

WYROK
z dnia 18 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

**Członkowie: Marzena Teresa
Ordysińska
Andrzej Niwicki**

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* 18 marca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **WKO HANDEL – USŁUGI Bogdan Kościelny, ul. Jadźwingów 3/34, Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Koleje Mazowieckie – KM Sp. z o.o., ul. Lubelska 1, Warszawa** protestu/protestów* z dnia 26 lutego 2008 r.

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

orzeka:

1 oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **WKO HANDEL – USŁUGI Bogdan Kościelny, ul. Jadźwingów 3/34, Warszawa** i nakazuje:

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **WKO HANDEL – USŁUGI Bogdan Kościelny, ul. Jadźwingów 3/34, Warszawa**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) przez **WKO HANDEL – USŁUGI Bogdan Kościelny, ul. Jadźwingów 3/34, Warszawa** na rzecz **Koleje Mazowieckie – KM Sp. z o.o., ul. Lubelska 1, Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.
 - 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
 - 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **WKO HANDEL – USŁUGI Bogdan Kościelny, ul. Jadźwingów 3/34, Warszawa**.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „utrzymanie czystości taboru kolejowego” (numer referencyjny MER1-224-08/08), o którym ogłoszenie zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr 2008/S 30-041005.

W dniu 13 lutego 2008 r., Zamawiającego zamieścił na własnej stronie internetowej www.koleje.mazowieckie.com.pl specyfikację istotnych warunków zamówienia.

W dniu 26 lutego 2008 r. Odwołujący wniósł protest na zapisy specyfikacji niezgodne z Prawem zamówień publicznych. Jako naruszające przepisy ustawy, Odwołujący wskazał postanowienia wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ, które w jego ocenie pozostają w rażącej sprzeczności z postanowieniami specyfikacji dotyczącymi sposobu obliczenia ceny, określonej jako ryczałtowa, a także rażąco niekorzystnych i krzywdzących

postanowienie § 2 ust. 3 pkt 2, w którym Zamawiający zastrzegł sobie prawo do wprowadzania zmian w ilości taboru wskazanego w załączniku nr 1 do umowy, bez ograniczeń, w wyniku wprowadzanych zmian rozkładu jazdy pociągów, a także zastrzeżenie w § 5 wzoru umowy kar umownych wyłącznie na rzecz Zamawiającego, w przypadku zaistnienia szeregu okoliczności, w wyniku których stwierdzone zostanie niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi przez wykonawcę.

W zakresie pierwszego zarzuty, Odwołujący wskazał, iż dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia jest rażąco niezgodny z art. 29 ust. 1 ustawy, nakładającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zastrzeżenie dokonane w § 2 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy wprowadza, w ocenie Odwołującego niejednoznaczność co do ilości taboru przeznaczonego do utrzymania czystości i w zasadzie uniemożliwia wykonawcy rzetelne sporządzenie i wycenę oferty, a w konsekwencji utrudnia uczciwą konkurencję. Wskazany zapis wzoru umowy, umożliwi Zamawiającemu dokonania znacznego zmniejszenia ilości taboru przeznaczonego do utrzymania czystości, a wręcz Zamawiający będzie miał prawo do zrezygnowania z usługi wykonawcy w ogóle i pozbawienia go możliwości wystawienia faktury przy jednoczesnym narażeniu wykonawcy na straty.

W odniesieniu do określonych w § 5 wzoru umowy kar umownych, Odwołujący wskazał jako rażące zastrzeżenie ich wyłącznie na rzecz Zamawiającego, chociaż wykonanie usługi uzależnione będzie w pewnych sytuacjach od zachowania Zamawiającego i wykonania przez niego obowiązków wynikających z umowy (np. w przypadku wystąpienia temperatur ujemnych podgrzanie wnętrza taboru, czy też zapewnienie oświetlenia wnętrza).

Wskazane zapisy wzoru umowy, w ocenie Odwołującego, jako rażąco niekorzystne dla wykonawców stanowią przekroczenie prawa podmiotowego, które w świetle art. 5 Kodeksu cywilnego, nie może korzystać z ochrony. Okoliczność, iż Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem dokumentacji, nie może uprawniać Zamawiającego do czynienia ze swojego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego.

Zamawiający w dniu 3 marca 2008 r. oddalił protest w całości, wskazując w uzasadnieniu rozstrzygnięcia, iż podana w załączniku nr 2 – 2.11 w kolumnie 3 ilość taboru przeznaczonego do utrzymania czystości została wyliczona na podstawie obiegów wynikających z obowiązującego, na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu, rozkładu jazdy pociągów. Zamawiający nie ma wpływu na zmiany w rozkładzie jazdy i nie jest w stanie określić, na etapie ogłoszenia o zamówieniu jakie będą ilości ezt do utrzymania w czystości.

Stąd koniecznym było zamieszczenie zapisu we wzorze umowy przewidującego zmiany ilości ezt do utrzymania w czystości w trakcie realizacji zamówienia. Jest to okoliczność, której wystąpienie Zamawiający przewidział, chociaż nie jest w stanie ustalić ilości zmian jak również ich rodzaju, a zamieszczenie odpowiedniej klauzuli w umowie umożliwi Zamawiającemu dostosowanie zakresu przedmiotu zamówienia do jego rzeczywistych potrzeb. W ocenie Zamawiającego dopuszczenie zmian w ilości taboru w żaden sposób nie narusza zasad dotyczących uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, zawartych w zapisie art. 7 ust. 1 ustawy. Zdaniem Zamawiającego nie doszło również do naruszenia art. 29 ust. 1 – 2 ustawy, a zawarty opis przedmiotu zamówienia jest jednoznaczny co do ilości taboru przeznaczonego do utrzymania w czystości i nie utrudnia Wykonawcy sporządzenia wyceny ofert. Śądanie modyfikacji zapisów wzoru umowy w zakresie kar umownych, w ocenie Zamawiającego, jest także bezprzedmiotowe, gdyż Zamawiający jednoznacznie określił, iż nie będzie naliczał kar umownych za niewykonanie zamówienia z przyczyn, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.

W dniu 7 marca 2008 r. od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący wniósł do Prezesa

Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, a także art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i 139 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez usunięcie postanowienia § 2 ust. 3 pkt 2 ze wzoru umowy oraz wprowadzenia do wzoru umowy postanowień przewidujących obciążenie Zamawiającego karami umownymi w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Zamawiającego oraz rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego w wysokości adekwatnej do wysokości kar umownych przewidzianych dla wykonawcy.

Skład orzekający nie stwierdził podstaw do odrzucenia odwołania na posiedzeniu i rozpatrzył odwołanie na rozprawie. Na podstawie przedłożonej na rozprawie dokumentacji oraz złożonych przez strony wyjaśnień ustalił i zważył co następuje.

Na wstępie skład orzekający stwierdza, iż Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania na zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które w jego ocenie są dla niego niekorzystne gdyż mogą utrudniać prawidłowe przygotowanie oferty i tym samym uzyskanie zamówienia.

4

Co do zarzutów objętych odwołaniem skład orzekający Izby uznał je za niezasadne.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), poprzez zastrzeżenie we wzorze umowy możliwości zmiany zakresu świadczenia w zależności od rzeczywistych potrzeb Zamawiającego i podyktowanych wprowadzanymi zmianami rozkładów jazdy pociągów, skład orzekający nie znalazł uzasadnienia dla twierdzeń Odwołującego się.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości co do zakresu. W pkt III SIWZ Zamawiający dokonał szczegółowego opisu zakresu czynności w ramach utrzymania w czystości taboru na poszczególnych stacjach zwrotnych. Wykonawcy posiadali pełną informację o ilości jednostek taboru na poszczególnych stacjach zwrotnych, jak i zakresu świadczenia, niezbędnych do sporządzenia oferty. Jednocześnie w pkt. XIII SIWZ Zamawiający zobowiązał Wykonawców do określenia ceny jednostkowej, jako ryczałtu za utrzymanie w czystości jednego elektrycznego zespołu trakcyjnego (ezt), jednego autobusu szynowego jednoczłonowego, jednego autobusu szynowego dwuczłonowego. Cenę ofertową Wykonawcy zobowiązani są obliczyć dla całości przedmiotu zamówienia, na podstawie wskazanego ryczałtu – ceny jednostkowej. W ocenie składu orzekającego sposób obliczenia ceny podany przez Zamawiającego, nie pozostawia wątpliwości, iż Wykonawcy zobowiązani zostali do określenia ceny za całość przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich kosztów związanych z wykonaniem usługi (cena ryczałtowa).

Wprowadzone we wzorze umowy zastrzeżenie co do możliwości zmiany ilości taboru wskazanego w załączniku nr 1 do umowy w trakcie realizacji zamówienia, nie może być oceniany jako naruszający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający sporządzenie oferty. Wszyscy wykonawcy mają jednakowe warunki do przygotowania oferty, a Zamawiający w sposób nie budzący wątpliwości określił sposób obliczenia ceny. Zastrzeżenie umowne podyktowane jest koniecznością zabezpieczenia interesów Zamawiającego przed niecelowym wydatkowaniem środków publicznych. Powoływana przez Odwołującego zasada równości stron w stosunkach cywilnoprawnych doznaje w przypadku zamówień publicznych ograniczenia wynikającego ze sformalizowanego sposobu udzielania zamówień publicznych. Z założenia Zamawiający stoi na mocniejszej pozycji, gdyż dokonuje on samodzielnie określenia warunków realizacji zamówienia, kierując się przy tym zasadą celowego i racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Sformalizowana procedura udzielania zamówień publicznych wymusza nierówną pozycję stron, gdzie Zamawiający jako gospodarz postępowania posiada dużą swobodę kształtowania przyszłego stosunku zobowiązaniowego.

5

Skład orzekający stwierdza iż użyty w § 2 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy, zwrot „bez ograniczeń”, mógł budzić jedynie pozornie niepewność co do jego nieokreślonego zakresu. Sam Zamawiający w dalszej części zdania wyjaśnia, iż zmiany ilości taboru wskazanego w załączniku nr 1 do umowy wynikać będą wyłącznie z wprowadzanych zmian rozkładu jazdy pociągów. Odwołujący na rozprawie nie twierdził, jakoby zapis wzoru umowy umożliwił Zamawiającemu wprowadzenie zmian ilości taboru, nie związanych ze zmianą rozkładu jazdy pociągów. W ocenie Odwołującego wprowadzony zapis stanowi jednak o niezgodności opisu przedmiotu zamówienia z art. 29 ust. 1 ustawy i uniemożliwia dokonanie rzetelnej wyceny oferty. Skład orzekający stwierdza, iż wprowadzona do wzoru umowy klauzula w żaden sposób nie wpływa na sposób przygotowania oferty, którą należy skalkulować na podstawie załączonego do SIWZ wykazu taboru podlegającego utrzymaniu w czystości. Zapis o możliwości zmiany ilości jednostek ma na celu zabezpieczenie interesu Zamawiającego, przed niecelowym dokonywaniem wydatku ze środków publicznych za coś, czego Wykonawca nie będzie realizował, z przyczyn obiektywnie niezależnych od Zamawiającego. Faktycznie sformułowanie „bez ograniczenia”, nie oznacza dowolności działania Zamawiającego, który uzależnia dokonanie zmiany w ilości jednostek od zmian rozkładu jazdy pociągów. Usunięcie kwestionowanego postanowienia wzoru umowy, mogłoby doprowadzić do konieczności ponoszenia przez Zamawiającego kosztów w wysokości wyższej od wielkości świadczenia niepieniężnego Wykonawcy.

Na tej podstawie skład orzekający stwierdził, iż nie zachodzi podstawa do kwestionowania sposobu opisu przedmiotu zamówienia w kontekście postanowień wzoru umowy.

W zakresie kar umownych zastrzeżonych na wypadek nie wykonania lub nienależytego wykonania zamówienia przez wykonawcę, skład orzekający Izby ustalił, iż mają one charakter prewencyjno – represyjny i mają na celu zmotywować dłużnika do wykonania świadczenia niepieniężnego w sposób zgodny z treścią zobowiązania. Postanowienia wzoru umowy nie zawierają zastrzeżenia wskazującego na to, iż określona w nim kwota ma służyć naprawieniu szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Tym samym zastrzeżona kara pieniężna nie podlega przepisom Kodeksu cywilnego o karze umownej (art. 483 i 484 KC), jednak jak każde wykonywanie prawa podmiotowego, podlega kontroli na gruncie art. 5 KC (potwierdza to wyrok SA w Krakowie z 18.12.1990 r. sygn. I ACr 117/90).

Art. 5 KC ustala obiektywne przesłanki naruszenia prawa podmiotowego. Jak podkreślił SN w wyroku z 24.4.1997 r. II CKN 118/97, nadużycie prawa podmiotowego, to zachowanie rażące, nieakceptowane z aksjologicznego, ewentualnie teleologicznego punktu widzenia.

6

Istnieje zasada, że domniemywa się korzystania z prawa w sposób zgodny z zasadami współzycia społecznego i jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem, co potwierdzone zostało przez SN w tezie wyroku z 22.11.2000 r. „Działanie zgodne z prawem korzysta z domniemania zgodności z zasadami współzycia społecznego, chyba że wykazane zostaną konkretne okoliczności obalające to domniemanie”. Tym samym ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających tezę o nadużyciu spoczywa na stronie, która domaga się zastosowania art. 5 KC. Jednocześnie w doktrynie formułowany jest postulat powściągliwego stosowania art. 5 KC. Całkowicie wyjątkowy charakter art. 5 KC, który przełamuje zasadę, że wszystkie prawa podmiotowe korzystają z ochrony prawnej, podkreślił SN w wyroku z 24.4.1997r. II CKN 118/97.

Skład orzekający Izby stwierdził, iż Odwołujący nie przedstawił dowodów na potwierdzenie zarzutu naruszenia art. 5 kodeksu cywilnego na skutek wprowadzenia do wzoru umowy zapisu o karach umownych.

Podnoszone przez Odwołującego okoliczności przerzucenia ciężaru odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania przez Zamawiającego, na Wykonawcę nie znajdują uzasadnienia. Zgodnie z art. 486 § 1 KC w razie zwłoki wierzyciela dłużnik może żądać naprawienia wynikłej stąd szkody. Stąd bezpodstawne są obawy Odwołującego o pozbawienie go możliwości dochodzenia od Zamawiającego naprawienia szkody, jako poniósłby w przypadku nie wykonania zamówienia z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

7

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do **Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*

8