

Sygn. akt: KIO/UZP 198/08

WYROK
z dnia 19 marca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Małgorzata Stręciwiłk
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego Holding S.A., 41 - 800 Zabrze, ul. Wolności 337** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., 40 - 039 Katowice, ul. Powstańców 30** protestu z dnia 19 lutego 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. **Uwzględnić odwołanie i unieważnić postępowanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Kompanię Węglową S.A., 40 - 039 Katowice, ul. Powstańców 30**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego Holding S.A., 41 - 800 Zabrze, ul. Wolności 337,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** na rzecz **Przedsiębiorstwa Transportu Kolejowego Holding S.A., 41 - 800 Zabrze, ul. Wolności 337**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Transportu Kolejowego Holding S.A., 41 - 800 Zabrze, ul. Wolności 337**.

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Zarządzanie infrastrukturą kolejową oraz wykonywanie przewozów związanych z obsługą bocznicy kolejowej KW S.A. w ZG Piekary Rejon Piekary, Rejon Brzeziny w okresie 36 miesięcy”, opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2008/S 26-035200 z dnia 07.02.2008r., Zamawiający w dniu 07.02.2008r. zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) na swojej stronie internetowej.

W dniu 19.02.2008r. (pismem z dnia 19.02.2008r.), z zachowaniem terminu wskazanego w art. 180 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą Pzp, Odwołujący złożył protest na treść SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie **art. 22 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, art. 25 ust. 1 pkt 1, art. 36 ust. 1 pkt 17, art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ i 487 par. 2 k.c., art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 487 par. 2 k.c.**, żądając:

1. unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w przypadku uznania zarzutów dot. naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, art. 25 ust. 1 pkt 1,
2. wprowadzenia zmian treści SIWZ, w przypadku uznania pozostałych zarzutów.

Odwołujący w proteście wskazał, że wskutek podniesionych naruszeń ustawy Pzp jego interes prawny, w związku z ograniczeniem możliwości uzyskania zamówienia, może doznać uszczerbku.

W uzasadnieniu protestu odnośnie naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, art. 25 ust. 1 pkt 1 Odwołujący podniósł, że w pkt. X.1 SIWZ (str.2) Zamawiający zażądał od wykonawców posiadania uprawnień do wykonania określonej działalności lub czynności, tj. posiadania niezbędnych świadectw wynikających z ustawy o transporcie kolejowym z dnia 28.03.2003r. (t.j. Dz.U. z 2007r. Nr 16, poz. 94), wydanych przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, tzn.:

1. aktualnego świadectwa bezpieczeństwa dla przewoźnika kolejowego lub certyfikatu bezpieczeństwa,
2. aktualnego świadectwa bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej lub autoryzacji bezpieczeństwa,

co jest sprzeczne z art. 22 ust. 1 pkt 1 oraz art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż przywołana ustawa została zmieniona ustawą z dnia 24.08.2007r. o zmianie niektórych ustaw w związku z członkostwem RP w Unii Europejskiej (Dz.U. z 2007r. Nr 176, poz. 1238) oraz ustawą z dnia 19.09.2007r. o zmianie ustawy o transporcie kolejowym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2007r. Nr 191, poz. 1374), które wprowadziły w szczególności nowe definicje, obowiązujące od dnia 02.11.2007r., pozwalające na przyjęcie, że ustawodawca nie zalicza bocznic do infrastruktury kolejowej (art. 4 pkt 1 – infrastruktura kolejowa, art. 4 pkt 2 – linia kolejowa, art. 4 pkt 10 – bocznic kolejowa). Z przywołanych artykułów wynika, w ocenie Odwołującego, że bocznic kolejowa nie jest linią kolejową i nie jest zaliczana do infrastruktury kolejowej, którą musi zarządzać zarządca infrastruktury kolejowej, co oznacza, że posiadanie świadectwa bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej lub autoryzacji bezpieczeństwa, wobec braku takiego wymogu w obowiązujących przepisach, jest zbędne i nieuzasadnione, a postawiony w SIWZ wymóg narusza zasady, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Żądanie wskazanego świadectwa lub autoryzacji wykracza poza krąg dokumentów, których można żądać Zamawiający od wykonawców na podstawie ustawy Pzp i narusza jej art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 17 Odwołujący podniósł, że w pkt. XXVI 1b SIWZ Zamawiający stwierdził: „Odwołanie wnosi się do Prezesa UZU (...), jednocześnie informując Zamawiającego o wniesieniu odwołania”, co jest sprzeczne z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że w pkt. III.13 Załącznika nr 1 do SIWZ (str. 15 SIWZ) Zamawiający oświadczył, że minimalna gwarantowana ilość ton nie będzie mniejsza niż 85% maksymalnej ilości deklarowanej w załączniku nr 2 w okresie trwania umowy, jednocześnie jednak wskazując w pkt. 2.4 załącznika nr 7, że w przypadku, gdy realizacja umowy nastąpi na kwotę mniejszą niż określona w pkt. 2.1 załącznika nr 7, wykonawca nie będzie żądał odszkodowania z tego tytułu. W ocenie Odwołującego zapisy te są ze sobą sprzeczne, wywołują wątpliwości interpretacyjne, co uzasadnia zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ k.c. Odwołujący podniósł, że postanowienia pkt. 2.4 załącznika nr 7 są także, w ocenie Odwołującego, sprzeczne z art. 353¹ k.c., ponieważ treść tego punktu jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający próbuje uchylić nałożony na siebie w pkt. III.13 załącznika nr 1 obowiązek zagwarantowania wykonawcy co najmniej 85% ogólnej ilości zakresu rzeczowego zamówienia.

Odwołujący przywołuje wyrok ZA o sygn. UZP/ZO/0-2430/06, zgodnie z którym „umowa o zamówienie publiczne powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale i wykonawców” oraz uchwałę sędziów SN z dnia 22.05.1991r. (sygn. III CZP 15/91), w której stwierdzono: „Natura umowy gospodarczej i generowanego przez nią stosunku sprowadza się generalnie do tego, że wyraża ona i pozwala realizować interes każdej ze stron, ponieważ zaś interesy te bywają przeciwstawne, istotę umowy stanowi uzgodnienie woli stron, wyrażającej ich interesy (...) za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać pozostawienie w ręku jednej tylko strony możliwości dowolnej zmiany jej warunków.”

W ocenie Odwołującego, taką całkowitą dowolność w kreowaniu warunków wykonywania zamówienia gwarantują Zamawiającemu zapisy, umożliwiające uniknięcie sankcji z tytułu niedochowania gwarantowanej wielkości mas transportowych.

Tym samym, postanowienia pkt. 2.4 załącznika nr 7 są sprzeczne z właściwością (naturą) stosunku oraz zasadami współżycia społecznego, tj. niezgodne z art. 353¹ k.c.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 487 par. 2 k.c. Odwołujący podniósł, że postanowienia pkt. 2.4 załącznika nr 7 zakazują wykonawcy żądania odszkodowania w przypadku ograniczenia ilości faktycznie przewiezionych ton węgla i innych materiałów, w efekcie czego, w razie ograniczenia tych ilości, wykonawca ponosić będzie koszty obsługi bocznicą nie uzyskując z tego tytułu wynagrodzenia lub uzyskując je w wysokości nieadekwatnej. To zaś może prowadzić do sytuacji, iż w niektórych

okresach wykonawca świadczył będzie usługi bocznicą nieodpłatnie, co stoi w rażącej sprzeczności z zasadą ekwiwalentności świadczeń.

Odwołujący domagał się wykreślenia treści pkt. 2.4 załącznika nr 7 i zagwarantowania, iż w każdym miesiącu obowiązywania umowy minimalny tonaż przewożonego materiału nie będzie mniejszy niż 85% maksymalnego tonażu określonego w załączniku nr 2 w odniesieniu do jednego miesiąca obowiązywania umowy.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 487 par. 2 k.c. Odwołujący podniósł, że Zamawiający poprzez treść pkt. 2.2 załącznika nr 7 („Stawki jednostkowe ujęte w załączniku do niniejszej umowy są stałe do końca trwania umowy i zawierają wszystkie koszty ponoszone przez Wykonawcę niezbędne do wykonania usługi”) wprowadził niekorzystny dla wykonawców zapis, czym naruszył wskazany przepis kodeksu cywilnego. W ocenie Odwołującego, ze względu na długość stosunku prawnego (3 lata), cena winna być indeksowana, w przeciwnym razie, z czasem może dojść do braku ekwiwalentności świadczeń.

Odwołujący domagał się zmiany treści pkt. 2.2 załącznika nr 7 do SIWZ i dopuszczenia możliwości indeksacji zaoferowanych stawek jednostkowych.

Odwołujący domagał się także zmiany treści pkt. III 7 załącznika nr 1 poprzez wprowadzenie odmiennych zasad wynagradzania za świadczenie usług w dni wolne od pracy. Wskazał, że wprowadzony w treści SIWZ zapis, zobowiązujący wykonawców do świadczenia usług w dni wolne od pracy bez prawa żądania podwyższonej stawki, jest niekorzystny dla wykonawców i narusza art. 487 par. 2 k.c., stawiając w uprzywilejowanej sytuacji Zamawiającego, który nie zważając na następstwa finansowe i ograniczenia dotyczące pracy w niedziele i święta wynikające z kodeksu pracy, może zlecać prace również w tym czasie.

Pismem z dnia 03.03.2008r., przekazany Odwołującemu faksem w tym samym w dniu, z zachowaniem terminu wskazanego w art. 183 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego uwzględnienie w zakresie naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 17, art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ i 487 par. 2 k.c., art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 487 par. 2 k.c. oraz oddalenie w zakresie naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 22 ust. 2, art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 487 par. 2 k.c. (w zakresie waloryzacji umowy).

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający, w odniesieniu do naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 22 ust. 2, art. 25 ust. 1 pkt 1, podniósł, że w dokumencie uprawniającym przewoźnika kolejowego do uzyskania dostępu do infrastruktury kolejowej

jest certyfiakat bezpieczeństwa, a w przypadku zarządcy dokumentem takim jest autoryzacja bezpieczeństwa. Zamawiający wskazał, że na podstawie art. 18 ust. 2 i 3 ustawy o transporcie kolejowym z obowiązku uzyskania autoryzacji bezpieczeństwa zwolnienie są wskazani tam zarządcy, jednak w myśl art. 18 ust. 1 pkt 3, muszą wówczas posiadać świadectwo bezpieczeństwa.

W ocenie Zamawiającego, wątpliwości Odwołującego jednoznacznie rozstrzyga art. 2 pkt 2 ustawy o transporcie kolejowym, zgodnie z którym jej przepisy stosuje się także do bocznic kolejowych z wyjątkiem rozdziałów 2b, 4a, 5a-8 i 10, co oznacza, że zarówno zarządcy, jak i użytkownicy bocznic kolejowych winni posiadać dokument, o którym mowa w rozdziale IV „Bezpieczeństwo transportu kolejowego” w art. 18 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz pkt 3, czyli autoryzację bezpieczeństwa lub świadectwo bezpieczeństwa.

Odnosnie naruszenie art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 487 par. 2 k.c. (waloryzacja), Zamawiający podniósł, że żaden z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie nakłada na niego obowiązek wprowadzenia takich postanowień oraz wskazał, że każdy z wykonawców, wliczając koszt świadczonych usług w ramach umowy, jak również biorąc pod uwagę długość stosunku prawnego, winien skalkulować ofertę uwzględniając te elementy, co przy dochowaniu należytej staranności po stronie wykonawcy, nie doprowadzi do braku ekwiwalentności świadczeń.

W pozostałym zakresie Zamawiający stwierdził, że dokonana modyfikacji SIWZ poprzez:

1. wykreślenie zapisów wzajemnie sprzecznych,
2. dookreślenie ilości dniówek sobotnio niedzielnych, jakie wykonawca winien w sposób ryczałtowy wliczyć w zaoferowaną cenę,
3. dookreślenie mechanizmu wzrostu tej stawki po przekroczeniu wskazanej ilości dniówek sobotnio niedzielnych.

W dniu 07.03.2008r., pismem z tego samego dnia, nadanym w placówce pocztowej operatora publicznego, Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty zawarte uprzednio w proteście oraz podtrzymał żądania tam wskazane, z wyłączeniem naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 487 par. 2 k.c poprzez wprowadzenie do SIWZ zapisu o niezmienności stawek przez cały okres obowiązywania umowy.

W uzasadnieniu odwołania dodatkowo Odwołujący stwierdził, że nie kwestionował, iż do bocznic kolejowych nie stosuje się ustawy o transporcie kolejowym, ale, że dla

świadczenia usług, będących przedmiotem tego postępowania, nie jest wymagane posiadanie świadectwa lub autoryzacji przez zarządcę. Zwrócił uwagę, że wobec wskazania jako przedmiotu zamówienia „obsługi bocznic kolejowej”, która nie stanowi infrastruktury kolejowej, dokumentem uprawniającym podmiot do eksploatacji bocznic jest świadectwo bezpieczeństwa dla użytkownika bocznic kolejowej, a warunki jego uzyskania określa art. 19 ust. 3 tejże ustawy.

Odwołujący podniósł, że deklarowany przez Zamawiającego zamiar „wykreślenia zapisów wzajemnie sprzecznych” jest niezgodny z jego żądaniem zawartym w proteście, gdzie żądał wykreślenia jedynie postanowień pkt. 2.4 załącznika nr 7, a nie również wykreślenie postanowień pkt. III.13 załącznika nr 1 do SIWZ.

Odwołujący podniósł także, że deklarowany przez Zamawiającego zamiar „dookreślenia ilości dniówek sobotnio niedzielnych, jakie wykonawca winien w sposób ryczałtowy wliczyć w cenę jak również dookreślenia mechanizmu wzrostu tej stawki po przekroczeniu tej ilości” oznacza, że Zamawiający nie zamierza wprowadzić postulowanych odmiennych zasad wynagradzania za prace w dni wolne od pracy.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania oraz stanowisk i oświadczeń stron, złożonych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione zobowiązanie wykonawców do posiadania aktualnego świadectwa bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej lub autoryzacji bezpieczeństwa oraz poprzez żądanie od wykonawców dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania

Sporny warunek Zamawiający zamieścił w pkt. X.1 SIWZ, nadając mu brzmienie: „O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki: posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, tj. posiadają niezbędne świadectwa wynikające z Ustawy o transporcie kolejowym z dnia 28 marca 2003r. (Dz. U. nr 16, poz. 94 z 2007r. - tekst jednolity) wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego tzn. :

- a) świadectwo bezpieczeństwa dla przewoźnika kolejowego lub certyfikat bezpieczeństwa,

- b) świadectwo bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej lub autoryzację bezpieczeństwa”.

Potwierdzeniem spełniania tego warunku było, zgodnie z pkt. XI.3 SIWZ, przedłożenie oryginałów lub kopii, poświadczonych przez Wykonawcę za zgodność z oryginałem: świadectw wynikających z Ustawy o transporcie kolejowym, wydanych przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, tj. :

- aktualne świadectwo bezpieczeństwa dla przewoźnika kolejowego lub certyfikat bezpieczeństwa,
- aktualne świadectwo bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej lub autoryzacja bezpieczeństwa.

Biorąc pod uwagę prawo Zamawiającego do żądania od wykonawców spełnienia warunków podmiotowych, adekwatnych do przedmiotu zamówienia, koniecznym jest analiza tego, co stanowi przedmiot postępowania o nazwie: „Zarządzanie infrastrukturą kolejową oraz wykonywanie przewozów związanych z obsługą bocznic kolejowej KW S.A. w ZG Piekary Rejon Piekary, Rejon Brzeziny w okresie 36 miesięcy”.

Zamawiający opis przedmiotu zamówienia zawarł w Załączniku nr 1 do SIWZ, gdzie wskazał na następujący jego zakres:

dla bocznic kolejowej Rejonu Piekary:

1. wykonywanie prac manewrowych wagonami próżnymi, ładownymi węglem i innymi materiałami na terenie bocznic,
2. obsługa, bieżące utrzymanie oraz remonty kapitalne kołowrotów do przetaczania wagonów,
3. utrzymanie oraz remonty nawierzchni drogowej, przejazdów kolejowych, rogatek i właściwe ich oznakowanie,
4. inne prace manewrowe związane z ruchem kopalni obejmują wszelkie prace manewrowe wykonywane sporadycznie a niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania kopalni, m.in. rozładunek wagonów z piaskiem podsadzkowym, przewóz na terenie bocznic wagonów lub platform z materiałami, podstawianie ich na wskazane miejsce celem rozładunku, kontrolne ważenie wagonów, manewrowanie wagonami tarowanymi;

dla bocznic kolejowej Rejonu Brzeziny:

1. obsługa posterunków ruchu kolejowego na terenie bocznic kolejowej,
2. remonty, bieżące utrzymanie, odchwaszczanie oraz czyszczenie z usypów węgla i odpadów pogórnich, torów, międzytorzy, rozjazdów, pomostów wagowych, odwodnień i przepustów gwarantujące bezpieczne prowadzenie ruchu kolejowego.

3. remonty i bieżące utrzymanie systemu łączności przewodowej zapowiadawczej będących na wyposażeniu posterunków ruchu i służących do prowadzenia ruchu kolejowego,
4. utrzymanie oraz remonty przejść i nawierzchni drogowej przejazdów kolejowych, rogatek, właściwe ich oznakowanie oraz oznakowanie miejsc o ograniczonej skrajni,
5. opracowywanie i bieżące aktualizowanie regulaminów pracy bocznicy kolejowej łącznie z książkami obiektów budowlanych, prowadzenie niezbędnej dokumentacji wymaganej odpowiednimi przepisami.

Z analizy wskazanego opisu przedmiotu zamówienia wynika, że Zamawiający oczekuje świadczenia usług, związanych z eksploatacją bocznicy kolejowej.

Zamawiający, będąc zamawiającym sektorowym może, zgodnie z art. 138 c ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, żądać od wykonawców przedstawienia także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków.

Skład orzekający Izby pominął argumentację Odwołującego o zmianie definicji pojęcia bocznicy drogowej, która to zmiana – w jego ocenie – w wyniku nowelizacji przepisów ustawy o transporcie kolejowym z 2007 r. wyłączyła bocznic kolejowe z infrastruktury kolejowej, ponieważ uznał, że powyższe dywagacje pozostają bez wpływu na ocenę zarzutu żądania nieuprawnionego dokumentu.

Istotną w tym zakresie jest interpretacja przepisu art. 18 ust. 1 ustawy (zwanej w skrócie UTK), tj. czy na podstawie tego przepisu wykonawca, którego zadaniem jest faktycznie realizacja usług związanych z eksploatacją bocznic może uzyskać żądany przez Zamawiającego dokument, tj. świadectwo bezpieczeństwa dla zarządy infrastruktury kolejowej.

Ustawodawca w tym przepisie wyraźnie wyróżnił trzy kategorie podmiotów, związanych z transportem kolejowym:

1. zarządcę infrastruktury,
2. przewoźnika kolejowego,
3. użytkownika bocznic,

odrębnie kwalifikując konieczność posiadania odmiennych dokumentów przez te podmioty.

I tak dla zarządcy infrastruktury wymagana jest autoryzacja bezpieczeństwa, dla przewoźnika kolejowego – certyfikat bezpieczeństwa, zaś dla użytkownika bocznic kolejowych – świadectwo bezpieczeństwa.

Tak więc ustawodawca we wskazanym przepisie UTK, jak i w innych jej przepisach (np. art. 17 ust. 1, art. 23 ust. 1 UTK), wyraźnie odróżnił od siebie pojęcie „zarządcy infrastruktury” od pojęcia „użytkownika bocznic kolejowej”.

W ocenie składu orzekającego Izby, przedmiot niniejszego zamówienia nie stanowi zarządzanie infrastrukturą kolejową, ale obsługa bocznic kolejowej, do tego zaś uprawniającym i wystarczającym dokumentem, zgodnie z art. 18 ust. 1 pkt 3 UTK, jest świadectwo bezpieczeństwa wydawane użytkownikowi bocznic kolejowej, zgodnie z art. 19 ust. 3 UTK, przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, po przedstawieniu przez ubiegającego się wymienionych tam dokumentów (wykazy, oświadczenia, regulamin pracy bocznic kolejowej).

Uwzględniając powyższe uregulowania prawne, skład orzekający Izby stwierdził, że dokumentem, którego przedstawienia od wykonawców w przedmiotowym postępowaniu mógł żądać Zamawiający jest świadectwo bezpieczeństwa dla użytkownika bocznic kolejowej. Oznacza to, że warunek wskazany przez Zamawiającego w pkt. X.1 SIWZ, w którym Zamawiający zażądał posiadania świadectwa bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej lub autoryzację bezpieczeństwa jest bezprawny i narusza przepis art. 22 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp oraz narusza art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Z uwagi na treść art. 38 ust. 5 ustawy Pzp, zakazującego modyfikacji treści SIWZ w szczególności w zakresie warunków udziału w postępowaniu, skład orzekający Izby, unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do treści SIWZ sprzecznych, a przez to niejednoznacznych zapisów dotyczących gwarantowania przez Zamawiającego minimalnej ogólnej ilości ton przewożonych materiałów, co ma wpływ na sporządzenie oferty oraz naruszenia przez Zamawiającego art. 14 ustawy Pzp w związku z art.353¹ i art. 487 par. 2 k.c. poprzez wprowadzenie do treści SIWZ zapisu o zrzeczeniu się przez wykonawcę żądania odszkodowania z tytułu realizacji umowy w niepełnym zakresie

Sporne postanowienia SIWZ Zamawiający zawarł w pkt III. 13 Załącznika nr 1 do SIWZ (Ze strony Zamawiającego) oraz pkt. 2 ppkt 4 Istotnych postanowień umowy – Załącznik nr 7 do SIWZ, nadając im następujące brzmienie:

Pkt III. 13: „Zamawiający dokonał należytej staranności przy szacowaniu zakresu rzeczowego zamówienia. Jednakże, ze względu na charakter prowadzonej działalności gospodarczej, cechującej się między innymi wysoką nieprzewidywalnością warunków górnictwo-geologicznych i mających bezpośredni wpływ na zakres rzeczowy zamówienia w zakresie ilości przewozów podanych w załączniku nr 2, Zamawiający oświadcza, że minimalna, gwarantowana ogólna ilość ton nie będzie mniejsza, niż 85% maksymalnej ilości deklarowanej w przywołanym załączniku, w okresie trwania umowy.”

Pkt 2 ppkt 4 Istotnych postanowień umowy: „W przypadku, gdy realizacja umowy nastąpi na kwotę mniejszą niż określoną powyżej, Wykonawca nie będzie żądał odszkodowania z tego tytułu”

W myśl punktów 5 i 6 Istotnych postanowień umowy, Załącznik nr 1 do SIWZ stanowi treść tych postanowień. Oznacza to, że oświadczenie Zamawiającego zawarte w pkt III.13 Załącznika nr 1 do SIWZ jest jego oświadczeniem woli w przyszłej umowie, a zatem Zamawiający gwarantuje zakup usługi na poziomie 85% maksymalnej ilości deklarowanej.

W tym właśnie kontekście należy oceniać treść pkt 2 ppkt 4 Istotnych postanowień umowy, tj., że w granicach 15% maksymalnej deklarowanej ilości Wykonawcy, w przypadku nie złożenia zamówienia przez Zamawiającego, nie będzie przysługiwać prawo do odszkodowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie składu orzekającego Izby, postanowienia pkt III.13 Załącznika nr 1 do SIWZ (Ze strony Zamawiającego) oraz pkt 2 ppkt 4 Istotnych postanowień umowy nie naruszają art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż są na tyle precyzyjne, że nie powinny budzić wątpliwości interpretacyjnych.

w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 487 par. 2 k.c. poprzez:

1. zaniechanie wprowadzenia zapisów o minimalnym wynagrodzeniu wykonawcy przysługującym z tytułu obsługi bocznicy, a niezależnym od ilości przywiezionych ton węgla i innych materiałów,
2. wprowadzenie do treści SIWZ zobowiązania wykonawcy do świadczenie usług w dni wolne od pracy bez prawa żądania dodatkowego wynagrodzenia za te usługi.

W ocenie składu orzekającego Izby nie powiązanie miesięcznego wynagrodzenia wykonawcy z ilością faktycznie przewiezionych ton jest dopuszczalne. Niezależnie bowiem od faktycznego rozkładu ilości przewiezionych ton w poszczególnych miesiącach całego okresu 36 miesięcy, które to ilości mogą być zarówno większe, jak i mniejsze niż 85%,

wykonawca ma zagwarantowane wynagrodzenie odpowiadające obsłudze 85% zadeklarowanej do przewozu ilości materiałów.

Nie istnieje, w ocenie składu orzekającego Izby, zagrożenie, iż w niektórych okresach wykonawca będzie świadczył usługi obsługi boczniczy nieodpłatnie, ponieważ, nawet w miesiącu, w którym ilość przewożonych towarów będzie na poziomie znacznie mniejszym niż 85%, wynagrodzenie będzie wykonawcy przysługiwało.

Skład orzekający Izby uznał za wiarygodne oświadczenie, iż sprzeczne z dotychczasową, wieloletnią działalnością Zamawiającego jest przyjęcie, aby przewozy kształtowały się na poziomie znikomym, czemu Odwołujący, znając przecież realia świadczeń usług objętych przedmiotem zamówienia, nie zaprzeczył.

W ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający zapewnił wykonawcy, zgodnie z zasadą pewności obrotu i zaplanowania wielkości świadczonych usług, że zawarta umowa pozwoli wykonawcy „sprzedać” usługi w ilości nie mniejszej niż 85%, ponosząc również ewentualne ryzyko, w przypadku niewypełnienia tego zobowiązania.

Specyfika przedmiotu zamówienia nie pozwala na ustalenie sztywnych reguł co do ilości przewożonych materiałów. Taki zakres ryzyka wykonawcy, przy założeniu zapewnienia świadczenia usług w ilości nie mniejszej niż 85% w okresie obowiązywania umowy, jest dla wykonawcy do przyjęcia dla podjęcia decyzji o udziale w postępowaniu i skalkulowania tego ryzyka w cenie ofertowej.

Skład orzekający Izby stwierdza nadto, że Zamawiający nie może dokonać zapowiadanej czynności, tj. modyfikacji treści SIWZ, wcześniej niż po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu i nie ma obowiązku podawać brzmienia zapowiadanej zmiany w rozstrzygnięciu protestu.

Zgodnie z treścią protestu Odwołujący domagał się: „wprowadzenia odmiennych zasad wynagradzania za świadczenie usług w dni wolne od pracy”, przy czym jako odmienne zasady Odwołujący rozumiał wynagrodzenie o podwyższonej stawce. Odwołujący nie sprecyzował, jakie odmienne zasady wynagradzania ma na myśli.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu oświadczył, że „dokona stosownej modyfikacji SIWZ (...) poprzez dookreślenie ilości dniówek sobotnio niedzielnych, jakie wykonawca winien w sposób ryczałtowy wliczyć w zaoferowaną cenę, jak również mechanizmu wzrostu tej stawki po przekroczeniu tej ilości”.

W ocenie składu orzekającego Izby fakt, że Zamawiający zamierza wskazać ilość dniówek sobotnio niedzielnych, jakie wykonawca winien ryczałtowo wliczyć w zaoferowaną cenę spełnia żądania Odwołującego, ponieważ stwarza mu możliwość wliczenia stawki dniówek sobotnio niedzielnych na poziomie przez samego wykonawcę pożądanym, w tym na poziomie wynagrodzenia wyższym od wynagrodzenia za dniówkę roboczą. Co więcej,

Zamawiający oświadczył, że jego zamiarem jest dopuszczenie wzrostu stawki za dniówkę sobotnio niedzielną po przekroczeniu limitu pracy w dni wolne.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że wobec zapowiedzi Zamawiającego uwzględnienia protestu w sposób wskazany powyżej, spełnił on żądanie Odwołującego co do wprowadzenia odmiennych zasad wynagradzania w dni wolne od pracy.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający nie naruszył we wskazanym zakresie, art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 487 par. 2 k.c.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

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

Jednocześnie też, uwzględniając treść § 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), skład orzekający Izby uznał za uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego na podstawie rachunku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. 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:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*