

**WYROK**

**z dnia 6 maja 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2013 r. przez **NEWAG Spółkę Akcyjną w Nowym Sączu** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Zachodniopomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego w Szczecinie**

przy udziale wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna w Bydgoszczy**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **NEWAG Spółkę Akcyjną w Nowym Sączu** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **NEWAG Spółkę Akcyjną w Nowym Sączu** tytułem wpisu od odwołania.

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

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Województwo Zachodniopomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie i dostawę 9 sztuk czteroczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych do obsługi międzywojewódzkiego kolejowego ruchu pasażerskiego, zwanych dalej (ezt) z możliwością wykorzystania prawa opcji dotyczącym zamówienia dodatkowo do 8 elektrycznych zespołów trakcyjnych oraz możliwością złożenia zamówienia uzupełniającego.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 22 kwietnia 2013 roku wykonawca NEWAG Spółka Akcyjna w Nowym Sączu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie: 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w pkt. IV.2.1) ppkt 2 Ogłoszenia o Zamówienia oraz w pkt XVII ppkt 1.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”) jako kryterium oceny ofert terminu dostawy - przekazania do eksploatacji pierwszych trzech pojazdów, przy jego wadze 40 %. 2) art. 353 [1] KC w związku z art. 483 § 1 KC oraz 139 ust. 1 i art. 14 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w § 7 ust. 1 pkt 1), 2) 3) oraz § 7 ust. 2 wzoru umowy kar umownych za nienależyte wykonanie zobowiązań dotyczących poszczególnych pojazdów, stanowiących przedmiot dostawy, w wysokości 0,1 % całkowitej wartości przedmiotu umowy, co stanowi naruszenie natury stosunku zobowiązaniowego - umowy dostawy poprzez wprowadzenie kar umownych w wysokości rażąco wygórowanej, której zapłata prowadziłaby do bezpodstawnego wzbogacenia zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmianę SIWZ oraz Ogłoszenia o Zamówieniu poprzez: 1) wykreślenie IV.2.1) ppkt 2 Ogłoszenia o Zamówienia oraz pkt XVII ppkt 1.2. SIWZ z jednoczesną zmianą IV.2.1) ppkt 1 Ogłoszenia o Zamówienia oraz pkt XVII ppkt 1.1. poprzez ustalenie wagi kryterium oceny ofert - ceny ofertowej na 100 % ewentualnie (w razie nieuwzględnienia powyższego): zmianę IV.2.1) ppkt 2 Ogłoszenia o Zamówienia oraz pkt XVII ppkt 1.2. i pkt VII ppkt 3 SIWZ poprzez odniesienie treści kryterium oceny ofert - terminu dostawy do wszystkich dziewięciu EZT oraz ustalenie wagi kryterium terminu dostawy na 5% z jednoczesną zmianą IV.2.1) ppkt 1 Ogłoszenia o Zamówienia oraz pkt XVII ppkt 1.1. poprzez ustalenie wagi kryterium oceny ofert - ceny ofertowej na 95 % ewentualnie (w razie nieuwzględnienia powyższych): zmianę IV.2.1) ppkt 2 Ogłoszenia o

Zamówienia oraz pkt XVII ppkt 1.2. SIWZ poprzez ustalenie wagi kryterium terminu dostawy na 5% z jednoczesną zmianą IV.2.1) ppkt 1 Ogłoszenia o Zamówienia oraz pkt XVII ppkt 1.1. poprzez ustalenie wagi kryterium oceny ofert - ceny ofertowej na 95 % 2) zmianę § 7 ust. 1 pkt 1), 2) 3) wzoru umowy poprzez zmianę podstawy określania wysokości kar umownych oraz kwoty maksymalnej kary umownej z wynagrodzenia należnego wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy, określonego w § 6 ust 1 wzoru umowy, na cenę brutto danego EZT, określoną w § 6 ust 2 wzoru umowy, wraz ze zmianą § 7 ust. 2 wzoru umowy poprzez jego odniesienie wyłącznie do § 7 ust. 1 pkt 5) i pkt 6) wzoru umowy

Odwołujący podniósł, że na rynku elektrycznych zespołów trakcyjnych (dalej jako „EZT”) w Polsce jako wykonawcy produkujący całkowicie nowe pojazdy od 2005 roku aktywnie w postępowaniach uczestniczy spółka Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Bydgoszczy (dalej jako „PESA”) wraz ze spółką zależną Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego Mińsk Mazowiecki S.A. oraz odwołujący. Pierwsze całkowicie nowe pojazdy elektryczne wprowadziła na rynek PESA w ramach dostawy 14 sztuk pojazdów 16WEk w 2007 roku. Podział rynku pomiędzy wskazane podmioty potwierdzają udzielone zamówienia na dostawę/modernizację EZT w ostatnich kilku latach. Jednocześnie brak jest zainteresowania innych producentów zagranicznych udziałem w postępowaniach na dostawę elektrycznych zespołów trakcyjnych w Polsce.

Podmioty z kapitałem zagranicznym biorą udział w postępowaniach na dostawę EZT wyłącznie gdy ich przedmiotem jest dostawa kilkunastu sztuk, a terminy dostaw pierwszych pojazdów są stosunkowo odległe. Postępowaniami, w których brały udział podmioty z kapitałem zagranicznym w ostatnim czasie były: postępowanie na dostawę 22 EZT dla Wielkopolski, 20 dwuczłonowych EZT dla Łódzkiej Kolei Aglomeracyjnej oraz postępowanie na dostawę 20 pojazdów dla PKP Intercity. W obydwu wskazanych postępowaniach terminy dostawy pierwszych pojazdów były dłuższe od 15 miesięcy, a zamówienie dotyczyło ponad 20 pojazdów. Dlatego też, biorąc pod uwagę przedmiot niniejszego postępowania (9 pojazdów) oraz stosunkowo krótki termin dostawy pierwszych dwóch EZT (5 grudnia 2013 r.) krąg podmiotów, które realnie będą konkurować o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu zawężony jest do PESY oraz odwołującego.

W ocenie odwołującego obecna treść IV.2.1) ppkt 2 Ogłoszenia o Zamówienia oraz pkt XVII ppkt 1.2. SIWZ stanowi ograniczenie uczciwej konkurencji poprzez bezpośrednie faworyzowanie przez zamawiającego jednego wykonawcy, tj. spółki PESA. PESA zawarła umowę z Województwem Wielkopolskim dnia 08.02.2011 r. nr DT/V/67/2011, której przedmiotem jest dostawa 22 sztuk czteroczłonowych EZT dostarczanych sukcesywnie na

podstawie uzgodnionego harmonogramu, najpóźniej do upływu 40 miesięcy od podpisania umowy. Specyfikacja techniczna EZT dostarczanych przez PESE dla Województwa Wielkopolskiego jest bardzo zbliżona do specyfikacji technicznej pojazdów wymaganych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, co wynika z porównania SIWZ do załącznika nr 3 do umowy nr DT/V/67/2011- karta warunków technicznych. Zgodnie z pierwotnym harmonogramem stanowiącym załącznik nr do umowy nr DT/V/67/2011, PESA była zobowiązana dostarczyć pierwszy EZT w terminie 18 miesięcy od podpisania umowy (sierpień 2012), drugi EZT w terminie 21 miesięcy, a następnie w miesięcznych odstępach. Następnie strony podpisały aneks nr 1 z dnia 18.05.2011 r., gdzie zmieniono harmonogram dostaw. Zgodnie z nowym harmonogramem, dostawa 8 EZT powinna nastąpić do końca 2012 r., a pozostałe powinny zostać dostarczone w miesięcznych terminach ezł począwszy od 31.01.2013 r. Jednakże, ze względu na problemy finansowe zamawiającego oraz skłonność zamawiającego do odroczenia terminu płatności, który powiązany jest z terminem dostawy pojazdów, strony zawarły kolejny aneks do umowy zmieniający harmonogram dostaw EZT. Zgodnie z terminami dostaw ustalonymi na podstawie aneksu nr 2 z dnia 04.12.2012 r., z 8 pojazdów, które pierwotnie powinny zostać dostarczone w 2012 r. pozostawiono dostawę jedynie 5, natomiast terminy dostaw pozostałych 3 zostały przesunięte na rok 2013. Terminy dostaw kolejnych 6 pojazdów mających zostać dostarczone w pierwszej połowie 2013 zostały odroczone o około 4 miesiące. Województwo Wielkopolskie jest w pełni zainteresowane przesuwaniem terminu dostaw EZT, które zobowiązana jest dostarczyć PESA. przesunięcia terminów trzech EZT, których dostawa miała nastąpić w 2012 r., oraz odroczeniem kolejnych sześciu EZT, których dostawa była przewidziana na pierwszą połowę 2013 r., obecnie PESA dysponuje przynajmniej trzema praktycznie ukończonymi EZT. W związku ze zbieżnością specyfikacji technicznej tych pojazdów z wymaganiami zawartymi w SIWZ, w razie udzielenia przez Zamawiającego zamówienia w niniejszym postępowaniu na rzecz PESY, po niewielkiej adaptacji, owe pojazdy (w szczególności główne komponenty) będą mogły zostać wykorzystane w celu jak najszybszej realizacji zamówienia, którego dotyczy niniejsze odwołanie. Jednocześnie odwołujący wskazuje, iż produkcja EZT na potrzeby danego zamówienia wynosi od 6 do 10 miesięcy. Dlatego też, inni wykonawcy poza PESA, którzy nie są w stanie użyć pojazdów mających być pierwotnie dostarczonych innym zamawiającym, z przyczyn obiektywnych nie będą w stanie dostarczyć pojazdów w tak krótkim terminie jak PESA. 3)

Wskazane powyżej okoliczności należy zestawić z IV.2.1) ppkt 2 Ogłoszenia o Zamówienia oraz pkt XVII ppkt 1.2. SIWZ, w których treści Zamawiający wprowadził jako kryterium oceny ofert przyspieszenie dostaw pierwszych trzech pojazdów w stosunku do

terminów podanych w SIWZ, z wagą 40%. Tym samym, oferta wykonawcy, który skróci terminy dostaw pierwszych trzech pojazdów z 05.12.2012 i 31.08.2013 do 30 dni od podpisania umowy (dopuszczalne minimum) uzyska przewagę 40% w stosunku do wykonawcy, który zadeklaruje dostawę pojazdów w terminach podanych w SIWZ bez ich skracania, zakładając, iż obydwaj wykonawcy zaoferują tożsamą cenę za pojazd. Wykonawca zwraca również uwagę, iż kryterium oceny ofert - termin dostawy, dotyczy wyłącznie trzech pierwszych pojazdów, podczas gdy niniejsze postępowanie dotyczy dziewięciu pojazdów, z opcją zamówienia dodatkowych ośmiu, czyli w sumie siedemnastu pojazdów. Nie może pozostawać wątpliwości, iż fakt dysponowania przez PESE praktycznie ukończonymi trzema EZT, lub większością komponentów do takowych trzech EZT, oraz jednocześnie ustalenie przez Zamawiającego terminu dostaw trzech pierwszych EZT jako kryterium oceny ofert, faworyzuje PESE dyskryminując jednocześnie wszystkich innych wykonawców.

Odwołujący wskazał na brak jakiegokolwiek uzasadnienia dla tak rażąco wysokiej wagi wskazanego kryterium oceny ofert. Albowiem Zamawiający prawie połowę punktów w procesie oceny ofert uzależnia od skrócenia terminu dostawy pojazdów, ale nie wszystkich, a jedynie pierwszych trzech. Tym samym Zamawiający teoretycznie zgadza się na zapłatę 40 % wyższej ceny za pojazdy, jeżeli tylko zostaną one dostarczone kilka miesięcy wcześniej.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu usunięcia kryterium oceny ofert - terminu dostawy, ponieważ jego wprowadzenie w niniejszym postępowaniu w sposób bezpośredni ogranicza uczciwą konkurencję poprzez faworyzowanie jednego z wykonawców, tj. PESY, jednocześnie praktycznie uniemożliwiając innym wykonawcom uzyskanie zamówienia ze względu na przewagę przyznaną PESIE przez Zamawiającego. W razie braku uwzględnienia wniosku powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę treści wskazanego kryterium poprzez jego odniesienie do wszystkich dziewięciu pojazdów oraz ustalenie wagi na poziomie 5 %, co odpowiada rynkowym standardom w tym zakresie.

Odwołujący podniósł, że zamawiający wprowadził w § 7 ust. 1 pkt 1), 2) 3) wzoru umowy kary umowne za różne postacie niewykonania i nienależyte wykonanie zobowiązań umownych, w szczególności opóźnienie w dostawie poszczególnych pojazdów oraz usuwania wad w ramach gwarancji. Odwołujący zwrócił uwagę, iż kary umowne przewidziane przez zamawiającego dotyczą obowiązków wykonawcy w zakresie poszczególnych pojazdów będących przedmiotem umowy. Przykładowo kary umowne za opóźnienie w dostawie, zgodnie z treścią § 7 ust. 1 pkt 1), naliczane są odrębnie dla

przekroczenia terminów dostawy każdego z EZT, a nie dla przekroczenia ostatecznego terminu dostawy wszystkich EZT. Jednakże zamawiający, pomimo odniesienia kar umownych do nienależytego wykonania zobowiązań każdego z EZT z osobna, podstawę ustalenia wysokości kar umownych określił w oparciu o łączne wynagrodzenie za dostawę wszystkich EZT objętych przedmiotem umowy. Na tej podstawie, odniesienie pozornie racjonalnej wysokości kary umownej na poziomie 0,1 % do całkowitego wynagrodzenia wykonawcy za dostawę minimum 9 EZT sprawia, iż wysokość kary umownej staje się rażąco wygórowana.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

**Izba ustaliła, co następuje:**

W pkt. XVIII siwz „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert” zamawiający postanowił, iż przy wyborze oferty będzie kierował się następującymi kryteriami oceny ofert:

1.1 cena ofertowa – łączna cena za 9 sztuk EZT przy jej wadze 60%

Porównanie cen ofertowych złożonych z ofert będzie dokonane wg następującego wzoru:

P – cena oferty – łączna za 9 EZT

$P = \text{Najniższa oferowana cena/cena badanej oferty} \times 60 \text{ pkt}$

W powyższym kryterium oferta wykonawcy może uzyskać maksimum 60 punktów.

1.2 termin dostawy – przekazanie do eksploatacji pierwszych trzech pojazdów przy jej wadze 40%

Porównanie terminów dostawy złożonych ofert będzie dokonane wg następującego wzoru:

Td – ocena oferowanego terminu dostawy 3 pierwszych pojazdów

$Td = Td - \text{oferta z najkrótszym terminem dostawy (w dniach) trzech pierwszych EZT}$   
 $T1+T2+T3/\text{Termin ofert badanej (w dniach)} \times 40 \text{ pkt}$

Td – oferty badanej oznacza sumę czasu dostawy pierwszych trzech EZT wyrażoną w dniach (liczonych osobno dla każdego pojazdu począwszy od dnia podpisania umowy = T1 (pierwszy EZT) = T2 (drugi EZT) = T3 (trzeci EZT).

W powyższym kryterium oferta wykonawcy może uzyskać maksimum 40 punktów.

W powyższych kryteriach oferta może uzyskać maksimum 40 punktów.

Zgodnie z § 7 wzoru umowy w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zamawiający naliczał będzie wykonawcy następujące kary umowne:

- 1) za opóźnienie w dostawie poszczególnych elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT), z przyczyn leżących po stronie wykonawcy – karę w wysokości 0,1% wartości brutto wynagrodzenia wykonawcy określonego w § 6 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, jednakże nie więcej niż 10% wartości brutto wynagrodzenia wykonawcy określonego w § 6 ust. 1
- 2) za opóźnienie w usunięciu wad lub usterek w poszczególnych elektrycznych zespołach trakcyjnych – karę w wysokości 0,1% wartości brutto wynagrodzenia wykonawcy określonego w § 6 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, licząc od dnia, w którym upłynął termin jednakże nie więcej niż 10% wartości brutto wynagrodzenia wykonawcy określonego w § 6 ust. 1
- 3) za opóźnienie w usunięciu wad lub usterek w poszczególnych elektrycznych zespołach trakcyjnych w okresie gwarancyjnym – karę w wysokości 0,1% wartości brutto wynagrodzenia wykonawcy określonego w § 6 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, licząc od dnia, w którym upłynął termin, o którym mowa w § 9 ust. 4 jednakże nie więcej niż 10% wartości brutto wynagrodzenia wykonawcy określonego w § 6 ust. 1
- 4) za niewykonanie lub nieprawidłowe wykonanie przez wykonawcę zobowiązania wynikającego z § 5 ust. 5-10 – karę w wysokości 0,5% wartości brutto wynagrodzenia wykonawcy określonego w § 6 ust. 1
- 5) za odstąpienie od umowy przez wykonawcę z przyczyn leżących po jego stronie – karę w wysokości 20% wartości brutto wynagrodzenia wykonawcy określonego w § 6 ust. 1
- 6) za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy – karę w wysokości 20% wartości brutto wynagrodzenia wykonawcy określonego w § 6.



### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała za bezpodstawny zarzut naruszenia art. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w pkt. IV.2.1) ppkt 2 Ogłoszenia o Zamówienia oraz w pkt XVII ppkt 1.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”) jako kryterium oceny ofert terminu dostawy - przekazania do eksploatacji pierwszych trzech pojazdów, przy jego wadze 40 %.

W myśl art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z ust. 2 kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia.

Zamawiający, podejmując decyzję o ustaleniu kryteriów oceny i wyboru ofert, musi mieć na względzie, że w wyniku oceny ich spełniania ma wybrać ofertę, która będzie faktycznie najkorzystniejsza, tzn. zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym przez SO w Warszawie w wyroku z dnia 16 czerwca 2003 r., V Ca 1213/02, ZPO 2004, nr 3, poz. 32, najlepiej zaspokoi potrzeby zamawiającego. W świetle takiego poglądu Sądu, który w uzasadnieniu do wyroku stwierdził, że "przetarg organizowany jest w celu wyboru oferty najkorzystniejszej dla użytkownika, a nie najlepszej w świetle jakichś obiektywnych kryteriów", należy przyjąć za właściwe, że zamawiający, ustalając kryteria oceny ofert, kieruje się przede wszystkim własnymi potrzebami, zwracając jedynie uwagę, aby każdy wykonawca, który jest w stanie je zaspokoić, był równo traktowany. Kryteria ustalane przez zamawiającego winny być natomiast jednoznaczne i precyzyjne.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza obowiązek jednakowego traktowania wykonawców na każdym etapie postępowania. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji.

Zamawiający podniósł, że oferta, którą wybierze musi być faktycznie najkorzystniejsza przy uwzględnieniu m.in. okresu czasu, w jakim musi być rozliczony projekt z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 7.1-48 pn. „Zakup pasażerskiego taboru

kolejowego do obsługi połączeń międzywojewódzkich organizowanych przez województwa: lubuskie i zachodniopomorskie” za lata 2-13-2014. Wydatkowanie środków w latach 2013, 2014 i 2015 zostało zatwierdzone uchwałą Nr XX/263/12 Sejmiku Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 20.12.2012 w sprawie zmiany uchwały Nr IV/24/11 z dnia 31.01.2011 r. w sprawie uchwalenia wieloletniej prognozy finansowej Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2011-2036 zmienionej uchwałami: Nr VI/58/11 z dnia 12.04.2011, Nr VII/76/11 z dnia 28.06.2011, Nr VIII/96/11 z dnia 20.09.2011, Nr X/116/11 z dnia 15.11.2011, Nr XII/136/11 z dnia 20.12.2011, Nr XIII/16/12 z dnia 21.02.2012, Nr XIV/180/12 z dnia 03.04.2012, Nr XVI/21-0/12 z dnia 19.06.2012, Nr XVII/223/12 z dnia 10.07.2012, Nr XVIII/242/12 z dnia 25.09.2012 i Nr XIX/251/12 z dnia 30.10.2012. Z dokumentów tych wynika, że zamawiający obowiązany jest zagwarantować dostawę trzech pierwszych wagonów w możliwie najkrótszych terminach.

W ocenie Izby odwołujący nie udowodnił, że zamawiający ustalił takie kryteria oceny ofert, aby umożliwić wygranie przetargu wykonawcy PESA, który może zaoferować pojazdy i komponenty zgromadzone na potrzeby innego postępowania, prowadzonego przez Województwo Wielkopolskie. Sam odwołujący przyznał, że zdarza się, iż posiada jeden-dwa pojazdy, które jest w stanie zaoferować w ciągu kilku dni po zawarciu umowy. Słusznie podniósł zamawiający, iż rynek producentów wagonów kolejowych dostosowuje się do obecnych potrzeb klientów, którzy w określonych sytuacjach nie mogą oczekiwać na dostawę przez cały cykl produkcyjny wagonu. Przytoczone przykłady dostaw pojazdów w bardzo krótkich terminach wskazują na to, że wymagania postawione w toczącym się postępowaniu ni są niczym nadzwyczajnym.

Zdaniem Izby chybiona jest argumentacja odwołującego, iż w przedmiotowym postępowaniu realnie konkurować może jedynie odwołujący i wykonawca PESA. W postępowaniach prowadzonych na polskim rynku aktywny udział biorą bowiem podmioty zagraniczne, na co zwracali uwagę zamawiający i przystępujący.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 353<sup>1</sup> K.c. w zw. z art. 483 § 1 oraz 139 ust. 1 i art. 14 ustawy Pzp.

Oceniając poszczególne postanowienia siwz Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu. W szczególności Izba nie widzi możliwości narzucania zamawiającemu, w jaki sposób ma być wykonywana jego umowa, bez konkretnych i pewnych podstaw prawnych w tym zakresie.

Zgodnie z art 353<sup>1</sup> K.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentaliae negotii* przygotowując własną siwz. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia.

Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. art. 473 § 1 stanowi, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Oczywiście realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych Kc.

Zdaniem Izby zakres odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, o której mowa w art. 471 K.c. Oznacza to, że w przypadku obciążenia wykonawcy karami umownymi może on bronić się zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności

Uzupełnienie przepisu art. 471 K.c. zawarte jest w art. 472 K.c. i określa podstawy odpowiedzialności kontraktowej w ten sposób, że zasadniczo dłużnik odpowiada za niezachowanie należytej staranności. Reguły tej nie stosuje się tylko wtedy, gdy co innego wynika z ustawy lub czynności prawnej.

W granicach określonych ramami swobody umów (art. 353<sup>1</sup>) strony mają możliwość innego niż to przewiduje art. 472 uregulowania odpowiedzialności dłużnika, jednakże wymaga to oznaczenia odpowiedzialności zaostrażających odpowiedzialność dłużnika (art. 473 § 1 K.c.). W ocenie Izby okoliczności takich nie ma w postanowieniach umowy, a zatem przyjąć należy, że wykonawca może doprowadzić do swej ekskulpacji bądź to przez udowodnienie rzeczywistej przyczyny niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, a nadto, że nie uzasadnia ona jego odpowiedzialności, bądź też przez wykazanie, że przy wykonywaniu zobowiązania dołożył należytej staranności, a więc, że nie doprowadził on do szkody w sposób zawiniony.

Powyższe argumenty znajdują także zastosowanie wobec żądania odwołującego się do ustalenia wysokości kar umownych na innym poziomie niż wskazany przez zamawiającego. Izba nie znalazła podstaw do nakazania zamawiającemu zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....