

Sygn. akt: KIO/UZP 386 /10

WYROKI
z dnia 19 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Paweł Trojan

Bogdan Artymowicz

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 14 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: PKP Cargo Service Sp. z o.o. (Lider), PKP Cargo S. A. (partner), Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej (partner), 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Elektrownia Skawina S. A., 32-050 Skawina, ul. Piłsudzkiego 10** protestu z dnia 19 lutego 2010 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: DB Schenker Rail Polska S. A., 43-602 Jaworzno, ul. Bukowska 12, DB Schenker Rail Rybnik S. A., 44-251 Rybnik, ul. Kłokocińska 51** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: PKP Cargo Service Sp. z o.o., PKP Cargo S. A., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej, 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4444 zł 00 gr.** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: PKP Cargo Service Sp. z o.o., PKP Cargo S. A., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 1511 zł 58 gr. (słownie: tysiąc pięćset jedenaście zł 58/100 groszy) przez **Konsorcjum firm: PKP Cargo Service Sp. z o.o., PKP Cargo S. A., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej** na rzecz **Elektrownia Skawina S. A.** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów dojazdu na posiedzenie KIO,
- 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 10 556 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: PKP Cargo Service Sp. z o.o., PKP Cargo S. A., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej**

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

W dniu 19 lutego 2010 roku konsorcjum PKP CARGO wniosło do Zamawiającego protest na czynność wyboru oferty konsorcjum DB Schenker polegającą na:

I. zaniechaniu zwrócenia się do rzeczzonego konsorcjum, przed dniem wyboru najkorzystniejszej oferty, o uzupełnienie dokumentów w postaci:

- aktualnej na dzień składania ofert licencji w zakresie wykonywania kolejowych przewozów rzeczy wydanej dla DB Schenker Rail Polska S.A., względnie dla DB Schenker Rail Rybnik S.A. pomimo, że w ofercie (strona 67,68) zadeklarowano wykonanie przewozów węgla przez DB Schenker Rail Polska S.A.;
- aktualnego na dzień składania ofert świadectwa bezpieczeństwa dla przewoźnika kolejowego wydanego dla DB Schenker Rail Polska S.A.
- informacji z KRK dla wiceprezesa zarządu DB Schenker Rail Polska S.A. – Józefa W. (zarzut niepowtórzony w odwołaniu)

- aktualnego zaświadczenia z właściwego US potwierdzającego, że DB Schenker Rail Rybnik S.A. nie zalega z opłacaniem podatków

- aktualnego zaświadczenia z właściwego oddziału ZUS potwierdzającego, że DB Schenker Rail Rybnik S.A. nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne oraz zdrowotne

II. zaniechaniu wykluczeniu rzeczonoego konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3, 8, 10 ustawy pzp ponieważ nie spełnia ono warunków udziału w postępowaniu i tym samym zaniechaniu odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP skoro nie zawiera w/wymienionych dokumentów

III. zaniechaniu odrzucenia ofert wykonawców DB Schenker oraz Rail Polska Sp. z o.o. mimo nieprawidłowego obliczenia ceny w zakresie usług obsługi instalacji nawęglania wraz instalacją podawania biomasy oraz poboru próbek, co jest niezgodne z art. 89 ust. 1 pkt 6

IV. wybór oferty niezgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy PZP

Czynności zamawiającego prowadzić mają do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Protestujący wnosił o:

I. unieważnienie przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu,

II. dokonania czynności wezwania Konsorcjum DB Schenker do złożenia dokumentów wymienionych szczegółowo w pkt. 1 powyżej,

III. odrzucenia oferty Konsorcjum - DB Schenker na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na fakt, iż nie spełnia wymagań opisanych w SIWZ,

IV. odrzucenia oferty Konsorcjum - DB Schenker oraz oferty Rail Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp z uwagi na fakt, iż wykonawcy ci nieprawidłowo obliczyli cenę usługi w zakresie obsługi instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy oraz pobór próbek,

V. dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty Protestującego,

ewentualnie

VI. unieważnienia postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługi Przewozów Kolejowych, Obsługi Bocznic Kolejowej i Nawęglania”, z uwagi na fakt, iż jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 140 ust. 3 Pzp) tj. Zamawiający wadliwie skalkulował wytyczne do skalkulowania przez Wykonawców wynagrodzenia.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów, Protestujący podnosił:

I., II. wykonawca winien był przedstawić zaświadczenie o niekaralności dla urzędującego członka zarządu w zakresie wymaganym przez art. 24 ust. 1 pkt. 8 ustawy PZP; dokumenty z US i ZUS (każdy z konsorcjantów). Ponadto w pkt. 12 SIWZ (Warunek I) Zamawiający wskazał, że wykonawca powinien posiadać uprawnienia do wykonywania działalności lub czynności, tj. w tym wypadku wydane aktualne świadectwo bezpieczeństwa dla przewoźnika kolejowego i aktualną licencję w zakresie wykonywania kolejowych przewozów rzeczy. Protestujący podkreślał, że w SIWZ podkreślono że w przypadku konsorcjum jego uczestnicy łącznie powinni posiadać uprawnienia do prowadzenia działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Tymczasem wybrane konsorcjum nie zastosowało się do zapisów SIWZ i nie załączyło aktualnej informacji z KRK, zaświadczenia z US i ZUS oraz licencji dla DB Schenker Rail Polska S.A. lub DB Schenker Rail Rybnik Polska S.A. i świadectwa dla DB Schenker Rail Polska S.A.

W ocenie Protestującego złożone dokumenty (licencja WPR/017/2003 ze zmianą wynikającą z decyzji TRM/901/02/09 na PCC Rail Rybnik S.A. w Rybniku; licencja WPR/12/2005 ze zmianą wynikającą z decyzji TRM/901/01/07 na PCC Rail S.A. oraz świadectwo nr 044/PK/06 zmienione decyzją TOP-63-0303007 na PCC Rail S.A.) nie spełniają wymogu aktualności.

Protestujący podnosi, iż w prawie administracyjnym obowiązuje zasada, że prawa i obowiązki o charakterze administracyjnoprawnym są związane z osobą, dla której zostały ustanowione i są nieprzenoszalne. Podkreśla, iż w myśl art. 51a ust. 1 ustawy o transporcie kolejowym - licencjonowany przewoźnik w przypadku zmiany mającej wpływ na jego sytuację prawną, w szczególności w przypadku połączenia lub przejęcia przedsiębiorcy ma obowiązek poinformować o tym fakcie Prezesa UTK. W tym przypadku Prezes UTK może podjąć decyzję o ponownym przedłożeniu licencji do zatwierdzenia, jeżeli stwierdzi zagrożenie bezpieczeństwa związanego z prowadzoną działalnością.

Wskazania wymaga, iż Konsorcjum DB Schenker nie przedłożyło oświadczeń Prezesa UTK w przedmiocie braku sprzeciwu w stosunku do posiadanych licencji wydanych na PCC Rail Rybnik SA oraz PCC Rail SA, ani nawet kopii pism informujących.

W tym stanie rzeczy Zamawiający winien był wykluczyć w/w Konsorcjum Wykonawców z postępowania uznając jednocześnie jego ofertę za odrzuconą, ewentualnie dokonać czynności wezwania w/w Konsorcjum do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

III. Niezależnie od powyższego Protestujący wskazał, iż Zamawiający winien był zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 6) Pzp odrzucić oferty, które zawierają błędy w obliczeniu ceny.

I tak zgodnie z pkt. 8 SIWZ przewidywany termin realizacji został określony dla części I – „Usługi przewozów kolejowych oraz usługi boczniczy kolejowej” na 39 miesięcy, natomiast

dla części II – „Obsługa instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy oraz poboru próbek” na 48 miesięcy. Protestujący zauważył, iż biorąc pod uwagę powyższe czasookresy, usługi przewozu mają być wykonywane przez okres krótszy o 9 miesięcy od okresu usługi nawęglania. Tymczasem łączna przewidziana wielkość przewozów za okres 48 miesięcy jest szacowana na poziomie 1 800 000 Mg. Obsługa instalacji nawęglania wynosi natomiast 1 850 000 Mg +/- 10% (bez biomasy). Dlatego też, zdaniem Protestującego, w ofertach DB Schenker i Rail Polska Sp. z o.o. przewidywana wielkość przewozów jest tożsama z wielkością przewidzianą do instalacji nawęglania. Dla Protestującego wartości te nie powinny być tożsame ze względu na krótszy okres trwania usługi przewozów. W konsekwencji należałoby przyjąć wartość roczną przewozów na poziomie 540 000 Mg, a obsługę instalacji nawęglania za okres 9 miesięcy na poziomie 405 Mg. Dlatego też ilość węgla do obsługi instalacji nawęglania powinna się kształtować za okres 48 miesięcy na poziomie 2 205 000 +/- 10%.

Dlatego też Protestujący podnosi, iż w obu ofertach cena obsługi nawęglania jest nieprawidłowa ponieważ została skalkulowana na poziomie 1 850 000 Mg a nie od wartości 2 205 000 Mg. To niewątpliwie zaś skutkować powinno wadliwością ostatecznej ceny, która to powinna doprowadzić do odrzucenia obu ofert.

IV. W związku z żądaniem z pkt VI Zamawiający powinien unieważnić postępowanie ponieważ, według Protestującego, postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Uwzględniając różne czasookresy realizacji I i II części zamówienia – wadliwie wyliczona jest przez Zamawiającego kalkulacja – ilość węgla, która ma stanowić podstawę do wyliczenia obsługi kosztu nawęglania (1 850 000 Mg węgla). Podanie nieprawidłowych danych uniemożliwia wyliczenie rzeczywistej ceny obsługi nawęglania.

Brak możliwości zawarcia umowy wynika również, z określenia przez Zamawiającego ceny za zrealizowanie usługi w zakresie obsługi instalacji nawęglania wraz z instalacją biomasy w ten sposób, że wyniesie ona miesięcznie 1/48 wyliczonej w powyższy sposób kwoty, tj. na podstawie przewidywanej wielkości przewozu węgla za 39 miesięcy pomnożonej przez ilość węgla wykorzystaną do obsługi instalacji nawęglania. Według Protestującego, w chwili obecnej wykonawca nie ma podstawy do uzyskania wynagrodzenia za obsługę nawęglania w wysokości 420 000 Mg, jaką będzie wykonywał w okresie 9 miesięcy zanim zacznie świadczyć przewóz węgla. Zawarta wobec powyższego umowa była by nieważna ze względu na brak wynagrodzenia za obsługę instalacji nawęglania za okres 9 miesięcy.

W dniu **26-02-2010 roku** Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego częściowe uwzględnienie w odniesieniu do zarzutów I i II oraz oddalił protest w pozostałej części.

Uwzględniając protest odnośnie zarzutów I i II Zamawiający uchylił swoją decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty i zobowiązał się do dokonania czynności zaniechanych, tj. wezwania wykonawcy DB Schenker do uzupełnienia dokumentów z US i ZUS. Zastrzegł jednakże wstrzymanie się z tymi czynnościami do momentu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu zgodnie z dyspozycją art. 183 ust. 5 pkt 2 PZP.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów dotyczących niezłożenia dokumentów z KRK (ponieważ o takie uzupełnienie wystąpił do wykonawcy i wykonawca złożył te dokumenty w dniu 21-01-2010 roku). Odnośnie dokumentów licencji i świadectwa, Zamawiający stwierdził, iż na podstawie ciągu złożonych decyzji i informacji z Monitorów Sądowych i Gospodarczych uprawnionym na podstawie świadectwa bezpieczeństwa i licencji na wykonywanie przewozów jest ten sam podmiot obecnie działający pod nazwą DB Schenker Rail Polska S.A. oraz DB Schenker Rail Rybnik S.A. Protestujący błędnie interpretuje postanowienia SIWZ w przedmiocie aktualności dokumentów. W treści pkt 12 Warunek 1 SIWZ jest wprost oznaczenie o powinności posiadania uprawnienia do działalności, a świadectwa i licencje stanowią dowody potwierdzające posiadanie tych uprawnień. Powołane decyzje administracyjne pozostają w mocy, a Protestujący nie przedłożył żadnych dowodów świadczących o utracie mocy przez te dokumenty.

Odnośnie zarzutu nieprawidłowego obliczenia ceny, Zamawiający zauważył iż wszyscy wykonawcy w postępowaniu złożyli dokumenty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający nie stwierdził żadnych błędów w ofertach. W przekazanej wykonawcom SIWZ w dniu **22 grudnia 2009 roku** wskazano w zakresie kalkulacji ceny za obsługę nawęglania wraz z instalacją biomasy, iż wykonawcy są zobowiązani obliczyć proponowaną wysokość wynagrodzenia za okres 48 miesięcy (pkt 8 ppkt 2 cz. II SIWZ; także pkt 1 formularza ofertowego) w odróżnieniu od usługi przewozu i obsługi bocznicy, w której wskazywano stałą ryczałtową wielkość za okres 48 miesięcy.

W cz. II SIWZ – Opis sposobu realizacji prac” – dla zakresu usług nawęglania i biomasy, Zamawiający zastrzegł możliwość zmian wielkości rocznej produkcji (dostarczanie paliwa w ilości rocznej znacznie poniżej 540 000 ton +/- 30%) i wymagał od wykonawców podania w ofertach opisu sposobu realizacji prac, sposobu i czasu reakcji oraz wpływu na wysokość kosztów obsługi nawęglania. Żaden z wykonawców w swojej ofercie nie wskazał na wpływ takiej okoliczności na koszty lub wynagrodzenie. Wszyscy wykonawcy zaakceptowali, że w okresie obowiązywania umowy wynagrodzenie w każdym miesiącu za usługi nawęglania i biomasy jest stałe i wynosi 1/48 ceny wskazanej w pkt 4 formularza ofertowego niezależnie od zmian ilości obsługiwanych paliw. Dlatego też argument braku podstaw odpłatności za usługi w okresie pierwszych 9 miesięcy nie znajduje uzasadnienia w SIWZ.

Zdaniem Zamawiającego, Protestujący myli sposób kalkulacji ceny na potrzeby oceny złożonej oferty z podstawą uzyskania wynagrodzenia na wykonane świadczenie. Skoro zaś

warunki w zakresie ceny za usługi nawęglania i biomasy znane były wykonawcom już 22 grudnia 2009 roku i nie zostały zakwestionowane w terminie wniesienia protestu na SIWZ, to zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP wnoszony przez Protestującego jest nieuprawniony. Jest on nieuprawniony ponieważ odnosi się do czynności rzekomej niezgodności SIWZ z ustawą, a termin na wniesienie takiego protestu już upłynął. Ponadto Protestujący nie wyjaśnił na czym polegać wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy.

Zamawiający zaznacza, że częściowe uznanie protestu pozwoli wyeliminować błędy co do zaniechania wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP i udzielenie zamówienia w sposób wolny od naruszeń.

W dniu **11 marca 2010 roku** konsorcjum wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od decyzji Zamawiającego od rozstrzygnięcia protestu przez jego oddalenie w części (pkt 2 rozstrzygnięcia) w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia na "Usługi przewozów kolejowych, obsługi bocznic kolejowej i nawęglania".

Odwołujący powtórzył zarzuty i żądania wobec decyzji Zamawiającego w przedmiocie oddalenia w pozostałej części jego protestu naruszenie przepisów ustawy Pzp wskazanych w proteście.

Odwołujący wyjaśnia, iż ma interes prawny w złożeniu niniejszego odwołania, a to z uwagi na fakt, iż złożył trzecią w kolejności ofertę ocenianą pod względem kryteriów opisanych w SIWZ przez Zamawiającego. W związku z tym, gdyby Zamawiający działał zgodnie z prawem tj. odrzucił ofertę Konsorcjum DB Schenker oraz Rail Polska SA, wówczas oferta Odwołującego się musiałaby zostać uznana za najkorzystniejszą. W związku z powyższym w orzeczniu zainteresowania Odwołującego leży unieważnienie w/w czynności Zamawiającego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazuje, iż uzyskał wiadomość o działaniach i zaniechaniach Zamawiającego w dniu **1 marca 2010 r.** tj. w tym dniu otrzymał w formie pisemnej informację w przedmiocie rozstrzygnięcia złożonego protestu. W związku z powyższym zachowany został termin określony dyspozycją art. 184 ust. 2 Pzp.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestów wniesionych w ramach postępowania przetargowego o udzielenie przez Elektrownię Skawina S.A. zamówienia na zadanie pn. „Usługi Przewozów Kolejowych, Obsługi Bocznic Kolejowej i Nawęglania” postanowił uwzględnić protest Odwołującego w zakresie zarzutu, co do zaniechania wystąpienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do Konsorcjum DB Schenker o przedłożenie aktualnego zaświadczenia Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach oraz zaświadczenia ZUS o niezaleganiu w opłaceniu składek na ubezpieczenie społeczne. Zamawiający w pozostałym zakresie oddalił protest Odwołującego

Powyższe rozstrzygnięcie Zamawiającego należy uznać za sprzeczne z prawem.

W opinii Odwołującego, Konsorcjum DB Schenker nie spełniło warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ, co uniemożliwia zawarcie ważnej umowy, skoro zgodnie z odpowiednimi zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych - Zamawiający winien udzielić zamówienia tylko takiemu wykonawcy, którego oferta odpowiada wszystkim wymaganiom przedstawionym w ustawie oraz SIWZ.

Zarzut nr 1

Odwołujący podnosi, iż 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. Powyższe zostało doprecyzowane przez Zamawiającego w pkt. 12 SIWZ (Warunek I) - w którym to stwierdzono iż Wykonawca powinien posiadać uprawnienia do wykonywania działalności lub czynności wynikających z Ustawy o transporcie kolejowym z dnia 28.03.2003 roku (Dz. U. z 2007.16.94 z późn. zmianami), tj. wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego aktualne świadectwo bezpieczeństwa dla przewoźnika kolejowego, oraz aktualną licencję w zakresie wykonywania kolejowych przewozów rzeczy. Jednocześnie w SIWZ wyraźnie podkreślono, iż w przypadku Konsorcjum, jego uczestnicy powinni łącznie posiadać uprawnienia do prowadzenia działalności związanej z przedmiotem zamówienia, czyli każdy z Konsorcjantów winien legitymować się zarówno w/w licencją, jak i świadectwem bezpieczeństwa.

Tymczasem wbrew w/w postanowieniom SIWZ - Konsorcjum DB Schenker nie zastosowało się zarówno do wymagań Ustawy, jak i do zapisów SIWZ i nie załączyło do swojej oferty:

- aktualnej na dzień składania oferty licencji w zakresie wykonywania kolejowych przewozów rzeczy wydanej dla DB Schenker Rail Rybnik SA, jak i na DB Schenker Rail Polska SA,
- aktualnego na dzień składania oferty świadectwa bezpieczeństwa dla przewoźnika kolejowego wydanego na DB Schenker Rail Polska SA.

Odnosnie nieprzedłożenia przez Konsorcjum DB Schenker wydanych przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego świadectw bezpieczeństwa dla przewoźnika kolejowego, oraz licencji w zakresie wykonywania kolejowych przewozów rzeczy wskazać należy, iż Zamawiający wprost w SIWZ zastrzegł, iż w/w dokumenty muszą być aktualne, co należy rozumieć, jako uwzględniające aktualny stan rzeczy. Bez wątplenia natomiast przedłożenie:

- licencji nr WPR/017/2003 z dnia 28 listopada 2003 r. (ze zmianą wynikającą z decyzji nr TRM/901/02/09 z dnia 29 stycznia 2009 r.) na PCC Rail Rybnik SA w Rybniku nie spełnia

wymogu „aktualności”, a w konsekwencji posiadania rzeczowej licencji wydanej na DB Schenker Rail Rybnik SA,

- licencji nr WPR/12/2005 z dnia 6 września 2005 r. (ze zmianą wynikającą z decyzji nr TRM/901/01/07 z dnia 15 marca 2007 r.) na PCC Rail SA nie spełnia wymogu „aktualności”, a w konsekwencji posiadania rzeczowej licencji wydanej na DB Schenker Rail Polska SA,

- świadectwa bezpieczeństwa nr 044/PK/06 z dnia 8 maja 2006r. (zmienionego decyzją nr TOP-63-0303007) na PCC Rail SA nie spełnia wymogu „aktualności”, a w konsekwencji posiadania rzeczowego świadectwa wydanego na DB Schenker Rail Polska SA.

Odwołujący wskazuje, iż w prawie administracyjnym obowiązuje zasada, że prawa i obowiązki o charakterze administracyjnoprawnym są związane z osobą, dla której zostały ustanowione i są nieprzenoszalne, (tak. G. Łaszczyca, R. Sasiak, *Łączenie spółek kapitałowych a sukcesja praw i obowiązków ze sfery publicznoprawnej (wybrane zagadnienia)*, Pr.Sp. 1999, nr 4, s. 3).

Niezależnie od powyższego podkreślenia wymaga, iż w myśl art. 51a ust. 1 ustawy o transporcie kolejowym - licencjonowany przewoźnik w przypadku zmiany mającej wpływ na jego sytuację prawną, w szczególności w przypadku połączenia lub przejęcia przedsiębiorcy ma obowiązek poinformować o tym fakcie Prezesa UTK. W tym przypadku Prezes UTK może podjąć decyzję o ponownym przedłożeniu licencji do zatwierdzenia, jeżeli stwierdzi zagrożenie bezpieczeństwa związanego z prowadzoną działalnością.

Wskazania wymaga, iż Konsorcjum DB Schenker nie przedłożyło oświadczeń Prezesa UTK w przedmiocie braku sprzeciwu w stosunku do posiadanych licencji wydanych na PCC Rail Rybnik SA oraz PCC Rail SA, ani nawet pism, z których wynikałoby, iż Konsorcjanci dopełnili wymaganej w art. 51a ust. 1 procedury opisanej ustawą o transporcie kolejowym.

W tym stanie rzeczy Zamawiający winien był wykluczyć w/w Konsorcjum Wykonawców z postępowania uznając jednocześnie jego ofertę za odrzuconą, ewentualnie dokonać czynności wezwania w/w Konsorcjum do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut nr 2

Niezależnie od powyższego podkreślenia wymaga, iż w proteście Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 6) Pzp Zamawiający winien był odrzucić oferty, które zawierają błędy w obliczeniu ceny, a zatem powinien był odrzucić oferty Konsorcjum DB Schenker oraz Rail Polska Sp. z o.o. jako nieprawidłowe, ponieważ zostały skalkulowane od wartości 1 850 000 Mg , a nie od wartości 2 205 000 Mg.

I tak Zamawiający w odpowiedzi na powyższy zarzut, wskazał iż, w części II SIWZ „Opis sposobu realizacji prac dla analizowanego zakresu usług nawęglania i biomasy (załącznik 3) zastrzegł możliwość zmian wielkości rocznej produkcji (dostarczenia paliwa w ilości rocznej znacznie poniżej/powyżej 540 000 ton +/- 30%) i wymagał od wykonawców podania w ofertach opisu sposobu realizacji prac, sposobu realizacji i czasu reakcji oraz wpływu na wysokość kosztów obsługi nawęglania w przypadku wystąpienia takiej usługi.

Nadto Zamawiający podniósł, iż w ofertach wszyscy wykonawcy uczestniczący w postępowaniu (..) nie wskazali na wpływ takiej okoliczności na koszty lub wynagrodzenie akceptując, iż zmiany wielkości produkcji w tym zakresie w skali okresu obowiązywania umowy pozostaną bez wpływu na wielkość skalkulowanego wynagrodzenia. Zdaniem Zamawiającego - Wykonawcy zaakceptowali więc, iż w okresie obowiązywania umowy wynagrodzenie w każdym miesiącu za usługi nawęglania i biomasy jest stałe i stosownie do pkt 5g) ofert wynosi 1/48 ceny wskazanej w pkt 4 formularza ofert niezależnie od zmian ilości obsługiwanych paliw w granicach powyżej oznaczonych.

Odnosząc się zatem do powyższego stanowiska Zamawiającego na wstępie Odwołujący wyjaśnia, iż nie ma w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia takiego pojęcia jak „roczna produkcja, ewentualnie dostarczanie paliwa”. SIWZ bowiem konkretnie określa, iż oferenci mają wskazać, **odrębnie** cenę dla:

- przewozu węgla w ilości 1 800 000 mg,
- za obsługę bocznic przy planowanej ilości przeładowanych materiałów 1 850 000 mg
- za obsługę instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy oraz pobór próbek przy planowanej ilości 2 110 000 mg.

Przy czym Zamawiający faktycznie zastrzegł w części II SIWZ „Opis sposobu realizacji prac dla analizowanego zakresu usług nawęglania i biomasy (załącznik 3),” wielkość przewozów węgla oraz przeładunku na bocznicę oraz, że w stosunku do planowanych może ulec zwiększeniu do 30%.

Odnosnie natomiast ceny za obsługę instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy oraz pobór próbek Zamawiający wskazał wyraźnie, iż jest ona stała i wynosi miesięcznie 1/48 kwoty wskazanej w pkt. 4 formularza ofertowego.

W związku z powyższym mijające się z prawdą jest twierdzenie Zamawiającego, iż „Wykonawcy zaakceptowali, iż w okresie obowiązywania umowy wynagrodzenie w każdym miesiącu za usługi nawęglania i biomasy jest stałe i stosownie do pkt 5g) ofert wynosi 1/48 wskazanej w pkt 4 formularza ofertowego, niezależnie od zmian ilości obsługiwanych paliw w granicach powyżej oznaczonych”. Zamawiający zakreślił bowiem jedynie granicę w ramach której dopuszcza możliwość zmiany ilości przewozu węgla oraz jego obsługi na bocznicę, natomiast przewidziana ilość za obsługę instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy jest stała.

W tym miejscu dla zobrazowania powyższych twierdzeń warto posłużyć się, ofertą Konsorcjum DB Schenker, w której wskazano, iż cena za obsługę instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy oraz pobór próbek przy planowanej ilości 2 110 000 mg wynosi 17 154 300 zł netto, przy jednostkowej cenie podawania paliw 8, 13 zł netto. Z kolei zgodnie z pkt 5g SIWZ 1/48 tej kwoty będzie stanowiła miesięczne wynagrodzenie Wykonawcy za zrealizowanie w/w usługi.

Wobec powyższego uznać należy, iż Zamawiający nie ma podstaw do zapłaty Konsorcjum DB Schenker kwoty wyższej, niż 17 154 300 zł z tytułu wykonania przez Konsorcjum usługi w zakresie obsługi instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy oraz pobór próbek, obejmującej wynagrodzenie za wykonania w/w usługi nawęglania 355 000 mg węgla (bez biomasy).

W konsekwencji należy stwierdzić, iż cena obsługi nawęglania wskazana przez Konsorcjum DB Schenker oraz Rail Polska Sp. z o.o. jest nieprawidłowa, ponieważ została skalkulowana od wartości 1 850 000 Mg, a nie od wartości 2 205 00 Mg, tym samym została zaniżona w przypadku co najmniej Konsorcjum DB Schenker o **kwotę 2 886 150 zł** (355 000 mg x 8, 13 zł), analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku Rail Polska Sp. z o.o., gdzie wartość usługi została zaniżona o kwotę **2 840 000 zł** (355 000 mg x 8, 00 zł) , nie licząc kosztu podawania biomasy.

Tak znaczna różnica we wskazaniu wielkości nawęglania szacowanego od rzeczywistego nawęglania niewątpliwie skutkuje wadliwością skalkulowania ostatecznej ceny. W tym miejscu trzeba podkreślić, iż zgodnie art. 140 ust. 1 Pzp - zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy winien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Z kolei artykuł 140 ust. 3 Pzp stanowi, iż umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak więc nie ma możliwości korekty powyższej ceny zaproponowanej przez w/w wykonawców, albowiem w/w oferenci zaproponowali jedynie wykonanie w/w usługi nawęglania ilości 1 850 000 (bez biomasy) przy jednoczesnym określeniu kosztu wykonania tej usługi w stałej kwocie. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych, które znajduje wyraz m. in. w wyroku z dnia 23 stycznia 2007 r. do sygn.: UZP/ZO/0-53/07, gdzie Zespół Arbitrów stwierdził, iż *„Stosownie do art. 140 ust. 1 Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy winien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. ”*

Zarzut nr 3

Niezależnie od powyższego w proteście Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp Zamawiający powinien unieważnić postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia, gdy jest ono dotknięte wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej

umowy w sprawie zamówienia publicznego, wskazując, iż zgodnie z punktem 8 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przewidywalny termin realizacji wynosi:

- części I - Usługi przewozów kolejowych oraz obsługi bocznicy kolejowej wynosi od 1 stycznia 2011 do 31 marca 2014 r. (39 miesięcy),
- części II - Obsługi instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy oraz pobór próbek wynosi od 1 kwietnia 2010 r. do 31 marca 2014 r. (48 miesięcy).

Zatem okres w jakim mają być dokonywane przewozy towarowe jest krótszy o 9 miesięcy od okresu w jakim ma być wykonywana usługa nawęglania instalacji.

Łączna przewidywana wielkość przewozów z kopalń do Zamawiającego za powyższy okres (48 miesięcy) jest szacowana na poziomie 1 800 000 Mg. Obsługa instalacji nawęglania w planowanej ilości paliwa (węgla) podanego na produkcję wynosi natomiast 1 850 000 Mg +/- 10% (bez biomasy). W związku z powyższym przewidywana wielkość przewozów węgla, jest tożsama z jego wielkością przewidzianą do instalacji nawęglania. Jednakże te wartości nie mogą być tożsame, gdyż okres przewozów jest krótszy o 9 miesięcy. Zatem przyjmując wartość roczną przewozów na poziomie 540 000 Mg obsługa instalacji nawęglania, za okres 9 miesięcy wynosi ona 405 000 Mg.

Wobec powyższego ilość węgla jaka będzie potrzebna do obsługi instalacji nawęglania powinna się kształtować za okres wskazany w specyfikacji (48 m-cy) na poziomie 2 205 000 +/- 10%, albowiem taka rzeczywista ilość będzie wykorzystana przy obsłudze instalacji. Zamawiający, natomiast wskazał 1 850 000 Mg (węgla) jako ilość węgla, która ma stanowić podstawę do wyliczenia obsługi kosztu nawęglania. Podanie nieprawidłowych podstawowych danych uniemożliwia wyliczenie rzeczywistej ceny obsługi nawęglania, a co za tym idzie zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia.

Brak możliwości zawarcia ważnej umowy wynika również z określenia przez Zamawiającego ceny za zrealizowanie usługi w zakresie obsługi instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy oraz pobór próbek w ten sposób, iż wyniesie ona miesięcznie 1/48 wyliczonej w powyższy sposób kwoty, to jest na podstawie przewidywanej wielkości przewozu węgla za 39 miesięcy pomnożonej przez ilość węgla wykorzystaną do obsługi instalacji nawęglania. Zatem, w chwili obecnej Wykonawca nie ma podstawy do uzyskania wynagrodzenia za obsługę nawęglania w wysokości 420 000 Mg , jaką będzie wykonywał w okresie 9 miesięcy, zanim zacznie świadczyć przewóz węgla.

Tymczasem Zamawiający w ustosunkował się do powyższego zarzutu w następujący sposób: „ *Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt. 7 PZP jest nieuprawniony, ponieważ odnosi się do rzekomej niezgodności SIWZ z ustawą to jest zarzutu, który może być wywiedziony w proteście, którego termin upłynął. Podnosząc zarzut Protestujący ad. 2 nie wskazał na czym ma polegać ma dostrzeżona przez niego wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie umowy, gdyż jak się powszechnie przyjmuje podnosi w piśmiennictwie wadą są*

wymienione w art. 146 ust. 1 PZP przypadki naruszenia ustawy. Ocena zarzutu Protestującego dokonana na podstawie mogących mieć zastosowanie w postępowaniu przepisów art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 doprowadza do wniosku, iż brak w prowadzonym postępowaniu sprzeczności z ustawowymi regułami PZP"

Odnosząc się do wyżej przytoczonego stanowiska, na wstępie zasadnym jest przytoczenie sentencji Wyroku Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 2 stycznia 2007 r. UZP/ZO/0-3 005/06 (dotyczącego wykładni w/w artykułu), która stanowi, iż „Wadą w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych jest taka wada samego postępowania, która jest nieusuwalna i która wywiera istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia, że powoduje jej bezwzględną nieważność. Wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy musi być oceniana jako obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. " Wobec powyższego w niniejszej sprawie nie można zawrzeć umowy, aby nie była obciążona wadą, albowiem w przedmiotowej umowie nie zostanie ujęte wynagrodzenie za wykonanie usługi nawęglania 355 000 mg (bez biomasy). Oferenci zaproponowali wykonanie usługi nawęglania w ilości 1 850 000 (bez biomasy). Zatem w umowie na wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego nie można uregulować wynagrodzenia dla wykonawcy za wykonanie usługi nawęglania za 9 miesięcy w wysokości 355 000 mg (bez biomasy), albowiem stosownie do art. 140 ust. 1 Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy winien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie" (Wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 23 stycznia 2007 r. sygn.: UZP/ZO/0-53/07).

Wobec powyższego zawarcie przedmiotowej umowy w obecnym kształcie przez Zamawiającego byłoby obciążone wadą powodującą jej nieważność, ponieważ zgodnie z 140 pkt 3 PZP umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Określenia natomiast wynagrodzenia za tą usługę w/w zakresie stanowi immanentną całość rzutującą na koszt wykonania całego zamówienia publicznego. Przy czym należy zwrócić uwagę, iż oferenci określili cenę jednostkową podawania paliwa w ramach usługi nawęglania, w związku z czym nawet jeśliby uznać, że oferent za kwotę wskazaną (globalna kwota) w punkcie 4 formularza oferty miał wykonać przedmiotowe prace, to nie zmieni to faktu, iż wówczas cena jednostkowa podawania paliw byłaby odmienna od wskazanej w ofercie, a zatem taka umowa w świetle przepisów PZP również byłaby nieważna.

Zatem mając na uwadze powyższe argumenty oraz w/w przepisy odwołanie winno zostać uwzględnione, a czynność zamawiającego przeprowadzenia postępowania przetargowego pn. „Usługi Przewozów kolejowych, Obsługi Bocznic Kolejowej i Nawęglania" powinna zostać unieważniona.

W dniu **17-03-2010** Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie.

Zamawiający wnosił o:

- oddalenie odwołania na rozstrzygnięcie Zamawiającego w przedmiocie protestu Odwołującego w postępowaniu przetargowego nr 03/UZP/2009 o udzielenie przez Elektrownię Skawina S.A. zamówienia pn. „Usługi Przewozów Kolejowych, Obsługi Bocznic Kolejowej i Nawęglania”;
- obciążenie Odwołującego kosztami Zamawiającego związanymi z postępowaniem odwoławczym.

Na wstępie Zamawiający stwierdza, iż rozstrzygając protest Zamawiający uwzględnił żądania protestujących i uchylił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zapowiedział dokonanie po ostatecznym rozstrzygnięciu protestów dokonanie czynności zaniechanych tj. wezwania stosownie do art. 26 ust 3 PZP DB Schenker do złożenia brakujących w ofertach dokumentów, podjęcia decyzji w przedmiocie oceny oferty DB Schenker po upływie terminu na założenie brakujących dokumentów przez DB Schenker i powtórzenie oprotestowanej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W związku z tym żądanie odwołania unieważnienia dokonanej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty jest bezprzedmiotowe.

Zarzut nr 1

Nie jest zasadne żądanie odwołania wezwania DB Schenker do złożenia licencji na wykonywanie przewozów kolejowych rzeczy wydanych dla DB Schenker Rail Polska S.A. i DB Schenker Rail Rybnik S.A. oraz świadectwa bezpieczeństwa przewoźnika kolejowego wydanej dla DB Schenker Rail Polska S.A. Jak wskazano w rozstrzygnięciu protestu DB Schenker Rail Polska S.A. i DB Schenker Rail Rybnik S.A. jest stroną ważnych na dzień składania ofert decyzji administracyjnej Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego w zakresie licencji na wykonywanie przewozów kolejowych rzeczy oraz świadectw bezpieczeństwa przewoźnika kolejowego.

DB Schenker Rail Polska S.A. to przedsiębiorca wpisany do rejestru przedsiębiorców KRS pod nr KRS 57814, a więc podmiot uprawniony na podstawie złożonych z ofertą świadectwa bezpieczeństwa przewoźnika kolejowego nr 44/PK/06 i licencji na wykonywanie przewozów kolejowych rzeczy nr WPR/121/2005 od dnia wydania tych decyzji.

DB Schenker Rail Rybnik S.A. to przedsiębiorca wpisany do rejestru przedsiębiorców KRS pod nr 65841, a więc podmiot uprawnionym na podstawie złożonych z ofertą świadectwa bezpieczeństwa przewoźnika kolejowego nr 15/PK/05 i licencji na wykonywanie przewozów kolejowych rzeczy nr WPR/017/2003 od dnia wydania tych decyzji. Na dowód przedkłada kopie ogłoszeń w Monitorach Sądowych i Gospodarczych wpisów zmian nazw DB Schenker Rail Polska S.A. i DB Schenker Rail Rybnik S.A. do rejestru przedsiębiorców.

Ze złożonych z ofertą dokumentów w tym rejestrowych wynika, że podmioty te nie podlegały procesom połączenia, przejęcia lub innym mającym wpływ na sytuację prawną (np. ogłoszenie upadłości, otwarcie likwidacji, wszczęcie postępowania naprawczego) określonych w powołanym przez Odwołującego art. 51 a ustawy o transporcie kolejowym. Sama zmiana nazwy podmiotu pozostaje bez wpływu na jego zdolność wykonania zamówienia publicznego. Jedyna dopuszczalna i zgodna z zasadami PZP, w tym z zasadą uczciwej konkurencji (art. 7), interpretacja zapisów pkt 12 Warunek 1 SWIZ stanowi o powinności posiadania przez wykonawcę uprawnienia do wykonywania działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia, a świadectwa i licencje stanowiąc mają dowody potwierdzające w postępowaniu posiadanie tych uprawnień. Zamawiający jako gospodarz postępowania tworząc Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia nie może wprowadzać warunków wykraczających poza dopuszczalne kryteria udziału podmiotów w postępowaniu określone w art. 22 PZP. Termin „aktualna licencja” i „aktualne świadectwo” interpretowane mogą być przez Zamawiającego jedynie jako posiadanie ważnego uprawnienia. Wykładnia Odwołującego słowa „aktualne” wprowadza dodatkowe kryterium a mianowicie „uwzględniające aktualny stan rzeczy”, które jako sprzeczne z zasadami PZP nie jest i nie było zamiarem Zamawiającego. Słowo aktualny/aktualna wg słownika języka polskiego oznacza „obowiązujący w danej chwili” i odnosi się do mocy obowiązywania. Zarzut Odwołującego w tym zakresie jest nieuzasadniony i nie może skutkować zastosowaniem wobec DB Schenker przepisu art. 24 ust.1 pkt 10 PZP w brzmieniu z dnia wszczęcia postępowania ani przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w postaci wykluczenia z postępowania wykonawcy DB Schenker lub odrzucenia jego oferty.

Na marginesie należy dodać, że DB Schenker w piśmie przystąpienia do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego z dnia 23 lutego 2010 r. złożył kopie pism w sprawie powiadomienia Prezesa UTK w przedmiocie zmiany nazw podmiotów z wnioskiem o zmianę w tym zakresie właściwych decyzji. Wyjaśnił przy tym, że nie uzyskał jeszcze wnioskowanych decyzji zmieniających. Nie można stąd czynić zarzutu, że zostały złożone decyzje zmieniające Prezesa UTK oznaczające nowe nazwy podmiotów, skoro wykonawca nie dysponował takimi rozstrzygnięciami na dzień złożenia ofert. Żądane przez Odwołującego przedłożenie w niniejszym postępowaniu oświadczeń Prezesa UTK w przedmiocie braku sprzeciwu w stosunku od posiadanych przez DB Schenker licencji nie wynika z żadnego przepisu prawa i nie może być oceniane w kategoriach naruszenia PZP. Na potwierdzenie składa kopię pisma DB Schenker Rail Rybnik S.A. z dnia 26.10.09 oraz kopię pisma DB Schenker Rail S.A. z dnia 12.11.09 (w dokumentacji postępowania).

Zarzut nr 2 i 3

Ocenę zarzutu Odwołującego błędu w obliczeniu ceny w ofertach DB Schenker i Rail Polska należy rozpocząć od wyjaśnienia ustawowego terminu określonego w art.89 ust.1 pkt 6 PZP. Przez błąd w obliczeniu ceny należy rozumieć nieprawidłowy wynik działania arytmetycznego, który nie może zostać poprawiony w trybie art. 87 ust 2 PZP, a także zastosowanie niewłaściwych jednostek miary, niewłaściwych ilości zakresu czynności, które trzeba wykonać w trakcie realizacji zamówienia, przyjęcie niewłaściwej stawki podatku VAT. Błąd w rozumieniu omawianego przepisu jest więc raczej błędem co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, niż wadliwie od strony "technicznej" wykonaną czynnością obliczenia ceny. Błędem tym jest zachowaniem wykonawcy. W złożonych ofertach w postępowaniu wykonawcy posłużyli się formularzem stanowiącym załącznik A do części I SIWZ - zapisy formalno-prawne. W jednobrzmiących tekstach ofert wykonawcy wprowadzili oferowane stawki w tabelach w punktach 1,2,3 i 4 oferty w kwotach netto i brutto a także ceny jednostkowe w przeliczeniu na 1 Mg materiałów i ładunków. W złożonych ofertach, należy podkreślić jednobrzmiących co do zapisów, nie stwierdzono błędów w obliczeniach arytmetycznych cen, błędów w zastosowanych stawkach podatku VAT lub cen brutto. Oferty wolne są też od błędów polegających na nieprawidłowym wyliczeniu ceny za usługę w przeliczeniu na 1 Mg materiału lub ładunku. Błędów ofert w opisanym zakresie nie wskazał Odwołujący.

Z analizy ofert wynika jednoznacznie, że wolne są one od błędów w obliczeniu ceny w rozumieniu art.89 ust.1 pkt 6 PZP. Zostały one sporządzone zgodnie z wymaganiami SIWZ, które są w postępowaniu wiążące dla zamawiającego i wykonawców. Przy czym to co w ocenie Odwołującego jest błędem w obliczeniu ceny jest co najwyżej nieścisłością we wskazaniu danych dla potrzeb obliczenia ceny. Analizując postanowienia SIWZ wskazać należy, że w pkt 14 części I SIWZ „Opis sposobu obliczania ceny” w pkt 4 lit.c) oznaczono „Dla potrzeb obliczenia ceny oferty przyjąć należy c) Obsługa instalacji nawęglania w planowanej ilości paliwa (węgla) podanego na produkcję 1 850 000 Mg ±10% oraz obsługa instalacji podawania biomasy w planowanej ilości 260 000 Mg ±10% wraz z poborem próbek.” Konsekwentnie Zamawiający w formularzu ofertowym wskazał na 2 110 000 Mg (1 850 000 + 260 000 Mg) jako ilość węgla i biomasy stanowiące podstawę kalkulacji ceny dla usług obsługi instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy oraz poboru próbek przy w planowanej ilości.

W pkt 15 części I SIWZ „Kryteria i sposób oceny ofert” dla ceny usług obsługi instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy jako parametr cenotwórczy oznaczono jednoskładnikowy parametr C_3 oznaczający cenę za obsługę instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy oraz poboru próbek danej oferty.

Takie zasady kalkulacji i oceny ofert zostały przyjęte przez Zamawiającego, przekazane wykonawcom wraz z pełnym brzmieniem SIWZ w dniu 22 grudnia 2010 roku. Wobec braku protestu na zapisy postanowień SIWZ wiążą one wykonawców na równi z zamawiającym. Jeżeli Odwołujący oponuje przeciwko przedmiotowym zapisom, a wskazać należy że jego zarzuty są ukrytą formą kwestionowania zapisów SIWZ, to mógł i powinien to zrobić w ustawowym terminie wnosząc protest. Jak wyjaśnia Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w wyroku z 13 sierpnia 2009 r. sygn. KIO/UZP 972/09 *„Profesjonalizm uczestnika rynku zamówień publicznych winien wyrażać się nie tylko w rzetelnym przygotowaniu oferty - zaoferowaniu zamawiającemu świadczenia o wysokiej jakości, odpowiadającego jego oczekiwaniom. Profesjonalizm wykonawcy wyraża się ponadto w adekwatnej reakcji na kolejno ujawniające się okoliczności mogące stanowić podstawę zarzutów protestu oraz w przedstawieniu przekonywających dowodów potwierdzających podnoszone zarzuty. Terminy wynikające z ustawy PZP na wnoszenie środków ochrony prawnej (w konsekwencji na podnoszenie zarzutów co do SIWZ) mają charakter zawity, ich upływ powoduje utratę prawa do kwestionowania czynności zamawiającego”*

Nadto stwierdzić należy, że prawem Zamawiającego jest określenie sposobu obliczenia, podania i rozliczania ceny kontraktowej. Zarówno przepisy PZP jak i kodeksu cywilnego nie ograniczają w tym zakresie swobody Zamawiającego.

Podkreślenia wymaga fakt, iż tak samo jak kwestionowane oferty DB Schenker i Rail Polska, zawierające rzekome błędy w obliczeniu ceny, zbudowana jest oferta Odwołującego - i zawiera dokładnie takie same sformułowania, a jedyna różnica wynika z zastosowania innych stawek cenotwórczych. Znamionym jest dla oceny zasadności zarzutów Odwołującego, że w identycznej konstrukcji ofert zawierających te same wielkości w zakresie ilości paliw i materiałów dla określenia wynagrodzenia wykonawcy, w tym dla usług nawęglania i biomasy, wg Odwołującego oferty DB Schenker i Rail Polska zawierają błędy w obliczeniu ceny mające skutkować ich odrzuceniem, a oferta Odwołującego jest wolna od wad i winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Nie znajduje uzasadnienia zarzutu protestu jak i Odwołania, iż wobec 9 miesięcy dłuższego świadczenia usług obsługi instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy oraz poboru próbek, od czasokresu świadczenia usług przewozów kolejowych oraz obsługi bocznic kolejowej, wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia.

Wskazać należy, iż konstrukcja zamówienia składająca się z trzech rodzajów usług podyktowana jest czynnikami czysto ekonomicznymi. Z analiz i doświadczeń Zamawiającego wynika, iż przy połączeniu usług objętych zamówieniem wykonawcy branży wykorzystując efekt synergii i optymalizacji procesów mają możliwość wykonywania łącznie tych usług w sposób tańszy, niż suma kosztów ponoszonych przez Zamawiającego na te usługi

w formule nabywania ich oddzielnie lub realizacji własnymi siłami. Zamawiający wszczynając postępowanie od udzielenie zamówienia będąc do tego uprawnionym zgodnie z PZP oznaczył, sposób wynagradzania za poszczególne usługi mając za podstawę własne koszty z okresu poprzedzającego wszczęcie postępowania. Przyjął dla usług obsługi wynagrodzenie stałe w podziale na 48 miesięcznych płatności odpowiadających okresowi obowiązywania umowy. Sposób kalkulacji wynagrodzenia oparty został o kryterium, kosztów jakie Zamawiający sam ponosił z tytułu wykonywania usług z przedmiotowego obszaru. Do chwili obecnej Zamawiający własnymi siłami realizuje powołane usługi, ma stąd bazę do kalkulacji kosztów takiej działalności. Parametrami kosztowymi obsługi instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy oraz poboru próbek są koszty wynagrodzeń pracowników i koszty związane z pracą, koszty pracy maszyn i narzędzi oraz koszt korzystania z pomieszczeń Zamawiającego. Zdecydowana większość kosztów to koszty stałe wynagrodzeń 51 pracowników, których średnie wynagrodzenie i kwalifikacje wykonawcy poznali. Jedynym kryterium ocen ofert było kryterium finansowe czyli łączna cena za wszystkie usługi w całym okresie obowiązywania umowy. Kalkulując cenę wykonany nie byli związani żadną narzuconą relacją cen poszczególnych usług w stosunku do siebie. Znając zakresy usług mogli oni w ramach ogólnej ceny swobodnie kształtować oferty poszczególnych usług wg przyjętych strategii np. wyceniać drożej usługi przewozów kolejowych, a taniej usługi obsługi nawęglania lub odwrotnie. Wykonawcy mieli więc wszelkie dane do kalkulacji cen za przedmiotowe usługi w sposób zapewniający pokrycie kosztów oraz zysk. Podkreślić należy, że zamówienie choć składające się z części stanowi jedną całość. Zamawiający nie dopuszczał składanie ofert częściowych i udzielenia zamówienia na część zamówienia. Zatem wynagrodzenie za świadczenia objęte zamówieniem jest wynagrodzeniem za całość. Podział na wynagrodzenia za poszczególne części wynikał z przyjętego sposobu oceny ofert, a także stanowił postawę zasad ustalenia wynagrodzenia należnego za poszczególne miesiące, jak i rozliczeń wtórnych usług przewozów kolejowych i obsługi bocznicy po każdym okresie 12 miesięcy obowiązywania umowy. Błędne jest więc stanowisko Odwołującego w odwołaniu, iż wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia za usługi instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy oraz poboru próbek za okres 9 miesięcy.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Zamawiającego problem rzekomego braku wynagrodzenia za usługi instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy oraz poboru próbek w okresie 9 pierwszych miesięcy obowiązywania umowy nie występuje. Po pierwsze wynagrodzenie za te usługi każdy oferent kalkulował swobodnie przewidując jako profesjonalista zwiększenie lub zwiększenie ilości przewożonych, przeładowywanych i podawanych do instalacji Zamawiającego paliw. Po drugie wynagrodzenie zastrzeżone dla wykonawcy jest rozłożone na cały okres obowiązywania umowy. Otrzymywane przez

wykonawcę wynagrodzenie w okresie świadczenia wyłącznie usług obsługi nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy oraz poboru próbek nie może być traktowane w oderwaniu od wynagrodzenia uzyskiwanego za pozostałe świadczenia objęte umową w kolejnych miesiącach i latach jej obowiązywania. Po trzecie w całym okresie obowiązywania umowy, w tym w okresie pierwszych 9 miesięcy wynagrodzenie za obsługi nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy oraz poboru próbek będzie wypłacane w żądanej wysokości zgodnie z wybraną najkorzystniejszą ofertą, a wykonawca nie zostanie bez środków za świadczone usługi. Po czwarte pierwsze 9 miesięcy obowiązywanie umowy zaplanowano na okres wiosny lata i jesieni. W załączniku nr 1 do Istotnych dla Zamawiającego Postanowień Umowy Część II. Obsługa instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy oraz pobór próbek określono, iż „Średnioroczna przewidywana ilość węgla do rozładunku oraz podania na składowisko i produkcję wynosi około 540 000 Mg, przy czym specyfika planu produkcji Elektrowni Skawina S.A. kształtuje dostawy węgla w taki sposób, że na I kw i IV kw przypada około 360 tys. Mg węgla, a reszta węgla przypada na II kw i III kw.” Analogiczny zapis dotyczy rozładunku biomasy. Zatem wyliczenia wskazujące na 405 000 mg węgla do obsłużenia w ramach usług nawęglania w okresie pierwszych 9 miesięcy umowy obowiązywania umowy są nieprawdziwe i znacznie zawyżone. Po piąte jest dość prawdopodobne, że wielkość realizacji umowy w zakresie spornych usług nie wyniesie dla węgla ani 1 850 000 Mg jak podał Zamawiający dla kalkulacji ceny zamówienia, ani 2 205 000 Mg jak wymaga tego Odwołujący tylko jeszcze inną nieznaną wielkość wynikającą z okresowych ograniczeń lub zwiększeń wielkości produkcji u Zamawiającego. Taką ewentualność przewidział Zamawiający zobowiązując wykonawców do złożenia oświadczeń stanowiących załącznik nr 3 do ofert o wpływie na wysokość kosztów obsługi nawęglania :

- a) znacznego ograniczenia produkcji u Zamawiającego (dostarczenie paliwa w ilości rocznej znacznie poniżej 540 000 ton),
- b) znacznego zwiększenia produkcji u Zamawiającego (dostarczenie paliwa w ilości rocznej znacznie powyżej 540 000 ton),

przy czym za znaczną zmianę produkcji przyjęto zmianę większą niż $\pm 30\%$. W załączonych ofertach ani Odwołujący, ani inni wykonawcy nie wskazali na wpływ takich okoliczności na koszty usług instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy oraz poboru próbek. Ostatecznie po szóste nawet zamieszczenie w pkt 14 SIWZ „Sposób obliczania ceny oferty” ppkt 4 lit. c w miejsce 1 850 000 Mg $\pm 10\%$ dla węgla i 260 000 Mg $\pm 10\%$ dla biomasy, żądanych przez Odwołującego wielkości tj. 2 205 000 Mg $\pm 10\%$ dla węgla i 320 000 Mg $\pm 10\%$ dla biomasy nie zmieniłoby zasad wynagradzania za usługi objęte tą kalkulacją. W dalszym ciągu wynagrodzenie byłoby stałe i wynosiłoby 1/48 wynagrodzenia za okres obowiązywania umowy.

Należy podkreślić, że sposób wynagrodzenia został wyraźnie zaakceptowany przez wykonawców, w tym Odwołującego który w pkt 5 lit. g złożonej oferty (błędnie ponumerowanej przez Odwołującego jako pkt 4 lit.g) stwierdził, że „ *Akceptujemy dodatkowe uregulowania dotyczące wzajemnych rozliczeń: g. cena za zrealizowane usługi w zakresie obsługi instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy oraz pobór próbek wyniesie miesięcznie 1/48 kwoty określonej w kol. 4 w punkcie 4 oferty.*”

Wbrew twierdzeniom Odwołującego zakres świadczeń objętych ofertą w obszarze obsługi instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy oraz poboru próbek nie wynosi dokładnie ilości 1 850 000 Mg plus 260 000 Mg biomasy. Treść ofert każdego z wykonawców stanowiła w pkt 1 „ *My niżej podpisani oferujemy zrealizować przedmiot umowy, zgodnie z warunkami dokumentacji przetargowej na warunkach określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia:..*” w pkt 6 lit.d „*Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z otrzymanymi dokumentami przetargowymi i w pełni je akceptujemy.*” w pkt 6 lit.j „*Nasza oferta jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz zawiera wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje,*”. Zaakceptowane przez wykonawców warunki zamówienia jednoznacznie wskazywały w zakresie ilości usług obsługi instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy oraz poboru próbek, że „*Średnioroczna przewidywana ilość węgla do rozładunku oraz podania na składowisko i produkcję wynosi około 540 000 Mg*” nie zaś że wielkość ta w okresie obowiązywania umowy wyniesie dla węgla 1 850 000 Mg.

W innym miejscach Istotnych dla Zamawiającego Postanowień Umowy w zakresie określenia ilości poszczególnych usług Zamawiający posługiwał się wyłącznie wielkościami przewidywanymi (§ 1 ust 2, Załącznik 1 Cz. 1 pkt 1.1.3. Istotnych dla Zamawiającego Postanowień Umowy). W przedmiocie wykonywania usług obsługi instalacji nawęglania i biomasy wykonawcy nie zobowiązali się do wykonania tych usług w określonej ilości 1 850 000 Mg plus biomasa, tylko zobowiązali się świadczyć te usługi w okresie 48 miesięcy w ilości wynikającej z przewiezionej przez nich i przeładowanej przez bocznice wielkości paliw, a wszystko to w ramach jednego udzielanego zamówienia. Taka jest logiczna wykładnia SIWZ i cel zamówienia w niniejszym postępowaniu, co nie budzi wątpliwości Zamawiającego i innych niż Odwołujący wykonawców. Nie odpowiadające treści SIWZ i nieuprawnione jest stąd twierdzenie Odwołania iż „ *przewidywana ilość za obsługę instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy jest stała.*”

Odwołujący w argumentacji na poparcie swych żądań powołuje się na orzeczenie Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 23 stycznia 2007 r. sygn. UZP/ZO/0-53/07. Wskazać należy, iż rozstrzygnięcie to zostało wydane w innym stanie prawnym i na tle stanu faktycznego zupełnie nieprzystającego do występującego w niniejszej sprawie. Istota rozstrzygnięcia w cytowanej przez Odwołującego sprawie opiera się na

zapisach SIWZ w/g których termin przystąpienia do realizacji zamówienia został ustalony sztywno, a w momencie rozpatrywania odwołania upłynęła już data rozpoczęcia realizacji zamówienia. Zamawiający w tamtym postępowaniu nie przewidział jakiegokolwiek możliwości przesunięcia daty rozpoczęcia wykonania zamówienia i w takim stanie faktycznym Zespół Arbitrów unieważnił postępowanie argumentując, iż „zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy winien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie”. Ewidentnie sytuacja analogiczna do będącej podstawą rozstrzygnięcia z 23 stycznia 2007 r. sygn. UZP/ZO/0-53/07 nie występuje w niniejszej sprawie. Oferty wykonawców przewidują świadczenie usług obsługi instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy w pełnym wymaganym SIWZ okresie 48 miesięcy. Taki sam zakres usług jest przewidziany w Istotnych dla Zamawiającego Postanowieniach Umowy. Nie ma więc różnic w zakresach świadczenia usług przewidzianych w obu dokumentach. Kwestionowanie prawidłowości niniejszego postępowania przetargowego na podstawie kolizji z przepisem art. 140 PZP jest stąd chybione. Mimo, iż brak takiego zarzutu Odwołującego wskazać należy, iż termin realizacji zamówienia w niniejszym postępowaniu jest oznaczony jako okres 48 miesięcy liczone od początku miesiąca kalendarzowego następującego po upływie co najmniej 30 dni od podpisania UMOWY, lecz nie wcześniej niż od dnia przejścia na WYKONAWCĘ części zakładu pracy Zamawiającego w rozumieniu art. 23¹ KP zatem postanowienia umowy pozwalają na realizację umowy zgodnie z zakresem w SIWZ. Warto również dodać, iż powoływane przez Odwołującego cytowane orzeczenie Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 23 stycznia 2007r. utraciło aktualność co oznaczono w systemie informacji prawnej LEX.

Niezależnie od powyższych argumentów Zamawiający podnosi, iż zgodnie z przepisem art. 191 ust. 1a PZP Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Przepis ten ogranicza możliwość uwzględniania odwołań. Nie wystarczy więc samo stwierdzenie naruszenia PZP przez Zamawiającego oraz podniesienie odpowiedniego zarzutu przez wykonawcę, który miał w tym interes prawny. Jak podnosi w piśmiennictwie *bezprzedmiotowe staje się wnoszenie odwołań tylko dla wykazania, że zamawiający popełnił błędy w postępowaniu czy też nieprawidłowo stosował przepisy. Odwołujący się wykonawca, chcąc uzyskać korzystny wyrok, czyli uwzględnienie odwołania, musi podnieść takie zarzuty, które wykażą, że naruszenie prawa przez zamawiającego wypaczyło wynik postępowania.* Podniesione stąd zostały wymagania dla skutecznego korzystania z tego środka ochrony prawnej przewidzianego w PZP. Jak wskazano powyżej Odwołujący wywodząc odwołanie oparł je przede wszystkim na zarzutach w przedmiocie kalkulacji ceny i zakresu usług obsługi nawęglania i biomasy, które ewentualnie mogły być podniesione w proteście wobec przekazanych mu w dniu 22 grudnia 2010 r. postanowień SIWZ. Upływ terminu złożenia

protestu na tę czynności pozbawił Odwołującego możliwości powoływania się na te zarzuty. Zarzuty, które zostały zgłoszone pozostają bez wpływu na wynik postępowania. Dotyczą one bowiem jednakowo wszystkich wykonawców którzy złożyli oferty. W ofertach wszystkich wykonawców, nie wyłączając Odwołującego, są tak samo skalkulowane ceny za przedmiot zamówienia, zobowiązanie świadczenia usług dotyczy takiego samego zakresu zatem przy identycznych zapisach nie ma podstaw do różnicowania ofert wykonawców na te podlegające odrzuceniu jak chce tego Odwołujący i pozostałe wolne od wad. Oczywistym jest, że takie są niedopuszczalne.

Celem każdego postępowania o zamówienie publiczne jest udzielenie zamówienia. W ocenie Zamawiającego, o ile nawet w postępowaniu wystąpiły jakieś nieprawidłowości, nie uzasadniają one decyzji o unieważnieniu postępowania. Obiektywnie oceniając w postępowaniu istnieje możliwość ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty i udzielenia zamówienia. Postępowanie wolne jest od wad uniemożliwiających zawarcie umowy. Zamawiający uwzględniając częściowo protest uznał, iż nie dopełniono obowiązku wystąpienia do jednego z wykonawców o uzupełnienie oferty o określone dokumenty. Uchylając czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający zapowiedział w rozstrzygnięciu protestu przeprowadzenia procedury określonej w art. 26 ust. 3 PZP wobec DB Schenker, ponowną ocenę oferty tego wykonawcy oraz powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Czynności te w ocenie Zamawiającego pozwolą usunąć błędy zaistniałe w postępowaniu i dokonać wolnych od wad czynności których skutkiem będzie udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający podtrzymuje tezy i argumentację rozstrzygnięcia protestu oraz wnosi jak na wstępie o oddalenie odwołania.

Do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego Wykonawca Konsorcjum DB Schenker w pełni zgadzając się ze stanowiskiem przez niego prezentowanym i wnosząc o nieuwzględnienie odwołania.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych przez strony i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 roku, tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów odnośnie istnienia podstaw bezprawnego nieodrzućenia ofert Wykonawców, a także niewykluczenia Wykonawcy DB Schenker oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania niniejszego zamówienia ze względu na złożenie ważnej oferty w postępowaniu. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutów:

Zarzut nr 1

Zgodnie z postanowieniami SIWZ Wykonawcy powinni posiadać uprawnienia do wykonywania działalności lub czynności wynikających z ustawy o transporcie kolejowym, tj. wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego świadectwo bezpieczeństwa dla przewoźnika kolejowego. W przypadku Konsorcjum uczestnicy konsorcjum powinni łącznie posiadać uprawnienia do prowadzenia działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Dokumentami wymaganymi na potwierdzenie spełniania warunku były: aktualne świadectwo bezpieczeństwa oraz aktualna licencja w zakresie wykonywania kolejowych przewozów rzeczy.

Dokumenty te wydawane są na podstawie ustawy z dnia 28 marca 2003 roku (Dz. U. 2007r., Nr 16, poz. 94 ze zmianami) o transporcie kolejowym. Zgodnie z art. 51a niniejszej ustawy, licencjonowany przewoźnik w przypadku zmiany mającej wpływ na jego sytuację prawną, w szczególności w przypadku połączenia lub przejęcia przedsiębiorcy, informuje o tym Prezesa UTK. W tym przypadku Prezes UTK może podjąć decyzję o ponownym przedłożeniu licencji do zatwierdzenia, jeżeli stwierdzi zagrożenie bezpieczeństwa związanego z prowadzoną działalnością.

Wykonawca Konsorcjum DB Schenker złożył dokumenty: licencję WPR/017/2003 ze zmianą wynikającą z decyzji TRM/901/02/09 na PCC Rail Rybnik S.A. w Rybniku; licencję WPR/121/2005 ze zmianą wynikającą z decyzji TRM/901/01/07 na PCC Rail S.A. oraz

świadczenie nr 044/PK/06 zmienione decyzją TOP-63-0303-007 na PCC Rail S.A., a także świadectwo 015/PK/05 zmienione decyzją TGO-63-06-2009 na PCC Rail Rybnik S.A..

Na podstawie powszechnie dostępnych dokumentów (m.in. Monitory Sądowe i Gospodarcze, odpisy KRS) i w związku z zapisami złożonych decyzji Zamawiający uprawniony był do stwierdzenia, że DB Schenker Rail Polska S.A. to przedsiębiorca wpisany do rejestru przedsiębiorców KRS pod nr KRS 57814, a więc podmiot uprawniony na podstawie złożonych z ofertą świadectwa bezpieczeństwa przewoźnika kolejowego nr 44/PK/06 i licencji na wykonywanie przewozów kolejowych rzeczy nr WPR/121/2005 od dnia wydania tych decyzji.

DB Schenker Rail Rybnik S.A. to przedsiębiorca wpisany do rejestru przedsiębiorców KRS pod nr 65841, a więc podmiot uprawnionym na podstawie złożonych z ofertą świadectwa bezpieczeństwa przewoźnika kolejowego nr 15/PK/05 i licencji na wykonywanie przewozów kolejowych rzeczy nr WPR/017/2003 od dnia wydania tych decyzji.

Ze złożonych dokumentów wynika również, że podmioty te nie podlegały procesom połączenia, przejęcia lub innym mającym wpływ na sytuację prawną określonych w powołanym przez Odwołującego art. 51 a ustawy o transporcie kolejowym. Sama zmiana nazwy podmiotu pozostaje bez wpływu na jego zdolność wykonania zamówienia publicznego. Termin „aktualna licencja” i „aktualne świadectwo” interpretowane mogą być przez Zamawiającego jedynie jako posiadanie ważnego na dzień składania ofert uprawnienia. Wykładnia Odwołującego słowa „aktualne” wprowadza dodatkowe kryterium, mianowicie „uwzględniające aktualny stan rzeczy”, które jest sprzeczne z zasadami PZP. We wszystkich przepisach ustawy PZP i aktów wykonawczych do tej ustawy, w przypadku dokumentów jest mowa o tym, iż mają one potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż na dzień, w którym upłynął termin składania ofert (m.in. art. 26 ustawy PZP). Co więcej z pisma o przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i załączonych do niego dokumentów (w tym decyzji zmieniających w/w decyzje w zakresie nazwy przedsiębiorcy) jasno wynika, iż w momencie składania ofert Wykonawca DB Schenker nie był w posiadaniu innych decyzji niż te, które przedłożył z ofertą, a postępowanie zmieniające w tym zakresie posiadane decyzje toczyło się przed niezależnym organem i zostało zakończone po upływie terminu składania ofert (decyzją z dnia 19 lutego 2010 roku). Ponadto zauważyć należy, iż Odwołujący nie udowodnił jakby złożone decyzje były w jakikolwiek sposób nieaktualne lub niezgodne ze stanem rzeczy i nie potwierdzałyby spełniania warunku przez wybranego Wykonawcę.

Zarzut Odwołującego w tym zakresie jest nieuzasadniony i nie może skutkować zastosowaniem wobec DB Schenker przepisu art. 24 ust.1 pkt 10 PZP w brzmieniu z dnia

wszczęcia postępowania ani przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w postaci wykluczenia z postępowania wykonawcy DB Schenker lub odrzucenia jego oferty. Dlatego też nieuprawnione jest żądanie Odwołującego co do wezwania wybranego Wykonawcy do uzupełnienia złożonej oferty w tym zakresie.

Zarzut nr 2 i zarzut nr 3

Skład orzekający Izby nie uznał za udowodnione twierdzeń o złożeniu ofert zawierających błąd w obliczeniu ceny.

Błąd w obliczeniu ceny jest wadliwym działaniem Wykonawcy, polegający na wadliwym doborze przez Wykonawcę poszczególnych elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny. Błąd w obliczeniu ceny może polegać na przykład na zastosowaniu przy obliczeniu ceny oferty niewłaściwą, to jest niezgodną z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowym, stawkę podatku VAT.

Z analizy postanowień SIWZ wynika, że w pkt 8 część I SIWZ przewidywany termin realizacji zamówienia został określony odpowiednio: dla części I – Usługi przewozów kolejowych oraz obsługi bocznic kolejowej – 39 miesięcy; dla części II – Obsługa instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy oraz poboru próbek – na 48 miesięcy.

Z zapisów SIWZ wynika również, że w pkt 14 ppkt 4 części I SIWZ „Opis sposobu obliczania ceny” oznaczono że „Dla potrzeb obliczenia ceny oferty przyjąć należy, że:

- a) łączna przewidywana wielkość przewozów to 1 800 000 Mg (przy planach rocznych na poziomie 540 000 Mg przy czym większość realizowana będzie w okresie I i IV kwartału)
- b) obsługa bocznic (wykonywanie prac manewrowych wagonami na terenie bocznic) dla planowanej łącznej wielkości ładunków 1 850 000 Mg
- c) obsługa instalacji nawęglania w planowanej ilości paliwa (węgla) podanego na produkcję 1 850 000 Mg $\pm 10\%$ oraz obsługa instalacji podawania biomasy w planowanej ilości 260 000 Mg $\pm 10\%$ wraz z poborem próbek.

Konsekwentnie Zamawiający w formularzu ofertowym wskazał na 2 110 000 Mg (1 850 000 + 260 000 Mg) jako ilość węgla i biomasy stanowiące podstawę kalkulacji ceny dla usług obsługi instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy oraz poboru próbek przy w planowanej ilości.

W pkt 15 części I SIWZ „Kryteria i sposób oceny ofert” dla ceny usług obsługi instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy jako parametr cenotwórczy oznaczono jednoskładnikowy parametr C_3 oznaczający cenę za obsługę instalacji nawęglania wraz z instalacją podawania biomasy oraz poboru próbek danej oferty.

Takie zasady kalkulacji i oceny ofert zostały przekazane wykonawcom wraz z pełnym brzmieniem SIWZ w dniu 22 grudnia 2009 roku. Na powyższe zapisy nie wniesiono protestu

więc stały się one wiążące dla wykonawców i zamawiającego. Takie kwestionowanie przez Odwołującego przedmiotowych zapisów jest ukrytą formą kwestionowania zapisów SIWZ, a w tym przypadku stwierdzić należy, iż minął już ustawowy termin na wniesienie protestu w tym zakresie. Jeżeli Odwołujący miał jakiegokolwiek wątpliwości co do zapisów specyfikacji, to posiadał przewidziane ustawą PZP uprawnienia, na podstawie których mógł je w trybie zapytania wyjaśnić. Żaden z wykonawców nie zadawał pytań w tym zakresie, dlatego też wnioskować należy, że te zapisy SIWZ były dla wszystkich Wykonawców biorących udział w negocjacjach jasne. Odwołujący w chwili wyrokowania, wywodzi wyłącznie z faktu złożenia ofert tańszych od jego oferty, zaistnienie przesłanki uzasadniającej odrzucenie ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP.

Należy dać wiarę twierdzeniom Zamawiającego, iż Odwołujący myli pojęcia sposobu kalkulacji ceny przyjętego do oceny ofert z pojęciem zakresu przedmiotu zamówienia wynikającym z postanowień SIWZ. W specyfikacji nie stwierdzono iż przedmiotem zamówienia jest ilość węgla przyjęta na poziomie 540 000 ton rocznie ale stwierdzono, iż jest to średnioroczna przewidywana wielkość ilości węgla do rozładunku oraz podania na składowisko. Potwierdzają to postanowienia zał. nr 1 do specyfikacji w części Istotne Postanowienia Umowy (SIWZ, część II Istotne dla Zamawiającego postanowienia umowy). Ponadto, jak podkreślono na rozprawie, Zamawiający przewidział również w SIWZ mechanizmy korekty cen, które zostały zaakceptowane przez wszystkich wykonawców w przypadku zmiany ilości węgla. Z postanowień SIWZ nie wynika aby podana przez Zamawiającego ilość 1 850 000 Mg jako ilości węgla, która ma stanowić podstawę do wyliczenia kosztu obsługi instalacji nawęglania była wielkością stałą i niezmienną przez okres trwania umowy. Wielkość ta została przyjęta przez Zamawiającego na potrzeby oceny składanych ofert w celu zapewnienia im porównywalności. Wszystkie ze złożonych ofert mają więc skalkulowaną cenę za taką samą ilość narzuconą przez Zamawiającego. Różnica polega na zastosowaniu innych stawek jednostkowych (cenowych) przez Wykonawców. Stałą cechą umowy będzie natomiast wynagrodzenie należne Wykonawcy za świadczoną usługę i wynosić ono będzie 1/48 kwoty. Nie zachodzi zatem zagrożenie, że Wykonawca nie otrzyma za okres 9 miesięcy różnicy między okresami świadczenia usług wynagrodzenia.

Zarzut Odwołującego w tym zakresie jest nieuzasadniony i nie może skutkować zastosowaniem wobec DB Schenker oraz Rail Polska Sp. z o.o. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP w postaci odrzucenia ofert jako zawierających błędy w obliczeniu ceny. Tym samym skład orzekający stwierdził, iż Zamawiający nie dopuścił się naruszenia wskazanego przepisu przez zaniechanie odrzucenia ofert.

Odnosząc się do zarzutu braku możliwości zawarcia ważnej umowy, skład orzekający Izby stwierdził, iż nie zasługuje on na uwzględnienie. Odwołujący w tym zakresie podnosił zarzuty dotyczące błędnej kalkulacji ceny i zakresu usług, które to jakoby miały uniemożliwić zawarcie ważnej umowy, a w wypadku jej zawarcia skutkować miałyby jej bezwzględną nieważnością ponieważ w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W przypadku zawarcia umowy, według twierdzeń Odwołującego, nieujęte byłoby wynagrodzenie za wykonanie usługi nawęglania za okres 9 miesięcy a zakres świadczenia nie byłby tożsamy z zakresem zaoferowanym w ofercie. Dlatego też Odwołujący wnioskował o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przesłanka z ust 1 pkt 7 zachodzi wówczas, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Pomiędzy wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć normalny związek przyczynowy. Wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada samego postępowania o udzielenie zamówienia, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną nieważność ab initio, a tym samym prawną bezskuteczność. Wady takie wymienia przykładowo przepis art. 146 ust. 1, traktujący o przesłankach nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna, jeżeli w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie i jednocześnie jest pewność co do tego, że naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania. Jeżeli doszło do takich naruszeń, ale nie stwierdzono, iż rzeczywiście wpływ ten miały, nie będzie podstawy do uznania umowy za nieważną na podstawie ust. 1 pkt. 6. Jeżeli doszło do naruszenia przepisów, które miało wpływ na wynik postępowania, ale do naruszenia doszło nie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale na etapie przygotowania postępowania, także nie będzie uzasadnienia dla uznania umowy za nieważną na podstawie powyższego przepisu.

Powyższe okoliczności nie zachodzą w przedmiotowej sprawie. Odwołujący nie udowodnił, iż Zamawiający dopuścił się takich naruszeń (czy jakichkolwiek naruszeń), które uniemożliwiłyby mu wybór najkorzystniejszej oferty i udzielenie zamówienia. Odwołujący nie wykazał na czym polegać ma wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie umowy. Wszelkie zastrzeżenia co do ważności umowy Odwołujący kieruje do błędnego podania danych do kalkulacji ceny, zarzut ten zaś nie został uznany przez Izbę za zasadny. W takiej sytuacji zachodzi obiektywna możliwość pozytywnego zakończenia postępowania skutkującego podpisaniem umowy. Dlatego też zarzut nie został uznany za zasadny.

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Dlatego też za zasadne należy uznać działania Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach Zamawiającego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a 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.), tj. uwzględniając koszty uczestnika postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów dojazdu na posiedzenie KIO

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....