

WYROK
z dnia 2 lipca 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: PCC Rail Rybnik S.A., Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego INFRASTRUKTURA S.A., 44-251 Rybnik, ul. Kłokocińska 51** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18** protestu z dnia 15 maja 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: PCC Rail Rybnik S.A., Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego INFRASTRUKTURA S.A., 44-251 Rybnik, ul. Kłokocińska 51** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: PCC Rail Rybnik S.A., Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego INFRASTRUKTURA S.A., 44-251 Rybnik, ul. Kłokocińska 51,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: PCC Rail Rybnik S.A., Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego INFRASTRUKTURA S.A., 44-251 Rybnik, ul. Kłokocińska 51** na rzecz **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: PCC Rail Rybnik S.A., Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego INFRASTRUKTURA S.A., 44-251 Rybnik, ul. Kłokocińska 51.**

Uzasadnienie

Zamawiający: Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach, prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie w trybie przetargu ograniczonego zamówienia publicznego na „Świadczenie usług w zakresie przewozu masy towarowej oraz pełnej obsługi infrastruktury bocznic kolejowych dla KHW SA KWK „Murcki” z wykorzystaniem składników majątkowych Zamawiającego”, oznaczone przez Zamawiającego jako sprawa: ZP/457/2008.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 13.03.2009 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2009/S 52 – 075498 z dnia 17.03.2009 r.

Do upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym zostały złożone 3 wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

o zamówienie.

W dniu 06.05.2009 r. (pismem z dnia 05.05.2009 r.) Zamawiający zaprosił wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski do składania ofert, w terminie do dnia 27.05.2009 r., i przekazał im specyfikację istotnych warunków zamówienia („SIWZ”).

W dniu 15.05.2009 r. Konsorcjum firm: PCC Rail Rybnik S.A. z siedzibą w Rybniku – Lider Konsorcjum oraz Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego INFRASTRUKTURA S.A. z siedzibą w Rybniku wniosło do Zamawiającego protest wobec treści SIWZ, zarzucając:

- 1) nieprecyzyjne oznaczenie przedmiotu zamówienia, a to jego zakresu rzeczowego, co daje Zamawiającemu możliwość realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie dowolnym, przy równoczesnym pozbawieniu Wykonawcy możliwości skierowania wobec niego roszczeń odszkodowawczych (Rozdział II. Szczegółowe Wymagania Techniczne - pkt. 1.2.1.),
- 2) ustalenie maksymalnej ilości masy towarowej do przewozu w poszczególnych miesiącach w sposób nierzetelny, tj. na zdecydowanie zawyżonym poziomie, znacznie odbiegającym od realnych potrzeb Zamawiającego (Rozdział II. Szczegółowe Wymagania Techniczne -pkt. 1.2.1.),
- 3) nieprecyzyjne sformułowanie zapisu dotyczącego kosztów związanych z dostosowaniem bocznicy do wymogów przepisów kolejowych, wskutek czego Wykonawca może zostać narażony na konieczność poniesienia kosztów, których nie mógł przewidzieć w dacie składania oferty (Rozdział II. Szczegółowe Wymagania Techniczne - pkt.1.3.31),
- 4) niedookreślenie wysokości wynagrodzenia za odpłatne przeszkolenie pracowników Wykonawcy (Rozdział II. Szczegółowe Wymagania Techniczne - pkt. 1.4.8),
- 5) obciążenie Wykonawcy:
 - a) bezpodstawnie obowiązkiem wykonywania i ponoszenia kosztów remontów kapitalnych składników majątkowych Zamawiającego oddanych mu w dzierżawę, (Rozdział II. Szczegółowe Wymagania Techniczne - pkt 1.3.34),
 - b) pełną odpowiedzialnością finansową z tytułu zgłoszonych reklamacji od odbiorców węgla spowodowanych zanieczyszczeniami lub uszkodzeniami wagonów bez dookreślenia, iż chodzi tu wyłącznie o reklamacje uznane i tylko o te sytuacje, w których zanieczyszczenie lub uszkodzenie wagonów zostało zawinione przez Wykonawcę (Rozdział IV Istotne Postanowienia Umowy (IPU) - § 7 ust. 3),
 - c) odpowiedzialnością za szkody wyrządzone w przejętych składnikach majątkowych Zamawiającego bez dookreślenia, iż chodzi tu wyłącznie o sytuacje, w których szkoda ta została wyrządzona przez Wykonawcę (Rozdział IV Istotne Postanowienia Umowy (IPU) § 2 ust. 6),
- 6) bezpodstawne uchylenie się przez Zamawiającego od wszelkiej odpowiedzialności za nie zawarcie umowy w przedmiocie zamówienia publicznego, o którym tu mowa (Rozdział - IV Istotne Postanowienia Umowy (IPU) - § 1 ust. 4).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 25 ust. 1 i 26 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie żądania od Wykonawców dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień do wykonywania działalności stanowiącej przedmiot przetargu,
- art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, a to poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, oraz w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję,
- art. 5, art. 353 ¹, art. 697 k.c., w zw. z art. 14 Pzp, tj. poprzez skonstruowanie tych zapisów w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, dobrymi obyczajami oraz słusznymi interesami Wykonawcy.

Podnosząc wymienione wyżej zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie protestu, poprzez dokonanie zmiany oprotestowanych zapisów, tj. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z treścią art. 29 ust. 1 i 2 Pzp i sformułowanie wyszczególnionych wyżej zapisów w sposób zgodny z przepisami kodeksu cywilnego i zasadami współżycia społecznego;
- 2) unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp, wskutek zaniechania żądania od Wykonawców dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień do wykonywania działalności stanowiącej przedmiot przetargu.

Odwołujący podniósł w proteście także, iż otrzymał zaproszenie do złożenia oferty w w/w postępowaniu i ma zamiar złożyć ofertę. Sformułowanie zapisów SIWZ w sposób sprzeczny z w/w przepisami prawa prowadzi natomiast do naruszenia jego interesu prawnego, gdyż jako Wykonawca ma on interes prawny w uzyskaniu zamówienia, co przy braku uwzględnienia niniejszego protestu może nie nastąpić, gdyż w/w uchybienia są na tyle istotne, iż wykluczają zarówno złożenie oferty, jak i uniemożliwiają zawarcie ważnej umowy w tym postępowaniu.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący stwierdził, przede wszystkim, co następuje. W pierwszej kolejności zarzucił nieprawidłowe opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia, a to w sposób niejednoznaczny, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co narusza art. 29 ust. 1 ustawy. Zamawiający nieprecyzyjnie określił zakres rzeczowy zamówienia. W Rozdziale II Szczegółowe wymagania techniczne w pkt. 1.2.1. Zamawiający dookreślił bowiem wyłącznie maksymalną ilość masy towarowej do przewozu w danym miesiącu (279.000 t/m-c), co de facto umożliwia Zamawiającemu zlecenie Wykonawcy do przewozu ilości dużo mniejszej. Naraża to Wykonawcę na konieczność zmobilizowania odpowiedniej ilości środków

rzeczowych oraz odpowiedniej ilości pracowników do zapewnienia realizacji umowy w maksymalnym jej zakresie, podczas gdy w rzeczywistości potrzeby w tym względzie mogą okazać się dużo mniejsze. W efekcie brak wskazania albo konkretnej ilości masy towarowej do przewozu, albo też dodatkowo minimalnej (gwarantowanej) ilości masy towarowej do przewozu znacznie utrudnia dokonanie analizy kosztów, która ma oczywiście wpływ na ostateczną wysokość ceny, którą należy podać w ofercie.

W przypadku oprotestowanego zapisu SIWZ zaplanowanie przewozów na określonym minimalnym poziomie nie jest zaś możliwe, co ewidentnie rzutuje na właściwe skalkulowanie ceny oferty. Poza tym, mając dużą swobodę w zakresie ilości towaru zlecanego do przewozu w poszczególnych miesiącach, Zamawiający eliminuje tym samym możliwość skierowania wobec niego przez Wykonawcę jakichkolwiek roszczeń odszkodowawczych, np. w razie zlecenia mu do przewozu ilości znacznie odbiegających od 279.000 t/m-c.

Ponadto Odwołujący podniósł, iż maksymalna ilość masy towarowej do przewozu w poszczególnych miesiącach została ustalona na poziomie znacznie zawyżonym, niedostosowanym do realnych potrzeb Zamawiającego. Wniosek taki Odwołujący wyprowadza mając na uwadze jego dotychczasową współpracę z Zamawiającym, a w szczególności ilości masy towarowej przewiezionej w latach poprzednich. W żadnym z miesięcy roku 2003 - 2008 ilość przewiezionej masy towarowej nawet nie zbliżyła się do wartości 279.000 ton, a w skali roku do wartości 3.348.000 ton. Świadczy to wyraźnie o nieprawidłowym oszacowaniu zakresu rzeczowego zamówienia, co powoduje zaniżenie cen jednostkowych za przewóz 1 tony masy towarowej. Takie działanie Zamawiającego narusza, w ocenie Odwołującego, także art. 29 ust. 2 Pzp i art. 7 Pzp.

Dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie wartości znacznie zawyżonych, nieuzasadnionych faktycznymi potrzebami Zamawiającego narusza, zdaniem Odwołującego, wymóg zapewnienia uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania wykonawców, jak i poszanowanie ich interesu.

Wymaga również doprecyzowania pkt. 1.3.31 w Rozdziale II. Szczegółowe Wymagania Techniczne, który przewiduje obowiązek poniesienia przez Wykonawcę wszelkich kosztów związanych z dostosowaniem bocznic do wymogów przepisów kolejowych. W ocenie Protestującego zachodzi tu konieczność dodania po wyrazach "przepisów kolejowych" wyrazów "obowiązujących w dacie złożenia oferty." Tylko taki zapis pozwala bowiem Wykonawcy na właściwe oszacowanie tychże kosztów, co ma wpływ na wysokość ceny. Jest však oczywiste, iż Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć zmiany przepisów kolejowych w tym zakresie, co gdyby miało miejsce, mogłoby spowodować spory wzrost tych kosztów, a w konsekwencji narażać Wykonawcę na szkodę. Przedmiot

zamówienia winien zaś być tak opisany, by umożliwiał wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, bez narażenia się na ewentualne straty.

Zdaniem Odwołującego, niedopuszczalny jest także zapis SIWZ przewidujący

odpłatne przeszkolenie pracowników Wykonawcy bez wskazania wysokości należnego Zamawiającemu z tego tytułu wynagrodzenia (Rozdział II. Szczegółowe Wymagania Techniczne, pkt. 1.4.8). Generalnie koszt przeszkolenia winien być uzgodniony przez obie strony umowy, podczas gdy Zamawiający zawarł jedynie zapis o możliwości uzyskania przez Wykonawcę informacji na temat kosztów szkolenia w Dziale BHP Kopalni. Zamawiający jednostronnie narzucił Wykonawcy wysokość przedmiotowego wynagrodzenia, a ponadto nie wskazał konkretnego aktu (np. cennika), z którego jego wysokość by wynikała. Daje to w konsekwencji Zamawiającemu dużą swobodę w kształtowaniu jego wysokości, co jest nieuczciwe, ewidentnie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Odwolujący sprzeciwia się także zapisowi SIWZ nakładającemu na wykonawcę obowiązek przeprowadzania i ponoszenia kosztów remontów kapitalnych składników majątkowych przejętych od Zamawiającego (pkt. 1.3.34 w Rozdziale II. Szczegółowe Wymagania Techniczne). Odwołujący wskazał na przepis art. 697 k.c., zgodnie którym „Dzierżawca ma obowiązek dokonywania napraw niezbędnych do zachowania przedmiotu dzierżawy w stanie nie pogorszonym.”. Stwierdził, iż z przepisu tego wynika obowiązek dokonywania doraźnych, bieżących remontów, prowadzących do wyłączenia zarzutu, że w trakcie dzierżawy pogorszył się jej przedmiot. Tymczasem w niniejszym przypadku Zamawiający nakłada na Wykonawcę obowiązek znacznie wykraczający ponad ramy określone w tym przepisie. Dzierżawca (Wykonawca) został bowiem zobowiązany do ponoszenia kosztów wszelkich remontów dzierżawionych składników majątkowych, w tym remontów kapitalnych. Oprotestowany zapis oznacza w konsekwencji, że po zakończeniu okresu dzierżawy Wykonawca będzie zobowiązany zwrócić Zamawiającemu dzierżawione składniki majątkowe w stanie lepszym, niż na początku umowy. Zapis ten jest więc nie do pogodzenia z zasadą swobody umów, zasadami współżycia społecznego, gdyż w istocie może prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego kosztem Wykonawcy, gdyż naprawy dokonane przez dzierżawcę nie podlegają obowiązkowi rozliczeń.

Odwolujący zakwestionował także § 7 ust. 3 w Rozdziale IV Istotne Postanowienia Umowy (IPU), który, w jego ocenie, przewiduje przejęcie przez Wykonawcę pełnej odpowiedzialności finansowej z tytułu zgłoszonych reklamacji od odbiorców węgla spowodowanych zanieczyszczeniami lub uszkodzeniami wagonów. W ocenie Odwołującego, wykonawca może ponosić odpowiedzialność wyłącznie w odniesieniu do reklamacji

uznanych i tylko wówczas, gdy zanieczyszczenie lub uszkodzenie wagonów zostało zawinione przez niego. Identycznie rzecz się ma w odniesieniu do § 2 ust. 6 w Rozdziale IV Istotne Postanowienia Umowy (IPU), gdzie na Wykonawcę nakłada się odpowiedzialność za szkody wyrządzone w przejętych składnikach majątkowych Zamawiającego bez dookreślenia, iż chodzi tu wyłącznie o sytuacje, w których szkoda ta została wyrządzona przez Wykonawcę.

Odwolujący stwierdził, iż uważa za duże nadużycie prawa ze strony Zamawiającego pozbawienie Wykonawcy możliwości dochodzenia jakiegokolwiek odszkodowania z tytułu nie zawarcia umowy w przedmiocie zamówienia publicznego w przypadku nie uzyskania przez Zamawiającego zgody lub nie przedłużenia zgody ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa na oddanie Wykonawcom do korzystania z mienia opisanego w załączniku nr 2 do umowy w trybie art. 5a i następnych ustawy o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa. W efekcie oznacza to narażenie Wykonawców na ewentualność bezzwrotnego poniesienia określonych kosztów w związku z udziałem w niniejszym przetargu, pomimo jego wygrania i nie przyczynienia się w żadnym stopniu do nie zawarcia umowy z Zamawiającym, nie mówiąc już o ewentualności poniesienia szkody w postaci utraconych korzyści. Tego rodzaju zapis stanowi, w ocenie Odwołującego, ewidentne nadużycie prawa.

Odwolujący podniósł także, co następuje. Zgodnie z ar. 22 ust. 1 pkt. 1 Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Z kolei wg art. 25 ust. 1 ustawy „W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
 - 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert."

Odwołujący wskazał, iż rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. (tekst jednolity: Dz. U. z 2006 r. nr 87, poz. 605, z późn. zm.) i podniósł, iż zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1 tego Rozporządzenia, w celu

potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienie do wykonywania określonej działalności zamawiający może żądać koncesji, zezwolenia lub licencji, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem publicznym. Odwołujący wskazał także na art. 26 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym „Zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.” i stwierdził, że z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

W/w przepisy (art. 25 ust. 1 art. 26 ust. 1 ustawy) stanowią więc jednoznacznie, że w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej wartości progów unijnych zamawiający, jeśli stawia wykonawcom jakieś warunki udziału w postępowaniu, powinien bezwzględnie żądać na potwierdzenie tej okoliczności dokumentów. W niniejszej sprawie Zamawiający wskazał, z jednej strony, jako warunek udziału w przetargu, na konieczność posiadania uprawnień do wykonywania działalności stanowiącej przedmiot przetargu, a z drugiej - nie żądał od wykonawców podstawowego dokumentu potwierdzającego tę okoliczność, a to licencji na wykonywanie przewozów kolejowych rzeczy. Mamy więc tu do czynienia z naruszeniem art. 25 ust. 1 art. 26 ust. 1 ustawy w sposób prowadzący do wniosku, iż niniejsze postępowanie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Generalnie te okoliczności powinny być podnoszone w ramach protestu na treść ogłoszenia o zamówieniu, nie mniej jednak wg Odwołującego tego rodzaju zarzut może być podniesiony także w ramach niniejszego protestu. W razie wystąpienia choćby jednej z przesłanek wymienionych w art. 93 ust. 1 ustawy, Zamawiający ma bowiem obowiązek unieważnienia postępowania.

Skład orzekający Izby ustalił, iż informację o złożonym proteście, wraz z wezwaniem do przyłączenia się do tego postępowania, Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dniu 18.05.2009 r., za pomocą faksu (w dniu 19.05.2009 r. ww. wykonawcy potwierdzili odbiór pisma zawierającego ww. informację z wezwaniem).

W dniu 21.05.2009 r. Konsorcjum CARGO-LHS-PNUK zgłosiło przystąpienie do postępowania protestacyjnego, popierając podniesione w proteście zarzuty i żądania, za wyjątkiem żądania unieważnienia postępowania, nie utożsamiając się z przytoczoną argumentacją zaniechania przez Zamawiającego żądania od Wykonawców dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień do wykonywania działalności stanowiącej przedmiot przetargu. Przystępujący stwierdził, iż nieuwzględnienie ww. protestu spowoduje naruszenie interesu prawnego Przystępującego do postępowania protestacyjnego, ponieważ brak

precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwia precyzyjne opracowanie oferty cenowej, a tym samym uzyskanie zamówienia.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu (art. 183 ust. 1 pkt 2 Pzp), co zgodnie z art. 183 ust. 3 Pzp uznaje się za jego oddalenie.

W dniu 04.06.2009 r. (data złożenia pisma w placówce pocztowej operatora publicznego) Odwołujący wniosł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od oddalenia protestu przez Zamawiającego, podtrzymując zarzuty i argumentację, które zawarł

w proteście.

Jednocześnie, Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp jako że wskutek zaniechania żądania od Wykonawców dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień do wykonywania działalności stanowiącej przedmiot przetargu, postępowanie to jest dotknięte wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy; ewentualnie,
- 2) zobowiązanie Zamawiającego do dokonania zmiany zakwestionowanych zapisów SIWZ poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z treścią art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz sformułowanie tych zapisów w sposób zgodny z przepisami kodeksu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przede wszystkim treść SIWZ, a także oświadczenia stron postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby zważył, że Odwołujący posiadał interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej w toku przedmiotowego postępowania o zamówienie, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził.

Co do zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 i 26 ust. 1 Pzp przez zaniechanie żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień do wykonywania działalności stanowiącej przedmiot przetargu, tj. licencji na wykonywanie przewozów kolejowych, skład orzekający Izby zważył: Przedmiotowe postępowanie o zamówienie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie art. 47 i n. Pzp. Podniesiony przez Odwołującego w proteście, złożonym w dniu 15.05.2009 r., a następnie w odwołaniu, wyżej wymieniony zarzut jest spóźniony, dotyczy bowiem treści ogłoszenia o zamówieniu, które zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 17.03.2009 r., w którym Zamawiający zawarł m.in. warunki udziału w postępowaniu o zamówienie i określił jakie dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie spełniania tych warunków wykonawca jest obowiązany złożyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 3 Pzp, protest dotyczący treści ogłoszenia wnosi się w terminie 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Zamawiający dokonał oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, w oparciu o złożone przez nich, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, dokumenty i oświadczenia, a następnie zaprosił ich do złożenia ofert, przekazując im SIWZ. Nie można stawiać zarzutu braku określenia w SIWZ żądania złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o zamówienie prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, skoro w trybie przetargu ograniczonego w ogóle nie zamieszcza się w SIWZ takich postanowień, zgodnie z art. 51 ust. 4 zd. 2 Pzp. Postanowienia te, w postępowaniu prowadzonym w ww. trybie, zamawiający obowiązany jest zawrzeć w ogłoszeniu o zamówieniu, a nie w SIWZ, którą zamawiający przekazuje, wraz z zaproszeniem do złożenia oferty wykonawcom, którzy w świetle dokonanej przez zamawiającego oceny spełniają warunki udziału w przetargu ograniczonym.

Skład orzekający Izby uznał, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skalkulowania ceny ofertowej oraz w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję.

Skład orzekający Izby zważył na wstępie, iż art. 29 ust. 1 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przepis ten służy realizacji określonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady uczciwej konkurencji oraz równego

postępowania, zgodnie z którą przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Istota sporu dotyczy de facto dopuszczalności określenia zakresu rzeczowego usługi przez wskazanie tylko maksymalnej ilości masy towarowej do przewiezienia w miesiącu, bez jednoczesnego określenia konkretnej ilości bądź minimalnej (gwarantowanej) ilości masy towarowej, którą Zamawiający zleci do przewiezienia w miesiącu. Skład orzekający Izby ustalił:

W SIWZ w Rozdziale II „Szczegółowe wymagania techniczne” w pkt. 1.2.1. Zamawiający określił w sposób następujący zakres rzeczowy usługi: „Przewóz masy towarowej (węgiel, kamień i pozostałe materiały dostarczane na kopalnię transportem kolejowym) w ilości do 279.000 t/m-c”. Odwołujący podniósł, iż określenie w taki sposób przedmiotu zamówienia umożliwia Zamawiającemu zlecenie wykonawcy do przewozu ilości znacznie mniejszej, niż maksymalna, ilości masy towarowej, podczas gdy wykonawca w celu wywiązania się z umowy musi utrzymywać potencjał ludzki i potencjał techniczny (tabor), infrastrukturę, ponosić koszty dzierżawy na poziomie umożliwiającym zrealizowanie zamówienia w maksymalnym zakresie. Zdaniem Odwołującego, niemożliwe jest w tej sytuacji ustalenie faktycznego zakresu usług zleconych do realizacji przez Zamawiającego w ramach zamówienia i dokonanie rzetelnej i miarodajnej analizy kosztów, która ma zasadniczy wpływ na ostateczną wysokość ceny, którą należy podać w ofercie, tym bardziej, że poziom wielkości oznaczonych w SIWZ – 279.000 ton miesięcznie, jest rażąco zawyżony.

Skład orzekający Izby stwierdził, że:

Zamawiający określając przedmiot zamówienia przez określenie maksymalnej ilości masy towarowej do przewozu w skali miesiąca („...w ilości do 279.000 t/m-c”), w okresie 36 miesięcy od daty zawarcia umowy bez wskazania konkretnej lub minimalnej ilości masy towarowej gwarantowanej do przewiezienia w miesiącu, w tym konkretnym przypadku nie naruszył przepisów Pzp. Zamawiający wskazał w SIWZ nie tylko ilość maksymalną masy towarowej do przewiezienia, określił także okres i warunki realizacji zamówienia. Zamawiający wykazał na rozprawie, iż określona w SIWZ maksymalna miesięczna ilość masy towarowej do przewozu jest wielkością realną, uzasadnioną potrzebami Zamawiającego, który zainwestował znaczne środki finansowe na udostępnienie nowych pól, zakup nowoczesnego wyposażenia, co wpłynie na zwiększenie poziomu wydobycia węgla i zapewni kontrahentom stabilny odbiór węgla. Zamawiający przedstawił wyciągi z planu techniczno-ekonomicznego zatwierdzonego uchwałą Rady Nadzorczej Katowickiego Holdingu Węglowego z dnia 27.01.2009 r. oraz Strategii Katowickiej Grupy Kapitałowej na lata 2008-2015 zatwierdzonego uchwałą Rady Nadzorczej KHW z dnia 17.12.2007 r. i wskazał, iż w świetle zawartego w tych dokumentach planu wydobycia węgla, przewozy masy towarowej na poziomie wskazanym w SIWZ są realne. W ocenie składu orzekającego

Izby, Odwołujący, który zarzucił, iż określona w SIWZ ilość przewozów masy towarowej jest nierealna, nie wykazał tego zasadności tego twierdzenia. Izba wskazuje, iż stosownie do art. 6 Kc, to na Odwołującym spoczywa ciężar dowodu, skoro wywodzi z określonych twierdzeń konkretne skutki prawne.

Skład orzekający Izby uznał, iż w tym konkretnym przypadku, nieokreślenie minimalnej ilości przewozów masy towarowej, a tym bardziej konkretnej wielkości przewozów w skali miesiąca spowodowane było brakiem możliwości ich określenia. Izba przychyliła się do twierdzenia Zamawiającego, iż zróżnicowanie ilości przewozów jest w znacznej mierze niezależne od Zamawiającego, zależy bowiem zarówno od wielkości wydobycia węgla, jak i ilości zamówień nie dających się przewidzieć w dłuższym okresie. Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób, który zapewni mu nabycie usługi, stosownie do jego potrzeb i możliwości finansowo-organizacyjnych.

Izba uznała, iż wielkość przewozów wpływa na cenę jednostkową przewozów i na cenę całego zamówienia, jak stwierdził Odwołujący, jednakże nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż brak wskazania konkretnej ilości masy towarowej do przewozu albo dodatkowo także minimalnej (gwarantowanej) ilości tej masy uniemożliwia dokonanie rzetelnej i miarodajnej analizy kosztów, która ma zasadniczy wpływ na ostateczną wysokość ceny ofertowej. W ocenie Izby, wobec określenia maksymalnej miesięcznej ilości przewożonej masy towarowej, cenę należy obliczyć z uwzględnieniem tej maksymalnej

ilości. Ocena w tym zakresie wynika przede wszystkim z Rozdziału I pkt I.10 ppkt 2 SIWZ – „Opis sposobu obliczenia ceny”, w którym Zamawiający określił, wartość oferty (cenę za przedmiot zamówienia) podaną w formularzu Oferta należy uwzględnić przewidywaną ilość przewożonej masy towarowej w miesiącu – 279.000 ton.

W ocenie Izby, opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ dotyczącej przedmiotowego postępowania o zamówienie jest wystarczający do prawidłowego sporządzenia oferty przetargowej, możliwe do porównania z innymi ofertami, w tym postępowaniu.

W świetle powyższych ustaleń Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, ani art. 7 Pzp.

Za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący zapisu pkt. 1.3.31 w Rozdziale II. Szczegółowe Wymagania Techniczne, w świetle którego „Wszelkie koszty związane z dostosowaniem bocznicy do wymogów przepisów kolejowych ponosi Wykonawca”. Stanowisko Odwołującego o konieczności dodania w tym zapisie, po wyrazach "przepisów kolejowych" wyrazów "obowiązujących w dacie złożenia oferty.", gdyż tylko taki zapis pozwala bowiem Wykonawcy na właściwe oszacowanie tychże kosztów, co ma wpływ na wysokość ceny, z uwagi na brak możliwości przewidzenia, czy i jakie nastąpią zmiany

zmiany przepisów w tym zakresie i ich skutków finansowych w postaci znacznego wzrostu tych kosztów, co w konsekwencji mogłoby narazić Wykonawcę na szkodę – nie jest słuszne. Postanowienie SIWZ, w świetle którego ryzyko finansowe związane ze zmianą stanu prawnego obciąża wykonawcę nie stoi w sprzeczności z przepisami prawa, w szczególności Kodeksu cywilnego.

Kwestionowany zapis SIWZ nie narusza także przepisów Pzp dotyczących wymogów w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, nie czyni niemożliwym prawidłowe skalkulowanie ceny oferty.

Bezpodstawny, zdaniem składu orzekającego Izby, jest zarzut niedookreślenia przez Zamawiającego wynagrodzenia za przeszkolenie pracowników wykonawcy z zakresu przepisów BHP. W Rozdziale II „Szczegółowe Wymagania Techniczne”, w pkt. 1.4.8 zd. drugie oraz w pkt 1.3.13 Zamawiający wskazał bowiem, iż „Informacje na temat kosztów szkolenia pracowników można uzyskać w Dziale BHP Kopalni”. W świetle tych postanowień Zamawiający zawarł w SIWZ informacje dotyczące kosztów szkolenia w zakresie BHP, a fakt nie określenia wprost w SIWZ tych kosztów, lecz przez wskazanie sposobu uzyskania tych informacji u Zamawiającego, nie uzasadnia zarzutu o niedookreśleniu wysokości wynagrodzenia za odpłatne przeszkolenie pracowników wykonawcy. W świetle ww. postanowień SIWZ, Zamawiający umożliwił wykonawcom uzyskanie informacji na temat wynagrodzenia Zamawiającego za przeszkolenie pracowników wykonawcy, z zakresu przepisów BHP.

Nie znajduje podstaw prawnych zarzut, iż koszt przeszkolenia winien być uzgodniony przez obie strony umowy, jak również iż wysokość wynagrodzenia winna być określona poprzez wskazanie konkretnego aktu (np. cennika).

Niezasadny okazał się zarzut bezpodstawnego obciążenia wykonawcy obowiązkiem wykonywania i ponoszenia kosztów remontów kapitalnych składników majątkowych Zamawiającego oddanych wykonawcy w dzierżawę. Skład orzekający Izby ustalił, iż z treści zakwestionowanego przez Odwołującego postanowienia Rozdziału II. Szczegółowe Wymagania Techniczne pkt 1.3.34, w zakresie zobowiązania wykonawcy do ponoszenia kosztów remontów kapitalnych składników majątkowych przejętych od Zamawiającego, wynika de facto obowiązek dokonywania napraw niezbędnych do zachowania przedmiotu w stanie nie pogorszonym. Ustalenia tego Izba dokonała w oparciu o zawartą w zdaniu drugim zakwestionowanego pkt 1.3.34 (Rozdział II SIWZ) definicję „remontu kapitalnego”. W świetle wyjaśnienia Zamawiającego, iż: „Pod pojęciem remontów kapitalnych rozumie się odnowienie wartości środka trwałego wynikające z przypisanego cyklu naprawczego lub przywrócenie do stanu używalności środka trwałego po naturalnym jego zużyciu w czasie eksploatacji”, nie znajduje uzasadnienia zarzut Odwołującego, że zakwestionowany zapis

oznacza, iż po zakończeniu okresu dzierżawy wykonawca będzie zobowiązany zwrócić Zamawiającemu dzierżawione składniki majątkowe w stanie lepszym, niż na początku

umowy. Odwołujący nie wykazał, iż zapis ten narusza zasadę swobody umów, zasady współżycia społecznego.

Uznając za nieprawidłowe użycie w zakwestionowanym postanowieniu wyrazów: „remont kapitalny”, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 697 k.c., zgodnie którym „Dzierżawca ma obowiązek dokonywania napraw niezbędnych do zachowania przedmiotu dzierżawy w stanie nie pogorszonym.”. Obowiązku wykonawcy, w tym zakresie, Odwołujący nie kwestionował.

Izba nie podzieliła także zarzutu dotyczącego niedopuszczalności uregulowania zasady odpowiedzialności z tytułu reklamacji, w sposób określony w § 7 ust. 3 w Rozdziale IV Istotne Postanowienia Umowy (IPU). Izba ustaliła, iż z zakwestionowanego postanowienia, o treści: „Wykonawca przejmuje pełną odpowiedzialność finansową z tytułu zgłoszonych reklamacji od odbiorców węgla spowodowanych zanieczyszczeniami lub uszkodzeniami wagonów” wynika odpowiedzialność wykonawcy na zasadzie winy. Izba ustaliła, iż w Rozdziale II „Szczegółowe wymagania techniczne”, w pkt 1.2. Zamawiający wskazał, że zakres rzeczowy usługi obejmuje, m.in. „Podstawienie pod załadunek węgla, pustych, czystych i technicznie sprawnych wagonów i grup wagonowych na punkty ładunkowe, zgodnie z potrzebami Zamawiającego” (pkt 1.2.3), jak też „Czyszczenie oraz uszczelnianie wagonów zdalnych pod załadunek” (pkt 1.2.10). Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek wyczyszczenia podstawionych na bocznice wagonów oraz sprawdzenia, czy nie są one uszkodzone. W przypadku stwierdzenia uszkodzenia wagonu, wykonawca powinien odmówić przyjęcia wagonu do załadunku. Wykonawca będzie odpowiadać tylko za reklamacje wniesione przez odbiorców węgla z tytułu szkód, które ponieśli w wyniku działania lub zaniechania wykonawcy.

Izba uznała także, iż z zapisu § 2 ust. 6 IPU wynika, iż odpowiedzialność wykonawcy wobec Zamawiającego za szkody wyrządzone w przyjętych składnikach majątkowych Zamawiającego oparta jest na zasadzie winy.

Niezasadny okazał się zarzut bezpodstawnego uchylenia się przez Zamawiającego, w oparciu o zapis § 2 ust. 6 IPU, od wszelkiej odpowiedzialności za nie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Skład orzekający Izby ustalił w tym zakresie, że: W § 1 ust. 3 IPU Zamawiający wskazał, iż „Niniejsza umowa zostanie zawarta z chwilą uzyskania przez Zamawiającego zgody lub przedłużenia zgody ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa na oddanie Wykonawcom do korzystania z mienia opisanego w załączniku nr 2 do umowy w trybie art. 5a i nast. Ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r.

o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa (Dz. U. z 1996 r., nr 106, poz. 493 z późniejszymi zmianami). W § 1 ust. 4 IPU zawarto zapis o treści: Wykonawca oświadcza, iż w przypadku braku zgody lub braku przedłużenia zgody przez ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa na oddanie Wykonawcom do korzystania z mienia opisanego w załączniku nr 2 do umowy nie będzie dochodził od Zamawiającego żadnego odszkodowania ani kar w związku z nie zawarciem na tej podstawie niniejszej umowy”.

W ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający wprowadzając taki zapis do SMZ uwzględnił określony w powołanej wyżej ustawie o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa wymóg uzyskania zgody ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa na dokonanie czynności prawnej w zakresie rozporządzania składnikami wymienionymi w art. 5a, na którą to zgodę Zamawiający nie ma wpływu. W świetle art. 5b ust. 1 pkt 4 powołanej wyżej ustawy, bez wskazania we wniosku wykonawcy (podmiot, na rzecz którego nastąpi rozporządzenie) nie jest możliwe uzyskanie takiej zgody. Dlatego, Zamawiający może wystąpić z wnioskiem o wyrażenie zgody, o której mowa w art. 5a ust. 1 tej ustawy dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Zarzucając obejście prawa, Odwołujący nie wskazał, jaki przepis prawa został naruszony. Izba stwierdziła, iż zgodnie z art. 93 ust. 4 Pzp, jedynie w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.

W świetle powyższego, skład orzekający Izby nie stwierdził naruszenia

wskazywanych przez Odwołującego przepisów ustawy i na podstawie art. 191 ust. 1, 1a Pzp orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, na podstawie przedłożonego rachunku, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....