

Sygn. akt: KIO/UZP 461/08

WYROK
z dnia 28 maja 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**

Członkowie: **Marek Koleśnikow**
Izabela Kuciak

Protokolant: **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 maja 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **CTL Maczki-Bór Sp. z o.o., 41-208 Sosnowiec, ul. Długa 90** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18** protestu z dnia 30 kwietnia 2008r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **CTL Maczki-Bór Sp. z o.o., 41-208 Sosnowiec, ul. Długa 90**

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 uiszczonego przez **CTL Maczki-Bór Sp. z o.o., 41-208 Sosnowiec, ul. Długa 90,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **CTL Maczki-Bór Sp. z o.o., 41-208 Sosnowiec, ul. Długa 90** na rzecz **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 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 **CTL Maczki-Bór Sp. z o.o., 41-208 Sosnowiec, ul. Długa 90.**

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

Zamawiający - Katowicki Holding Węglowy S.A. (KHW S.A.) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na świadczenie usług w zakresie przewozu masy kolejowej oraz pełnej obsługi infrastruktury bocznic kolejowych kopalń Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. z wykorzystaniem składników majątkowych zamawiającego.

Ogłoszenie o zamówieniu nr 2008/S 76 -103227 opublikowane zostało w Dz. U. U. E w dniu 18.04.2008 roku.

W dniu 30.04.2008 roku protest wniósł wykonawca CTL Maczki-Bór Sp. z o.o., wskazując, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia oraz istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego, użył sformułowań nie pozwalających na jednoznaczne określenie wielkości zamówienia, obowiązków stron umowy i zakresu odpowiedzialności wykonawcy przy realizacji przedmiotu zamówienia.

Wskazując na uszczerbek w swoim interesie prawnym polegający na uniemożliwieniu sporządzenia i złożenia oferty w postępowaniu Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29, 36 oraz art. 14 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655). Protestujący żądał dokonania modyfikacji siwz przez:

1. określenie gwarantowanej miesięcznej minimalnej ilości przewożonej masy towarowej na poziomie 90% ilości deklarowanej w siwz przewozów w miesiącu;

2. zagwarantowanie w przypadku, gdy minimalna masa towarowa nie osiągnie z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wielkości określonej w pkt 1 zapłaty wynagrodzenia ryczałtowego w wysokości iloczynu stawki jednostkowej i 90% deklarowanej przez zamawiającego masy w danym miesiącu;
3. wykreślenie zapisów (pkt 1.3.7 str 32, pkt 1.3.9 str 39) dotyczących przejęcia przez Wykonawcę odpowiedzialności finansowej z tytułu reklamacji zgłoszonych przez odbiorców węgla spowodowanych zanieczyszczeniami lub uszkodzeniami wagonów;
4. doprecyzowania obowiązków wykonawcy „wynikających z konieczności dostosowania bocznicy kolejowej do obowiązujących przepisów” (pkt 1.3.9. str 33);
5. usunięcia zapisów nakładających na wykonawcę obowiązki wykraczające poza przedmiot zamówienia (pkt 2 ust. 8 i 9, str 71);
6. usunięcia nieprecyzyjnych postanowień w zakresie;
 - a) zasad usuwania skutków awarii i katastrof kolejowych;
 - b) obowiązków wykonawcy do ponoszenia „wszelkich kosztów związanych z dostosowaniem bocznicy do wymogów przepisów kolejowych” ;
 - c) współpracy z przewoźnikami w celu zapewnienia pełnej obsługi zamawiającego w zakresie realizacji jego potrzeb przewozowych, w tym zawierania stosownych umów w zakresie nieb pędnym do świadczenia usług na rzecz kopalni i realizacji jej potrzeb przewozowych;
7. usunięcia zapisów dot. współodpowiedzialności wykonawcy za stan techniczny wagonów;
8. określenia obiektywnych wskaźników ewentualnego wzrostu cen za media i usługi do których zobowiązał się zamawiający wobec wykonawcy, a które wpływają na określenie wynagrodzenia wykonawcy lub zapewnienie pozostawienia tych cen na poziomie określonym w siwz.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 12.05.2008 roku. Zamawiający uznał zasadność zarzutów określonych w pkt 3, 4, 5, 6a, 6c i 7 protestu i uwzględniając w tej części protest dokonał jednocześnie modyfikacji siwz, wyznaczając nowy termin składania ofert na dzień 5.06.2008.

Zarzuty wskazane w pkt 1,2, 6b i 8 protestu Zamawiający uznał za bezzasadne. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał, że ilość przewożonej masy towarowej została przez niego ustalona z uwzględnieniem dotychczasowego poziomu sprzedaży i przewozu materiałów w poszczególnych kopalniach oraz planów na okres obowiązywania umowy. Zamawiający stwierdził, że nie może zakładać zmian (w tym zmniejszenia) ilości przewożonej masy towarowej. Zamawiający wyraził pogląd, że skoro wykonawca będzie użytkownikiem bocznicy kolejowej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia

28 marca 2003 roku o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2007 roku, Nr 16, poz. 94 ze zm.) i będzie musiał uzyskać świadectwo bezpieczeństwa bocznicy kolejowej, to po zapoznaniu się ze stanem prawnym i technicznym dzierżawionego majątku, winien ustalić taką stawkę za przewóz jednej tony masy towarowej, która pokryje poniesione przez niego wydatki. Zamawiający podniósł ponadto, że nie ma obowiązku określenia obiektywnych wskaźników ewentualnego wzrostu cen za media i usługi, do których zobowiązał się wobec wykonawcy, a które wpływają na określenie wynagrodzenia wykonawcy lub zapewnienia pozostawienia tych cen na poziomie określonym w siwz. Koszty te winny być skalkulowane przez wykonawcę w cenie oferty.

Wobec powyższego rozstrzygnięcia CTL Maczki-Bór Sp. z o.o. w dniu 16.05.2008 roku, z zachowaniem wymogu przekazania kopii Zamawiającemu, wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie, w jakim protest został oddalony (pkt 1,2, 6b i 8). Odwołujący się ponowił zarzut naruszenia art. 29, art. 36 oraz art. 14 Pzp przez brak w siwz i istotnych dla stron postanowieniach, które zostaną wprowadzone do treści zawieranych umów, zapisów pozwalających na jednoznaczne określenie wielkości zamówienia, obowiązków stron i zakresu odpowiedzialności, co skutkuje niemożnością sporządzenia i złożenia oferty.

Naruszenie wskazanych przepisów polega zdaniem Odwołującego się na:

1. braku określenia gwarantowanej miesięcznej minimalnej ilości przewożonej masy towarowej na poziomie np. 90% deklarowanej w siwz przewozów w miesiącu;
2. braku odpowiedzialności Zamawiającego w przypadku, gdy minimalna masa towarowa nie osiągnie z przyczyn leżących po stronie zamawiającego poziomu minimalnego
3. wprowadzeniu nieprecyzyjnych postanowień w zakresie obowiązków wykonawcy do ponoszenia „wszelkich kosztów związanych z dostosowaniem bocznicy do wymogów przepisów kolejowych” (pkt 2.3.32 str 34, pkt 3.3.34 str 29, pkt 1.31.31 str 34, pkt 1.3.30 str 30)
4. braku określenia obiektywnych wskaźników ewentualnego wzrostu cen za media i usługi do których zobowiązał się zamawiający wobec wykonawcy, a które wpływają na określenie wynagrodzenia wykonawcy (str 39) lub zapewnienie pozostawienia tych cen na poziomie określonym w siwz.

Odwołujący się żądał unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 38 ust. 5 Pzp. W przypadku braku podstaw do unieważnienia postępowania Odwołujący się wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji siwz stosownie do żądań zawartych w pkt 1, 2, 6b i 8 protestu.

W uzasadnieniu Odwołujący się wywiódł, że wskazanie przez Zamawiającego jedynie maksymalnej (z pominięciem minimalnej) ilości masy towarowej do przewiezienia w miesiącu w rozróżnieniu na poszczególne kopalnie, zastrzega jednostronne prawo Zamawiającego do decydowania o wielkości realizowanych dostaw, co narusza zasady równości stron i uczciwej konkurencji. Ponadto Odwołujący się podniósł, że Zamawiający powinien przekazać bocznice w stanie odpowiadającym przepisom ustawy o transporcie kolejowym, zaś wykonawca powinien być obciążony wydatkami związanymi z bieżącym dostosowaniem bocznicy do obowiązujących przepisów. Prawidłowa kalkulacja ceny oferty może być dokonana jedynie w przypadku zagwarantowania wysokości kosztów usług i mediów, do których zobowiązał się Zamawiający względem wykonawcy lub wskazania obiektywnych wskaźników wzrostu ich ceny.

Podsumowując Odwołujący się wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia powinien wskazywać wszystkie warunki i przedmiot świadczenia wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem siwz oraz wysłuchała stanowisk pełnomocników wyrażonych na rozprawie. W wyniku postępowania dowodowego zważyła i ustaliła, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia, gdyż zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia i złożyć ofertę w postępowaniu.

W doktrynie spotyka się pogląd, iż nie można *a priori* odmówić interesu prawnego wykonawcy, który żąda unieważnienia postępowania, gdyż celem wnoszenia środków ochrony prawnej jest nie tylko ochrona praw wykonawcy w postępowaniu ale również doprowadzenie do sytuacji, że umowa w sprawie zamówienia publicznego nie będzie dotknięta nieważnością. W okolicznościach sprawy Izba stwierdza, że dla osiągnięcia zamierzonego przez Odwołującego się skutku wystarczające byłoby dokonanie modyfikacji siwz przez Zamawiającego i żądanie unieważnienia postępowania nie mieści się w interesie prawnym Odwołującego się.

Izba uznała jednak posiadanie przez Odwołującego interesu prawnego we wniesieniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp wobec alternatywnego sformułowania żądań odwołania na rozprawie.

Art. 29 ust. 1 Pzp stanowi, że Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp Odwołujący się sprecyzował na rozprawie w ten

sposób, że Zamawiający naruszył dyspozycję przepisu w zakresie wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący się nie kwestionuje spełnienia przez Zamawiającego pozostałych przesłanek wymienionych w tym przepisie.

Istotne jest ustalenie, czy opis przedmiotu zamówienia umożliwia sporządzenie oferty w postępowaniu, w szczególności prawidłowe skalkulowanie jej ceny przez wykonawcę.

W ocenie Izby opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego odpowiada dyspozycji art. 29 ust. 1 Pzp. Przedmiot zamówienia opisany został jednoznacznie – określa w sposób niebudzący wątpliwości, jakich usług wymaga Zamawiający i nie zachodzi obawa, że opis przedmiotu zamówienia może być rozbieżnie rozumiany przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, co doprowadziłoby do niemożności porównania złożonych przez nich ofert. Opis dokonany przez Zamawiającego jest wyczerpujący w tym sensie, że opisane zostały rodzaje masy towarowej w rozbiciu na poszczególne kopalnie oraz wskazana została górna granica masy przewidzianej przez Zamawiającego do przewiezienia w okresie miesiąca. Zamawiający uwzględnił również okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, gdyż wziął pod uwagę dotychczasowy poziom sprzedaży oraz swoje zamierzenia handlowe (okoliczności niezaprzeczone przez Odwołującego się).

Okolicznością sporną jest, czy do uznania za spełnione wymagań dotyczących jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia niezbędne jest, aby Zamawiający zobowiązał się do zagwarantowania ilości masy towarowej przewidzianej do przewiezienia w miesiącu.

Odwołujący się nie zakwestionował złożonego na rozprawie oświadczenia Zamawiającego, że w odniesieniu do kopalń KHW S.A. obecnie realizowane jest zamówienie publiczne na poziomie określonej w siwz, maksymalnej ilości masy towarowej do przewiezienia. Złożony przez Odwołującego się aneks do umowy dotyczący kopalni w Mysłowicach – Wesołej nie może stanowić dowodu na twierdzenie, że co do zasady istnieje duża rozbieżność między wartościami deklarowanego w siwz a faktycznie zrealizowanego przewozu i w związku z tym nie jest możliwe ustalenie podstawy do kalkulacji ceny oferty. Z oświadczenia Zamawiającego złożonego na rozprawie wynika, że różnice te wynikały z wystąpienia wielu okoliczności objętych siłą wyższą, czemu Odwołujący się nie zaprzeczył. Izba stwierdziła, że istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego zawierają regulacje dotyczące siły wyższej (jej definicję) – str 70 siwz, Pkt 8.

Izba nie uznała za dowód również dokumentu złożonego przez Zamawiającego na rozprawie - wyciągu ze strategii Katowickiej Grupy Kapitałowej na lata 2007-2015. Dokument odnosi się do ogólnego poziomu wydobycia i zawiera wielkości masy towarowej nieodnoszące się do przedmiotu zamówienia, które dotyczy jedynie masy towarowej transportowanej za pomocą kolei (część ogólnego poziomu wydobycia).

Odwołujący się nie wykazał w odniesieniu do wszystkich kopalń Zamawiającego, aby Zamawiający błędnie oszacował zakres zamówienia, że Zamawiający powinien wziąć pod uwagę inne okoliczności, których wystąpienie skutkowałoby istotnymi ograniczeniami zakresu przedmiotu zamówienia oraz że istnieje duża rozbieżność między górną granicą określoną w siwz, a ilością przewożonej masy towarowej we wszystkich kopalniach Zamawiającego. Zatem za nieudowodnione należy uznać twierdzenia Odwołującego się, że maksymalna granica masy towarowej do przewiezienia nie zostanie zrealizowana w żadnym przypadku w okresie miesięcznym w toku realizacji umowy (art. 188 ust. 1 Pzp, art. 6 k.c.).

Odwołujący się przedstawił na rozprawie tezę, że wobec konieczności zmobilizowania znacznego potencjału ludzkiego, sprzętu i środków finansowych w celu realizacji przedmiotu zamówienia, istnieje uzasadnione ryzyko, że Zamawiający przez ograniczenie przedmiotu zamówienia doprowadzi do sytuacji, gdy realizacja umowy generować będzie straty dla wykonawcy, gdyż wynagrodzenie wykonawcy uzależnione jest od ilości przewiezionej masy towarowej (pkt 12 str. 9.siwz). Odwołujący się nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie tej tezy.

Powyższy zarzut nie uzasadnia, wbrew twierdzeniom Odwołującego się, twierdzenia, że opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwia przygotowanie oferty oraz właściwe skalkulowanie jej ceny.

Przedmiotem zamówienia jest usługa a warunki jej realizacji są określone w siwz. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni zapewnić możliwość realizacji zamówienia w maksymalnym opisanym rozmiarze w całym okresie obowiązywania umowy, zatem koszty realizacji całości zamówienia powinny być skalkulowane w ofercie. Tak sformułowany opis przedmiotu zamówienia jest jednakowy dla wszystkich wykonawców, zatem nie utrudnia on uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 2 Pzp).

Istotne jest ponadto, że Zamawiający precyzyjnie określił w siwz wymagania dotyczące potencjału technicznego wykonawcy - posiadanego sprzętu (pkt 6.2. b) str. 5 i 6 siwz) wskazując w tym zakresie precyzyjnie składnik cenotwórczy oferty.

Izba stwierdza, że opis przedmiotu zamówienia, przez wskazanie minimalnej szacunkowej ilości (a w konsekwencji, skoro jest możliwe ustalenie maksymalnego poziomu ilości również przedziału) masy towarowej do przewiezienia, mogłoby doprowadzić do sytuacji, że Wykonawcy przyjmowałyby różne punkty odniesienia przy kalkulacji ceny oferty, co w istocie stwarzałoby zagrożenie braku porównywalności ofert w kryterium ceny (jedynym kryterium oceny ofert), budziłoby wątpliwości, co do prawidłowości kalkulacji ceny oferty oraz rzeczywistych możliwości zrealizowania zamówienia przy zwiększeniu jego zakresu. Zagrożenia takie nie występują w przypadku wskazania maksymalnej wartości szacunkowej. Odwołujący się wskazywał w odwołaniu i na rozprawie, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego godzi w zasadę równości stron stosunku

zobowiązaniowego, jednak nie wskazał, na czym naruszenie tej zasady miałyby polegać, tzn. jaka norma prawna regulująca prawa i obowiązki stron stosunków umownych została naruszona. Zatem Izba stwierdza, że nie można przyjąć, że naruszona została zasada równości w sensie prawnym (cywilistycznym), w szczególności, że Odwołujący się nie podniósł i nie wykazał np. naruszenia normy art. 388 k.c. i można mówić jedynie o braku równości w znaczeniu ekonomicznym.

Należy przy tym mieć na względzie, że Zamawiający dołączył do siwz jedynie istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba stwierdza, że przepisy kodeksu cywilnego dają stronom możliwości takiego ukształtowania łączącego ich stosunku zobowiązaniowego, by zarówno interesy Zamawiającego, jak i wykonawcy były zabezpieczone oraz by była zachowana zasada ekwiwalentności świadczeń. Przykładowo, wykonawca może zastrzec sobie uprawnienie do przekazania z określonym wyprzedzeniem informacji o prognozowanej ilości masy towarowej do przewiezienia w danym okresie czasu i na tej podstawie skalkulować np. koszty osobowe w danym okresie, zwłaszcza, że Zamawiający nie wymagał w niniejszym postępowaniu wykazania się przez wykonawców określonym potencjałem osobowym. Zatem na tym etapie postępowania nie sposób przyjąć, że sporne postanowienia siwz godzą w zasadę równości stron. W szczególności nie ma podstaw do przyjęcia, że Zamawiający zastrzega sobie nieuzasadnione korzyści w związku z realizacją umowy.

Celem udzielania zamówień publicznych nie jest zapewnienie zysku wykonawców z prowadzonej działalności gospodarczej, lecz wyłonienie w ramach konkurencyjnej procedury wykonawcy, który zrealizuje przedmiot zamówienia z należytą starannością. Odwołujący się jako podmiot profesjonalnie trudniący się działalnością objętą przedmiotem zamówienia, formułując żądania zagwarantowania minimalnej ilości masy towarowej przewożonej w miesiącu, w istocie domaga się zdjęcia z niego ryzyka gospodarczego związanego z szacowaniem kosztów realizacji zamówienia oraz prawidłowym wycenieniem złożonej przez siebie oferty.

Wskazane przez Odwołującego się na wzmocnienie jego twierdzeń orzecznictwo, dotyczy dostaw i nie może mieć zastosowania w odniesieniu do usług, gdyż inaczej jest szacowana cena oferty w przypadku dostaw a inaczej w przypadku do usług (inne są najważniejsze składniki cenotwórcze i ich proporcje).

Izba stwierdza ponadto, że uznanie tego zarzutu odwołania jest co najmniej znacznie utrudnione z uwagi na brak sprecyzowania żądania. Wskazany poziom 90% deklarowanej masy towarowej został przez Odwołującego się wskazany przykładowo. Niemożliwe jest

zatem dokładne wskazanie na czym miałyby polegać ewentualna modyfikacja siwz, którą Izba nakazałaby Zamawiającemu w przypadku uznania odwołania. W ocenie Izby obiektywne wskazanie tej wartości w sposób nienaruszający zasady równego traktowania wykonawców i zapewniający możliwie szeroki dostęp do zamówienia jest wątpliwe, gdyż każdy z wykonawców z uwagi na uwarunkowania prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej inaczej postrzegałby uzasadniony poziom gwarantowanego przewozu. Przedstawione na rozprawie twierdzenie Odwołującego się, że różnica rzędu 10% powoduje istotne ryzyko finansowe dla wykonawców pozostało bez dowodu i w ocenie Izby odnosić się może wyłącznie do kalkulacji ryzyka w związku z działalnością gospodarczą Odwołującego się.

Zarzut naruszenia art. 29 ustawy przez brak określenia gwarantowanej miesięcznej minimalnej masy towarowej nie znalazł potwierdzenia.

Rozpatrując zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp przez nałożenie na wykonawcę obowiązku do ponoszenia wszelkich kosztów związanych z dostosowaniem bocznicy do wymogów przepisów kolejowych Izba stwierdza, że Odwołujący się w proteście i odwołaniu domagał się skreślenia tego zapisu, podczas, gdy na rozprawie oświadczył, że domaga się opisanie w siwz stanu faktycznego i prawnego bocznic. Rozpatrując zarzut w granicach protestu Izba stwierdza, że skoro wykonawca ma pełnić funkcję użytkownika bocznicy kolejowej - w rozumieniu ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2007 r. Nr 16, poz. 94) - na terenie infrastruktury kolejowej Zamawiającego i dysponowania tą infrastrukturą w zakresie niezbędnym do pełnienia funkcji użytkownika bocznicy w związku z realizacją przedmiotu umowy i uzyskać stosowne świadectwo bezpieczeństwa, to ponoszenie przez niego kosztów z tym związanych nie jest żądaniem nadmiernym.

Podkreślić należy, że koszty dotyczyć mają wyłącznie zakresu czynności wykonawców. Na przedstawione przez siebie rozróżnienie na koszty, które miałyby ponosić właściciel (Zamawiający) oraz koszty użytkownika bocznicy (Wykonawca) Odwołujący się nie przedstawił uzasadnienia prawnego i faktycznego, nie jest zatem możliwe stwierdzenie na czym podział taki miałyby polegać.

Stanowisko Odwołującego się przedstawione na rozprawie, iż nie jest pewny jakie obciążenia nałożą na niego mogące nastąpić zmiany ustawodawcze, zmierza w istocie do ograniczenia ryzyka gospodarczego.

Zamawiający przewidział w załączniku Nr 8 do siwz możliwość dokonania wizji lokalnej, podczas której wykonawcy uzyskają wiedzę dotyczącą stanu prawnego i faktycznego bocznic. Jest zatem możliwe dokonanie przez podmioty trudniące się profesjonalnie obsługą bocznic oszacowanie niezbędnych kosztów i ujęcie ich w cenie oferty, zwłaszcza, że bocznic posiadają aktualne świadectwa bezpieczeństwa i są stale użytkowane.

Izba stwierdza, że obowiązek wykonawcy do ponoszenia wszelkich kosztów związanych z dostosowaniem bocznicy do wymogów przepisów kolejowych przewidziany w siwz nie skutkuje wadliwym opisem przedmiotu zamówienia i nie narusza art. 29 ust. 1 Pzp.

Podczas badania przez Izbę zarzutu naruszenia art. 29 ustawy przez brak gwarancji określonego poziomu cen za media i usługi realizowane przez Zamawiającego na rzecz wykonawcy lub brak wskazania obiektywnych czynników ich wzrostu Zamawiający złożył wyjaśnienia dotyczące zawierających je postanowień siwz. Odwołujący się oświadczył, że są one dla niego satysfakcjonujące (oświadczenia w protokole rozprawy)

Izba stwierdza, że wykładnia literalna spornych postanowień siwz nie stoi w sprzeczności z oświadczeniami Zamawiającego. W ocenie Izby postanowienia te są zgodne z przepisami prawa a Odwołujący się uzyskałby je, gdyby zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści siwz, czego nie uczynił. Należy przy tym mieć na względzie, że zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie (sygn. Akt. V Ca 1311/02) wyjaśnienia treści siwz stanowią wykładnię autentyczną postanowień siwz i są wiążące dla ich interpretacji.

W konkluzji Izba stwierdza, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający przygotowanie oferty.

Proponowany opis realizacji przedmiotu zamówienia jest związany z ryzykiem ekonomicznym dla wykonawców. Ryzyko jest jednak związane w praktyce z każdą prowadzoną działalnością gospodarczą. Okoliczność dotyczące indywidualnych uwarunkowań działalności gospodarczej prowadzonej przez wykonawców nie mogą być jednak brane pod uwagę przy wydawaniu orzeczenia, szczególnie w sytuacji, gdy nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdza, że Odwołujący składając środki ochrony prawnej dąży do zabezpieczenia swego interesu faktycznego (ekonomicznego). Jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia nie jest narażony na uszczerbek przez opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego. W ocenie Izby jest możliwe przygotowanie oferty w postępowaniu oraz skalkulowanie jej ceny.

Izba stwierdza ponadto, że przedmiotem protestu i odwołania mogą być czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie przepisów Pzp. Wskazane w odwołaniu art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 Pzp mogłyby być podstawą prawną zarzutu, jedynie w sytuacji braku tych elementów w siwz, co w okolicznościach sprawy nie występuje. Zarzut naruszenia tych norm prawnych art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 Pzp nie został ponadto odrębnie podniesiony ani udowodniony na rozprawie.

Odwołujący się podniósł w proteście i odwołaniu zarzut naruszenia art. 14 Pzp. Przepis ten nie zawiera treści normatywnej, która mogłaby być podstawą prawną zarzutu, gdyż odsyła do stosowania przepisu kodeksu cywilnego w sprawach nieuregulowanych w ustawie. Odwołujący się nie wskazał na żadną normę kodeksu cywilnego, którą przez opis przedmiotu zamówienia naruszył Zamawiający. Zatem Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 14 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 38 ust. 5 nie został odrębnie podniesiony na rozprawie. Izba stwierdza, że dyspozycja tego przepisu nie odnosi się do okoliczności sprawy (merytorycznych zarzutów protestu i odwołania) a Zamawiający do dnia rozprawy nie dokonywał modyfikacji siwz w sposób naruszający ten przepis (dowód: dokumentacja postępowania)

Dorobkiem doktryny i orzecznictwa jest ustalenie, że domagając się unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp należy wskazać, która z przesłanek uniemożliwiających zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego zaktualizowała się wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów. Między naruszeniem a niemożnością musi istnieć normalny - adekwatny związek przyczynowy. Odwołujący podnosząc zarzut naruszenia art. 97 ust. 1pkt 7 nie wskazał normy z art. 146.ust. 1 ustawy.

Działając na podstawie art. 191 ust. 3 Pzp Izba stwierdziła, że w okolicznościach sprawy brak jest przesłanek skutkujących unieważnieniem postępowania z urzędu.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i należało je oddalić.

Mając powyższe na uwadze, należało orzec jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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*