tym Zamawiającego-PKP Polskie Linie Kolejowe S,A" Ustawodawca wyłączył od stosowania w przetargu ograniczonym przepisów art, 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy, jednakże zamieścił je w art. 48 ust. 2 pkt 6 i 7, mając na względzie dwuetapowość postępowania, tj. kwalifikacja Wniosków, w tym weryfikacja Wykonawców pod względem spełniania przez nich Warunków udziału w postępowaniu, a następnie weryfikacja złożonych ofert przez Wykonawców pod względem przedmiotowym oraz najlepszego spełniania kryteriów oceny ofert -art. 91 ust. 2 i 3 ustawy. Ustawa w art. 51 ust. 1, 1 a, 2, 3,jednoznacznie stwierdza, że na etapie składania Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, rozstrzyga się kwestia spełniania, bądź nie spełniania przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu.

Jednocześnie należy zauważyć, że ustawa w art. 48 ust. 2 nie przewiduje informowania Wykonawców w Ogłoszeniu o zamówieniu, jakich dokumentów przedmiotowych wraz z

ofertą, na produkt będzie żądał Zamawiający. Podanie takich informacji w Ogłoszeniu o zamówieniu staje się jedynie dobrą wolą a nie obowiązkiem Zamawiającego.

Należy zauważyć, że Protestujący w swoim proteście strona 3, potwierdza powyższe stanowisko Zamawiającego, opisując, że etap oceny Wniosków złożonych przez Wykonawców, jest etapem wyłonienia spośród wnioskodawców wykonawców, tych którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Reasumując Zamawiający zarzuty pkt 1 protestu wg powyższego uważa za bezzasadne.

Dotyczy pkt 2 z protestu. W pkt 2 protestu Protestujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 139 ustawy, w związku z art. 5 i 353 ze zn.1 kodeksu cywilnego, poprzez:

2.1 zapis punktu 13 SIWZ, w którym. Zamawiający określił, że przygotowuje Umowę o zamówieniu publicznym,

2.2 § 8 ust. 4 Istotnych postanowień umowy (dalej zwany: IPU) (pkt15 SIWZ), podczas opisywania powodów nie uznania przez Wykonawcę gwarancji za przedmiot umowy,

2,3 §10 ust. 1 IPU, poprzez określenie przez Zamawiającego kar umownych za niewykonanie warunków umowy, a w szczególności za niewykonanie umowy,

2.4 §11ust. 4 IPU, poprzez określenie kiedy .Zamawiający może odstąpić od umowy lub części umowy.

Ad.2.1

Zamawiający wprowadzając zapisy IPU (pkt 15 SIWZ), miał na uwadze zabezpieczenie swoich interesów, bez naruszania interesów Wykonawców, z zachowaniem obowiązujących przepisów prawa i ogólnie przyjętych norm współżycia społeczno-gospodarczego, w tym z zachowaniem przepisów art, 3531 Kodeksu cywilnego.

Dobrym zwyczajem od wielu lat staje się fakt, że to strona, która jest inicjatorem zawarcia umowy - przygotowuje tą umowę.

Należy zauważyć, że umowa jest sporządzana na podstawie i w zgodności ze złożoną ofertą i zapisami SIWZ, a więc nie jest możliwe, że zostanie ona stworzona w sposób naruszający interes prawny Wykonawcy. Ustawodawca zabezpieczył Wykonawcę, w tym i Protestującego od takiego naruszenia-w art. 144 ust.2 ustawy.

Ad.2.2

Należy zauważyć, że postanowienia umowy precyzują jedynie ogólne postanowienia Kodeksu cywilnego, które zgodnie z art, 139 Prawa zamówień publicznych mają

zastosowanie do umów o zamówienie publiczne. Zgodnie z art. 578 Kodeksu cywilnego, odpowiedzialność z tytułu gwarancji obejmuje tylko wady powstałe z przyczyn tkwiących w sprzedanej rzeczy, chyba, że gwarancja stanowi inaczej.

Zgodnie z § 8 ust 2 IPU "Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia nowej partii przedmiotu umowy jeżeli stwierdzono wady, które ujawniły się w okresie gwarancji i powstały z przyczyn tkwiących w sprzedanej rzeczy".

Nie może zatem być mowy o odpowiedzialności z tytułu udzielonej gwarancji w przypadku, gdy wady wynikają na przykład ze złego użytkowania lub składowania.

Ad.2.3

zamawiający wprowadzając zapis §10 ust. 1 IPU oraz § 7 IPU zabezpieczył swoje interesy przed nie wykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, dostawy przez Wykonawcę. Wysokość zastrzeżonych kar umownych jest uzasadniona specyfiką przedmiotu zamówienia.

Przedmiot zamówienia jest bowiem podstawowym elementem mającym wpływ na bezpieczeństwo transportu kolejowego, w tym również bezpieczeństwo korzystających z niego ludzi.

Oprotestowane zapisy są podyktowane pilną potrzebą udzielenia zamówienia i realizacji dostaw do jednostek odpowiedzialnych za infrastrukturę kolejową, będącą w zarządzaniu Zamawiającego, poprzez wyegzekwowanie zgodnej z umową realizacji dostaw.

Prawo dopuszcza poprzez kary umowne formę mobilizacji Wykonawcy do rzetelnego i zgodnego z zapisami zrealizowania umowy.

Zamawiający wskazuje, iż na obecnym etapie postępowania nie można stwierdzić, że określone przez Zamawiającego kary umowne są zbyt wysokie.

Może się bowiem okazać, iż nawet nieznaczne opóźnienie może spowodować koszty wyższe od poziomu zastrzeżonych kar umownych.

Zapisy art, 484 §1 Kodeksu cywilnego dają prawo zamawiającemu żądania kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, bez względu na wysokość poniesionej straty, z kolei Wykonawca ma prawo do wystąpienia o miarkowanie wysokości kary umownej.

Ad.2.4

Zamawiający w §11 ust. 4 IPU zastrzegł sobie prawo do odstąpienia od umowy na niewykonaną część dostawy całkowicie lub częściowo, w przypadku, gdy czas trwania siły wyższej miałby przekroczyć 45 dni, jednocześnie określając w piśmie ILG2e-231-02/08/2009 pkt 12 termin powiadomienia Wykonawcy o tym fakcie, iż niezwłocznie po ustaleniu podejrzenia zajścia omawianych okoliczności.

Nie ma w zapisie §11 ust. 4 IPU złej woli Zamawiającego, a jedynie próba zabezpieczenia się przed sytuacją, której nie można było przewidzieć na etapie zawierania umowy.

Umowa przewiduje prawo również dla Wykonawcy, w chwili działania siły wyższej, poprzez przedłużenie dostaw, oraz brak roszczeń między stronami w wyniku jej działania -§11 ust. 1i 2 IPU.

Jednocześnie Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu wskazał, że kwestionowane przez Protestującego zapisy IPU są niczym nowym i były stosowane przez Zamawiającego we wcześniej przeprowadzanych postępowaniach, a Protestujący zawarł szereg umów zawierających te zapisy, m.in.: dostawa w 2008 roku szyn kolejowych, dostawa w latach 2006, 2007 podkładów strunobetonowych wraz z kompletem mocowań, dostawa w 2008 roku materiałów nawierzchniowych, dostawa w latach 2008,2009 podsypki tłuczniowej.

Zarzut pkt 2.1,2.2, 2.3, 2.4 protestu wg powyższego uważa Zamawiający za bezzasadne.

Dotyczy punktu 3 protestu. Protestujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów art, 29 ust. 1 ustawy, poprzez brak określenia przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny tj. określenie w §3 ust 6 IPU oraz pkt 5 SIWZ terminu płatności za przedmiot umowy. Zamawiający pismem Nr ILG2e-231-02/08/2009 pkt 3 określił, zmianę jaką dokona, gdy Wykonawca w ofercie przedstawi termin płatności, dłuższy niż 30 dniowy. Protest jest zatem bezzasadny tym bardziej iż termin płatności wynagrodzenia nie stanowi elementu opisu przedmiotu zamówienia, a zatem nie może być mowy o naruszeniu art. 29 ust. 1 ustawy. Zarzuty punktu 3 protestu wg powyższego uważa również Zamawiający za bezzasadne.

Według powyższego Zamawiający postanowił protest uznać w całości za bezzasadny.

Jednocześnie Zamawiający zauważa, że Protestujący w złożonej ofercie w dniu 03.03.2009r, w pkt 4 oświadczył, że po zapoznaniu się ze SIWZ, w tym z formularzem oferty oraz istotnymi postanowieniami umowy na realizację dostawy, przyjmuje wszystkie warunki Zamawiającego bez zastrzeżeń.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania.

W dacie składania protestu na postanowienia SIWZ (specyfikacja istotnych warunków zamówienia), oferta przez Odwołującego nie została złożona.

Natomiast w dacie składania odwołania i rozpatrywania odwołania przez Izbę, Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Potencjalnie każdy może złożyć protest na postanowienia SIWZ, jeżeli uzna, że jego interes prawny dozna uszczerbku w wyniku naruszenia przepisów ustawy.

W ocenie Izby, Odwołujący nie utracił interesu prawnego, przez okoliczność, że w dacie rozpoznawania odwołania, złożył Zamawiającemu ofertę, w której złożył między innymi oświadczenie, że akceptuje warunki postępowania.

Również na rozprawie przedstawiciel Odwołującego złożył oświadczenie, że w przypadku bezskuteczności wniesionego odwołania i dokonania wyboru jego oferty przez Zamawiającego, zobowiązuje się do wykonania umowy na warunkach SIWZ.

W ocenie Izby skoro Odwołujący posiadał interes prawny we wniesieniu odwołania na dzień złożenia protestu to go nie utracił, przez okoliczność, że w dacie złożenia odwołania i rozpoznania tegoż odwołania złożył Zamawiającemu ofertę w postępowaniu, którego postanowienia SIWZ zaskarżył.

Tym samym w ocenie Izby Odwołujący posiada interes prawny do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym wykonawca, którego interes prawny może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego ma prawo do środków ochrony prawnej.

Dokonując oceny podniesionych zarzutów przez Odwołującego, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

1. Odwołujący zakwestionował zamieszczenie zapisu, o warunkach przedmiotowych zamówienia w SIWZ, a nie w Ogłoszeniu o zamówieniu z uwagi na to, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego. Odwołujący przywołał na tę okoliczność art. 51 ust. 4 ustawy zgodnie z którym wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przekazuje wykonawcy specyfikację istotnych warunków zamówienia. Przy czym do przekazanej SIWZ nie stosuje się art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy. Przepisy art. 36 ust. 1 ustawy regulują obligatoryjne elementy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymieniając w pkt 5 opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu oceny spełnienia tych warunków, a w pkt 6 wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego podanie w SIWZ w pkt 4 – „Warunki techniczne”, w których Zamawiający umieścił informacje, wskazujące jakie warunki powinny spełniać oferowane szyny, a także jakie dokumenty powinien wykonać przedłożyć na potwierdzenie jakości szyn, jest niezgodne z przywołanym powyżej art. 51 ust. 4 w

związku z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy. Według Odwołującego są to warunki udziału w postępowaniu i powinny być określone w Ogłoszeniu o zamówieniu. Natomiast w ocenie Zamawiającego warunki techniczne są warunkami przedmiotowymi i Zamawiający nie miał obowiązku zamieszczania ich w ogłoszeniu o zamówieniu, a zamieszczenie ich w SIWZ jest właściwym postępowaniem Zamawiającego. Izba rozpoznając powyższy zarzut ustaliła, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu dokonał następującego opisu przedmiotu zamówienia „ przedmiotem zamówienia jest podzielona na 3 zadania dostawa do wskazanych miejsc przeznaczenia, w 2009 roku nowych szyn kolejowych o profilu 60E1 wykonanych ze stali R260 w klasie tolerancji wykonania X i w klasie prostości , płaskości A oraz profilu 49E1 wykonanych ze stali R260 w klasie tolerancji wykonania X i w klasie prostości , płaskości A. W sekcji III.2) Ogłoszenia pn. warunki udziału Zamawiający określił wymagania dotyczące sytuacji podmiotowej wykonawców, w tym wymogi dotyczące wpisu do rejestru zawodowego lub handlowego oraz zdolność techniczną. Z kolei w SIWZ w pkt 4 pn. Warunki techniczne, Zamawiający określił, że szyny będące przedmiotem postępowania muszą spełniać wymagania zawarte w zatwierdzonych przez Dyrektora Biura Dróg Kolejowych Centrali PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. i obowiązujących od dnia 01.01.2008r. „Warunkach Technicznych Wykonania i Odbioru szyn kolejowych – Wymagania i badania ILK3d-518/3/07” (Załącznik nr 4 do SIWZ). W pkt 4 SIWZ określono również dokumenty odbioru jakościowego szyn zgodnie z przywołanymi powyżej Warunkami Technicznymi Wykonania i Odbioru szyn kolejowych – Wymagania i badania ILK3d-518/3/07. Izba dokonując oceny podniesionych zarzutów uwzględniła treść art. 48 ust.2 ustawy zgodnie z którym ogłoszenie o zamówieniu powinno zawierać między innymi opis warunków udziału w postępowaniu wraz z podaniem ich znaczenia oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków (pkt 6) oraz określenie przedmiotu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych (pkt3). Również Izba uwzględniła treść art. 25 ust.1. ustawy zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi, roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do składania ofert. Z kolei art. 36 ust. 1 zawierający obligatoryjne elementy SIWZ wskazuje na pkt 3 opis przedmiotu zamówienia, pkt 5 opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu oceny spełnienia tych warunków, a w pkt 6 wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć

wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba porównując zapisy powyżej podanych przepisów uznała, że ogłoszenie o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego powinno zawierać warunki udziału w rozumieniu dokumentów wymienionych w § 1 ust.1, ust.2, ust.3, § 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2006r. Nr 87, poz.605, zm. Dz. U. 2008r. Nr 188, poz. 1155) to jest warunki podmiotowe. Natomiast SIWZ w przetargu ograniczonym powinno zawierać opis przedmiotu zamówienia w szerokim tego słowa znaczeniu to jest ze wskazaniem oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi, roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego to jest wymagania (warunki) przedmiotowe. Powyższe wynika, w ocenie Izby chociażby z literalnego brzmienia art. 48 ust. 1 pkt 6 ustawy (ogłoszenie o zamówieniu zawiera co najmniej 6) opis warunków udziału w postępowaniu) w związku z art. 25 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy (pkt 1 warunki udziału w postępowaniu, pkt 2 - przez oferowane dostawy, usługi, roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego). Reasumując Izba nie uwzględniła powyższego zarzutu Odwołującego uznając, że Zamawiający w przetargu ograniczonym powinien w SIWZ określić wymagania jakie przedmiot zamówienia ma spełnić oraz dokumenty potwierdzające spełnienie tych wymagań. Natomiast Zamawiający nie ma obowiązku określenia wymagań jakie przedmiot zamówienia ma spełnić oraz dokumentów potwierdzających spełnienie tych wymagań w ogłoszeniu o zamówieniu.

2. Odwołujący zarzucił naruszenie art.139 ust.1 ustawy w związku z zw. z art. 5 i art. 353 ze zn.1 k.c. oceniając, że naruszenie tych przepisów stanowi rażące naruszenie ustawy. Zgodnie z art. 139 ust.1 ustawy do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z kolei art.5 k.c. stanowi, że nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Natomiast art. 353 ze zn.1 k.c. przewiduje, 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. Na tle powyżej przywołanych przepisów Odwołujący zakwestionował stanowisko Zamawiającego odnoszące się co do faktu, że Zamawiający przygotowuje umowę, bez możliwości jej negocjacji z wykonawcą. Odwołujący obawiał się, że

Zamawiający po wyborze ofert oczekiwał będzie zawarcia umowy na warunkach jednostronnie ustalonych przez Zamawiającego, po wyborze oferty. Powyższe obawy Odwołujący powziął w związku z następującymi zapisami SIWZ. W pkt 13 SIWZ zawarto następujące zapisy: Umowa będzie przygotowana przez Zamawiającego. Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy, zostały wyszczególnione w pkt.15 SIWZ. Punkt 15 SIWZ pn. Istotne postanowienia umowy zawiera projekt umowy obejmujący: określenie strony Zamawiającego, z miejscem na wypełnienie nazwy wykonawcy oraz następujące regulacje odnoszące się do: przedmiotu umowy, terminu realizacji umowy, wartości umowy (do wypełnienia) i sposobu płatności, przebiegu realizacji umowy, obowiązków wykonawcy, obowiązków zamawiającego, kar umownych, warunków gwarancji, przenoszenia wierzytelności, odstąpienia od umowy, siły wyższej, postanowień końcowych. Tak sformułowane postanowienia umowne w SIWZ w ocenie Izby nie mogą być traktowane w ścisłym tego słowa znaczeniu jako istotne postanowienia umowy w rozumieniu kodeksu cywilnego, przez które rozumie się przedmiot umowy, cenę i termin wykonania umowy. Po pierwsze zakres regulacji znajdującej się w SIWZ jest znacznie szerszy niż istotne postanowienia umowy w rozumieniu k.c., a jednocześnie zawarty projekt umowy nie zawiera ceny, przez to nie może stanowić istotnych postanowień umownych w rozumieniu kodeksu cywilnego. Natomiast co do zasady błędne jest rozumowanie Odwołującego co do możliwości zmiany warunków umownych określonych w SIWZ przez Zamawiającego. Na powyższe wskazuje zakaz już na etapie złożenia oferty, w myśl art. 87 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą dotyczącym złożonej oferty. Możliwość negocjacji warunków umownych określonych w SIWZ po wyborze wykonawcy naruszałaby podstawową zasadę prawa zamówień publicznych to jest równego traktowania wykonawców. Zawieranie umów w postępowaniu o udzielenie zamówień publicznych w trybie przetargu ograniczonego należy traktować na zasadach przystąpienia do warunków określonych przez zamawiającego , a nie zaproszenia do negocjacji warunków umowy. W związku z powyższym zawarty zapis w SIWZ o treści „Umowa będzie przygotowana przez Zamawiającego” należy odczytywać tak jak oświadczył na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego, że Zamawiający do projektu umowy wpisze dane wynikające z oferty wykonawcy wybranego, a niezbędne do zawarcia umowy. Tym samym zarzut Odwołującego o jednostronnym przygotowaniu umowy przez Zamawiającego po wyborze oferty i odmowie negocjacji z Odwołującym Izba nie uwzględniła. Bowiernie sformułowanie w pkt 15 SIWZ „Istotne postanowienia umowy” wobec treści w tym miejscu zawartych w SIWZ należy

traktować jako wzór umowy zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy. Kolejny zarzut dotyczący projektu umowy odnosił się do ustalonych w tymże projekcie warunków gwarancji w sposób nie umożliwiający negocjacji oraz naruszający zasady prawa cywilnego. W szczególności podnoszono ograniczenie wyłączenia odpowiedzialności tylko do zawinionych działań Zamawiającego i siły wyższej. Izba dokonała następujących ustaleń: § 8 projektu umowy (wzór umowy) zamieszczony w SIWZ przewiduje, że wykonawca udziela gwarancji zgodnie i na zasadach zawartych w „Warunkach Technicznych Wykonania i Odbioru szyn kolejowych – Wymagania i badania ILK3d-518/3/07” (Załącznik nr 4 do SIWZ), wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia nowej partii przedmiotu umowy jeżeli stwierdzono wady, które ujawniły się w toku gwarancji i powstały z przyczyny tkwiącej w sprzedanej rzeczy. Wykonawca może nie uznać reklamacji wyłącznie wtedy, gdy udowodni Zamawiającemu, że wady powstały z winy Zamawiającego bądź gdy powstały w wyniku działania siły wyższej, wykonawca jest odpowiedzialny względem Zamawiającego za wady fizyczne zmniejszające wartość lub użyteczność dostarczonego przedmiotu umowy. Procedurę postępowania reklamacyjnego reguluje zał. nr 4 do SIWZ. W ocenie Izby tak uregulowana odpowiedzialność z tytułu gwarancji nie narusza przepisów kodeksu cywilnego, wbrew twierdzeniom Odwołującego. Tak jak postanowił we wzorcu umowy Zamawiający, istotą odpowiedzialności z tytułu gwarancji jest stwierdzenie wady wynikającej z przedmiotu umowy. Pełnomocnik Zamawiającego na rozprawie wskazał na regulacje zawarte w załączniku nr 4 do SIWZ, w którym zawarto w pkt 13. Gwarancja zapis zgodnie z którym w przypadku nie uznania reklamacji przez wykonawcę, ostatecznie o stanowisku Zamawiającego decyduje wynik badania laboratoryjnego to jest Centrum Naukowo – Techniczne Kolejnictwa lub inne akredytowane laboratorium, według zakresu badań ustalonego przez Komisję w skład której wchodzi producent szyn. Wyłączenie odpowiedzialności tylko w przypadku winy po stronie Zamawiającego oraz w przypadku siły wyższej odpowiada regulacjom kodeksu cywilnego co do instytucji gwarancji, jak i wyłączenia odpowiedzialności za nienależyte wykonanie umowy. Reasumując Izba nie uwzględniła zarzutu Odwołującego co do naruszającego równość stron zapisu w zakresie regulacji gwarancji w § 8 projektu umowy (wzoru umowy), znajdującym się w SIWZ. Kolejny zarzut dotyczący wzoru umowy dotyczył ustalenia kar umownych na poziomie 10 % wartości zamówienia. Odwołujący wskazywał, że tak ustalony procent kar umownych przy liczeniu od wartości zamówienia, narusza nadmiernie odpowiedzialność z tytułu szkody, w szczególności w sytuacji gdy umowa będzie niewykonana w minimalnym zakresie, a 10 % kary umownej liczone będzie od wartości całego zamówienia. Pełnomocnik

Zamawiającego na rozprawie oświadczył, że w jego ocenie rygoryzm kar umownych nie jest nadmierny, a Zamawiający będzie realizować ułożenie szyn na podstawie umowy zawartej z innym wykonawcą, który powinien otrzymać szyny odpowiedniej jakości i w odpowiednim terminie. Ponadto zwrócił uwagę na możliwość miarkowania kar na drodze sądowej. W ocenie Izby konieczność zapewnienia bezpieczeństwa użytkownikom kolei oraz wymóg ciągłości świadczenia usług przez Zamawiającego uprawnia go do rygoryzmu zabezpieczenia się przed nieterminowym i nierzetelnym wykonawcą stosownymi karami umownymi, a w ocenie Izby nie nadmiernymi. Reasumując Izba nie uwzględniła zarzutu Odwołującego co do nadmiernej wysokości kar umownych. Kolejny zarzut Odwołującego dotyczący postanowień wzoru umowy dotyczył § 11 ust.4, zgodnie z którym w przypadku gdy czas trwania siły wyższej miałby przekroczyć 45 dni, Zamawiający jest upoważniony do odstąpienia od umowy na niewykonaną część dostawy całkowicie lub częściowo. Odwołujący zarzucił ogólność i małą precyzyjność przedmiotowego postanowienia, możliwość odstąpienia od umowy nawet, gdy mała część jest nie wykonana, brak określenia w jakim terminie to prawo występuje. Na poparcie swojego stanowiska przywołał regulację zawartą w art. 395 i 492 k.c. wskazując, że nie zastrzeżenie terminu do odstąpienia od umowy powoduje bezskuteczność odstąpienia. Izba ustaliła następującą regulację we wzorze umowy. Paragraf 11 wzoru umowy reguluje postępowanie na wypadek siły wyższej i tak obowiązek powiadomienia przez każdą ze stron o wystąpieniu siły wyższej, przedłużenie czasu dostawy o czas trwania siły wyższej, definicję siły wyższej, prawo do odstąpienia zamawiającego na wypadek trwania siły wyższej ponad 45 dni. Po analizie powyższego paragrafu wzoru umowy Izba nie uwzględniła zarzutu z uwagi na to, że ewentualna bezskuteczność odstąpienia od umowy przez Zamawiającego nie narusza praw Odwołującego. Niemniej Izba nie stwierdza, iż zasady odstąpienia od umowy z powodu siły wyższej w § 11 wzoru umowy zostały uregulowane w sposób ogólnikowy i mało precyzyjny. Reasumując zarzuty Odwołującego w zakresie tzw istotnych postanowień umownych, a faktycznie wzoru umowy, zawartego w SIWZ Izba w całości nie uwzględniła. W związku z powyższym Izba nie stwierdziła naruszenia art.139 ustawy w związku z art. 5 i art.353 ze zn.1 k.c.

3. Co do zarzutu sprzeczności w zapisach SIWZ w zakresie terminu płatności to na rozprawie wyjaśniono, że Zamawiający na skutek interwencji Odwołującego dokonał modyfikacji w zakresie terminu płatności przez ustalenie, że minimalnym terminem płatności jest 30 dni, a wykonawca w formularzu ofertowym wskazuje termin zapłaty z uwzględnieniem powyższego terminu płatności ustalonego przez Zamawiającego jako minimalny (30 dni od daty wystawienia faktury). W związku z powyższym zarzut

Odwołującego nie został uwzględniony. Dodatkowo należy nadmienić, że Odwołujący powyższy zarzut sprecyzował mylnie do art. 29 ust. 1 ustawy regulującej opis przedmiotu zamówienia, a nie terminy płatności. Ponadto w odwołaniu zarzut ten nie został podtrzymany, ponieważ Odwołujący wzmiankowo tylko stwierdza, że ...”(Odwołujący zaznacza się, iż w proteście tę niejasność umowy wykazywał na przykładzie sprzeczności SIWZ w zakresie terminu płatności).” Co w ocenie Izby nie oznacza, że Odwołujący zarzut co do terminu płatności podtrzymał w odwołaniu. Powyższe stanowisko Izby wynika również z okoliczności, że Zamawiający dokonał stosownej modyfikacji, która usunęła budzące wątpliwości zapisy w SIWZ co do terminu płatności.

Uwzględniając powyższe, w związku z nie potwierdzeniem się żadnego z zarzutów zawartych w proteście, a następnie w odwołaniu, Izba oddaliła odwołanie, nie znajdując również podstaw do nakazania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie wskazanych przez Odwołującego art.93 ust.1 pkt 7 w związku z art. 146 ust.1 pkt 6 ustawy i art.58 ust.1 i 2 kodeksu cywilnego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **dla Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....