

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 września 2009 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SO Grażyna Jeziorowska (spr.)

Sędziowie: SO Małgorzata Kowalska

SO Blanka Zorębska

Protokolant: st. sekr. sądowy Anna Skrzypek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2009 r. w Katowicach

sprawy z odwołania Konsorcjum: PCC Raíl Rybnik Spółki Akcyjnej w Rybniku,
PCC Raíl INFRASTRUKTURA Spółki Akcyjnej w Rybniku poprzednio
Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego INFRASTRUKTURA Spółka
Akcyjna w Rybniku

przeciwko Katowickiemu Holdingowi Węglowemu Spółce Akcyjnej
w Katowicach
o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi odwołującego Konsorcjum: PCC Raíl Rybnik Spółki Akcyjnej
w Rybniku, PCC Raíl INFRASTRUKTURA Spółki Akcyjnej w Rybniku
poprzednio Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego INFRASTRUKTURA
Spółka Akcyjna w Rybniku

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień
Publicznych w Warszawie

z dnia 2 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 760/09

1. oddala skargę;
2. zasądza od skarżącego Konsorcjum: PCC Raíl Rybnik Spółki Akcyjnej
w Rybniku, PCC Raíl INFRASTRUKTURA Spółki Akcyjnej w Rybniku
poprzednio Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego

INFRASTRUKTURA Spółka Akcyjna w Rybniku na rzecz
zamawiającego Katowickiego Holdingu Węglowego Spółki Akcyjnej

w Katowicach kwotę 3.617,- zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście

złoty) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

r

Na oryginale vdc^x
ZGODNOŚĆ Z Zwo podpisy

stwierd
L.T: *

SEKRE
.Warz

a Soika

Sygn. akt XIX Ga 335/09

UZASADNIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie wyrokiem z dnia 2 lipca 2009 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 760/09 po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez Konsorcjum PCC Rail Rybnik SA Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego INFRASTRUKTURA SA w Rybniku od rozstrzygniętego przez zamawiającego protestu oddaliła odwołanie i orzekła o kosztach postępowania.

W uzasadnieniu wskazała, że zamawiający: Katowicki Holding Węglowy SA 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”.

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 SA z siedzibą w Rybniku - Lider Konsorcjum oraz Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego

INFRASTRUKTURA SA 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.);

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 kapitałnych 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 ofert oraz w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję,

- art.5, art.353¹, art.697 k.c., w zw. z art.14 Pzp, tj. poprzez skonstruowanie tych zapisów w sposób sprzeczny z zasadami współzycia społecznego, dobrymi obyczajami oraz słusznymi interesami wykonawcy.

Odwołujący stwierdził przede wszystkim co następuje. W pierwszej kolejności w uzasadnieniu protestu zarzucono 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 oprotetowanego 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.

Wymaga również doprecyzowania pkt. 1.3.31 w Rozdziale II. Szczegółowe Wymagania Techniczne, który przewiduje obowiązek poniesienia przez Wykonawcę wszelkich kosztów związanych z dostosowaniem bocznicy 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 narazić wykonawcę na szkodę.

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.

Wskazała Izba, że odwołujący 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 z 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. Oprotetowany zapis oznacza w konsekwencji, że po zakończeniu okresu dzierżawy wykonawca będzie zobowiązany zwrócić

zamawiającemu dzierżawione składniki majątkowe w stanie lepszym, niż na początku umowy.

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.

Wskazała Izba, że odwołujący 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.

Odwolujący podniósł także, co następuje.

Zgodnie z art.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”.

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 i art.26 ust.1 ustawy w sposób prowadzący do wniosku, iż niniejsze postępowanie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ustaliła Izba, że 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.

Odwolujący wniosł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od oddalenia protestu przez zamawiającego, podtrzymując zarzuty i argumentację, które zawarł w proteście.

Jednocześnie odwołujący wniośł 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.

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, Izba wskazała, że 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 nie zamieszcza się w SIWZ takich postanowień, zgodnie z art.51 ust.4 zd.2 Pzp. Postanowienia te, w postępowaniu prowadzonym w w/w 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.

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.

Zdaniem Izby 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 wydobywania 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 wydobywania 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 zasadności tego twierdzenia.

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

Zarzut dotyczący zapisu pkt.1.3.31 w Rozdziale II. Szczegółowe Wymagania Techniczne „Wszelkie koszty związane z dostosowaniem bocznicy do wymogów przepisów kolejowych ponosi wykonawca” Izba uznała za niezasadny. Dodanie po wyrazach „przepisów kolejowych” wyrazów „obowiązujących w dacie złożenia oferty” zdaniem odwołującego pozwoli wykonawcy na właściwe oszacowanie kosztów, a ma to wpływ na wysokość ceny, z uwagi na brak możliwości przewidzenia, w ocenie odwołującego, czy i jakie nastąpią zmiany przepisów w tym zakresie i ich skutków finansowych.

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.

Zdaniem Izby 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, zdaniem Izby 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).

Zarzut bezpodstawnego obciążenia wykonawcy obowiązkiem wykonywania i ponoszenia kosztów remontów kapitalnych składników majątkowych zamawiającego oddanych wykonawcy w dzierżawę Izba uznała za niezasadny. Z 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.

Uznając za nieprawidłowe użycie w zakwestionowanym postanowieniu wyrazów: „remont kapitalny”, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art.697 k.c., zgodnie z 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 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.

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 zdolnych pod załadunek” (pkt. 1.2.10).

Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek wyczyszczenia podstawionych na bocznicę 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.

Za niezasadny uznała Izba 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.

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 Izby, zamawiający wprowadzając taki zapis do SIWZ 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.

Z przedmiotowym rozstrzygnięciem Izby nie zgodził się odwołujący, który złożył skargę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2004 r.

Na wstępie skarżący wyjaśnił, że nastąpiło przejęcie przez PTK Infrastruktura SA spółki PCC Śląskie Linie Kolejowe Sp. z o.o. na podstawie art.492§1 pkt.1 Kodeksu Spółek Handlowych i zmiana nazwy spółki PTK Infrastruktura SA na PCC

Raif INFRASTRUKTURA SA, na dowód czego skarżący przedkłada odpis pełny z KRS spółki PCC Raif INFRASTRUKTURA SA.

Skarżący zarzucił zaskarżonemu wyrokowi:

1. naruszenie przepisów art.29 ust.1 i 2 ustawy Pzp oraz art.7 ustawy Pzp, art.5 Kodeksu Cywilnego (dalej k.c.), art.353¹ k.c., art.697 w zw. z art.14 k.c. poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mających mieć wpływ na sporządzenie oferty, skalkulowanie ceny oraz w sposób, który nie utrudnia uczciwej konkurencji podczas gdy w niniejszym postępowaniu przetargowym zamawiający w sprzeczności ze wskazanymi powyżej przepisami nie określił lub co najmniej nie dookreślił przedmiot zamówienia w tym w szczególności zakresu

rzeczowego zamówienia, 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.) i co w rzeczywistości stanowi naruszenie art.29 ust.1 ustawy PZP oraz art.5, art.353¹ w zw. z art.14 k.c. tj. poprzez przyjęcie, iż procentowane zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SIWZ”) nie zostały skonstruowane w sposób sprzeczny z zasadami współzycia społecznego, dobrymi obyczajami oraz słusznymi interesami wykonawcy,

2. naruszenie art.29 ust.2 ustawy Pzp oraz art.7 ust.1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne, niezgodne ze stanem faktycznym przyjęcie, że zamawiający nie zawyżył zasadniczo maksymalnej wielkości zlecanej usługi przewozowej (przewozy masy towarowej) w stosunku do rzeczywistych potrzeb wyłącznie w celu zaniżenia ceny jednostkowej i cen ofertowych i w związku z tym naraził wykonawców na niepowetowane straty,

3. naruszenie art.188 ust.6 ustawy Pzp i niewyjaśnienie wszystkich istotnych okoliczności mających istotne znaczenie dla sprawy w szczególności poprzez oddalenie na rozprawie wniosku o powołanie biegłego na okoliczności wskazane przez skarżącego i błędne przyjęcie, że fakty będące przedmiotem dowodu z opinii biegłego zostały potwierdzone innymi dowodami w sytuacji gdy wnioskowany

dowód miał wyjaśnić w ocenie skarżącego istotną kwestię znaczenia wielkości zleconych przewozów w procesie kalkulowania wysokości stawki jednostkowej za przewóz jednej tony, decydującej o jej wysokości, a także kwestii czy zlecenie (wykonanie) rzeczywiście ilości przewozów na poziomie niższym od przyjętego w procesie kalkulacji stawki, spowoduje zmniejszenie efektywności realizowanych transakcji i może narażać wykonawców usług przewozowych na straty (w razie utrzymania skalkulowanej pierwotnie stawki dla wyceny i rozliczenia wszystkich przewozów realizowanych na podstawie zamówienia) i nie został powołany dla zwłoki,

4. naruszenie art.190 ust.2 ustawy Pzp poprzez błędne ustalenie stanu faktycznego i oparcie rozstrzygnięcia wyłącznie na oświadczeniach i dokumentach przedłożonych przez zamawiającego,

5. naruszenie art.188 ust.7 ustawy Pzp i naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów KIO - poprzez nie rozważenie całego materiału dowodowego w sprawie i wzięcie pod uwagę wyłącznie dowodów przedstawionych przez skarżącego i oparcie się wyłącznie na twierdzeniach i dowodach przedłożonych przez zamawiającego,

6. naruszenie art.7 i art.29 ust.1 i 2 ustawy Pzp oraz art.5 k.c., 353¹ k.c. poprzez błędne przyjęcie, że niedookreślenie przez zamawiającego w SIWZ wysokości wynagrodzenia za odpłatne przeszkolenie pracowników wykonawcy (Rozdział II. Szczegółowe Wymagania Techniczne - pkt. 1.4.8) umożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny oferty i nie utrudnia uczciwej konkurencji oraz, że zapis ten nie jest sprzeczny z zasadami współzycia społecznego, dobrymi obyczajami oraz słusznymi interesami wykonawcy,

7. naruszenie art.7 ustawy Pzp i art.29 ust.1, 2 ustawy Pzp, oraz art.5 k.c., 353¹ k.c. poprzez przyjęcie, że nieprecyzyjne sformułowanie w SIWZ zapisu dotyczące kosztów związanych z dostosowaniem bocznicy do wymogów przepisów kolejowych, wskutek czego wykonawca może zostać narażony na konieczność poniesienia kosztów inwestycji i innych których nie mógł przewidzieć oraz skalkulować w dacie składania oferty (Rozdział II. Szczegółowe Wymagania Techniczne - pkt. 1.3.31) umożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny oferty i nie

utrudnia uczciwej konkurencji oraz, że nie jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego, dobrymi obyczajami oraz słusznymi interesami wykonawcy,

8. naruszenie art.5 k.c., art.353¹ k.c. i art.697 k.c. w zw. z art.14 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że obciążenie wykonawcy w SIWZ:

- a) obowiązkiem wykonywania i ponoszenia kosztów remontów kapitałnych 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), nie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, dobrymi obyczajami oraz słusznymi interesami wykonawcy, pomimo iż wskazane czynności zamawiającego prowadzą do naruszenia wskazanych powyżej przepisów,

9. naruszenie art.5 k.c. i art.353¹ k.c. oraz art.93 ust.4 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że bezpodstawne uchylenie się przez zamawiającego od wszelkiej odpowiedzialności za nie zawarcie umowy w przedmiocie zamówienia publicznego, co przewidziano w Rozdziale IV. Istotne Postanowienia Umowy (IPU) - §1 ust.4 SIWZ, nie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, dobrymi obyczajami oraz słusznymi interesami wykonawcy i że z postanowień SIWZ wynika możliwość wystąpienia przez wykonawców z roszczeniem o zwrot uzasadnionych wypadków w przypadku nie zawarcia przez zamawiającego umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzuty, skarżący wnosi o uwzględnienie skargi i:

- 1. zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w zaskarżonej niniejszą skargą części.,
- 2. zobowiązanie zamawiającego do dokonania zmiany zapisów SIWZ, w zakresie wskazanym w niniejszej skardze, a poprzednio w odwołaniu i proteście poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp, a także sformułowanie wskazanych w niniejszej skardze zapisów SIWZ w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp, kodeksu cywilnego i zasadami współżycia społecznego,
- 3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz skarżącego kosztów sądowych, w tym kosztów zastępstwa procesowego w niniejszym postępowaniu według norm prawem przepisanych.

Ponadto skarżący wnosi o dopuszczenie w niniejszym postępowaniu dowodów z opinii biegłych tj.:

- a) opinii biegłego z zakresu organizacji i zarządzania oraz ekonomiki przedsiębiorstw na okoliczność ustalenia w niniejszym postępowaniu istotnej do jego rozstrzygnięcia kwestii podstawowego znaczenia wielkości zleconych przewozów, w procesie kalkulowania wysokości stawki jednostkowej za przewóz jednej tony, decydującej o jej wysokości, a także kwestii czy zlecenie (wykonanie) rzeczywiście ilości przewozów na poziomie niższym od przyjętego w procesie kalkulacji stawki, spowoduje zmniejszenie efektywności realizowanych transakcji i może narazić wykonawców usług przewozowych na straty (w razie utrzymania skalkulowanej pierwotnie stawki dla wyceny i rozliczenia wszystkich przewozów realizowanych na podstawie zamówienia). Na uzasadnienie powyższego wniosku skarżący wskazał, iż KIO niezgodnie z przepisami ustawy Pzp nie dopuściła

dowodu z opinii biegłego z zakresu organizacji i zarządzania oraz ekonomiki przedsiębiorstw na okoliczność powyżej wskazaną, w sytuacji gdy w ocenie skarżącego przeprowadzenie zawnioskowanego dowodu jest niezbędny do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

b) opinii biegłego z zakresu kolejnictwa tj. z zakresu ruchu kolejowego i przewozów na okoliczność, że ze względu na rodzaj układu bocznic KHW SA KWK „MURCKI”, nie jest prawdopodobna realizacja przewozów w ilości wskazanej

przez zamawiającego w SIWZ masy towarowej tj. 279.000 ton/m-c tj. 12 977 ton/dobę.

Skarżący argumentuje, iż potrzeba powołania wnioskowanego dowodu z opinii biegłego z zakresu kolejnictwa tj. z zakresu ruchu kolejowego i przewozów na okoliczność wskazaną powyżej wynika na niniejszym etapie postępowania z uwagi na przedłożone przez zamawiającego na rozprawie przed KIO dokumentów, wedle których w ocenie zamawiającego rozbudował on infrastrukturę kolejową, w sposób umożliwiający realizację przewozów w ilości wskazanej przez zamawiającego w SIWZ masy towarowej tj. 279.000 ton/m-c tj. 12.977 ton/dobę, a co według wiedzy skarżącego nie jest możliwe z uwagi na niewystarczającą przepustowość bocznic.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów wskazał skarżący, że z zapisu pkt. 1.2.1 Rozdziału II SIWZ wynika, że przedmiotem umowy ma być przewóz masy towarowej w ilości nie większej niż 279.000 ton miesięcznie (tj. 3.348.000 rocznie). Zatem w SIWZ nie dokonano ani konkretnej ani gwarantowanej wielkości usług, których realizacja ma wypełnić przedmiot umowy a to oznacza, że przedmiotem umowy może być nawet ilość symboliczna. W konsekwencji na dzień składania oferty, w chwili obecnej oraz w toku realizacji umowy wykonawca pozostaje i pozostawać będzie w nieświadomości co do tego, ile ton masy towarowej zostanie mu zlecone do przewozu w okresie obowiązywania umowy.

Może to doprowadzić do rażącego zawyżenia w stosunku do potrzeb ilości kalkulacyjnej maksymalnej, bez określenia co najmniej ilości minimalnej skalkulowania ceny jednostkowej na poziomie najniższym z możliwych, który zapewni sfinansowanie wszystkich kosztów stałych i zmiennych wyłącznie w razie faktycznego zlecenia usług na tym samym poziomie

Wskazał skarżący, że przedmiot zamówienia nie został przez zamawiającego określony w sposób wskazany w art.29 ust.1 i 2 ustawy Pzp ani w SIWZ ani w umowie jaka zostanie ukształtowana na podstawie Rozdziału IV SIWZ, zaś rzeczywisty rozmiar przewozów jakie zostaną wykonane na podstawie zawartej umowy zostanie ukształtowany w drodze przyszłych, nie poddanych żadnym prawnym i umownym, dyspozycji przewozowych zamawiającego, które odbiegać mogą istotnie co do wielkości od oznaczonej w umowie maksymalnej wielkości przewozów. Wielkość ta, w sytuacji gdy na jej ukształtowanie wykonawca nie ma żadnego wpływu, a której dotrzymać zamawiający nie musi jest wielkością, abstrakcyjną nie pozostającą w jakimkolwiek związku sprawczym z celami jakie winna spełniać umowa.

Zakwestionował skarżący stanowisko KIO, że zamawiający wskazał, iż określona w SIWZ maksymalna miesięczna ilość masy towarowej do przewozu jest wielkością realną, uzasadnioną potrzebami zamawiającego.

Przedstawione przez zamawiającego zestawienie zamówień publicznych na dostawy urządzeń górniczych potrzebnych do wydobywania, wskazuje zdaniem skarżącego na fakt podejmowania przez zamawiającego działań w kierunku odtworzenia przestarzałego potencjału produkcyjnego i nie dokumentują w żadnym razie jakiegokolwiek związku pomiędzy dostawami sprzętu górniczego warunkującymi w ogóle prowadzenie działalności statutowej zamawiającego a wielkością zapotrzebowania na zakup węgla i usługi przewozowe, a tym bardziej skokowy wzrost w stosunku do udokumentowanej praktyką wielu lat rzeczywistości.

Ponadto według wiedzy skarżącego ze względu na rodzaj układu torowego boczniczy nie jest prawdopodobna realizacja ilości wskazanej w SIWZ masy towarowej tj. 279 000 ton/m-c tj. 12 977 ton/dobę. Wagony pod ładunek podstawiane są z tej samej strony zakładu przerobczego z której wyciągane są wagony ładowne do formowania na tory odstawcze.

Zdaniem skarżącego wykonawcy nie są w stanie skalkulować ryzyka, które faktycznie mieści się w przedziale od 0 ton/m-c do 279 000 t/m-c. W każdym razie nie da się tego ryzyka oszacować w sposób jednolity i dokładny co oznacza, że szacunek wielkości ryzyka ma charakter wyłącznie intuicyjny i nie znajduje oparcia w wskazanych przez zamawiającego wielkościach, których w zakresie ilościowym brak. W konsekwencji kalkulacje różnych wykonawców będą ściśle i konkretne wyłącznie, gdy cena jednostkowa zostanie ustalona jako cena, która pokryje wszystkie koszty stałe i zmienne przy założeniu, że przedmiotem umowy jest przewóz ilości ton odpowiadającej oznaczonej w umowie ilości maksymalnej, jakiej przewóz może być zlecony w ramach umowy.

Zarzucał skarżący, że KIO nie rozważyła całości materiału dowodowego w sprawie opierając się jedynie na twierdzeniach i dokumentach przedłożonych przez zamawiającego. Nie wzięła pod uwagę wyjaśnień i argumentów skarżącego w szczególności w zakresie wykazania, że określona w SIWZ w niniejszym postępowaniu ilość masy towarowej jest nie rzeczywista do zrealizowania z uwagi na doświadczenia z lat poprzednich.

Skarżący podtrzymał uzasadnienie pozostałych zarzutów naprowadzając okoliczności wskazane w proteście i odwołaniu. Podzielił jednak stanowisko KIO w zakresie uznania zarzutu naruszenia art.25 ust.1 i art.26 ust.1 ustawy Pzp za spóźniony.

Dodatkowo skarżący wskazał, że zgodnie z postanowieniem SIWZ §1 ust.4 IPU Rozdział IV wykonawca składa oświadczenie, że w przypadku braku zgody lub braku przedłużenia zgody przez ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa na oddanie wykonawcy do korzystania z mienia opisanego w załączniku nr 2 nie będzie dochodził żadnego odszkodowania ani kar w związku z nie zawarciem na tej podstawie umowy. Tak sformułowana regulacja w zasadzie w jego ocenie wyłącza możliwość stosowania art.93 ust.4 ustawy Pzp, a w związku z tym narusza interesy wykonawców i przepis art.93 ust.4 ustawy Pzp.

Skarżący zarzucał, że zamawiający bezpodstawnie zaniechał przedłużenia terminu do złożenia ofert, w związku z wniesieniem protestu na SIWZ (art.180 ust.5 Pzp) i nie może to pozbawić skarżącego szans na uzyskanie zamówienia, po usunięciu wad SIWZ.

Skarżący wyjaśnił, iż nie podjął ryzyka nie złożenia oferty, pomimo że termin jej złożenia przypadał na dzień rozpoczynający bieg terminu do złożenia odwołania, gdyż mogłoby to wiązać się z utratą przez niego statusu wykonawcy, a konsekwencji eliminować możliwość dalszego działania przez niego w tym przetargu i korzystania ze środków ochrony prawnej.

W pisemnej odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o jej oddalenie i oddalenie zgłoszonych wniosków dowodowych oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu.

Zarzucał, iż wniosek skargi o zmianę orzeczenia KIO poprzez zobowiązanie zamawiającego do modyfikacji postanowień SIWZ jest bezprzedmiotowy, ponieważ upłynął termin składania ofert, a zamawiający dokonał otwarcia ofert w dniu 27 maja 2009 r. Podniósł, iż w listopadzie 2008 r. przewiezione zostało na tej boczniczy 280 tys. ton, co wykazał w postępowaniu przed KIO.

Na rozprawie w dniu 3 września 2009 r. skarżący wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art.93 ust. 1 pkt.7 Pzp.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Skarga nie może odnieść zamierzonego skutku, dlatego na mocy przepisu art. 198 ust.2 Prawa zamówień publicznych należało ją oddalić.

Skarga podlegała rozpoznaniu przez Sąd Okręgowy, gdyż została terminowo złożona od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej rozstrzygającej odwołanie od oddalenia przez zamawiającego protestu w trybie art. 183 ust.1 pkt.2 Pzp. Zatem prawidłowo zgłoszony na treść SIWZ protest uruchomił również procedurę skargową (art. 198§ 1 pkt.4 Pzp).

Wskazać należy, iż na mocy przepisu art. 188 ust.7 Prawa zamówień Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału.

Wbrew zarzutom skargi KIO przeprowadziła prawidłowe postępowanie dowodowe, co skutkowało ustaleniem stanu faktycznego znajdującego uzasadnienie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym oraz prawidłową oceną niezasadności odwołania.

W ocenie Sądu Okręgowego zarzutu sprzeczności ustaleń z treścią materiału dowodowego Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszej sprawie skutecznie zarzucić nie można.

Podzielić należy stanowisko Izby, że dowód z opinii biegłego rzeczoznawcy ds. kosztorysowania cen usług przewozowych na okoliczność wpływu wielkości przewozów na cenę jednostkową przewozów i na wartość całego zamówienia i skutku jakie dla efektywności transakcji spowoduje faktyczne zlecenie przewozów przy jednoczesnym zastosowaniu stawki jednostkowej wyliczonej wg wielkości maksymalnej był zbędny (art. 188§ 1 pkt.6 ustawy Pzp).

Trafnie wskazała KIO, że sposób obliczenia ceny wynikał z SIWZ i nie wymagał wiadomości specjalnych. Stąd też ponownie zgłoszony w skardze wniosek dowodowy Sąd Okręgowy oddalił.

Potwierdzeniem tego stanowiska było przygotowanie i złożenie kilku ofert sporządzonych w oparciu o treść SIWZ określoną przez zamawiającego.

Podkreślić należy, że KIO nie kwestionowała okoliczności, iż sposób obliczenia ceny wg SIWZ (Rozdział I pkt. 10) tj. przy przyjęciu maksymalnej ilości przewozów tj. 279.000 t/m-c będzie miał wpływ na cenę lecz wskazała, że opis przedmiotu zamówienia jest wystarczający do prawidłowego sporządzenia oferty przetargowej, możliwej do porównania z innymi ofertami w tym postępowaniu. Izba wskazała, że cena jednostkowa miała być wyliczona przy przyjęciu wskazanej w SIWZ maksymalnej ilości przewozów w miesiącu.

Z tych przyczyn zarówno zarzut naruszenia przez KIO art.188 ust.6 ustawy Pzp oraz art. 19 ust.2 ustawy Pzp uznać należało za nieuzasadniony.

Zgłoszony w skardze wniosek dowodowy o powołanie biegłego z zakresu kolejnictwa celem ustalenia, iż ze względu na rodzaj układu bocznicy KHW SA KWK „MURCKI” nie jest prawdopodobna realizacja ilości wskazanej przez zamawiającego w SIWZ masy towarowej tj. 279.000 t/m-c tj. 12.977 t/-24 h. Sąd Okręgowy na mocy art.381 k.p.c. w zw. z art.194§2 Pzp oddalił jako spóźniony.

Nie było, zdaniem Sądu Okręgowego, żadnych przeszkód by ten wniosek został zgłoszony w postępowaniu przed KIO.

Odnosząc się kolejno do podniesionych w skardze zarzutów należy wskazać, że nie doszło do naruszenia art.29 ust.1 i 2 i art.7 ustawy Pzp, art.5 k.c. i art.697 k.c. w zw. z art.14 Pzp oraz art.353¹ k.c.

Opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonuje wyłącznie zamawiający - stosownie do swoich potrzeb. Określenie treści stosunku zobowiązaniowego jest jego uprawnieniem, doznającym jedynie ograniczenia przez zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W przedmiotowej sprawie podzielić należy stanowisko Izby, iż opis przedmiotu zamówienia uwzględnia wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, skalkulowanie ceny ofertowej oraz, że opis ten jest jednoznaczny i wyczerpujący.

W tej konkretnej sprawie zamawiający określił maksymalną ilość masy towarowej do przewozu w skali miesiąca - 279.000 ton w okresie 36 miesięcy od daty zawarcia umowy oraz wskazał warunki realizacji zamówienia. Brak jest podstaw do kwestionowania stanowiska Izby by w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia art.29 ust.1 i 2 ustawy Pzp i art.7 ustawy Pzp.

Trafnie KIO wskazała, że nie ma podstaw do uwzględnienia zarzutu odwołującego, iż niemożliwym jest miesięczny przewóz towarów na tej bocznicy w ilości wskazanej przez zamawiającego.

Podkreślić należy, że przeczy temu ilość przewiezionego towaru w listopadzie 2008 r. Zarzut, iż zamawiający zawyżył wskazanie możliwej ilości towaru do przewiezienia w ciągu miesiąca jest nieuzasadniony.

Sąd Okręgowy podziela też stanowisko i argumentację Izby, iż w tej konkretnej sprawie zamawiający wykazał, że nieokreślenie minimalnej ilości przewozów masy towarowej, a tym bardziej konkretnej wielkości przewozów w skali miesiąca spowodowane było brakiem możliwości ich określenia, a zatem zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji nie mógł zostać uwzględniony.

Podkreślić należy, że zamawiający ma prawo przyjąć rozwiązanie dla niego korzystniejsze z punktu widzenia ekonomicznego, które jednak nie narusza równowagi wykonawców w postępowaniu. Zamawiający wykazał złożonymi dokumentami, które przywołała KIO w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że przewozy masy towarowej na poziomie wskazanym w SIWZ są realne.

Podzielić należy stanowisko Izby, że zarzuty dotyczące uniemożliwienia odwołującemu ustalenie prawidłowej ceny oferty wobec powyższe są niezasadne.

Odnosnie kosztów szkolenia pracowników z zakresu BHP, to w SIWZ wskazano na sposób uzyskania informacji u zamawiającego w tym zakresie (Rozdział II. Szczegółowe Wymagania Techniczne - pkt.1.4.8 zd. drugie oraz pkt. 1.3.13). Zatem zamawiający umożliwił wykonawcom uzyskanie informacji na temat wynagrodzenia zamawiającego za przeszkolenie pracowników wykonawcy z zakresu przepisów BHP.

Skarżący nie wskazał, iż uzyskanie tej informacji, w sposób określony w SIWZ, było niemożliwe a jak przyznał złożył ofertę przetargową przygotowaną w oparciu o zaskarżone postanowienia SIWZ. Zatem zarzuty podnoszone w tym przedmiocie są nieuzasadnione.

Brak jest podstaw do podzielenia stanowiska skarżącego, że doszło do naruszenia art.5, 353¹ i 697 k.c. w zw. z art.14 ustawy Pzp. Skarżący zarzuca, iż zamawiający obciążył kosztem wykonania remontów kapitalnych składników majątkowych oddanych w dzierżawę pełną odpowiedzialnością wykonawców; obciążył ich też pełną odpowiedzialnością finansową z tytułu zgłoszonych reklamacji od odbiorców węgla spowodowanych zanieczyszczeniami lub uszkodzeniami wagonów oraz odpowiedzialnością za szkody wyrządzone w przejętym mieniu.

Odnosnie remontów kapitalnych składników mienia, które ma zostać oddane w dzierżawę wykonawcy KIO wskazała, iż wprawdzie użycie tych wyrazów w SIWZ było nieprawidłowe jednak z treści SIWZ, w tym o zawartą w zdaniu drugim

pkt. 1.3.34 (Rozdział II SIWZ) definicję remontu kapitalnego, wynika obowiązek wykonawcy do dokonywania napraw niezbędnych do zachowania przedmiotu w stanie nie pogorszonym.

Zarzut skarżącego, iż zobowiązany będzie do zwrotu zamawiającemu przedmiotu dzierżawy w stanie lepszym niż na początku umowy jest chybiony. Wskazać należy, że z treści Rozdziału IV. IPU §3 pkt.4 SIWZ wynika, że wykonawca zobowiązuje się do korzystania ze składników majątkowych zamawiającego zgodnie z przeznaczeniem i zwrócenia ich zamawiającemu w stanie nie pogorszonym ponad naturalne zużycie.

Odnosnie zasady odpowiedzialności z tytułu reklamacji odbiorców towaru w sposób określony w §7 ust.3 Rozdział IV. IPU Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia i stanowisko Izby w tym przedmiocie.

Niewątpliwie obowiązki w zakresie sprawdzenia czystości i sprawności technicznej wagonów obciążają wykonawcę. Skoro wykonawca uchybił tym obowiązkom określonym w Rozdziale II. Szczegółowe Wymagania Techniczne pkt.1.2.3, 1.2.10 SIWZ to reklamacje odbiorców węgla spowodowanych zanieczyszczeniami lub uszkodzeniami wagonów będą obciążać wykonawcę z tytułu działania lub zaniechania wykonawcy, a zatem jest to odpowiedzialność za zawinione działanie lub brak działania wykonawcy, na co trafnie wskazała Izba.

Również odpowiedzialność wykonawcy za powierzone mienie (Rozdział IV. IPU pkt.6) sprowadza się do jego odpowiedzialności związanej z prawidłowym korzystaniem z przejętego majątku, a zatem nie tylko dokonywaniem bieżących napraw by zachować przedmiot umowy w stanie nie pogorszonym ale też do wykonywania praw dzierżawcy zgodnie z wymaganiami prawidłowej gospodarki (art.696 k.c.).

Zatem i w tym przypadku wykonawca będzie odpowiadał za zawinione działanie lub brak działania.

Nie można dlatego przyjąć, jak chce tego skarżący, że zaskarżone postanowienia SIWZ naruszają wskazane przepisy prawa.

Odnosnie zarzutu naruszenia art.7 ustawy Pzp, art.29 ust.1, 2 ustawy Pzp i art.5 k.c. i 353¹ k.c. poprzez nieprecyzyjne sformułowanie w SIWZ zapisu dotyczącego kosztów związanych z dostosowaniem bocznic do wymogów przepisów kolejowych, co może narazić wykonawcę na poniesienie kosztów inwestycji, których nie mógł przewidzieć na etapie formułowania oferty, to zarzut ten jest również nieuzasadniony.

Trafnie wskazała Izba, iż postanowienia SIWZ w świetle których ryzyko finansowe związane ze zmianą stanu prawnego obciąża wykonawcę nie stoi w sprzeczności z przepisami prawa, w tym przepisami Pzp dotyczącymi wymogów w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i Sąd Okręgowy w tym składzie to stanowisko podziela.

Za chybiony uznał też Sąd Okręgowy ostatni zarzut naruszenia art.5 i 353¹ k.c. oraz art.94 ust.4 Pzp podniesiony w skardze.

W §1 ust.4 IPU zawarto zastrzeżenie, iż wykonawca w przypadku braku zgody lub braku przedłużenia zgody przez ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa na oddanie wykonawcom do korzystania mienia opisanego w załączniku nr 2 do umowy nie będzie dochodził od zamawiającego żadnego odszkodowania w związku z nie zawarciem umowy z tej przyczyny.

Stosownie do art.5a i następne ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. (Dz. U. Nr 106, poz.493 z późn. zmianami) o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa na zamawiającym ciąży obowiązek uzyskania uprzedniej zgody na rozporządzenie składnikami mienia.

Zamawiający nie ma wpływu na decyzję ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa. By uzyskać taką zgodę zamawiający stosownie do art.5b ust.1 pkt.4 powołanej ustawy musi we wniosku wskazać podmiot na rzecz którego nastąpi rozporządzenie.

Z tego wynika, że z wnioskiem może zamawiający wystąpić dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Trudno przyjąć, iż brak przedmiotowej zgody stanowić będzie o unieważnieniu postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego (art.93 ust.4 ustawy Pzp) skoro merytoryczna decyzja właściwego ministra jest niezależna od woli zamawiającego.

Zaznaczyć należy, iż inne przyczyny unieważnienia postępowania obciążające zamawiającego są objęte dyspozycją art.93 ust.4 ustawy Pzp., gdyż postanowienia SIWZ ich nie wyłączają.

Ostatecznie uznając zarzuty skargi za niezasadne skargę Sąd Okręgowy oddalił na podstawie art.198§2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania skargowego orzekł na podstawie art. 198 §5 ustawy Pzp.

Na oryginale właściwe podpisy