

WYROK
z dnia 10 maja 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Justyna Tomkowska
Członkowie:	Izabela Kuciak Emil Kuriata
Protokolant:	Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2016 roku przez wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Zachodniopomorskie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego w Szczecinie**

przy udziale:

- A. wykonawcy **NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **Stadler Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy** i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy** tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy** na rzecz **Województwa Zachodniopomorskiego, w imieniu****

którego postępowanie prowadzi Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego w Szczecinie kwotę 1 383 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta osiemdziesiąt trzy złote zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę oraz kosztów noclegu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Dnia 26 kwietnia 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust 1 i art. 180 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 - dalej jako „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA z siedzibą w Bydgoszczy, dalej jako „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością złożenia zamówienia uzupełniającego, stanowiącego nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego w przedmiocie zamówienia: „Wykonanie / dostawa 17 sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych do obsługi regionalnego kolejowego ruchu pasażerskiego zwanych dalej (EZT) z możliwością wykorzystania prawa opcji dotyczącym zamówienia dodatkowo do 10 elektrycznych zespołów trakcyjnych prowadzi Zamawiający: Województwo Zachodniopomorskie, w imieniu którego działa Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 kwietnia 2016 roku, nr ogłoszenia 2016/S 075-13126, specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”) zamieszczono na stronie w dniu 28 kwietnia 2016 roku.

Odwołanie wniesiono wobec treści postanowień SIWZ i ogłoszenia. Zarzucono naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów prawa:

- 1) art. 7 ust 1 i art. 29 ust 1 i 2 Pzp oraz art. 22 ust. 1 i ust. 3 oraz ust. 4 Pzp, poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez zamieszczenie w SIWZ postanowień, które zawężają istotnie krąg potencjalnych wykonawców; a także określenia elementów dla warunku udziału w postępowaniu w sposób niezgodny z wymaganiami opisanymi w art. 22 Pzp i zasadami konstruowania warunków udziału, co istotnie ogranicza konkurencję w postępowaniu;
- 2) art. 25 ust 1 Pzp w zw. z § 1 ust 1 pkt 3), § 6 ust. 1 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej Rozporządzenie), poprzez (i) żądanie w pkt 1.1.4 i pkt 1.1.10 Załącznika nr 7 do SIWZ dokumentu, który nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania, (ii) żądanie dokumentu, który wedle przepisów został przewidziany na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu do wykazania wymagań przedmiotowych; (iii) żądanie dokumentu, do którego pozyskania Wykonawca nie

posiada prawnej drogi jego pozyskania; (iv) żądanie dokumentu, którego treść oznaczona w SIWZ sprzeczna jest z celem jego wystawienia;

3) art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 91 ust. 2 Pzp poprzez określenie kryteriów oceny ofert - p. XVII.1.Ad) (Kryterium terminu dostawy pierwszych trzech pojazdów trzyczłonowych) w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i z zastosowaniem uprzywilejowania pozycji niektórych podmiotów z branży oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców;

4) art. 41 pkt 9) Pzp w związku z art. 91 ust. 1 oraz 2 Pzp poprzez sformułowanie sposobu punktowania i zarazem znaczenia kryteriów oceny ofert w sposób, który nie pozwala na jednoznaczne zastosowanie kryterium, czytelne ustalenie punktacji i w efekcie wybór najkorzystniejszej oferty;

5) art. 91 ust 2 Pzp poprzez sformułowanie kryterium oceny ofert: „Współczynnik gotowości technicznej pojazdów” w sposób, który nie odnosi się do przedmiotu zamówienia;

6) art. 7 ust 1 Pzp oraz art. 29 ust 1 Pzp (art. 139 ust. 1 Pzp, w związku z art. 14 ustawy Pzp, w związku z naruszeniem przepisów Kodeksu cywilnego, tj. art. 5 KC, art. 353¹ KC, art. 471 KC oraz 483 § 11 art. 484 § 2 KC poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego, znaczne przekroczenie zasady swobody umów, sporządzenie projektu umowy w sposób przenoszący całe ryzyko gospodarcze przedsięwzięcia tylko na jedną stronę umowy - Wykonawcę, a także jako godzące w istotę i cel zamówienia publicznego.

Mając na względzie powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie w całości odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ poprzez:

1. usunięcie treści p. 1.1.4 Załącznika nr 7 do SIWZ począwszy od zdania drugiego (rozpoczynającego się od słów „Wykonawca wraz z ofertą dostarczy...”) do końca tego punktu;

2. usunięcie treści p. 1.1.10 Załącznika nr 7 do SIWZ począwszy od zdania trzeciego (rozpoczynającego się od słów „Na potwierdzenie...”), do końca tego punktu;

3. zmiany p. XVII. 1 .Ad 3) SIWZ w następujący sposób:

Termin dostawy trzech pierwszych 3 członowych pojazdów	Punkty
Termin dostawy pierwszych trzech pojazdów do 30.11.2017 r.	0
Termin dostawy pierwszych trzech pojazdów do 30.08.2017 r.	5
Termin dostawy pierwszych trzech pojazdów do 30.05.2017 r.	10

4. Usunięcie kryterium oceny ofert „Współczynnik gotowości technicznej pojazdów (Wu)” - Rozdział XVII ad. 6) SIWZ oraz przeniesienie wagi 5% do kryterium ceny;

5. usunięcie z Rozdziału XVII ust. 1 SIWZ wzorów:

a) Ad. 2) - wzoru obliczenia gwarancji (G)

b) Ad. 3) - wzoru obliczenia terminu dostawy trzech pierwszych 3 członowych pojazdów (D)

- c) Ad. 6) - wzoru obliczenia współczynnika gotowości technicznej pojazdów (Wu) (w zakresie p. 6 z ostrożności, w przypadku, gdy p. 6 nie zostanie usunięty)
- d) Ad. 7) - wzoru obliczenia współczynnika niezawodności technicznej (Wn)
6. Zmianę Załącznika nr 1 do SIWZ, przypis 3 do p. 7 poprzez nadanie mu brzmienia:
„UWAGA: Okres gwarancji stanowi kryterium oceny ofert. Wykonawca może zaoferować wartość mieszczącą się w jednym z trzech wskazanych w rozdz. XVII SIWZ okresów gwarancji. W przypadku zadeklarowania liczby miesięcy mniejszej niż 36 m-cy, oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, jako że jej treść nie będzie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia *
7. zmianę treści § 9 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy, poprzez nadanie mu brzmienia:
„za zwłokę Wykonawcy w dostawie poszczególnych elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT) - karę w wysokości 0,1% wartości netto wynagrodzenia za dostawę tego pojazdu, określonej w § 6 ust. 2, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, jednakże nie więcej niż 10% jego wartości netto”,
8. usunięcie § 9 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy,
9. Zmianę treści § 9 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy, poprzez nadanie mu brzmienia:
„za zwłokę w usunięciu wad lub usterek w poszczególnych elektrycznych zespołach trakcyjnych - karę w wysokości 0,1% wartości netto wynagrodzenia za dostawę tego pojazdu, określonej w § 6 ust. 2, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, licząc od dnia w którym upłynął termin, o którym mowa w § 11 ust. 4, jednakże nie więcej niż 10% jego wartości netto”;
10. Zmianę treści § 9 ust 1 pkt 6) wzoru umowy, poprzez nadanie mu brzmienia:
„za zwłokę w dostawie wyprawki (zał. Nr 2 do Umowy) - karę w wysokości 0,01% wartości wynagrodzenia netto określonego w § 6 ust. 1, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, licząc od dnia, w którym upłynął termin, o którym mowa w § 3 ust 7, jednakże nie więcej niż 2,00% wartości wynagrodzenia netto Wykonawcy, określonego w § 6 ust. 1”;
11. Zmianę treści § 9 ust. 1 pkt 8) wzoru umowy, poprzez nadanie mu brzmienia:
„za zwłokę w dostawie symulatora - karę w wysokości 0,01% wartości netto symulatora, wynikającej z oferty Wykonawcy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, licząc od dnia w którym upłynął termin, o którym mowa w § 3 ust. 6, jednakże nie więcej niż 3,00% wartości netto symulatora”,
12. Zmianę treści § 9 ust. 1 pkt 10) wzoru umowy, poprzez nadanie mu brzmienia:
„za zwłokę w dostawie dokumentacji - karę w wysokości 0,01% wartości wynagrodzenia netto Wykonawcy, określonego w § 6 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, licząc od dnia, w którym upłynął termin, o którym mowa w § 3 ust. 6, jednakże nie więcej niż 2,00% wartości wynagrodzenia netto Wykonawcy określonego w § 6 ust. 1”;
13. Usunięcie § 9 ust. 1 p. 12) wzoru umowy;

14. Usunięcie § 9 ust. 2 wzoru umowy;
15. Wprowadzenie ograniczenia odpowiedzialności Wykonawcy do wysokości 20% wartości netto umowy, określonej w § 6 ust. 1.
16. Zmianę § 9 ust. 1 pkt 4,5,7, oraz 9 wzoru umowy poprzez zmianę wartości brutto na wartość netto,
17. Zmianę § 6 ust. 1 wzoru umowy poprzez określenie ceny brutto, stawki podatku oraz ceny netto;
18. Zmianę § 6 ust. 2 umowy wzoru poprzez określenie w pkt 1 oraz pkt 2 ceny brutto jednego pojazdu, stawki podatku oraz ceny netto.

Odwołujący w zakresie posiadania interesu z korzystania ze środków ochrony prawnej wskazał, że jest przedsiębiorcą działającym na rynku produkcji pojazdów szynowych i chciałby przedstawić Zamawiającemu konkurencyjną ofertę, a w konsekwencji dążyć do uzyskania zamówienia, zatem ma interes w złożeniu odwołania. Dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy ustaw, w tym Pzp, zaś sformułowane postanowienia umowne znacząco ograniczają konkurencję co powoduje, że złożenie przez Odwołującego prawidłowej oferty w postępowaniu i zaoferowanie produkowanych przez Odwołującego pojazdów zostało w zasadzie uniemożliwione. Odwołujący nie może zatem ubiegać się na równi z innymi wykonawcami o udzielenie Zamówienia. Tym samym Odwołujący się został narażony na szkodę, polegającą na uniemożliwieniu mu uzyskania zamówienia.

Termin do wniesienia odwołania zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1) Pzp został zachowany. Odwołanie wniesione zostało do Prezesa KIO zgodnie z treścią art. 180 ust. 4, tj. w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania pocztą elektroniczną na wskazany adres, zgodnie z art. 180 ust 5 Pzp. Wpis w wymaganej wysokości został uiszczony.

I. Nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia oraz żądanie dokumentów niezgodnych z przepisami Pzp /naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, oraz art. 25 ust 1 Pzp w zw. z § 1 ust 1 pkt 3), § 6 ust 1 Rozporządzenia

W pkt. 1.1.4 Załącznika nr 7 do SIWZ pn.: „Specyfikacja techniczna przedmiotu zamówienia” Zamawiający wpisał:

1.1.4. Zamawiający wymaga, aby oferowany i dostarczony pojazd był w pełni zgodny z wymogami Technicznych Specyfikacji Interoperacyjności. Wykonawca wraz z ofertą dostarczy referencje potwierdzające dostawę w ciągu ostatnich trzech lat lub w okresie krótszym, jeśli okres prowadzenia działalności był krótszy, co najmniej 5 elektrycznych

zespołów trakcyjnych w pełni zgodnych z specyfikacjami Interoperacyjności wymienionymi poniżej wraz z kopią certyfikatów WE wydanych przez upoważnioną jednostkę notyfikowaną:

- TSI LOC&PAS, Rozporządzenie Komisji (UE) Nr 1302/2014 z dnia 18 listopada 2014 roku odnoszącej się do podsystemu „Tabor - lokomotywy i tabor pasażerski” systemu kolei w Unii Europejskiej
- TSI NOI, Rozporządzenie Komisji (UE) Nr 1304/2014 z dnia 26 listopada 2014 roku w sprawie technicznych specyfikacji Interoperacyjności podsystemu „Tabor kolejowy - hałas” zmieniające decyzję 2008/232/WE i uchylające decyzję 2011/229/WE
- TSI SRT, Rozporządzenie Komisji (UE) Nr 1303/2014 z dnia 18 listopada 2014 roku w zakresie aspektu „Bezpieczeństwo w tunelach” systemu kolei w Unii Europejskiej
- TSI PRM, Rozporządzenie Komisji (UE) Nr 1300/2014 z dnia 18 listopada 2014 roku w sprawie technicznych specyfikacji interoperacyjności odnoszących się do dostępności systemu kolei Unii dla osób niepełnosprawnych i osób o ograniczonej możliwości poruszania się.

zaś w pkt. 1.1.10 tego Załącznika:

„Zamawiający wymaga dostawy pojazdów przygotowanych funkcjonalnie do eksploatacji z systemem ETCS 2. Zamawiający rozumie przez powyższe dostawę pojazdu bez zabudowanego sprzętu ETCS poziomu 2 na pojeździe, ale z zaimplementowanym systemem CCO w systemie sterowania pojazdem, w taki sposób, aby w przyszłości uzyskanie pełnej zgodności z systemem ETCS poziomu 2 odbyło się wyłącznie przez podłączenie urządzeń ETCS.

Na potwierdzenie tego faktu, Zamawiający wymaga dostarczenia wraz z ofertą:

- referencji wystawionych przez użytkownika pojazdu potwierdzających dostarczenie pojazdu (takiego samego jak w przedmiocie dostawy) z zabudowanym i sprawdzonym systemem ETCS poziomu 2 lub projektu zabudowy systemu ETCS poziomu 2 na pojazdach (takich samym jak w przedmiocie dostawy) zatwierdzonych przez producenta systemu ETCS poziomu 2.“

Jak można zaobserwować pierwsze zdanie pkt. 1.1.4 odnosi się do wymagań Zamawiającego co do przedmiotu umowy - oferowany pojazd ma być w pełni zgodny z wymogami Technicznych Specyfikacji Interoperacyjności (dalej: TSI). Dalsza treść tego postanowienia jest wymaganiem dostarczenia przez wykonawcę dokumentu - referencji o określonej zawartości merytorycznej. Podobnie kształtuje się treść pkt. 1.1.10, tj. pierwsze zdanie odnosi się do wymagań funkcjonalnych przedmiotu zamówienia, zaś kolejne formułuje żądanie złożenia dokumentu o cechach podmiotowych.

Wskazać zatem należy, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Zamawiający jest uprawniony (a nawet w określonych przypadkach zobowiązany) do określenia warunków udziału w postępowaniu oraz doprecyzowania wymagań dla przedmiotu zamówienia. Bez

wątpienia są to dwie odrębne sfery rozdzielone jednoznacznie przez regulacje Pzp a potocznie określane jako: (i) warunki podmiotowe (lub podmiotowo-przedmiotowe) oraz (ii) wymagania merytoryczne. Pierwsze z nich (warunki podmiotowe) odnoszą się do podmiotu, czyli do osoby Wykonawcy. Określenie i opisanie sposobu spełniania warunków udziału ma na celu wyselekcjonowanie takich podmiotów, które dają rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia i tym samym zasadnego i bezpiecznego wydatkowania wspólnych pieniędzy (pieniędzy publicznych). W ramach formułowanych warunków udziału bada się zdolności formalne wykonawców (stosowne zezwolenia, koncesje, pozwolenia, itp.), wiedzę i doświadczenie, potencjał ekonomiczny i finansowy wykonawcy, a także posiadane przez niego a wymagane zasoby ludzkie czy sprzętowe. Wedle ugruntowanych poglądów judykatury i doktryny przyjmuje się bez wątpienia, że warunki te muszą być związane z przedmiotem zamówienia, być proporcjonalne do zakresu zamówienia, a także być stawiane z poszanowaniem zasady nadrzędnej dla zamówień publicznych - ochrony i poszanowania uczciwej konkurencji. Są to zatem warunki, których spełnienie pozwala potencjalnym wykonawcom stać się oferentami. Obowiązujące przepisy prawa ściśle i w sposób zamknięty określają także jakich dokumentów żądać może Zamawiający od wykonawców na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Katalog ten jest zamknięty, tzn. że Zamawiający nie jest uprawniony do modyfikacji zakresu, okresu, formy, czy pozostałych elementów dookreślonych Rozporządzeniem dla dokumentów podmiotowych.

W postępowaniu warunek udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia został określony przez Zamawiającego w SIWZ w sposób następujący: „Zamawiający wymaga by Wykonawca dostarczył w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, co najmniej trzy elektryczne zespoły trakcyjne, o wartości nie mniejszej niż 15.000.000 zł brutto każdy zespół trakcyjny. Warunek zostanie uznany za spełniony niezależnie od tego, czy dostarczenie wymaganej liczby elektrycznych zespołów trakcyjnych nastąpiło w ramach jednej umowy, czy też większej liczby umów” (treść pkt. VIII ust 1 pkt. 2 SIWZ). Na potwierdzenie spełnienia wyżej opisanego warunku, Zamawiający wymaga przedstawienia oświadczenia (wykazu) wedle Załącznika nr 5 do SIWZ oraz dołączenia dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw (np. poświadczenia, referencje, protokoły odbioru, itp.) (treść pkt. IX ust. 5 SIWZ). W pkt. IX ust. 18 SIWZ w zakresie dokumentów, jakie mają być złożone wraz z ofertą Zamawiający przywołał jedynie dokument potwierdzający wniesienie wadium. Powyższe wskazuje, że na potrzeby wykazania spełniania warunku podmiotowego (wiedzy i doświadczenia) za wystarczające winny zostać uznane dokumenty wyżej przywołane.

Tymczasem w Załączniku nr 7 co do zasady opisującym wymagania Zamawiającego stawiane przedmiotowi zamówienia pojawiły się dodatkowe dokumenty charakterem

nawiązujące do dokumentów podmiotowych, tj. referencje. Konieczne staje się zatem odniesienie do przepisów Pzp regulujących te dwie kwestie.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Na potwierdzenie spełniania przez dostarczane pojazdy wymaganych przez Zamawiającego konkretnych cech czy parametrów Zamawiający zgodnie z treścią art. 25 ust. 2 pkt 2 Pzp ma prawo żądać od wykonawców dostarczenia wraz z ofertą oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań Zamawiającego (wymagań przedmiotowych). Dalej ustawa Pzp odsyła do Rozporządzenia, gdzie w § 6 określony został katalog otwarty dokumentów potwierdzających te wymagania. Kwestią istotną w postępowaniu staje się zatem udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający może na potwierdzenie spełniania wymagań przedmiotowych wymagać takich samych dokumentów jakie przewidziane są w § 1 Rozporządzenia dla wykazania spełniania warunków podmiotowych. Odpowiedź na tak postawione zagadnienie musi być negatywna. Nie jest dopuszczalne wykorzystywanie przez Zamawiającego ściśle sprecyzowanych dokumentów na potwierdzenie warunków podmiotowych do wykazywania spełniania wymagań przedmiotowych. Za tak prezentowanym stanowiskiem przemawiają następujące argumenty:

1) Wykorzystywanie dokumentów przeznaczonych do potwierdzania spełniania warunków udziału dla stawianych wymagań przedmiotowych jest de facto albo: (i) bezprawnym obejściem przepisów zakazujących formułowania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, zaburzający uczciwą konkurencję; albo (ii) nieprawidłowością w formułowaniu warunku (rozsianie opisu warunku w dokumentach ogłoszenia i SIWZ, w tym w Załączniku merytorycznym - OPZ); oba opisane zabiegi ostatecznie mogą lub doprowadzą do zniekształcenia konkurencji w postępowaniu.

Przykład: Wykonawca spełnia warunek opisany przez Zamawiającego w ogłoszeniu; dostarczy dokumenty (poświadczenia na dostawę wymaganych ilości i wartości). Nie dołączy (niezależnie od przyczyn to powodujących) dokumentów opisanych w Załączniku nr 7 pkt 1.1.4 i 1.1.10. Jak zachowa się Zamawiający? Wykluczy wykonawcę, czy odrzuci ofertę? Wykluczyć nie może - bowiem warunki udziału w postępowaniu zostaną spełnione i wykazane. Czy zatem może odrzucić ofertę jako niezgodną z SIWZ - w ocenie Odwołującego: nie, bowiem oświadczy on, że oferowany przez niego produkt (pojazd) posiada wszystkie wymagane cechy oznaczone w Załączniku nr 7 SIWZ.

Powyższy przykład prezentuje także argument kolejny, tj. że żądanie dokumentów - referencji określonych w pkt. 1.1.4 i 1.1.10 Załącznika nr 7 do SIWZ jest wymaganiem, które nie jest niezbędne dla przeprowadzenia postępowania. Wskazać trzeba, że nie są to dokumenty niezbędne na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia

(bo owych wymagań nie ma w opisie warunku) a weryfikacja elementów technicznych dotyczących przedmiotu umowy, który ma być dopiero dostarczony nie może odbywać się na podstawie oświadczenia użytkownika już dysponującego pojazdami produkowanymi przez Wykonawcę;

Wskazać także trzeba, że Wykonawca nie posiada formalno-prawnej drogi do uzyskania dokumentów wymienionych przez Zamawiającego w pkt. 1.1.4 i 1.1.10 Załącznika nr 7 do SIWZ, co oznacza, że udział w postępowaniu może zostać uzależniony od dobrej woli użytkowników, która może skutecznie uniemożliwić określonym podmiotom udział w postępowaniu. Co ważne te dokumenty można zastąpić oświadczeniem samego Wykonawcy, producenta, itp.

Wreszcie podnieść należy, że żądanie złożenia dokumentów, których treść oznaczona została w SIWZ sprzeczna jest z celem jego wystawienia. Wedle postanowienia opisanego w Specyfikacji, Zamawiający oczekuje, że otrzyma oświadczenie podmiotu trzeciego (użytkownika) mówiące, że pojazdy, które dopiero zostaną dostarczone przez wykonawcę w ramach zamówienia będą miały określone cechy: (i) będą w pełni zgodne z TSI; (ii) będą takie same jak posiada już użytkownik (Uwaga: nie znający SIWZ w Postępowaniu) z zabudowanym i sprawdzonym systemem ETCS poziomu 2. Ważne jest, że użytkownik nie jest jednostką obiektywnie mogącą potwierdzić ww. cechy pojazdów; w tym zakresie zgodnie z przepisami upoważnione do przeprowadzania stosownych poświadczeń są tzw. jednostki NoBo (np. Instytut Kolejnictwa, Instytut Pojazdów Szynowych). Żaden użytkownik nie może (nie posiada stosownych uprawnień ani samoistnej wiedzy) oświadczyć co i z jakimi cechami wykonawca dostarczy w postępowaniu. Oznacza to, że ewentualne oświadczenie (referencje) użytkownika muszą bazować na oświadczeniu Wykonawcy. Powyższe sprowadza się zatem do źródłowego dokumentu - oświadczenia Wykonawcy. Za sprzeczne z regulacjami Pzp i Rozporządzenia uznać zatem należy żądanie dokumentu pochodnego wydawanego przez nieuprawniony podmiot trzeci podczas gdy możliwe jest pozyskanie oświadczenia wykonawcy (dokumentu źródłowego; pierwotnego).

Przywołać w tym miejscu trzeba także regulację § 6 ust. 1 Rozporządzenia, z którego wynika jednoznacznie, że dokumentami potwierdzającymi spełnianie wymagań powinny być próbki, opisy czy fotografie produktów, które mają zostać dostarczone. Podkreśla się tu, że mają one być bezpośrednio związane i obrazować oznaczony co do tożsamości przedmiot dostarczany w tym konkretnym postępowaniu. Oznacza to, że celem złożenia tych dokumentów nie ma być potwierdzenie cechy wykonawcy polegającej na umiejętności wyprodukowania danego przedmiotu, ale potwierdzenie posiadania przez ten przedmiot określonych cech czy właściwości. Żądany przez Zamawiającego w postępowaniu dokument referencji nie spełnia powyżej wskazanych cech z przyczyn przedstawionych powyżej.

W związku z powyższym wymóg zawarty w pkt 1.1.4 oraz pkt 1.1.10 Załącznika nr 7 do SIWZ został sformułowany z naruszeniem zasad określonych w Pzp i jako wadliwy powinien zostać usunięty ze Specyfikacji.

W wyniku tak dokonanego opisu Zamawiający w sposób nieuzasadniony prowadzi do zawężenia kręgu podmiotów, mogących się wykazać wymaganym doświadczeniem. Przede wszystkim dlatego, że bez żadnej podstawy prawnej ani faktycznej formułuje wymóg żądając dokumentów, które nie są niezbędne do potwierdzenia, że wykonawca będzie w stanie należycie wykonać dane zamówienie, a jednocześnie wymagając ich ogranicza zagwarantowany Rozporządzeniem okres 3 lat, w którym wykonawcy mogą doświadczenie gromadzić. Ograniczenie konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców polega tu więc na uniemożliwieniu konkurowania o zamówienie podmiotom na niższym szczeblu rozwoju gospodarczego lub wcześniejszym etapie dostosowywania swojego asortymentu do dynamicznie zmieniających się przepisów wprowadzanych przez UE.

Niezależnie od wadliwości formalno-prawnej wymogów określonych w p. 1.1.4 oraz 1.1.10 Załącznika nr 7 do SIWZ od Odwołujący wskazuje, że treść tego wymogu prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz nierównego traktowania wykonawców, a nadto wymóg ten jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia a także dyskryminujący. Wskazują na to następujące okoliczności:

1) Powołane w pkt. 1.1.4 Załącznika nr 7 do SIWZ Rozporządzenia Komisji (UE) nr 1302/2014, 1303/2014, 1304/2014 oraz 1300/2014 zostały opublikowane w listopadzie 2014 r. z datą obowiązywania od 1 stycznia 2015 r. czyli rok i cztery miesiące przed terminem składania ofert w postępowaniu. W związku z powyższym nie ma możliwości, aby Wykonawca wykazał się doświadczeniem zdobywanym na przestrzeni ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert, skoro zacytowane (wymagane) TSI obowiązują o ponad połowę krótszy czas. Nadto wymaganie wskazuje na zastosowanie TSI obligatoryjnie, mimo iż same Rozporządzenia przewidują w swojej treści określone możliwości odstępstw w nich przewidzianych. W pełnym zakresie wymogi TSI (2014) będą miały zastosowanie dopiero od czerwca 2017 r.

2) Nie ma wątpliwości, że każde wymaganie Zamawiającego musi być zasadne i związane z przedmiotem zamówienia z poszanowaniem zasady proporcjonalności. W postępowaniu dochodzi do naruszenia proporcjonalności poprzez sformułowanie zawarte w treści pkt 1.1.4 Załącznika nr 7 do SIWZ, tj. wymaganie złożenia określonych dokumentów. Skoro w stosunku do przedmiotu zamówienia dla Zamawiającego jest wystarczające zapewnienie zgodności z przepisami, normami oraz specyfikacjami technicznymi obowiązującymi w momencie dostawy pojazdu (pkt 1.1.2 w zw. z pkt 1.2.2 Załącznika nr 7 do SIWZ), to w zakresie wymogu z pkt 1.1.4 Załącznika nr 7 do SIWZ powinien przestać na wymaganiu oświadczenia w zakresie elementów dostawy pojazdu. Niezasadne jest w tym

miejscu żądanie wykazania doświadczenia w dostawie i to w sposób ograniczający konkurencję dla zamówienia.

3) Ponadto na podstawie treści pkt. 1.1.10 Załącznika nr 7 do SIWZ nie jest możliwe jednoznaczne dookreślenie treści zobowiązania wykonawców. Treść postanowienia zawiera wyrażenia niejasne, niedostatecznie precyzyjne i w związku z tym dające możliwość różnej ich interpretacji, ponieważ w różny sposób można zinterpretować co oznacza, że system ma być sprawdzony, „pojazd taki sam jak w przedmiocie dostawy”. W takim przypadku każdy z wykonawców może dokonać innej wykładni, co nie pozwala na standaryzację wymogu zamawiającego, a w efekcie na dokonanie wyboru wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia.

4) Wskazać trzeba, że żądanie zawarte w pkt 1.1.10 Załącznika nr 7 do SIWZ, niezależnie od jego formalno-prawnej wadliwości co opisane zostało wyżej, uznać należy za obchodzące przepisy prawa uzupełnienie dokumentowania oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Takie działanie pozostaje w sprzeczności z treścią art. 22 ust. 4 Pzp. Wymaganie zakreślone w oczekiwanym dokumencie rzekomo składanym na potwierdzenie wymagań przedmiotowych, sprowadza się de facto do dookreślenia dokumentowania warunku wbrew jego dosłownej treści i w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Skoro bowiem Zamawiający wymaga, aby oferowane pojazdy były przygotowane funkcjonalnie do eksploatacji z systemem ETCS poziomu 2, co oznacza, że konieczne jest jedynie przygotowanie odpowiedniego miejsca oraz zabudowy do późniejszego montażu tego systemu, to wymogiem nadmiernym i całkowicie sprzecznym z zasadami Pzp jest żądanie przekazania dokumentów (referencji) potwierdzających dostawę pojazdu z zabudowanym oraz sprawdzonym systemem ETCS poziomu drugiego. Oznacza to, że Zamawiający wymaga referencji poświadczających wykonanie usługi o takim zakresie, który nie jest niezbędny do zapewnienia, że dany Wykonawca będzie w stanie wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymogami - przygotować pojazd funkcjonalnie do zabudowy systemu. Niezachowanie proporcjonalności prowadzi do zaburzenia konkurencyjności, ponieważ nie tylko wykonawcy, którzy dostarczyli pojazdy z zabudowanym i sprawdzonym systemem są w stanie dostarczyć zamawiającemu pojazd przygotowany funkcjonalnie do zabudowy tego systemu. Proporcjonalność dodatkowo została zaburzona przez to, że Zamawiający wymaga, aby pojazd, którego dotyczyć będą referencje był pojazdem identycznym jak w przedmiocie dostawy. Pomijając to, że określenie «identyczności» jest nieprecyzyjne, to w sposób nieuprawniony Zamawiający ogranicza tu możliwość przedstawienia referencji do wyłącznie takich, które dotyczą tylko pojazdów elektrycznych, co ze względu na właściwości omawianego systemu ETCS nie jest uzasadnione, ponieważ system bezpieczeństwa jest niezależny od systemu trakcyjnego,

dlatego nieuzasadnione jest ograniczanie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie tylko do tych, którzy wyposażyli w system ETCS pojazdy elektryczne.

II. art. 7 ust 1 Pzp w związku z art. 91 ust. 2 Pzp poprzez określenie kryteriów oceny ofert - pkt. XVII. 1 .Ad) (Kryterium terminu dostawy pierwszych trzech pojazdów trzyczłonowych) w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i z zastosowaniem uprzywilejowania pozycji niektórych podmiotów z branży oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców.

Kryterium oceny ofert - termin dostawy pierwszych trzech pojazdów trzyczłonowych zostało sformułowane w sposób, który stawia w pozycji uprzywilejowanej niektórych wykonawców.

III. Niewłaściwe opisanie kryteriów oceny ofert; nieprecyzyjne sposoby ustalenia punktowania ofert w poszczególnych kryteriach; /naruszenie art. 7 ust 1 Pzp w związku z art. 91 ust 2 Pzp; naruszenie art. 41 pkt 9) Pzp w związku z art. 91 ust. 1 oraz 2 Pzp, a także art. 91 ust 2 Pzp

Zamawiający w SIWZ i ogłoszeniu opisał pozacenowe kryteria oceny ofert. W Rozdziale XVII SIWZ ust. 1 pkt. 2, 3, 6 i 7 przewidziane zostały równoległe dwa systemy dokonywania punktacji w ramach kryteriów zaoferowanych przez Wykonawcę, tj.:

- 1) wedle wzoru oraz
- 2) przedziałów, którym przyporządkowana jest określona wartość punktowa (niezależnie od tego czy inny wykonawca poda ten sam zakres).

Niewątpliwie taki sposób opisanie kryteriów oceny ofert uniemożliwia prawidłowe dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z wymaganiem art. 91 ust 1 PZP, ponieważ wynik otrzymywany przy zastosowaniu każdego z zaproponowanych systemów może być inny, przy tych samych wartościach podanych przez wykonawców.

Powyższe, by nie doprowadziło do obarczenia postępowania wadą niemożliwą do usunięcia - wymaga stosownej zmiany Specyfikacji.

Wskazać także trzeba, że w Specyfikacji w pkt. 6 i 7 jako kryteria oceny ofert przewidziane zostały:

- 6) Wskaźnik gotowości technicznej pojazdów 5%
- 7) Wskaźnik niezawodności technicznej pojazdów 5%

Zamawiający sformułował w Rozdziale XVII SIWZ ust. 1 pkt 6 jako jedno z kryteriów oceny ofert „Kryterium współczynnik gotowości technicznej pojazdów (Wu)”; które nie jest związane z przedmiotem zamówienia. W postanowieniach SIWZ nie znalazły się bowiem zobowiązania do świadczenia przez wykonawcę usługi utrzymania pojazdów, a tylko takie zobowiązanie, opisanie na odpowiednim stopniu szczegółowości, mogłoby uprawniać zamawiającego do sformułowania powyżej powołanego kryterium oceny ofert. Brak zobowiązania do świadczenia usług utrzymania przez wykonawcę realizującego zamówienie

powoduje, że nie ma on wpływu na czas wyłączeń pojazdu w celu realizacji cyklu utrzymania, a tym samym nie będzie miał wpływu na utrzymanie współczynnika gotowości technicznej na zadeklarowanym w ofercie poziomie.

Mając na uwadze powyższe kryterium powinno podlegać wykreśleniu zgodnie z żądaniem Odwołującego.

IV. Naruszenie regulacji konstruowania postanowień umownych /art. 7 ust 1 Pzp oraz art. 29 ust 1 Pzp i art. 139 ust 1 Pzp, w związku z art. 14 ustawy Pzp, w związku z naruszeniem przepisów Kodeksu cywilnego, tj. art. 5 KC, art. 353¹ KC, art. 471 KC oraz 483 § 1 i art. 484 § 2 KC/

Naruszenie art. 471 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego oraz art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 14 PZP oraz art. 29 ust. 1 PZP, poprzez sformułowanie w treści umowy odpowiedzialności wykonawcy z tytułu jej należytego wykonania na zasadzie ryzyka zamiast na zasadzie winy (dot. w szczególności § 9 ust 1 pkt 1,2,3,6,8,10,12 wzoru umowy).

Do naruszenia doszło poprzez zastrzeżenie w § 9 wzoru umowy kar umownych w sposób, który kształtuje odpowiedzialność wykonawcy z tytułu nienależytego wykonania umowy na zasadzie ryzyka zamiast na zasadzie winy. Zamawiający zastrzegł bowiem kary umowne w § 9 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 6, 8 oraz 10 za opóźnienie zamiast za zwłokę, kształtując tym samym odpowiedzialność wykonawcy w sposób niezależny od jego zawinienia.

W § 9 ust 1 pkt 12 wzoru umowy z kolei Zamawiający zastrzegł odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, na które nie ma on wpływu, tj. karę za utrzymanie na określonym poziomie współczynnika gotowości technicznej, który zgodnie z opisem obliczany jest w następujący sposób:

Obliczany jako średnia arytmetyczna dla wszystkich EZT objętych zamówieniem z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku w cyklach kolejnych 12 miesięcy eksploatacji przez cały okres trwania gwarancji, podczas gdy Wykonawca nie jest na mocy umowy zobowiązany do świadczenia usług utrzymania, a co za tym idzie nie ma wpływu na czas wyłączania pojazdu do realizacji cyklu utrzymania.

Mając na uwadze powyższe, uznać należy, że Zamawiający wykorzystał swoją pozycję przy kształtowaniu treści umowy o charakterze adhezyjnym, w sposób niezasługujący na aprobatę i zmiana postanowień SIWZ w tym zakresie zgodnie z żądaniem odwołania jest w pełni zasadna. Za stanowiskiem Wykonawcy przemawiają orzeczenia KIO z dnia 17 lipca 2014 KIO1338/14; KIO 923/14; KIO1546/15.

Zamawiający sformułował postanowienia wzoru umowy dotyczące kar umownych w taki sposób, że wartość kary umownej określana jest jako wartość procentowa od wartości całej umowy (określonej w § 6 ust. 1 umowy), a dodatkowo, zgodnie z § 9 ust 2 umowy, po

złożeniu oświadczenia o skorzystaniu z prawa opcji, od wartości, o której mowa w § 6 ust. 5 wzoru umowy.

Taka praktyka zmierza do ustalania kar umownych na takim poziomie, który budzi uzasadnione podejrzenie, że kara zamiast podstawowych funkcji tj. kompensacyjnej, represyjnej oraz stymulującej wykonanie zobowiązania będzie miała charakter zarobkowy, co jest niedozwolone.

W związku z powyższym zmiana postanowień SIWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego jest w pełni zasadna.

Zamawiający określił w § 9 ust. 1 pkt 12) wzoru umowy, karę umowną za przypadek, w którym współczynnik gotowości technicznej dla pojazdu będzie niższy od zadeklarowanego w ofercie. Mając na uwadze argumentację przytoczoną w poprzednim punkcie, w szczególności, że umowa nie zobowiązuje wykonawcy do świadczenia usług utrzymania, nie może on ponosić odpowiedzialności za utrzymanie wskaźnika na poziomie niższym niż zadeklarowany, podczas gdy sam nie odpowiada za wykonywanie usług, które mają wpływ na jego wysokość. Powyższe prowadziłyby do sytuacji, w której utrzymanie wykonywałby podmiot trzeci lub pracownicy Zamawiającego, a Wykonawca odpowiadałby za to czy wykonują oni przewidziane czynności w czasie, który zapewnia utrzymanie współczynnika na określonym poziomie. Taka sytuacja z kolei prowadzi do nieuprawnionego rozszerzenia odpowiedzialności wykonawcy, które nie może mieć miejsca, a więc zasadne jest orzeczenie zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Ponadto w odniesieniu do wszystkich postanowień umowy, w których zastrzeżono kary umowne wykonawca wniósł o zmianę wartości, od której obliczane będą kary umowne z wartości brutto na wartość netto, a w związku z tym odpowiednie dostosowanie § 6 ust 1 oraz § 6 ust. 2 wzoru umowy, poprzez wskazanie wartości brutto, stawki podatku oraz wartości netto tak całej umowy, jak i cen poszczególnych pojazdów.

Co więcej zastrzeżenie naliczania kar umownych od wartości brutto powoduje nierówne traktowanie wykonawców, ponieważ w przypadku wykonawców zagranicznych kara będzie obliczana od wartości niższej, ponieważ podatek jest doliczany wtedy wyłącznie w celu dokonania oceny ofert.

W tym stanie rzeczy, zdaniem Odwołującego, odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

W dniu 28 kwietnia 2016 roku Odwołujący uzupełnił zarzuty odwołania, wskazując dodatkowo na naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 Pzp, art. 139 ust. 1 Pzp w związku z art. 3531 KC w związku z art. 58 KC poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego, znaczne przekroczenie zasady swobody umów, sporządzenie projektu umowy w sposób przenoszący całe ryzyko gospodarcze przedsięwzięcia tylko na jedną stronę – Wykonawcę, a także jako godzące w istotę i cel zamówienia publicznego.

Mają na uwadze powyższe, Odwołujący wnosił o dokonanie zmiany treści SIWZ poprzez:

- 1) Wykreślenie § 8 ust. 2 wzoru umowy;
- 2) Dodanie w § 9 ust. 1 kolejnego punktu o treści: „za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy – Zamawiający zapłaci karę umowną w wysokości 20% wartości netto wynagrodzenia wykonawcy, określonego w § 6 ust. 1”;
- 3) Modyfikację treści § 13 ust. 4 pkt 2) poprzez wykreślenie treści: „...przy czym ewentualne zmiany kosztów wykonania przedmiotu umowy obciążają Wykonawcę”.

Uzasadniając wnioskowane zmiany Odwołujący wskazał, że w § 8 wzoru umowy Zamawiający określił zasady udzielania licencji na oprogramowanie, jednak § 8 ust. 2 określa te zasady z przekroczeniem zasady swobody umów. Zamawiający sformułował wymóg poprzez określenie zobowiązania wykonawcy do przeniesienia uprawnień, których sam nie posiada. Wobec powyższego żądanie usunięcia takiego zapisu jest uzasadnione.

W § 9 Zamawiający określił kary umowne w sposób naruszający równość stron, w szczególności dlatego, że karę umowną na wypadek odstąpienia od umowy przez Zamawiającego lub wykonawcę zastrzeżono wyłącznie na korzyść Zamawiającego – tj. pominięto taki przypadek, w którym jedna bądź druga strona będzie odstępowała od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Zamawiający w § 13 ust. 4 pkt 2 wzoru umowy postanowił, że dopuszczalne jest dokonanie zmiany umowy ale jednocześnie określił odpowiedzialność Wykonawcy za koszty tych zmian w przedmiocie umowy, spowodowane zmianami norm technicznych, co nie jest związane w żaden sposób z warunkami dokonywania zmian umowy. Takie sformułowanie uniemożliwia dokonanie kalkulacji ceny ofert, ponieważ zaproponowane rozszerzenie odpowiedzialności sprawia, że Wykonawca powinien w cenie oferty uwzględnić takie ryzyka, których nie jest w stanie w ogóle przewidzieć.

W związku z tym żądania odwołania zdaniem Odwołującego są zasadne.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ oraz załączników do SIWZ, treści ogłoszenia o zamówieniu, dokumentów złożonych na rozprawie, załączonych do pism procesowych, włączonych w poczet materiału dowodowego, a także stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestników postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp,

a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Należy bowiem wskazać, że środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą jest niemożliwość złożenia oferty i podpisania ważnej umowy (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10).

Izba uznała, iż zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę **NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu** oraz wykonawcę **Stadler Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, było skuteczne.

Izba uwzględniła opozycję zgłoszoną przez Zamawiającego i nie dopuściła jako przystępującego po stronie Odwołującego **Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa** z uwagi na treść art. 179 ust 2 oraz art. 185 ust 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 179 ust 2 Pzp organizacje wpisane na listę uprawnione są do korzystania ze środków ochrony prawnej wobec treści ogłoszenia i SIWZ, podczas gdy zgodnie z art. 185 ust 2 Pzp zgłoszenie do postępowania odwoławczego przysługuje jedynie wykonawcy. PZPB nie posiada statusu wykonawcy oraz nie został wymieniony jako inny podmiot, któremu przysługuje prawo do zgłoszenia przystąpienia w art. 185 ust 2 Pzp, wobec powyższego nie może w ocenie składu orzekającego Izby zostać przystępującym. Choć uprawnienie do korzystania ze środków ochrony prawnej na etapie kwestionowania treści ogłoszenia i SIWZ przysługuje określonym podmiotom wpisanym na listę organizacji, to uprawnienie do zgłoszenia przystąpienia w trybie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca przyznał jedynie wykonawcy. Organizacji wpisanej na listę podmiotów uprawnionych za wykonawcę uznać nie można. Tak więc o ile organizacje mogą samodzielnie składać odwołania, broniąc w taki sposób uprawnień szerszego grona uczestników rynku, czy danej grupy zawodowej, o tyle dyskusyjne pozostaje, czy przysługuje im prawo przystępowania do strony postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i opowiadania się w interesie jednej tylko ze stron sporu, która zazwyczaj zmierza do wyegzekwowania warunków korzystniejszych dla siebie, nie zaś grupy wykonawców.

Ponadto jak wynikało ze zgłoszenia przystąpienia, interesu w zgłoszeniu podmiot upatrywał jedynie w prowadzeniu postępowania zgodnie z ustawą, a więc wskazywał jedynie

na interes o charakterze hipotetycznym, co w ocenie składu orzekającego nie wyczerpuje przesłanki formalnej zgłoszenia przystąpienia, rozumianej jako konieczność wykazania interesu w uzyskaniu konkretnego rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje.

Odwołujący na rozprawie podtrzymywał odwołanie w całości i wnosił o jego uwzględnienie. Zamawiający na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania w całości, zwracając uwagę, że większość zarzutów i żądań odwołania została skonsumowana przez modyfikację zapisów SIWZ z dnia 29 kwietnia 2016 roku i jako bezprzedmiotowa nie powinna podlegać rozpoznaniu. Wykonawcy przystępujący po stronie Zamawiającego wnosili o oddalenie odwołania, w zakresie w jakim przystąpili po stronie zamawiającej.

Izba dokonując ustaleń faktycznych odnośnie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu wzięła pod uwagę wynikające z odwołania oraz rozprawy postanowienia SIWZ i ogłoszenia, stwierdzając zarazem, że stan faktyczny pomiędzy Stronami nie był sporny, a przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa. Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył kwestionowane zapisy ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, w tym także zapisy warunków umownych.

Izba ustaliła, iż w dniu 29 kwietnia 2016 roku Zamawiający w trybie art. 38 ust. 4 i 6 ustawy Pzp dokonał zmiany treści SIWZ i terminu składania ofert. Zamawiający zmienił brzmienie Rozdziału XVII SIWZ, w którym opisane były kryteria, którymi Zamawiający kierował będzie się przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. W wyniku modyfikacji określono, że kryteriami oceny ofert będą: cena oferty (60%), okres gwarancji (10%), termin realizacji dostawy trzech pierwszych pojazdów (10%), kryterium funkcjonalności: wskaźnik długości niskiej podłogi dla pojazdu czteroczołowego (5%), wskaźnik długości niskiej podłogi dla pojazdu tryczłołowego (5%), wskaźnik niezawodności technicznej pojazdów (10%).

Zgodnie z żądaniami Odwołującego z punktów 2a, 2b, 2c, 2d odwołania Zamawiający usunął wzory obliczania terminu gwarancji, wzór obliczania terminu dostawy trzech pierwszych pojazdów, usunął kryterium wskaźnika współczynnika gotowości technicznej pojazdu (oraz usunął wzór związany z tym kryterium). Wskazano także, że wzór do obliczania współczynnika niezawodności technicznej pojazdów wykorzystywany będzie dopiero na etapie realizacji umowy, w momencie zaś oceny ofert Wykonawcy będą mogli zaoferować wartość owego współczynnika we wskazanych przez Zamawiającego przedziałach. W przypadku kryterium terminu dostawy Zamawiający wydłużył ostateczny

termin dostawy do 31 grudnia 2017 roku, za zaoferowanie którego wykonawcy nie mogli jednak uzyskać dodatkowej punktacji.

Zamawiający w załączniku nr 8 do SIWZ (wzór umowy) zgodnie z żądaniem Odwołującego usunął § 9 ust. 1 pkt 12 umowy, natomiast w załączniku nr 7 (opis przedmiotu zamówienia) usunięty został w zakresie żądanym w odwołaniu pkt 1.1.4., w którym Zamawiający pozostawił jedynie wymóg, aby oferowany i dostarczony pojazd był w pełni zgodny z wymogami Technicznych Specyfikacji Interoperacyjności, którego to wymogu Odwołujący jako takiego nie kwestionował. Z punktu 1.1.10 usunięto wymóg przedstawienia dokumentów związanych w wyposażeniem dostarczanych pojazdów w system ECTS 2, a treść tego postanowienia zmieniono na: „Zamawiający wymaga dostawy pojazdów wyposażonych w system ECTS 2”, co w ocenie Izby czyni zadość żądaniom Odwołującego.

Mimo dokonanych zmian SIWZ, w części zgodnych z żądaniami Odwołującego, na rozprawie potrzymał on zarzuty i żądania odwołania w całości.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia skład orzekający Izby uznał, że odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, art. 22 ust. 1, ust. 3 i ust. 4, art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 1 ust. 1 pkt 3 i § 6 ust. 1 rozporządzenia o dokumentach oraz w części zarzutów naruszenia art. 91 ust. 1 i ust. 2 w części, w której Zamawiający dokonując zmiany treści SIWZ zrealizował żądania Odwołującego nie zasługiwało na uwzględnienie.

W następstwie modyfikacji SIWZ, dokonanej przez Zamawiającego, niejasności w zakresie kryteriów oceny ofert zostały doprecyzowane lub usunięte w sposób wnioskowany przez Odwołującego. Podobnie Zamawiający uczynił z kwestionowanym opisem przedmiotu zamówienia w zakresie punktów 1.1.4 i 1.1.10 załącznika nr 7 do SIWZ oraz § 9 ust. 1 pkt 9 wzoru umowy usuwając dane postanowienia w całości, zgodnie z wnioskiem Odwołującego, co powoduje, że orzekanie w tym zakresie jest bezprzedmiotowe. Zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy P.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a zatem ze względu na brak wpływu na wynik postępowania Izba z uwagi na wykreślenie lub zmianę wskazywanych zapisów i tak zobowiązana byłaby w tym zakresie odwołanie oddalić. Nie istnieją już bowiem zapisy, do treści których należałoby się odnieść w zestawieniu tej treści z potencjalnym naruszeniem wskazywanych w petitum odwołania przepisów.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej pozostałe zarzuty podtrzymane przez Odwołującego również nie zasługiwały na uwzględnienie.

Odnośnie kryterium terminu dostawy trzech pierwszych pojazdów, Odwołujący co do zasady nie kwestionował, iż Zamawiający może dane kryterium zastosować. Odwołujący

argumentował natomiast, że ustalone przez Zamawiającego przedziały dostawy, które umożliwiłyby Wykonawcy uzyskanie wyższej punktacji są niemożliwe do dotrzymania, a zrealizowanie dostawy w najkrótszym wyznaczonym terminie do 20 grudnia 2016 roku jest niemożliwe lub co najmniej wysoce utrudnione.

Dostrzeżenia w pierwszej kolejności wymaga, że kryterium ma być „związane” z przedmiotem zamówienia, a zatem pozostające w logicznym i funkcjonalnym z nim związku. Zgodnie zaś z art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p. Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony i uczestników postępowania odwoławczego obowiązek wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tymczasem, Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń. Odwołujący na potwierdzenie powyższych tez złożył szereg ofert od swoich dostawców, jednakże z ofert tych nie wynika, że dotyczą one tego konkretnego zamówienia i części składowych dostawy pojazdów zamawianych w danym postępowaniu. Jak słusznie również zauważył na rozprawie jeden z Przystępujących, zapytania ofertowe dotyczą znacznych ilości zamawianych elementów, znacznie przewyższających ilości będące przedmiotem tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co niewątpliwie przełożyć może się na długość realizacji takiego zamówienia i nie może świadczyć o tym, że nie jest możliwe skrócenie terminu dostawy pierwszych trzech pociągów. Część z ofert w ogóle nie dotyczy elementów danego zamówienia i dedykowana jest dostawom na rynek innych niż polski. Zatem dokumenty te nie dowodzą, że kryterium terminu dostaw trzech pierwszych pojazdów ustalono z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Zamawiający ma natomiast prawo w taki sposób ustalić kryteria w postępowaniu, aby zapewnić sobie w zakresie realizacji interesu publicznego najlepszą i najefektywniejszą realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający w toku rozprawy wskazał, iż dostawy elektrycznych zespołów trakcyjnych realizowane są w ramach zadania dofinansowanego ze środków zewnętrznych, a nadrzędnym dla niego celem jest zrealizowanie projektu poprawy warunków komunikacyjnych w województwie, w ramach którego dokonuje zakupu taboru kolejowego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego. Za dopuszczalne Izba uznała więc ustalenie kryterium oceny ofert premiujące jak najszybszą dostawę trzech pierwszych pojazdów w takich czasookresach, jak wyznaczył Zamawiający.

Izba nie uznała również za zasadne wprowadzania zmian w kryterium okresu gwarancji, gdzie w przypadku udzielenia gwarancji dłuższej niż 72 miesiące, Zamawiający

postanowił, że oferta takiego wykonawcy zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W tym przypadku przede wszystkim podkreślić należy, że odwołanie pozbawione jest jakiegokolwiek argumentacji merytorycznej, dlatego taki zapis miałby naruszać przepisy prawa i godzić w podstawowe zasady stosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wbrew stanowisku Odwołującego uznać należy, iż zapis zakazujący zadeklarowania okresu gwarancji krótszego niż 36 miesięcy i dłuższego niż 72 miesiące pozwala Zamawiającemu uzyskać ofertę, gdzie okres udzielanej gwarancji oznaczony zostanie przez danego wykonawcę w sposób realny, adekwatny do oferowanego przedmiotu zamówienia. Tym samym Zamawiający nie zostanie narażony na otrzymanie oferty, w której wykonawca udzieliłby gwarancji na czas niemożliwy do zrealizowania zarówno praw, jak i obowiązków z takiej gwarancji (np. udzielenie gwarancji na 100 lat).

Przechodząc do rozpoznania zarzutów związanych z ustaleniem kształtu przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wysokością kar umownych, w pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma na celu dostosowania postanowień SIWZ do oczekiwań poszczególnych wykonawców, co słusznie podkreślił na rozprawie Zamawiający. Celem postępowania jest weryfikacja postanowień SIWZ w świetle ustawy Pzp, jak również przepisów kodeksu cywilnego. Co do zasady, Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy uwzględnieniu zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ kc strony zawierające umowę, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojkiego ograniczenia: po pierwsze – zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie – zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie – strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Drugie z tych ograniczeń wiąże się z regulacją art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wynika z tego również uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Można zatem powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami.

Zgodzić należy się także z twierdzeniami, że uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był 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. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. Przepisy ustawy Pzp modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.), co znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika *expressis verbis* z przepisów Pzp **zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść Zamawiającego np. zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonawcę (art. 147 i nast. Pzp), prawo odstąpienia przez zamawiającego od umowy (art. 145 Pzp). Zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko Zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Wskazać też należy, że Zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich dodatkowym ryzykiem. Powyższe, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353¹ k. c. (niezgodność umowy z właściwościami stosunku prawnego, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego) nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w SIWZ, **wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez Zamawiającego warunkach. Zamawiający nie jest także zobligowany do przewidzenia w przyszłej umowie kar umownych dla siebie samego. Dopuszczalne jest również nakazanie wykonawcy wkalkulowania w cenę oferty kosztów ewentualnych zmian umowy odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca wiedząc, że koszty takich zmian będą leżały po jego stronie, może je uwzględnić w cenie oferty jako potencjalne ryzyko gospodarcze.****

W kontekście powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak,

aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą.

W ocenie Izby na tle analizowanego stanu faktycznego nie uznano, że Zamawiający przy ustalaniu wysokości oraz ilości kar umownych nadużył przysługującego mu prawa.

Należy też zauważyć, że zarzuty podnoszone w odwołaniu przez Odwołującego (w większości oparte na naruszeniu równowagi stron, nałożeniu na wykonawcę nadmiernych obowiązków), nie prowadzą w żaden sposób do wykazania, że została naruszona zasada uczciwej konkurencji czy równego traktowania wykonawców - w związku z kwestionowanymi postanowieniami dotyczącymi, przykładowo, kar umownych, wszyscy potencjalni wykonawcy są w tej samej sytuacji i żaden z nich nie jest dyskryminowany.

W ocenie składu orzekającego Izby, żadna z kar umownych kwestionowanych w odwołaniu nie została uznana za nadmierną czy godzącą w zasadę równego traktowania wykonawców. Celowe wydaje się działanie Zamawiającego mające zdyscyplinować wykonawcę przy realizacji umowy. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że którakolwiek z objętych odwołaniem kar umownych narusza przepisy Pzp. Analogiczne stanowisko Izba wyraziła już wielokrotnie, akceptując prawo instytucji zamawiającej do obwarowania umowy o zamówienie publiczne karami umownymi nakładanymi na wykonawcę - przykładowo w wyroku z dnia 22 grudnia 2008 roku (sygn. akt: KIO/UZP 1431/08), w którym Izba stwierdziła, iż: „Na gruncie p.z.p., kara umowna ma szczególne znaczenie. Bardzo istotna jest funkcja prewencyjno-wychowawcza, z punktu widzenia której, kara umowna ma stanowić zaporę dla dokonywania naruszeń, a skuteczną barierą będzie wtedy, kiedy jej dolegliwość będzie miała znaczenie, w sensie finansowym, dla wykonawcy”, w wyroku z dnia 28 kwietnia 2009 roku (sygn. akt: KIO/UZP 469/09) „Prawo zamówień publicznych wprowadza ograniczenia swobody umów, bowiem już na etapie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest określić istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę na takich warunkach. Zatem to do Zamawiającego należy określenie warunków umowy. W ocenie Izby, Zamawiający ma prawo użyć dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających interes Zamawiającego, bowiem opóźnienia w realizacji zamówienia, niewykonanie umowy lub jej nienależyte wykonanie mogą skutkować dla Zamawiającego poważnymi konsekwencjami”, w wyroku z dnia 11 listopada 2008 roku (sygn. akt KIO/UZP 779/08) podkreślono, iż "kara umowna ma nie tylko charakter odszkodowawczy, lecz również

prewencyjny, szczególnie istotny w realizacji umów dotyczących zamówień publicznych, gdzie Zamawiający nie może w sposób dowolny wybrać kontrahenta".

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym kary umowne mogą przysługiwać wyłącznie gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z winy wykonawcy.

Zgodnie z art. 471 Kodeksu cywilnego, dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Z kolei zgodnie z art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Zatem wynikającą z przepisów Kc zasadą jest uzależnienie odpowiedzialności kontraktowej od winy dłużnika, a naprawienie szkody wynikającej z zawinionego działania lub zaniechania może przybrać formę zapłaty kary umownej. Niemniej jednak przywołany przepis art. 471 Kodeksu cywilnego nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego. Zgodnie bowiem z art. 473 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. W orzecznictwie wyraźnie dopuszcza się możliwość zastrzeżenia w umowie kar umownych za opóźnienie, tj. niezależnie od istnienia winy po stronie dłużnika (np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. I CKN 791/98, w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że jeżeli strony w umowie zastrzegły kary umowne w każdym wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy są przyczyny, które spowodowały niedotrzymanie przez dłużnika terminu wykonania zobowiązania). Należy więc stwierdzić, że wynikająca z Kodeksu cywilnego ogólna reguła odpowiedzialności na zasadzie winy może być wolą stron rozszerzona, przez objęcie obowiązkiem naprawienia szkody (w tym także przez zapłatę kary umownej) również okoliczności przez wykonawcę niezawinionych. Należy przy tym mieć na uwadze specyfikę umów zawieranych w trybie ustawy Pzp, w przypadku których Zamawiający wyposażony został w większą możliwość określania zasad realizacji umowy. Fakt skorzystania przez Zamawiającego z przyznanego ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy nie stanowi sam w sobie o nadużyciu zasady swobody umów i naruszeniu zasad współżycia społecznego. Odwołujący natomiast nie przedstawił argumentacji, która świadczyłaby o wystąpieniu takiego naruszenia w niniejszej sprawie, nie wskazał, na czym konkretnie miałyby ono polegać, wywodząc to naruszenie jedynie z samego faktu rozszerzenia

odpowiedzialności również na okoliczności przez wykonawcę niezawinione, z czym nie można się zgodzić.

Podobnie uzasadnienia nie znajduje żądanie wprowadzenia ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy do wysokości 20% wartości netto umowy, jak też żądanie liczenia wysokości kar umownych od wartości netto wynagrodzenia za dostawę określonego pojazdu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego zauważyć należy, że Zamawiający przewidział w większości przypadków limitowanie kar, na przykład do wysokości 10% wartości brutto wynagrodzenia. Tym samym odpowiedzialność wykonawcy jest już limitowana i nie może ona przewyższać określonego progu, a więc wysokość ustalonych kar umownych nie naraża wykonawcy na straty, nie ma także potrzeby wprowadzania dodatkowego limitu. Wartość, od której naliczane będą kary umowne dla wszystkich wykonawców będzie taka sama, uzależniona od wysokości złożonej oferty, nie ma więc możliwości, aby któryś z wykonawców znajdował się w gorszej sytuacji. Co prawda można byłoby się zastanawiać, czy w niektórych przypadkach właściwszym byłoby naliczanie kar umownych od wartości danego elementu dostawy, jednakże z uwagi na prewencyjny charakter kar umownych i uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania stosunku umownego uwzględniającego jego potrzeby instytucja kar umownych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w uzyskaniu zamówienia. Ocena tej instytucji pod kątem wysokości i przesłanek zastosowania danej kary następuje bowiem na etapie realizacji umowy i stosowania jej postanowień. Wówczas może dojść do nadużycia przez Zamawiającego uprawnień, a w konsekwencji, może znaleźć zastosowanie art. 484 § 2 ustawy Kc (miarkowanie wysokości kary umownej). Możliwe jest, na etapie wykonywania umowy, miarkowanie naliczonych kar umownych realizowane przez sąd powszechny w ramach procesu cywilnego.

Reasumując, Izba uznała, że Zamawiający ma prawo do określenia wysokich standardów realizacji zamówienia, ma także prawo obwarować obowiązki wykonawcy karami umownymi i oczekiwać, że przedmiot umowy zostanie wykonany zgodnie z postanowieniami umowy.

Biorąc pod ocenę całokształt zarzutów Odwołującego, Izba stwierdziła, że *de facto* nie stanowią one o niemożności złożenia oferty przez Odwołującego, a jedynie mają na celu poprawę jego sytuacji jako potencjalnego realizatora umowy, który ubiegając się o udzielenie przedmiotowego zamówienia stara się w taki sposób ukształtować warunki przetargu, które ułatwią lub też postawią go w korzystniejszej sytuacji. Jednakże wskazać należy, że nie taki jest cel prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Zamawiający opisując warunki

przetargu, w pierwszej kolejności ma za zadanie, a wręcz za obowiązek w taki sposób je ukształtować, aby spełniały jego (zamawiającego) cel, który musi wykazywać się szczególną dbałością o racjonalne wydatkowanie środków publicznych. Oczywiście istotnym elementem jest również takie opisanie warunków kontraktowych, które nie naruszają zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, co w analizowanym postępowaniu nie zostało stwierdzone przez Izbę. Analiza zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie, a w szczególności wyjaśnienia Zamawiającego, dają Izbie podstawę do twierdzenia, że Zamawiający w sposób prawidłowy, nienaruszający przepisów wskazanych w odwołaniu, dokonał opisu przedmiotu zamówienia, prawidłowo kryteria oceny ofert, które pozwalają na sporządzenie oferty, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Konkludując, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji, oddalając odwołanie. Zamawiający nie naruszył zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....