

**Sygn. akt KIO 2037/16**

**Sygn. akt KIO 2039/16**

**WYROK**

**z dnia 14 listopada 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 października 2016 r. przez wykonawcę Nasycalnia Podkładów w Czeremsze sp. z o.o. w Czeremsze oraz w dniu 27 października 2016 r. przez wykonawcę Track Tec Lipa sp. z o.o. w Zaklikowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie

przy udziale wykonawcy Track Tec Lipa sp. z o.o. w Zaklikowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2037/16

**orzeka:**

1. oddala odwołania;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Nasycalnia Podkładów w Czeremsze sp. z o.o. w Czeremsze oraz wykonawcę Track Tec Lipa sp. z o.o. w Zaklikowie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców Nasycalnia Podkładów w Czeremsze sp. z o.o. w Czeremsze oraz Track Tec Lipa sp. z o.o. w Zaklikowie tytułem wpisów od odwołań.
  - 2.2. zasądza od wykonawcy Nasycalnia Podkładów w Czeremsze sp. z o.o. w Czeremsze na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie kwotę 3.600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie o sygn. akt KIO 2037/16;

2.3. zasądza od wykonawcy Track Tec Lipa sp. z o.o. w Zaklikowie na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie kwotę 3.600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie o sygn. akt KIO 2039/16.

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

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt KIO 2037/16**

**Sygn. akt KIO 2039/16**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa w latach 2017 i 2018 podkładów i podrozdnic drewnianych kolejowych. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 15 października 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 200-361283.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej SIWZ, którą zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej 17 października 2016 r. odwołania wnieśli wykonawcy Nasycalnia Podkładów w Czeremsze sp. z o.o. w Czeremsze oraz Track Tec Lipa sp. z o.o. w Zaklikowie. Wykonawcy zachowali obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

#### **Odwołanie wniesione przez Nasycalnię Podkładów w Czeremsze sp. z o.o. w Czeremsze (KIO 2037/16):**

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 30 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) ustawy przez określenie na str. 7 SIWZ w ust. 4 pkt 3) Szczegółowych wymagań technicznych dla podkładów i podrozdnic w sposób sprzeczny z wymogami przywołanego wyżej przepisu i wprowadzenie w tej części SIWZ treści: „3) Głębokość przesycenia drewna i wielkość pochłonięcia oleju impregnacyjnego powinny być zgodne z wymaganiami normy PN-D-95014:97 Nawierzchnia kolejowa - Sosnowe, dębowe i bukowe materiały drzewne nawierzchni kolejowej nasycone olejem impregnacyjnym”, pomimo, że przywołana wyżej norma PN-D-95014:97 nie przenosi norm europejskich, ani też norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie wbrew kategoriycznym wymogom wynikającym z powyższych przepisów;

2. art. 29 ust. 2 ustawy przez wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia wymogu stosowania lokalnych norm technicznych nieznanymi na rynku europejskim i nieprzenoszonych norm europejskich, który to opis przedmiotu zamówienia - abstrahując od tego, że jest całkowicie niezrozumiały - może także utrudniać uczciwą konkurencję, ze względu na to że Polska Norma PN 83-C-97023, (do której odsyła norma PN-D- 95014:97) została opracowana i ustanowiona nie tylko przed przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej, ale przede wszystkim w okresie, w którym rynek wyrobów, których dostawę obejmuje zamówienie, był zdominowany przez jednostki gospodarki uspołecznionej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności sporządzenia i opublikowania SIWZ uwzględniającej normy spełniającej kryteria określone w art. 30 ust. 1 pkt 2 Pzp to jest w konkretnym przypadku normy niemieckiej DIN 68811 (stanowiącej także normę europejską), której zastosowanie prowadzi do najlepszej z punktu widzenia interesu publicznego, realizacji zamówienia i która to norma spełnia także kryteria określone w art. 30 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp;

ewentualnie

2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności sporządzenia i opublikowania SIWZ.

Odwołujący wnoszą również o rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów postępowania wg norm przepisanych.

Wykonawca Track Tec Lipa sp. z o.o. w Zaklikowie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu przystąpienia wywodził, że stanowisko odwołującego motywowane jest tym, że sam produkuje podkłady na rynki zachodnie, gdzie obowiązują niższe parametry nasycenia i retencji oleju, zatem uwzględnienie odwołania da odwołującemu korzystniejszą pozycję w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W piśmie z 9 listopada 2016 r. odwołujący powołał dodatkową argumentację oraz zmodyfikował podstawowe żądanie odwołania. Wnosił o nakazanie zamawiającemu zmiany SIWZ tak, aby pominięta została norma PN-D-95014:1997 oraz uwzględniona norma PN-EN-12490 wraz z normą DIN 68811 (stanowiącą stosowaną normę europejską), które to normy – zdaniem odwołującego – spełniają kryteria określone w art. 30 ust. 1 pkt 2 lit b) Pzp i których zastosowanie prowadzi do najlepszej realizacji zamówienia, z punktu widzenia interesu publicznego.

**Odwołanie wniesione przez Track Tec Lipa sp. z o.o. w Zaklikowie (sygn. akt KIO 2039/16):**

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia i sposobu wyboru oferty w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwa konkurencie w szczególności przez:

1) premiowanie wykonawców, którzy w procesie impregnacji zastosowali do nasycania podkładów/podrozdnic olej impregnacyjny kreozotowy gatunku C, przez udzielenie preferencji procentowych 4% (4 pkt na 100) dla wykonawców stosujących ten olej (w rozdziale XIX pkt 10 SIWZ, rozdziale XX pkt 1 SIWZ i rozdziale XXI pkt 3 SIWZ), tym samym zapis ten stanowi naruszające uczciwa konkurencję kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty, ponieważ w oczywisty sposób dyskryminuje wykonawców, którzy w procesie nasycania stosują olej kreozotowy gatunku B - olej równoważny i dopuszczony do stosowania na równi z olejem gatunku C.

2) naruszenie art.353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp przez uregulowanie dostaw podstawowych i dostaw opcjonalnych określonych w rozdziale II pkt 2 w poszczególnych zadaniach niezgodnych z zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami w sposób, który przerzuca całość ryzyka gospodarczego na wykonawcę:

a) ustalenie poziomu opcji na poziomie 30% wartości zamówienia podstawowego każdego z zadań i nieuregulowanie prawa ustalenia uruchomienia prawa opcji o obiektywne przesłanki, bez konieczności wcześniejszego powiadomienia wykonawcy o skorzystaniu z prawa opcji a jedynie w wyniku arbitralnej decyzji Zamawiającego (§ 2 umowy);

b) uzależnienie zakończenia dostaw w roku 2017 (w rozdziale V SIWZ ) od konkretnego terminu, nie zaś od faktycznego podpisania umowy pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, (§ 3 pkt 4 umowy) co powoduje narażenie wykonawcy na niewykonanie umowy w terminie;

c) zastrzeżenie możliwości ograniczenia dostaw podstawowych przewidzianych dla danego zadania, przy czym łączna wartość nie może być większa niż 20% łącznej kwoty dostaw podstawowych przewidzianych odpowiednio dla danego zadania w danym roku( § 1 pkt 3 Umowy) bez podania obiektywnych przesłanek skorzystania z tej możliwości powodując stratę u wykonawcy w wyniku arbitralnej decyzji zamawiającego;

d) wyznaczenie zbyt krótkiego terminu dostawy opcjonalnej „nie krótszego niż 20 dni” od dnia zgłoszenia wykonawcy przedmiotowego zamówienia bez konieczności wcześniejszego

powiadomienia wykonawcy (§ 2 pkt 6 umowy) co powoduje narażenie wykonawcy na niewykonanie umowy w terminie.

Odwołujący zarzucił, że kwestionowane w tym punkcie wymagania w połączeniu z zastrzeżonymi karami umownymi określonymi w § 12 umowy powodują, że wykonawca nie ma możliwości w sposób prawidłowy złożenia oferty z uwagi na niemożliwe do przewidzenia ryzyko wykonawcy, co utrudnia w znaczny sposób skalkulowanie ceny w ofercie.

3) przez żądanie przez zamawiającego w rozdziale III pkt 3 SIWZ zamiast dokumentów wskazanych w rozdziale III ust 2 pkt 2 (dopuszczenie w ramach procedury SMS-PW-17) wymagane jest przedłożenie Deklaracji Zgodności z odpowiednimi dokumentami odniesienia tj. normą PN-EN 13145:2002 (ze zm. W 2012 r) Kolejnictwo-Tor-Podkłady i podrozdajdnice drewniane, podczas gdy szczegółowe wymagania techniczne dla podkładów i podrozdajdnic ( rozdziale 11 punkt 4 1 wymagają stosowania 3 norm : PN-EN 13145:2002 (ze zm. w 2012 r.), PN-EN 13991:2004 dotyczącej oleju impregnacynego i PN-D-95014:1997 dotyczącej stopnia nasycenia oleju w drewnie

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu zmian w zarzucanych punktach zarzutów przez doprecyzowanie zapisów SIWZ lub wprowadzenie nowych postanowień przez:

a) (AD zarzut nr 1 ) usunięcie z SIWZ Kryterium oceny - z rozdziału XIX pkt. 10 SIWZ, z rozdziału XX pkt 1 SIWZ i rozdziału XXI pkt 3 SIWZ kryterium Zastosowanego oleju Impregnacynego tj. gatunku oleju (C) (4pkt), jako kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty dla wykonawców którzy do impregnacji zastosowali olej impregnacynny kreozotowy gatunku C;

b) (AD Zarzut nr 2a i 2d) wprowadzenie w § 2 pkt 3 umowy i w rozdziale II pkt 2 SIWZ w każdym zadań dodatkowego zapisu o treści: „Zamawiający chcący skorzystać z prawa opcji informuje wykonawcę z 3 miesięcznym wyprzedzeniem o potrzebie skorzystania z prawa opcji i przewidywanym zakresie dostaw opcjonalnych”;

c) (AD Zarzut nr 2b) wprowadzenie w § 3 pkt 4 umowy terminu zakończenia dostaw w 2017 r. minimalnie w ciągu 6 miesięcy dla dostaw drewna miękkiego i 8 miesięcy dla dostaw drewna twardego od dnia podpisania umowy;

d) (AD Zarzut nr 2c) Wprowadzenie do § 1 pkt 3 Umowy postanowienia: "Zamawiający poinformuje wykonawcę najpóźniej z 3 miesięcznym wyprzedzeniem przed zakończeniem terminu dostawy o ograniczeniu dostaw wraz z podaniem zakresu ograniczenia dostaw podstawowych

e) Dodanie w rozdziale III punkt 3 wymagania przedłożenia Deklaracji Zgodności z normami PN-EN 13991:2004 dotyczącej oleju impregnacynego i PN-D-95014:1997 dotyczącego stopnia nasycenia oleju w drewnie.

Odwołujący żądał również przeprowadzenia dowodów z dokumentacji postępowania i pism wykonawców w sprawie oraz zasądzenia na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że odwołania nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie.

Odwołujący w sprawie KIO 2037/16 podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Przystępujący rozszerzył wcześniejszą argumentację w piśmie.

Odwołujący w sprawie KIO 2039/16 ograniczył podstawy zaskarżenia i w tym zakresie żądał uwzględnienia odwołania.

Zamawiający wnosił o oddalenie obu odwołań. Powoływał się na zmianę SIWZ dokonaną 8 listopada 2016 r.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba rozpoznała odwołanie na podstawie stanu prawnego obowiązującego po wejściu w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Stosownie bowiem do art. 16 ust. 1 tej ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Obaj odwołujący jako wykonawcy zainteresowani zamówieniem są uprawnieni do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. W interesie odwołujących się wykonawców jest wyeliminowanie postanowień SIWZ, które ich zdaniem naruszają prawo. Szkoda odwołujących polega na utrudnieniu możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia.

Brzmienie kwestionowanych wymagań SIWZ nie jest sporne. Postanowienia SIWZ, w tym wymagania wzoru umowy zostały przywołane przez odwołujących zgodnie z ich brzmieniem, zatem ich powielanie jest zbędne.

**Odwołanie wniesione przez Nasycalnię Podkładów w Czeremsze sp. z o.o. w Czeremsze (KIO 2037/16):**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wstępnie niezbędne jest przypomnienie, że Krajowa Izba Odwoławcza stosownie do art. 172 w zw. z art. 180 ust. 1 Pzp rozpoznaje odwołania od czynności zamawiającego niezgodnej z przepisami ustawy lub odwołanie wniesione wobec zaniechania przez zamawiającego czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy. Kognicja Izby ustalona jest ściśle w przepisach ustawy.

Badając zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia Izba może zatem oceniać, czy zamawiający opisując przedmiot zamówienia dokonał tej czynności z poszanowaniem art. 29-31 Pzp. Innymi słowy, w granicach określonych w odwołaniu Izba może badać, czy przedmiot zamówienia został opisany jednoznacznie i wyczerpująco, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń (art. 29 ust. 1), czy wymagania zamawiającego nie utrudniają uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 2 Pzp), czy przy opisie zostały zachowane wymagania przedmiotowe (art. 30-31 Pzp) oraz czy zamawiający zachował zasady udzielania zamówień publicznych.

Oceniając zarzuty odwołania Izba stosuje kryterium legalizmu, gdyż bada czynności lub zaniechania zamawiającego wyłącznie pod kątem zgodności z przepisami ustawy. Do oceny wartości technicznej, znaczenia dla środowiska lub zdrowia ludzkiego norm, specyfikacji technicznych, czy systemów referencji technicznych powołanych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia uprawnione są inne organy.

Odwołujący znaczącą część swojej argumentacji oparł na polemice z polską normą PN 95014:1997. Powoływał, że z racji przyjęcia w roku 1983 Polskiej Normy PN 83-C-97023, do której odsyła norma PN-D-95014:97, ta ostatnia nie odpowiada realiom obecnego ustroju gospodarczego, jest przestarzała, a przewidziane w niej parametry dotyczące głębokości pochłaniania i retencji oleju są szkodliwe dla środowiska.

Powołana argumentacja nie ma znaczenia dla rozpoznania odwołania. W granicach kognicji Izby dopuszczalne jest badanie po pierwsze, czy dana norma obowiązuje w polskim porządku prawnym, po drugie, czy jej zastosowanie do opisu wymagań zamawiającego jest prawnie dopuszczalne z uwagi na porządek preferencji wynikający z art. 30 ust. 1 pkt 2 Pzp. W kompetencjach Izby nie mieści się aksjologiczna lub techniczna ocena norm, czy specyfikacji technicznych.

Nie jest sporne, że norma PN 95014:1997 nie została uchylona i funkcjonuje w obrocie prawnym. Istota sporu sprowadzała się zatem do ustalenia, czy zamawiający był uprawniony do tego, by odwołać się do tej normy przy opisie przedmiotu zamówienia.

Rozważenie stanowisk stron i uczestnika oraz analiza dokumentów załączonych do pisma odwołującego z 9 listopada 2016 r. doprowadziła Izbę do przekonania, że opis



wymagań zamawiającego dotyczący głębokości przesylenia drewna i wielkość pochłonięcia oleju impregncyjnego przez odwołanie się do normy PN 95014:1997 nie narusza prawa.

Nowelizacja ustawy z 22 czerwca 2016 r., która weszła w życie 28 lipca 2016 r., przyniosła zmianę art. 30 Pzp. Przepis ten w obecnym brzmieniu w ust. 1 pkt 2 stanowi, że zamawiający opisuje przedmiot zamówienia, z uwzględnieniem odrębnych przepisów technicznych przez odniesienie się w kolejności preferencji do:

- a) Polskich Norm przenoszących normy europejskie;
- b) norm innych państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie.

Natomiast art. 30 ust. 3 pkt 1 Pzp stanowi, że zamawiający może uwzględnić Polskie Normy w przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie, norm innych państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie oraz pozostałych dokumentów odniesienia wskazanych w art. 30 ust. 1 pkt 2 Pzp .

Wyniki postępowania odwoławczego doprowadziły Izbę do przekonania, że w zakresie głębokości przesylenia drewna i wielkość pochłonięcia oleju impregncyjnego nie istnieje Polska Norma przenosząca normy europejskie, ani norma innego państwa Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenosząca normy europejskie.

W ocenie Izby kwestia ta jest w zasadzie bezsporna. Odwołujący charakteryzując na rozprawie zakres poszczególnych norm oświadczył, że „Nikt nie pochylił się jednak nad zagadnieniem jaka powinna być retencja oleju na 1 m<sup>3</sup> drewna”.

Żadna z norm powoływanych przez odwołującego nie wskazuje ilości pochłoniętego oleju na 1m<sup>3</sup> drewna. Jeśli punktem odniesienia miałyby być – jak chciałby tego odwołujący – norma PN-EN-12490, nie byłoby potrzeby odwoływania się do normy DIN 68811, a tego odwołujący konsekwentnie się domagał. Norma ta (norma niemiecka DIN 68811) nie jest normą innego państwa Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszącą normy europejskie. Skoro normy przenoszące normy europejskie oznaczane w określony sposób, wskazujący na przenoszenie norm europejskich (dodatek EN do oznaczenia kraju), to samo przywołanie w treści normy DIN 68811 norm europejskich lub norm przenoszących normy europejskie nie czyni z niej normy przenoszącej normy europejskie.

Izba uwzględniła również, że sam odwołujący oświadczył na rozprawie, że norma DIN 68811 jest normą lokalną.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zamawiający był uprawniony do tego, aby opisując wymagania co do głębokości przesylenia drewna i wielkości pochłonięcia oleju impregncyjnego odwołać się do obowiązującej normy PN 195014 i nie naruszył art. 30 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący nie wykazał na czym miałyby polegać naruszenie konkurencji przez ustalenie tego wymagania, w związku z czym Izba uznała zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp za niepotwierdzony. Trudno uznać za godzące w prawa wykonawców zagranicznych dopuszczone przepisami ustawy odwołanie się zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia do obowiązującej polskiej normy.

Kwestia braku jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia wynikająca z odwołania się przez zamawiającego do kilku obowiązujących norm nie była podniesiona w odwołaniu i Izba nie uwzględniła jej przy orzekaniu (art. 192 ust. 7 Pzp).

Dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania całkowicie nieprzydatny okazał się wnioskowany przez odwołującego i przeprowadzony na rozprawie dowód z przesłuchania Prezesa odwołującego w charakterze strony. Przesłuchiwany wyraził wyłącznie ocenę, co do tego, które normy powinny opisywać przedmiot zamówienia, podczas gdy celem dowodu jest ustalenie okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia (art. 190 ust. 1 Pzp).

**Odwołanie wniesione przez Track Tec Lipa sp. z o.o. w Zaklikowie (sygn. akt KIO 2039/16):**

Odwołujący wycofał zarzuty opisane w pkt 1, 2c i 3 odwołania.

Izba rozpoznała zatem zarzuty opisane w pkt 2a,b i d i stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zasadniczą przyczyną, dla której odwołanie zostało oddalone było to, że odwołujący swoje stanowisko oparł wyłącznie na oświadczeniach.

Samo powołanie się na ukształtowanie nieproporcjonalnych praw i obowiązków w ramach stosunku umownego nie narusza zasady swobody umów, o której mowa w art. 353<sup>1</sup> k.c. – konieczne jest wykazanie, iż nieproporcjonalność ta narusza konkretny przepis prawa, jest sprzeczna z naturą stosunku lub jej stopień przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego obowiązującego przy stosunkach danego rodzaju. Ograniczenie uprawnień podmiotowych (np. dowolnego ukształtowania treści stosunku zobowiązaniowego) w oparciu o klauzule generalne typu zasady współżycia społecznego, jak postuluje doktryna prawa cywilnego, powinno odbywać się w sposób możliwie niearbitralny, w oparciu i z uwzględnieniem wszelkich okoliczności danej sprawy, którym w świetle wypracowanych w doktrynie i orzecznictwie kryteriów przypisać można znaczenia dla kwalifikacji prawnej sprawy. W szczególności jednak samo abstrakcyjne odwołanie się do klauzul generalnych, bez jednoczesnego odniesienia do norm prawnych wynikających z

innych przepisów lub przynajmniej konkretnych i pewnych standardów wynikających ze stosunków danego rodzaju, należy uznać za niewystarczający normatywny wzorzec kontroli czynności prawnych.

Cykl produkcyjny podkładów i podrozdnic kolejowych nie jest wiedzą powszechnie dostępną, ani też Izba nie dysponuje nią z urzędu. Zatem odwołujący zarzucający zamawiającemu obciążenie go całym ryzykiem kontraktowym z tego powodu, że wymagania zamawiającego w zakresie terminów są niemożliwe do spełnienia, winien udowodnić postawione zarzuty. Tymczasem odwołujący oświadczył jedynie, że z uwagi na wymagania zamawiającego dotyczące realizacji dostaw (pierwsze z nich mają nastąpić w styczniu-lutym 2017 r.) oraz zakres prawa opcji i termin jego realizacji, jest przymuszany do wcześniejszego dokonania zakupów oraz zapewnienia możliwości realizacji prawa opcji, przed rozstrzygnięciem postępowania, bez gwarancji zakupów ze strony zamawiającego. Twierdzeń tych odwołujący nie uzasadnił, ani nie udowodnił, zwłaszcza wobec faktu, że rynek dostawców przedmiotu zamówienia jest bardzo ograniczony, a zamawiający cyklicznie dokonuje zakupów, w tym również od odwołującego.

Izba uznała racje zamawiającego, który wskazał na brak możliwości ustalenia początku biegu terminu na wykonanie dostaw z dniem zawarcia umowy w związku z obowiązującym go planem remontów oraz związanym z tym zamiarem ograniczenia czasu zamknięcia torów.

Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje postanowienia przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jeśli projektowane postanowienia nie odpowiadają wykonawcy może on nie składać oferty w postępowaniu. Jeśli wykonawca złoży ofertę, to kształtuje w niej część przyszłych postanowień umownych, przede wszystkim wysokość swego wynagrodzenia. Ustalając wysokość ceny oferty wykonawca może i powinien dostosować się do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić wszystkie obowiązki wynikające z wymagań zamawiającego oraz przewidywane ryzyko związane z wykonaniem umowy.

Prezentowany pogląd znajduje potwierdzenie w stanowisku sądów powszechnych. W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11) wskazano: „Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich

Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”.

Podobnie Sąd Okręgowy we Wrocławiu w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08) wywiódł, że: „Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353<sup>1</sup> k.c. statuującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę.”

Wywody te podsumowuje uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 września 2008 r. (sygn. akt I ACa 544/08). „Z wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga więc co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron.”

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji, wydając orzeczenie łączne na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł w każdej ze spraw, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....