

Sygn. akt: KIO 655/15

WYROK
z dnia 9 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2015 r. przez wykonawcę **PKP Cargo S.A., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o., Świerże Górne, 26-900 Kozienice**

przy udziale:

- A. wykonawcy **DB Schenker Rail Polska S.A., ul. Wolności 337, 41-800 Zabrze** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. wykonawcy **Freightliner PL Sp. z o.o., ul. Jasna 15, 00-003 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **PKP Cargo S.A., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PKP Cargo S.A., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o., Świerże Górne, 26-900 Kozienice, zwana dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie usługi przewozu transportem kolejowym węgla energetycznego dla ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o. z podziałem na Zadanie nr 1 - w okresie od 1.7.2015- 31.7.2016 r. dla przewozów z Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., w ilości 3 600 000 ton oraz Zadanie nr 2 - w okresie od 1.7.2015-31.7.2016 r. dla przewozów z kopalń Katowickiego Holdingu Węglowego S.A., Kompanii Węglowej S.A., Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A, w ilości 500 000 ton”, nr postępowania: ET- ZS0.2102.1.2015”.

W dniu 21 marca 2015 r w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2015/S 057-100910. zostało opublikowane ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu. Zamówienie zostało podzielone na dwie części - niniejsze odwołanie dotyczy Zadania nr 1 i Zadania nr 2.

Od dokonanego opisu przedmiotu zamówienia wykonawca PKP Cargo S.A., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa, zwany dalej „Odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez ustalenie kryterium oceny ofert - Kryterium K2 i sposobu jego oceny w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców oraz w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia i niezmierny do rzeczywistego wyłonienia oferty najkorzystniejszej (pkt 18 SIWZ);

wobec czego, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ (i ew. odpowiedniej modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu) poprzez dokonanie zmiany Kryterium K2 lub sposobu jego oceny poprzez:

a. usunięcie kryterium masy przesyłki pociągowej i zastąpienie go innym, nie naruszającym przepisów Pzp kryterium, takim jak np. kryterium długości terminu płatności, kryterium doświadczenia w świadczeniu podobnych usług, kryterium wykorzystania własnych zasobów do realizacji zamówienia lub

b. określenie w pkt 18.1 Ad. 2 SIWZ, iż do obliczeń w każdym z Zadań brana będzie pod uwagę ilość nie większa niż 2300 ton;

ewentualnie:

c. usunięcie Kryterium 2 oceny ofert i pozostawienie kryterium ceny jako jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie załącznika do SIWZ Wzór umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, w zakresie, w jakim:

a. Zamawiający przewiduje obniżenie przysługującego Wykonawcy wynagrodzenia w

przypadku stwierdzenia, iż masa netto węgla energetycznego w Przesyłce Pociągowej będzie niższa niż masa netto ustalona zgodnie z zadeklarowaną przez Wykonawcę w ofercie minimalną wagą Przesyłki Pociągowej, niezależnie od tego, czy niższa masa netto węgla wynika z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (§13 ust. 5 Wzoru umowy dla Zadania nr 1 i nr 2);

b. Zamawiający w sposób naruszający równowagę stron umowy, przewidział różną dla Zamawiającego i Wykonawcy ilość przesyłek, powyżej której strona umowy, po której stronie leżą przyczyny niezrealizowania przewozów węgla w terminie określonym w przesłanym Wykonawcy Miesięcznym harmonogramie, jest zobowiązana do zapłaty kary umownej na rzecz drugiej strony (§16 ust. 1 i 2 Wzoru umowy dla Zadania nr 1 i nr 2);

wobec czego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Wzoru umowy w Zadaniu nr 1 i Zadaniu nr 2 poprzez:

a. doprecyzowanie w §13 ust. 5 Wzoru umowy w Zadaniu nr 1 i nr 2 poprzez wskazanie, iż obniżenie przysługującego Wykonawcy wynagrodzenia jest możliwe tylko w sytuacji, gdy niższa masa netto węgla w Przesyłce Pociągowej wynika z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy;

b. modyfikację §16 ust. 1 i 2 Wzoru umowy dla Zadania nr 1 i nr 2 poprzez zrównanie ilości przesyłek, powyżej której strona umowy, po której stronie leżą przyczyny niezrealizowania przewozów węgla w terminie określonym w przesłanym Wykonawcy Miesięcznym harmonogramie, jest zobowiązana do zapłaty kary umownej na rzecz drugiej strony, niezależnie od tego, czy zobowiązaniem do zapłaty kary umownej jest Wykonawca czy Zamawiający.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów i żądań Odwołujący podał, że Zamawiający formułując kryterium poza cenowe oceny ofert opisał sposób jego oceny z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Pomimo, tego iż zamówienie, objęte tym Postępowaniem, należy do katalogu tzw. zamówień o charakterze niepriorytetowym, w stosunku do których na mocy art. 5 ust. 1 Pzp wyłączone jest stosowanie określonego w art. 91 ust. 3 zakazu ustalania kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy, to jednak nie oznacza to, że Zamawiający może ustalać kryteria w sposób zupełnie dowolny. Kryterium poza cenowe oceny ofert i sposób jego oceny powinny być adekwatne do przedmiotu zamówienia oraz pozwalać na rzeczywiste wyłonienie oferty najkorzystniejszej, tj. takiej której właściwości można obiektywnie ocenić jako lepsze jakościowo, korzystniejsze z punktu widzenia przedmiotu i celów zamówienia. W szczególności, kryterium i jego ocena powinny być ustalone w taki sposób, aby nie naruszać zasady uczciwej konkurencji i nie preferować oferty jednego wykonawcy, ale zapewniać konkurencyjność i równe szanse wykonawców na udział w postępowaniu i uzyskanie zamówienia. Fakt, iż do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp może dojść również poprzez

niedopuszczalne sformułowanie kryteriów oceny ofert został potwierdzony w licznych orzecznictwie KIO. W niniejszym postępowaniu, Zamawiający jako drugie, poza najniższą ceną kryterium oceny ofert wskazał minimalną deklarowaną przez Wykonawcę masę Przesyłki Pociągowej.

„Przesyłka Pociągowa” została przy tym zdefiniowana w pkt 1.9 SIWZ jako „*skład ładownych wagonów węglarek w pociągu o długości całkowitej nieprzekraczającej 610 m, z uwzględnieniem pojazdu trakcyjnego, nadany za jednym listem przewozowym*”. Kryterium to zależy więc z jednej strony od możliwości technicznych Wykonawcy, z drugiej zaś - od przyjętego przez niego sposobu realizacji zamówienia. W ocenie Odwołującego tak ustalone kryterium, nie pozwala na zaspokojenie obiektywnych potrzeb Zamawiającego. Wynika to z tego, że wyższa minimalna masa Przesyłki Pociągowej nie powoduje zapewnienia Zamawiającemu lepszej jakościowo usługi, tym bardziej iż krąg podmiotów mogących ją świadczyć jest ograniczony. Zamawiający określił w SIWZ ograniczenia dotyczące wymiarów i ciężaru składu, określił maksymalną ilość węgla zgłaszaną do przewozu w danym miesiącu (pkt 5.7 SIWZ), jak również - wskazał szczegółowo terminy i zasady przyjmowania Przesyłek Pociągowych z węglem. Zamawiający określił zatem wszystkie parametry istotne dla Wykonawcy realizującego usługę. Poza tym, przedmiotem zamówienia jest sam przewóz węgla energetycznego, w prostej relacji z kopalni do elektrowni Zamawiającego. Tym samym, Zamawiający dokładnie wie, jakiej jakości usługi może oczekiwać od Wykonawców; za wyjątkiem dotrzymania lub nie wymagań określonych w SIWZ. Usługa stanowiąca przedmiot zamówienia nie podlega wartościowaniu pod kątem jakościowym, czy też sposobu realizacji. W ocenie Odwołującego, w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z usługą o charakterze standardowym, o ustalonym standardzie jakościowym, co zgodnie z art. 91 ust. 2a Pzp uprawnia do odstąpienia od stosowania innych, poza kryterium ceny, kryteriów oceny ofert i uzasadnia ewentualne żądanie Odwołującego dotyczące wykreślenia Kryterium 2 i pozostawienia kryterium ceny, jako jedynego kryterium oceny ofert.

Ponadto samo zapewnienie większej minimalnej masy Przesyłki Pociągowej nie przekłada się bezpośrednio na jakość, szybkość ani też inne merytoryczne cechy realizacji zamówienia, natomiast, zgodnie z orzeczeniem o sygn. KIO 2078/13, w ramach tego kryterium nie może podlegać ocenie możliwość przełożenia ocenianej właściwości na koszt i cenę realizacji zamówienia.

Podniósł, że wyższa masa Przesyłki Pociągowej, w sytuacji, w której pociąga za sobą większą masę netto węgla energetycznego przewożoną podczas pojedynczego transportu, posiada bezpośrednio przełożenie na niższe koszty świadczenia usługi, a tym samym - niższą cenę oferty, którą wykonawca może zaoferować. Tak określone kryterium powoduje zatem dwukrotne premiowanie tej samej cechy wykonawcy - co już samo należy uznać jako naruszające zasady uczciwej konkurencji – jak również, oznacza niedopuszczalne

bezpośrednie powiązanie kryterium jakościowego (poza cenowego), z kryterium najniższej ceny. Wykonawca mający możliwość osiągnięcia wyższej masy Przesyłki Pociągowej zyskuje z tego samego tytułu przewagę cenową, a więc możliwość uzyskania większej ilości punktów w Kryterium 1 oraz jednocześnie w Kryterium 2. Tym samym, w rzeczywistości, kryterium jakościowe traci swój walor wartościujący i pozwalający zbilansować oferty pod względem czynników innych niż cena, zaś służy jedynie faworyzowaniu tego wykonawcy, który ogranicza koszty realizacji zamówienia poprzez zwiększanie masy Przesyłki Pociągowej. Podniósł nadto, że w pkt 18 SIWZ, Zamawiający wskazał, iż do obliczeń punktacji w ramach tego kryterium w Zadaniu nr 1, brana będzie pod uwagę ilość nie większa niż 2800 ton. Tak ustalony górny limit wartości uwzględnianej przy obliczaniu punktacji, narusza art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, bowiem faworyzuje jedynego wykonawcę, który ma możliwość uzyskania maksymalnej punktacji w tym kryterium i zaoferowania wartości masy Przesyłki Pociągowej na maksymalnym uwzględnianym w punktacji poziomie 2 800 ton – tj. Freightliner PL sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zauważył, że krąg potencjalnych wykonawców mogących zrealizować zamówienie jest bardzo ograniczony. W okolicznościach i uwarunkowaniach tego postępowania, określony sposób przyznawania punktacji w Kryterium 2 preferencyjnie traktuje wykonawcę, który jako jedyny może osiągnąć - dzięki krótszym i lżejszym wagonom, tak istotnie zwiększoną ładowność składu i w sposób nieuzasadniony merytorycznie, zwiększyć przewagę punktową wobec pozostałych wykonawców. Wartość brana pod uwagę przy obliczaniu punktów ustalona na maksymalnym poziomie 2800 ton dla Zadania nr 1 jest tym bardziej niezrozumiała i nieuzasadniona, iż w Zadaniu nr 2 maksymalna wartość przyjmowana na potrzeby obliczenia punktów to 2 300 ton. Różnice w specyfice obu Zadań ujawnione w postanowieniach SIWZ nie uzasadniają w żaden sposób takiego zróżnicowania dla maksymalnej uwzględnianej w punktacji masy Przesyłki Pociągowej, w szczególności w sytuacji gdy prowadzi to do naruszenia konkurencji i preferencyjnego traktowania wykonawcy dysponującego określonym typem wagonów.

Dlatego też w tych okolicznościach podniósł iż Odwołujący uważa za zasadne usunięcie kryterium masy Przesyłki Pociągowej jako kryterium oceny ofert i zastąpienie go innym, nie naruszającym przepisów Pzp kryterium, takim jak np. kryterium długości terminu płatności, kryterium doświadczenia w świadczeniu podobnych usług, kryterium wykorzystania własnych zasobów do realizacji zamówienia lub też ustalenie iż dla obu Zadań, maksymalną wartością jaką Zamawiający będzie brał pod uwagę przy obliczaniu punktacji będzie wartość na poziomie możliwym do osiągnięcia przez szersze grono wykonawców, np. 2300 ton dla Zadania nr 1 i nr 2, albo całkowita rezygnacja z poza cenowego kryterium oceny ofert.

W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego zarzutów dotyczących postanowień zawartych w projekcie umowy stwierdził, że zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w

sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353¹ Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia umowy naruszają zasady współżycia społecznego poprzez naruszenie równowagi stron umowy i nadmierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym. Nadto podniósł, że w §13 ust. 5 Wzoru umowy w Zadaniu nr 1 i nr 2, Zamawiający przewidział możliwość obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku niedotrzymania przewozu zadeklarowanej minimalnej masy węgla energetycznego ustalonej zgodnie z zadeklarowaną w formularzu ofertowym minimalną masą Przesyłki Pociągowej. Odwołujący kwestionuje dopuszczalność przedmiotowego postanowienia w zakresie, w jakim nie uwzględnia ono, iż do obniżenia masy ładunku może dojść z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy, a wynikających w szczególności - z załadunku mniejszej masy węgla przez Nadawcę.

Zwrócił uwagę, iż Wykonawca w ramach umowy odpowiedzialny jest jedynie za terminowe podstawienie odpowiedniego składu w celu załadunku węgla, natomiast za samą czynność, a także za zapewnienie wymaganej masy do załadunku odpowiada Nadawca. Wykonawca nie może zatem ponosić odpowiedzialności za zaistnienie okoliczności, na które nie ma on wpływu, a które mogą skutkować obniżeniem masy Przesyłki Pociągowej w stosunku do wartości zadeklarowanej. Zasadne jest zatem, ograniczenie możliwości obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy, jedynie do takich przypadków nie dostarczenia wymaganej minimalnej ilości węgla, które wynikły z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Podniósł także, iż w §16 ust. 1 i 2 Wzoru umowy dla Zadania nr 1 i nr 2, Zamawiający bezzasadnie różnicuje sytuacje, w których do niedotrzymania Miesięcznego Harmonogramu, dochodzi z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy i po stronie Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca DB Schenker Rail Polska S.A., ul. Wolności 337, 41-800 Zabrze, który pomimo prawidłowego doręczenia informacji o terminie posiedzenia/rozprawy nie stawił się na rozprawę.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości. Podniósł między innymi, że ustalając kryteria oceny ofert, kierował się przede wszystkim własnymi potrzebami, zwracając jedynie uwagę, aby każdy wykonawca, który jest w stanie wykonać zamówienie, był równo traktowany. Stwierdził, że wagony - o wymaganych przez Zamawiającego parametrach - mogą zostać zakupione (czy też wdzierżawione lub wzięte w

leasing) przez każdego wykonawcę ubiegającego się o realizację przedmiotowego zamówienia. Jak przykład mający uzasadniać ustalone kryteria oceny podał, że w sytuacji przewozu jednym składem maksymalnej ilości węgla o ładowności 2800 t niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia w ilości 3.600.000 t (Zadanie 1), wynosi ok. 1286 składów, a przy ładowności składów, którymi dotychczas realizowane są przewozy w wysokości 2400 ton wynosi ok. 1500. W efekcie powoduje to zmniejszenie o około 214 składów węgla dla zrealizowania przedmiotu zamówienia.

Nadto podał, że zastosowanie kryterium oceny ofert jakim jest masa Przesyłki Pociągowej jest związane z obiektywnymi - organizacyjnymi - potrzebami leżącymi po stronie Zamawiającego (takimi jak trwałe wyłączenie torów, czy prace inwestycyjne, które niejako wymuszają zmniejszenie liczby składów). Ma to jednak również bezpośredni związek z ekonomicznymi interesami Zamawiającego (pozwala mu bowiem na ograniczenie szerokorozumianych kosztów związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia).

Jednocześnie odnosząc się do różnicowania masy przesyłki Pociągowej dla Zadania nr 1 (tj. 2800 ton) i dla zadania nr 2 (tj. 2300 ton) wyjaśnił że wynika to z uwarunkowań lokalnych jakie panują na Śląsku. W kopalniach śląskich występują ograniczenia maksymalnego dopuszczalnego nacisku na oś wagonu do 20 t. Ponieważ Zamawiający założył realizację przewozów wagonami węglarkami 4-osioowymi oznacza to, że maksymalna masa brutto wagonu nie może przekraczać 80 ton ($4 \times 20 \text{ t} = 80 \text{ ton}$).). Chcąc zapewnić równy dostęp jak największej liczby wykonawców, a co za tym idzie uzyskać jak najkorzystniejszą cenę, Zamawiający zdecydował, że górna granica kryterium K2 - MASA PRZESYŁKI POCIĄGOWEJ będzie wynosić 2300 ton.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących sformułowań postanowień umowy stwierdził, że są one nie uzasadnione, a postanowienia § 13 ust. 5 Wzoru umowy dla Zadania nr 1 i nr 2 - wbrew twierdzeniom Odwołującego - nie naruszają zasad współżycia społecznego.

Stwierdził, że 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.

Nadto podniósł, że w świetle § 23 ust. 1 projektu umowy, strony (a co za tym idzie również wykonawca) nie ponoszą odpowiedzialności w przypadku wystąpienia zdarzenia, mającego cechy „siły wyższej”, które uniemożliwia wykonanie zobowiązań wynikających z umowy. W związku z powyższym zakres ewentualnej odpowiedzialności wykonawcy wynikający z § 13 ust. 5 będzie miał bardzo ograniczony (marginalny) zakres.

Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego wykonawca Freightliner PL Sp. z o.o., ul. Jasna 15, 00-003 Warszawa, poparł stanowisko Zamawiającego co do prawidłowości i zgodności z ustawą Pzp postanowień SIWZ i wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Zarzuty odwołanie nie znalazły potwierdzenia i wobec tego odwołanie zostało oddalone.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej na postanowienia SIWZ. Odwołujący jest podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia oraz kryterium oceny ofert przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Na tym etapie postępowania - odwołania od treści postanowień SIWZ, interes we wniesieniu odwołania obejmuje krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu dostępu do złożenia oferty i obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę, mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcę mogącego wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum.

Odwołujący kwestionując treść postanowień SIWZ podniósł dwa /dwie grupy/ zarzuty. Zarzut pierwszy dotyczył nieprawidłowego ustalenia kryterium oceny ofert poprzez ustalenie iż dla przewozu węgla do elektrowni Kozienice z kopalni węgla w Bogdance najwyższą punktację w kryterium masy Przesyłki Pociągowej otrzyma ten wykonawca, który zadeklaruje iż masa Przesyłki Pociągowej w jednym składzie, objętym jednym listem przewozowym nie będzie niższa niż 2 800 ton węgla. Ponadto Zamawiający ograniczył maksymalną długość składu pociągu (wagony + lokomotywa) do 610 metrów.

Zauważenia wymaga także fakt, że dla oceny ofert zostało w SIWZ ustalone kryterium składające się z dwóch elementów oceny, tj. z ceny (waga 88%) i kryterium całkowitej masy przesyłki (waga 12%).

Izba odnosząc się do stanowisk zaprezentowanych przez strony i przystępującego w zakresie tego zarzutu stwierdza, że brak jest podstaw, aby uznać, że takie ustalenie kryteriów oceny ofert narusza zasady uczciwej konkurencji jak i możliwość złożenia Odwołującemu konkurencyjnej oferty.

Odnosząc się do stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego jakoby nie było żadnych przeszkód czy ograniczeń, aby Odwołujący skompletował wymagana ilość – w

zakresie zadania pierwszego 700 sztuk wagonów, gdyż wagony - o wymaganych przez Zamawiającego parametrach - mogą zostać zakupione (czy też wdzierżawione lub wzięte w leasing) przez każdego wykonawcę ubiegającego się o realizację przedmiotowego zamówienia, zdaniem Izby jest stanowiskiem gołosłownym prezentowanym tylko na użytek obrony swojego stanowiska w tym postępowaniu. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał jakoby również inni wykonawcy poza Freightliner PL Sp. z o.o., taką ilością wagonów, po pierwsze dysponowali, a po drugie, mieli realną możliwość na czas realizacji tego zamówienia oddania ich w dzierżawę czy leasing.

Jednakże zauważyć należy, że kryterium całkowitej masy Przesyłki Pociągowej nie jest kryterium granicznym lecz ocenianym. Tym samym każdy wykonawca, który zaoferuje mniejszą ilość masy węgla w jednym składzie pociągu ma po pierwsze możliwość złożenia ważnej oferty i po drugie ma możliwość skutecznego konkutowania z wykonawcami ceną dostawy(waga 88%). W sposób niewątpliwy ustalono, że jedynym wymogiem co do wagonów węglarek – poza ich maksymalnym ciężarem brutto jest wymóg aby był to wagon-węglarka czteroosiowa(pkt 6.2.1.1 SIWZ). Tym samym wykonawca może w jednym składzie umieścić wagony o różnej pojemności tak, aby stosowanie do posiadanych możliwości utworzyć składy, które będą w stanie przewozić odpowiednio dużą masę węgla.

Niekwestionowany przez Odwołującego jest również fakt, że posiada on w swojej dyspozycji (według katalogu PKP Cargo) wagony Eanos o ładowności dopuszczalnej 69 i 68 ton mogące w jednym składzie o długości 610 m przewieźć przesyłkę węgla o masie ok. 2800 ton netto. Natomiast przystępujący Freightliner PL Sp. z o. o. stwierdził, że w oparciu o ogólnodostępne katalogi Odwołującego można stwierdzić, że dysponuje on zarówno lokomotywami mogącymi ciągnąć skład o długości 42 wagonów, jak i wagonami, które wraz z lokomotywą nie przekraczają 610m i mogą przewieźć jednorazowo 2856 ton węgla.

Odwołujący w tym zakresie stwierdził iż nie posiada wymaganych 700 sztuk takich wagonów – czego jednak w żaden sposób nie wykazał. Zauważyć należy również – co wykazał Zamawiający iż gdyby przyjąć że jeden z wykonawców zaoferuje przewóz węgla o masie składu 2800 ton netto, a drugi tylko 2300 ton to różnica punktacji w kryterium będzie niższa tylko o ok. 2%. Zauważyć należy, że różnica ta przy zestawieniu składów na poziomie np. 2400, 2500, 2600 czy przy 2700 ton będzie zdecydowanie niższa i może zostać zredukowana w kryterium cenowym, gdzie waga kryterium wynosi 88%.

Za zasadne zdaniem Izby należało uznać powody zastosowania przez Zamawiającego takiego kryterium oceny ofert. Otóż poza sporem pomiędzy stronami był fakt, że bocznicę kolejową elektrowni Kozienice, ze względu na budowę nowego dużego bloku energetycznego będą podlegały przebudowie i tym samym wyłączeniem z eksploatacji. Dlatego też za ważne zarówno dla Zamawiającego jak i samej elektrowni należy uznać oczekiwanie iż w postępowaniu należy wyłonić wykonawcę, który dostarczy

niezbędny do pracy elektrowni węgiel, jak najmniejszą liczbą składów pociągów. Trudno odmówić także racji Zamawiającemu, że zwiększenie masy węgla w składach pociągów spowoduje zmniejszenie ich liczby, a to w oczywisty sposób przełoży się na koszty ponoszone przez Zamawiającego. Przykładowo za Zamawiającym należy wskazać, że szacunkowa ilość składów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia w ilości 3.600.000 t (Zadanie 1), przy użyciu składów o ładowności 2800 t wynosi ok. 1286, a przy ładowności składów, którymi dotychczas realizowane są przewozy w wysokości 2400 ton wynosi ok. 1500. W efekcie powoduje to zmniejszenie o około 214 składów węgla do zrealizowania przedmiotu zamówienia. Przyniesie to wymierne oszczędności Zamawiającemu, gdyż zmniejszenie w każdym dniu dostawy o 1 skład w konsekwencji spowoduje zmniejszenie o około 9000 (214×42 wagonów = 8988) operacji wyładunkowych na wywrotnicy wagonowej, dając oszczędności w zużyciu energii elektrycznej, zmniejszeniu zużycia się eksploatacyjnego wywrotnicy, zmniejszenie zużycia oleju napędowego przez lokomotywę trakcyjną na bocznicach, zmniejszenie kosztu czasu przebywania wagonów w dyspozycji Zamawiającego, itd.

Ponadto w tym zakresie stwierdzić należy, że podwyższona ładowność węglarek jest cechą charakterystyczną wszystkich wagonów węglarek typu nowszego, zaadaptowanych do użytkowania na zmodernizowanych liniach kolejowych. Dlatego też, zdaniem Izby, taki trend należy uznać za zasadny i wykonawca, chcący uczestniczyć w pozyskiwaniu zamówień na tego typu rynku dostaw, winien zmierzać w kierunku unowocześnienia swojego taboru, a nie dążyć do narzucania Zamawiającym takiego opisywania warunków udziału czy kryteriów oceny ofert, aby mógł na równych zasadach z podmiotami dysponującymi nowoczesnym taborem wagonów, wykorzystywać swój przestarzały tabor.

W zakresie ustalenia w zadaniu 2 wagi kryterium całkowitej masy przesyłki na poziomie 2300 ton, będącej podstawą do liczenia punktacji w tym kryterium, Izba uznała za zasadny. Odwołujący wykazał, że tylko w kopalniach JSW możliwy jest załadunek węgla do składu o masie 2600 – 2700 ton. Natomiast dostawy węgla będą następowały z trzech śląskich kopalń w tym również z KW i KHW, gdzie te wielkości są niższe niż w kopalniach JSW, czego Odwołujący za pomocą dowodu skutecznie nie zanegował.

Ponadto Izba stoi na stanowisku, że nie jest rolą wykonawcy w postępowaniu, aby przy pomocy środków ochrony prawnej próbować narzucać Zamawiającemu kryteria oceny ofert, przy pomocy których Zamawiający będzie dokonywał wyboru najkorzystniejszej oferty. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania, on odpowiada zarówno za prawidłowe wykonanie zamówienia jak i racjonalne wydatkowanie środków publicznych i tym samym to on ma prawo ustalać warunki udziału w postępowaniu i kryteria oceny ofert, aby dokonać wyboru wykonawcy który da należyłą rękojmię wykonania zamówienia. Ograniczeniem w tym zakresie jest tylko związanie ustalonego kryterium oceny i warunków udziału w

postępowaniu z przedmiotem zamówienia oraz zachowanie zasad uczciwej konkurencji. Naruszeń w tym zakresie w tym postępowaniu, Izba nie stwierdziła.

W drugim zarzucie Odwołujący wykazywał, że zawarte postanowienia umowne naruszają równowagę stron w tym postępowaniu w szczególności poprzez zapewnienie sobie przez Zamawiającego nakładania kar umownych na wykonawcę w sytuacji kiedy niewykonanie czy niewłaściwe wykonanie zamówienia nie będzie z jego winy.

Izba oceniając stanowiska stron oraz treść kwestionowanych zapisów stwierdza, że brak jest podstaw do przyjęcia, że przy dochowaniu przez wykonawcę należytej staranności i profesjonalizmu w działaniu, będzie istniało znaczne ryzyko niewykonania zamówienia i tym samym zapłaty kar umownych. Zauważyć należy za Zamawiającym, że w świetle § 23 ust. 1 projektu umowy, *wykonawca nie poniesie odpowiedzialności w przypadku wystąpienia zdarzenia, mającego cechy „siły wyższej”, które uniemożliwia wykonanie zobowiązań wynikających z umowy.* W świetle projektu umowy, za siłę wyższą uznaje się zdarzenie zewnętrzne niemożliwe do przewidzenia i niemożliwe do zapobieżenia. Powyższe oznacza, że zakres pojęciowy siły wyższej został w SIWZ zakreślony bardzo szeroko i może obejmować również działania osób trzecich tj. nadawcy. Poza tym, zdaniem Izby brak jest przeciwwskazań zarówno prawnych jak i umownych, aby np. wykonawca zamówienia zawarł z dostawcą węgla – Kopalnią, odpowiednie porozumienie co do uczestnictwa swojego przedstawiciela w procesie załadunku węgla, celem bieżącego interweniowania na powstające nieprawidłowości w załadunku odpowiedniej masy węgla, a także ewidencjonowania i dokumentowania takich sytuacji, celem wykazania Zamawiającemu przyczyn ich wystąpienia. Zauważenia w tym zakresie wymaga także § 5 ustęp 2 pkt 2.1 i 2.2 wzoru umowy, gdzie wskazano, że umowy pomiędzy Zamawiającym a Kopalnią umożliwiają dostawcom węgla zawarcie tzw. umów bocznicowych, to jest umów regulujących zasyp węgla pomiędzy kopalnią, a przewoźnikiem.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia zasady swobody stron w kształtowaniu postanowień umowy za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 lut 2015 sygn. akt: XXIII Ga 924/14 stwierdzić należy, że *w odniesieniu do zamówień publicznych zasada swobody umów i równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu. Uprzywilejowana pozycja Zamawiającego sprawia, że w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie istnieje równowaga stron postępowania. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów p.z.p., które zastrzegają określone uprawnienia dla zamawiającego, m.in. w świetle p.z.p. treść oferty złożonej przez wykonawcę musi być podporządkowana specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyznaczanych przez zamawiającego. To zamawiającemu przyznano prawo do decydowania o istotnych postanowieniach umowy, która zostanie zawarta w drodze przetargu publicznego, co czyni go niewątpliwie stroną silniejszą.*

Zauważyć należy, że przewaga zamawiającego, która wynika z jego działania w interesie publicznym powoduje, że charakter umowy o zamówienie publiczne może być przyrównywany do umów adhezyjnych”.

Podobnie wypowiedział się również w tej kwestii Sąd Apelacyjny w Poznaniu który w wyroku z dnia 11 września 2008 r. (sygn. akt I ACa 544/08) stwierdził, że *„Z wyrażonej w art. 353¹ k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Nie ekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga, więc co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron.”* Natomiast Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08) stwierdził, że *„Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoim 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”.*

Również linia orzecznicza KIO w tym zakresie stoi na stanowisku, że zasada równości stron umowy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego po stronie wykonawcy jawi się w szczególności tym, że ma on prawo swobodnej decyzji czy weźmie udział w postępowaniu, czy też nie. Zgodnie z art 353¹ k.c. *strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego.* Nie może zatem wykonawca kwestionować projektu umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla niego. Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez Zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z tak sformułowanej umowy w sprawie zamówienia. Nadto wykonawcy mogą kontrolować przebieg postępowania korzystając ze środków ochrony prawnej. Tym samym to nie Zamawiający jest wyłącznym podmiotem uprawnionym i zobowiązanym do ukształtowania przyszłego stosunku, ale również wykonawcy. Nie akceptując postanowień umownych wykonawca może wycofać się w każdym czasie przed złożeniem oferty z udziału w postępowaniu (podobnie wyroki KIO sygn. akt KIO 2591/13, KIO 2149/13, KIO 2152/13, KIO 2157/13, KIO 2161/13).

W świetle powyższych ustaleń przedstawiony w odwołaniu zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 5 kc, jakoby określenie postanowień umownych naruszało zasady współżycia społecznego zdaniem Izby jest nadinterpretacja tego przepisu. Artykuł 5 Kodeksu Cywilnego zawiera klauzulę generalną nadużycia prawa podmiotowego i stanowi iż *„Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.”*.

Należy podkreślić, że zgodnie ze stanowiskiem doktryny oceny czy doszło do nadużycia prawa w rozumieniu art. 5 KC może dokonać jedynie sąd powszechny. W orzecznictwie utrwaliła się ponadto **zasada powściągliwego** i ostrożnego wykorzystywania art. 5 KC. Sąd Najwyższy w niepublikowanym wyroku z dnia 22.11.1994 r. (II CRN 127/94) podkreślił, iż *„istotą prawa cywilnego jest strzeżenie praw podmiotowych, a zatem wszelkie rozstrzygnięcia prowadzące do redukcji bądź unicestwienia tych praw wymagają z jednej strony, ostrożności, a z drugiej bardzo wnikliwego rozważenia wszystkich aspektów rozpoznawanego przypadku”*. Tym samym powoływanie się na ten przepis kc w sytuacji, kiedy wykonawca zmierza do ukształtowania stosunku zobowiązaniowego w wygodny dla siebie sposób nie może być poczytane za naruszenie przez Zamawiającego prawa podmiotowego Odwołującego, czy też zasad współżycia społecznego.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Izba uznaje, że Odwołujący może złożyć ważną ofertę i skutecznie konkurować w tym postępowaniu z innymi wykonawcami.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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