

WYROK

z dnia 26 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2017 r. przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. Prace na linii kolejowej nr 93 Trzebinia – Zebrzydowice na odcinku Oświęcim – Czechowice Dziedzice w ramach projektu POLiS 2014 – 20209 nr 5.1-12” – (postępowanie znak IREZA3a-216-06/POLiS 5.1-12/2017) przy udziale wykonawcy **PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 26 września 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1862/17

Zamawiający – **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. Prace na linii kolejowej nr 93 Trzebinia – Zebrzydowice na odcinku Oświęcim – Czechowice Dziedzice w ramach projektu POLiS 2014 – 20209 nr 5.1-12” – (postępowanie znak IREZA3a-216-06/POLiS 5.1- 12/2017).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 26.07.2017 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2017/S 141 - 290646.

W dniu 28.08.2017 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej w ósmej zmianie treści SIWZ załącznik nr 25 do PFU

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 07.09.2017 r. w formie pisemnej przez wykonawcę **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu w wyżej wymienionym postępowaniu nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, tj. wniósł odwołanie wobec postanowień SIWZ, które zostały wskazane w części wstępnej oraz w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Odwołujący zaskarżonym czynności Zamawiającego zarzucił:

- naruszenie art 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp oraz art. 353(1) kc w zw. z art. 14 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymogów związanych z zakupem i dostawą szyn w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co może prowadzić do nieporównywalności złożonych ofert, a jednocześnie wiąże się z przerzuceniem na wykonawców całości ryzyka gospodarczego związanego z koniecznością przechowywania zakupionych na potrzeby realizowanego zamówienia szyn w długim okresie, możliwością utraty przez zakupione szyny ich właściwości użytkowych oraz brakiem możliwości przechowywania tak dużych ilości szyn

w zakładach stacjonarnych do tego przystosowanych, co z kolei zaprzecza zasadzie równości stron stosunku zobowiązaniowego, w szczególności w świetle wprowadzenia do Warunków Umowy ograniczeń w zwrocie kosztów

zakupu dostarczonych Zamawiającemu Materiałów i Urządzeń.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowania zapisów SIWZ, tj. zapisów załącznika nr 25 do PFU, przez:

- dopuszczenie możliwości dostarczenia 25 km szyn niezbędnych do wykonania Etapu IV i Etapu V umowy na Plac Budowy albo inny teren lub magazyn uzgodniony z Inżynierem w terminie 1 miesiąca przed rozpoczęciem robót odpowiednio Etapu IV i Etapu V oraz dopuszczenie możliwości dostawy pozostałych szyn niezbędnych do wykonania zamówienia sukcesywnie, w terminach odpowiednich do postępu wykonywanych robót, ewentualnie

- dopuszczenie możliwości dostarczenia 25 km w terminie 10 miesięcy od Daty Rozpoczęcia.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści SIWZ pierwotnie zamieszczonej na stronie internetowej pominął załącznik nr 25 do PFU, mimo iż w treści dokumentów składających się na SIWZ zawarł odwołanie do tego dokumentu.

W reakcji na odwołanie wniesione przez Odwołującego, Zamawiający dnia 28 sierpnia 2017

r. zamieścił załącznik nr 25 do PFU na swojej stronie internetowej SIWZ.

Jak wynika z protokołu rozprawy Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 sierpnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1630/17, Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, że skoro żądaniem odwołania wniesionego przez Odwołującego w dniu 4 sierpnia 2017r. było udostępnienie załącznika nr 25 do PFU, to ewentualne zarzuty względem treści załącznika nr 25 do PFU udostępnionego wykonawcom po wniesieniu odwołania, nie są objęte zarzutami tego odwołania.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, przyjąć należy, że niniejsze odwołanie jest wniesione z zachowaniem terminów ustawowych. Odwołujący wnosi je bowiem w terminie 10 dni od dnia uzyskania informacji o niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, tj. od opublikowania przez Zamawiającego treści załącznika nr 25 do PFU, która jest kwestionowana niniejszym odwołaniem, zaś zarzuty niniejszego odwołania nie były i w świetle stanowiska Izby wyrażonego w sprawie o sygn. akt KIO 1630/17 nie mogły być przedmiotem rozpoznania we wcześniej prowadzonym postępowaniu odwoławczym.

Jak wskazał Odwołujący, zgodnie z utrwalonym poglądem Krajowej Izby Odwoławczej, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku

odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz, przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie SIWZ nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz (wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2014 r., KIO 527/14, wraz z cytowanym tam orzecnictwem).

Wobec powyższego, w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przywołanych przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, ponieważ nieprawidłowe sformułowanie postanowień SIWZ i postanowień ogłoszenia o zamówieniu utrudnia mu dostęp do zamówienia.

Odwołujący w ramach uzasadnienia wskazał, że zgodnie z zapisami SIWZ - Tom II Warunki Umowy (WU):

SubKLAUZULA 14.5 URZĄDZENIA I MATERIAŁY PRZEZNACZONE DLA ROBÓT

1. Wykonawca jest zobowiązany, do zakupu i dostawy Urządzeń i Materiałów w terminach oraz w ilościach wskazanych w Załączniku 25 do PFU. Miejscem dostawy i składowania powyższych Urządzeń i Materiałów ma być Plac Budowy albo inny teren lub magazyn, z zastrzeżeniem, że inny teren lub magazyn zostanie uprzednio (przed zakupem danych Urządzeń bądź Materiałów) uzgodnione z Inżynierem. (...)

W dniu 28 sierpnia 2017r. Zamawiający zmodyfikował treść zapisów SIWZ, zamieszczając na swojej stronie internetowej załącznik nr 25 do PFU.

Powyżej przywołane zapisy SIWZ - WU, stanowiące de facto element opisu przedmiotu zamówienia, nie uwzględniają więc wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Sytuacja ta może prowadzić do nieporównywalności złożonych ofert.

I tak:

Z załącznika nr 25 do PFU, analizowanego łącznie z przywołaną subkl. 14.5.1 WU, wynika, że wykonawca zobowiązany jest do zakupu i dostawy 82.5 km szyn w terminie 4 miesięcy od Daty Rozpoczęcia.

Jak wskazał Odwołujący niniejsze zamówienie realizowane jest w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a co za tym idzie ostateczna ilość szyn do wbudowania będzie znana dopiero po wykonaniu przez wykonawcę dokumentacji projektowej, więc nie powinno się zamawiać materiałów przed ukończeniem prac projektowych ponieważ to właśnie z projektu wynikają ilości i rodzaje materiałów. Uwzględniając jednak długość modernizowanej linii kolejowej można przyjąć, że 82.5 km szyn stanowi ok. 96% materiału niezbędnego do wykonania całego zamówienia.

Data Rozpoczęcia to z kolei następny dzień po podpisaniu umowy przez ostatnią ze stron - vide subkl. 8.1.WU.

Zgodnie z pkt 3 SMWZ - IDW, dla Kontraktu ustanawia się następujące Etapy, które Wykonawca zobowiązany jest wykonać w następujących terminach:

Etap 1 - 6 miesięcy od Daty Rozpoczęcia - Odbiór Projektów Budowlanych zgodnie z pkt

4.4.1 PFU

Etap 2 - 10 miesięcy od Daty Rozpoczęcia - Uzyskanie prawomocnej decyzji lokalizacyjnej dla całości Robót

Etap 3 - 12 miesięcy od Daty Rozpoczęcia - Uzyskanie Pozwolenia na Budowę. W przypadku składania więcej niż jednego wniosku o Pozwolenie na Budowę jako zakończenie Etapu uznaje się termin uzyskania ostatniego z Pozwoleń

Etap 4* - do 14 miesięcy od zakończenia Etapu 3, Oddanie do eksploatacji co najmniej jednego z torów dla każdego ze szlaków oraz parzystej lub nieparzystej strony każdej ze stacji objętych Robotami

Etap 5* - do 12 miesięcy od zakończenia Etapu 4, Oddanie do eksploatacji wszystkich szlaków oraz stacji objętych Robotami

Etap 6 - 4 miesiące od zakończenia Etapu 5, Pozostałe Roboty wraz z uzyskaniem wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych i pozwoleń.

Zdaniem Odwołującego jak wynika z powyższego, roboty budowlane polegające m. in. na wbudowaniu szyn będą wykonywane dopiero w Etapach IV i V, przy czym Etap IV rozpocznie się najwcześniej po 12 miesiącach od Daty Rozpoczęcia. Szyny, zakupione i dostarczone Zamawiającemu, będą więc musiały być magazynowane przez 8 miesięcy nim wykonawca rozpocznie wykonywanie jakichkolwiek robót budowlanych (a nawet więcej jeśli uwzględni się, że wbudowanie szyn nie jest pierwszym etapem technologicznym wykonywania robót składających się na zamówienie). Same roboty budowlane będą zaś wykonywane przez kolejne 26 miesięcy (dla wykonawcy, który nie zdecyduje się na skrócenie terminu wykonania zamówienia), przy czym roboty składające się na Etap V będą wykonywane dopiero po wykonaniu robót Etapu IV.

Szyny o których mówi załącznik nr 25 do PFU, uwzględniając ilość wymagana tym załącznikiem, będą więc magazynowane od 8-9 miesięcy nawet do ok. 32 miesięcy.

W tym miejscu, zdaniem Odwołującego, zaznaczenia wymaga, że zgodnie z zapisami dokumentu opracowanego przez Zamawiającego „Wytyczne postępowania z deformacjami szyn kolejowych” (załącznik do pisma PKP PLK S.A. nr ELK7-518-03/2017 z dnia 31 marca 2017r.), który to dokument również stanowi załącznik do PFU, „w celu minimalizacji ryzyka wystąpienia uszkodzeń szyn, należy je składować w zakładach stacyjnych do tego przystosowanych, tj. w hutach lub zgrzewalniach. Dostawy szyn na plac budowy zaleca się realizować bezpośrednio na czas oraz w miejsce wbudowania. Jeżeli fazowanie robót lub przyjęta technologia prac nie pozwalają na realizację zaleceń wskazanych powyżej, to zawsze należy planować dostawy szyn przy jak najmniejszym wyprzedzeniu czasowym (...)” (pkt 3.4 i 3.5).

W niniejszej sprawie fazowanie robót i przyjęta technologia ich wykonywania nie wyklucza możliwości dostawy szyn bezpośrednio na czas oraz w miejsce wbudowania.

Rozwiązaniem preferowanym przez Zamawiającego, a zarazem gwarantującym zachowanie wszystkich właściwości użytkowych szyn, jest ich dostawa na plac budowy bezpośrednio przed ich wbudowaniem. Zapisy załącznika nr 25 do PFU pozostają w oczywistej sprzeczności z tymi wymogami.

Oceny w tym zakresie nie zmienia dopuszczona zapisami SMWZ możliwość przechowywania zakupionych na potrzeby zamówienia szyn w „innym miejscu” uzgodnionym z Inżynierem. Miejscem, o którym mowa, teoretycznie może być „zakład stacyjny”, tj. huta lub zgrzewalnia producenta szyn. Miejsce takie musi być jednak zaakceptowane przez Inżyniera,

a co tym idzie to nie wykonawca zdecyduje ostatecznie o tym, czy dane miejsce będzie odpowiednie, choć to on musi składając ofertę skalkulować koszty związane z magazynowaniem szyn i ich odpowiednim zabezpieczeniem. Nadto, zaznaczenia wymaga, że ze względu na ilość zamówień, jakie Zamawiający udziela obecnie, fakt, iż znaczna część tych zamówień będzie realizowana w tym samym czasie, a także z uwagi na okoliczność, iż zapisy dokumentacji

przetargowej analogiczne do tych kwestionowanych przez wykonawcę obecnie znajdują się w zasadzie w każdym z postępowań prowadzonych przez Zamawiającego, producenci szyn nie będą mieli faktycznej możliwości zmagazynowania takich ilości szyn, jak oczekuje Zamawiający. Już teraz w rozmowach prowadzonych z producentami szyn, pojawiają się zastrzeżenia, że producenci nie gwarantują przechowania szyn w tak dużych ilościach i w tak długich terminach, dla każdego z kontraktów realizowanych na rzecz Zamawiającego. Część z nich wprowadziła przy tym wprost do stosowanych przez siebie Ogólnych Warunków Umowy wymóg odebrania szyn w umówionych terminach, którego niedochowanie skutkuje nałożeniem na odbiorcę wysokich kar umownych.

Wymóg wynikający z załącznika nr 25 do PFU nie będzie więc mógł zostać spełniony przez wykonawców.

W ocenie Odwołującego, żądana zmiana SIWZ nie zagrazi interesom Zamawiającego. Dla większości producentów szyn sprzedających swoje produkty w Polsce, Zamawiający jest głównym lub jedynym odbiorcą tego materiału. Producenci, jak wynika z deklaracji przedstawicieli Zamawiającego, pozostają przy tym w stałym kontakcie z Zamawiającym i koordynują działania zmierzające do zapewnienia odpowiedniej ilości materiału, dla każdego z zamówień realizowanych przez Zamawiającego. Brak terminowej dostawy szyn dla potrzeb danego zamówienia, jeśli rzeczywiście miałby nastąpić, to nastąpi tylko z uwagi na okoliczność, że Zamawiający poprzez wskazane powyżej zapisy SIWZ uniemożliwi wykonawcom wprowadzenie racjonalnych zasad zarządzania procesem zakupów materiałów.

W ocenie Odwołującego prawdopodobne jest więc to, że szyny dla potrzeb jednych kontraktów z Zamawiającym będą magazynowane u producentów, gdy tymczasem nie będzie możliwe zakupienie szyn lub zapewnienie ich odpowiedniego przechowywania dla innych zamówień, realizowanych dla tego samego Zamawiającego we wcześniejszych terminach.

W tym miejscu, w ocenie Odwołującego, warto także wskazać na dalsze zapisy subkl. 15.5 WU:

6. Wykonawca, w odniesieniu do Urządzeń i Materiałów wskazanych w ust. 1, 2, 3 i 5 niniejszej Subklauzuli:

(iv) przedłoży dokument potwierdzający przekazanie Zamawiającemu, wolnych od zastawów i od innych wierzytelności, Urządzeń i Materiałów wraz z ustalonymi warunkami nadzoru Wykonawcy nad nimi do czasu ich wbudowania, oraz

(v) przedstawi dowody potwierdzające, że jest właścicielem przedmiotowych Urządzeń i Materiałów, oraz

(vi) zapewni, że Urządzenia i Materiały zostaną dostarczone na Plac Budowy bądź teren lub magazyn uzgodniony i zaakceptowany przez Inżyniera i będą na nim właściwie przechowywane, zabezpieczone przed stratą, szkodą lub obniżeniem jakości i są zgodne z Kontraktem, co potwierdzać będzie stosowny protokół podpisany przez Wykonawcę oraz Inżyniera.

Urządzenia i Materiały przechodzą na własność Zamawiającego, zgodnie z postanowieniami SubKLAUZULI 7.7 Warunków Szczególnych, przy czym Wykonawca ponosi odpowiedzialność za utratę, zniszczenie lub uszkodzenie (a także każde inne podobne w skutkach zdarzenie) przedmiotowych Urządzeń lub Materiałów do czasu przejęcia Robót zgodnie z Kontraktem. Wykonawca jest zobowiązany także do stosowania wszelkich środków ostrożności wskazanych przez Zamawiającego odnośnie przedmiotowych Urządzeń i Materiałów, a także wszelkich środków ostrożności wynikających ze stosownych postanowień umów ubezpieczenia tych Urządzeń i Materiałów, o których mowa w szczególności w SubKLAUZULI 18.2 Warunków Szczególnych. Wszelkie koszty z tym związane zawierają się w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej. (...)

Inżynier, po otrzymaniu od Wykonawcy dokumentów potwierdzających zakup, dostarczenie i złożenie na Placu Budowy albo innym terenie lub magazynie uzgodnionym i zaakceptowanym przez Inżyniera, Urządzeń i Materiałów określi i poświadczy odpowiednie kwoty zawarte w Przejściowym Świadczeniu Płatności. (...) Kwota do poświadczenia będzie równa dziewięćdziesięciu procentom kwoty wynikającej z oszacowanej przez Inżyniera ceny zakupu, dostawy oraz kosztów składowania Urządzeń i Materiałów (bez VAT), biorąc pod uwagę dokumenty wymienione w niniejszej SubKLAUZULI a także, o ile jest wskazana - wartość kontraktowa tych Urządzeń i Materiałów. Łączna kwota poświadczona zgodnie z niniejszą SubKLAUZULĄ nie może w żadnym momencie realizacji Umowy przekroczyć 25% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej. Limit ten może być ponownie wykorzystany po wbudowaniu Urządzeń i Materiałów w Roboty Stałe i potrąceniu zgodnie z SubKLAUZULĄ

14.3 Warunków Szczególnych.

Zdaniem Odwołującego jak wynika z powyższego, choć koszty związane z samym magazynowaniem szyn ostatecznie poniesie Zamawiający, to jednak ryzyko związane z magazynowaniem szyn w długich okresach spoczywa na wykonawcy.

Zapisy SIWZ stanowią bowiem wprost:

Wykonawca ponosi odpowiedzialność za utratę, zniszczenie lub uszkodzenie (a (akie każde inne podobne w skutkach

zdarzenie) przedmiotowych Urządzeń lub Materiałów do czasu przejścia Robót zgodnie z Kontraktem, Wykonawca jest zobowiązany także do stosowania wszelkich środków ostrożności wskazanych przez Zamawiającego odnośnie przedmiotowych Urządzeń i Materiałów, a także wszelkich środków ostrożności wynikających ze stosownych postanowień umów ubezpieczenia tych Urządzeń i Materiałów.

Jak wskazał Odwołujący wycena tego ryzyka musi być zawarta w cenie ofertowej.

Jeżeli więc skutkiem długotrwałego przechowywania szyn będą ich odształcenia, czy inne uszkodzenia, to wykonawca poniesie koszty związane z przywróceniem szyn do ich odpowiedniego stanu, czy raczej w większości przypadków koszty zakupu nowych szyn. Jeśli Wykonawca poniesie dodatkowe koszty by zapewnić odpowiednie, wskazane przez Zamawiającego środki ostrożności (przy czym obecnie nie jest wiadome, jakie środki ostrożności Zamawiający uzna za „odpowiednie”), koszty te poniesie wykonawca.

Zdaniem Odwołującego ryzyko powstania takich uszkodzeń, czy szerzej dodatkowych kosztów jest, w świetle powyżej poczynionych uwag, ogromne, a zarazem niemożliwe do oszacowania na etapie składania ofert.

W dalszej części uzasadnienia wskazano, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia jest w toku, a uwzględniając przebieg podobnych postępowań prowadzonych przez tego samego zamawiającego, trudno obecnie ustalić, kiedy umowa o zamówienie publiczne będzie zawarta i jak w tym czasie będzie kształtowała się dostępność powierzchni magazynowych u producentów szyn. Skoro jednak już na chwilę obecną, producenci mają problemy z zapewnieniem możliwości magazynowania szyn, trudno zakładać by przy liczbie prowadzonych przez Zamawiającego postępowań sytuacja ta miała ulec poprawie w następnych miesiącach. Z uwagi zaś na okoliczność, że w niniejszym postępowaniu mowa

jest o magazynowaniu szyn nawet latami, to tym bardziej wykonawcom trudno będzie na etapie składania ofert oszacować i wycenić ryzyko związane z brakiem możliwości magazynowania szyn u producentów i ewentualną koniecznością magazynowania szyn w innych miejscach, który musiałby jednak uzyskać akceptację Inżyniera.

Zdaniem Odwołującego każdy z wykonawców składających ofertę w niniejszym postępowaniu będzie przy tym odmiennie szacował koszty, o których mowa. Oferty złożone przez wykonawców będą zatem nieporównywalne.

W ocenie Odwołującego w przypadku dostaw realizowanych sukcesywnie, w tempie dostosowanym do tempa robót, problemy i koszty (ryzyko), o których mowa nie występują lub będą niższe/mniejsze.

Warto także zaznaczyć, że wymaga przez Zamawiającego ilość szyn, które mają być dostarczone we wskazanym terminie jest bardzo wysoka - ok. 96% całego wymaganego materiału, co potęguje opisany powyżej problem z zapewnieniem ich odpowiedniego przechowywania. Ilość ta jest także znaczna, jeśli uwzględni się, że w świetle powołanych powyżej zapisów SIWZ, wykonawca otrzyma tylko 90% płatności za szyny zakupione i dostarczone w umówione miejsce. Zakup szyn i ich przechowywanie będzie jednym z najwyższych kosztów wykonawcy (Odwołujący szacuje, że koszt samego zakupu ponad

82 km szyn to koszt rzędu kilkudziesięciu milionów złotych nie licząc kosztów magazynowania), przy czym koszt ten będzie w pełni zwrócony wykonawcy dopiero po rozliczeniu wykonanych przez niego robót.

W tym miejscu, w ocenie Odwołującego, zaznaczenia wymaga, że wykonawca nie kwestionuje jako takiego wprowadzonego przez zamawiającego mechanizmu rozliczeń, ale wskazuje, że mechanizm ten byłby mniej uciążliwy dla wykonawców, jeśli obowiązkiem wykonawcy byłoby dostarczenie mniejszych ilości szyn jednorazowo (przed przystąpieniem do realizacji robót) wraz z dopuszczeniem możliwości wykonywania dalszych dostaw sukcesywnie, w sposób dostosowany do tempa robót, względnie termin na dostarczenie szyn byłby dłuższy (co z kolei skróci czas przechowywania szyn i w ślad za tym okres

„kredytowania” przez wykonawcę inwestycji zamawiającego).

Warto przy tym dodać, że Zamawiający pod pozorem zapewnienia ciągłości dostaw dla niniejszego zamówienia, w istocie wprowadza takie rozwiązania, które mogą uniemożliwić wykonawcy terminowe wykonanie zamówienia (np. w sytuacji, gdy zamówione po Dacie Rozpoczęcia szyny ulegną uszkodzeniu w związku z długotrwałym ich przechowywaniem, co

będzie wymagało - po stwierdzeniu uszkodzeń - zamówienia dodatkowych szyn, co wiąże się z dodatkowymi kosztami, ale i dodatkowym czasem) i to nie tylko tego, ale i innych realizowanych równolegle. Zamawiający pozbawiając wykonawców prawa do dopasowania tempa dostaw do postępu prac, przy wprowadzeniu ewentualnie pewnego minimum materiałów niezbędnych do dostarczenia (zapewnienia) przed rozpoczęciem robót, uniemożliwia wykonawcy elastyczne reagowanie na zmieniającą się sytuację na rynku dostaw materiałów „kolejowych”. Wykonawca odpowiada przecież za terminową realizację zamówienia (niedochowanie terminów umownych może stanowić podstawę do nałożenia na wykonawcę kar umownych, czy nawet odstąpienia przez zamawiającego od umowy), a ta nie będzie możliwa bez zapewnienia dostaw szyn. Każdy więc racjonalnie działający wykonawca będzie

zainteresowany zakupem szyn w takich terminach, by zapewnić ciągłość robót. Dostawcy szyn deklarują przy tym, znając zapotrzebowanie Zamawiającego na tego typu materiał, że odpowiednie ilości materiałów będą dostępne.

Przerzucając na wykonawcę wszelkie ryzyka i koszty związane z zapewnieniem szyn niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, Zamawiający nadużywa więc prawa do dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób gwarantujący należyte wykonanie zamówienia, prowadząc do rażącej dysproporcji stron przyszłej umowy.

Zamawiający pismem z dnia 19.09.2017 r. wniósł odpowiedź na odwołanie. W złożonym piśmie wskazał, że dokonał już korekty materiałów przetargowych m.in w następującym zakresie wydłużenia terminów zakupu i dostawy materiałów, wskazanych w subkl. 14.5.2 i

14.5.3 do odpowiednio pięciu i trzech miesięcy w miejsce dwóch miesięcy, licząc od dnia zatwierdzenia branżowych projektów budowlanych/materiałów składanych wraz ze zgłoszeniem robót budowlanych w trybie art. 30 ustawy Prawo budowlane.

Zamawiający wprowadził do RCO do wymagań ogólnych dodatkową pozycję 02.01.005;

„Koszt przechowywania, zabezpieczenia przed stratą, szkodą i obniżeniem jakości Materiałów i Urządzeń przeznaczonych do późniejszej zabudowy zgodnie z Subklazulą 14.5”, celem zapewnienia wyceny pozycji przez wszystkich wykonawców, i zagwarantowania wykonawcom, że pozycja ta zostanie przez Zamawiającego zapłacona.

Jak zostało wskazane w powyższym piśmie opisane powyżej czynności Zamawiającego, jego zdaniem, usuwają możliwość ponoszenia przez wykonawców ryzyka związanego z nieprecyzyjnym określeniem Materiałów i Urządzeń wymaganych do zakupu i dostarczenia

na Plac budowy z wyprzedzeniem oraz ryzyko ponoszenia przez wykonawców kosztu magazynowania dostarczonych Materiałów i Urządzeń.

II. Następnie Zamawiający podniósł, że Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 roku Prawo zamówień publicznych, tj. w Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm. (dalej przywoływana skrótowo jako

„Ustawa” lub „PZP”) oraz art. 353(1) kc w zw. z art. 14 PZP.

1. Zarzut naruszenia przepisów art. 29 ust. 1 i ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP jest nieuzasadniony z przyczyn następujących:

Przepisy art. 29 ust. 1 i ust. 2 PZP stanowią o podstawowych zasadach opisywania przez zamawiających przedmiotu zamówienia; zgodnie z ust. 1 przedmiot zamówienia (Zamawiający) opisuje [...] w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a zgodnie z ust. 2 przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wskazał w odwołaniu, na czym jego zdaniem polega naruszenie przez Zamawiającego art 29 ust. 1 i ust. 2 PZP. W szczególności Odwołujący nie wskazał żadnej okoliczności, która potwierdzałaby, że opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu nr !REZA3a-216-06/POLIŚ 5.1 - 12/2017, którego przedmiotem jest Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. Prace na linii kolejowej nr 93 Trzebinia - Zebrzydowice na odcinku Oświęcim - Czechowice Dziedzice w ramach projektu POHŚ 2014-2020 nr 5.1-12. nie spełnia warunku jednoznaczności lub warunku oznaczoności i dookreślenia przedmiotu zamówienia (bycia opisem wyczerpującym), ani też nie wskazuje, że Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Nie ma też w odwołaniu żadnego uzasadnienia zarzutu naruszenia przy opisie przedmiotu zamówienia zasad uczciwej konkurencji przez jej utrudnianie, ani też Odwołujący nie wykazał, na czym jego zdaniem polega rzekome naruszenie przez Zamawiającego zasad, określonych w art. 7 ust. 1 PZP, to jest zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ew. zasady proporcjonalności i przejrzystości przy przygotowaniu i przeprowadzeniu przez Zamawiającego ww. postępowania o udzielenie zamówienia.

„Zaznaczyć należy, że kwestia konkurencji winna być kategorią, którą należy rozpatrywać z uwzględnieniem danego rynku, którego dotyczy konkretne zamówienie jak również

uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Niewątpliwie Zamawiający mają prawo opisując przedmiot zamówienia do określenia pewnych wymagań technicznych i jakościowych uwzględniających niezbędne Zamawiającemu standardy, przy uwzględnieniu realnych potrzeb Zamawiającego.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2015 r. KIO 2397/15).

Zamawiający podkreślił, że całość opisu przedmiotu zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego pod numerem IREZA3a-216-06/POLIŚ 5.1 - 12/2017 znajduje się w dokumencie pt. „Program Funkcjonalno-Użytkowy” (PFU), stanowiącym tom III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Opis ten odpowiada zasadom, wiążącym Zamawiającego, a określonym w art. 31 ust. 2 i ust. 3 PZP. W odwołaniu Odwołujący nie kwestionuje opisu przedmiotu

zamówienia zawartego w PFU, co świadczy o tym, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i ust. 2 PZP nie jest zasadny i nie zgłasza w związku z tym jakichkolwiek zastrzeżeń co do braku możliwości czy tylko utrudnienia wyceny robót, ani też nie donosi, że w razie zawarcia z nim umowy o roboty budowlane nie będzie on wiedział, co należy do jego kontraktowych obowiązków.

2. Zarzut naruszenia przepisu art 353 (1) kc w związku z art 14 PZP Zamawiający uważa za niezasadny.

Zgodnie z art. 139 PZP do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy PZP nie stanowią inaczej. Oznacza to, iż umowy o zamówienie publiczne podlegają interpretacji zgodnie z regułami prawa cywilnego, jednak przy tym jedna z naczelnych zasad - zasada swobody umów, wyrażona w art. 3531 Kodeksu cywilnego, doznaje na gruncie PZP poważnych ograniczeń. Przede wszystkim zamówienie publiczne udzielone może być wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami PZP, a w samej ustawie dokładnie określono warunki zmiany umowy (art. 144 PZP).

Zamawiający kształtuje zarówno treść SIWZ, jak i samej umowy, przy czym winien pamiętać o zasadach, wskazanych w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z 19 grudnia 2016 r., sygn. KIO 2280/16), zgodnie z którym zamawiający opisując warunki udziału w postępowaniu, w pierwszej kolejności ma za zadanie, a wręcz obowiązek w taki sposób je ukształtować, aby spełniały jego (zamawiającego) cel, który musi wykazywać się szczególną dbałością o racjonalne wydatkowanie środków publicznych oraz zapewnienie należytego wykonania umowy. Zamawiający ma więc prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami, jednak uprawnienie to nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika

to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Wykonawca decydując się na wniesienie odwołania musi precyzyjnie wykazać naruszenie prawa przez zamawiającego, a nie tylko sam fakt np. jednostronnego ustalenia nadmiernych wymogów zwiększających ryzyko wykonawcy. Jak stwierdziła Izba (w wyroku KIO 2171/16):

„Zamawiający jako dysponent środków publicznych ma uprawnienie do kształtowania postanowień umowy zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Zamawiający działa bowiem w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb o charakterze publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu mogłoby prowadzić do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Oznacza to, że ryzyko ponoszone przez zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy”.

Takiego precyzyjnego wskazania brak, zdaniem Zamawiającego, w odwołaniu, wniesionym w niniejszej sprawie.

Zamawiający podniósł, że ukształtowane przez niego zasady wykonania zamówienia nie naruszają ani zasady równego traktowania wykonawców, ani nie są niesprawiedliwe ani też nie prowadzą do nadmiernego uprzywilejowania Zamawiającego jako strony umowy oraz są jasne i precyzyjne. Natomiast ustalenie specjalnego sposobu realizacji zamówienia nie stanowi o naruszeniu art 3531 kc, nawet jeśli nie odpowiada on potencjalnym wykonawcom.

Zamawiający wyjaśnia, że ustalając szczególny reżim dostaw Materiałów i Urządzeń w subkl.

14.5.1 - 3 oraz 14.5.5 kierował się potrzebą zapewnienia ciągłości dostaw i sprawnej realizacji zawartej umowy. Zamawiający jako zarządca narodowej sieci kolejowej udostępnia linie kolejowe przewoźnikom pasażerskim i towarowym, zgodnie z zasadą równego ich traktowania i modernizuje linie kolejowe. Prace na liniach kolejowych generują określone problemy z realizacją udostępnień, a przez to także problemy z dowozem drogą kolejową materiałów i urządzeń na potrzeby wykonania zawartych umów. Z problemami tymi Zamawiający boryka się na co dzień. Nadto ze względu na szeroki zakres prowadzonych przez Zamawiającego zadań inwestycyjnych pojawiają się braki rynkowe, które można usunąć rozkładając zakupy na dłuższy okres, i wyrazem tego są zapisy w ww. klauzulach, na podstawie których Zamawiający nałożył na Wykonawcę obowiązek wcześniejszych zakupów

„na plac”. Przywołany przez Odwołującego obciążający wykonawcę obowiązek zapewnienia

odpowiednich jakościowo Materiałów i Urządzeń oraz ich dostarczenia (wbudowania) w odpowiednich terminach nie doznaje uszczerbku wskutek ww. regulacji zawartej w subkl.

14.5.1 - 14.5.3 oraz 14.5.5. Zmiana w sytuacji kontraktowej wykonawcy polega jedynie na tym, że musi on zamówić i dostarczyć je z wyprzedzeniem „na plac” i musi skorygować standardowy plan dostaw Materiałów i Urządzeń tak, by było to możliwe.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z pkt. 3 ust. 4 „Wytocznych postępowania z deformacjami szyn kolejowych” (dalej: „Wytoczne”): „W celu minimalizacji ryzyka wystąpienia uszkodzeń szyn, należy je składować w zakładach stacjonarnych do tego przystosowanych tj. w hutach lub zgrzewalniach. Dostawy szyn na plac budowy zaleca się

realizować bezpośrednio na czas oraz w miejsce wbudowania".

Stosownie do pkt. 6 ust. 1 Wytycznych: „Przedstawione wymagania stosuje się obligatoryjnie, o ile nie wskazano inaczej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia publicznego (SIWZ)”. Z powyższego zapisu jasno wynika, że Zamawiający miał pełne prawo uregulować kwestie dostawy i składowania szyn odmiennie niż proponowane jest to w Wytycznych. Zgodnie z subklauzulą 14. 5 „Wykonawca jest zobowiązany, do zakupu i dostawy Urządzeń i Materiałów w terminach oraz w ilościach wskazanych w Załączniku 25 do PFU. Miejscem dostawy i składowania powyższych Urządzeń i Materiałów ma być Plac Budowy albo inny teren lub magazyn, z zastrzeżeniem, że inny teren lub magazyn zostanie uprzednio (przed zakupem danych Urządzeń bądź Materiałów) uzgodnione z Inżynierem. W Wytycznych (pkt 1 ust. 2 i pkt 3 ust. 1) wskazano, że pkt 3 ust. 4 w którym jest mowa o składowaniu szyn w zakładach stacjonarnych, stanowi część „dobrych praktyk” mających na celu minimalizację ryzyka wystąpienia uszkodzeń szyn. Taki sposób składowania nie stanowi jednak jedyne prawidłowe sposobu bezpiecznego przechowywania szyn. W tym konkretnym przypadku, Zamawiający, mając na uwadze, iż możliwe są również inne sposoby bezpiecznego składowania szyn, zdecydował, iż priorytetem jest zagwarantowanie ciągłości realizowanych prac. Przedmiotowe wytyczne nie wskazują maksymalnego czasu przechowywania szyn przed ich zabudowaniem w torze a technologia ich składowania poza zakładem producenta lub zgrzewalnią może być także dochowana poprzez odpowiednie ułożenie szyn - tak aby uniknąć ich deformacji i niepożądanych naprężeń.

Niezależnie od powyższego Zamawiający na zakończenie wyjaśnił, że Wytyczne adresowane są przede wszystkim do jednostek organizacyjnych Spółki (PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.) odpowiedzialnych za proces realizacji inwestycji, co wskazane jest w pkt 1 ust 5 Wytycznych

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (w szczególności załącznikami do niej) oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie jest potencjalnym uczestnikiem postępowania zainteresowanym złożeniem oferty. Kwestionując zaś postanowienia SIWZ zmierza do dogodnego dla siebie ukształtowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ (IDW) oraz załączników do niej, projektu umowy (WU), jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego, w tym informacji o modyfikacji SIWZ ujętych w odpowiedzi na odwołanie.

Izba dopuściła również i przeprowadziła złożone i zawnioskowane przez Odwołującego na rozprawie dowody z dokumentów, jak również dowody złożone przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie (w szczególności w postaci dokumentu pod nazwą „Wytyczne postępowania z deformacjami szyn kolejowych” Warszawa 2017 – załącznik do pisma Nr ILK7-518-03/2017 z dn. 31.03.2017 r.).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania jest zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. Prace na linii kolejowej nr 93 Trzebinia – Zebrzydowice na odcinku Oświęcim – Czechowice Dziedzice w ramach projektu POLiŚ 2014 – 20209 nr 5.1-12.

Zgodnie z zapisami SIWZ- Tom II Warunki Umowy (WU): SubKLAUZULA 14.5 URZĄDZENIA I MATERIAŁY PRZEZNACZONE DLA ROBÓT 1. Wykonawca jest zobowiązany, do zakupu i dostawy Urządzeń i Materiałów w terminach oraz w ilościach wskazanych w Załączniku 25

do PFU. Miejszem dostawy i składowania powyższych Urządzeń i Materiałów ma być Plac Budowy albo inny teren lub magazyn, z zastrzeżeniem, że inny teren lub magazyn zostanie uprzednio (przed zakupem danych Urządzeń bądź Materiałów) uzgodnione z Inżynierem. (...)

Przez Datę Rozpoczęcia należy, zgodnie z subklauzulą 8.1. WU rozumieć następny dzień po podpisaniu umowy przez ostatnią ze stron.

Zgodnie z pkt 3 SIWZ - IDW, dla Kontraktu ustanawia się następujące Etapy, które Wykonawca zobowiązany jest wykonać w następujących terminach:

Etap 1 - 6 miesięcy od Daty Rozpoczęcia - Odbiór Projektów Budowlanych zgodnie z pkt

4.4.1 PFU

Etap 2 - 10 miesięcy od Daty Rozpoczęcia - Uzyskanie prawomocnej decyzji lokalizacyjnej dla całości Robót

Etap 3 - 12 miesięcy od Daty Rozpoczęcia - Uzyskanie Pozwolenia na Budowę. W przypadku składania więcej niż jednego wniosku o Pozwolenie na Budowę jako zakończenie Etapu uznaje się termin uzyskania ostatniego z Pozwoleń

Etap 4 - do 14 miesięcy od zakończenia Etapu 3, Oddanie do eksploatacji co najmniej jednego z torów dla każdego ze szlaków oraz parzystej lub nieparzystej strony każdej ze stacji objętych Robotami

Etap 5 - do 12 miesięcy od zakończenia Etapu 4, Oddanie do eksploatacji wszystkich szlaków oraz stacji objętych Robotami

Etap 6 - 4 miesiące od zakończenia Etapu 5, Pozostałe Roboty wraz z uzyskaniem wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych i pozwoleń.

W dniu 28.08.2017 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej w ósmej zmianie treści SIWZ załącznik nr 25 do PFU

Z załącznika nr 25 do PFU „Tabela Urządzeń i materiałów”, analizowanego łącznie z przywołaną subkl. 14.5.1 WU, wynika, że wykonawca zobowiązany jest do zakupu i dostawy 82.5 km szyn w terminie 4 miesięcy od Daty Rozpoczęcia (poz. 1 tabeli).

Izba ustaliła również, iż w dokumencie pod nazwą „Wytyczne postępowania z deformacjami szyn kolejowych” Warszawa 2017 – załącznik do pisma Nr ILK7-518-03/2017 z dn. 31.03.2017 r.) w pkt 1.6. zatytułowanym „Zakres i cel stosowania” wskazano, że:

„Przedstawione wymagania stosuje się obligatoryjnie, o ile nie wskazano inaczej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ)”.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że kwestią niesporną pomiędzy Stronami rozpoznawanego odwołania była okoliczność, że z załącznika nr 25 zatytułowanego „Tabela Urządzeń i Materiałów” wynika, że zakup i dostawa na teren budowy szyn w ilości 82,5 km ma się rozpocząć w terminie 4 miesięcy od Daty Rozpoczęcia (tj. dnia następnego po podpisaniu umowy z wykonawcą). Powyższą okoliczność obrazował również przedstawiony przez Odwołującego harmonogram złożony na rozprawie, do którego treści Zamawiający nie wnosił zastrzeżeń.

Izba ustaliła również, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo procesowe z dnia 19.09.2017 r.) dokonał korekty materiałów przetargowych w zakresie wydłużenia terminów zakupu i dostawy materiałów, wskazanych w subklauzuli 14.5.2. i 14.5.3. (a więc nie dotyczących dostawy szyn) odpowiednio do pięciu i trzech miesięcy w miejsce dotychczasowych dwóch miesięcy, liczony od dnia zatwierdzenia branżowych projektów budowlanych.

Dodatkowo Zamawiający oświadczył w powyższym piśmie, iż wprowadził do formularza zatytułowanego „Rozbicie Ceny Ofertowej” (dalej: RCO) do wymagań ogólnych dodatkową pozycję 02.01.005 w następującym brzmieniu „Koszt przechowywania, zabezpieczenia przed

stratą, szkodą i obniżeniem jakości Materiałów i Urządzeń przeznaczonych do późniejszej zabudowy zgodnie z Subklauzulą 14.5” celem zapewnienia wyceny pozycji przez wszystkich wykonawców, i zagwarantowania wykonawcom, że pozycja ta zostanie przez Zamawiającego zapłacona.

Izba przytoczyła powyższe oświadczenia Zamawiającego uznając je za istotne w kontekście rozpoznawanych zarzutów.

Przechodząc na kanwę niniejszego sporu Izba uznała, że założenia które legły u podstaw wymaganiom Zamawiającego w zakresie wymogu dostawy szyn na teren budowy w określonym terminie, są racjonalne i nie pozbawione logiki. Otóż faktem powszechnie znanym jest okoliczność realizacji na terytorium RP zakrojonych na szeroką skalę inwestycji infrastrukturalnych, w tym związanych z rozbudową i modernizacją linii kolejowych.

Powszechnie znanym faktem jest również to, że dochodzi w ramach tych robót do zwiększenia ruchu kolejowego, w tym licznych utrudnień w kursowaniu pociągów. W ocenie Izby Zamawiający racjonalnie założył, znając rozkład ruchu pociągów i przewidywane obciążenie remontowanej linii, że mogą wystąpić i wystąpią trudności w dostawie takich materiałów jak szyny, które, co istotne i nie wymagające dowodu, nie mogą być transportowane na teren budowy innym środkiem transportu niż transport kolejowy.

Tym samym Zamawiający, przy tego typu założeniach, miał prawo dążyć prewencyjnie do zapewnienia dostawy na teren realizowanej inwestycji materiałów w postaci szyn z wyprzedzeniem, tak aby zagwarantować, przy spodziewanych trudnościach logistycznych, pewność dostaw gwarantującą jednocześnie terminową realizację robót budowlanych.

Mając jednocześnie na uwadze ustalony przez Izbę stan faktyczny nie sposób przyjąć, iż mamy w tym wypadku do czynienia z niedookreśleniem przedmiotu zamówienia, w tym z brakiem możliwości zidentyfikowania przez wykonawców ciężących na nich obowiązków. W ocenie Izby nałożony na wykonawców obowiązek jest jasny i klarowny i sam Odwołujący nie miał żadnych problemów z jego identyfikacją – kwestionując jedynie jego racjonalność oraz zasadność, w tym wskazując na trudności w oszacowaniu związanych z nim ryzyk.

Odwołujący jednocześnie wskazywał na istniejącą trudność wyceny kosztów dostawy i przechowywania (magazynowania) szyn kolejowych, które w jego ocenie, powodują w konsekwencji nieporównywalność cenową ofert.

Co do tej ostatniej kwestii Izba wskazuje, że porównywalność cenowa ofert stanowi zasadę wypracowaną na przestrzeni lat przez orzecznictwo. Nieporównywalność cenowa ofert stanowi wadę postępowania tego rodzaju, że jej źródłem musi być dokumentacja postępowania (zazwyczaj w zakresie opisu przedmiotu zamówienia lub sposobu obliczenia ceny) i musi ona posiadać swoje źródło w tej dokumentacji w taki sposób, że istotna i obiektywna wadliwość nie pozwala na zidentyfikowanie lub wycenę pełnego zakresu

rzeczowego zamówienia przez wszystkich wykonawców. Okoliczność ta musi być zatem bezsporna, tkwiąca w samym opisie zamówienia i mieć charakter obiektywny. Do jej stwierdzenia nie wystarcza uznanie, że wykonawcy mogą mieć trudności realizacyjne lub organizacyjne, w tym nie wystarcza uznanie, że wycena poszczególnych ryzyk wymaga ponadprzeciętnego nakładu sił i środków.

Przechodząc do rozpoznania podniesionych w treści odwołania zarzutów Izba wskazuje, że w kontekście zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskazać należy, że do samoistnego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp dochodzi niezmiennie rzadko. Ponadto wymaga to wykazania, iż jednocześnie dochodzi do o zróżnicowania pozycji danego wykonawcy na skutek naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji, jak również zasady proporcjonalności w taki sposób, że stawia to określonych wykonawców w pozycji uprzywilejowanej lub dyskryminuje określone podmioty. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, iż tylko na niego Zamawiający narzucił niewspółmiernie wysokie wymagania w zakresie konieczności dostawy na teren placu budowy materiałów w postaci szyn. Jak słusznie wskazał Zamawiający każdy z wykonawców będzie miał na etapie składania oferty oraz realizacji przedmiotu zamówienia takie same obowiązki, tj. przy tak określonym opisie przedmiotu zamówienia oraz terminach realizacji dostawy każdy wykonawca będzie zmuszony uwzględnić tę okoliczność składając w postępowaniu ofertę. Okoliczność ta dotyczy zarówno etapu ubiegania się o zamówienia (szacowania kosztów dostarczenia materiałów, ich przechowania oraz związanych z tym ryzyk), jak również w konsekwencji organizacji procesu inwestycyjnego i czynności logistycznych na etapie realizacji przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał również, iż poza dodatkowymi wymaganiami na etapie realizacji umowy, które mogą mieć wpływ na wysokość ceny i ewentualnie na trudności w realizacji przedmiotu zamówienia, nie może on zrealizować świadczenia. Nie wykazał również, iż postanowienia SIWZ i załączników do niej uniemożliwiają Odwołującemu udział w przedmiotowym postępowaniu. Rolą środków ochrony prawnej nie jest bowiem minimalizowanie ryzyk kontraktowych, lecz konwalidacja wadliwych czynności podmiotu zamawiającego przedsiębioranych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które stają na drodze wykonawcom w procesie ubiegania się o zamówienie publiczne.

Nie sposób w tym miejscu pominąć również faktu, iż umowa zawierana jest z jednym wykonawcą. Zatem wpływ postanowień SIWZ odnoszących się zasadniczo do procesu realizacji przedmiotu zamówienia na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) winien być oceniany z zachowaniem ostrożności i przy uwzględnieniu bezpośredniego wpływu tych postanowień na sporządzenie oferty i przebieg

samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O naruszeniu zasad udzielania zamówień publicznych lub innych przepisów ustawy Pzp wskutek określonego sporządzenia SIWZ lub wzoru umowy, w tym wypadku terminów dostaw materiałów w postaci szyn kolejowych, można mówić w przypadku, gdy istnieje bezpośrednie lub pośrednie przełożenie pomiędzy tymi wymaganiami a możliwością ubiegania się wykonawcy o zamówienie na równi z

innymi wykonawcami znajdującymi się w identycznej sytuacji prawnej i faktycznej.

Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 353¹ ustawy Kodeks cywilny w związku z art. 14 ustawy Pzp, przez nałożenie na wykonawców obowiązku dostarczenia na teren inwestycji szyn kolejowych w określonym terminie, zdaniem Odwołującego, który to obowiązek narusza zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego, w szczególności w świetle wprowadzenia do Warunków Umowy ograniczeń w zwrocie kosztów zakupu dostarczonych Zamawiającemu materiałów i urządzeń Izba wskazuje, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zgodnie z treścią art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Oznacza to, że Odwołujący może wobec działań podejmowanych przez zamawiającego podnosić zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp, a zarzuty naruszenia przepisów innych ustaw wyłącznie wtedy, gdy ustawa Pzp bezpośrednio do nich odsyła i o ile przepisy te mają charakter przepisów *ius cogens*. W przypadku norm dyspozytywnych trudność stanowi wyprowadzenie z nich nakazu konkretnego zachowania, który to nakaz może być naruszony w drodze działania lub zaniechania zamawiającego. W konsekwencji, wobec wielu zarzutów sformułowanych w odwołaniu, Izba oceniając postanowienia SIWZ, w tym wzór umowy pod kątem zgodności z przepisami stwierdziła, iż nie naruszają one bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa.

Art. 353¹ k.c. zawiera zasadę swobody zawierania umów, która polega na swobodzie kształtowania treści stosunku prawnego, jak i na swobodzie wyboru kontrahenta, czy też wyboru formy zawarcia umowy. Niemniej jednak swoboda kontraktowania ulega ograniczeniom, gdyż z uwagi na treść lub cel umowy nie mogą one sprzeciwiać się naturze stosunku zobowiązaniowego, zasadom współżycia społecznego ani być sprzeczne z ustawą. Nie jest więc możliwe takie ukształtowanie treści umowy, które prowadziłoby do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, czyli takich, które nie mogą być zmienione lub wyłączone przez strony. Zasada swobody zawierania umów doznaje ograniczeń wyłącznie w takim zakresie, jak wynika to z przepisów prawa. Takie ograniczenia zawiera ustawa Pzp. Zamawiający – w myśl przepisów tej ustawy - ma bowiem prawo tak uregulować treść umowy, aby możliwym było zrealizowanie zamówienia w zgodzie z jego oczekiwaniami

oraz zgodnie z przyjętym przez niego założeniem. Przedmiotowe ograniczenia (ograniczenia z ustawy Pzp) dotyczą m.in. zakresu swobodnego wyboru kontrahenta, co do zasady, zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, wprowadzenia ograniczeń co do terminu obowiązywania umowy, braku możliwości wyboru formy zawieranej umowy. *„Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być więc uznane za sui generis umowy adhezyjne. Wynika to jednak, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, a z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych zamawiający określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 694/09). Zamawiający jest bowiem podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może więc tym dodatkowym ryzykiem za należyte wykonanie zamówienia obciążyć wykonawców, jednak tylko wtedy, gdy nie uchybi zasadzie swobody umów (art. 353¹ k.c.), a taka okoliczność w niniejszym stanie faktycznym, zdaniem Izby, nie występuje. Wykonawca może bowiem z uwagi na treść SIWZ i projektu umowy nie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym nie złożyć oferty na warunkach ustalonych przez zamawiającego, jak również może złożyć ofertę o cenie wyższej z uwagi na tę zwiększoną odpowiedzialność (która to okoliczność została przez Zamawiającego przewidziana i ujęta w dodatkowej klauzuli 02.01.005 RCO – vide odpowiedź na odwołanie). A ponieważ „wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego” (wyrok SO we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08).

Zarzuty naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp a więc dotyczące dokonania opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymogów związanych z zakupem i dostawą szyn w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ofert w odniesieniu do kwestionowanych przez odwołującego postanowień SIWZ (terminów dostawy materiałów) także w żaden sposób nie pozwalają na stwierdzenie, iż do naruszenia tych przepisów doszło. Wszyscy potencjalni wykonawcy, którzy mogą ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, są bowiem w takiej samej sytuacji i żaden z nich, na skutek takiego a nie innego skonstruowania przez zamawiającego tych wymagań, nie jest dyskryminowany ani uprzywilejowany. Przygotowana dokumentacja postępowania, w tym projekt umowy dotyczy bowiem wszystkich potencjalnych wykonawców

i każdy z nich w przypadku uzyskania tego zamówienia zawrze umowę na takich samych warunkach, w tym odnoszących się do kwestionowanych w treści odwołania wymagań. Co istotne sam Odwołujący zdaje się dostrzegać wszystkie ryzyka i trudności związane z podstawą faktyczną zarzutu (a więc prawidłowo odczytanym terminem i zakresem dostawy materiałów) – a zatem nie możemy w tym wypadku mówić o niedookreśloności przedmiotu zamówienia i tym samym jego wadliwości.

Kognicja Izby nie obejmuje możliwości modyfikacji postanowień przyszłego kontraktu i zasad realizacji przedmiotu zamówienia (w tym wypadku zamierzenia inwestycyjnego) w sposób, który mógłby zminimalizować dla wykonawców ryzyko kontraktowe i ułatwić im jego realizację, nawet wówczas, gdy wymagania podmiotu zamawiającego wydają się nieracjonalne z organizacyjnego lub ekonomicznego punktu widzenia. Powyższe wynika wprost z norm kompetencyjnych i proceduralnych ujętych w ustawie Pzp.

Należy wskazać, iż dokonanie opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem potrzeb podmiotu zamawiającego jest jego wyłączną domeną. Wykonawca nie ma podstaw do ich kwestionowania, nawet jeżeli uzna je za nieracjonalne lub przedwcześnie. Zamawiający ma bowiem prawo do określenia przedmiotu robót budowlanych lub przedmiotu dostawy, czy usługi w taki sposób, który uzna za adekwatny do jego potrzeb. Racjonalność wydatkowania środków publicznych określa ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2016 r., poz. 1870 z późn. zm.). Ustawa Pzp nie zawiera regulacji w powyższym zakresie, a tylko w takim kontekście należy rozpatrywać kwestionowanie przez Odwołującego samej zasadności ekonomicznej i organizacyjnej kwestionowanego wymogu. W ocenie Izby każdy podmiot zamawiający ma prawo tak określić przedmiot zamówienia, aby uzyskać oczekiwany efekt, gdyż ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes.

W tym miejscu Izba powtórnie wskazuje, że w odniesieniu do pozostałych zarzutów, tj. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353¹ ustawy Kodeks cywilny, jak również art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wskazuje, iż nie doszukała się w odwołaniu wzorca kontroli, w postaci przepisów ustawy Pzp lub ustawy Kodeks cywilny, których naruszenie mogłoby doprowadzić do niemożności ubiegania się Odwołującego o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Wszakże przyjęcie nawet, iż doszło do zachwiania równości stron stosunku cywilnoprawnego w rozumieniu art. 353¹ ustawy Kodeks cywilny poprzez naruszenie zasady swobody umów nie powoduje samoistnie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i tym bardziej

nie sposób doszukać się jego wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Należy w tym miejscu wskazać, iż do samoistnego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp dochodzi niezmiernie rzadko. Ponadto wymaga to wykazania, iż jednocześnie dochodzi do zróżnicowania pozycji danego wykonawcy na skutek naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, iż tylko na niego Zamawiający narzucił niewspółmiernie wysokie wymagania związane z dostawą materiałów.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał również, iż poza dodatkowymi wymaganiami na etapie realizacji umowy, które mogą mieć wpływ na wysokość ceny, nie może on zrealizować świadczenia. Nie wykazał również, iż postanowienia te uniemożliwiają Odwołującemu udział w przedmiotowym postępowaniu, w tym uniemożliwiają złożenie przez niego ważnej oferty.

O naruszeniu zasad udzielania zamówień publicznych lub innych przepisów ustawy Pzp wskutek określonego sporządzenia wzoru umowy (lub jak w tym wypadku nałożenia określonych obowiązków związanych z procesem realizacji inwestycji) można mówić w przypadku, gdy istnieje bezpośrednie lub pośrednie przełożenie pomiędzy tymi wymaganiami a możliwością ubiegania się wykonawcy o zamówienie na równi z innymi wykonawcami znajdującymi się w identycznej sytuacji prawnej i faktycznej. Jeżeli do powyższego dochodzi ze względu na formę prawną wykonawcy, jego strukturę organizacyjną, odległość od miejsca świadczenia, doświadczenie, posiadany personel, zdolności organizacyjne, kontakty handlowe, posiadane zaplecze techniczne, środki techniczne itp. – a więc ze względu na właściwości samego wykonawcy - nie można mówić o wpływie wymagań przyszłej umowy na możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do innych potencjalnych uczestników postępowania. Tego rodzaju elementy wymagają jedynie większego nakładu środków i pracy celem należytego wykonania zamówienia. Zatem jeżeli dodatkowe wymagania wynikające z umowy, mające znaczenie dla wykonawcy ze względu na jego odmienną sytuację prawną i faktyczną, wymagają większej staranności w toku jej realizacji i uwzględnienia tych wymagań w cenie ofertowej to nie sposób ich powiązać z obiektywnym brakiem możliwości udziału w postępowaniu, w tym udziałem na zasadach zapewniających równe traktowanie wykonawców i zapewnienie zasad uczciwej konkurencji. Udział taki może być nieracjonalny ze względów ekonomicznych, który to interes wykonawcy nie jest przedmiotem ochrony w ustawie Pzp.

Odwołujący bowiem prezentując swoją argumentację odnosił się do ekonomicznej strony świadczenia, w tym

jego finansowej rentowności oraz możliwości wystąpienia potencjalnych ryzyk. Pierwsze stanowią pochodną prowadzenia całokształtu działalności wykonawcy jako przedsiębiorcy, te drugie zaś mogą zostać wycenione i ujęte w cenie

ofertowej stanowiącej ekwiwalent świadczenia na rzecz Zamawiającego.

W zakresie zarzutów dotyczących postanowień załącznika nr 25 do PFU Izba pragnie również wskazać, iż należy ocenić ich ewentualny wpływ na możliwość uzyskania zamówienia oraz ewentualny wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Na tym etapie postępowania niemożność ubiegania się danego wykonawcy o zamówienie należy zrównać z wpływem na jego wynik materializujący się zawężeniem kręgu uczestników postępowania. W toku merytorycznego rozpoznania odwołania ustalenia wymaga, czy stwierdzenie naruszenia określonych przepisów przekłada się na obiektywny brak możliwości uzyskania zamówienia, tj. w odniesieniu do postanowień umowy, czy poza zwiększonym ryzykiem ekonomicznym wykonawca został pozbawiony możliwości sporządzenia ważnej oferty. W ocenie Izby przewidywane przez Odwołującego problemy i niedogodności w toku realizacji umowy, w tym trudności organizacyjne nie mogą stanowić wystarczającej podstawy do uwzględnienia podniesionych w odwołaniu zarzutów. O takim naruszeniu mogłoby stanowić naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp lub na mocy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp przepisów ustawy Kodeks cywilny na skutek zawarcia w umowie określonych postanowień przy jednoczesnym ich wpływie na możliwość sporządzenia przez wykonawcę ważnej oferty i tym samym samą możliwość udziału w danym postępowaniu. W tym miejscu należy uznać za zasadne założenie, iż ewentualne naruszenie, wskutek zawarcia w umowie określonych i jednocześnie naruszających obowiązujące prawo postanowień, pozwala na przyjęcie jako określonego modelu obiektywnej zasadności wykonawcy do rezygnacji z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W takich okolicznościach, tj. przy naruszających prawo elementach przyszłego stosunku zobowiązaniowego racjonalny wykonawca odstąpiłby od złożenia oferty ze względu na określone ryzyka, w tym zawarcie nieważnej umowy, jak również ze względu na obiektywną niemożność należytego spełnienia świadczenia. W tym wypadku jednak, poza trudnościami organizacyjnymi i koniecznością wyceny pewnych czynności i ryzyk, taka okoliczność nie została przez Odwołującego wykazana.

W tym miejscu Izba wskazuje na tezę zawartą w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym zostało wskazane, że: *„Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹*

k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani

zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”.

W tym miejscu Izba wskazuje powtórnie na orzeczenie Sądu Okręgowego we Wrocławiu w postaci wyroku z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08), w uzasadnieniu którego zostało wskazane, że: *„Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353¹ k.c. statuującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę”.*

Z powyższego wyroku wynika również, iż w kwestii postanowień umowy w ramach zamówień publicznych interes publiczny, który reprezentuje zamawiający przeważa nad interesem wykonawców. Izba wskazuje, iż wykonawca przy

umowie adhezyjnej nie ma w zasadzie wpływu na jej kształt lecz ekwiwalentność świadczenia wzajemnego jakie ma uzyskać kreuje określając swoje wynagrodzenie.

Izba wskazuje ponadto na ekonomiczne znaczenie postanowień umowy. Jeżeli bowiem postanowienia umowy łagodzą konsekwencje ryzyk związanych z jej realizacją to wykonawca nie musi ich ujmować w cenie oferty. Jeżeli umowa nie zawiera postanowień łagodzących określone ryzyka zamawiający musi się liczyć z tym, iż zostaną one

wkalkulowane w zaoferowaną przez wykonawcę cenę za realizację przedmiotu zamówienia. Wówczas zamawiający płaci za ryzyko uwzględnione przez wykonawcę.

Zatem stawianie wykonawcom określonych wymagań na etapie realizacji umowy, które przedkładają się jedynie na ich wynagrodzenie i zwiększony nakład sił oraz środków na etapie realizacji zamówienia, nie ogranicza uczestnikom postępowania możliwości samego uczestnictwa w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Każdy wykonawca mając świadomość obowiązków wynikających z treści umowy może ocenić, czy jest w stanie należycie zrealizować zobowiązanie z niej wynikające oraz ocenić jakie koszty są z tymi wymaganiami związane. Kalkulowanie wynagrodzenia jest bowiem wyłączną domeną wykonawcy.

Tym samym Izba, biorąc pod uwagę powyższą argumentację uznała, iż zarzuty podniesione w treści wobec tych postanowień SIWZ (IDW) nie zasługują na uwzględnienie.

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

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....