

Sygn. akt: KIO 1157/12

WYROK
z dnia 20 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **Stadler Polska Spółka z o.o., ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Łódzka Kolej Aglomeracyjna Spółka z o.o., ul. Żeligowskiego 3/5, 90-752 Łódź** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa 20 sztuk zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania oraz projektowanie i budowa Zaplecza Technicznego w ramach projektu „Budowa systemu Łódzkiej Kolei Aglomeracyjnej”” (znak 1/ZP/0612/3330/2012)

przy udziale wykonawcy **Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. José Miguel Iturrioz, 26Apdo. De Correos, no 2 20200 Beasian (Guipúzcoa), Hiszpania** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego **Stadler Polska Spółka z o.o., ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Stadler Polska Spółka z o.o., ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od wykonawcy **Stadler Polska Spółka z o.o., ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce** na rzecz **Łódzka Kolej Aglomeracyjna Spółka z o.o., ul. Żeligowskiego 3/5, 90-752 Łódź** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 20 czerwca 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1157/12

Zamawiający – Łódzka Kolej Aglomeracyjna Spółka z o.o., ul. Żeligowskiego 3/5, 90-752 Łódź prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa 20 sztuk zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania oraz projektowanie i budowa Zaplecza Technicznego w ramach projektu „Budowa systemu Łódzkiej Kolei Aglomeracyjnej”” (znak 1/ZP/0612/3330/2012).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 14.03.2012 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

W dniu 16.03.2012 r. ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego UE nr 2012/S 53-087078.

Odwołanie dotyczy części I (dostawa 20 sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania).

W dniu **25.05.2012 r.** Zamawiający dokonała modyfikacji SIWZ w ramach odpowiedzi na pytania wykonawców.

W dniu **04.06.2012 r.** w zakresie części I (dostawa 20 sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania) zostało wniesione odwołanie wobec następujących czynności Zamawiającego:

1. dokonania modyfikacji SIWZ w odniesieniu do Części I zamówienia niegodnej z ustawą Pzp oraz zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także w sposób niejednoznaczny, z zaniechaniem uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez:

- wprowadzenia obowiązku wyposażenia pojazdów w urządzenia Europejskiego Systemu Sterowania Pociągami ETCS, a jednocześnie
- pozostawienie niezmienionych terminów realizacji dostaw pojazdów, obiektywnie niemożliwych do dotrzymania przez żadnego wykonawcę, a jednocześnie
- pozostawienie niezmienionych zapisów umownych dotyczących kar umownych;

2. w konsekwencji - ukształtowaniu treści SIWZ w sposób powodujący nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego i naruszający zasadę uczciwej konkurencji; a także:

3. zaniechaniu ponownego oszacowania wartości zamówienia w Części I, a w konsekwencji zaniechaniu dokonania w tym zakresie zmiany ogłoszenia o zamówieniu, uwzględniającej zwiększony zakres świadczeń składających się na opis przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, iż jako wykonawca nie podlegający wykluczeniu z postępowania i posiadający stosowne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie oraz dysponujący odpowiednim potencjałem technicznym, kadrowym, finansowym i ekonomicznym do wykonania zamówienia, ma interes w uzyskaniu zamówienia. Poprzez wskazane powyżej czynności i zaniechania Zamawiający naruszył określone w ustawie Pzp zasady udzielania zamówień publicznych, a tym samym doznał uszczerbku interes Odwołującego poprzez ograniczenie możliwości złożenia ważnej, konkurencyjnej oferty w tym postępowaniu. Ponadto zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19.12.2007 r. sygn. akt V Ca 2506/07 „Interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej”.

Odwołujący wskazał, że szczególności zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1 i 2, art. 32, art. 35 i ewentualnie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz następujących przepisów kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i 139 ustawy Pzp: art. 5 k.c., art. 353[1] k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c., art. 387 k.c., a także innych przepisów wskazanych poniżej w uzasadnieniu.

W konsekwencji Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia modyfikacji SIWZ w części dotyczącej wprowadzenia obowiązku wyposażenia pojazdów w urządzenia Europejskiego Systemu Sterowania Pociągiem ETCS;
2. ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia powyższego żądania:
 - 1) nakazanie Zamawiającemu ponownego określenia wartości szacunkowej zamówienia w odniesieniu do Części I, z uwzględnieniem wprowadzonego obowiązku wyposażenia pojazdów w urządzenia Europejskiego Systemu Sterowania Pociągiem ETCS;
 - 2) nakazanie Zamawiającemu zmianę zapisów SIWZ w części dotyczącej terminów dostawy pojazdów poprzez uzależnienie dat dostaw od daty podpisania umowy z wykonawcą, którego oferta zostanie wybrana, jako najkorzystniejsza i od daty homologacji urządzeń ETCS przez odpowiednich dostawców takich urządzeń w Polsce, tj:
 - pierwsze 3 pojazdy - min. 18 miesięcy od dnia podpisania umowy oraz nie mniej niż 7 miesięcy od potwierdzonej przez dostawcę daty dostawy urządzenia ETCS dla pojazdu z ważną homologacją na terenie Polski dla tej partii pojazdów;

- kolejne 3 pojazdy - w terminie 20 miesięcy od dnia podpisania umowy oraz nie mniej niż 7 miesięcy od potwierdzonej przez dostawcę daty dostawy urządzenia ETCS dla pojazdu z ważną homologacją na terenie Polski dla tej partii pojazdów;
- kolejne 3 pojazdy - w terminie 23 miesiące od dnia podpisania umowy oraz nie mniej niż 7 miesięcy od potwierdzonej przez dostawcę daty dostawy urządzenia ETCS dla pojazdu z ważną homologacją na terenie Polski dla tej partii pojazdów;
- kolejne 3 pojazdy - w terminie 26 miesięcy od dnia podpisania umowy oraz nie mniej niż 7 miesięcy od potwierdzonej przez dostawcę daty dostawy urządzenia ETCS dla pojazdu z ważną homologacją na terenie Polski dla tej partii pojazdów;
- kolejne 4 pojazdy - w terminie 29 miesięcy od dnia podpisania umowy oraz nie mniej niż 7 miesięcy od potwierdzonej przez dostawcę daty dostawy urządzenia ETCS dla pojazdu z ważną homologacją na terenie Polski dla tej partii pojazdów;
- kolejne 4 pojazdy - w terminie 32 miesięcy od dnia podpisania umowy oraz nie mniej niż 7 miesięcy od potwierdzonej przez dostawcę daty dostawy urządzenia ETCS dla pojazdu z ważną homologacją na terenie Polski dla tej partii pojazdów; oraz

3) nakazanie Zamawiającemu zmianę SIWZ w zakresie dopuszczalnych zmian umowy, możliwości zwiększenia wynagrodzenia oraz kar umownych, poprzez uwzględnienie konieczności dostarczenia pojazdów wyposażonych w urządzenia ETCS wraz z homologacją ważną na terenie Polski, w szczególności poprzez:

- dodanie do pkt 24.3 SIWZ oraz do § 9 ust. 2 Załącznika nr 6 do SIWZ (zawierającego wzór umowy) postanowień o następującej treści:

- a. potrzeby wydłużenia terminów realizacji Umowy w przypadku, gdy z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy i/lub producenta urządzeń ETCS przed upływem terminów realizacji umowy nie zostanie uzyskana homologacja urządzeń ETCS ważna na terenie Polski

- b. - „zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zwiększenia ceny za oferowane urządzenia ETCS wraz z ważną homologacją na terenie Polski w stosunku do wcześniejszej oferty dostawcy urządzeń ETCS”]

- dodanie w § 26 Załącznika nr 6 do SIWZ (zawierającego wzór umowy) nowego punktu o następującej treści: „Zamawiający nie będzie miał prawa naliczania kar umownych w następujących przypadkach:

- a. opóźnienia w przekazaniu dokumentacji bądź świadectw lub dokumentów równoważnych (§ 26 pkt 1 b) oraz opóźnienia w dostawie Pojazdów (§ 26 pkt 1 c)

- b. gdy z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy i/lub producenta urządzeń ETCS przed upływem terminów realizacji umowy nie zostanie uzyskana homologacja urządzeń ETCS ważna na terenie Polski”;

3. ewentualnie Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Odwołujący wskazał, że o modyfikacji SIWZ powziął informację w dniu 25 maja 2012 r. i tym samym niniejsze odwołanie wniesione zostało z zachowaniem ustawowego terminu.

W uzasadnieniu podniósł, iż w dniu 25 maja 2012 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej odpowiedzi na pytania wykonawców zadane w postępowaniu. Udzielając odpowiedzi na pytanie nr 6 zawarte w Zestawie 11 Zamawiający dokonał modyfikacji pkt N.1 Załącznika nr 1 do SIWZ, zawierającego opis przedmiotu zamówienia dla części I (dalej: „Opis Przedmiotu Zamówienia”). Modyfikacja ta polegała na wprowadzeniu nowego wymogu, nie zawartego w pierwotnej wersji SIWZ. W pierwotnej wersji SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia w pkt N.1 zawierał następujące postanowienie:

„Pojazd powinien być przystosowany do montażu urządzeń Europejskiego Systemu Sterowania Pociągami ETCS, poziom 2, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu z dnia 5 września 2006 r. (Dz. U. Nr 171, poz. 1230) w sprawie zasadniczych wymagań dotyczących interoperacyjności kolei oraz procedur oceny zgodności dla transeuropejskiego systemu kolei konwencjonalnej i TSI CCS (decyzja Komisji Europejskiej nr 2006/679 uzupełniona decyzją 2008/386)”

W odpowiedzi na ww. pytanie Zamawiający pismem z dnia 25 maja 2012 r., opublikowanym w tymże dniu na stronie internetowej Zamawiającego, dokonał modyfikacji SIWZ poprzez nadanie pkt N.1 Załącznika nr 1 do SIWZ następującego brzmienia:

„Pojazd powinien być wyposażony w urządzenia Europejskiego Systemu Sterowania Pociągami ETCS, poziom 2, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu z dnia 5 września 2006 r. (Dz. U. Nr 171, poz. 1230) w sprawie zasadniczych wymagań dotyczących interoperacyjności kolei oraz procedur oceny zgodności dla transeuropejskiego systemu kolei konwencjonalnej i TSI CCS (decyzja Komisji Europejskiej nr 2012/88).”

Odwołujący wskazał, iż jednocześnie Zamawiający pozostawił nie zmienione zapisy SIWZ i ogłoszenia w przedmiocie wartości szacunkowej zamówienia oraz nie zmienione zapisy SIWZ w przedmiocie wymaganych terminów dostaw poszczególnych pojazdów oraz kar umownych. W ocenie Odwołującego wyżej wskazana modyfikacja SIWZ skutkuje naruszeniem prawa.

Zgodnie z pkt 11.2.1.) ppkt 3) Ogłoszenia szacunkowa wartość zamówienia w odniesieniu do Części I zamówienia wynosi 360.702.519,45 zł netto. Wartość ta nie została zmieniona przez Zamawiającego po opublikowaniu odpowiedzi na pytania wykonawców, mimo dokonania innych zmian ogłoszenia i mimo tego, iż Zamawiający wymóg dostawy

pojazdów niewyposażonych w urządzenia ETCS, a jedynie przystosowanych do montażu tych urządzeń, zmienił na wymóg wyposażenia pojazdów w przedmiotowe urządzenia.

Według danych posiadanych przez Odwołującego koszt zestawu urządzeń ETCS do jednego pojazdu (elektrycznego zespołu trakcyjnego) wynosi ok. 500.000 euro, podczas gdy przedmiotem dostawy ma być dwadzieścia pojazdów. Jest to istotny element kosztotwórczy, a zatem Zamawiający, wprowadzając do Opisu Przedmiotu Zamówienia wymóg wyposażenia pojazdów w urządzenia ETCS, powinien dokonać ponownego oszacowania wartości zamówienia, jak również dokonać stosownej zmiany zapisów ogłoszenia. Zaniechanie dokonania tej czynności skutkuje niepewnością po stronie wykonawców, czy Zamawiający jest świadom konsekwencji wprowadzonej przez siebie zmiany w Opisie Przedmiotu Zamówienia i czy dysponuje stosownym budżetem, uwzględniającym dokonaną zmianę, w szczególności, że Zamawiający nie uwzględnił tej zmiany w „Wykazie Zmian” do SIWZ zawartych w piśmie z dnia 25 maja 2012 r. nr ŁKA-ZP-BH-3330-672/12. W ocenie Odwołującego powyższe budzi niepewność po stronie wykonawców, przygotowujących oferty w postępowaniu, co do którego istnieje ryzyko, że będzie musiało być ono unieważnione w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp z uwagi na to, że oferty będą znacznie przewyższać kwotę, którą Zamawiający będzie w stanie przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Ponadto wprowadzony przez Zamawiającego wymóg montażu urządzeń ETCS jest, w ocenie Odwołującego, zupełnie nieuzasadniony, a w powiązaniu z innymi zapisami SIWZ - dotyczącymi terminów dostawy pojazdów, określonych sztywnymi datami kalendarzowymi oraz wysokich kar umownych za samo opóźnienie w dostawie - skutkuje nierównowagą stron stosunku cywilnoprawnego, naruszającą zasady uczciwej konkurencji.

Urządzenia ETCS wymagają bowiem czasochłonnych dodatkowych badań i testów homologacyjnych. Jak dotąd nie przeprowadzано jeszcze w Polsce takich badań i trudno przewidzieć czas ich trwania.

Zdaniem Odwołującego na dzień dzisiejszy nie ma również w Polsce linii kolejowej wyposażonej w urządzenia ETCS poziomu 2, ani pojazdów wyposażonych w takie urządzenia. Aby wykonawcy byli w stanie spełnić warunek dostarczenia pojazdów wyposażonych w urządzenia ETCS, spełnione być muszą następujące przesłanki:

c. Pierwsza linia kolejowa w Polsce musi być wyposażona w system ETCS poziomu 2 współpracujący z systemem na pojeździe,

d. Pojazdy testowe wyposażone w te urządzenia muszą przejść próby homologacyjne na takiej linii i uzyskać odpowiednie certyfikaty. W przypadku nieprawidłowego działania urządzeń ETCS w odniesieniu do specyficznych, polskich ograniczeń i uwarunkowań technicznych, urządzenia te muszą, po odpowiednich zmianach konstrukcyjnych, przejść ponowne testy homologacyjne. System ETCS jest z założenia systemem, który będzie działał

na każdej linii kolejowej wyposażonej w odpowiednie urządzenia liniowe. Wymagane jest jednak, aby system ten współpracował z tradycyjnym systemem Samoczynnego Hamowania Pociągu (SHP), który w każdym kraju jest inny. Stąd wynika potrzeba badania systemu ETCS w każdym kraju.

e. Dopiero po uzyskaniu pozytywnych wyników badań homologacyjnych na rynku polskim dostępne będą urządzenia ETCS posiadające odpowiednie certyfikaty.

Wskazał następnie, iż na cztery linie kolejowe wokół Łodzi tylko jedna linia - do Koluszek - ma zostać wyposażona w urządzenia ETCS. Zgodnie z Narodowym Planem Wdrażania Europejskiego Systemu Zarządzania Ruchem Kolejowym w Polsce (dalej: „Plan”) ma to jednak nastąpić najwcześniej w 2015 r. Pozostałe linie w ogóle nie zostały ujęte w Planie. Ponadto pojawia się istotna wątpliwość, czy kupowane dziś urządzenia ETCS byłyby kompatybilne z urządzeniami liniowymi instalowanymi w 2015 r. W przypadku braku synchronizacji tych urządzeń konieczna będzie kosztowna adaptacja oprogramowania i urządzeń ETCS na pojeździe. Dlatego też w przetargach na tabor kolejowy w Polsce standardowo wymaga się, aby zostało przewidziane w pojeździe miejsce na urządzenia ETCS, a nie obowiązek ich instalowania.

Zdaniem Odwołującego konieczność wyposażenia pojazdów w urządzenia ETCS, które - jak wskazano powyżej - wymagają czasochłonnych dodatkowych badań i testów homologacyjnych - wprowadza dla wykonawcy dodatkowe ryzyko niedotrzymania „sztywnych” (określonych datami kalendarzowymi) terminów dostaw pojazdów, a w związku z tym - ryzyko dotkliwych kar umownych. Narusza to równowagę stron stosunku cywilnoprawnego.

Odwołujący podniósł, iż w pkt 5.1. SIWZ Zamawiający narzucił bowiem wykonawcom harmonogram dostaw pojazdów określony „sztywnymi” datami kalendarzowymi, niezależnymi od daty rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania i zawarcia umowy z wyłonionym w nim wykonawcą:

- pierwsze 3 pojazdy - do dnia 28.12.2013 r.;
- kolejne 3 pojazdy - do dnia 28.02.2014 r.;
- kolejne 3 pojazdy - do dnia 31.05.2014 r.;
- kolejne 3 pojazdy - 31.08.2014 r.;
- kolejne 4 pojazdy - do dnia 30.11.2014 r.;
- kolejne 4 pojazdy - do dnia 28.02.2015 r.

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że jednocześnie ani w ogłoszeniu, ani w SIWZ nie zostały zawarte jakiegokolwiek klauzule przewidujące możliwość zmiany terminu dostaw pojazdów, w szczególności ich dostosowania do daty zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. Obecnie dodatkowo

Zamawiający wprowadził obowiązek wyposażenia pojazdów w urządzenia ETCS, co wymaga czasochłonnych badań i testów homologacyjnych. Dodatkowo, we Wzorze Umowy przewidziane są niezwykle wysokie kary umowne za opóźnienie dostawy pojazdów, wynoszące 0,5% ceny łącznej danej partii pojazdów za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia dostawy tej partii w stosunku do narzuconego przez Zamawiającego.

Przyjmując, że wartość samych pojazdów to minimum 2/3 określonej przez Zamawiającego w ogłoszeniu wartości szacunkowej zamówienia w części pierwszej postępowania, oznaczałoby to, że już jeden dzień opóźnienia w dostawie partii pojazdów wynoszącej 3 sztuki uprawniałby Zamawiającego - według obecnych zapisów SIWZ - do naliczenia wykonawcy kary umownej w kwocie 180.000 zł, zaś już choćby 6-dniowe przesunięcie terminu dostaw partii pojazdów złożonej z 3 sztuk pojazdów skutkowałoby karą umownymi liczoną od takiej partii ponad 1 milion złotych.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16.03.2012 r., a jako termin składania ofert wskazano w nim 26.04.2012 r. Termin ulegał kilkakrotnemu przesunięciu i obecnie został ustalony na dzień 20.06.2012 r. Jednakże każde przesunięcie terminu składania ofert oznacza efektywnie przesunięcie terminu podpisania umowy. Wraz z każdym przesunięciem terminu składania ofert, przy pozostawieniu niezmiennych terminów dostawy pojazdów (sztywne daty kalendarzowe), niezależnych od daty zawarcia umowy, czas na realizację zamówienia ulega więc skróceniu.

W ocenie Odwołującego przy przyjęciu hipotetycznego założenia, że od daty złożenia ofert do daty podpisania umowy z wybranym wykonawcą upłynęłoby ok. dwa miesiące (czas potrzebny na zbadanie i ocenę ofert oraz ew. postępowanie odwoławcze przed KIO), na dostawę pierwszych 3 pojazdów wykonawca miał pierwotnie (przyjmując pierwszy termin składania ofert wskazany w ogłoszeniu) 18 miesięcy, zaś obecnie termin ten wynosiłby zaledwie 16 miesięcy. Zakładając normalny tryb produkcji, termin dostawy pierwszego ze wspomnianych 3 pojazdów musiałby nastąpić o miesiąc wcześniej, czyli po 15 miesiącach od przyjętej daty podpisania umowy.

Gdyby z przyczyn, na które wykonawca składający ofertę nie ma wpływu, czas ten przedłużyłby się ponad założone dwa miesiące, czego w ocenie Odwołującego nie można wykluczyć, dostawa pierwszych trzech pojazdów musiałaby się zatem odbyć w terminie jeszcze krótszym niż wskazane 16 miesięcy.

Co do zasady przyjmuje się (co potwierdza również orzecznictwo KIO - por. wyrok KIO o sygn. akt KIO/2518/10 i KIO/2534/10), że termin realizacji zamówienia polegającego na dostawie pierwszego elektrycznego zespołu trakcyjnego wynosi średnio 18 miesięcy. Jak wskazano powyżej, przy założeniu, iż w terminie 2 miesięcy od daty składania ofert zostanie podpisana umowa, termin dostawy pierwszych trzech pojazdów wynosi efektywnie 16

miesiący, zaś kara umowna za 2-miesięczne opóźnienie (czas potrzebny na taką dostawę) w dostawie pierwszych trzech pojazdów wynosiłaby ponad 10 milionów zł).

Odwołujący podniósł, iż w uzasadnieniu ww. wyroku, który dotyczy zamówienia na dostawę elektrycznych zespołów trakcyjnych, KIO stwierdziła, iż „[w] toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający zobligowany jest do dokonywania czynności w postępowaniu z należytą starannością, czego Zamawiający zaniechał w niniejszym postępowaniu przy określaniu terminów realizacji. (...) Izba dała wiarę argumentacji (...), że terminem realizacji zamówienia możliwym do spełnienia (...) jest termin dłuższy niż określony w siwz, przynajmniej 18 - miesięczny Odwołujący dowodził, że elektryczne zespoły trakcyjne produkują się na zamówienie dostosowując je do wyspecyfikowanych potrzeb zamawiającego. Specyfika tego typu pojazdów powoduje, iż nie ma możliwości bieżącej produkcji i magazynowania kosztownych przedmiotów dostawy, tak, aby oferować je w odpowiedzi na bieżące zamówienie/zapotrzebowanie, w relatywnie krótkich terminach dostawy.”

Następnie wskazał, iż biorąc powyższe pod uwagę Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła w ww. wyroku o sygn. akt KIO/2518/10 i KIO/2534/10, że doszło w postępowaniu do naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż „...Zamawiający opisując przedmiot zamówienia sprecyzował wymagania w zakresie terminów realizacji przedmiotu zamówienia w taki sposób, że mogą one utrudniać uczciwą konkurencję”. Powyższej konstatacji Izby nie zmienił fakt, iż przedmiotowe zamówienie było współfinansowane ze środków UE. W ocenie Odwołującego Krajowa Izba Odwoławcza słusznie wskazała, iż umowa o dofinansowanie, którą zawarł Zamawiający przewidywała możliwość przedłużenia terminów realizacji zamówienia na uzasadniony pisemny wniosek Beneficjenta.

Zdaniem Odwołującego wprowadzenie wymogu wyposażenia pojazdów w urządzenia ETCS, wiążące się z koniecznością przeprowadzenia czasochłonnych badań i testów homologacyjnych (których w Polsce do tej pory nie przeprowadzano), jeszcze bardziej czyni nierealnym dotrzymanie zakładanego przez Zamawiającego harmonogramu dostaw pojazdów, a tym samym zwiększa po stronie wykonawcy ryzyko ogromnych kar umownych. Pogłębia to nierównowagę stron przyszłej umowy. Takie działania Zamawiającego należy postrzegać w kategoriach nadużycia prawa (art. 5 k.c.). Jak podniósł Odwołujący w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, iż wprowadzie „[t]o Zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy, natomiast wykonawca nie ma dużego wpływu na jej kształt. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje.” (wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 1698/10). Biorąc powyższe pod uwagę wnoszę o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający pismem dnia 18.06.2012 r. zatytułowanym „odpowiedź na odwołanie” wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

W odniesieniu do zarzutów wskazanych w odwołaniu, wskazał, że:

W zakresie zarzutu dokonania modyfikacji SIWZ w odniesieniu do Części I Zamówienia niezgodnej z ustawą Pzp oraz zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także w sposób niejednoznaczny, z zaniechaniem uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty a w konsekwencji ukształtowania treści SIWZ w sposób powodujący nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego i naruszający zasadę uczciwej konkurencji

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że określenie przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień zamawiającego, a wykonawcy, o ile zamawiający nie naruszył ustawy Pzp, powinni podporządkować się decyzjom zamawiającego.

Zamawiającemu przysługuje prawo do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mający służyć zaspokojeniu jego potrzeb,

Kwestionowana przez Odwołującego modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzona dla Postępowania (dalej: „SIWZ”) polega na wprowadzeniu obowiązku wyposażenia elektrycznych zespołów trakcyjnych będących przedmiotem dostawy (dalej: „eZT”) w urządzenia Europejskiego Systemu Sterowania Pociągami ETCS, przy pozostawieniu niezmiennych terminów realizacji dostaw pojazdów, obiektywnie niemożliwych do dotrzymania przez żadnego wykonawcę, a jednocześnie pozostawienie niezmiennych zapisów umownych dotyczących kar umownych.

Wbrew odmiennemu stanowisku Odwołującego, wprowadzony przez Zamawiającego wymóg montażu urządzeń ETCS, jest jak najbardziej uzasadniony. Dokonując przedmiotowej modyfikacji SIWZ Zamawiający kierował się zapewnieniem bezpieczeństwa na kolei oraz względami ekonomicznymi.

ETCS (ang. European Train Control/ System) to jeden z elementów ujednoczonego, europejskiego systemu zarządzania ruchem kolejowym ERTMS (ang. European Rail Traffic Management System) (§ 2 pkt 1) Rozporządzenia Ministra Transportu z dnia 5 września 2006 r. (Dz. U. Nr 171, poz. 1230 z późn. zm.) (dalej: „Rozporządzenie”). Jest to system sterowania pociągami nadzorujący, w czasie rzeczywistym, zgodność prowadzenia przez maszynistę pojazdu kolejowego ze wskazaniami sygnalizatorów (§ 2 pkt 2) Rozporządzenia).

Wdrożenie ETCS na polskich kolejach przewiduje m. in. Narodowy Plan Wdrażania Europejskiego Systemu Zarządzania Ruchem Kolejowym w Polsce (dalej: „Narodowy Plan

Wdrażania ERTMS w Polsce"), dokument przyjęty przez Radę Ministrów w 2006 roku. Przewiduje on, że nowe pojazdy trakcyjne, dla których negocjacje i kontrakty będą prowadzone i realizowane po jego przyjęciu, będą zamawiane już wyposażone w ETCS poziomu 2. Odstępstwo od tej zasady będzie możliwe wówczas, gdy dany pojazd (np. autobus szynowy do ruchu lokalnego) będzie przewidywany zasadniczo do poruszania się po liniach kolejowych, które w Narodowym Planie Wdrażania ERTMS w Polsce nie są przewidziane do wyposażenia w ETCS (pkt 2.3. Narodowego Planu Wdrażania ERTMS w Polsce).

Regulacja przedmiotowa znajduje powtórzenie w Decyzji Komisji Europejskiej z dnia 25 stycznia 2012 roku w sprawie technicznej specyfikacji interoperacyjności w zakresie podsystemów „Sterowanie” transeuropejskiego systemu kolei (Dz. U. L 51/1 z dnia 23 lutego 2012 r.) (dalej: „TSI CCS”).

Zgodnie z pkt 7.3.3. TSI CCS, nowe lokomotywy, nowe wagony i inne nowe samobieżne pojazdy kolejowe posiadające kabinę maszynisty, zamówione po dniu 1 stycznia 2012 roku lub wprowadzone do eksploatacji po dniu 1 stycznia 2015 r. muszą być wyposażone w ERTMS. Wymaganie to nie ma zastosowania do nowych lokomotyw manewrowych i innych nowych lokomotyw, nowych wagonów i innych nowych pojazdów kolejowych posiadających kabinę maszynisty, jeżeli są one zaprojektowane z przeznaczeniem wyłącznie do użytku krajowego lub regionalnego z przekroczeniem granicy. Państwa członkowskie mogą jednak wprowadzić dodatkowe wymagania na poziomie krajowym, w szczególności w celu wprowadzenia obowiązku wyposażenia w ERTMS nowych lokomotyw manewrowych lub innych nowych pojazdów kolejowych posiadających kabinę maszynisty, nawet jeżeli są zaprojektowane z przeznaczeniem wyłącznie do użytku krajowego lub regionalnego z przekroczeniem granicy.

Możliwość wprowadzenia dodatkowych wymagań na poziomie krajowym wynika z faktu, że system ERTMS, a w jego ramach system ETCS służy zapewnieniu bezpieczeństwa na kolei.

Na potwierdzenie powyższego Zamawiający pragnie odwołać się do wypowiedzi przedstawicieli resortu Transportu, którzy wprost wskazują wdrożenie systemu ERTMS i ETCS jako element programu modernizacji taboru, zmierzającego do zapewnienia bezpieczeństwa na Polskiej Kolei. Wypowiedzi te zamieszczone zostały na stronie internetowej Rynek kolejowy pod następującymi adresami:

<http://www.rynek-koieiowv.pi/33089/Nowak> Bezpieczeństwo to mol priorvtet.htm,
<http://www.rvnek-koiejowy.pi/33483/Massel> przedstawi! pian bezpieczenstwa.htm.

W świetle powyższego nie powinno ulegać wątpliwości, że zaskarżona przez Odwołującego modyfikacja SIWZ, obligująca wykonawców do montażu w dostarczanych ezr urządzeń systemu ETCS, wpisuje się w trend poprawy bezpieczeństwa na kolei i nie powinna

być traktowana inaczej jak przejaw troski o bezpieczeństwo ruchu kolejowego i pasażerów Zamawiającego jako przewoźnika kolejowego.

Zamawiający nie ukrywa jednocześnie, że dodatkowym elementem, wziętym przez niego pod uwagę przy wprowadzeniu wymogu montażu urządzeń systemu ETCS, były kwestie finansowe.

Narodowy Plan Wdrażania ERTMS w Polsce przewiduje bowiem zróżnicowanie stawek dostępu do linii wyposażonych w ETCS poziomu 2 dla pociągów wyposażonych i niewyposażonych w ETCS poziomu 2 (pkt 2.3 Narodowego Planu Wdrażania ERTMS w Polsce).

Ponadto, niemniej istotnym jest fakt, że w przypadku pojazdów kolejowych poruszających się z prędkością powyżej 130 km/h, a takie właśnie stanowią przedmiot dostawy w ramach Postępowania, wyposażonych w urządzenia systemu ETCS, istnieje możliwość zmniejszenia wymaganej liczby maszynistów z dwóch do jednego, co skutkuje istotnymi oszczędnościami.

Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, według którego niezmienione terminy realizacji dostaw ezt są obiektywnie niemożliwe do dotrzymania przez żadnego wykonawcę. Gdyby tak rzeczywiście było, to wszyscy zainteresowani udziałem w przetargu na dostawę taboru wykonawcy, których liczba sięga 7, sądząc po zgłoszonych wnioskach o udzielenie wyjaśnień treści SIWZ, pozostawienie niezmienionych terminów również by zaskarżyli. Tymczasem taka sytuacja nie miała miejsca. Dodatkowo, tylko jeden wykonawca zgłosił przystąpienie do odwołania po stronie Odwołującego.

Zamawiający wyjaśnia, iż ustalenie i pozostawienie, pomimo zgłoszonych wniosków wykonawców, sztywnych dat realizacji dostaw poszczególnych partii ezt wynika z konieczności dochowania ściśle określonych terminów uruchomienia przewozów na poszczególnych liniach, przewidzianych w projekcie budowy Łódzkiej Kolei Aglomeracyjnej, którego Postępowanie stanowi element. Zamawiający ubiega się o dofinansowanie przedmiotowego projektu ze środków unijnych w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2007-2013, na podstawie wniosku sporządzonego w oparciu o szczegółowe kalkulacje finansowe, uwzględniające ściśle określone terminy uruchomienia przewozów.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający nie miał i nie ma możliwości odmiennego ukształtowania terminów dostaw ezt w Postępowaniu tj. poprzez rezygnację z terminów sztywnych.

Należy zgodzić się z prezentowanym przez Krajową Izbę Odwoławczą stanowiskiem, zgodnie z którym elektryczne zespoły trakcyjne produkują się na zamówienie, dostosowując je do wyspecyfikowanych potrzeb zamawiającego. Powyższa konstatacja prowadzić winna jednak do wniosku, iż absolutnie nieuprawnionym jest automatyczne powoływanie się na

jakiegokolwiek wcześniejsze rozstrzygnięcia w przedmiocie „odpowiednich” terminów dostawy elektrycznych zespołów trakcyjnych, zapadłych na tle innych stanów faktycznych. Każdy przypadek winien być bowiem, zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, oceniany indywidualnie.

W tym miejscu Zamawiający pragnie zwrócić uwagę, iż w styczniu 2011 roku Koleje Mazowieckie udzieliły zamówienia publicznego na dostawę 16 sztuk czteroczołowych nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych z terminem dostawy pierwszej partii w terminie 26 tygodni, ostatniej zaś w terminie 52 tygodni.

Zamawiający pragnie zwrócić uwagę, że w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej nie wszyscy wykonawcy działający w danym segmencie rynku muszą mieć zagwarantowany dostęp do zamówienia, jeśli nie dysponują produktem o danych właściwościach.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 13 marca 2009 roku „obowiązkiem zamawiającego jest określenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisu przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny, z zachowaniem przepisów Pzp określających sposób opisu przedmiotu zamówienia, jak również zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nie oznacza to jednak wymogu określenia przedmiotu zamówienia w sposób, który umożliwi złożenie ofert przez wszystkie podmioty działające w danej branży.

Zamawiający ma prawo tak określić przedmiot zamówienia, aby uzyskać oczekiwany efekt, gdyż ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes.

To zamawiający decyduje co zamierza kupić i jaki przedmiot zamówienia spełni jego oczekiwania. Zobowiązany jest przy tym do dołożenia należytej staranności w działaniu, którą wykaże się, jeżeli będzie potrafił uzasadnić przedmiot zamówienia w sposób logiczny i spójny. Nie sposób oczekiwać od Zamawiającego, aby opisując przedmiot zamówienia kierował się subiektywnym interesem poszczególnych wykonawców, czy to w kwestii wyboru określonych rozwiązań technicznych, terminów realizacji zamówienia czy też wysokości kar umownych. Przedmiot zamówienia powinien być określony w sposób jednakowy dla wszystkich wykonawców.

Nie stanowi naruszenia zasad opisu przedmiotu zamówienia ustalenie krótkich terminów dostawy, jeżeli tylko są one możliwe do spełnienia.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że wymóg wyposażenia e2t w urządzenia systemu ETCS dotyczy w równym stopniu wszystkich wykonawców i w żaden sposób nie prowadzi do naruszenia uczciwej pomiędzy nimi konkurencji.

Nie sposób również zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, jakoby ani w ogłoszeniu, ani w SIWZ nie zostały zawarte jakiegokolwiek klauzule przewidujące możliwość zmiany terminu dostaw Pojazdów.

Należy bowiem zwrócić uwagę, iż we wzorze Umowy Zamawiający przewidział bardzo szerokie, jak na stosowaną w zamówieniach publicznych praktykę, możliwości zmiany umowy zawartej z wykonawcą, wyraźnie wskazując, dla uniknięcia wszelkich wątpliwości, że zmiany te dotyczyć mogą w szczególności przedmiotu Zamówienia, terminu wykonania Zamówienia, sposobu wykonywania Zamówienia oraz ustalonych cen (§ 9 ust. 2 Załącznika nr 6 do SIWZ). Katalog przesłanek umożliwiających zmianę umowy, w tym zmianę terminu jej realizacji, obejmuje przy tym m. in. potrzebę zmiany Umowy wynikającej z niezależnych od Stron okoliczności, których nie można było przewidzieć w dniu zawarcia Umowy oraz okoliczności Siły wyższej.

W tym miejscu Zamawiający wskazuje, że testy homologacyjne systemu ETCS nie muszą być przeprowadzane na liniach, na których ostatecznie ezt będą eksploatowane. Stąd też okoliczność, że linia do Koluszek ma być wyposażona w system ETCS w 2015 roku, nie może uzasadniać tezy o braku możliwości wcześniejszego uzyskania homologacji.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego dokonana przez niego modyfikacja SIWZ nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Ustawy pzp).

Należy zwrócić uwagę, że sam Odwołujący w żaden sposób nie precyzuje, na czym miałyby polegać rzekome naruszenie ww. zasad przez Zamawiającego w związku z dokonaną modyfikacją SIWZ.

Należy podkreślić, że zasada równości odnosi się na gruncie Ustawy pzp, co do zasady, do relacji między zamawiającym a ogółem wykonawców zainteresowanych zamówieniem lub ubiegających się o jego udzielenie, nie zaś do oceny praw i obowiązków stron wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego, której istotne postanowienia, ogólne warunki albo wzór zamieścił zamawiający w siwz.

Postępowanie zamawiającego odpowiada dyspozycji art. 7 ust. 1 Ustawy pzp, jeśli nie tylko nie dochodzi do nieuzasadnionego eliminowania z postępowania wykonawców zdolnych do jego wykonania, ale też w treści dokumentacji nie nastąpiło ustalenie preferencji, adresowanej do wykonawcy lub grupy wykonawców nieuzasadnionych rzeczywistymi potrzebami zamawiającego.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że wprowadzenie wymogu wyposażenia Pojazdów w urządzenia ETCS nie faworyzuje żadnego z wykonawców, wymóg dotyczy każdego z nich w równym stopniu i nie przyznaje żadnemu przewagi w stosunku do pozostałych.

Zamówienia publicznego udziela się w ściśle określonym celu, dla zaspokojenia określonych potrzeb publicznych. Kształtowanie poszczególnych postanowień umownych nie jest działaniem dowolnym, a ich treść musi mieć zawsze oparcie w potrzebach zamawiającego, które mają zostać zaspokojone w wyniku postępowania.

Czynności zamawiającego odpowiadają dyspozycji art 7 ust. 1 Ustawy pzp, spełniają kryteria niedyskryminacji, jeżeli eliminują dowolność działań po jego stronie i są istotne z punktu widzenia jego rzeczywistych potrzeb.

Na koniec wreszcie Zamawiający pragnie zwrócić uwagę, że skuteczne zaskarżenie zapisów SIWZ w zakresie kar umownych nie jest już prawnie możliwe, z uwagi na upływ terminów ich kwestionowania. W tym zakresie bowiem wzór umowy, stanowiący Załącznik nr 6 do SIWZ, nie ulegał żadnym modyfikacjom od momentu zamieszczenia pierwotnej SIWZ na stronie internetowej tj. od dnia 16 marca 2012 roku. W tej sytuacji należy uznać, że termin zaskarżenia kwestionowanych obecnie zapisów upłynął w dniu 26 marca 2012. Faktu tego nie może zmienić późniejsze wprowadzenie dodatkowego wymogu wyposażenia ezt w urządzenia systemu ETCS.

Jedynie z ostrożności procesowej Zamawiający podnosi, że przewidziane przez niego we wzorze umowy, stanowiącym Załącznik nr 6 do SIWZ, kary umowne za nadmierne wygórowane w stosunku do grożącej Zamawiającemu szkody uznane być nie mogą. Jak zostało bowiem wyżej podniesione, na Zamawiającym ciąży obowiązek uruchomienia przewozów na poszczególnych liniach w ściśle określonych terminach. Jakiegokolwiek opóźnienia zagrażają realizacji przyjętych założeń, rodząc istotne, negatywne konsekwencje dla Zamawiającego. Jak pokazuje praktyka, zbyt niskie kary umowne zastrzeżone na wypadek opóźnień w realizacji zamówienia publicznego, zachęcają do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy z góry wiedzą, iż określonych przez Zamawiającego terminów nie dotrzymają. Wysokie kary umowne umożliwiają eliminację z postępowania tego rodzaju wykonawców. Jest to niezwykle istotna kwestia w takich jak niniejsze postępowaniach, w których zamawiający na jakiegokolwiek opóźnienia nie może sobie pozwolić.

Jak podkreśla się orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej 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 Ustawy pzp, zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego np. zabezpieczenie należytego wykonania umowy (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP1547/09).

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.

W orzecznictwie wskazuje się, że (co nie tylko odpowiada zaspokojeniu potrzeb publicznych, ale mieści się już w kategoriach racjonalnych działań przedsiębiorców) 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. Jeśli natomiast wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową.

Błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego (por. wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08).

Przy ocenie dolegliwości kary umownej dla wykonawcy właściwym punktem odniesienia powinno być znaczenie czynności wykonawcy, których należyte wykonanie zabezpiecza zamawiający przez ustanowienie kary umownej, dla realizacji zamówienia. Rozmiar zamówienia oraz jego znaczenie dla interesu publicznego stanowią dodatkowe przesłanki uzasadniające ustalenie kar umownych i ich wysokość.

Kara umowna może stanowić nie tylko surogat odszkodowania, jej celem może być również skłonienie dłużnika do wykonania swego zobowiązania. Ustanowienie kary umownej będzie wywierać zamierzony skutek, jeżeli jej dolegliwość będzie miała znaczenie finansowe dla wykonawcy (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP1431/08).

Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że z samego zastrzeżenia, że kara umowna należna jest w określonej wysokości nie wynika wyłączenie prawa do miarkowania jej wysokości zgodnie z art. 484 § 2k.c.

Całkowicie bezpodstawny jest również zarzut dokonania modyfikacji SIWZ „w sposób niejednoznaczny, z zaniechaniem uwzględniania wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty”. Wymóg wyposażenia ezt w urządzenia ETCS poziom 2 został zapisany w sposób tak precyzyjny, jak tylko to możliwe.

W świetle powyższego sformułowane w pkt 1 i 2 petitum Odwołania zarzuty należy uznać za całkowicie bezpodstawne.

2. Ustosunkowanie się do zarzutu zaniechania ponownego oszacowania wartości zamówienia w Części I, a w konsekwencji zaniechania dokonania w tym zakresie zmiany

ogłoszenia o zamówieniu uwzględniającej zwiększony zakres świadczeń składających się na opis przedmiotu zamówienia

Sformułowany przez Odwołującego zarzut zaniechania ponownego oszacowania wartości zamówienia w Części I, a w konsekwencji zaniechania dokonania w tym zakresie zmiany ogłoszenia o zamówieniu, uwzględniającej zwiększony zakres świadczeń składających się na opis przedmiotu zamówienia jest całkowicie bezpodstawny i wynika z niezrozumienia istoty instytucji szacowania wartości przedmiotu zamówienia.

Należy podkreślić, że wartością zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością (art. 32 ust. 1 ustawy pzp). Czynność szacowania dokonywana jest na etapie przygotowywania postępowania. Jest ona kluczowa dla ustalenia m. in. tego, w jakim trybie dane postępowanie może być prowadzone, w jakiej procedurze zamówienie ma być udzielone, oraz czy do danego postępowania w ogóle zastosowanie mają przepisy Ustawy pzp.

W przypadku modyfikacji przedmiotu zamówienia po ogłoszeniu postępowania, której konsekwencją jest zwiększenie zamawianych dostaw, usług, czy też robót budowlanych, wartość szacunkowa pozostaje bez zmian.

Zamawiający zwraca uwagę, że z uwagi na wartość szacunkową zamówienia niniejsze Postępowanie, zgodnie z wymogami Ustawy pzp, podlega najwyższym rygorom proceduralnym, w związku z czym zarzuty naruszenia prawa przez Zamawiającego są całkowicie bezpodstawne.

Odrębną instytucją jest natomiast kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, którą to kwotę zamawiający podaje przed otwarciem ofert.

Mając powyższe na uwadze, zarzut Odwołującego w przedmiotowym zakresie również należy uznać za bezpodstawny.

Na koniec Zamawiający pragnie poinformować, że ze względów organizacyjnych zmuszony jest dokonać modyfikacji SIWZ w zakresie harmonogramu dostaw. Modyfikacja uwzględniac będzie uruchamianie poszczególnych linii w dostosowaniu do wprowadzanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. okresowych zmian rozkładów jazdy (w miesiącu czerwcu oraz grudniu) i przewidywać będzie dostawę Pojazdów do dnia 28 lutego 2015 roku, w następujących etapach:

- i. od dnia 20 kwietnia 2014 roku do dnia 30 kwietnia 2014 roku - 6 szt. Pojazdów,
- ii. od dnia 10 października 2014 roku do dnia 31 października 2014 roku - 10. szt. Pojazdów,
- iii. od dnia 20 lutego 2015 roku do dnia 28 lutego 2015 roku - 4 szt. Pojazdów.

Modyfikacja SIWZ zakładać będzie również dostarczenie homologacji na urządzenia ETCS nie później niż z dostawą ostatniej partii Pojazdów.

Z uwagi na ww. planowane zmiany SIWZ, w dniu 14 czerwca 2012 r. Zamawiający dokonał przedłużenia terminu składania ofert do dnia 10 lipca 2012 roku.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na dokonaniu w dniu 25.05.2012 r., w wyniku odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców, modyfikacji treści SIWZ w odniesieniu do części I.

Izba ustaliła ponadto, iż do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania skutecznie przystąpił po stronie Odwołującego w dniu 08.06.2012 r. wykonawca Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. José Miguel Iturrioz, 26Apdo. De Correos, no 2 20200 Beasian (Guipúzcoa), Hiszpania.

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

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

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest potencjalnym wykonawcą, zaś odwołanie dotyczy modyfikacji treści SIWZ i według oświadczenia Odwołującego dokonana przez Zamawiającego modyfikacja uniemożliwia mu złożenie oferty.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ wraz z załącznikami oraz korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielnie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła również dowody zgłoszone przez Odwołującego w treści odwołania oraz zgłoszone przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Ponadto Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego oraz Zamawiającego w toku rozprawy.

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

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

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

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt 11.2.1) ppkt 3 ogłoszenia o zamówieniu wskazał, iż szacunkowa wartość zamówienia w odniesieniu do części I wynosi 360.702.519,45 zł netto.

Izba ustaliła, iż Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt IV.3.4 pierwotny termin składania ofert na dzień 24.04.2012 r. na godzinę 12.00.

Izba ustaliła, iż termin składania oferty został przesunięty m.in. pismem z dnia 13.04.2012 r. i ustalony na dzień 31.05.2012 r. na godzinę 12.00.

Przedmiotem zamówienia w zakresie części I jest dostawa 20 sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych dla Zamawiającego wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania przez okres 15 lat licząc od dnia przekazania do eksploatacji pierwszej partii pojazdów.

Następnie Izba ustaliła, iż w pkt 5.1. SIWZ Zamawiający określił harmonogram dostaw pojazdów w zakresie części I:

a) dostawa pojazdów – do dnia 28 lutego 2015 r. zgodnie z następującym harmonogramem dostaw:

- pierwsze 3 pojazdy - do dnia 28.12.2013 r.;
- kolejne 3 pojazdy – od dnia 01.01.2014 r. do dnia 28.02.2014 r.;
- kolejne 3 pojazdy – od dnia 01.03.2014 r. do dnia 31.05.2014 r.;
- kolejne 3 pojazdy – od 01.06.2014 r. do dnia 31.08.2014 r.;
- kolejne 4 pojazdy – od dnia 01.09.2014 r. do dnia 30.11.2014 r.;
- kolejne 4 pojazdy – od dnia 01.12.2014 r. do dnia 28.02.2015 r.

Izba ustaliła ponadto, iż Zamawiający w treści SIWZ, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia wskazał w załączniku nr 1 do SIWZ, zawierającego opis przedmiotu zamówienia dla części I w pkt N.1 zawarł następujący wymóg: „Pojazd powinien być przystosowany do montażu urządzeń Europejskiego Systemu Sterowania Pociągami ETCS, poziom 2, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu z dnia 5 września 2006 r. (Dz. U. Nr 171, poz. 1230) w sprawie zasadniczych wymagań dotyczących interoperacyjności kolei oraz procedur oceny zgodności dla transeuropejskiego systemu kolei konwencjonalnej i TSI CCS (decyzja Komisji Europejskiej nr 2006/679 uzupełniona decyzją 2008/386)”

W odpowiedzi na pytanie nr 6 zawarte w zestawie 11 Zamawiający pismem z dnia 25 maja 2012 r., opublikowanym w tymże dniu na stronie internetowej, dokonał modyfikacji SIWZ poprzez nadanie pkt N.1 Załącznika nr 1 do SIWZ następującego brzmienia:

„Pojazd powinien być wyposażony w urządzenia Europejskiego Systemu Sterowania Pociągami ETCS, poziom 2, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu z dnia 5 września 2006 r. (Dz. U. Nr 171, poz. 1230) w sprawie zasadniczych wymagań dotyczących interoperacyjności kolei oraz procedur oceny zgodności dla transeuropejskiego systemu kolei konwencjonalnej i TSI CCS (decyzja Komisji Europejskiej nr 2012/88).”

Zamawiający w załączniku nr 6 do SIWZ (projekt umowy) w § 26 ust. 1 wskazał, iż z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania dostawy Pojazdów, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu następujące kary umowne:

- b) w przypadku opóźnienia w przekazaniu dokumentacji, bądź świadectw, zezwoleń lub dokumentów równoważnych, o których mowa w § 18 Umowy, w stanie wolnym od Wad – karę umowną w wysokości 30.000 PLN za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia,
- c) w przypadku opóźnienia w dostawie Pojazdów wraz z oprogramowaniem i licencjami w stanie wolnym od Wad, w stosunku do terminów określonych w Harmonogramie dostaw, stanowiącym Załącznik nr 3 do Umowy – karę umowną w wysokości 0,5% ceny łącznej danej partii Pojazdów za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia dostawy danej Partii Pojazdów.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

I. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż brak jest podstaw do jego uwzględnienia.

Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do udzielenia zamówienia któremukolwiek wykonawcy, gdyż

postępowanie znajduje się na etapie poprzedzającym składanie ofert. Wyrażona w powyższym przepisie norma prawna może być wzorcem kontroli w przypadku udzielenia zamówienia i zawarcia umowy w celu ustalenia, czy zostały spełnione przesłanki skutkujące jej unieważnieniem.

Tym samym nie sposób wskazać, iż doszło do wyczerpania hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp i nie tym samym nie doszło do naruszenia uregulowanego w powyższym przepisie wymogu.

Wobec powyższego Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

II. W odniesieniu do zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 32 oraz 35 ustawy Pzp na skutek zaniechania dokonania ponownego ustalenia wartości szacunkowej zamówienia Izba uznała, iż brak jest podstaw do uwzględnienia powyższego zarzutu.

Należy bowiem wskazać, iż ustalenie wartości szacunkowej zamówienia ma miejsce przed wszczęciem postępowania i służy wyborowi reżimu, który winien być stosowany w procesie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z czynnością tą związana jest konieczność stosowania przepisów ustawy Pzp oraz szczegółowe obowiązki zamawiającego wynikające z okoliczności, czy zamówienie jest zamówieniem podprogowym, czy też zamówieniem ponadprogowym.

Zgodnie z treścią art. 35 ust. 1 ustawy Pzp ustalenia wartości zamówienia dokonuje się przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Art. 35 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje, iż jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia.

Powyższe normy prawne wskazują, iż czynność ta ma miejsce przed wszczęciem postępowania i nie sposób przyjąć, iż zmiana okoliczności na jego etapie obliguje Zamawiającego do zmiany wartości szacunkowej. Wynika to nie tylko z powyższych przepisów, ale również z roli jaką posiada szacowanie wartości zamówienia. Należy bowiem wskazać, iż przepisy związane z ustaleniem wartości szacunkowej zamówienia znajdują się w Rozdziale 2 ustawy Pzp zatytułowanym „Przygotowanie postępowania”. Systematyka ustawy Pzp wskazuje zatem, że czynność obejmująca szacowanie wartości postępowania jest czynnością przygotowawczą i brak jest podstaw do jej powtórzenia w toku postępowania.

Na uwzględnienie nie zasługuje również argumentacja Odwołującego, podniesiona w toku rozprawy, iż z praktyki i doświadczenia Odwołującego wynika, iż zaniechanie w tym zakresie może mieć znamienne skutki powodujące nawet brak możliwości realizacji umowy. Izba dokonuje oceny czynności Zamawiającego w odniesieniu do przepisów ustawy Pzp i

wyrażonych tam zasad oraz obowiązków podmiotu zamawiającego. Podstawą uwzględnienia zarzutu i oceny jego zasadności nie może być wskazana przez Odwołującego specyficzna i jednostkowa sytuacja mająca miejsce w ramach innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba, mając na uwadze treść art. 179 ust. 1 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, bada czynności i zaniechania podmiotu zamawiającego oceniając je pod kątem naruszenie przepisów ustawy Pzp.

W ocenie Izby zwiększenie, wskutek odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców oraz dokonanej modyfikacji SIWZ, zakresu przedmiotowego i tym samym kosztów realizacji zamówienia może mieć wpływ na kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia. W tym zakresie Izba w całej rozciągłości podzieliła stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy.

Biorąc pod uwagę powyższe brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 32 oraz 35 ustawy Pzp.

III. W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie dodatkowego wymogu obejmującego konieczność wyposażenia elektrycznych zespołów trakcyjnych w urządzenie systemu ETCS (European Train Control System) w sposób niejednoznaczny, z zaniechaniem uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty Izba uznała, iż powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Należy wskazać, iż dokonanie opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem potrzeb podmiotu zamawiającego jest jego wyłączną domeną. Wykonawca nie ma podstaw do ich kwestionowania, nawet jeżeli uzna je za nieracjonalne lub przedwczesne. Zamawiający ma bowiem prawo do określenia przedmiotu dostawy w taki sposób, który uzna za adekwatny do jego potrzeb. Racjonalność wydatkowania środków publicznych określa ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.). Ustawa Pzp nie zawiera regulacji w powyższym zakresie, a tylko w takim kontekście należy rozpatrywać kwestionowanie przez Odwołującego samej zasadności rozszerzenia przedmiotu zamówienia. Jak słusznie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie ma prawo tak określić przedmiot zamówienia, aby uzyskać oczekiwany efekt, gdyż ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes. Podniósł, że wdrożenie systemu ETCS przewidziane zostało m.in. w Narodowym Planie Wdrażania Europejskiego Systemu Zarządzania Ruchem Kolejowym w Polsce. Zamawiający wskazał ponadto, iż wymóg wyposażenia elektrycznych zespołów trakcyjnych w urządzenia ETCS w zakresie poziomu 2 został określony w sposób precyzyjny.

Choć Odwołujący w treści odwołania kwestionował, co do istoty, zasadność wprowadzenia wymogu wyposażenia pojazdów w urządzenia ETCS, w toku rozprawy nie popierał powyższego zarzutu wskazując, iż kwestionuje jedynie sposób liczenia terminów dostawy, jego wielkość oraz postanowienia dotyczące kar umownych związanych z obowiązkiem wyposażenia pojazdów w urządzenia ETCS.

Jednakże należy podnieść, iż Odwołujący nie przedstawił w powyższym zakresie żadnych dowodów, jak również nie doprecyzował, poza ogólnymi stwierdzeniami, na czym zasadza się powyższy zarzut. Brak jest bowiem dookreślenie powyższego zarzutu. Odwołujący nie wskazał jakiego rodzaju informacje Zamawiający winien przedstawić celem spełnienia wymagań określonych w przywołanych w odwołaniu przepisach ustawy Pzp poprzestając jedynie na przywołaniu w *petitium* odwołania treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. W treści odwołania Odwołujący wskazał również, iż: „Ponadto wprowadzony przez Zamawiającego wymóg montażu urządzeń ETCS jest, w ocenie Odwołującego, zupełnie nieuzasadniony, a w powiązaniu z innymi zapisami SIWZ - dotyczącymi terminów dostawy pojazdów, określonych sztywnymi datami kalendarzowymi oraz wysokich kar umownych za samo opóźnienie w dostawie - skutkuje nierównowagą stron stosunku cywilnoprawnego, naruszającą zasady uczciwej konkurencji”. Zatem powyższy wymóg Odwołujący odniósł do kwestii związanej z terminami realizacji dostawy oraz wysokości kar umownych. Podniósł również, że na dzień dzisiejszy nie ma również w Polsce linii kolejowej wyposażonej w urządzenia ETCS poziomu 2, ani pojazdów wyposażonych w takie urządzenia. Biorąc jednakże wskazane przez Odwołującego przepisy, tj. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp uznać należy, iż argumenty te nie korespondują z podniesionymi zarzutami. Do konkretyzacji powyższego naruszenia nie doszło również w toku rozprawy. Wskazane przez Odwołującego normy prawne wskazują jakie wymogi, co do szczegółowości i jednoznaczności, musi spełniać opis przedmiotu zamówienia aby umożliwić sporządzenie oferty i zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji.

Tym samym Izba uznała, iż brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

IV. Izba w zakresie podstawy faktycznej zarzutu naruszenia art. 483 § 1 oraz art. 5 i art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) [zwana w dalszej części „ustawa Kodeks cywilny”] obejmującej pozostawienie wysokości kar umownych na niezmienionym poziomie oraz określenia terminów realizacji dostaw

poszczególnych partii bez uwzględnienia terminu podpisania umowy wskazuje, iż zarzuty te zostały podniesione z uchybieniem terminu na wniesienie środka ochrony prawnej.

Izba wskazuje, iż Zamawiający opublikował treść SIWZ na stronie internetowej w dniu 16.03.2012 r., zaś zgodnie z treścią art. 181 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści SIWZ w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego wnosi się w terminie 10 dni od dnia jej zamieszczenia na stronie internetowej.

W tym zakresie należy bowiem wskazać, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, wprowadzenie obowiązku wyposażenia elektrycznych zespołów trakcyjnych w urządzenie systemu ETCS nie powoduje, iż doszło do zmaterializowania się zarzutów w tym zakresie. Brak jest bowiem związku pomiędzy tym wymogiem, a powyższymi podstawami faktycznymi zarzutów. Nie sposób bowiem uznać, iż wysokość kar umownych należy odmiennie oceniać po dokonanej modyfikacji treści SIWZ, co jednocześnie dałoby Odwołującemu możliwość podniesienia tego zarzutu na tym etapie postępowania. Jak słusznie wskazał w toku rozprawy Zamawiający brak jest związku pomiędzy rozszerzeniem zakresu przedmiotowego, a wysokością kar umownych. Wskazał ponadto w odpowiedzi na odwołanie, iż wzór umowy, stanowiący załącznik nr 6 do SIWZ, nie ulegał żadnym modyfikacjom od momentu zamieszczenia pierwotnej treści SIWZ. W sposób analogiczny należy ocenić mechanizm liczenia terminu realizacji dostawy i uniezależnienie go od faktu podpisania umowy, gdyż ten mechanizm wskutek dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie systemu ETCS nie zmienił swojego pierwotnego charakteru i jego konsekwencji. Jak słusznie wskazał Zamawiający w toku rozprawy spóźnionym jest zarzut dotyczący ustalania terminu realizacji datą sztywną, a nie od dnia zawarcia umowy.

Zasadność powyższego zarzutu Odwołujący argumentował m.in. tym, że Zamawiający wielokrotnie przedłużał termin składania ofert, które to czynności doprowadziły do skrócenia terminu realizacji dostaw. Izba wskazuje, iż pierwotnie określony w ogłoszeniu termin składania ofert na dzień 26.04.2012 r. na godzinę 12.00 był zmieniany wielokrotnie, w tym pismem z dnia 14.04.2012 r. został przesunięty na dzień 31.05.2012 r. Oznacza to, iż Odwołujący już wówczas winien rozważyć zaskarżenie konstrukcji terminu dostawy.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż instytucja kar umownych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w uzyskaniu zamówienia. Ocena tej instytucji pod kątem samej racjonalności oraz wysokości i przesłanek zastosowania następuje bowiem na etapie realizacji umowy i stosowania jej postanowień. Wówczas może dojść do naruszenia art. 5 ustawy Kodeks cywilny w przypadku nadużycia przez Zamawiającego tego prawa. Wówczas zaistniałe okoliczności faktyczne przy zastosowaniu instytucji uregulowanych w art. 5 ustawy Kodeks cywilny (nadużycie prawa podmiotowego) i art. 484 § 2 ustawy Kodeks cywilny (miarkowanie wysokości kary umownej) będą stanowiły podstawy normatywne kontroli działań Zamawiającego. Kontrola ta następuje

wobec czynności związanych z realizacją umowy, a nie jej projektu związanego z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego. Aby mogło dojść do oceny tej instytucji musi nastąpić jej zastosowanie. Wszelkie hipotezy i domniemania Odwołującego, jak również dokonane symulacje w tym zakresie nie mogą prowadzić do uwzględnienia zarzutów i do wyeliminowania tej instytucji z projektu umowy lub jej „miarkowania”. Miarkowanie naliczonych kar umownych jest realizowane przez sąd powszechny w ramach procesu cywilnego i jest wynikiem zastosowania tej instytucji w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. Na tym etapie, tj. przed podpisaniem umowy nie sposób ocenić, czy przewidziane w projekcie umowy kary umowne mają charakter rażąco wygórowanych, w rozumieniu art. 484 § 2 ustawy Kodeks cywilny.

W ocenie Izby, podzielającej w tym zakresie argumentację Zamawiającego, brak jest podstaw do przywrócenia terminu na zaskarżenie tych postanowień.

V. W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz w oparciu o art. 14 i 139 ustawy Pzp naruszenia art. 5 i art. 353¹ ustawy Kodeks cywilny w związku z art. 387 ustawy Kodeks cywilny ze względu na nierówne traktowania wykonawców i naruszenie uczciwej konkurencji, nadużycie prawa podmiotowego, brak równowagi stron stosunku cywilnoprawnego i pierwotną niemożność świadczenia Izba wskazuje, iż zarzuty powyższe nie zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, iż istnieją podstawy do uznania, że termin końcowy dostawy można powiązać z modyfikacją SIWZ dokonaną przez Zamawiającego wprowadzającą obowiązek wyposażenia elektrycznych zespołów trakcyjnych w urządzenie systemu ETCS. Biorąc pod uwagę fakt rozszerzenia zakresu przedmiotowego zamówienia zachodzi konieczność oceny, czy wskazane w treści SIWZ terminy dostawy skutkują naruszeniem wskazanych w treści odwołania przepisów.

1. W tym miejscu Izba, w odniesieniu do wskazanych przez Odwołującego zarzutów, tj. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1, art. 5 oraz art. 353¹ ustawy Kodeks cywilny w związku z czynnością Zamawiającego obejmującą modyfikację SIWZ z dnia 25.05.2012 r. poprzez rozszerzenie zakresu przedmiotowego zamówienia, wskazuje, iż nie doszukała się w odwołaniu wzorca kontroli, w postaci przepisów ustawy Pzp lub ustawy Kodeks cywilny, których naruszenie mogłoby doprowadzić do braku możliwości ubiegania się Odwołującego o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Przyjęcie nawet, iż doszło do zachwiania równości stron stosunku cywilnoprawnego w rozumieniu art. 353¹ ustawy Kodeks cywilny poprzez naruszenie zasady swobody umów nie powoduje samoistnie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i tym bardziej nie sposób doszukać się jego wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Należy w tym miejscu wskazać, iż do samoistnego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp dochodzi niezmiernie rzadko. Ponadto wymaga to wykazania, iż jednocześnie dochodzi do zróżnicowania pozycji danego wykonawcy na skutek naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, iż tylko na niego Zamawiający narzucił niewspółmiernie wysokie wymagania w zakresie konieczności wyposażenia elektrycznych zespołów trakcyjnych w urządzenie ETCS. Jak słusznie wskazał Zamawiający, przy tak określonym opisie przedmiotu zamówienia oraz terminach realizacji dostawy każdy wykonawca znajdujący się w identycznej sytuacji faktycznej będzie zmuszony uwzględnić tę okoliczność składając w postępowaniu ofertę.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał również, iż poza dodatkowymi wymaganiami na etapie realizacji umowy, które mogą mieć wpływ na wysokość ceny i ewentualnie na trudności w realizacji przedmiotu zamówienia, nie może on zrealizować świadczenia. Nie wykazał również, iż zapisy te uniemożliwiają Odwołującemu udział w przedmiotowym postępowaniu.

Zazwyczaj do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, dochodzi w przypadku zróżnicowania sytuacji wykonawców na skutek odmiennego zastosowania instytucji uregulowanych w innych przepisach, które nakazują zamawiającemu dokonanie określonych czynności w przypadku ziszczenia się pewnych okoliczności faktycznych. Biorąc pod uwagę powyższe naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp następuje zazwyczaj, gdy dochodzi do nadużycia pewnej instytucji uregulowanej w ustawie Pzp lub zaniechania jej zastosowania wobec tylko niektórych wykonawców i odmiennego zastosowania tej instytucji wobec pozostałych – mimo faktu, iż wykonawcy ci znajdują się w analogicznej sytuacji prawnej i faktycznej.

Nie sposób w tym miejscu pominąć również faktu, na co wskazał w toku rozprawy i w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, iż umowa zawierana jest z jednym wykonawcą. Zatem wpływ jej postanowień na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) winien być oceniany z zachowaniem ostrożności i przy uwzględnieniu bezpośredniego wpływu tych postanowień na sporządzenie oferty i przebieg samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O naruszeniu zasad udzielania zamówień publicznych lub innych przepisów ustawy Pzp wskutek określonego sporządzenia SIWZ oraz wzoru umowy, w tym wypadku terminów realizacji, można mówić w przypadku, gdy istnieje bezpośrednio lub pośrednio przełożenie pomiędzy tymi wymaganiami a

możliwością ubiegania się wykonawcy o zamówienie na równi z innymi wykonawcami znajdującymi się w identycznej sytuacji prawnej i faktycznej. Jeżeli do powyższego dochodzi ze względu na formę prawną wykonawcy, jego strukturę organizacyjną, odległość od miejsca świadczenia, doświadczenie, posiadany personel, środki techniczne itp. – a więc ze względu na właściwości samego wykonawcy - nie można mówić o wpływie wymagań przyszłej umowy na możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do innych potencjalnych uczestników postępowania. Tego rodzaju elementy wymagają jedynie większego nakładu środków i pracy celem należytego wykonania zamówienia. Zatem jeżeli dodatkowe wymagania wynikające z dokumentacji postępowania (SIWZ oraz załączników do niej), mające znaczenie dla wykonawcy ze względu na jego odmienną sytuację prawną i faktyczną, wymagają większej staranności w toku jej realizacji i uwzględnienia tych wymagań w cenie ofertowej to nie sposób ich powiązać z obiektywnym brakiem możliwości udziału w postępowaniu, w tym udziałem na zasadach zapewniających równe traktowanie wykonawców i zapewnienie zasad uczciwej konkurencji. Udział taki może być nieracjonalny ze względów ekonomicznych, który to interes wykonawcy nie jest przedmiotem ochrony w ustawie Pzp. To samo należy odnieść do braku możliwości spełnienia świadczenia (niemożliwości świadczenia), gdy przyczyn niemożliwości świadczenia należy upatrywać w cechach świadczeniodawcy, tj. jeżeli niemożność świadczenia wynika z właściwości dłużnika.

W tym miejscu Izba wskazuje na tezę zawartą w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym zostało wskazane, że: „Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹ k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”.

W tym miejscu Izba wskazuje również na orzeczenie Sądu Okręgowego we Wrocławiu w postaci wyroku z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08), w uzasadnieniu którego zostało wskazane, że: „Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353¹ k.c. statuującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na

gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę”.

Z powyższego wyroku wynika również, iż w kwestii postanowień umowy w ramach zamówień publicznych interes publiczny, który reprezentuje zamawiający przeważa nad interesem wykonawców. Izba wskazuje, iż wykonawca przy umowie adhezyjnej nie ma w zasadzie wpływu na jej kształt, lecz ekwiwalentność świadczenia wzajemnego jakie ma uzyskać kreuje określając swoje wynagrodzenie.

Izba wskazuje ponadto na ekonomiczne znaczenie postanowień umowy. Jeżeli bowiem postanowienia umowy łagodzą konsekwencje ryzyk związanych z jej realizacją to wykonawca nie musi ich ujmować w cenie oferty. Jeżeli umowa nie zawiera postanowień łagodzących określone ryzyka zamawiający musi się liczyć z tym, iż zostaną one wkalkulowane w zaoferowaną przez wykonawcę cenę za realizację przedmiotu zamówienia. Wówczas zamawiający płaci za ryzyko uwzględnione przez wykonawcę.

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

wymaganiami związane. Kalkulowanie wynagrodzenia jest bowiem wyłączną domeną wykonawcy.

2. W zakresie zarzutów dotyczących terminów realizacji przedmiotu zamówienia Izba pragnie również wskazać, iż należy ocenić ich ewentualny wpływ na możliwość uzyskania zamówienia oraz ewentualny wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący podnosząc zarzut z art. 387 ustawy Kodeks cywilny winien wykazać, iż: „Niemożliwość świadczenia, powodująca według art. 387 § 1 k.c. nieważność umowy, musi zachodzić w chwili jej zawarcia (tzw. niemożliwość pierwotna), musi to być niemożliwość istniejąca obiektywnie i mieć charakter trwały. Obojętne jest, czy ma ona charakter faktyczny czy prawny”. Powyższa teza została wyrażona w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 sierpnia 2009 r. o sygn. akt IV CSK 81/09. Jak wynika z uzasadnienia orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 2009 r. o sygn. akt II CSK 611/08 „Artykuł 387 § 1 k.c. reguluje tzw. niemożliwość pierwotną świadczenia, a więc niemożliwość istniejącą w chwili zawarcia umowy. Jest to niemożliwość obiektywna, która polega na tym, że nie tylko konkretny dłużnik, ale również żadna inna osoba nie może spełnić świadczenia”. Jak wynika z uzasadnienia Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 maja 1992 r. o sygn. akt I ACr 162/92 skutku tego nie wywoła zatem niemożliwość subiektywna, istniejąca tylko po stronie dłużnika.

Biorąc pod uwagę powyższe taka też okoliczność, tj. brak możliwości spełnienia świadczenia przez jakiegokolwiek wykonawcę winna być wykazana przez Odwołującego. W tym wypadku świadczenie takie należy uznać za całkowicie niewykonalne, co do zasady i co do zobowiązania głównego (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 2002 r. o sygn. akt III CKN 1015/99).

Zobowiązaniem głównym w niniejszym postępowaniu jest dostawa 20 elektrycznych zespołów trakcyjnych, do których nie odnosi się zarzut Odwołującego. Zarzut ten nie odnosi się również do samej konieczności wyposażenia powyższych elektrycznych zespołów trakcyjnych w urządzenie ETCS, lecz jedynie do możliwości dokonania tej ostatniej czynności w określonym przez Zamawiającego terminie. Izba wskazuje, iż na mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym będąc związaną wzorcami kontroli dla czynności Zamawiającego, wskazanymi w treści odwołania, winna uwzględnić ich treść i ustalić, czy doszło do wyczerpania hipotezy wskazanych przez Odwołującego norm prawnych.

W ocenie Izby zasadniczy zarzut, który został podniesiony przez Odwołującego w treści odwołania zmierza do wykazania, iż na skutek wprowadzenia w dniu 25.05.2012 r., w

wyniku odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców, modyfikacji SIWZ obejmującej konieczność wyposażenia, będących przedmiotem dostawy elektrycznych zespołów trakcyjnych, w urządzenie ETCS i przy zachowaniu niezmiennych terminów dostawy terminowe wykonanie zobowiązania jest niemożliwe przez jakiegokolwiek wykonawcę. Jednakże wskazany przez Odwołującego, jako naruszony przez Zamawiającego przepis art. 387 ustawy Kodeks cywilny, swoją hipotezą nie obejmuje sytuacji, gdy tylko część świadczenia, i to część marginalna, dotknięta jest niemożnością, a inne elementy są możliwe do spełnienia. Jak wynika z komentarza do art. 387 ustawy Kodeks cywilny (Komentarz do art. 387 kodeksu cywilnego (Dz.U.64.16.93), [w:] A. Kidyba (red.), A. Olejniczak, A. Pyrzyńska, T. Sokołowski, Z. Gawlik, A. Janiak, G. Kozieł, Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna, LEX, 2010), wówczas znajduje zastosowanie przepis art. 58 § 3 ustawy Kodeks cywilny, który w określonej sytuacji pozwala utrzymać w mocy część postanowień umowy. Tym samym, w ocenie Izby, jedynie brak możliwości zawarcia ważnej umowy, co do całego i zasadniczego zobowiązania, mógłby stanowić obiektywną okoliczność odstąpienia przez wykonawcę od udziału w postępowaniu, co należałoby uznać za okoliczność uzasadniającą uwzględnienie powyższego zarzutu. Tylko nieważność umowy, ze względu na brak możliwości realizacji całego świadczenia, stanowiłyby przesłankę do uznania, że wykonawca mając tego świadomość nie widzi możliwości jego spełnienia i tym samym udziału w postępowaniu.

Na tym etapie postępowania niemożność ubiegania się danego wykonawcy o zamówienie należy zrównać z brakiem możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W toku merytorycznego rozpoznania odwołania ustalono, iż ze względu na wskazane przez Odwołującego faktyczne podstawy zarzutu, tj. wskazanie, którą część świadczenia Odwołujący uważa za niemożliwą do wykonania przy jednoczesnym wskazaniu jako wzorca kontroli art. 387 ustawy Kodeks cywilny brak jest podstaw do uwzględnienia powyższego zarzutu. Nie sposób zatem uznać, iż obiektywny brak możliwości uzyskania zamówienia spowodowany brakiem możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego uniemożliwia Odwołującemu udział w przedmiotowym postępowaniu, tj. że poza zwiększonym ryzykiem ekonomicznym wykonawca został pozbawiony możliwości zawarcia ważnej umowy.

W ocenie Izby przewidywane przez Odwołującego problemy i niedogodności w toku realizacji umowy, jak również trudności w dochowaniu terminu odnoszącego się do przeprowadzenia certyfikacji urządzenia ETCS nie mogą stanowić wystarczającej podstawy do uwzględnienia zarzutów podniesionych w treści odwołania. Odwołujący nie wykazał bowiem, iż określone przez Zamawiającego w treści SIWZ oraz w projekcie umowy elementy

przyszłego zobowiązania czynią przyszłe świadczenie niemożliwymi i powodują jednocześnie, iż przyszła umowa będzie obciążona wadą nieważności.

W tych okolicznościach nawet wykazanie przez Odwołującego, iż brak jest możliwości dokonania prób i certyfikacji urządzenia ETCS w określonym przez Zamawiającego terminie nie może stanowić o uwzględnieniu zarzutu art. 387 ustawy Kodeks cywilny. Stałoby to bowiem w sprzeczności z instytucją uregulowaną w powyższej normie prawnej, która istniejącą z mocy samego prawa nieważność umowy odnosi do całego świadczenia dłużnika, a nie jego marginalnej części. Należy bowiem wskazać, iż sama dostawa elektrycznych zespołów trakcyjnych i wyposażenie ich w urządzenie ETCS mają charakter podzielny, co wynika choćby z faktu, iż Zamawiający pierwotnie żądał dostarczenia przedmiotowych elektrycznych zespołów trakcyjnych bez tego urządzenia.

Izba wskazuje ponadto, iż trudność realizacji zamówienia przez określonego wykonawcę nie jest tożsama z brakiem możliwości spełnienia świadczenia przez wszystkich wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu.

O braku możliwości spełnienia całego świadczenia (wyposażenia elektrycznych zespołów trakcyjnych w urządzenia ETCS) nie świadczą również dowody przedstawione przez Odwołującego. Samo wskazanie, w przedłożonym przez Odwołującego piśmie Urzędu Transportu Kolejowego z dnia 18.06.2012 r., że do dnia dzisiejszego nie zostało wydane dopuszczenie do eksploatacji jakiegokolwiek urządzenia pokładowego Europejskiego Systemu Zarządzania Ruchem Kolejowym (ERTMS) w zakresie Europejskiego Systemu Sterowania Pociągami na poziomie 2 nie jest wystarczającą przesłanką do kwestionowania takiego wymogu i sposobu jego realizacji. Również przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia Instytutu Pojazdów Szynowych „TABOR” zawarte w piśmie z dnia 13.06.2012 r. nie wskazują na obiektywny brak możliwości spełnienia kwestionowanych przez Odwołującego wymagań wskazując jedynie na możliwe trudności organizacyjne związane z uzyskaniem wymaganych certyfikatów i dopuszczeń. Wszakże istnieją przepisy wykonawcze określające wymagania dla tego typu urządzeń, w tym wchodzące w życie z dniem 11.08.2012 r. rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 2 maja 2012 r. w sprawie interoperacyjności systemu kolei (Dz. U. z 10 maja 2012 r., poz. 492). Ponadto na terytorium RP istnieją notyfikowane ośrodki upoważnione do oceny i weryfikacji zgodności budowy pojazdów szynowych z wymogami przepisów międzynarodowych i krajowych, w tym interoperacyjności kolei, która to okoliczność wskazał Odwołujący przedkładając jako dowód pismo Instytutu Pojazdów Szynowych „TABOR”. Jak wskazał ponadto Zamawiający w toku rozprawy nic nie stoi na przeszkodzie, aby krajowe ośrodki uznały proces dopuszczenia urządzeń ETCS przez ośrodki zagraniczne z

uwzględnieniem różnic wynikających z krajowego systemu. O możliwości udziału w procesie wydania deklaracji WE zgodności kilku notyfikowanych jednostek certyfikujących świadczy § 10 ust. 1 pkt 6 oraz § 11 ust. 1 pkt 4 ww. rozporządzenia.

Izba uwzględniła w tym zakresie przedłożone przez Zamawiającego pismo PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 19.06.2011 r. (znak IAT7-0705-9/2012), w którym zostało wskazane, że niezależnie od wymienionych zobowiązań dla Polski, jako państwa członkowskiego, instalowanie systemu ERTMS/ETCS jest obowiązkowe w przypadku, gdy projekty modernizacji linii kolejowych obejmują swym zakresem urządzenia bezpiecznej kontroli jazdy (bkjp) i otrzymują wsparcie finansowe ze środków pomocowych Unii Europejskiej. W powyższym piśmie zostało wskazane, że każda modernizacja linii kolejowych realizowana na sieci PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. zostanie zakończona wdrożeniem systemu ERTMS i obejmuje m.in. następujące projekty: modernizacja linii kolejowej na odcinku Legnica – Węgliniec – Bielawa Dolna (planowane zakończenie 31.10.2013 r. oraz 24.03.2014 r.) oraz projekt i zabudowa systemu ETCS na odcinku Grodzisk Mazowiecki – Zawiercie (I etap – 12.2012 r. , cały projekt 03.2013 r.). W dalszej części powyższego pisma zostało wskazane, że w zakresie wdrożenia systemu ETCS w części pokładowej został zdefiniowany w Decyzji Komisji 2009/561/WE wymóg, że nowe lokomotywy i zespoły trakcyjne zamawiane po 1 stycznia 2012 r. lub wprowadzane do eksploatacji po 1 stycznia 2015 r. muszą być wyposażone w ERTMS.

Tym samym, biorąc pod uwagę powyższą argumentację oraz biorąc pod uwagę zarzuty podniesione w treści odwołania nie sposób uznać, iż ze względu na wprowadzoną w dniu 25.05.2012 r. modyfikację SIWZ doszło do naruszenia wskazanych w treści odwołania przepisów.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 387 ustawy Kodeks cywilny wskazując na pierwotną niemożliwość świadczenia. Sam fakt, iż dotrzymanie terminów realizacji dostawy jest utrudnione, czy nawet niemożliwe dla Odwołującego oraz Przystępującego nie przesądza jeszcze o istnieniu umowy o świadczenie niemożliwe. Obiektywny brak możliwości dochowania terminów dostawy winien być wykazany. Wobec powyższego Izba uznała, iż Odwołujący nie uprawdopodobnił, ani tym bardziej nie wykazał w dopuszczalny w ustawie Pzp sposób, iż dokonana przez Zamawiającego modyfikacja SIWZ czyni niemożliwymi do dotrzymania terminy realizacji przedmiotu zamówienia dla całego świadczenia objętego zamówieniem.

VI. W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Izba wskazuje, iż Odwołujący nie udowodnił przesłanek skutkujących koniecznością unieważnienia postępowania ze względu na obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W odwołaniu wskazał, iż powyższy zarzut ma charakter akcesoryjny i ewentualny, nie wskazując żadnych okoliczności faktycznych oraz uzasadnienia prawnego dla jego potwierdzenia. W odniesieniu do powyższego zarzutu Izba popiera w całości argumentację przedstawioną w niniejszym uzasadnieniu w zakresie zarzutu naruszenia art. 387 ustawy Kodeks cywilny.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia powyższego zarzutu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenia przez Izbę braku naruszenia przez Zamawiającego podniesionych w treści odwołania przepisów ustawy Pzp oraz ustawy Kodeks cywilny powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

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

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

Przewodniczący:

.....

