

Sygn. akt: KIO/UZP208/08

WYROK
z dnia 25 marca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Izabela Kuciak
Emil Kuriata

Protokolant: Renata Oksińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2008r. w Warszawie odwołania

wniesionego przez:

Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego Holding S.A., ul. Wolności 337,41-80 Zabrze

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestu z dnia 19 lutego 2008r.

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

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i unieważnia postępowanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Kompanię Węglowa S.A. w Katowicach, ul. Powstańców 30**, nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064zł .00gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez **Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego Holding S.A. z siedzibą w Zabrze, ul. Wolności 337**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Kompanię Węglową S.A. w Katowicach, ul. Powstańców 30** na rzecz **Przedsiębiorstwa Transportu Kolejowego Holding S.A. z siedzibą w Zabrze, ul. Wolności 337** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu oraz zastępstwa
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936zł 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. z siedzibą w Zabrze, ul. Wolności 337.**

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

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest zarządzanie infrastrukturą kolejową oraz wykonywanie przewozów związanych z obsługą bocznicy kolejowej Kompanii Węglowej S.A. w Kopalni Węgla Kamiennego „Bielszowice” w okresie 36 miesięcy.” Wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) protest wniósł Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego Holding Spółka Akcyjna (PTK HOLDING albo Protestujący). PTK HOLDING zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 - ustawa) przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Protestujący wskazał, że Zamawiający zobowiązał wykonawców do posiadania aktualnego świadectwa bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej lub autoryzacji bezpieczeństwa - zażądał dokumentów które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, czym naruszył art. 25 ust. 1 pkt 1 zd. 1

ustawy. Protestujący wskazał, że Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, co godzi w art. 7 ust. 1 ustawy. Ponadto PTK HOLDING podniósł, że Zamawiający naruszył art. 36 ust. 1 pkt 17 ustawy zamieszczając wadliwe pouczenie o środkach odwoławczych, art. 29 ust. 1 ustawy przez sformułowanie sprzecznych i w konsekwencji niejednoznacznych zapisów SIWZ dotyczących gwarantowania przez Zamawiającego minimalnej ogólnej ilości ton przewożonych materiałów mających wpływ na sporządzenie oferty oraz art. 14 ustawy w związku z art. 353¹ i art. 487 § 2 kodeksu cywilnego przez wprowadzenie do SIWZ zapisu o zrzeczeniu się przez wykonawcę żądania odszkodowania z tytułu realizacji umowy niepełnym zakresie oraz zaniechanie wprowadzenia zapisów o minimalnym wynagrodzeniu wykonawcy przysługującym z tytułu obsługi bocznic kolejowej a niezależnym od ilości przewiezionych ton węgla i innych materiałów oraz zapisanie w SIWZ o niezmienności stawek przez cały okres obowiązywania umowy oraz zobowiązania wykonawcy do świadczenia usług w dni wolne od pracy bez prawa żądania dodatkowego wynagrodzenia za te usługi.

PTK HOLDING domagał się unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 z uwagi na obarczenie postępowania wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub dokonanie modyfikacji SIWZ w zależności od tego jakie z podniesionych przez niego zarzutów Zamawiający uzna.

W uzasadnieniu protestu PTK HOLDING wywiódł, że żądanie w pkt X.1 (SIWZ) wynikających z ustawy z dnia 28 marca 2003 roku o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2007 roku, Nr 16, poz. 94 - UTK):

- aktualnego świadectwa bezpieczeństwa dla przewoźnika kolejowego lub certyfikatu bezpieczeństwa;
- aktualnego świadectwa bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej lub autoryzacji bezpieczeństwa jest nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, gdyż od dnia 2 listopada 2007 roku obowiązują nowe regulacje ustawy o transporcie kolejowym, które zgodnie z ustawodawstwem europejskim zmodyfikowały definicje ustawowe oraz regulacje dotyczące bezpieczeństwa ruchu kolejowego. W myśl obowiązujących regulacji bocznic kolejowa nie jest linią kolejową i nie jest zaliczana do infrastruktury kolejowej, do zarządzania którą wymagane są uprawnienia zarządcy infrastruktury kolejowej. Tym samym żądanie przedłożenia świadectwa bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej lub autoryzacji bezpieczeństwa narusza przepisy ustawy, gdyż nie wynika z obowiązujących przepisów prawa. Zatem zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy oraz przepisami Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający oraz form w jakich te dokumenty mogą być

składane nie jest możliwe ich żądanie. Żądanie złożenia ww. dokumentów jest również zbędne z uwagi na fakt, iż przedmiotem postępowania jest obsługa bocznicy kolejowej.

Ponadto PTK HOLDING wywiódł, że SIWZ nie zawiera informacji o obowiązku jednoczesnego przekazania kopii odwołania zamawiającemu, co powoduje, że pouczenie o środkach ochrony prawnej jest niepełne.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 PTK HOLDING uzasadniał w ten sposób, że regulacje pkt II.13 Załącznika Nr 1 do SIWZ oraz pkt 2.1 Załącznika Nr 7 do SIWZ są sprzeczne, gdyż jednocześnie następuje udzielenie gwarancji Wykonawcy i żądanie, aby zrzekł się on roszczeń z gwarancji.

Zapisy pkt 2.4. załącznika nr 7 do SIWZ umożliwiają Zamawiającemu uniknięcie sankcji z tytułu niedochowania gwarantowanej wielkości mas transportowych, co rodzi sprzeczność z zasadami współżycia społecznego i właściwościami (naturą) stosunku prawnego.

Ponadto PTK HOLDING domagał się od Zamawiającego wprowadzenia minimalnego wynagrodzenia przysługującego wykonawcy niezależnie od ilości przewiezionego węgla i innych materiałów, dopuszczenia możliwości waloryzacji stawek w okresie trwania umowy oraz uprawnienia wykonawcy do żądania dodatkowego wynagrodzenia za świadczenie usług w dni wolne od pracy.

Zamawiający rozstrzygnął protest w ten sposób, że nie uwzględnił zarzutów dotyczących warunków udziału w postępowaniu i żądanych na ich potwierdzenie dokumentów oraz możliwości waloryzacji stawek w okresie obowiązywania umowy. Nie odniósł się do zarzutu dotyczącego braku minimalnego wynagrodzenia przysługującego wykonawcy niezależnie od ilości przewiezionego węgla i innych materiałów, pozostałe zarzuty uwzględnił.

Wobec powyższego PTK HOLDING z zachowaniem terminu ustawowego wniósł odwołanie, którego kopię przekazał Zamawiającemu, w którym podniósł wszystkie zarzuty protestu PTK HOLDING podniósł w odwołaniu, że rozstrzygnięcie protestu w zakresie uwzględnionych zarzutów rodzi wątpliwości interpretacyjne i uzasadnione obawy, iż Zamawiający dokona zmiany SIWZ w sposób niezgodny z żądaniami protestu.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła nie rozpatrywać zarzutów protestu uwzględnionych przez Zamawiającego. Zgodnie z art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy w przypadku jeśli co najmniej jedno z żądań protestu nie zostało uwzględnione Zamawiający powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Protest zostanie ostatecznie rozstrzygnięty w dniu dzisiejszym (art. 182 ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy). Termin otwarcia ofert został wyznaczony na dzień 10 kwietnia 2008 roku.

Termin ten zdaniem Izby umożliwia Odwołującemu się wnoszenie środków ochrony prawnej na czynność dokonania modyfikacji SIWZ, jeřliby nie czyniła zadořć jego Źądaniom, bądź teź na ewentualne zaniechanie dokonania tej czynnořci przez Zamawiającego.

Ponadto Izba nie rozpatrzyła zarzutu braku w SIWZ moźliwości waloryzacji stawek w okresie obowiązywania umowy z uwagi na ořwiadczenia Odwołującego się o nie popieraniu go.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuřciła dowody z dokumentacji postępowania, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz wysłuchała ořwiadczeń stron i pełnomocników złoźonych na rozprawie. W wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego zważyła i ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w DzOPWE w dniu 7 lutego 2007 roku pod numerem 2007/S 26-035201.

Podstawę faktyczną zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 22 ust. 2 ustawy oraz naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy stanowi pkt. X.1 SIWZ, w brzmieniu: „O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki:

posiadają uprawnienia do wykonywania okreřłonej działalnořci lub czynnořci, tj. posiadają niezbędne řwiadcstwa wynikające z Ustawy o transporcie kolejowym z dnia 28 marca 2003 r. (Dz. U. nr 16, poz. 94 z 2007 r. - tekst jednolity) wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego tzn. :

- a) řwiadcstwo bezpieczeństwa dla przewoźnika kolejowego lub certyfikat bezpieczeństwa,
- b) řwiadcstwo bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej lub autoryzację bezpieczeństwa”.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku Zamawiający zaŹądał w pkt. XI.3 SIWZ, przedłoźenia oryginałów lub kopii, pořwiadczonych przez Wykonawcę za zgodnořć z oryginałem: řwiadcstw wynikających z Ustawy o transporcie kolejowym, wydanych przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, tj. :

- aktualnego řwiadcstwa bezpieczeństwa dla przewoźnika kolejowego lub certyfikatu bezpieczeństwa,
- aktualnego řwiadcstwa bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej lub autoryzacji bezpieczeństwa.

Zamawiający jako zamawiający sektorowy moźe na podstawie art. 138 c ust. 1 pkt. 2 ustawy, Źądać od wykonawców przedstawienia innych dokumentów niź okreřłone w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów

dokumentów jakich może żądać zamawiający oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Mając na względzie treść art. 22 ust. 1 pkt 1 oraz art. 25 ust. 1 ustawy zgodnie z którymi Zamawiający od wykonawców uprawnień do wykonywania działalności, jedynie w sytuacji, gdy są one wymagane przepisami prawa a złożenie potwierdzających je dokumentów jest niezbędne do przeprowadzenia postępowania Izba dokonała analizy opisu przedmiotu zamówienia.

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

1. zakres usług świadczonych przez wykonawcę w zakresie przewozów kolejowych związanych z obsługą bocznicy kolejowej (wskazany w pkt I. Załącznika);
2. zakres usług świadczonych przez Wykonawcę w zakresie zarządzania infrastrukturą kolejową bocznicy (wskazany w pkt II. Załącznika).

W ocenie Izby sformułowania użyte przez Zamawiającego wskazują na konieczność, w celu prawidłowego rozstrzygnięcia sporu, odwołania się do przepisów UTK.

Wymieniona 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 art. 4 m.in. nowe definicje, obowiązujące od dnia 02.11.2007r. infrastruktury kolejowej, linii kolejowej, bocznicy kolejowej (art. 4 pkt 1,2 i 10 UTK).

Wskazane definicje w sposób nie budzący wątpliwości wskazują, że ustawodawca poprzez zmiany legislacyjne nadał odrębną kwalifikację prawną infrastrukturze kolejowej i bocznicy kolejowej. Na powyższą ocenę nie ma wpływu, że w obu wskazanych pojęciach zawiera się sformułowanie „droga kolejowa”.

Art. 18 ust. 1 UTK wymienia trzy grupy 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.

Ustawodawca w przepisach UTK (również art. 17 ust. 1, art. 23 ust. 1 UTK), wyraźnie odróżnił od siebie pojęcie „zarządcy infrastruktury” od pojęcia „użytkownika bocznic kolejowej”.

Skoro zatem bocznic kolejowa nie jest linią kolejową i nie jest zaliczana do infrastruktury kolejowej, którą musi zarządzać zarządca infrastruktury kolejowej, to posiadanie świadectwa bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej lub autoryzacji bezpieczeństwa, wobec braku takiego wymogu w obowiązujących przepisach, jest nieuzasadnione.

Na powyższą ocenę Izby nie mają wpływu przedłożone na rozprawie przez Zamawiającego wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 28 sierpnia 2007 roku (sygn. akt UZP/ZO/0-1039/07), w którym nie zostało stwierdzone naruszenie prawa przez zamawiającego, który postawił warunek podmiotowy i zażądał dokumentów analogicznie, jak w niniejszym postępowaniu oraz informacja o wynikach kontroli uprzedniej z dnia 26 lutego 2008 roku, w którym nie został postawiony Zamawiającemu badany przez Izbę zarzut.

Izba stwierdza, że w postępowaniu, którego dotyczą przedkładane dokumenty, którego przedmiotem była „Kompleksowa obsługa bocznic kolejowych KW S.A. w KWK „Sońnica – Makoszowy”, Ruch Sońnica i Ruch Makoszowy” w okresie 36 miesięcy” zastosowanie miały przepisy UTK przed nowelizacją, która weszła w życie w dniu 2 listopada 2007 roku. Poprzednio obowiązujące regulacje mogły budzić wątpliwości, co do relacji pojęcia infrastruktury kolejowej i bocznic kolejowej co miało znaczenie dla określania warunków udziału w postępowaniu i dokumentów żądanych na potwierdzenie ich spełnienia.

Zatem warunek postawiony w pkt X.1 SIWZ czyli posiadanie świadectwa bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej lub autoryzacji bezpieczeństwa jest nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia i bezprawny. Zamawiający naruszył przepisy art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy, art. 22 ust. 2 i 25 ust. 1 ustawy a w konsekwencji zasady, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy.

Z uwagi na treść art. 38 ust. 5 ustawy, zakazującego modyfikacji treści SIWZ w szczególności w zakresie warunków udziału w postępowaniu, Izba zobowiązana jest do unieważnienia postępowanie mając na względzie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy

Badając zarzut naruszenia art. 14 ustawy w związku z art. 487 § 2 k.c. Izba stwierdziła, że zakres żądania Odwołującego się uległ modyfikacji. W proteście Odwołujący się 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. Na rozprawie zgłosił natomiast żądanie zagwarantowania minimalnego miesięcznego wynagrodzenia niezależnie od tonażu przewożonego materiału.

Izba stwierdza, że postanowienia pkt. 2.4 załącznika nr 7 zakazują wykonawcy żądania odszkodowania w przypadku ograniczenia ilości faktycznie przewiezionych ton węgla i innych materiałów w trakcie obowiązywania umowy. Natomiast Wykonawca jest uprawniony do żądania zapłaty przez Zamawiającego kary umownej w przypadku braku realizacji 85% maksymalnego tonażu określonego w załączniku Nr 2.

Wskazane zapisy SIWZ w rzeczywistości mogą doprowadzić do sytuacji, iż w niektórych okresach wykonawca świadczył będzie usługi boczniczy przy zmniejszonym poziomie wynagrodzenia lub nawet nieodpłatnie. Jednak zdaniem Izby, Zamawiający zagwarantował Wykonawcom, poziom wartości usługi w ilości nie mniejszej niż 85%, przyjmując na siebie ewentualne ryzyko, w przypadku niewypełnienia tego zobowiązania. Zatem w ocenie Izby profesjonalny podmiot ma możliwość prawidłowego wycenienia składanej przez siebie w niniejszym postępowaniu oferty. Stanowisko to znajduje również oparcie w oświadczeniu Zamawiającego na rozprawie, któremu Odwołujący się nie zaprzeczył, że w listopadzie każdego roku podaje prognozę na rok następny, która może być wzięta pod uwagę przez wykonawcę.

Izba w pełni podzieliła przy analizie zarzutu stanowisko prawne Zamawiającego, że art. 487 § 2 Kc nie odnosi się do ekwiwalentności świadczeń, mówi natomiast o ich wzajemności. Zgodnie z doktryną okoliczność tę należy badać przy uwzględnieniu art. 388 § 1 Kc, czyli czy umowy nie cechuje wyzysk. W ocenie Izby dokumenty postępowania nie uzasadniają takiego zarzutu.

Izba stwierdza, biorąc powyższe pod uwagę, że Zamawiający nie naruszył we wskazanym zakresie art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 487 § 2 k.c.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 3 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy uznając za uzasadnione koszty Odwołującego się poniesione z tytułu zastępstwa prawnego w wysokości 3.600 PLN na podstawie 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).

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/~~postanowienie~~* - 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*