Sygn. akt: KIO 1950/12

KIO 1969/12

WYROK
z dnia 24 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2012 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:
A. w dniu 14 września 2012 roku przez **CTL Logistics Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**
B. w dniu 14 września 2012 roku przez **PKP Cargo Spółkę Akcyjną w Warszawie**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna w Bełchatowie**

orzeka:

1. **uwzględnia obydwa odwołania i nakazuje zamawiającemu – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna w Bełchatowie modyfikację pkt. VI ppkt 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykreślenie zapisu:** ***Wykonawca zobowiązany jest załączyć do Formularza Ofertowego tylko jeden*** **Cennik usług przewozowych,** ***niezależnie od tego, na ile części składa Ofertę. W przypadku, gdy w ofercie złożony zostanie więcej niż jeden cennik, Pełnomocnik Zamawiającego przyjmie jedynie cennik najbardziej korzystny dla Zamawiającego i uwzględni konsekwencje rachunkowe związane z wyliczeniem ceny ofertowej w Formularzu Ofertowym.***
2. **Kosztami postępowania obciąża PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółkę Akcyjną w Bełchatowie i:**

---

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **CTL Logistics Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** (15 000 zł 00 gr) tytułem oraz **PKP Cargo Spółkę Akcyjną w Warszawie** (15 000 zł 00 gr)
wpisów od odwołań

2) zasądza od **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółki Akcyjnej w Bełchatowie** na rzecz **CTL Logictics Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika

3) zasądza od **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółki Akcyjnej w Bełchatowie** na rzecz **PKP Cargo Spółki Akcyjnej w Warszawie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Piotrkowie Trybunalskim.**

Sygn. akt: KIO 1950/12
KIO 1969/12

Uzasadnienie

W dniu 14 września 2012 roku wykonawca CTL Logistics Sp. z o.o, z siedzibą w Warszawie (dalej. odwołujący), wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), sporządzonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zakup usługi przewozu węgla kamiennego i sorbentów wapiennych transportem kolejowym dla Oddziałów PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna. S.A. numer postępowania: DS/30001404/2012.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych oraz obrazę następujących przepisów prawa:
1. art. 29 ust 2 w zw. z art 7 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwa konkurencję tj.

- brak jednoznacznego oznaczenia stacji nadawczych oraz brak wolumenu z poszczególnych stacji nadania uniemożliwiający jednoznaczne określenie poziomu kosztów, uniemożliwiające prawidłowe sporządzenie kalkulacji kosztów (różne stawki za dostęp do infrastruktury) i może to powodować nierówne traktowanie oferentów.
- brak jednoznacznego oznaczenia stacji nadawczych uniemożliwiający jednoznaczne określenie sposobu realizacji przewozy faworyzujący jednego z wykonawców

2. art. 29 ust 1 ustawy Pzp poprzez:

- konieczność dołączenia oryginału gwarancji wadialnej (nieprecyzyjne zapisy o sposobie wniesienia wadium w' formie niepieniężnej w SIWZ); 11.4 SIWZ
- zobowiązanie wykonawców do sporządzenia tylko jednego cennika usług pomimo, że przedmiot przetargu podzielony jest na 4 cześć co ogranicza wykonawcę (strona 33 SIWZ pkt 7)
- podanie wymogu cen jednostkowych podanych w cenniku usług przewozowych Załącznik nr 1.2. do Załącznika nr 1 SIWZ szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia mające spełniać następujący warunek: Cena dla danego przedziału odległościowego nie może być mniejsza od ceny dla poprzedzającego przedziału

odległościowego. (strona 33 SIWZ pkt 10),

- brak uzasadnienia na obniżenie stawek o 20%, szczególnie, że dla węgla przewozy dotyczą pociągów 30 -40 wagonowych a mączka ma jeździć w grupach od 8 wagonów wzwyż (strona 33 SIWZ pkt 11)

Odwołujący się wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości

2. Nakazanie zamawiającemu zamiany postanowień specyfikacji istotnych warunków' zamówienia oraz jej załączników w sposób zapewniający zgodność opisu przedmiotu zamówienia z powołanymi powyżej przepisami ustawy PZP tj. w szczególności poprzez.

- określenie w sposób jednoznaczny stacji nadawczych umożliwiający jednoznaczne określenie sposobu realizacji przewozy
- wskazanie wolumenu z poszczególnych stacji nadania
- możliwość zróżnicowania cennika na każde zadanie
- usunięcie zapisu obniżenie stawek o 20%, (strona 33 SIWZ pkt 11)

• doprecyzowanie zapisu o sposobie wniesienia wadium w formie niepieniężnej

3. Zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych w tym kosztów zastępstwa procesowego w przypadku reprezentacji odwołującego przez pełnomocnika profesjonalnego .

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element przygotowanej przez zamawiającego dokumentacji przetargowej. Nie może on być ogólny, szacunkowy i niedookreślony, przenoszący na wykonawców składających oferty ciężaru jego dookreślenia przy jednoczesnym, niczym nieograniczonym prawie dokonywania zamian w realizacji zamówienia przez zamawiającego.

W niniejszej sprawie opis przedmiotu zamówienia nie wskazuje konkretnie opisane stacje nadania. Brak jest wolumenu z poszczególnych stacji nadania, który uniemożliwia prawidłowe sporządzenie kalkulacji z uwagi na różne stawki za dostęp do infrastruktury'. Taki opis zdaniem odwołującego można potraktować jako nierówne traktowanie oferentów. Brak jednoznacznego oznaczenia stacji nadawczych uniemożliwia, jednoznaczne określenie poziomu kosztów. Zamawiający pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei

stoi w sprzeczności z zasada równości stron umowy.

Zasadnym jest oczekiwanie od zamawiającego podania w SIWZ stacji nadania i przeznaczenia, wtedy wykonawca może dokładnie policzyć stawki PKP PLK za dostęp do infrastruktury, czy jest potrzeba użycia lokomotywy spalinowej, czy mamy możliwość wjazdu na punkt załadunkowy (czasami nie ma takiej możliwości lub trzeba za to płacić dodatkowo). Brak tych informacji nie pozwala wykonawcy uwzględnić wszystkich elementów kosztów i prawidłowo zbudować stawkę. Znając wolumen z poszczególnych stacji wykonawca może określić ilość i rodzaj taboru niezbędny do obsługi zamówienia. W niniejszym zamówieniu wykonawcy nie udostępniono tej wiedzy. Wykonawca nie ma zatem możliwości ustalenia faktycznych kosztów wykonania zamówienia. Zauważyć należy , iż prywatni przewoźnicy nie maja taryfy tak jak PKP Cargo, każdy przewóz liczony jest indywidualnie. Zdaniem wykonawcy zapis ten w oczywisty sposób premiuje jednego z wykonawców, który nie potrzebuje takich informacji z uwagi, iż koszty taryf ma uzależnione jedynie od odległości.

Poza tym zamawiający oczekuje złożenie oferty w postaci taryfy (stawki dla poszczególnych przedziałów odległościowych), niestety są przedziały odległości, do których nie kwalifikują sie żadne kopalnie, przejścia graniczne i porty . Na podstawi obecnego SIWZ Wykonawca nie wie skąd będzie dostarczany towar i jak ma skalkulować koszty albowiem stawki za dostęp do infrastruktury nawet dla takich samych odległości w różnych miejscach w kraju są różne.

Jak wskazano wyżej prywatni przewoźnicy nie maja taryfy tak jak PKP Cargo, każdy przewóz liczony jest indywidualnie. Zdaniem wykonawcy zapis ten w oczywisty sposób premiuje jednego z wykonawców, który nie potrzebuje takich informacji z uwagi, iż koszty taryf ma uzależnione jedynie od odległości.

Wskazane w SIWZ zobowiązanie wykonawców do sporządzenia tylko jednego cennika usług pomimo, że przedmiot przetargu podzielny jest na 4 cześć co ogranicza wykonawcę (strona 33 SIWZ pkt 7). Zdaniem odwołującego taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny. Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasada równości stron umowy. Za każdą z części dotyczy realizacji przewozów dla innych oddziałów PGE (powtarza się Dolna Odra i Opole - każdy w dwóch zadaniach) są różne stawki za dostęp do infrastruktury (o czym był mowa wyżej).

W niektórych liniach potrzebna jest lokomotywa spalinowa gdzie indziej nie jest wymagana. Na jednych trasach wykonawca jeździ często i ma np. roczne rozkłady jazdy na

innych zaś nie - wszystko to ma wpływ na zróżnicowanie wysokości stawek jakie wykonawca może zaproponować na każde z zadań osobno, natomiast Zamawiający - wzorem PKP Cargo oczekuje jednej taryfy na wszystko , co premiuje tego wykonawcę.

W ocenie odwołującego się również kwestia wadium niepieniężnego jest niejasna. Zgodnie z pkt. 11.4 SIWZ W przypadku gdy wykonawca wniesie wadium w formie niepieniężnej, winno ono zawierać zobowiązanie instytucji gwarantującej do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty Zamawiającemu kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie , bez konieczności akceptacji roszczeń zamawiającego przez Wykonawcą.

w ocenie odwołującego powyższy zapis jest nieprecyzyjny albowiem nie wskazuje sposobu wniesienia wadium w formie niepieniężnej. Brak tego opisu powoduje , iż oferta wykonawcy może być odrzucona.

Odwołujący wskazuje, że wymóg cen jednostkowych podanych w cenniku usług przewozowych Załącznik nr 1.2. do Załącznika nr 1 SIWZ Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia mające spełniać następujący warunek: *Cena dla danego przedziału odległościowego nie może być mniejsza od ceny dla poprzedzającego przedziału odległościowego.* (strona 33 SIWZ pkt 10). Zapis ten zadaniem odwołującego narusza konkurencję pomiędzy wykonawcami, narzucając z góry sposób ustalenia ceny. Odwołujący wskazuje także, iż brak uzasadnienia na obniżenie stawek o 20%, szczególnie, że dla węgla przewozy dotyczą pociągów 30 - 40 wagonowych a mączka ma jeździć w grupach od 8 wagonów wzwyż.

Rozróżnienie cen w niniejszym stanie faktycznym jest nieuzasadnione (strona 33 SIWZ pkt 11).Arbitralne rozróżnienie ceny wobec za przewóz jest nieuzasadnione i narusza interes wykonawców.

Przewozy towarów masowych takich jak węgiel czy kamień wapienny w dużych składach (30-40 wagonów) zalicza się do stosunkowo tanich przewozów. Im mniejszy skład (grupa wagonów) tym koszty są wyższe, nie można zatem oczekiwać obniżenia stawek o 20 % jeżeli zamiast 30 -40 wagonów wykonawca chce przewieźć 8. Taka praktyka stosowana jest również tylko przez PKP Cargo (upust 15% od kosztu przewozu), co w ewidentny sposób premiuje tego przewoźnika.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 36 ust. 1 pkt 12 i art. 83 ust. 2 Ustawy poprzez postawienie wymogu przedstawienia jednego tego samego cennika dla wszystkich części zamówienia, a przez to prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

- art. 353 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i przepisy ustawy pzp;

oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący się podniósł, że zgodnie z pkt **VI** SIWZ ppkt 7 „Wykonawca *zobowiązany jest załączyć do Formularza Ofertowego* tylko jeden „Cennik usług przewozowych **",** niezależnie od tego na ile części składa ofertę. *W przypadku, gdy w ofercie złożony zostanie więcej niż jeden cennik, Pełnomocnik Zamawiającego przyjmie jedynie cennik najbardziej korzystny dla Zamawiającego i uwzględni konsekwencje rachunkowe związane z wyliczeniem ceny ofertowej w Formularzu Ofertowym".* Zamawiający stawiając powyższy wymóg naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, ponieważ w inny sposób będą kalkulować cenę wykonawcy składający ofertę na jedną z części a w inny sposób wykonawcy składający ofertę na więcej części przez co oferty będą nieporównywalne.

Każda z części zamówienia obejmuje przewozy do różnych oddziałów PGE GiEK S.A. (elektrownie/elektrociepłownie), które charakteryzują różne uwarunkowania np. wielkość jednorazowej przesyłki, rodzaj wagonów (np. do Elektrowni Turów kamień wapienny dostarczany będzie w wagonach serii Fa, a węgiel do pozostałych elektrowni w wagonach serii Ea, w zadaniu 3 i 4 występują przewozy mączki wapiennej w wagonach dostarczonych przez Zamawiającego), różne czasy wolne od opłat z tytułu pobytu wagonów w dyspozycji odbiorcy, specyfika bocznicy (np. EC Gorzów - realizacja przewozów w składach 40

wagonowych, pozostawienie składu pociągowego na stacji w Wawro wie i lokomotywą manewrową wjazd na bocznicę w zestawach po cztery wagony - patrz str. 91), inne miejscowe ograniczenia techniczne (np. urządzania rozładowcze na bocznicy odbiorcy, rozmrażalnia na elektrowni, brak trakcji elektrycznej na bocznicy, czas pracy bocznicy). Wszystkie te czynniki wpływają na koszt przewozu a tym samym na cenę. Poszczególne części zamówienia są ze sobą nieporównywalne, dla przykładu: strefy odległości, w których przewidywane są największe przewozy (największe wartości współczynników przeliczeniowych przyporządkowanych poszczególnym odbiorcom) pokrywają się dla różnych elektrowni, np. odległość 391-410 km to przewozy do EC Gorzów, ZEC Bydgoszcz i EC Lublin. Do tych odbiorców mogą być dostarczane przesyłki o różnych tonażach (ZEC Bydgoszcz EC I do 1500 ton, EC **II** do 3591 ton EC Gorzów do 2350 ton podstawiane na 10 razy, EC Lublin do 2350 ton), każda z bocznic ma różne czasy pracy (EC Lublin i ZEC Bydgoszcz całodobowo, a EC Gorzów od poniedziałku do piątku od 6:00 do 22:00), różne

urządzenia rozładunkowe (wywrotnica na EC Lublin i ZEC Bydgoszcz EC **II,** suwnica w EC Gorzów i ZEC Bydgoszcz EC I). Wszystkie te elementy nie są bez znaczenia przy obsłudze kontraktu i wpływają na wielkość zaangażowanych zasobów ludzkich, jak również ilość wagonów i lokomotyw zatrudnionych przy realizacji przewozu. Obrót wagonów przy realizacji przewozu jednego składu do poszczególnych odbiorców będzie się różnił pomimo jednakowej odległość przewozu. Zatem nie ma możliwości aby jeden i ten sam cennik był na wszystkie części zamówienia. Powyższy wymóg nie leży także w interesie Zamawiającego. Dopuszczenie możliwości podania innych cenników dla poszczególnych części Zamówienia spowoduje, iż ceny w nich zawarte będą niższe.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji SIWZ w ten sposób, iż dopuszczalne będzie złożenie jednego cennika dla jednej części zamówienia, a tym samym możliwe będzie złożenie różnych cenników dla różnych części zamówienia i zamawiający będzie dokonywał oceny ofert w ramach poszczególnych części zamówienia w oparciu o cennik przedłożony w tej części zamówienia.

Odwołujący się podniósł, że zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym 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, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 kc.

Zamawiający we wzorze umowy zawarł szereg postanowień, które naruszają ww. przepisy:

§5 ust. *6 „W przypadku przekroczenia czasu postoju wagonów na bocznicy Oddziałów Zamawiającego od momentu zgłoszenia Wykonawcy wagonów gotowych do przekazania powyżej czasu określonego w arkuszach technicznych stanowiących Załączniki Nr (od 1.1. do 1.9)*, Zamawiający ma prawo naliczyć opłatę Wykonawcy w wysokości 3,5 zł/pojazd kolejowy za każdą rozpoczętą godzinę postoju przekraczającą czas zwolnienia z opłat do momentu wyjazdu z bocznicy Oddziału Zamawiającego.*

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmianę powyższego postanowienia poprzez dodanie: „ **(...)** *Zamawiający ma prawo naliczyć opłatę Wykonawcy w wysokości 3,5 zł/pojazd kolejowy za każdą rozpoczętą godzinę postoju przekraczającą czas zwolnienia z opłat* od momentu zgłoszenia Wykonawcy wagonów gotowych do przekazania *do momentu wyjazdu z bocznicy Oddziału Zamawiającego."*

W §8 projektu Umowy Zamawiający przewidział kary umowne za opóźnienie, a tym samym odpowiedzialność Wykonawców jest na zasadzie ryzyka. Wykonawcy nie mogą

ponosić negatywnych skutków opóźnień, które nie wynikają z przyczyn leżących po ich stronie. Dlatego też Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikację SIWZ w następujący sposób:

- § 8 ust 1.2. - poprzez zastąpienie zwrotu „za *każdy rozpoczęty dzień*

opóźnienia" na sformułowanie „za każdy rozpoczęty dzień zwłoki
- § 8 ust 1.3 - poprzez dodanie zwrotu: „(...) *z przyczyn niezależnych od nadawcy i Zamawiającego,* a zawinionych przez Wykonawcę, *Wykonawca zapłaci (...)"*
- § 8 ust 1.4 - poprzez dodanie zwrotu: „(...) *z przyczyn niezależnych od nadawcy i Zamawiającego,* a zawinionych przez Wykonawcę, *Wykonawca, w miejsce kary (...)"*

W § 9 zamawiający przewidział możliwość odstąpienia od umowy przez Strony. Jednakże postanowienia te są niesymetryczne. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenie § 9 umowy lub ich doprecyzowanie w taki sposób, iż będą symetryczne, jednoznaczne i podstawą odstąpienia będą okoliczności zawinione przez drugą stronę umowy.

Zgodnie z Częścią V pkt 10 przewozy węgla kamiennego mają być realizowane w składach od 25 do 62 wagonów, a w załączniku nr 1.3. do SIWZ tylko dla odbiorcy PGE GiEK S.A. Oddział Zespół Elektrociepłowni Bydgoszcz EC II wskazano masę jednorazowej przesyłki „do 3 591 Mg" (patrz str. 84). Zgodnie z §4 ust. 3 Istotnych postanowień Umowy (patrz str. 62) „przesyłki wagonowe z węglem kamiennym nadawane *za jednym listem przewozowym* będą realizowane w składach o masie co najmniej 1 400 Mg." Nie ma możliwości podstawienia pod załadunek na kopalni 62 wagonów i nadania takiej przesyłki za jednym listem przewozowym. Linia nr 131 Tarnowskie Góry - Tczew umożliwia przewóz składów o maksymalnej długości 750 metrów wraz z lokomotywą, ale dopiero od Tarnowskich Gór. Wskazanie minimalnej wielkości przesyłki „1 400 ton netto" (§4 ust. 3 projektu Umowy) powoduje, że każdy Wykonawca może kalkulować koszty przewozu dla różnej wielkości składu, np. 25 wagonów, 40 wagonów, itp. Wobec tego oferty będą nieporównywalne. Ponadto skład 62 wagonów o standardowej długości 14,04 metra miałby już długość 870 metrów bez uwzględnienia lokomotywy. Na chwilę obecną ani nadawca (kopalnia), ani odbiorca nie wyraża zgody, aby realizować przewozy w składach dłuższych niż 40 wagonów.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikację SIWZ poprzez o określenie rzeczywistej wielkości przesyłek, tak aby oferty były porównywalne ze sobą.

Zamawiający zgodnie z Częścią V pkt 25 obliguje wykonawcę do zastosowania czasu wolnego od opłat w ilości 16 godzin z tytułu pobytu wagonów pod załadunkiem u nadawcy.

Wskazując jednocześnie, że powyższe nie ma zastosowania w przypadku, gdy nadawca posiada uzgodniony z przewoźnikiem czas wolny od opłat powyżej 16 godzin. Przewidzenie tak długiego czasu dla każdego z nadawców nie znajduje żadnego uzasadnienia a stanowi istotny element kosztotwórczy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikację SIWZ poprzez zlikwidowanie czasów wolnych od opłat z tytułu zwolnienia z pobytu wagonów u nadawcy.

Zgodnie z §5 ust. 17 Projektu Umowy wynika, iż „ *Wykonawca po uzgodnieniu z Zamawiającym może powierzyć wykonanie usługi przewozu innemu przewoźnikowi. W takim przypadku za działania lub zaniechania podwykonawcy wobec Zamawiającego pełną odpowiedzialność ponosi Wykonawca.* Z postanowienia tego wynika, iż sposób wykonania zamówienia może być odmienny od zobowiązania zawartego w ofercie, co stoi w sprzeczności z postanowieniami ustawy w zakresie dopuszczalności zmiany umowy. Z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu wprowadzenie do SIWZ zakazu powierzania realizacji całości zamówienia podwykonawcom oraz modyfikacji SIWZ w taki sposób, aby podwykonawcom nie była powierzona realizacja innego zakresu zamówienia niż ten określony w ofercie na podstawie, której została zawarta umowa.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania są zasadne w zakresie zarzutu dotyczącego zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapisu: *Wykonawca zobowiązany jest załączyć do Formularza Ofertowego tylko jeden* Cennik usług przewozowych, *niezależnie od tego, na ile części składa Ofertę. W przypadku, gdy w ofercie złożony zostanie więcej niż jeden cennik, Pełnomocnik Zamawiającego przyjmie jedynie cennik najbardziej korzystny dla*

Zamawiającego i uwzględni konsekwencje rachunkowe związane z wyliczeniem ceny ofertowej w Formularzu Ofertowym.

Izba stwierdziła, że obydwaj odwołujący się są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zamawiający w sposób nieuprawniony nałożył na wykonawców obowiązek złożenia tylko jednego cennika usług, niezależnie od ilości części, na które składa ofertę.

W myśl art. pkt 6 ustawy Pzp poprzez pojęcie oferty częściowej należy rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

wykonanie części zamówienia publicznego. Z kolei art. 83 ust. 2 ustawy Pzp przyznaje zamawiającemu uprawnienie w kwestii dopuszczenia możliwości złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. Ponadto zamawiający może określić maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca.

Ustawodawca, posługując się zwrotem „wykonawca może złożyć oferty częściowe" (tzn. używając liczby mnogiej), wskazał, że w postępowaniu z możliwością składania takich ofert mamy do czynienia z odstępstwem od zasady składania jednej oferty, wyrażonej w art. 82, w przypadku składania ofert częściowych. Odstępstwo to zezwala na złożenie kilku ofert na różne części zamówienia, ale jednak zawsze tylko jednej na każdą część. Co do zasady wykonawca może złożyć oferty na wykonanie dowolnej liczby części zamówienia, uwzględniając jedynie podział dokonany przez zamawiającego. Nie może więc zaproponować, iż wykona fragment jednej lub fragmenty kilku części zamówienia, ponieważ byłoby to wkraczanie przezeń w uprawnienia zamawiającego, który jako jedyny może określić, jakich części mogą dotyczyć oferty. Może natomiast złożyć ofertę zarówno na jedną, jak i na kilka, a nawet na wszystkie części zamówienia. Ograniczeniem w tym uprawnieniu może być określenie przez zamawiającego maksymalnej liczby części, na które oferty może złożyć jeden wykonawca. Jaka to będzie liczba, zależy wyłącznie od woli zamawiającego, podobnie jak fakt, czy w ogóle wprowadzi takie ograniczenie. Informacja na ten temat powinna znaleźć się w SIWZ, zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 1. Wykonawca, który złoży oferty na większą liczbę części niż ustalona przez zamawiającego, zmusi zamawiającego do odrzucenia takich ofert jako niezgodnych z SIWZ.

Zamawiający nie ma natomiast innych uprawnień pozwalających na ingerencję w treść oświadczenia woli wykonawcy składającego ofertę częściową. Należy zwrócić uwagę, iż każda z części zamówienia obejmuje przewozy do różnych oddziałów PGE GiEK SA, które mają różnorodny charakter. Poszczególne przewozy różnią się wolumenem, rodzajem wagonów, różnymi punktami nadania, brakami trakcji elektrycznych na niektórych odcinkach itp. Wszystkie te elementy mają charakter cenotwórczy i w ocenie Izby brak jest możliwości złożenia jednakowego cennika na wszystkie części zamówienia. Ponadto należy zwrócić uwagę, iż cena stanowi element oświadczenia woli wykonawcy, który kalkuluje ją w oparciu o dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia jest czynnikiem determinującym decyzję wykonawcy w kwestii wysokości ceny, którą zamierza zaoferować. Ponieważ w rozpoznawanym przypadku opisy przedmiotu zamówienia w każdej części zasadniczo różnią się od siebie, oczywistym jest, że zróżnicowaniu powinny

podlegać również zaoferowane ceny. Jest to naturalny proces pozwalający na elastyczne ukształtowanie cen, adekwatnie do warunków realizacji usługi.

Narzucony przez zamawiającego wymóg dotyczący zaoferowania jednego cennika dla wszystkich części zamówienia nie dość, że godzi w suwerenną decyzję wykonawcy co do wysokości zaoferowanej ceny, to jeszcze nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, iż jego uprawnienie do postawienia takiego

wymogu wynika z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem, w przypadku, gdy zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty częściowej, wykonawca może złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia, chyba że zamawiający określi maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca. Interpretacja tego przepisu wskazuje, że możliwość ustalenia przez zamawiającego owej maksymalnej liczby stanowi wyjątek od zasady, którą jest uprawnienie wykonawcy do dokonania swobodnego wyboru, na ile części zamówienia składa ofertę. Wyjątków od reguł ogólnych *(leges speciales)* nie wolno interpretować rozszerzająco *(exceptiones non sunt extendendae).*

W ocenie Izby zaskarżone postanowienie SIWZ pozostaje w sprzeczności z naczelną zasadą udzielania zamówień, czyli zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zasada ta pozwala na realizację celów ustawowych, w tym między innymi efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi. Postawione przez zamawiającego ograniczenie w kwestii swobodnego ukształtowania cen na poszczególne części uniemożliwi złożenie ofert z cenami konkurencyjnymi i spowoduje, że złożone oferty nie będą tak korzystne, jakie mogłyby być, gdyby zostały złożone w warunkach uczciwej konkurencji cenowej pomiędzy wykonawcami.

Zawarte w odwołaniach zarzuty dotyczące braku oznaczenia stacji nadawczych, wolumenu z poszczególnych stacji nadania, podanie wymogu cen jednostkowych (zał. Nr 1.2 do załącznika nr 1 do SIWZ), obniżenie stawek o 20% w przypadku przewozu mączki, § 8 i 9, części V pkt 10 oraz 26 SIWZ Izba uznała za niezasadne z następujących powodów:

Opis przedmiotu zamówienia jest zawsze decyzją własną zamawiającego. To bowiem zamawiający decyduje o tym, co ma być przedmiotem określonego zamówienia oraz jakie cechy techniczne i jakościowe są istotne z punktu widzenia jego rzeczywistych potrzeb.

Należy przy tym zauważyć, iż określenie przedmiotu zamówienia jest zarazem obowiązkiem jak i uprawnieniem zamawiającego. Jego określenie w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. Powyższe

potwierdza orzecznictwo Zespołu Arbitrów, m.in. wyrok ZA z dnia 28 czerwca 2000 r., Sygn. akt UZP/ZO/0-602/00, który głosi, iż "wskazanie w SIWZ wymogów technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia trudnych do spełnienia przez Odwołującego lub innego oferenta nie stanowi dostatecznej podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia określony został w sposób naruszający zasadę z art. 17 ust. 2 ustawy o zamówieniach publicznych,"

A zatem oceniając poszczególne postanowienia siwz w świetle zasad wskazanych powyżej Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniach.

Zgodnie z art. 353 $_1$ K.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrecjonalny kształtuje większość *essentialiae* i *accidentaliae negotii* przygotowując własną siwz. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona - przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego - co jest jego fundamentalnym uprawnieniem - w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia.

Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np, art. 473 § 1 stanowi, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy)

odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Oczywiście realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych Kc.

Izba nie uwzględniła podniesionego przez wykonawcę CTL Logistics Sp. z o.o. zarzutu dotyczącego nieprecyzyjnego zapisu wnoszenia wadium w formie niepieniężnej. Zgodnie z pkt. 11.4 SIWZ w przypadku wniesienia wadium w formie innej niż pieniądz wykonawca obwiązany jest dołączyć do oferty oryginał dokumentu lub kserokopię

14

---

poświadczoną za zgodność z oryginałem. W przypadku, gdy wykonawca wniesie wadium w formie niepieniężnej winno ono zawierać zobowiązanie instytucji gwarantującej do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty Zamawiającemu kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie, bez konieczności akceptacji roszczeń zamawiającego przez Wykonawcę.

Izba wskazuje, że żaden z przepisów ustawy pzp nie wskazuje, w jakiej formie ma być złożony dokument potwierdzający wniesienie wadium w formie niepieniężnej. Ponadto odwołujący się nie wskazał, na czym dokładnie polega – w jego przekonaniu – nieprecyzyjność zapisu. Wobec tego, że Izba nie dopatrzyła się po stronie zamawiającego naruszenia przepisów ustawy, uznała zarzut za nieuzasadniony.

Izba nie uwzględniła postawionego przez odwołującego się PKP Cargo SA zarzutu dotyczącego treści § 5 ust. 17 Projektu Umowy umożliwiającemu wykonawcy powierzenie wykonania usługi przewozu podwykonawcy. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 36 ust. 5 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w SIWZ, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona wykonawcom.

Izba wskazuje, że podniesiony zarzut oraz żądanie wykonawcy co do wprowadzenia do SIWZ zakazu powierzania całości zamówienia podwykonawcom stoi w sprzeczności ze wskazanym przepisem art. 36 ust. 5 ustawy Pzp. Zakaz taki jest możliwy wyłącznie z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby przedmiot zamówienia nie wymaga wprowadzenia takiego zakazu.

15

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....

16