

Sygn. akt: KIO 1893/18

**WYROK**

**z dnia 8 października 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Anna Chudzik  
**Członkowie:** Katarzyna Brzeska  
Anna Wojciechowska  
**Protokolant:** Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PKP Cargo Service Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Jaworznie,**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PKP Cargo Service Sp. z o.o., PKP Cargo S.A. i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Tauron Wytwarzanie S.A. – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Obsługa bocznic kolejowych w Grupie Tauron*.

W dniu 21 września 2018 r. Konsorcjum: PKP Cargo Service Sp. z o.o., PKP Cargo S.A. wniosło odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 36 ust. 1 pkt. 12, art. 91 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 1, 5 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług w zw. z art. 66 Kc, art. 58 § 1 Kc, art. 7, 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na nieuprawnionym narzuceniu wykonawcom sporządzenia i przedstawienia w ofercie kalkulacji cen według określonych przez Zamawiającego udziałów procentowych;
- 2) art. 139 ust. 1, art. 29, art. 7 w zw. z art. 145 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> Kc, art. 58 Kc, art. 395 § 1 Kc, poprzez określenie na rzecz Zamawiającego niemal nieograniczonego prawa do odstąpienia od umowy w części w każdym czasie jej trwania, bez podania przyczyn;
- 3) art. 29, art. 7 oraz art 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 51 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie części II bez podania opisu szczegółów dot. położenia bocznic, okręgów nastawczych, urządzeń srk, pojemności torów, jak również przez brak określenia wielkości infrastruktury w terenie, brak szczegółowego określenia zakresu przynależnego wykonawcy do wykonania w zakresie utrzymania infrastruktury kolejowej i urządzeń srk, oraz poprzez brak udostępnienia regulaminu pracy bocznic i instrukcji utrzymania infrastruktury kolejowej.

### Zarzut nr 1

Odwołujący wskazał, że w punkcie 3.2.3.4 SIWZ Zamawiający przesądził, że wykonawca sporządza i przedstawia w ofercie kalkulację ceny wg wymogów określonych w Formularzu Cenowym, którego wzór stanowi Załącznik nr 1 do Formularza Oferty. Z kolei w myśl przedmiotowego Formularza cenowego (przewidzianego dla każdej z pięciu części zamówienia), cena netto oferty ma składać się z trzech komponentów:

- opłaty stałej (ryczałtowej) za eksploatacyjne utrzymanie infrastruktury kolejowej bocznicy – która ma wynosić 30% ceny oferty netto,
- opłaty stałej (ryczałtowej) za dyspozycyjność na bocznicach lokomotyw i drużyn manewrowych – która ma wynosić 10% ceny oferty netto,

- opłaty zmiennej za przemieszczenie masy towarów, szacowanej przez Zamawiającego dla Oddziału, która według wytycznych Zamawiającego ma wynosić aż 60% ceny oferty netto.

W punkcie 3 Załącznika nr 4 do Umowy Zamawiający potwierdził powyższe, wprowadzając postanowienie, zgodnie z którym podstawą rozliczenia z wykonawcą w okresach miesięcznych jest faktyczne wykonanie usługi, a wynagrodzenie stanowi sumę dwóch składników rozliczania: 30% ceny netto oferty za eksploatacyjne utrzymanie infrastruktury kolejowej bocznicy, 10% ceny netto oferty za dyspozycyjność na bocznicy lokomotyw i drużyn manewrowych zgodnie z Umową i ofertą wykonawcy potwierdzona każdorazowo przez Zamawiającego w protokole odbioru częściowego, opłaty zmiennej jako iloczynu ceny jednostkowej za 1 Mg przemieszczanej masy ładunków i ilości przemieszczonej masy ładunków w rozliczonym miesiącu realizacji Umowy, potwierdzonej przez Zamawiającego, zgodnie z Formularzem cenowym stanowiącym Załącznik nr 9 do Umowy. W punkcie 4 Załącznika nr 4 do Umowy Zamawiający wskazał, że ceny jednostkowe wskazane w Formularzu Cenowym są stałe i niezmiennie przez cały okres obowiązywania Umowy, z uwzględnieniem zapisów § 16 ust. 2 pkt 12. W pkt. 7 ww. Załącznika przesądził, że w kalkulacji cenowej Wykonawca uwzględni wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, a w szczególności koszt robocizny, koszt transportu, koszt materiałów eksploatacyjnych, części i podzespołów niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy, atesty, poświadczenia, testy itp. potwierdzające należyte wykonanie i wszystkie inne koszty związane z realizacją zamówienia zgodnie z Załącznikiem nr 2 do Umowy. Powyższą konstrukcję wynagrodzenia potwierdza § 4 ust. 2 Projektu Umowy stanowiącego Załącznik do SIWZ.

Odwołujący podniósł, że udziały procentowe poszczególnych komponentów cenowych, które ma przyjąć każdy wykonawca do kalkulacji składowych oferty są stałe i odgórnie przez Zamawiającego narzucone, w związku z czym wykonawca nie ma możliwości innego skalkulowania trzech komponentów cenowych składających się na ofertę dla każdej z pięciu części zamówienia, aniżeli według opisanego według Zamawiającego schematu. Zdaniem Odwołującego konstrukcja taka nie będzie prowadziła do prawidłowego i rzetelnego skalkulowania każdej części oferty, ale do zawyżania wysokości łącznej wartości oferty albo do przerzucenia z ryczałtowych komponentów cenowych, którym Zamawiający przyznał niski udział w całej wartości oferty na tą część zmienną wynagrodzenia, w zakresie której Zamawiający nie daje jakiegokolwiek gwarancji realizacji. Najbardziej prawdopodobnym jednak jest, że kosztem zaproponowanego mechanizmu Zamawiający zmusi wykonawców do przenoszenia kosztów z jednej pozycji do innej pozycji wynagrodzeniowej, której realizacji Zamawiający nie gwarantuje, a tym samym do przyjęcia przez wykonawcę pełnego ryzyka

związanego z brakiem realizacji tej części zakresu, która polega na przemieszczaniu masy towarów. Fundamentalny komponent wynagrodzenia, mający kluczowe znaczenie dla wysokości jego oferty dla danej części zamówienia (60 %) jest wartością niepewną, zależną wyłącznie od Zamawiającego. Zamawiający nie gwarantuje bowiem nawet minimalnego wolumenu zamówień w tym zakresie. W Załączniku nr 2 do SIWZ, określającym orientacyjne wolumeny, Zamawiający jednoznacznie wskazał: *Powyższe ilości ładunków wynikają z potrzeb eksploatacyjnych Oddziału. W przypadku wystąpienia awarii lub braku produkcji energii elektrycznej z bloków zamawiający zastrzega sobie możliwość zapewnienia do przemieszczenia mniejszej ilości ładunku niż wskazana jako szacunkowa lub nawet czasowego wstrzymania prac i nie może to stanowić podstawy do roszczeń Wykonawcy z tytułu nie wywiązania się Zamawiającego z warunków umowy, gdyż w takim przypadku obniżenie ilości ładunków do przemieszczenia nie wynika z winy Zamawiającego i jest od niego niezależne.* Kalkulując zatem stawkę za przemieszczenie 1 Mg towaru wykonawca nie ma pewności, czy faktycznie wskazana do kalkulacji masa zostanie mu zlecona, a tym samym, czy ową 60% wartość oferty w toku realizacji zadań uzyska. Co więcej, Wykonawca nie może zgłaszać jakichkolwiek roszczeń z tytułu braku realizacji umowy w szacowanej na wstępie wysokości.

Ponadto Odwołujący podniósł, powyższe działanie Zamawiającego prowadzące się do wprowadzenia stałych wartości procentowych do obliczenia każdego komponentu cenowego w stosunku do łącznej wartości oferty netto, dokonywane jest bez uwzględnienia indywidualnych warunków każdego wykonawcy, i każdego zakresu zadania zarazem, w konsekwencji, czego przyjmuje ono fikcję, że u każdego wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu wyceniane trzy komponenty cenowe będą miały identyczny wymiar procentowy w łącznej wysokości oferty, bez względu na to, której części zamówienia będzie ona dotyczyć. W przekonaniu Odwołującego, takie określenie sposobu obliczenia wartości oferty wykracza dalece poza uprawnienie Zamawiającego do określenia sposobu obliczania ceny zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, który przewiduje prawo i obowiązek Zamawiającego do wskazania opisu sposobu ustalenia ceny oferty, co jest ograniczone do kwestii technicznych, dotyczących wyliczania ceny, niemających wpływu na wysokość ceny, czy jej składników. Opis sposobu obliczenia ceny polega na wskazaniu, np. czy cena ma być podana kosztorysowo, czy ryczałtowo. Kwestionowane postanowienia SIWZ stanowią natomiast narzucenie sposobu obliczenia ceny w znaczeniu materialnym, mającym wpływ na wysokość składników ceny i na jej strukturę, do czego ustawa Pzp nie uprawnia. Zdaniem Odwołującego działanie Zamawiającego stanowi naruszenie przepisu art. 36 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie jest uprawniony do wpływania na treść oświadczenia woli wykonawcy poprzez narzucanie mu wysokości procentu do obliczenia danego komponentu cenowego w stosunku do łącznej ceny oferty Wykonawcy. Z uwagi na to, że Zamawiający nie ma kompetencji w zakresie kształtowania cen ofert, które zostaną złożone przez wykonawców, czynność polegająca na powyższym narzuceniu powinna być zakwalifikowana jako utrudniająca uczciwą konkurencję, gdyż każdy z wykonawców działa według własnych indywidualnych możliwości, wykorzystując dostępne mu technologie, warunki techniczne i organizacyjne, które siłą rzeczy mają indywidualne przełożenie na sposób kalkulacji cen oferty. Nie jest więc możliwe, by kalkulacja poszczególnych składowych oferty przez różnych wykonawców mogła odpowiadać udziałowi procentowemu poszczególnego komponentu cenowego w łącznej wysokości oferty, narzuconego przez Zamawiającego. Wprowadzenie przez Zamawiającego takiego wskaźnika procentowego stwarza fikcję w zakresie kalkulacji ceny i rozliczenia finansowego za wykonanie przedmiotu zamówienia, a konsekwencje tego mogą być niekorzystne nie tylko dla wykonawców, ale również mogą narażać Zamawiającego na poniesienie kosztów wyższych niż rzeczywiste. Jeśli bowiem wykonawca skalkuluje swoje koszty na poziomie wyższym niż wymagany przez Zamawiającego dla określonych prac w ramach danego komponentu cenowego, to nadwyżkę tych kosztów będzie musiał przenieść do innych pozycji, w których jego koszty rzeczywiste będą niższe niż poziom procentowy wymagany przez Zamawiającego, albo też będzie zmuszony zawyżyć pozostałe pozycje, a tym samym cenę ofertę, aby spełnić wymogi określonych udziałów procentowych w poszczególnych składowych cenowych oferty narzuconych przez zamawiającego. Zaskarżone postanowienia SIWZ doprowadzają do sytuacji, w której wykonawcy celowo będą albo niedoszacowywać dwóch pierwszych pozycji ryczałtowych, aby wygrać postępowanie, przyjmując jednocześnie całe ryzyko na siebie, albo zawyżać poszczególne komponenty po to tylko, aby finalnie zbalansować ryzyko poniesienia strat na skutek braku gwarantowanego wolumenu zamówień.

Odwołujący podniósł, że na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może być zobowiązany do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w celu ustalenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z uwagi na przesądzone sztywno przez Zamawiającego wysokości procentowego udziałów danego komponentu cenowego w ogólnej wartości oferty wyjaśnienie rzeczywistych kosztów przez wykonawcę, będzie prowadziło de facto do zaprzeczenia treści złożonej oferty, co narażałoby wykonawcę na negatywne konsekwencje w postaci odrzucenia oferty.

Zdaniem Odwołującego, interpretacja systemowa i celowościowa przepisów ustawy Pzp w pełni potwierdza powyższy wniosek. W myśl art. 91 ust. 1 ustawy Zamawiający

wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Stosownie zaś do art. 91 ust. 2 ustawy, kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. W art. 2 pkt 1 ustawy Pzp ustawodawca zamieścił definicję ceny, przez którą należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług. W myśl wspomnianej regulacji ustawowej cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Mając na względzie przywołane wyżej regulacje ustawowe należy dojść do wniosku, że przepisy ustawy Pzp nie umożliwiają Zamawiającemu określenia w SIWZ mechanizmu ustalenia składowych ceny oferty. Cena zaoferowana przez wykonawców ma być bowiem odpowiednikiem wartości wynagrodzenia należnego za daną dostawę, usługę lub robotę budowlaną. Zamawiający nie jest władny narzucać wykonawcom cen, za które są oni gotowi zrealizować konkretne zamówienie. Jeśli cena ma być ekwiwalentem dostawy, usługi lub roboty budowlanej, to wykonawca musi mieć pełną swobodę w zakresie jej obliczania. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przywołał uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wydanego w sprawie KIO/UZP 586/09, KIO/UZP 600/09, a także w sprawie KIO 2747/13.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ poprzez:

- a) usunięcie pkt. 3 z każdej tabeli zawartej w Formularzu Cenowym stanowiącym Załącznik do Formularza Oferty dla każdej z pięciu części zamówienia, określającego wskaźniki procentowe decydujące o finalnej wysokości poszczególnej składowej danej oferty, tj. poprzez usunięcie kolumny z treścią: „% ceny netto oferty” i wpisanych w niej odpowiednio 30%, 10% oraz 60% odnoszących się do opłaty stałej (ryczałtowej) za eksploatacyjne utrzymanie infrastruktury kolej owej bocznicy, opłaty stałej (ryczałtowej) za dyspozycyjność na bocznicy lokomotyw i drużyny manewrowej oraz opłaty zmiennej za przemieszczenie masy towarów, szacowanej przez Zamawiającego dla Oddziału), a także poprzez dostosowanie do ww. zmiany pozostałej numeracji rubryk w tabelach Formularza Cenowego
- b) usunięcie z pkt. 3 Załącznika nr 4 do Umowy pn. „Zasady wynagradzania” zwrotów: „30% ceny netto oferty za eksploatacyjne utrzymanie infrastruktury kolejowej bocznicy tj. (...)” oraz zwrotu „10% ceny netto oferty za dyspozycyjność na bocznicy lokomotyw i drużyn manewrowych zgodnie z Umową i ofertą Wykonawcy (...), potwierdzona każdorazowo przez Zamawiającego w protokole odbioru częściowego” i zastąpienie ich następującymi zwrotami „kwota w wysokości .... zł netto (słownie...) z tytułu

eksploatacyjnego utrzymania infrastruktury kolejowej boczniczy” oraz „kwota w wysokości .... zł netto (słownie...) za dyspozycyjność na boczniczy lokomotyw i drużyn manewrowych zgodnie z Umową i ofertą Wykonawcy”.

Zarzut nr 2

Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 5 Załącznika nr 6 do Umowy: *Niezależnie od możliwości odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego na podstawie ust. 2 lub 3 powyżej oraz innych postanowień Umowy, Zamawiający może od Umowy odstąpić w części z zachowaniem 14-dniowego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego, w którym doręczone zostanie Wykonawcy oświadczenie o odstąpieniu, także bez podawania przyczyn, w zakresie w jakim Umowa nie została jeszcze wykonana na dzień skuteczności oświadczenia o odstąpieniu. W takim przypadku ust. 4 powyżej nie ma zastosowania.*

Odwołujący podniósł, że Zamawiający przyznał sobie w ten sposób prawo do fundamentalnej modyfikacji stosunku umownego z terminowego, tj. przewidzianego do realizacji przez Zamawiającego na 36 miesięcy (dla I,III, IV i V części zamówienia)/32 miesiące (dla II części zamówienia) na taki, który w każdej chwili może zostać *rozwiązany*, nawet po miesiącu obowiązywania. Zdaniem Odwołującego, możliwość odstąpienia od umowy w części bez podawania powodów jest niezgodna z celem umowy o zamówienie publiczne i nie korzysta z zasady swobody umów. Odwołujący powołał się na wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 24/14, z którego wynika, że z punktu widzenia osiągnięcia celów, którym służą umowy realizacyjne zamówień publicznych i bez ustalenia zasad rozliczeń z tym związanych niedopuszczalne jest zastrzeżenie bezwarunkowej możliwości trzymiesięcznego terminu wypowiedzenia. Podniósł, że tym bardziej niedopuszczalny jest termin 14-dniowy dla częściowego odstąpienia od umowy bez podawania przyczyn. Postanowienie takie nie gwarantuje stałości stosunku zobowiązaniowego ani też nie stwarza pewności, co do zakresu świadczeń na rzecz Zamawiającego. W ocenie Odwołującego Zamawiający w ten sposób pozbawia wykonawców możliwości realnego skalkulowania wartości oferty. Zakładając bowiem, że każdy wykonawca jako przedsiębiorca dąży w ramach prowadzonej działalności gospodarczej do osiągnięcia zysku/unikania strat, to należy przyjąć, że w sytuacji braku gwarancji essentialia negotii wykonawcy będą niejako zmuszeni do zawyżenia wartości ofert, co zapewne nie pozostaje w sferze zainteresowania Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego postanowienie punktu 5 Załącznika nr 6 do umowy jest niezgodne z art. 395 § 1 Kc, zgodnie z którym można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Prawo to



wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie. Odwołujący podniósł, że Zamawiający wadliwie skonstruował termin, do którego będzie uprawniony do odstąpienia od niej, gdyż 14-dniowe wypowiedzenie przy konstrukcji odstąpienia od umowy nie jest terminem, w rozumieniu art. 395 Kc. Odwołujący powołał się na wyroki Sądu Apelacyjnego w Warszawie VI ACa 1283/15 oraz 1260/15, w uzasadnieniach których Sąd stwierdził, że termin na odstąpienie od umowy musi być oznaczony przez wskazanie zdarzenia przyszłego i pewnego (najczęściej określa się go datą), a brak oznaczenia terminu powoduje, że zastrzeżenie prawa odstąpienia jest nieważne.

Odwołujący podniósł, że za nieprawidłową uznać należy sytuację, w której Zamawiający usiłuje w umowie zawrzeć postanowienia umożliwiające mu zakończenie stosunku umownego przed upływem okresu na który została on zawarty, bez względu na przyczynę, tym bardziej że art. 145 ustawy Pzp możliwość odstąpienia od umowy ogranicza wyłącznie do sytuacji, gdy wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ poprzez usunięcie punktu 5 Załącznika nr 6 do Umowy.

### Zarzut nr 3

Odwołujący wskazał, że dla II części zamówienia na podstawie SIWZ i przeprowadzonej wizji lokalnej nie jest w stanie przygotować rzetelnie oferty cenowej, a to z uwagi na fakt, że w Załączniku nr 1 do projektu umowy w zakresie charakterystyki ogólnej bocznicy (tj. położenia bocznicy, okręgów nastawczych, urządzeń srk, pojemności torów) Zamawiający ograniczył się jedynie do stwierdzenia „bocznica w budowie”, a informacje te są niezbędne z punktu widzenia planowanych przez Wykonawcę zasobów technicznych i osobowych.

Problemem jest również brak określenia wielkości infrastruktury w terenie, w odniesieniu do której Zamawiający nie określił m.in. km torów, ilości i rodzaju rozjazdów oraz w jakim zakresie przez Wykonawcę będzie do utrzymania infrastruktura kolejowa i urządzenia srk, nie podał również zasad pracy na rzeczowej bocznicy. Jednocześnie wykaz prac zawartych w Załączniku nr 2 dla tej części zamówienia nakłada na wykonawcę obowiązki w zakresie utrzymania infrastruktury kolejowej bocznicy, w tym prace remontowe eksploatacyjne do 30% długości torów lub do 30% elementów rozjazdów, skrzyżowań torów, rozjazdów i urządzeń srk zgodnie z wewnętrznymi instrukcjami Zleceniodawcy. Co istotne, Załącznik nr 2 do projektu umowy zawiera wykaz prac tożsamy z wykazem prac dla części I, z wyjątkiem obsługi technicznej nastawni, która to obsługa znajduje się w wykazie prac dotyczącym części I (Elektrowni Jaworzno III). Zawarty w tym załączniku zakres czynności na poszczególnych stanowiskach pracy jest dokładnie taki sam jak dla części nr I, łącznie

z przywołanym Regulaminem pracy bocznic kolejowej Elektrowni Jaworzno III, co najprawdopodobniej oznacza, że nie opracowano Regulaminu pracy bocznic kolejowej Elektrowni Nowe Jaworzno Grupa Tauron. Tymczasem, podstawowym i niezbędnym dokumentem dla każdej bocznic jest regulamin pracy bocznic i instrukcji utrzymania infrastruktury kolejowej (bez których żadna bocznic nie może funkcjonować). Podczas wizji lokalnej Zamawiający nie udostępnił Regulaminu pracy bocznic Nowe Jaworzno Grupa TAURON Sp. z o. o., pomimo że w SIWZ zobowiązał się do udostępnienia.

Odwołujący podkreślił, że opis przedmiotu zamówienia stanowi obligatoryjny składnik SIWZ, o czym stanowi art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy. Zgodnie z art. 51 ust. 4 ustawy w przetargu ograniczonym kompletną specyfikację należy przekazać wyselekcjonowanym wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert. Przepisy nie przewidują wyjątku od tych zasad. W związku z powyższym bez tej dokumentacji opis przedmiotu zamówienia nie jest jednoznaczny i wyczerpujący, nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym utrudnia konkurencję, co stanowi o naruszeniu art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy i art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ poprzez wprowadzenie precyzyjnego, jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w Załączniku nr 1 i 2 do SIWZ w zakresie części II zamówienia, poprzez wskazanie szczegółów dot. położenia bocznic, okręgów nastawczych, urządzeń srk, pojemności torów Zamawiającego wielkości infrastruktury w terenie, a także poprzez określenie zakresu przynależnego wykonawcy do wykonania w zakresie utrzymania infrastruktury kolejowej i urządzeń srk, oraz poprzez udostępnienie dedykowanego dla tej bocznic regulaminu pracy bocznic i instrukcji utrzymania infrastruktury kolejowej.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 1

Izba ustaliła, że zgodnie z 3.2.3.4 SIWZ wykonawca sporządza i przedstawia w ofercie kalkulację ceny wg wymogów określonych w Formularzu cenowym, którego wzór stanowi Załącznik nr 1 do Formularza Oferty.

Zgodnie z wzorem Formularza cenowego, w brzmieniu obowiązującym w dacie wniesienia odwołania, cena netto oferty miała składać się z:

- opłaty stałej (ryczałtowej) za eksploatacyjne utrzymanie infrastruktury kolejowej bocznic – która miała wynosić 30% ceny oferty netto,
- opłaty stałej (ryczałtowej) za dyspozycyjność na bocznic lokomotyw i drużyn manewrowych – która miała wynosić 10% ceny oferty netto,
- opłaty zmiennej za przemieszczenie masy towarów, szacowanej przez Zamawiającego dla Oddziału, która miała wynosić 60% ceny oferty netto.

W dniu 1 października 2018 r. Zamawiający dokonał modyfikacji Formularza cenowego, stanowiąc, że cena netto ma składać się z opłaty stałej (ryczałtowej) za eksploatacyjne utrzymanie infrastruktury bocznic kolejowej (40%) oraz z opłaty zmiennej za przemieszczenie masy towarów, szacowanej przez Zamawiającego dla Oddziału (60%).

W ocenie Izby, mimo dokonanej przez Zamawiającego zmiany Formularza cenowego, zarzut odwołania pozostał aktualny, modyfikacja Formularza nie zmieniła bowiem tego, co było istotą zarzutu, czyli podziału wynagrodzenia wykonawcy na część stałą i zmienną, z określeniem udziału procentowego tych elementów wynagrodzenia w cenie ofertowej netto.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że tak określone wynagrodzenie narusza przepisy art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, który stanowi, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera opis sposobu obliczenia ceny oraz art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, przykładowo określone w tym przepisie. Odwołujący powołał się na definicję ceny, do której odsyła art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a którą określa art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług, stanowiąc, że cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę oraz że w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu tymi podatkami. Ponadto Odwołujący powołał się na przepisy art. 66 Kc, art. 58 § 1 Kc.

W ocenie Izby żaden z przytoczonych przepisów nie został naruszony.

Zauważenia wymaga, że na przedmiot zamówienia składają się dwie grupy różnych rodzajowo usług. Po pierwsze jest to eksploatacyjne utrzymanie bocznic kolejowej, po drugie – przemieszczanie ładunku po bocznic kolejowej Zamawiającego. Pierwszy ze wskazanych elementów charakteryzuje się tym, że dotyczy stałych, bieżących prac, drugi natomiast dotyczy świadczeń zależnych od zapotrzebowania Zamawiającego, a ich zakres ilościowy jest na etapie przetargu jedynie szacunkowy. Różnica rodzajowa między tymi dwiema grupami usług uzasadnia, zdaniem Izby, podział wynagrodzenia wykonawcy na część stałą, mającą charakter ryczałtu oraz część zmienną, zależną od ilości faktycznie przemieszczonego ładunku.

Jednocześnie Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości w ustaleniu udziałów procentowych poszczególnych rodzajów wynagrodzenia. Po pierwsze stwierdzić należy, że sam fakt ustalenia przez Zamawiającego wartości procentowych poszczególnych rodzajów wynagrodzenia, wbrew twierdzeniom Odwołującego nie stanowi naruszenia przepisów prawa. Zauważenia wymaga, że swobodę wykonawcy w ustalaniu ceny oferty należy rozpatrywać z uwzględnieniem specyfiki zamówień publicznych, przy których udzielaniu podmioty zamawiające zostały ustawowo wyposażone w określone uprawnienia i obowiązki. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp zamawiający podaje w SIWZ opis sposobu obliczenia ceny, co oznacza, że jest on władny określić wytyczne w tym zakresie. Oczywistym jest, że nie może się to odbywać na zasadzie dowolności i bez poszanowania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, a narzucony przez Zamawiającego sposób obliczenia ceny musi znajdować uzasadnienie w charakterze przedmiotu zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie ustalenie wynagrodzenia składającego się z ryczałtu oraz części zmiennej jest uzasadnione przedmiotem zamówienia, obejmującym – jak wyżej wskazano – świadczenia dwojakiego rodzaju. W ocenie Izby ze względu na mieszany charakter wynagrodzenia zasadne było określenie procentowego udziału każdego z dwóch elementów w cenie całkowitej. To właśnie pozostawienie wykonawcom dowolności w tym zakresie, a nie – jak twierdził Odwołujący – określenie poziomu procentowego, mogłoby prowadzić do nieporównywalności ofert, wynikającej z różnego podejścia poszczególnych wykonawców do wyceny oferty, stwarzałoby również ryzyko takiego podzielenia wynagrodzenia przez wykonawców, że ze szkodą dla Zamawiającego nie byłoby ono ekwiwalentem świadczeń o charakterze stałym oraz faktycznie wykonanych przemieszczeń ładunków. Tego typu mechanizm, polegający na określeniu progów procentowych poszczególnych składników wynagrodzenia, bywa stosowany w zamówieniach publicznych i o ile znajduje on uzasadnienie w charakterze przedmiotu zamówienia, nie ma podstaw do jego kwestionowania. Podkreślenia wymaga, że wyliczenie całkowitej ceny za realizację

zamówienia w zakresie obu elementów należy do wykonawcy, który ma swobodę w zakresie jej kalkulacji, stosownie do swojej polityki biznesowej, uwarunkowań towarzyszących jego działalności, szacowanych kosztów i ryzyka. Biorąc powyższe pod uwagę nie sposób twierdzić, że Zamawiający przekroczył swoje ustawowe uprawnienia do określenia sposobu obliczenia ceny, naruszając jednocześnie prawo wykonawcy do określenia ceny za oferowane usługi.

Po drugie zauważenia wymaga, że Odwołujący nie wykazał, aby sama wysokość udziałów procentowych została ustalona nieprawidłowo, w oderwaniu od faktycznej relacji kosztów związanych z realizacją usług bieżących i zapewnienia gotowości do kosztów związanych z przemieszczaniem ładunków. Jak wskazał Zamawiający, podstawą określenia tych udziałów było jego doświadczenie z czasu, kiedy sam realizował obsługę bocznic. Odwołujący nie wykazał, jaka relacja tych komponentów wynagrodzenia byłaby prawidłowa i oddająca rzeczywisty stosunek poszczególnych rodzajów kosztów. Odwołujący skupił się na okoliczności, że komponent wynagrodzenia, któremu Zamawiający przyznał 60-procentowy udział w wartości netto całej oferty, jest wartością niepewną, gdyż Zamawiający nie gwarantuje nawet minimalnego wolumenu zamówień w tym zakresie. Odnosząc się do tej tezy zauważyć należy, że Zamawiający wskazał w SIWZ przewidywane masy ładunku do przemieszczenia liczone, natomiast profesjonalny wykonawca powinien umieć oszacować i wycenić ryzyko związane z wahaniami w ilości przemieszczanego ładunku, co nie powinno stanowić problemu zwłaszcza dla Odwołującego, który od kilku lat świadczy na rzecz Zamawiającego usługi z zakresu obsługi bocznic kolejowych. Trudno natomiast zakładać brak realizacji przewozów w okresie obowiązywania umowy. Jak wskazał Zamawiający, musiałoby to oznaczać w praktyce całkowite wyłączenie którejś elektrowni, co jest zdarzeniem możliwym jedynie teoretycznie. Odwołujący nie uprawdopodobnił nawet, że takie ryzyko realnie istnieje.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Zamawiający nie naruszył wskazanych przez Odwołującego przepisów prawa.

#### Zarzut nr 2

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 5 Załącznika nr 6 do Umowy, w brzmieniu obowiązującym w dacie wniesienia odwołania, *niezależnie od możliwości odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego na podstawie ust. 2 lub 3 powyżej oraz innych postanowień Umowy, Zamawiający może od Umowy odstąpić w części z zachowaniem 14-dniowego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego, w którym doręczone zostanie Wykonawcy oświadczenie o odstąpieniu, także bez podawania*

*przyczyn, w zakresie w jakim Umowa nie została jeszcze wykonana na dzień skuteczności oświadczenia o odstąpieniu. W takim przypadku ust. 4 powyżej nie ma zastosowania.*

W dniu 1 października Zamawiający dokonał zmiany powyższego postanowienia, nadając mu brzmienie: *Niezależnie od możliwości odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego na podstawie ust. 2 lub 3 powyżej oraz innych postanowień Umowy, Zamawiający może umowę wypowiedzieć z zachowaniem 3-miesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego.*

W ocenie Izby dokonana zmiana spowodowała, że podniesiony w odwołaniu zarzut, odnoszący się do nieprawidłowego określenia instytucji odstąpienia od umowy, dotyczy stanu, który nie istnieje w dacie orzekania. Istotą tego zarzutu było bowiem kwestionowanie zgodności z przepisami ustawy Pzp i Kc nieograniczonego prawa Zamawiającego do odstąpienia od umowy, w tym sposobu określenia terminu wykonania tego prawa. W wyniku dokonanej modyfikacji SIWZ kwestionowane prawo zostało wykreślone, a w jego miejsce Zamawiający wprowadził prawo do rozwiązania umowy za wypowiedzeniem, z zachowaniem 3-miesięcznego terminu wypowiedzenia. Zmienił się więc nie tylko termin, ale przede wszystkim umowne prawo odstąpienia, uregulowane w art. 395 Kc, zostało zastąpione prawem rozwiązania umowy za wypowiedzeniem. W treści odwołania nie kwestionowano prawidłowości takiego uprawnienia, a Izba – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jednocześnie, zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Oznacza to, że Izba zobowiązana jest przy wyrokowaniu uwzględnić fakt, że objęte zarzutem postanowienie SIWZ zostało z tego dokumentu usunięte i zastąpione innym, odmiennym pod względem merytorycznym, postanowieniem. Tym samym należy stwierdzić, że przestał istnieć substrat zaskarżenia, co powoduje, że odwołanie w tym zakresie podlegało oddaleniu.

### Zarzut nr 3

Przedmiotowy zarzut sprowadzał się do tego, że w odniesieniu do części II zamówienia w załączniku nr 1 do projektu umowy (Ogólne informacje o przedmiocie zamówienia) w odniesieniu do charakterystyki ogólnej boczniczy Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia „bocznica w budowie”, co – zdaniem Odwołującego – nie pozwala rzetelnie przygotować oferty.

Izba ustaliła, że w zakresie części II zamówienia w załączniku Nr 1 do umowy (w brzmieniu obowiązującym w dacie wniesienia odwołania), przedstawiając ogólną charakterystykę boczniczy kolejowej Zamawiający ograniczył się do informacji, że bocznica jest w budowie. W dniu 1 października 2018 r. Zamawiający dokonał zmiany SIWZ,

uzupełniając opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Zamawiający podał następujące informacje:

- charakterystykę ogólną boczniczy według stanu obecnego, w tym punkty ładunkowe podlegające obsłudze manewrowej i sposób wykonywania prac manewrowych,
- opis położenia boczniczy, okręgów nastawczych i punktów ładunkowych,
- urządzenia zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym,
- pojemność torów, ilość rozjazdów, wykolejnic i skrzyżowań,
- urządzenia trakcyjne i środki trakcyjne,
- organizacja prac – stan projektowany, w tym podział rejonów manewrowych i sposób ich obsługi, posterunki ruchu NJGT i inne stanowiska obsługowe, obsada służb kolejowych

Należy więc stwierdzić, że opis przedmiotu zamówienia dotyczący części II zamówienia, zamieszczony w załączniku Nr 1 do umowy, był w dacie orzekania różny od stanu, który był przedmiotem zarzutów odwołania. W zakresie, w jakim opis ten został uzupełniony, zarzuty odwołania należy uznać za niezasadne, jako dotyczące stanu historycznego. Nie zmienia tego złożone przez Odwołującego na rozprawie oświadczenie, że opis ten nadal nie jest wystarczający do sporządzenia oferty, co było jedynie gołosłownym oświadczeniem, niepopartym żadnym wywodem, a przede wszystkim – kwestionowanie obecnego brzmienia opisu przedmiotu zamówienia wykracza poza granice zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W ocenie Izby zarzut Nr 3 pozostaje po zmianie SIWZ aktualny jedynie w zakresie nieudostępnienia regulaminu pracy boczniczy kolejowej, w tym bowiem zakresie Zamawiający nie dokonał zmiany. Zarzut ten Izba oceniła jako bezzasadny.

Stosownie do art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera opis przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 29 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (§1), przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (§2).

W ocenie Izby Zamawiający, nie przekazując wykonawcom regulaminu pracy boczniczy kolejowej, nie naruszył przywołanych wyżej przepisów.

Zauważyć należy, że obecnie przedmiotowa bocznicza znajduje się w fazie budowy, co jest okolicznością bezsporną. W związku z tym nie istnieje jeszcze obowiązujący dla tej boczniczy regulamin. Jednocześnie nie zostało wykazane, aby już w trakcie realizacji

inwestycji regulamin taki mógł i powinien istnieć. Przede wszystkim jednak Odwołujący w żadnej mierze nie wykazał, w jaki sposób brak tego regulaminu wpływa na możliwość prawidłowego przygotowania oferty. Odwołujący ograniczył się do stwierdzenia, że regulamin jest podstawowym i niezbędnym dokumentem dla każdej bocznicą kolejowej, nie podejmując nawet próby wykazania konieczności dysponowania tym regulaminem już przy sporządzaniu oferty. Tymczasem to właśnie na Odwołującym – stosownie do art. 190 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6 Kc – spoczywał ciężar wykazania, że brak regulaminu pracy bocznicą powoduje niezgodność opisu przedmiotu zamówienia z dyspozycją art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo podkreślenia wymaga, że Zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy w związku ze zmianą regulaminu pracy bocznicą kolejowej (§ 16 ust. 2 pkt 13 umowy), co stanowi dla wykonawcy zabezpieczenie na wypadek, gdyby na etapie wykonywania umowy zmiany w tym zakresie wpłynęły na jego zakres obowiązków czy ponoszone koszty.

Wobec powyższego zarzut należało uznać za niezasadny.

W związku z niestwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....