

Sygn. akt: KIO/UZP 352/10

WYROK
z dnia 9 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 8 marca 2010 r. przez **DB Schenker Rail Rybnik S.A., 44-251 Rybnik, ul. Kłokocińska 51** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18**

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża DB Schenker Rail Rybnik S.A., 44-251 Rybnik, ul. Kłokocińska 51 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr.** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **DB Schenker Rail Rybnik S.A., 44-251 Rybnik, ul. Kłokocińska 51;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **DB Schenker Rail Rybnik S.A., 44-251 Rybnik, ul. Kłokocińska 51** 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 zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu

Zamówień Publicznych na rzecz **DB Schenker Rail Rybnik S.A., 44-251 Rybnik,
ul. Kłokocińska 51;**

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Katowicki Holding Węglowy S.A. w trybie przetargu nieograniczonego na „*świadczenie usługi w zakresie przewozu masy towarowej oraz pełnej obsługi infrastruktury bocznic kolejowych normalnotorowych ruchu Wujek i ruchu Śląsk KHW S.A. KWK „Wujek” z wykorzystaniem składników majątkowych Zamawiającego*” (nr sprawy), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 marca 2010 r., S 42-061932, wobec treści ogłoszenia oraz postanowień siwz, w dniu 8 marca 2010r. wniesione zostało odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie DB Schenker Rail Rybnik S.A. (odwołujący). Kopia odwołania przekazana została zamawiającemu w dniu jego wniesienia do Prezesa KIO.

W odwołaniu wykonawca zakwestionował zapisy dotyczące wymagania, aby pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia był wyłącznie jeden z wykonawców, zakresu rzeczowego zamówienia, sposobu zapłaty wynagrodzenia oraz warunków zmiany umowy, z których wywodzi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 23 ust. 2, art. 29 ust. 1 i 2 i art. 144 ust. 1 ustawy PrZamPubl, a także art. 5, art. 353¹, art. 353 § 1 oraz art. 509 § 1 Kc. Odwołujący wniósł o zmianę odpowiednich zapisów ogłoszenia oraz specyfikacji w sposób przez wskazany w treści żądania. Na skutek zapisów, których dotyczy odwołanie miało dojść do utrudnienia, a nawet uniemożliwienia przygotowania prawidłowej oferty, właściwego skalkulowania ceny, bez narażania odwołującego na szkodę.

Jako naruszający art. 23 ust. 2 ustawy PrZamPubl, odwołujący wskazał zapis I.1 pkt 10.12 lit. c) Rozdziału I swiz oraz pkt III.1.3) c) ogłoszenia w brzmieniu: „(...) wszelka korespondencja oraz rozliczenia dokonywane będą wyłącznie z wykonawcą występującym jako pełnomocnik pozostałych (...)”, z którego wywodzi obowiązek ustanowienia pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, jednego z nich. Z przepisu ustawy nie wynika taki obowiązek, a zatem nie ma przeszkód do tego, aby pełnomocnikiem został wskazany podmiot trzeci (nie będący podmiotem ubiegającym się o udzielenie zamówienia).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu nieokreślenie lub co najmniej niedookreślenie przedmiotu zamówienia w Rozdziale II siwz pkt 2.1, który pozostawił sobie możliwość realizacji umowy w sprawie zamówienia w zakresie swobodnym, jednocześnie pozbawiając wykonawcę możliwości skierowania wobec niego roszczeń odszkodowawczych. Prowadzić ma to do naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez brak

wskazania wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, utrudniając tym samym uczciwą konkurencję. Określając jedynie maksymalną ilość masy towarowej, jaka ma być przewożona miesięcznie dla ruchu Wujek i ruchu Śląsk, bez określenia gwarantowanej (minimalnej) wielkości usługi, wykonawca przygotowując ofertę nie będzie posiadał wiedzy co do ilości ton masy, jaka zostanie mu zlecona do przewozu. Przyjęcie takiego sposobu opisu przedmiotu zamówienia stoi w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, dobrymi obyczajami oraz słusznymi interesami wykonawcy, naruszając art. 5 Kc oraz art. 353¹ Kc w związku z art. 14 Pzp. Wykonawca jest zobowiązany zabezpieczyć się technicznie, osobowo, finansowo i organizacyjnie do realizacji maksymalnej ilości przewozów, a jednocześnie zamawiający nie przyjmuje na siebie zobowiązania do zlecenia jakiegokolwiek oznaczonej (gwarantowanej) wielkości przewozów, co odwołujący uznaje za próbę przeniesienia na wykonawcę całego ryzyka działalności statutowej zamawiającego i wyłączenia odpowiedzialności zamawiającego i jego organów zarządzających za zapewnienie realizacji własnych zadań.

Jako sprzeczny z przepisem art. 353 § 1 oraz 509 § 1 Kc odwołujący zakwestionował zapis Rozdziału IV siwz pkt 6.9.c) dotyczący umorzenia długu zamawiającego poprzez „uregulowanie w jakiegokolwiek formie na rzecz innych podmiotów niż bezpośrednio na rzecz Wykonawcy, może nastąpić wyłącznie za poprzedzającą to uregulowanie zgodą Zamawiającego wyrażoną w formie pisemnej pod rygorem nieważności”. Jedynym odstępstwem od zasady spełnienia świadczenia do rąk wykonawcy, jest przeniesienie wierzycielności na osobę trzecią, co może nastąpić na podstawie umowy między wierzycielem a osobą trzecią. Zatem zapis kreujący uprawnienie do zapłaty wynagrodzenia na rzecz jakiegokolwiek podmiotu trzeciego, bez zgody wykonawcy jest sprzeczny z przywołanymi przepisami ustawy Kodeks cywilny.

Odwołujący uznał zapis rozdziału IV pkt 9.3 siwz, w którym zamawiający dopuścił możliwość dokonania zmian umowy bez określenia warunków, w jakich może ono nastąpić, za bezskuteczny i sprzeczny z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 29 marca 2010 r.) postanowił uwzględnić zarzuty wynikające z zapisów dotyczących pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz warunków zmian umowy. W pozostałym zakresie zarzutów nie uwzględnił. Na rozprawie odwołujący uznał, iż sposób w jaki zamawiający uwzględnił część zarzutów podniesionych w odwołaniu, satysfakcjonuje go. W zakresie zarzutów nie uwzględnionych zamawiający uznał, iż odwołujący w sposób sprzeczny z literalnym brzmieniem zapisu pkt 6.9 lit. c), dokonał jego wykładni, z pominięciem pierwszego zdania, uznając zamieszczone postanowienie za zgodne z art. 509 Kc. Odnośnie zarzutu dotyczącego określenia maksymalnej ilości masy towarowej do

przewiezienia, zamawiający uznał, iż brak określenia gwarantowanej ilości nie uniemożliwia obliczenia ceny. Zamawiający wskazał wielkości maksymalne, do których przewiezienia wykonawca musi pozostawać w gotowości, aby zapewnić konieczność skalkulowania ceny z należytą starannością. Zdaniem zamawiającego, odwołujący działający jako podmiot profesjonalnie trudniący się działalnością objętą przedmiotem zamówienia, w istocie domaga się zdjęcia z siebie ryzyka gospodarczego związanego z szacowaniem kosztów realizacji zamówienia oraz prawidłowym wycenieniem oferty.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w pismach oraz podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy PrZamPubl w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl.

W związku z uwzględnieniem przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wniesione na piśmie z dnia 29.03.2010 r., części zarzutów, rozpoznaniu podlegały zarzuty dotyczące sposobu określenia wielkości masy towarowej, jaka ma zostać zlecona wykonawcy do przewozu, oraz istotnych postanowień umowy, określających sposób zapłaty świadczenia przez zamawiającego.

Izba uznała, iż opis przedmiotu zamówienia, w części dotyczącej określenia jedynie maksymalnej ilości masy towarowej, jaka ma zostać zlecona miesięcznie do przewozu, nie narusza art. 29 ust. 1 i 2 ustawy PrZamPubl oraz art. 7 ust. 1 ustawy PrZamPubl.

Zamawiający w sposób szeroki opisał przedmiot zamówienia w Rozdziale II siwz, w którym obok szczegółowych wymagań technicznych i zakresu rzeczowego usługi, zamieścił charakterystykę infrastruktury kolejowej. Jako naruszający wskazane powyżej przepisy ustawy, odwołujący kwestionował podanie jedynie maksymalnych wielkości masy towarowej do przewozu (węgiel, kamień i inne), wskazane w Rozdziale II pkt 2 ppkt 1 siwz i wynoszące dla ruchu Wujek do 140 000 ton/miesięcznie i ruch Śląsk do 100 000 ton/miesięcznie (razem

do 240 000 ton/miesięcznie). Izba uznała, iż nie określenie minimalnej wielkości masy towarowej nie utrudnia uczciwej konkurencji w postępowaniu, jak również nie stanowi o braku możliwości skalkulowania ceny oferty. Zgodnie ze sposobem obliczenia ceny, opisanym w rozdziale I pkt 12.2 siwz, wykonawcy mają podać cenę jednostkową netto za przewóz jednej tony masy towarowej, która po przemnożeniu przez ilość przewożonej masy towarowej w miesiącu oraz okres wykonywania zamówienia, stanowić będzie cenę oferty netto. Przy takim sposobie obliczenia ceny żądanie określenia minimalnej wielkości masy towarowej w miesiącu, nie jest czynnikiem mającym znaczenie dla obliczenia ceny ofertowej. Izba uznała, iż zamawiający był uprawniony do przyjęcia rozwiązania dla niego korzystniejszego z punktu widzenia ekonomicznego, które nie naruszało równowagi wykonawców w postępowaniu. Żądanie odwołującego określenia minimalnego zakresu realizowanej usługi, w ocenie Izby miało na celu zniwelowanie ryzyka, jakie obciążałoby wykonawcę świadczącego usługę, związanego z możliwością zmniejszenia wielkości masy towarowej do przewiezienia. W przypadku usługi transportu, tak towarowego, jak i osobowego, ryzyko takie jest zwyczajowo ponoszone przez usługodawców, którzy nie mogą mieć pewności, co do ilości towaru, czy też osób, których przewozem trudnią się profesjonalnie. Nie można oczekiwać, iż zlecający usługę świadczoną w dłuższym okresie czasu, a nie na przykład jednorazowo, będzie w stanie określić minimalną ilość towarów, których transportu podejmuje się wykonawca. Z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia, związanego z załadunkiem i transportem masy towarowej, jaki odbywać się ma na terenie bocznic normalnotorowych ruch Wujek i ruch Śląsk, Izba uznała, iż wskazana przez zamawiającego szacunkowa wielkość masy, jest wystarczająca dla przygotowania i złożenia oferty. Skoro ilość masy towarowej uzależniona jest od wielkości wydobycia oraz kontraktów zawartych z odbiorcami zewnętrznymi, a zamawiający prowadzi stale wydobycie surowców, to ryzyko załamania się procesu produkcyjnego może być związane przede wszystkim z wystąpieniem zdarzeń losowych, prowadzących do konieczności zaprzestania wydobycia w jakimś okresie czasu. Odwołujący, który świadczył dotychczas na rzecz zamawiającego przedmiotową usługę, posiada zapewne szerszą wiedzę co do rzeczywistych okoliczności towarzyszących jej wykonywaniu, od pozostałych wykonawców, którzy byliby zainteresowani ubieganiem się o uzyskanie zamówienia. Skoro zamawiający oczekuje od wykonawców przewiezienia ilości masy towarowej w wielkości określonej szacunkowo dla okresów miesięcznych, to każdy z wykonawców powinien, kierując się własną wiedzą i doświadczeniem, skalkulować wysokość ceny jednostkowej za przewóz jednej tony masy towarowej. Określenie przez zamawiającego minimalnej wielkości masy towarowej do przewozu, mogłoby prowadzić do podwyższenia kosztów usługi, jakie musiałby ponieść zamawiający, co z punktu widzenia interesu publicznego jest niekorzystne. Mając na uwadze

wskazaną argumentację, Izba oddaliła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy PrZamPubl.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 353 § 1 oraz 509 § 1 Kc., Izba uznała, iż zapis umowy powołany przez odwołującego nie stoi w sprzeczności z instytucją przelewu wierzytelności. Zamawiający zastrzegł wyraźnie, iż spełnienie świadczenia należnego wykonawcy może nastąpić wyłącznie na jego rzecz i tylko w drodze przelewu na rachunek wykonawcy lub też gotówką bezpośrednio do wykonawcy (pkt 6.9 lit b, zd. 1 istotnych postanowień umowy). Sporne zdanie drugie tego postanowienia umownego, dotyczy wyłącznie zastrzeżenia konieczności uzyskania pisemnej zgody zamawiającego na przelew wierzytelności należnej wykonawcy na rzecz podmiotu trzeciego. Dopuszczalność takiego zastrzeżenia umownego wynika z art. 509 § 1 kc. Na tej podstawie, zarzut uznać za bezzasadny.

W związku z powyższym odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła uzasadnione koszty zamawiającego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego na rozprawie przed Izba 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), znajdującym zastosowanie do odwołania wniesionego przed dniem wejścia w życie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....