

Sygn. akt KIO/UZP 199/08

**WYROK/POSTANOWIENIE<sup>z</sup>**

**z dnia 20 marca 2008r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Trojanowska

**Członkowie:** Renata Tubisz  
Barbara Bettman

**Protokolant:** Renata Oksińska

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~/ rozprawie w dniu 19 marca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego Holding S.A. z siedzibą w Zabrze, ul. Wolności 337** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A. w Katowicach, ul. Powstańców 30** protestu z dnia 19 lutego 2008r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** oraz **xxx** po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1 . uwzględnia odwołanie i unieważnia postępowanie**

2. kosztami postępowania obciąża **Kompanię Węglową S.A. w Katowicach, ul. Powstańców 30** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego Holding S.A. z siedzibą w Zabrze, ul. Wolności 337**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Kompanię Węglową S.A. w Katowicach, ul. Powstańców 30** na rzecz **Przedsiębiorstwa Transportu Kolejowego Holding S.A. z siedzibą w Zabrze, ul. Wolności 337**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie: xxxx) 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 **Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego Holding S.A. z siedzibą w Zabrze, ul. Wolności 337.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na zarządzanie infrastrukturą kolejową oraz wykonywanie przewozów związanych z obsługą bocznicy kolejowej KW SA w KWK Halemba-Wirek ruch Halemba w okresie 36 miesięcy zostało wszczęte przez Kompanię Węglową S.A. w Katowicach, ul. Powstańców 30 – zwaną dalej Zamawiającym, ogłoszeniem w Dzienniku Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 7 lutego 2008r. za nr 2008/S 26-035199.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) ukazała się na stronie internetowej Zamawiającego [www.kwsa.pl/przetargi](http://www.kwsa.pl/przetargi) w dniu 7 lutego 2008r.

Na treść SIWZ w dniu 19 lutego 2008r. wniosło protest Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego Holding S.A. z siedzibą w Zabrze, ul. Wolności 337, zwane dalej Odwołującym zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655 zwaną dalej ustawą) w związku z art. 22 ust. 2 ustawy poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję tj. poprzez nieuzasadnione zobowiązanie wykonawców do posiadania aktualnego świadectwa bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej lub autoryzacji bezpieczeństwa,
2. art. 25 ust. 1 pkt. 1 zd. 1 ustawy poprzez żądanie od wykonawców dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, przez co warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu zostały określone w sposób naruszający zasadę określoną w art. 7 ust. 1 ustawy tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców
3. art. 36 ust. 1 pkt. 17 ustawy poprzez błędne pouczenie o zasadach wnoszenia środków odwoławczych,
4. art. 29 ust. 1 ustawy poprzez wprowadzenie do treści SIWZ sprzecznych, a przez to niejednoznacznych zapisów dotyczących gwarantowania przez Zamawiającego minimalnej ogólnej ilości ton przewożonych materiałów, co ma wpływ na sporządzenie oferty,
5. art. 14 ustawy w związku z art. 353<sup>1</sup> i art. 487 § 2 kc poprzez wprowadzenie do SIWZ zapisu o zrzeczeniu się przez wykonawcę żądania odszkodowania z tytułu realizacji umowy w niepełnym zakresie,
6. art. 14 ustawy w związku z art. 487 § 2 kc poprzez zaniechanie wprowadzenia zapisów o minimalnym wynagrodzeniu wykonawcy przysługującym z tytułu obsługi bocznicy, a niezależnym od ilości przewidzianych ton węgla i innych materiałów oraz poprzez wprowadzenie do treści SIWZ zapisu o niezmienności stawek przez cały okres obowiązywania umowy oraz zobowiązania wykonawcy do świadczenia usług w dni wolne od pracy bez prawa żądania dodatkowego wynagrodzenia za te usługi.

Odwołujący podniósł, że jego interes prawny przejawia się w tym, że może doznać uszczerbku na skutek ograniczenia przez Zamawiającego możliwości uzyskania zamówienia, a brał już wcześniej udział w postępowaniach ogłaszanych przez Zamawiającego.

Wniósł o :

1. unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustaw, w przypadku uznania zarzutów z pkt. 1 i 2, gdyż postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy,
2. wprowadzenie zmian w treści SIWZ, w przypadku uznania zarzutu z pkt. 3 polegających na prawidłowym pouczeniu o obowiązku nieodzownego dla

skutecznego wniesienia odwołania obowiązku przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,

3. wprowadzenia zmian w treści SIWZ, w przypadku uznania zarzutów nr 4 – 5 poprzez usunięcie postanowień pkt 2.4 załącznika nr 7 SIWZ,
4. wprowadzenia zmian w treści SIWZ w przypadku uznania zarzutów nr 6-8 poprzez odpowiednią modyfikację treści SIWZ.

Odwołujący w proteście wskazał, że Zamawiający w pkt. X.1 SIWZ wymagał posiadania uprawnień do wykonania określonej działalności lub czynności tj. posiadania niezbędnych świadectw wynikających z Ustawy o transporcie kolejowym z dnia 28 marca 2003 roku (Dz.U. nr 16, poz. 94 z 2007 roku – tekst jednolity), wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, tzn:

a) aktualnego świadectwa bezpieczeństwa dla przewoźnika kolejowego lub certyfikat bezpieczeństwa,

b) aktualnego świadectwa bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej lub autoryzacji bezpieczeństwa. Ustawa powołania przez Zamawiającego została zmieniona ustawą z dnia 24 sierpnia 2007 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z członkostwem Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej (Dz.U.07.176.1238) oraz ustawą z dnia 19 września 2007 r. o zmianie ustawy o transporcie kolejowym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.07.191.1374) i w znacznym stopniu uległy zmianom definicje oraz regulacje dotyczące bezpieczeństwa ruchu kolejowego. Po zmianach bocznic kolejowe nie są już częścią infrastruktury kolejowej ani linią kolejową i dlatego do wykonania przedmiotowego zamówienia nie jest konieczne posiadanie świadectwa bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej lub autoryzacji bezpieczeństwa. Nie istnieją zatem przepisy ustawy, które taki obowiązek by nakładały, a tylko w takim zakresie art. 22 ust. 1 zezwala na żądanie dokumentu. Żądanie dokumentu zbędnego narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz nie mieści się w kręgu dokumentów, których można żądać od wykonawców na podstawie art. 25 ust. 1 ustawy. Wadliwe jest też określenie przedmiotu zamówienia „Zarządzanie infrastrukturą kolejową oraz wykonywanie przewozów kolejowych związanych z obsługą bocznic kolejowej” skoro bocznic kolejowa nie jest elementem infrastruktury kolejowej, a taka wadliwość powinna skutkować unieważnieniem postępowania na podstawie art. 38 ust. 5 ustawy. Ponadto Zamawiający błędnie pouczył wykonawców o sposobie wnoszenia odwołania, albowiem w pkt XXVI 1b SIWZ stwierdził, że „Odwołanie wnosi się do Prezesa UZP (...) jednocześnie informując Zamawiającego o wniesieniu odwołania, podczas gdy zgodnie z art. 184 ust. 2 ustawy wykonawca ma obowiązek jednocześnie przekazać kopię odwołania Zamawiającemu. W dalszej kolejności Odwołujący wskazywał na to, że w pkt II.13 Załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający oświadczył, że minimalna gwarantowana ogólna ilość ton nie będzie mniejsza niż 85 % maksymalnej ilości

deklarowanej w załączniku nr 2 w okresie trwania umowy. Równocześnie w treści pkt 2.4 załącznika nr 7 przewidział, że w wypadku gdy realizacja umowy nastąpi na kwotę mniejszą niż określona w pkt 2.1 załącznika nr 7 tj. wynikającą z ilorazu maksymalnej ilości deklarowanej przez Zamawiającego i stawek jednostkowych określonych przez wykonawcę, wykonawca nie będzie żądał odszkodowania z tego tytułu. Wskazuje to na sprzeczność powołanych zapisów. Kwestie związane z ilością mas jakie mają być przewiezione przekładają się na kalkulację cen ofertowych. Zamawiający próbował uchylić się w ten sposób od zakontraktowania usługi na minimalnym poziomie 85% ogólnej ilości zakresu rzeczowego. Takie działanie jest niedopuszczalne, co potwierdza orzecznictwo – wyrok ZA UZP z 6 września 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-2430/06, uchwała 7 SN z 22 maja 1991r. sygn. akt II CZP 15/91 OSNCP 1992 nr 1 poz. 1. Treść pkt. 2.4 załącznika nr 7 określona przez Zamawiającego narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń wzajemnych – art. 487 § 2 kc, gdyż wynagrodzenie wykonawcy zależy od ilości faktycznie przewiezionych ton, a nie przewożąc wykonawca nie uzyskuje wynagrodzenia, a ponosi koszty obsługi bocznic. Odwołujący proponuje w tym zakresie wprowadzenia zryczałtowanego wynagrodzenia będącego wynikiem ilorazu  $1/36 \times 85\%$  maksymalnego tonażu  $\times$  stawka jednostkowa.

Wątpliwości Odwołującego budzi także szacowanie zakresu rzeczowego, gdyż w przetargu nieograniczonym z 8 czerwca 2007r. Zamawiający oszacował ilość ton w zakresie usług manewrowych na 9, 8 mln ton, a obecnie w postępowaniu wartość ta wynosi 7,3 mln. ton. Nie zmienia tego stanu fakt, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający wprowadził dodatkowo usługi manewrowe kamieniem w ilości 1,1 mln ton. Dodatkowo Zamawiający w treści pkt 2.2 załącznika nr 7 stwierdził, że „Stawki jednostkowe ujęte w załączniku nr 1 do niniejszej umowy są stałe do końca trwania umowy i zawierają wszystkie koszty ponoszone przez wykonawcę niezbędne do wykonania usługi.” Umowa ma trwać trzy lata i cena winna być indeksowana, gdyż w przeciwnym wypadku może dojść do braku ekwiwalentności świadczeń. Odwołujący proponował zmianę poprzez indeksowanie w oparciu o średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych. Oczekiwał także zmiany treści pkt III.7 załącznika nr 1 poprzez wprowadzenie odmiennych zasad wynagradzania za świadczenie usług w dni wolne od pracy. Wprowadzony w treści SIWZ zapis zobowiązujący wykonawców do świadczenia usług w dni wolne od pracy bez prawa żądania podwyższonej stawki jest niekorzystny dla wykonawców i w ocenie Odwołującego narusza art. 487 § 2 kc.

Termin na wnoszenie protestów na treść SIWZ upłynął w dniu 21 lutego 2008r.

Zamawiający protest rozstrzygnął w dniu 3 marca 2008r. i doręczył go w tym dniu faksem Odwołującemu.

Zamawiający oddalił protest w zakresie zarzutów z punktów 1,2,6 (waloryzacja stawek w okresie trwania umowy) protestu, a uwzględnił protest w zakresie zarzutów z pkt. 3, 4, 5, 6 (

zmiany wynagrodzenia za usługi świadczone w dni wolne od pracy). Podniósł, że załącznik nr 1 w sposób szczegółowy określa czynności i obowiązki wykonawców. Czynności te wymagają od wykonawców posiadania niezbędnych (wynikających z odrębnych przepisów – ustawa o transporcie kolejowym) uprawnień potwierdzonych stosownymi dokumentami wymienionymi w pkt. X.1.a-b oraz XI.3 SIWZ zgodnie z przepisami ustawy o transporcie kolejowym. Dokumentem uprawniającym przewoźnika kolejowego do uzyskania dostępu do infrastruktury kolejowej jest certyfikat bezpieczeństwa, a w przypadku zarządcy, w zakresie uprawniającym do zarządzania infrastrukturą kolejową, jest to autoryzacja bezpieczeństwa. Zgodnie z art. 18 ust. 2 i 3 ustawy o transporcie kolejowym z obowiązku uzyskania autoryzacji bezpieczeństwa zwolnieni są zarządcy, których linie kolejowe są funkcjonalnie oddzielone od reszty systemu kolejowego i przeznaczone do prowadzenia pasażerskich przewozów aglomeracyjnych i regionalnych oraz zarządcy prywatnej infrastruktury kolejowej, która jest wyłącznie użytkowana przez właścicieli do prowadzenia własnych przewozów towarowych i ci, którzy wykonują przewozy wyłącznie po liniach kolejowych, o których mowa powyżej. Muszą oni jednak posiadać świadectwo bezpieczeństwa. Bocznicą stanowi infrastrukturę kolejową z mocy art. 2 pkt. 2 ustawy o transporcie kolejowym, gdyż zgodnie z tym przepisem przepisy ustawy stosuje się do bocznic kolejowych, z wyjątkiem rozdziału 2b, 4a, 5a-8, 10, co oznacza, że zarówno zarządcy jak i użytkownicy bocznic kolejowych winni posiadać dokument, o którym mowa w rozdziale IV „Bezpieczeństwo transportu kolejowego” w art. 18 ust. 1 pkt. 1 i 2. Zarzut nr 6 jest nietrafny, bo żaden z przepisów ustawy nie nakłada na Zamawiającego obowiązku waloryzacji stawek umownych. Każdy z wykonawców powinien skalkulować swoją ofertę uwzględniając między innymi te elementy i wówczas nie może być mowy o nieekwiwalentności świadczeń.

Odwołujący w dniu 7 marca 2008r. wniósł odwołanie do Prezesa UZP przekazując w tym samym dniu kopię odwołania Zamawiającemu. Odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty podniesione w proteście i wniósł o :

1. unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustaw, w przypadku uznania zarzutów z pkt. 1 i 2, gdyż postępowanie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy,
2. nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian w treści SIWZ, w przypadku uznania zarzutów nr 3 odwołania w zakresie dotyczącym minimalnego wynagrodzenia (zarzut nr 6 protestu), polegających na odpowiedniej modyfikacji treści SIWZ – proponowanej w uzasadnieniu odwołania,
3. nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian w treści SIWZ, w przypadku uznania zarzutów nr 4 i 5 odwołania (zarzut nr 6 protestu) poprzez usunięcie postanowień 2.4 załącznika nr 7 SIWZ,

4. nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian w treści SIWZ w przypadku uznania zarzutu o którym mowa w pkt. 6 odwołania (zarzut nr 6 protestu) poprzez wprowadzenie odmiennych zasad wynagradzania za świadczenie usługi w dni wolne od pracy.

***Izba ustaliła i zważyła, co następuje :***

1. w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt. 1 ustawy w związku z art. 22 ust. 2 ustawy oraz art. 25 ust. 1 pkt. 1 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. poprzez nieuzasadnione, zbędne zobowiązanie wykonawców do posiadania aktualnego świadectwa bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej lub autoryzacji bezpieczeństwa  
Zamawiający w pkt. X.I SIWZ postawił warunek, że o zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności tj. posiadają niezbędne świadectwa wynikające z Ustawy o transporcie kolejowym z dnia 28 marca 2003r. (Dz. U. nr 16 poz. 94 z 2007r. tekst jednolity) wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego tzn. :
  - a) aktualne świadectwo bezpieczeństwa dla przewoźnika kolejowego lub certyfikat bezpieczeństwa,
  - b) aktualne świadectwo bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej lub autoryzacja bezpieczeństwa.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku Zamawiający oczekiwał, zgodnie z pkt. XI.3 SIWZ przedłożenia oryginałów lub kopii poświadczonych przez wykonawcę za zgodność z oryginałem świadectw wynikających z Ustawy o transporcie kolejowym z dnia 28 marca 2003r. (Dz. U. nr 16 poz. 94 z 2007r. tekst jednolity) wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego tzn. :

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

Jednocześnie w załączniku nr 1 do SIWZ określił przedmiot zamówienia jako :

- usługi w zakresie przewozów kolejowych związanych z obsługą bocznic, w ramach której określił m. in. następujące obowiązki : wykonywanie prac manewrowych wagonami próżnymi, ładunkiem węgla kamienie i innymi materiałami na bocznic, przygotowanie wagonów pod załadunek, podstawienie

próżnych wagonów z torów zdawczo-odbiorczych pod załadunek na wagi pomostowe i zabieranie załadunku, zestawianie i formowanie składów pociągowych, podstawianie na wyznaczone punkty wyładunkowe wagonów i ich odstawianie, inne prace manewrowe związane z ruchem kopalni, ważenie, tarowanie wagonów, prace manewrowe pod zakładem mechanicznej obróbki węgla, bieżące utrzymanie oraz remonty kołowrotów i innych urządzeń,

- usługi w zakresie zarządzania infrastrukturą kolejową bocznicy, w ramach której określił m. in. : obsługę posterunków na terenie bocznicy, bieżące utrzymanie i remonty urządzeń sterowania ruchem kolejowym, remonty w tym kapitalne torów, międzytorzy, rozjazdów itp. opracowywanie regulaminów pracy bocznicy.

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

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

Zgodnie z art. 2 pkt. 2 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym Dz.U.07.16.94 j.t. ze zm. z Dz.U.07.191.1374 przepisy tej ustawy (zwanej w skrócie utk) stosuje się do bocznic kolejowych z wyłączeniem rozdziałów 2b, 4a, 5a-8 i 10.

Słowniczek pojęć utk stanowi art. 4 utk i definiuje on następujące pojęcia :

- a) infrastruktura kolejowa - linie kolejowe oraz inne budowle, budynki i urządzenia wraz z zajęтыми pod nie gruntami, usytuowane na obszarze kolejowym, przeznaczone do zarządzania, obsługi przewozu osób i rzeczy, a także utrzymania niezbędnego w tym celu majątku zarządcy infrastruktury,
- b) droga kolejowa - nawierzchnia kolejowa wraz z podtorzem i budowlami inżynieryjnymi oraz gruntem, na którym jest usytuowana,
- c) linia kolejowa - droga kolejowa mająca początek i koniec wraz z przyległym pasem gruntu, na którą składają się odcinki linii, a także budynki, budowle i urządzenia przeznaczone do prowadzenia ruchu kolejowego wraz z zajęтыми pod nie gruntami,
- d) zarządca infrastruktury - podmiot wykonujący działalność polegającą na zarządzaniu infrastrukturą kolejową, na zasadach określonych w ustawie; funkcje zarządcy infrastruktury kolejowej lub jej części mogą wykonywać różne podmioty,



- e) przewoźnik kolejowy - przedsiębiorcę, który na podstawie licencji wykonuje przewozy kolejowe lub świadczy usługę trakcyjną
- f) świadectwo bezpieczeństwa - dokument potwierdzający zdolność bezpiecznego prowadzenia ruchu kolejowego i wykonywania przewozów kolejowych, wydawany podmiotom zwolnionym z obowiązku uzyskania certyfikatu bezpieczeństwa i autoryzacji bezpieczeństwa,
- g) certyfikat bezpieczeństwa - dokument potwierdzający ustanowienie przez przewoźnika kolejowego systemu zarządzania bezpieczeństwem oraz zdolność spełniania przez niego wymagań bezpieczeństwa zawartych w technicznych specyfikacjach interoperacyjności i innych przepisach prawa wspólnotowego i prawa krajowego,
- h) autoryzacja bezpieczeństwa - dokument potwierdzający ustanowienie przez zarządcę infrastruktury systemu zarządzania bezpieczeństwem oraz zdolność spełniania przez niego wymagań niezbędnych do bezpiecznego projektowania, eksploatacji i utrzymania infrastruktury kolejowej,
- i) bocznicą kolejową - droga kolejowa połączona z linią kolejową i służąca do wykonywania załadunku i wyładunku wagonów lub wykonywania czynności utrzymaniowych pojazdów kolejowych lub postoju pojazdów kolejowych oraz przemieszczania i włączania pojazdów kolejowych do ruchu po sieci kolejowej; w skład bocznic kolejowej wchodzi również urządzenia sterowania ruchem kolejowym oraz inne urządzenia związane z bezpieczeństwem ruchu kolejowego, które są na niej usytuowane,
- j) użytkownik bocznic kolejowych - podmiot działający w obrębie bocznic kolejowych, będący jej właścicielem lub władającym na podstawie innego tytułu prawnego.

W stanie prawnym sprzed nowelizacji z dnia 2 listopada 2007r. ustawodawca w odmienny sposób niż wskazano powyżej definiował pojęcie bocznic kolejowych stanowiąc, że przez bocznicę kolejową należy rozumieć infrastrukturę kolejową przeznaczoną do wykonywania załadunku i wyładunku wagonów oraz ich przemieszczania i włączania do ruchu po sieci kolejowej. Ponadto ustawodawca nie posługiwał się definicją użytkownika bocznic kolejowych.

Problematykę autoryzacji, certyfikatów bezpieczeństwa oraz świadectw bezpieczeństwa reguluje rozdział 4 utk - Bezpieczeństwo transportu kolejowego.

Zgodnie z art. 17. 1 utk Zarządcy i przewoźnicy kolejowi oraz użytkownicy bocznic kolejowych są zobowiązani spełniać warunki techniczne i organizacyjne zapewniające:

- 1) bezpieczne prowadzenie ruchu kolejowego,
- 2) bezpieczną eksploatację pojazdów kolejowych,
- 3) ochronę przeciwpożarową i ochronę środowiska.

Dokumentem uprawniającym, w myśl art. 18 ust. 1 pkt. 3 utk, użytkowników bocznic kolejowych do eksploatacji tych bocznic, jest świadectwo bezpieczeństwa.

Świadectwa takie mogą być też wydawane zarządcom w zakresie zwolnienia przewidzianego w ust. 2 art. 18 utk i przewoźnikom w zakresie zwolnienia z ust. 3 tegoż artykułu.

Zgodnie z art. 19 ust. 3 utk Prezes UTK wydaje świadectwo bezpieczeństwa użytkownikowi bocznic kolejowej, jeżeli przedstawi on:

- 1) wykaz uzyskanych przez niego świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego;
- 2) wykaz przepisów wewnętrznych, określających warunki techniczne oraz zasady i wymagania dotyczące bezpiecznego prowadzenia ruchu kolejowego i utrzymania infrastruktury kolejowej, oraz zasady i wymagania organizacyjne związane z utrzymaniem i eksploatacją pojazdów kolejowych, albo oświadczenie o stosowaniu zatwierdzonych przepisów wewnętrznych zarządcy, z którym bocznic jest połączona lub przewoźnika kolejowego obsługującego bocznicę;
- 3) wykaz uzyskanych przez niego świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdów kolejowych;
- 4) oświadczenie o posiadaniu świadectw sprawności technicznej eksploatowanych pojazdów kolejowych;
- 5) oświadczenie potwierdzające, że na stanowiskach bezpośrednio związanych z prowadzeniem i bezpieczeństwem ruchu kolejowego zatrudnia pracowników spełniających warunki określone w przepisach wydanych na podstawie art. 22 ust. 2;
- 6) regulamin pracy bocznic kolejowej uzgodniony przez zarządcę infrastruktury kolejowej, z którą bocznic kolejowa jest połączona.

Definicja bocznic kolejowej tak w uprzednim jak i bieżącym stanie prawnym abstrahując od użytych pojęć „infrastruktura kolejowa” czy „droga kolejowa” określa przeznaczenie bocznic kolejowej, a w konsekwencji sposób jej wykorzystywania czyli do wykonywania załadunku i wyładunku wagonów oraz ich przemieszczania i włączania do ruchu po sieci kolejowej, a po nowelizacji także wykonywania czynności utrzymaniowych pojazdów kolejowych lub postoju pojazdów kolejowych. W skład bocznic kolejowej wchodzi również urządzenia sterowania ruchem kolejowym oraz inne urządzenia związane z bezpieczeństwem ruchu kolejowego, które są na niej usytuowane. Czynności określone przedmiotem zamówienia wiążą się w sposób ścisły z przeznaczeniem bocznic. Ustawodawca zaś dla zapewnienia bezpieczeństwa na bocznic przewidział wydawanie użytkownikom bocznic świadectw bezpieczeństwa potwierdzających, że są oni w stanie zapewnić prawidłowe i właściwe korzystanie z bocznic. Ustawodawca uzyskanie takiego

certyfikatu uznaje za wystarczające dla zapewnienia bezpieczeństwa tak pracownikom osoby wykorzystującej bocznice jak i osobom trzecim. Gdyby ustawodawca uznał, że konieczne jest zapewnienie szerszego poziomu bezpieczeństwa nie wprowadzałby odrębnego uprawnienia związanego wyłącznie z bocznicą. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że konieczne jest w tym wypadku pozyskanie certyfikatu bezpieczeństwa zarządcy infrastruktury kolejowej lub autoryzacji bezpieczeństwa z uwagi na szczególną odpowiedzialność związaną z wysokimi karami, regulacją wypadków czy wyszkolonymi pracownikami. Należy zauważyć, że art. 66 ust. 1 pkt. 3 utk przewiduje okoliczności, w których na podmiot wykorzystujący bocznice może być nałożona kara pieniężna do 2% rocznego przychodu przedsiębiorcy, art. 2 pkt. 2 utk wyłącza przepisy rozdziału 5a w stosunku do bocznic (wypadki), a zgodnie z art. 19 ust. 3 pkt. 5 utk nakłada na użytkownika bocznic obowiązek zatrudniania pracowników na stanowiskach związanych z prowadzeniem i bezpieczeństwem ruchu kolejowego, którzy spełniają warunki określone w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 22 ust. 2 utk. Użytkownik bocznic nie może także eksploatować budowli i urządzeń przeznaczonych do ruchu kolejowego oraz typów pojazdów kolejowych nie posiadając świadectwa dopuszczenia do eksploatacji. Z tego wynika, że również użytkownicy bocznic kolejowych muszą te wymogi spełniać. Różnica w zakresie wymogów bezpieczeństwa pomiędzy zarządcą infrastruktury, a użytkownikiem bocznic wyraża się w tym, że użytkownik bocznic kolejowej zamiast wykazu przepisów wewnętrznych określających warunki techniczne, zasady i wymagania dotyczące bezpiecznego prowadzenia ruchu kolejowego, utrzymania infrastruktury i eksploatowanych pojazdów kolejowych ma możliwość przedstawienia oświadczenia o stosowaniu zatwierdzonych przepisów wewnętrznych zarządcy infrastruktury, z którą bocznic jest połączona lub przewoźnika obsługującego bocznicę (art. 19 ust. 3 pkt 2 utk) oraz to, że przedsiębiorca wykonujący przewozy w obrębie bocznic kolejowych nie podlega obowiązkowi uzyskania licencji.

Zamawiający nie wykazał jakie inne jego potrzeby przemawiają za żądaniem posiadania certyfikatu bezpieczeństwa zarządcy infrastruktury lub autoryzacji bezpieczeństwa. Nie można także podzielić argumentu Zamawiającego, że wystarczy jedynie spełnienie któregośkolwiek z punktów art. 5 ust. 1 utk, aby automatycznie konieczne było posiadanie uprawnień zarządcy infrastruktury. Takiemu rozumieniu przeczy choćby treść art. 5 ust. 3 utk stwierdzając, że zarządca nie jest uprawniony do wykonywania przewozów kolejowych z wyjątkiem przewozów technologicznych, a przecież prowadzenie ruchu pociągów na liniach kolejowych mieści się w zarządzaniu infrastrukturą. Gdyby zatem podzielić argumentację Zamawiającego, zbędne byłoby wyróżnianie przez ustawodawcę zarządców, przewoźników czy użytkowników bocznic.

Z analizy powyższego wynika, że dokumentem, którego przedstawienia od wykonawców w przedmiotowym postępowaniu nie miał potrzeby żądać Zamawiający jest świadectwo bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury lub autoryzacja bezpieczeństwa.

Tym samym Zamawiający postawił nieuprawniony i zbędny warunek posiadania uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności tj. posiadania niezbędnych świadectw wynikających z Ustawy o transporcie kolejowym z dnia 28 marca 2003r. (Dz. U. nr 16 poz. 94 z 2007r. tekst jednolity) wydanych przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego tzn. :

- b) aktualnego świadectwa bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej lub autoryzacji bezpieczeństwa.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdza, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 22 ust. 1 pkt. 1 ustawy w związku z art. 22 ust. 2 ustawy oraz art. 25 ust. 1 pkt. 1 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. poprzez nieuzasadnione, zbędne zobowiązanie wykonawców do posiadania aktualnego świadectwa bezpieczeństwa dla zarządcy infrastruktury kolejowej lub autoryzacji bezpieczeństwa. Z uwagi na treść art. 38 ust. 5 ustawy Izba unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy w związku z art. 146 ust. 1 pkt. 5 ustawy.

- 2. w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 14 ustawy w związku z art. 487 ust. 2 kc poprzez :

- a) zaniechanie wprowadzenia zapisów o minimalnym wynagrodzeniu wykonawcy przysługującym z tytułu obsługi bocznicy, a niezależnym od ilości przywiezionych ton węgla i innych materiałów.

Problematyka tych zarzutów sprowadza się do następujących zapisów SIWZ :

- a) pkt. I.1.5 załącznika nr 1 do SIWZ „Za prace manewrowe związane z tarowaniem wagonów i ważeniem kontrolnym wagonów załadowanych, Wykonawcy nie przysługuje odrębne wynagrodzenie, natomiast za pozostałe prace zgodnie z ilością przewiezionych ton i ceną jednostkową”
- b) pkt. 2 ppkt. 2 i 3 istotnych postanowień umowy – załącznik nr 7 do SIWZ „Stawki jednostkowe (ujęte w Załączniku nr 1 do niniejszej umowy) są stałe do końca trwania Umowy i zawierają wszelkie koszty, ponoszone przez Wykonawcę niezbędne do wykonania usługi.” Oraz „podstawą do wystawienia faktury będzie potwierdzony przez upoważnionego przedstawiciela Zamawiającego protokół odbioru, wykonanych robót w okresach miesięcznych, spisany na podstawie faktycznych ilości przywiezionych ton węgla, kamienia (odpadów wydobywczych) i innych materiałów oraz faktycznie przepracowanych lokomotywogodzin.”

Formularz ofertowy obejmuje cztery kategorie wynagrodzenia :

- usługi manewrowe węgiel – cena za tonę, 7 300 000 ton,
- usługi manewrowe kamień – cena za tonę, 1 100 000 ton,
- usługi manewrowe materiały posadzkowe i inne - cena za tonę, 3000 ton,
- koszt wynajmu lokomotywy z obsługą i drużyną manewrową – cena za godzinę, 150 godzin.

Zamawiający oczekuje, że w cenie te wykonawca wkalkuluje wszystkie koszty poniesione w celu należytego wykonania zamówienia (pkt. 3 formularza ofertowego). Odwołujący żądał przyznania mu zryczałtowanego wynagrodzenia miesięcznego niezależnego od ilości faktycznie przewiezionych w danym miesiącu ton węgla i kamienia zapewniającego mu w okresach spadku zapotrzebowania Zamawiającego na dokonywanie przewozów pokrycie kosztów utrzymania urządzeń i budynków znajdujących się na bocznicy. Izba nie uznaje żądania Odwołującego za uzasadnione i nie stwierdza naruszenia przez Zamawiającego powołanego art. 487 § 2 kc w związku z art. 14 ustawy. Zarówno Zamawiający jak i Odwołujący są profesjonalistami w zakresie swoich działalności, obaj są przedsiębiorcami prowadzącymi działalność gospodarczą opartą na ryzyku. Jak wynika ze zgodnych oświadczeń stron złożonych na rozprawie Odwołujący stale świadczy usługi związane z załadunkiem i wyładunkiem urobku górniczego. Zna zatem specyfikę tego rynku i jest w stanie skalkulować ofertę uwzględniając ryzyko gospodarcze kontraktu. Z kolei Zamawiający określając jedynie wielkość maksymalną i minimalną zamówienia, a nie tworząc harmonogramu świadczenia usług w przedziałach miesięcznych musi liczyć się z tym, że wykonawcy wkalkulują takie ryzyko w cenę usługi. W ocenie Izby Zamawiający określając gwarantowane świadczenie na poziomie 85% maksymalnej ilości tonażu wziął na siebie ryzyko zapłaty za niewykonanie przewozu do tej wysokości. Nie można zatem przenosić całego ryzyka gospodarczego na jedną ze stron umowy, a ryzyko to powinno być podzielone na obie strony kontraktu. Zakaz nadużywania pozycji dotyczy obu stron umowy.

Ponadto Izba na marginesie zauważa, że w pkt. II.3-6 załącznika nr 1 do SIWZ znajdują się roboty budowlane nie będące przedmiotem zamówienia – remonty, w tym remonty kapitalne infrastruktury bocznicy i dróg kolejowych. Wynagrodzenie z tego tytułu ma być wypłacane na podstawie protokołów odbioru prac remontowych, w których podane będą koszty wykonanych prac. W załączniku nr 1 do SIWZ brak jest opisu tej części zamówienia, z przedstawionej dokumentacji postępowania nie wynika także, że Zamawiający uwzględnił te prace przy szacowaniu wartości szacunkowej zamówienia, brak jest choćby przedmiarów robót. W przypadku realizacji zamówienia może dojść do wyboru wykonawcy świadczącego to zamówienie zaburzającego zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w świetle Komunikatu wyjaśniającego Komisji dotyczącego prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są

jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (2006/C 179/02) Dz.U.U.E.C.06.179.2., a w przypadku przekroczenia wartości szacunkowej zamówienia wynikającej z aktów wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, także do naruszenia jej przepisów.

3. w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy poprzez wprowadzenie do treści SIWZ sprzecznych, a przez to niejednoznacznych zapisów dotyczących gwarantowania przez Zamawiającego minimalnej ogólnej ilości ton przewożonych materiałów, co ma wpływ na sporządzenie oferty, oraz zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 14 ustawy w związku z art. 487 ust. 2 kc wprowadzeniu zapisu o zrzeczeniu się przez wykonawcę prawa do żądania odszkodowania z tytułu realizacji umowy w niepełnym zakresie, wprowadzeniu zapisu zobowiązującego wykonawcę do świadczenia usług w dni wolne od pracy bez prawa żądania dodatkowego wynagrodzenia za te usługi

Izba na skutek cofnięcia przez Odwołującego tych zarzutów i wniosków z nimi związanych na rozprawie nie odnosi się do nich merytorycznie.

Mając na uwadze powyższe Izba orzeka jak w sentencji.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp nakazując Zamawiającemu zwrot kosztów zastępstwa prawnego na rzecz Odwołującego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....