

Sygn. akt KIO/UZP 946/09

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Renata Tubisz
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Nadwiślański Zakład Transportu Kolejowego Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 6, 43-225 Wola** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestu z dnia 16 czerwca 2009 r.

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Nadwiślański Zakład Transportu Kolejowego Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 6, 43-225 Wola**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Nadwiślański Zakład Transportu Kolejowego Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 6, 43-225 Wola,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 000 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) przez **Nadwiślański Zakład Transportu Kolejowego Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 6, 43-225 Wola** na rzecz **Kompanii Węglowej S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Nadwiślańskiego Zakładu Transportu Kolejowego Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 6, 43-225 Wola.**

U z a s a d n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego - Kompanię Węglowa S.A. w trybie przetargu nieograniczonego, na "Obsługę bocznic kolejowych KW S.A. Oddział KWK „Piast” Ruch I w Bieruniu i Ruch II w Woli w okresie 36 miesięcy", wykonawca - Nadwiślański Zakład Transportu Kolejowego Sp. z o.o., zwany dalej protestującym lub odwołującym, złożył protest wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia publicznego (dalej także SIWZ).

Protestem objął następujące, podtrzymane następnie w odwołaniu postanowienia SIWZ (numeracja wg treści protestu):

Pkt 2

Postanowienie rozdziału X pkt 2.1) SIWZ, który nakłada na wykonawców obowiązek przedstawienia dokumentów potwierdzających, że w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (jeżeli okres działalności jest krótszy, to za ten okres) wykonali lub wykonują usługi tożsame z przedmiotem zamówienia lub odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, których łączna wartość wynosi nie mniej niż 30 000 000,00 zł brutto, z tym, iż za usługi odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia zamawiający

uważa wyłącznie utrzymanie i remonty lub budowę infrastruktury kolejowej oraz wykonywanie przewozów kolejowych rzeczy.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 oraz 29 ust. 2 ustawy Pzp, w ten sposób, iż zamawiający w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, przewidział możliwość złożenia przez wykonawców dokumentów odnoszących się wyłącznie do usług polegających na utrzymaniu i remontach lub budowie infrastruktury kolejowej oraz wykonywaniu przewozów kolejowych rzeczy w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia nie są wyłącznie wskazane usługi, ale także obsługa transportu kolejowego na bocznicach oraz udostępnianie pojazdów kolejowych, które to usługi stanowią ok. 50 % usług objętych postępowaniem.

Wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z pkt III. I SIWZ oraz pkt. I Załącznika Nr 1 do SIWZ jest "Obsługa bocznic kolejowych KW S.A. Oddział KWK "Piast" Ruch I w Bieruniu i Ruch II w Woli w okresie 36 miesięcy", a w załączniku Nr 1 zamawiający szczegółowo określił zakres usług realizowanych przez wykonawcę związanych z obsługą bocznic.

W ocenie protestującego, tak postawiony warunek oznacza, że z udziału w postępowaniu zamawiający wykluczył wykonawców, którzy świadczyli usługi polegające na obsadzie stanowisk pracy w ruchu kolejowym, dzierżawie pojazdów kolejowych, czy w zakresie przewozów kolejowych w obrębie bocznic kolejowej i prowadzenia ruchu kolejowego, nawet w sytuacji, kiedy łączna ich wartość w okresie trzech lat przekroczyła kwotę 30 000 000,00 zł brutto, przez co nie mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia, także ci wykonawcy, którzy co prawda wykonywali wszystkie rodzaje usług, określone w Załączniku nr 1 z tym jednakże, że w ramach usług łączna wartość usług polegających na utrzymywaniu i remontach lub budowy infrastruktury kolejowej oraz wykonywaniu przewozów kolejowych rzeczy nie przekroczyła 30 000 000,00 zł.

Zamawiający bezzasadnie faworyzuje wykonawców wykonujących przewozy kolejowe rzeczy, z uwagi na możliwość wzięcia przez nich udziału w postępowaniu, kiedy faktycznie tylko jednym z sześciu elementów przedmiotu zamówienia jest wykonywanie przewozów węgla i to wyłącznie pomiędzy Ruchem I a Ruchem II, bowiem wykonywanie przewozów w obrębie bocznic kolejowej Ruch II sprowadza się tylko do wykonywania prac manewrowych, na które nie jest wymagane posiadanie licencji na wykonywanie przewozów kolejowych, zgodnie z ustawą o transporcie kolejowym.

Pkt 3

Brak w rozdziale X i XI SIWZ nałożenia na wykonawców obowiązku posiadania oraz złożenia w ofercie ważnej na dzień składania oferty licencji na świadczenie usług trakcyjnych, wydanej przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego na podstawie Ustawy o transporcie kolejowym z dnia 28 marca 2003 r. (t. j. Dz. U. z 2007 r. Nr 16, poz. 94, z późn.

zm.) lub licencji na udostępnianie pojazdów trakcyjnych, zgodnie z brzmieniem art. 43 Ustawy o transporcie kolejowym, obowiązującym do dnia 10 października 2007 r.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 22 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 43 Ustawy o transporcie kolejowym.

Podał, że z treści rozdziału III lit. B Załącznika Nr 1 do SIWZ wynika, iż zakres usług realizowanych przez wykonawcę, związanych z obsługą bocznic, obejmował będzie dla bocznic Ruch I dzierżawę pojazdów kolejowych, zaś zgodnie z treścią art. 43 w związku z art. 4 pkt 9a) Ustawy o transporcie kolejowym, za usługi trakcyjne, wymagające uzyskanie licencji, uważa się działalność przedsiębiorcy polegającą na zapewnieniu pojazdu trakcyjnego wraz z obsługą do wykonania przewozu kolejowego, co niewątpliwie obejmuje swym zakresem dzierżawę pojazdów kolejowych.

Wykonawca winien zatem posiadać albo licencję na udostępnianie pojazdów trakcyjnych, zgodnie z treścią przepisu art. 43 Ustawy o transporcie kolejowym w brzmieniu obowiązującym do dnia 10 października 2007 r., albo licencję na świadczenie usług trakcyjnych.

Pkt 6

III lit. C punkt 1.1. lit. i) i j) oraz III lit. D lit. a), b) i c) Załącznika Nr 1 do SIWZ, które określają następujące obowiązki wykonawcy:

- podstawianie na wyznaczone punkty rozładunkowe wagonów z innymi materiałami oraz na punkty załadunkowe wagonów przeznaczonych pod załadunek innych materiałów, jak również zabieranie tych wagonów po zakończeniu czynności rozładunkowych lub załadunkowych i odstawianie ich na tory zdawczo - odbiorcze lub pod załadunek węgla, zgodnie z dyspozycją kopalni w czasie zgodnym z umową bocznicową,
- inne prace manewrowe związane z ruchem kopalni, w tym przeprowadzanie na polecenie zamawiającego wrywkowych kontroli ważeń załadunkowych, tarowanie wagonów, manewrowanie wagonami tarowanymi dla potrzeb legalizacji wag wagonowych, podstawiania wagonów i platform pod załadunek materiałów i przewóz na miejsce rozładunku, wystawiania ze składów pociągów wagonów niesprawnych technicznie itp.,
- kontrola szlaku kolejowego na odcinku bocznic Ruch II w Woli - podg Lędziny (Ly),
- kontrola szlaku kolejowego na odcinku Bocznic Ruch II w Woli - St. PKP Oświęcim (OWB),
- sprawdzanie stanu torów szlakowych i przyległej infrastruktury p/w bezpieczeństwa prowadzenia ruchu na przedmiotowych odcinkach torów.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w ten sposób, iż prace określone w tych punktach nie są określone co do ich zakresu

oraz wielkości, a nadto prace te nie są wskazane w załączniku Nr 2 do SIWZ, stanowiącym wzór Formularza Ofertowego.

W ocenie protestującego, powoduje to niemożliwość prawidłowej wyceny tych prac, oszacowania kosztów związanych z tymi pracami oraz zamieszczenia ich w ofercie.

Podniósł, że przedmiot zamówienia powinien być zaś tak opisany, by umożliwił wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, bez narażania się na ewentualne straty.

Pkt 7

III lit. E pkt 1 i 3 Załącznika Nr 1 do SIWZ określają następujące obowiązki wykonawcy:

- obsługę, bieżące utrzymanie i remonty bieżące zapewniające wymaganą sprawność techniczną i bezpieczeństwo prowadzenia ruchu w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym,
- w zakresie utrzymania infrastruktury torowej: konserwację i remonty bieżące infrastruktury kolejowej zapewniające wymaganą sprawność techniczną i bezpieczeństwo prowadzenia ruchu,

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 29 Pzp, ponieważ punkty te nie opisują przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a mianowicie:

1. na podstawie dokumentacji wymienionej w SIWZ, wykonawca nie jest w stanie określić ilości kabli i osprzętu kablowego, ilości przekaźników wymagających obsługi technicznej (legalizacji),
2. bocznicą KWK „Piast” Ruch II nie posiada urządzeń rogatkowych i samoczynnej sygnalizacji przejazdowej,
3. w wykazie rzeczowym bieżących remontów dróg kolejowych nie przewidziano całego zakresu robót określonych w obowiązującej "Instrukcji o zasadach utrzymania nawierzchni kolejowej, podtorza oraz kolejowych obiektów inżynierskich na bocznicach kolejowych Kompani Węglowej S.A. Oddział KWK „Piast” Ruch I w Bieruniu i Ruch II w Woli" z 2006r.

natomiast zapis znajdujący się w IV lit. A pkt 5 ppkt 1 Załącznika Nr 1 do SIWZ, iż należności wynikające z wykonywania usług konserwacji, diagnostyki infrastruktury bocznicy oraz innych usług towarzyszących należy uwzględnić w cenach jednostkowych usług przewozowych, w rzeczywistości z uwagi na okoliczność, iż jest to bardzo duży zakres robót, mogący stanowić nawet od kilku do kilkunastu procent wartości usług przewozowych, uniemożliwia wykonawcom dokonanie prawidłowej wyceny tych prac.

Podniósł, że przedmiot zamówienia powinien być zaś tak opisany, by umożliwił wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, bez narażania się na ewentualne straty.

Pkt 8

Brak postanowień w SIWZ, w szczególności brak w rozdziale III lit. B pkt 3 albo IV lit. B pkt 2 Załącznika Nr 1 do SIWZ nałożenia na zamawiającego albo na wykonawcę, w ramach obowiązków związanych z dzierżawą pojazdów kolejowych na bocznicy Ruch I, obowiązku wykonywania przeglądów okresowych pojazdów kolejowych.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 140 ust. 3 ustawy Pzp oraz przepisów Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. Nr 212, poz. 1771, z późn. zm.) w ten sposób, iż pomimo obowiązku wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia, brak jest określenia, na kim będzie spoczywać obowiązek dokonywania przeglądów okresowych, zgodnie z posiadaną na podstawie przepisów rozporządzenia dokumentacją, związaną z procesem utrzymania pojazdów kolejowych. Obowiązek ten wynika z treści § 13 ust. 1 pkt 2) lit. a) przytoczonego wyżej Rozporządzenia, który stanowi, iż dokumentacja systemu utrzymania, która jest częścią dokumentacji związanej z procesem utrzymania pojazdów kolejowych, powinna zawierać dokumenty niezbędne do zarządzania utrzymaniem i utrzymania pojazdu kolejowego, w tym dokumentację zawierającą opisy czynności przeglądowych i naprawczych, instrukcje demontażu lub montażu.

Wyjaśnił, że każdy z wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne, obejmujące także dzierżawę pojazdów kolejowych przez zamawiającego, jest zobowiązany do posiadania dokumentacji systemu utrzymania, określającą obowiązek wykonywania przeglądów okresowych. Oddanie przez wykonawcę zamawiającemu w dzierżawę pojazdów kolejowych, w ramach zawartej umowy, wiąże się z koniecznością określenia w tej umowie, na kim będzie ciążył obowiązek wykonywania obowiązków przeglądów okresowych. Niemożliwym jest jednak zastrzeżenie wykonywania tych czynności dla jednej ze stron w umowie w sytuacji, kiedy SIWZ w tym zakresie nie zawiera żadnych postanowień, co jest sprzeczne z obowiązkiem zamawiającego określenia przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny oraz wyczerpujący, zaś umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ.

Pkt 10

Postanowienie rozdziału IV lit. A punkt 4 ppkt 3) w związku z V pkt 7 Załącznika Nr 1 do SIWZ, które stanowi, iż wykonawcy nie przysługują należności z tytułu pozostawiania wagonów w dyspozycji zamawiającego.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 5, art. 353¹ oraz art. 487 kc. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez skonstruowanie tych zapisów w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, dobrymi obyczajami oraz słusznymi interesami wykonawcy, a także z zasadami równości stron umowy wzajemnej, bowiem powyższe zapisy

przewidują obowiązek ponoszenia przez wykonawcę kosztów w razie zaistnienia przetrzymywania wagonów na bocznicach z udowodnionej winy wykonawcy, natomiast w sytuacji odwrotnej, to jest w przypadku pozostawiania wagonów w dyspozycji zamawiającego, niezależnie od okoliczności, w tym także z winy zamawiającego oraz długości tego okresu, wykonawcy nie przysługują żadne należności.

Pkt 13

Postanowienie IV lit. B pkt 3 ppkt 14), a także przy uwzględnieniu rozdziału VI pkt 1 Załącznika Nr 1 do SIWZ, które zawiera oświadczenie zamawiającego, że minimalna, gwarantowana ogólna ilość ton nie będzie mniejsza niż 70 % maksymalnej ilości deklarowanej w przywołanym załączniku, w okresie trwania umowy.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 29 ustawy Pzp w ten sposób, iż nie określa przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny i jednoznaczny, a także art. 5, art. 353¹ kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp, poprzez skonstruowanie tych zapisów w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, dobrymi obyczajami oraz słusznymi interesami wykonawcy.

Zamawiający we wskazanym postanowieniu oświadczył, że minimalna gwarantowana, ogólna ilość ton nie będzie mniejsza niż 70 % maksymalnej ilości deklarowanej, a sprecyzowanej w Tabeli Nr 1 w III Lit. E Załącznika Nr 1 do SIWZ.

Protestujący podniósł, iż „brakujące 30 %”, nawet przy założeniu trwania umowy przez pełne 36 miesięcy, może stanowić kwotę kilkunastu milionów złotych, co wyklucza prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, bez narażania się na ewentualne straty.

Nadto wskazał, że oświadczenie zamawiającego, iż minimalna gwarantowana ilość ton nie będzie mniejsza niż 70 % maksymalnej ilości dotyczy okresu trwania umowy z tym, iż zamawiający w VI pkt 1 Załącznika Nr 1 do SIWZ, dopuścił możliwość zmian postanowień umowy w okresie jej obowiązywania, za trzymiesięcznym okresem wypowiedzenia w tym przede wszystkim zmian zakresu rzeczowego świadczonych usług przewozowych, tj. ilości ton mas przeznaczonych do przewozów, a także zmiany terminu realizacji części przedmiotu umowy, co powoduje, iż faktyczne zmniejszenie ilości ton mas przeznaczonych do przewozu, wskutek wypowiedzenia przez zamawiającego postanowień umowy, może się zmniejszyć poniżej gwarantowanych 70 % maksymalnej ilości ton, nadto zmniejszyć o ilość, którą nie można, nawet w przybliżony sposób oszacować.

Zwrócił także uwagę, na możliwość wypowiedzenia przez zamawiającego postanowień umowy także co do zmiany terminu realizacji, poprzez skrócenie czasu trwania umowy z 36 miesięcy do np. 8 miesięcy, skutkiem czego może nie być zmniejszenie ilości do deklarowanego przez zamawiającego poziomu co najmniej 70 % maksymalnej ilości deklarowanej, ale w rzeczywistości zmniejszenie do poziomu kilku lub kilkunastu % ilości ton deklarowanych do przewozu.

Podał, że postanowienia SIWZ nie zawierają w ogóle zapisów mówiących o konsekwencjach nie dotrzymania przez zamawiającego deklarowanej minimalnej ilości 70 % maksymalnej ilości. Punkt 7 Załącznika Nr 7 do SIWZ w postaci "Istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy", zawierający kary umowne, w ogóle nie przewiduje jakiegokolwiek odpowiedzialności zamawiającego z tytułu braku zlecenia wykonawcy do przewozu mas w ilości mniejszej od gwarantowanej przez zamawiającego, w rezultacie czego zamawiający w żaden sposób nie gwarantuje minimalnej gwarantowanej ogólnej ilości ton do przewozu.

Pkt 14

Postanowienie rozdziału V pkt 2.4 Załącznika Nr 1 do SIWZ, które określa możliwość rozwiązania umowy najmu mienia zamawiającego, określonego w V pkt 1.1 Załącznika Nr 1 do SIWZ z trzymiesięcznym okresem wypowiedzenia.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 142 ust. 1 ustawy Pzp w ten sposób, iż umożliwił zamawiającemu rozwiązanie umowy najmu z trzymiesięcznym okresem wypowiedzenia w sytuacji, gdy zamówienie udzielane jest na okres 36 miesięcy, zaś przedmiotem najmu, zgodnie z treścią V pkt 1.1. są urządzenia oraz budowle całkowicie niezbędne do prawidłowego wykonywania usług objętych przedmiotem zamówienia w postaci nastawni CZ, nastawni CZ2 oraz lokomotywowni.

Wyjaśnił, że możliwość rozwiązania przez zamawiającego umów najmu na wymienione mienie wyklucza możliwość wykonywania przez wykonawcę usług objętych zawartą umową oraz wypacza zasadność oraz sens udzielania zamówienia na okres 36 miesięcy.

Pkt 17

Postanowienie rozdziału XVIII ppkt I SIWZ oraz pkt 2 ppkt 6 Załącznika Nr 9 do SIWZ (Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy), które określa termin płatności faktur na 60 dni od daty dostarczenia faktury do zamawiającego.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 9 w zw. z art. 5, art. 6 i art. 7 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych z dnia 13 czerwca 2003 r. (Dz. U. Nr 139 poz. 1323, z późn. zm.) oraz art. 7 ustawy Pzp, poprzez faktyczne zwiększenie ceny zamówienia o należne z tego tytułu odsetki.

Wyjaśnił, że odsetki te zwiększają cenę zamówienia automatycznie, ponieważ zgodnie z art. 9 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych nieważne są czynności prawne wyłączające lub ograniczające uprawnienia wierzyciela lub obowiązki dłużnika wynikające z art. 5 i 6 ustawy. Podał, że art. 5 i art. 6 w/w ustawy wskazuje, że jeżeli zapłata za wykonaną usługę nie może zostać dokonana w terminie 30 dni od daty wykonania usługi i doręczenia przez wykonawcę faktury VAT, zamawiający, niezależnie od długości terminu płatności przewidzianego w umowie, zobowiązany będzie zapłacić na rzecz

wykonawcy odsetki ustawowe za okres od 31 dnia do dnia oznaczonego w umowie jako termin zapłaty oraz odsetki podatkowe za okres od następnego dnia po dniu oznaczonym w umowie jako termin zapłaty do dnia zapłaty (według stawki ustalonej przez Ministra Finansów na podstawie art. 56 Ordynacji podatkowej).

Protestujący wskazał, że w myśl art. 9 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, obowiązku zapłaty odsetek nie można wyłączyć lub ograniczyć w drodze czynności prawnej. Ustalenie w umowie terminu płatności przekraczającego 30 dni i późniejsze przestrzeganie tego terminu wywoła zatem po stronie wybranego oferenta uprawnienia do obciążenia zamawiającego odsetkami za okres od 31 dnia do dnia zapłaty.

Przywołał cel tej ustawy, tj. "skrócenie faktycznie występujących w transakcjach handlowych terminów zapłaty" (Druk 1511, Rządowy projekt ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych wraz z uzasadnieniem, str. 1, publikacja na stronie internetowej www.sejm.gov.pl), a także fakt, że ustawa ta miała na celu dostosowanie polskiego prawa do wymogów Dyrektywy 2000/35/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 czerwca 2000r. w sprawie zwalczania opóźnionych płatności w transakcjach handlowych.

Powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21 lutego 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-278/05 (odsetki te zwiększają cenę zamówienia automatycznie, ponieważ zgodnie z art. 9 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych nieważne są czynności prawne wyłączające lub ograniczające uprawnienia wierzyciela lub obowiązki dłużnika wynikające z art. 5 i 6 ustawy) oraz na wyroki o sygn. akt: UZP/ZO/0-924/04, UZP/ZO/0-278/05, UZP/ZO/0-2985/05.

W ocenie protestującego fakt narzucenia wykonawcy tak dalece odroczonego w czasie terminu płatności jest naruszeniem przepisów Kodeksu cywilnego. Przedstawione warunki umowy naruszają zasady współzycia społecznego (art. 5 kc).

Pkt 18

Postanowienie pkt 13 ppkt 2 Załącznika Nr 9 do SIWZ (Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy), które zabrania wykonawcy, pod rygorem odstąpienia przez zamawiającego od umowy, zatrudniania w jakiegokolwiek formie pracowników zamawiającego do wykonywania czynności związanych z realizacją umowy.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 i 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 5, art. 353¹ i 487 kc w zw. z art. 14 Pzp, poprzez skonstruowanie tych zapisów w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji, zasadami współzycia społecznego, dobrymi obyczajami oraz słusznymi interesami wykonawcy, przy braku zachowania ekwiwalentności obowiązków stron w umowie.

Ocenił, że zapis o zakazie zatrudniania w jakiegokolwiek formie przez wykonawców pracowników zamawiającego do wykonywania czynności związanych z realizacją umowy jest w swoim zamiarze słuszny, gdyż prowadzi do zakazu zatrudniania pracowników

zamawiającego w celu uzupełnienia brakujących etatów w obłożeniu stanowisk pracy zgodnie z wymogami specyfikacji, jednak wskazał, że SIWZ nie wprowadza elementu wzajemności stron umowy to jest nie zabrania zamawiającemu zatrudniania pracowników wykonawcy do wykonywania czynności związanych z realizacją umowy.

Podał, że w warunkach wymaganych od wykonawców (X pkt 2 ppkt 2) określone są wymagane minimalne łączne ilości dla Ruchu I i Ruchu II, osób dla obsady poszczególnych stanowisk, zaś Załącznik do SIWZ obejmuje "Wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował Wykonawca w celu wykonania zamówienia", precyzujący imiennie osoby, które posiadają kwalifikacje zgodne z przepisami Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 16 sierpnia 2004 r. w sprawie wykazu stanowisk bezpośrednio związanych z prowadzeniem i bezpieczeństwem ruchu kolejowego i warunków, jakie powinni spełniać osoby zatrudnione na tych stanowiskach oraz prowadzący pojazdy kolejowe (Dz.U. Nr 212, poz. 2152 z późn. zm.).

Zdaniem protestującego, brak zapisu o zakazie zatrudniania pracowników wykonawcy przez zamawiającego może w konsekwencji doprowadzić, iż w sytuacji, kiedy wskutek faktycznego zatrudniania przez zamawiającego pracowników wykonawcy, ilość pracowników wykonawcy posiadającym odpowiednie, zgodne z wymogami specyfikacji oraz powyższego Rozporządzenia uprawnienia oraz kwalifikacje, zmniejszy się tak dalece, iż zakłóci lub nawet uniemożliwi prawidłowe wykonywanie obsługi bocznic w ramach umowy zawartej w ramach niniejszego postępowania, co naraża wykonawcę na odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu nienależytego wykonywania umowy.

Pkt 19

Postanowienia rozdziału VI Załącznika Nr 1 do SIWZ w postaci "Szczegółowego zakresu zamówienia" oraz pkt 13 ppkt 6, 7, 8 i 17 Załącznika Nr 9 do SIWZ w postaci "Istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy", które określają warunki wprowadzania zmian postanowień umowy.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 140, 142 ust. 1 oraz 144 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie zapisów specyfikacji w zakresie dopuszczalności wprowadzania zmian do treści zawartej umowy w wyniku udzielenia zamówienia publicznego, w taki sposób, iż na pozór wydają się one zgodne z art. 144 Pzp, natomiast w rzeczywistości zmierzają do obejścia przepisów art. 140 i art. 142 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazał, że zasadą wyrażoną w treści art. 142 ust. 1 ustawy Pzp, jest, że w sprawach zamówień publicznych zawiera się umowy na czas oznaczony. Wnioskując a contrario, wynika stąd zakaz zawierania umów na czas nieoznaczony, czyli umów bezterminowych, albo zawierających możliwość rozwiązania umowy przed upływem czasu na jaki została zawarta. Natomiast po myśli art. 140 Pzp, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z zawartej umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, zaś

złożona przez niego oferta musi być zgodna z warunkami udzielania zamówienia określonymi w SIWZ. Innymi słowy przez zakres świadczenia należy rozumieć jego rozmiar.

Wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu rozmiar świadczenia jest związany z przedmiotem świadczenia - im większa ilość wykonywanych robót remontowych na rzecz zamawiającego, większa liczba przewozów, większa liczba przewiezionych ton mas, tym większy jest rozmiar świadczenia oraz, że wyznacznikiem rozmiaru świadczenia jest także czas wykonywania usług przez wykonawcę z uwagi na fakt, iż będą to usługi o charakterze ciągłym. Usługi świadczone przez wykonawcę polegać bowiem mają na określonym z góry, stałym zachowaniu się wykonawcy przez cały czas trwania stosunku prawnego. Im dłużej zatem trwa taki stosunek, tym większy jest rozmiar świadczenia. Zgodnie z określonym przez zamawiającego przedmiotem zamówienia oraz warunkami jego udzielania, umowa zostanie zawarta na czas oznaczony 36 miesięcy.

Pozornej zgodności z przepisami ustawy Pzp przeczy rozdział VI Załącznika Nr 1 do SIWZ oraz pkt 13 ppkt 6, 7, 8 i 17 (powinien być 9) Załącznika Nr 9 do SIWZ, które pozwalają za zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia, wprowadzić do treści zawartych umów przez zamawiającego, zapisy polegające na:

1. zmianie terminu realizacji części przedmiotu umowy,
2. zmianie zakresu rzeczowego świadczonych usług przewozowych tj. ilości ton mas przeznaczonych do przewozów i w związku z tym zmian zakresu innych usług towarzyszących,
3. zmianie miejsca świadczenia usług w zakresie wykonywania remontów bieżących infrastruktury kolejowej.

Zastrzeżone przez zamawiającego możliwości zmiany treści zawartej umowy, w istocie mogą prowadzić, do jednostronnego, dokonanego w drodze złożenia oświadczenia woli samego zamawiającego, skrócenia czasu trwania zawartej umowy z 36 miesięcy do np. czterech miesięcy. Także wskutek wypowiedzenia zakresu rzeczowego świadczonych usług przewozowych, zmianie może ulec ilość ton mas przeznaczonych do przewozu z liczby 4.800.000 ton, przewidzianych w SIWZ jako maksymalna liczba ton węgla do przewiezienia pomiędzy bocznicami na Ruchu I i na Ruchu II, do bliżej nie określonego poziomu, albowiem zamawiający nie określił pułapu minimalnego, poniżej którego nie jest dopuszczalna modyfikacja treści zawartej umowy.

W pierwszym przypadku dochodzi do niedopuszczalnego obejścia przepisu art. 142 ust.1 ustawy Pzp o obowiązku zawarcia umowy na czas określony, w drugim do obejścia art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, który zakazuje dokonywania zmiany zakresu świadczenia wykonawcy, w stosunku do jego zobowiązania zawartego w ofercie.

Zapisy zawarte we wskazanych postanowieniach SIWZ nie znajdują także uzasadnienia. Po pierwsze, zamawiający nie może uzasadniać konieczności wprowadzenia

powyższych zmian tym, iż nie można było ich przewidzieć, zarówno w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty, jak i w chwili zawarcia umowy, ponieważ przytoczone w specyfikacji przyczyny, które mają uzasadniać możliwość wprowadzenia zmian do treści zawartych umów, zarówno co do czasu jej trwania, jak i jej zakresu rzeczowego, w postaci rozpoczęcia inwestycji budowy elektrowni na obszarze byłej Kopalni Cieczot obecnie KWK „Piast” Ruch II w Woli obejmujące:

- przekazanie przez zamawiającego gruntów, budynków, budowli lub przekazanie praw majątkowych do rozporządzania infrastrukturą, które są bezpośrednio związane z realizacją umowy,
- wstrzymanie produkcji (ruchu) Zakładu przeróbki mechanicznej Piast Ruch II spowodowane zawartymi w przyszłości porozumieniami lub umowami związanymi z realizacją inwestycji, o której mowa w pkt. 1 lub umowami handlowymi z odbiorcami węgla

dają się przewidzieć w przyszłości i są w pełni zależne od zamawiającego. Wyjaśnił, że zamawiający nie tylko jest właścicielem lub użytkownikiem wieczystym gruntów, budowli, które mogą być przez niego przekazane w celu realizacji inwestycji budowy elektrowni, ale także jest współnikiem spółki, która ma rozpocząć oraz realizować tę inwestycję.

Podniósł, że wydaje się, iż zamawiający narusza także zapis o niedopuszczalności zmiany sposobu spełnienia świadczenia przez wykonawcę, jeżeli zobowiązania wykonawcy zawarte w ofercie były oceniane w toku zamówienia. Jedynym kryterium oceny ofert złożonych przez wykonawców w ramach niniejszego postępowania jest cena. Natomiast łączna cena ma stanowić ekwiwalentne wynagrodzenie za świadczone przez wykonawcę usługi. Zakres usług, a tym samym, ich cena, nie mogą być inaczej kalkulowane przez wykonawcę, jak tylko na podstawie zakresu rzeczowego zamówienia oraz czasu trwania zawartej umowy. W związku z czym cena, która stanowi jedyne kryterium oceny ofert przez zamawiającego, jest w rzeczywistości pochodną zakresu rzeczowego oraz zakresu czasowego, które zamawiający chce jednostronnie zmieniać w czasie obowiązywania umowy.

Protestujący wniósł o:

1. uchylenie zaskarżonych postanowień SIWZ lub ich modyfikację tak, aby odpowiadały wymogom regulacji zawartej w Przepisach prawa zamówień publicznych,

względnie o:

2. unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli modyfikacja specyfikacji nie pozwala na usunięcie jej sprzeczności z przepisami Prawa zamówień publicznych.

Protestujący wskazał, że posiada oczywisty interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, który to interes został przez zamawiającego naruszony, poprzez wadliwe postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający protest częściowo uwzględnił, częściowo oddalił.

W zakresie podtrzymanych następnie przez protestującego w odwołaniu zarzutów zamawiający wskazał:

odnośnie pkt 3 protestu

Zamawiający zapowiedział, że dokona modyfikacji rozdziału X i XI ust. 11 SIWZ zgodnie z poniższym brzmieniem:

„O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki:

1. posiadają uprawnienia do wykonania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, tj. posiadają:

(...)

aktualną (ważną) na dzień składania ofert "licencję", o której mowa w rozdziale Nr 8 Ustawy o Transporcie kolejowym z dnia 28.03.2003 r. (Dz.U. z 2007 r. nr 16 poz. 94 z późn. zmianami), wydaną przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego."

„Zgodnie z wymaganiami pkt. X.1 oryginał lub kopia poświadczona przez Wykonawcę za zgodność z oryginałem dokumentów:

(...)

aktualnej (ważnej) na dzień składania ofert licencji, o której mowa w rozdziale Nr 8 Ustawy o Transporcie kolejowym z dnia 28.03.2003r. (Dz. U. z 2007 r. nr 16 poz. 94 z późn. zmianami), wydaną przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego."

odnośnie pkt 2 protestu

Zamawiający stwierdził, że oczywistym jest, że przez usługi tożsame z przedmiotem zamówienia należy rozumieć wprost usługi obsługi bocznic kolejowych lub/i usługi wskazane w Załączniku nr 1 w pkt I lit. A, B, C, D, E, F dlatego też nie ma potrzeby ponownego, odrębnego definiowania tych usług jako usług odpowiadające przedmiotowi zamówienia.

Zwrócił uwagę, że przedmiotowa obsługa bocznic jest kompilacją różnego rodzaju usług, czynności i robót związanych z funkcjonowaniem transportu kolejowego na bocznicach kolejowych kopalń węgla kamiennego z jednoczesnym uwzględnieniem indywidualności rozwiązań technicznych oraz technologicznych związanych z procesami produkcji, załadunku i ekspedycji produkowanego węgla i powstających przy tym odpadów wydobywczych. Kwestionowany zapis, w ocenie zamawiającego de facto nie ogranicza a rozszerza krąg wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego, warunkując to potwierdzeniem jednoczesności wykonywania kolejowych usług transportowych i utrzymaniowych infrastruktury kolejowej.

odnośnie pkt 6 protestu

Zamawiający zapowiedział, że dokona modyfikacji rozdziału III lit. C pkt 1.1 lit. i) i lit. j) oraz III D lit. a), b) i c) Załącznika nr 1 do SIWZ zgodnie z poniższym brzmieniem:

„1. Prace manewrowe ogólna charakterystyka usług.

1.1 wykonywanie prac manewrowych wagonami próżnymi, ładownymi węglem i innymi materiałami na terenie bocznicy kolejowej Oddział KWK „Piast” Ruch II obejmujących:

(...)

i) podstawianie na wyznaczone punkty rozładunkowe wagonów z innymi materiałami oraz na punkty załadunkowe wagonów przeznaczonych pod załadunek innych materiałów, jak również zabieranie tych wagonów po zakończeniu czynności rozładunkowych lub załadunkowych i odstawianie ich na tory zdawczo-odbiorcze lub pod załadunek węgla, zgodnie z dyspozycją kopalni w czasie zgodnym z umową bocznicową-usługi te będą zamawiane odrębnie i rozliczane w oparciu o cenę jednostkową pracy lokomotywy wraz obsługą i drużyną manewrową (PLN1 godz.),

j) inne prace manewrowe związane z ruchem kopalni, w tym przeprowadzanie na polecenie Zamawiającego wyrywkowych kontrolnych ważeń wagonów załadowanych, tarowanie wagonów, manewrowanie wagonami tarowanymi dla potrzeb legalizacji wag wagonowych, podstawianie wagonów i platform pod załadunek materiałów i przewóz na miejsce rozładunku -usługi te będą zamawiane odrębnie i rozliczane w oparciu o cenę jednostkową pracy lokomotywy wraz obsługą i drużyną manewrową (PLN/1 godz.)”

oraz

"D. usługi w zakresie prowadzenia ruchu kolejowego:

1. Obsada posterunków ruchu w dni robocze jak również wolne od pracy. Wymagane 2 osoby:
 - a) 1 - dyżurny ruchu - obsada posterunku Cz,
 - b) 1 - nastawniczy - obsada posterunku Cz 2.
2. Kontrola przejezdności torów szlakowych w dni wolne od pracy na zm. C, polegająca na przejeździe lokomotywą:
 - a) szlaku kolejowego na odcinku bocznica Ruch II w Woli - p.b. Górki Ścierne - podg. Lędziny (Ly),
 - b) szlaku kolejowego na odcinku Bocznica Ruch II w Woli -St. PKP Oświęcim (OWB), Usługa będzie zamawiana odrębnie przez Zamawiającego. Wykonywanie tych usług będzie rozliczane w oparciu o cenę jednostkową pracy pracowników obsługujących posterunki ruchu oraz cenę jednostkową pracy lokomotywy wraz obsługą w dzień wolny od pracy."

odnośnie pkt 7 protestu

Zamawiający oddalił protest w związku z ppkt 3) w zakresie postanowień SIWZ dotyczących wykonywania w okresie realizacji zamówienia utrzymania infrastruktury torowej: konserwację i remonty bieżące infrastruktury kolejowej zapewniające wymaganą sprawność techniczną i bezpieczeństwo prowadzenia ruchu w związku z zarzutem, że w wykazie rzeczowym remontów dróg kolejowych nie przewidziano całego zakresu robót określonych w obowiązującej "instrukcji o zasadach utrzymania nawierzchni kolejowej, podtorza oraz kolejowych obiektów inżynierskich na bocznicach kolejowych KW S.A. Oddział KWK „Piast” Ruch I w Bieruniu i Ruch II w Woli z 2006 r.”;

Zapowiedział dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ, poprzez nadanie im brzmienia:
III lit. E Załącznika nr 1 do SIWZ

"E. Usługi w zakresie konserwacji i remontów bieżących infrastruktury bocznicy Ruch II.

1. Obsługę, diagnostykę, bieżące utrzymanie niezbędne dla zapewnienia wymaganej sprawności technicznej i bezpieczeństwa prowadzenia ruchu w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym tj.:

- a. latarni zwrotnicowych, wykolejnicowych i wskaźników,
- b. mechanicznych i elektrycznych napędów zwrotnicowych i wykolejnicowych,
- c. zamków zwrotnicowych, trzpieniowych i wykolejnicowych,
- d. sygnalizatorów, tarcz ostrzegawczych i manewrowych,
- e. blokady stacyjnej,
- f. kabli i osprzętu kablowego,
- g. baterii akumulatorów, tablic rozdzielczych i kontrolnych,
- h. urządzeń przekaźnikowych,
- i. okresowe sprawdzanie urządzeń srk,

2. Bieżąca diagnostyka kolejowych budowli inżynierskich.

3. W zakresie utrzymania infrastruktury torowej: diagnostykę, konserwację i remonty bieżące utrzymanie infrastruktury kolejowej niezbędne dla zapewnienia wymaganej sprawności technicznej i bezpieczeństwa prowadzenia ruchu tj.:

- a) wykonywanie w sposób ciągły robót konserwacyjnych,
- b) wykonywanie remontów bieżących,

UWAGA: konserwacja obejmuje również: niszczenie i usuwanie roślinności, karczowanie krzewów oraz czyszczenie z usypów węgla i odpadów wydobywczych torów, międzytorzy, rozjazdów, pomostów wagowych, odwodnień i przepustów, niezbędne dla bezpiecznego prowadzenia ruchu kolejowego.

Podstawą określenia zakresu rzeczowego i ilościowego remontów będą "protokoły kontroli stanu technicznego" kolejowych obiektów budowlanych bocznicy, wykonanych na podstawie przepisów art. 62 Ustawy prawo budowlane z dnia 07.07.1994 r. (Dz.U. z 2006 r. nr 156 poz.

1118 z późn. zmianami) przez podmioty posiadające wymagane przepisami uprawnienia. Zakres niezbędnych do wykonania prac remontowych będzie corocznie uzgadniany przez wyznaczonych w umowie przedstawicieli Wykonawcy i Zamawiającego do wysokości poniżej wymienionego limitu rzeczowego z uwzględnieniem wniosków zawartych w protokołach kontroli stanu technicznego bocznic w terminie 14 dni od daty przekazania kopii protokołu kontroli obiektów bocznic Wykonawcy. Remonty bieżące nawierzchni dróg kolejowych Wykonawca przeprowadzał będzie rocznie w ilości:

- wymiana (pojedyncza) 1500 szt. podkładów drewnianych typ II/B w okresie 1 roku,
- wymiana (pojedyncza) 300 mb podrozdnic drewnianych typ I/B w okresie 1 roku,
- wymiana (pojedyncza) 300 mb mostownic w okresie 1 roku,
- wymiana (pojedyncza) 90 mb szyn kolejowych typ S-49 w okresie 1 roku,
- wymiana 1 szt. rozjazdu zwyczajnego pojedynczego typ S-49-190-1:9 ssd w okresie 1 roku, (w zakresie kompletu tj. wymiany nawierzchni stalowej, podrozdnic, podsypki),

4. Bieżące utrzymanie systemu przewodowej łączności zapowiadawczej (linie telekomunikacyjne, centrale telefoniczne) będących na wyposażeniu posterunków ruchu i służących do prowadzenia ruchu kolejowego,

5. Utrzymanie oraz remonty przejść i nawierzchni drogowej przejazdów kolejowych, właściwe ich oznakowanie oraz oznakowanie miejsc o ograniczonej skrajni,

6. Bieżące aktualizowanie regulaminu pracy bocznic kolejowej, prowadzenie niezbędnej dokumentacji wymaganej odpowiednimi przepisami,

7. Przed przystąpieniem do wykonywania uzgodnionego zakresu prac remontowych Wykonawca przedstawi każdorazowo kosztorys obejmujący przedmiotowe prace celem jego akceptacji i zatwierdzenia przez Zamawiającego,

8. Wszelkie wykonane roboty remontowe odbierane będą z udziałem przedstawicieli obydwu stron protokołami odbioru prac remontowych. Wykonawca zobowiązany jest do rozliczenia się ze zużytych materiałów Zamawiającego.

9. Wykonawca jako wytwórca materiałów odpadowych będzie zobowiązany do ich zagospodarowania lub utylizacji, z wyjątkiem złomu stalowego, który będzie zdawany Zamawiającemu.

10. Wykonawca będzie odpowiadał materialnie za szkody powstałe z jego winy wobec Zamawiającego oraz wobec osób trzecich z tytułu realizacji usług objętych umową zawartą na podstawie postępowania o udzielenie zamówienia.

11. Usuwanie ewentualnych szkód w infrastrukturze kolejowej bocznic, spowodowanych eksploatacją górnictwem nie wchodzi w zakres zadania.

12. Wykonawca będzie miał obowiązek składowania zakwalifikowanych materiałów starych - użytecznych po wykonanych remontach w miejscu wskazanym przez Zamawiającego."

Zamawiający oddalił zarzut protestującego, że zamawiający nie przewidział całego zakresu robót określonych w obowiązującej "instrukcji o zasadach utrzymania nawierzchni kolejowej, podtorza oraz kolejowych obiektów inżynierskich na bocznicach kolejowych Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK .Piast" Ruch I w Bieruniu i Ruch II w Woli" w związku z zapisem SIWZ w pkt IV lit. A pkt 3 ppkt 3 o treści "Bieżące utrzymanie oraz remonty bieżące torów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym bocznicy Ruch II prowadzone będą zgodnie z przepisami wewnętrznymi Zamawiającego". Wyjaśnił, że przepisami wewnętrznymi w zakresie prawidłowego utrzymania infrastruktury bocznic są:

1. PCD-1 INSTRUKCJA o zasadach utrzymania nawierzchni kolejowej, podtorza oraz kolejowych obiektów inżynierskich na bocznicach kolejowych Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK "PIAST" Ruch I w Bieruniu i Ruch II w Woli;
2. PCD-6 INSTRUKCJA o oględzinach, badaniach technicznych i utrzymaniu rozjazdów na bocznicach kolejowych Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK "PIAST" Ruch I w Bieruniu i Ruch II w Woli;
3. PCE-2 Instrukcja o zasadach konserwacji, przeglądach i diagnostyce urządzeń sterowania ruchem kolejowym na bocznicy kolejowej Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK "PIAST" w Bieruniu;
4. PCE-25 INSTRUKCJA o zasadach budowy, utrzymania i eksploatacji urządzeń łączności przewodowej i bezprzewodowej obowiązująca na bocznicach kolejowych Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK "PIAST" Ruch I w Bieruniu i Ruch II w Woli.

Zapowiedział, że dokumenty te zostaną opublikowane na stronie internetowej zamawiającego w profilu nabywcy po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu.

Zapowiedział dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ, poprzez nadanie im brzmienia:

IV lit. A pkt 5 ppkt 1)

„1) Należności wynikające z wykonywania usług diagnostyki konserwacji, bieżącego utrzymania infrastruktury bocznicy oraz innych usług towarzyszących (z wyjątkiem usług ujętych w tabeli formularza ofertowego dla bocznicy Ruch II w pozycjach: 14, 15, 16, 17 i 18) rozliczane będą w oparciu o ryczałtową cenę miesięczną (poz. 19 cennika),”

Zapowiedział także modyfikację załącznika nr 2 do SIWZ, poprzez dodanie pozycji nr 19 w tabeli formularza ofertowego pt. "Diagnostyka, konserwacja i bieżące utrzymanie infrastruktury kolejowej", zawierającej następujące opisy kolumn:

„19”, „Diagnostyka, konserwacja i bieżące utrzymanie infrastruktury kolejowej”, „36 [m-c]”, „liczbowo”, „..... [PLN / 1 m – c]” „kolumna pusta”, „22”, „kolumna pusta”.

odnośnie pkt 8 protestu

Zamawiający zapowiedział dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ, polegającej na wskazaniu, że zobowiązaniem do wykonywania przeglądów okresowych dzierżawionych

pojazdów kolejowych będzie wykonawca oraz wprowadzając związane z tym doprecyzowania postanowień rozdziału X pkt 2 ppkt 3, rozdziału III lit. B Załącznika nr 1, rozdziału IV lit. B Załącznika nr 1, Załączniku nr 2 - Formularzu ofertowym oraz Załączniku nr 5 do SIWZ – Wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia maszyn i urządzeń, jakimi dysponuje klub będzie dysponował wykonawca.

odnośnie pkt 10 protestu

Zamawiający wskazał, że wykonawca winien skalkulować, a następnie zawrzeć w ofercie cenę uwzględniającą wszystkie koszty poniesione w celu należytego wykonania zamówienia. Zamawiający zamieścił postanowienie IV lit. A, pkt 4 ust. 3) w załączniku nr 1 do SIWZ, które ma charakter informujący, że w ramach postępowania nie będą zawierane dodatkowe umowy lub nie będą stosowane inne ewentualnie zawarte już umowy

Wyjaśnił, że sytuacja ta wynika z tego, że zamawiający w przypadku realizacji przewozów węgla między bocznicami Ruch I i Ruch II jest nadawcą i jednocześnie odbiorcą przewożonej przesyłki i będzie ponosił wobec wykonawcy wszystkie koszty związane z realizacją przewozów z zastrzeżeniem, że wyłącznie na podstawie umowy zawartej na warunkach postępowania.

odnośnie pkt 12 protestu

Zamawiający podał, że odpowiedzią Z/ZZ/ZZS/6229/BW/09 z dnia 18.06.2009 r. zawiera niezbędne informacje uzupełniające dla potrzeb skalkulowania przez wykonawców kosztów poboru energii elektrycznej na bocznicy Ruch II.

odnośnie pkt 13 protestu

Zamawiający zapowiedział dokonanie modyfikacji treści tabeli nr 4 w pkt III lit E i tabeli nr 5 III lit. F załącznika nr 1 do SIWZ, poprzez zamieszczenie w Tabeli nr 4 - przewidywany przez Zamawiającego maksymalny zakres usług przewozowych dla bocznicy Ruch II konkretnych wielkości odpowiednio w kolumnach: „LP., Nazwa usługi, Przewidywana maksymalna ilość w okresie 36 miesięcy, Przewidywana ilość w okresie roku (tj. 12-m-cy) realizacji umowy, Jednostka rozliczenia”

oraz poprzez zamieszczenie w Tabeli nr 5 - przewidywana i gwarantowana ilość węgla do przewozu między ruchami KWK "Piast" konkretnych wielkości odpowiednio w kolumnach: „Lp., Nazwa usługi, Przewidywana ilość w okresie 36 miesięcy, Przewidywana ilość w okresie roku (tj. 12-m-cy) realizacji umowy, Jednostka rozliczenia „,

Zamawiający zapowiedział także dokonanie dokona modyfikacji rozdziału IV lit. B, pkt 3 ppkt 14 Załącznika nr 1 do SIWZ jak również istotnych postanowień, które zostaną zawarte w umowie o brzmieniu:

„14. Zamawiający dokonał należytej staranności przy szacowaniu zakresu rzeczowego zamówienia. Jednakże, ze względu na charakter prowadzonej działalności gospodarczej, cechującej się między innymi wysoką nieprzewidywalnością warunków górniczo

-geologicznych i mających bezpośredni wpływ na zakres rzeczowy zamówienia w zakresie ilości przewozów podanych w przedmiarach usług przewozowych zawartych w tabelach nr 4 i nr 5, Zamawiający oświadcza, że minimalna, gwarantowana ogólna ilość ton nie będzie mniejsza, niż 70 % maksymalnej ilości deklarowanej w przywołanych wartościach tj. zawartych w kol nr 4 w tabeli nr 4 oraz w kolumnie nr 4 tabeli nr 5 w okresie trwania umowy. Dodatkowo Zamawiający w terminie do 1-go listopada każdego roku złoży Wykonawcy w formie pisemnej, planowane wielkości prac manewrowych na rok następny w rozbiu miesięcznym, do którego Wykonawca dostosuje niezbędne zatrudnienie oraz niezbędną ilość taboru kolejowego.

W przypadku niewykonania przez Wykonawcę przewozów gwarantowanej ilości ton, z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego liczonych w ujęciu rocznym (tj. w okresie kolejnych 12 m-cy realizacji umowy) Zamawiający zapłaci na rzecz Wykonawcy karę umowną w wysokości 10 % wartości niewykonanych usług przewozowych, rozliczanych dla każdej pozycji przedmiarów zawartych w tabeli nr 4 i tabeli 5, dla danego okresu 12 m-cy realizacji. Kara, o której mowa nie obejmuje usług obsługi punktu rozładunkowego, rozliczanych w oparciu o wynagrodzenie ryczałtowe. Przedmiotowa kara umowna wypłacana przez Zamawiającego w przypadku niewykonania przez Wykonawcę przewozów gwarantowanej ilości ton w okresie krótszym niż 1 rok, liczona będzie na podstawie ilości ton gwarantowanych do przewozu, obliczonych jako proporcję w stosunku czasu, tj. ilości miesięcy realizacji przewozów do okresu 12 m-cy."

odnośnie pkt 14 protestu

Zamawiający zapowiedział dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie zmian postanowień V ust. 2 ppkt 2.4 Załącznika nr 1 zgodnie z brzmieniem: „2.4 Umowa najmu zostanie zawarta na czas nieokreślony. Rozwiązanie umowy może nastąpić w każdym czasie za porozumieniem stron. Rozwiązanie umowy bez wypowiedzenia nastąpi w dniu następnym po dniu, w którym Wykonawca zakończył wykonywanie usług transportu kolejowego na rzecz Zamawiającego objętych umową zawartą na podstawie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego."

odnośnie pkt 17 protestu

Zamawiający stwierdził, że określenie w treści SIWZ terminu płatności wynoszącego 60 dni od dostarczenia faktury zamawiającemu, nie stanowi naruszenia przez zamawiającego przepisów obowiązującego prawa, ponieważ przepisy ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych nie zabraniają ustalania przez strony umowy terminów płatności dłuższych niż 30 dniowe, a jedynie wskazują w art. 5 na powstanie możliwości dochodzenia przez wierzyciela odsetek ustawowych od 31 dnia terminu płatności do dnia wymagalności roszczenia.

W konsekwencji za błędne uznał twierdzenie protestującego, że zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 481 kc, gdyż między zamawiającym a protestującym nie istnieje jeszcze żaden stosunek prawny w związku z którym zamawiający opóźniłby się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, a co za tym idzie, po stronie protestującego nie powstało jeszcze uprawnienie do żądania odsetek za powstały czas opóźnienia. Podniósł, że art. 6 w/w ustawy jednoznacznie wskazuje, że jeżeli termin zapłaty nie został określony w umowie, wierzycielowi, bez wezwania, przysługują odsetki ustawowe za okres począwszy od 31 dnia po spełnieniu świadczenia pieniężnego do dnia zapłaty, ale nie dłuższy niż do dnia wymagalności świadczenia pieniężnego. W przedmiotowej sprawie postanowienia SIWZ w sposób wyraźny wskazują na ustanowienie terminu płatności na 60 dni po otrzymaniu przez zamawiającego faktury VAT, co włącza zastosowanie powołanego przez protestującego przepisu.

odnośnie pkt 18 protestu

Zamawiający podniósł, że nie ma przesłanek prawnych na podstawie, których zachodzi konieczność uregulowania "ekwiwalentności obowiązków stron" w zakresie oprotestowanych postanowień SIWZ zawartych w pkt. 13 ppkt 2 załącznika nr 9 do SIWZ.

Zamawiający oświadczył, że poprzez własne działania nie zamierza naruszać przepisów prawa, w tym praw pracowników wykonawców, świadczących usługi na rzecz zamawiającego w zakresie wywierania wpływu na relacje stosunku pracy ze swym pracodawcą. Wskazał nadto, podniesiony przez protestującego zapis jest wyłączony ze stosowania pod warunkiem opisanym w ust. 3 o brzmieniu:

„Zakaz o którym mowa w ustępie 2, nie dotyczy pracowników Zamawiającego, wykonujących na rzecz firm obcych czynności, które na podstawie przepisów prawa pracy uzasadniają udzielenie pracownikowi przez pracodawcę zwolnienia od pracy”.

odnośnie pkt 19 protestu

Zamawiający wskazał, że kwestia ewentualnej zmiany umowy została określona w pkt VI.

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty, żądania i argumentację wskazaną uprzednio w proteście, dodatkowo wskazując:

odnośnie pkt 2 protestu

Wskazał, że czym innym jest obsługa bocznic kolejowych, a czym innym utrzymanie i remonty lub budowa infrastruktury kolejowej oraz wykonywanie przewozów kolejowych rzeczy. Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem zamawiającego, iż w zakresie pojęć „utrzymywanie i remonty lub budowa infrastruktury kolejowej” oraz „wykonywanie przewozów kolejowych rzeczy” mieszczą się także wszystkie zadania oraz czynności, które są wykonywane w ramach obsady stanowisk pracy w ruchu kolejowym czy też dzierżawa pojazdów kolejowych.

Powołał się na wyrok z dnia 24 maja 2006r. Zespół Arbitrów (sygn. UZP/ZO/O-1442/06) zgodnie z którym: "w przypadku gdy zamawiający sformułuje warunek udziału w postępowaniu w sposób niejednoznaczny, skutkujący nieważnością dokonania prawidłowej oceny jego spełnienia, postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy i powinno być unieważnione. Jeżeli nie jest możliwe ustalenie, w sposób nie budzący wątpliwości, czy wykonawca spełnia określony przez zamawiającego warunek, mamy do czynienia z naruszeniem art. 22 ust. Pzp, zakazującym określać warunki udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

odnośnie pkt 3 protestu

Wyjaśnił, że w rozdziale nr 8 Ustawy o transporcie kolejowym ustawodawca precyzuje obowiązek posiadania trzech różnych rodzajów licencji. Dwóch rodzajów licencji na wykonywanie przewozów kolejowych osób bądź rzeczy oraz licencji na świadczenie usług trakcyjnych. Zaskarżony odwołaniem rozdział X specyfikacji, już w zmienionej postaci, w dalszym ciągu nie określa w sposób precyzyjny oraz szczegółowy, jaki rodzaj licencji powinien posiadać wykonawca, chcący ubiegać się o udzielenie zamówienia.

W związku z przedmiotem zamówienia odwołujący wskazał, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu winien posiadać zarówno licencję na wykonywanie przewozów kolejowych rzeczy, a także licencję na świadczenie usług trakcyjnych, w obowiązującym brzmieniu, albo licencję na udostępnianie pojazdów trakcyjnych, zgodnie z treścią przepisu art. 43 Ustawy o transporcie kolejowym w brzmieniu obowiązującym do dnia 10 października 2007r., bowiem licencje wydane dotychczas w oparciu o uprzednio obowiązujące zapisy ustawy o transporcie kolejowym zachowują w pełni swoją ważność.

Z zaskarżonego punktu X SIWZ nie wynika w sposób jednoznaczny i precyzyjny, jaki rodzaj licencji zobowiązany jest posiadać wykonawca. Wyjaśnił, że zamawiający użył liczby pojedynczej, co sugerowałoby, na obowiązek posiadania wyłącznie jednej licencji, nadto bez wskazywania, której konkretnie.

odnośnie pkt 6 protestu

Wskazał, że zamawiający zaproponował, wskutek protestu odwołującego, zmianę treści punktu III lit. e punkt 1.1. lit. i) i j) oraz nowej lit. k) Załącznika Nr 1 do SIWZ, poprzez dodanie do lit. i) i j) zapisu, iż "usługi te będą zamawiane odrębnie i rozliczane w oparciu o cenę jednostkową pracy lokomotywy wraz z obsługą i drużyną manewrową (PLN/1 godz.)" a także określenie nowej lit. k) dla czynności Wykonawcy polegającej na "wyłączaniu ze składów pociągów wagonów niesprawnych technicznie", szacunkowej ilości wagonów uszkodzonych w okresie realizacji zamówienia na około 150 wagonów.

Także odnośnie punktu III lit. D Załącznika Nr 1 do SIWZ, zamawiający wprowadził zapis, iż usługi tam określone, będą zamawiane odrębnie przez zamawiającego, zaś wykonywanie

tych usług będzie rozliczane w oparciu o cenę jednostkową pracy pracowników obsługujących posterunki ruchu oraz cenę jednostkową pracy lokomotywy wraz z obsługą w dzień wolny od pracy.

Odwołujący podniósł, że w dalszym ciągu nie zostały określone ilości jednostek czasu pracy pracowników wykonawcy oraz lokomotywy. Wprowadzone zmiany w konsekwencji spowodowały jednak wyłączenie tych robót z procesu kalkulacji wynagrodzenia przez wykonawcę na etapie przygotowywania oraz składania oferty, z uwagi na wyłączenie tych robót, jako robót, które będą zamawiane odrębnie przez Zamawiającego. Jednak faktyczne zlecenie tych prac oraz ich rzeczywiste wykonywanie, niewątpliwie wpłynie na wartość zamówienia. Ta z kolei, jako maksymalna wartość umowy, jest określana na podstawie punkt 2, podpunkt 2 Załącznika Nr 9 do SIWZ w postaci "Istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy". Przekroczenie tej kwoty w trakcie realizacji umowy, może natomiast spowodować brak środków na realizację innych robót objętych ofertą, co ewidentnie godzi w słuszne interesy Wykonawcy.

Powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów o sygn. akt UZP/ZO/0-1677/05).

odnośnie pkt 7 protestu

Pomimo uwzględnienia protestu, poprzez dokonanie modyfikacji rozdziału III lit E Załącznika Nr 1 do SIWZ, w dalszym ciągu, zarzuty odwołującego pozostają nadal aktualne, ponieważ proponowany zapis nie określa osoby, która ma być odpowiedzialna za legalizację przekazników. Prowadzenie ruchu z wykorzystaniem urządzeń sterowania ruchem kolejowym (SRK) z przekaznikami z przekroczonym okresem legalizacji stanowi zagrożenia dla bezpieczeństwa ruchu kolejowego.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu przywołuje cztery instrukcje stanowiące wewnętrzne przepisy w zakresie utrzymania infrastruktury bocznic, zgodnie z którymi mają być wykonywane wyżej określone roboty, jednak w ocenie odwołującego na podstawie informacji zawartych w tych instrukcjach nie będzie można w sposób prawidłowy skalkulować ceny za świadczone usługi w zakresie utrzymania nawierzchni kolejowej, podtorza oraz kolejowych obiektów inżynierskich na bocznicach kolejowych KWK 'Piast", ponieważ instrukcje te określają częstotliwość lub liczbę oraz czasookresy wykonywania pewnych prac, ale w dalszym ciągu nie będzie wiadomo jakie urządzenia zamawiającego oraz jaka ich ilość mieści się w zakresie "utrzymania nawierzchni kolejowej, podtorza oraz kolejowych obiektów inżynierskich".

Także uwzględnienie protestu w zakresie rozliczania wykonania usług diagnostyki, konserwacji i bieżącego utrzymania infrastruktury bocznic, poprzez określenie, że będą one rozliczane w oparciu o ryczałtową cenę miesięczną, nie uwzględnia istoty protestu, ponieważ do prawidłowego ich zwymiarowania oraz skosztorysowania koniecznym jest określenie przez zamawiającego obmiaru tych robót.

Powołał się na wyroki Zespołów Arbitrów o sygn. akt UZP/ZO/0-682/05 oraz UZP/ZO/0-1418/05), a także wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie o sygn. akt VI Ca 586/05.

odnośnie pkt 8 protestu

Zamawiający uwzględnił protest, określając, iż obowiązek wykonywania zarówno przeglądów kontrolnych, jak i przeglądów okresowych będzie spoczywał na wykonawcy. Takie uwzględnienie protestu nie może jednak zostać zaakceptowane przez odwołującego się, bowiem chodzi o wykonywanie przeglądów pojazdów kolejowych, które będą dzierżawione przez zamawiającego od wykonawcy, tym samym przenosi posiadanie tych pojazdów na zamawiającego, który zgodnie z treścią umowy, będzie je użytkował we własnym zakresie oraz dla własnych potrzeb.

Dla prawidłowego określenia ilości przeglądów kontrolnych oraz przeglądów okresowych jest natomiast, zgodnie z dokumentacją związaną z procesem utrzymania pojazdów kolejowych (DTSU), konieczne określenie liczby godzin pracy każdego dzierżawionego przez zamawiającego pojazdu kolejowego, a w szczególności lokomotyw, dla których okresy pomiędzy przeglądami są krótsze. Określenie przez zamawiającego średniej liczby pracy godzin dzierżawionych lokomotyw jest niezwykle istotne, z punktu widzenia skalkulowania ceny przez wykonawcę.

Wskazał, że koszt przeglądu okresowego jednej lokomotywy wynosi kwotę ponad 7 tys. złotych, zaś koszty wyłącznie przeglądów okresowych oraz tylko czterech dzierżawionych przez zamawiającego lokomotyw, może przekroczyć sumę 600 tys. złotych przez okres 36 miesięcy czasu trwania umowy.

odnośnie pkt 10 protestu

W rozstrzygnięciu protestu odnośnie tego punktu, Zamawiający podkreślił, iż "Wykonawca winien skalkulować a następnie zawrzeć w ofercie cenę uwzględniającą wszystkie koszty poniesione w celu należytego wykonania zamówienia". Oczywiście takie stanowisko Zamawiającego jest w pełni zasadne. Jednakże Zamawiający nie przewidział w treści specyfikacji, żadnych kosztów po jego stronie, które byłby zobowiązany zwrócić Wykonawcy w przypadku pozostawiania wagonów Wykonawcy w dyspozycji Zamawiającego. Nadto w żaden sposób nie określił zarówno co do liczby wagonów oraz czasu trwania przetrzymywania wagonów, przyjmując jakieś średnie wartości związane właśnie z pozostawianiem wagonów Wykonawcy w dyspozycji Zamawiającego.

Załącznik Nr 5 do SIWZ, określa niezbędne minimalne ilości sprzętu, w tym wagonów kolejowych, którymi dysponować musi Wykonawca na 22 sztuki wagonów samowładowczych typ 418V oraz 100 wagonów typu Fals (Talbot). Takie więc ilości musi zapewnić Wykonawca w celu prawidłowej realizacji umowy w ciągu całego czasu jej trwania.

Zamawiający natomiast, również w rozstrzygnięciu protestu, stwierdza, iż "w przypadku realizacji przewozów węgla między bocznicami Ruch I i Ruch II jest nadawcą i jednocześnie odbiorcą przewożonej przesyłki". Z tego natomiast wyciąga wniosek, iż "będzie ponosił wobec Wykonawcy wszystkie koszty związane z realizacją przewozów, z zastrzeżeniem, że wyłącznie na podstawie umowy zawartej na warunkach postępowania". Oczywistym w rezultacie jest zatem, iż Zamawiający decyduje zarówno o załadunku wagonów, ich nadaniu, oraz późniejszym rozładunku. To powoduje, iż może dochodzić do takich sytuacji, w których nawet cały skład na skutek decyzji Zamawiającego nie zostanie skierowany do wyładunku. W szczególności w warunkach zimowych może to spowodować daleko idące konsekwencje w postaci zamrożenia węgla znajdującego się w wagonach, co na tyle komplikuje technologicznie (konieczność ręcznego rozładunku przez pracowników za pomocą kilofów i łopat) oraz zwiększa koszty rozładunku takiego składu, że Zamawiający może podjąć decyzję o wstrzymaniu jego rozładunku do czasu zwiększenia temperatury powietrza i rozmrożenia węgla znajdującego się w wagonach. W konsekwencji wskutek decyzji Zamawiającego, cały skład węgla składający się np. z ponad dwudziestu wagonów zostanie unieruchomiony na okres dwóch lub trzech miesięcy, z przyczyn w pełni niezależnych od Wykonawcy. Wykonawca w celu zapewnienia prawidłowej realizacji umowy, będzie musiał jednak zapewnić dodatkowe 20 sztuk wagonów, ponad ilość określoną przez Zamawiającego w Załączniku Nr 5 do SIWZ. Z drugiej zaś strony, stojące bezczynnie, nie pracujące wagony, generują koszty, czy to związane z ich dzierżawą przez samego Wykonawcę, czy też amortyzacji, ponadto wagony te nie jeżdżąc nie zarabiają. Bez podania przez Zamawiającego maksymalnych czasów załadunku oraz wyładunku, Wykonawca nie jest w stanie jednoznacznie skalkulować kosztów przewozu, a brak przewidzianych opłat za ich przekroczenie przez Zamawiającego obciąża wyłącznie Wykonawcę. Obieg wagonów jest jednym z ważniejszych elementów kosztorysowania. Brak określenia przez Zamawiającego maksymalnych czasów załadunku oraz wyładunku wagonów, przy jednoczesnym braku obciążenia Zamawiającego z tytułu kosztów poniesionych przez Wykonawcę z tytułu pozostawiania wagonów wykonawcy w dyspozycji Zamawiającego, w sposób ewidentny narusza postanowienia przepisów art. 5, art. 353 oraz art. 487 K.c. w zw. z art. 14 Pzp, a przede wszystkim art. 29 Pzp.

odnośnie pkt 12 protestu

Odwołujący stwierdził, że udzielona odwołującemu odpowiedź we wskazanym przez zamawiającego piśmie nic nie wyjaśnia.

Dodanie w Załączniku Nr 1 do SIWZ V nowego podpunktu 1.5 niczego nie zmienia, bowiem w dalszym ciągu nie wiadomo, do jakich urządzeń SRK oraz ile tych urządzeń znajduje się na bocznicy Ruch II. Wykonawca będzie zobowiązany płacić koszty

dostarczania energii elektrycznej. Urządzenia nie będą dzierżawione przez wykonawcę, nie wiadomo także, które urządzenia będą przez niego wykorzystywane, a które nie.

odnośnie pkt 13 protestu

Zapowiedziane w rozstrzygnięciu protestu zamiany nie zmieniają istoty rzeczy. Zamawiający bowiem oddalił protest odwołującego się odnośnie pkt 19 protestu, to jest postanowienia w zakresie możliwości wypowiedzenia przez zamawiającego istotnych postanowień umowy za trzymiesięcznym okresem wypowiedzenia.

odnośnie pkt 14 protestu

Sformułowany zapis w dalszym ciągu pozwala zamawiającemu na rozwiązanie umów najmu urządzeń oraz budowli, które są wykonawcy całkowicie niezbędne do prawidłowego wykonywania usług objętych przedmiotem zamówienia.

odnośnie pkt 17 protestu

Wskazał, że o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, a także przepisu art. 58 K.c., w podobnym przypadku, wypowiedział się już Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 29 września 2005 r. (sygn. akt II Ca 386/05), stwierdzając: "zawarcie w projekcie umowy postanowień, które przewidują terminy płatności oraz odsetki za opóźnienie sprzeczne z regulacjami ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jako obciążonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Nie budzi wątpliwości, że w zakresie transakcji handlowych do umów w sprawie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy szczególne ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Zapis w projekcie umowy sprzeczny z tą ustawą jest nieważny na podstawie przepisu art. 58 K.c."

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), pisma zamawiającego z dnia 18.06.2009 r. zawierającego wyjaśnienia treści SIWZ, a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu oraz odwołaniu, a także w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odnośnie interesu prawnego odwołującego skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny w zakresie części podniesionych zarzutów, tak na etapie wnoszenia protestu, jak i odwołania. Potwierdzenie w tym zakresie zarzutów sformułowania przez zamawiającego postanowień SIWZ z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób, który uniemożliwia odwołującemu ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, poprzez złożenie oferty wypełnia

materialnoprawną przesłankę do rozpoznania odwołania, wynikającą z treści przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie skład orzekający Izby ustalił brak interesu prawnego odwołującego we wniesieniu odwołania w zakresie niektórych zarzutów zawartych w odwołaniu, o czym mowa poniżej.

Zarzut dotyczący warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy nie potwierdził się (pkt 2 protestu).

Warunek odnośnie żądanego doświadczenia wykonawcy został wskazany w rozdziale X pkt 2 ppkt 1 SIWZ. Zamawiający nadał temu warunkowi następujące brzmienie:

„O zamówienie mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki: (...) w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (tj. przed dniem zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie KW S.A. oraz na stronie internetowej Kompanii Węglowej S.A. w Profilu Nabywcy) (jeżeli okres działalności jest krótszy, to za ten okres) wykonali lub wykonują usługi tożsame z przedmiotem zamówienia lub odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, których łączna wartość wynosi nie mniej niż 30 000 000,00 PLN brutto. Za usługi odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia uważa się utrzymanie i remonty lub budowę infrastruktury kolejowej oraz wykonywanie przewozów kolejowych rzeczy. Wymienione usługi mogą być realizowane w ramach różnych umów.”

W ocenie odwołującego, takie brzmienie warunku umożliwia udział w przedmiotowym postępowaniu wyłącznie tym wykonawcom, którzy we wskazanym czasie w przeszłości wykonywali usługi o wskazanej wartości, polegające na utrzymaniu i remontach lub budowie infrastruktury kolejowej oraz wykonywaniu przewozów kolejowych rzeczy, a pozbawia takiej możliwości wykonawców, którzy wykonywali usługi o wskazanej wartości, polegające na obsłudze transportu kolejowego na bocznicach oraz udostępnianiu pojazdów kolejowych.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska odwołującego.

Odwołujący przypisał wskazanemu warunkowi znaczenie, które w żaden sposób nie znajduje odzwierciedlenia w jego brzmieniu. Odwołujący nietrafnie uznał, że zamawiający zdefiniował w tym warunku pojęcie usług tożsamyh z przedmiotem zamówienia, gdy tymczasem zamawiający zdefiniował pojęcie usług podobnych do przedmiotu zamówienia. Definiowanie usług tożsamyh z przedmiotem zamówienia niniejszego postępowania nie było potrzebne, bowiem to, co jest przedmiotem niniejszego postępowania opisuje Załącznik nr 1 do SIWZ

i jak słusznie wskazał odwołujący w proteście - przedmiotem tego postępowania jest także obsługa transportu kolejowego na bocznicy oraz udostępnianie pojazdów kolejowych (Załącznik nr 1 rozdział III lit. A i B).

W omawianym warunku zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu mogą wziąć udział zarówno ci wykonawcy, którzy:

1. świadczyli we wskazanym czasie w przeszłości usługi o wskazanej wartości tożsame z usługami, będącymi przedmiotem niniejszego zamówienia, jak i ci wykonawcy, którzy
2. świadczyli we wskazanym czasie w przeszłości usługi o wskazanej wartości polegające na utrzymaniu i remontach lub budowie infrastruktury kolejowej oraz polegające na wykonywaniu przewozów kolejowych rzeczy, o czym świadczy użycie spójnika alternatywy nierozłącznej „lub” (spełnienie jednej z alternatywnych przesłanek).

Ponieważ zamawiający nie zastrzegł, że wykonawcy muszą wykazać wszystkie „rodzaje usług” objęte przedmiotowym zamówieniem, a nadto nie zastrzegł, że wszystkie te usługi lub niektóre z nich wykonawcy mają wykazać w jakiś wymaganych proporcjach (np. nie mniej niż 15 mln dla usług polegających na dzierżawie pojazdów kolejowych), to uznać należy, że wykazanie we wskazanym czasie w przeszłości wyłącznie np. usług polegających na obsadzie stanowisk pracy w ruchu kolejowym o wartości 30 mln zł jest spełnieniem postawionego warunku udziału w postępowaniu. W świetle brzmienia tego warunku możliwe jest także wykazanie „kilku rodzajów usług”, będących przedmiotem zamówienia o łącznej wartości 30 mln zł, aby zamawiający uznał spełnienie warunku.

W toku rozprawy odwołujący oświadczył, że sama wielkość usług (30 mln zł) wskazana przez zamawiającego w tym warunku nie stanowi dla niego bariery udziału w postępowaniu, wobec czego uznać należy, że sformułowany przez zamawiającego warunek w zakresie doświadczenia umożliwia odwołującemu udział i nie ogranicza konkurencji w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut dotyczący złożenia w ofercie ważnej na dzień składania oferty licencji na świadczenie usług trakcyjnych wydanej przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego nie potwierdził się (pkt 3 protestu).

W proteście odwołujący domagał się nałożenia na wykonawców obowiązku posiadania oraz złożenia w ofercie ważnej na dzień składania oferty licencji na świadczenie usług trakcyjnych wydanej przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego na podstawie Ustawy o transporcie kolejowym z dnia 28 marca 2003 r. lub licencji na udostępnianie

pojazdów trakcyjnych, zgodnie z brzmieniem art. 43 Ustawy o transporcie kolejowym, obowiązującym do 10.10.2007 r.

W rozstrzygnięciu protestu zamawiający przewidział wprowadzenie do treści SIWZ (w rozdziale X i XI) postanowień, iż o zamówienie mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy posiadają aktualną (ważną) na dzień składania oferty „licencję”, o której mowa w rozdziale nr 8 Ustawy o transporcie kolejowym z dnia 28.03.2003 r., wydaną przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego (rozdział X) oraz, iż mają obowiązek złożyć oryginał lub poświadczoną przez wykonawcę kopię takiej licencji (rozdział XI). W rozdziale 8 ustawy o transporcie kolejowym, w art. 43 ust. 1 wskazano, że licencjonowaniu podlega działalność gospodarcza, polegająca na wykonywaniu przewozów kolejowych osób lub rzeczy albo na świadczeniu usług trakcyjnych.

Skoro zamawiający odesłał do rozdziału 8 ustawy o transporcie kolejowym, który w art. 43 ust. 1 mówi o licencjonowaniu (licencji) usług trakcyjnych, to uznać należy, że zamawiający uczynił zadość żądaniu odwołującego, który obecnie nie może już stawiać zarzutu, że w postanowieniach SIWZ nie ma wymogu co do licencji na świadczenie usług trakcyjnych.

W ocenie składu orzekającego Izby, ustalenie to przesądza o braku po stronie odwołującego interesu prawnego we wniesieniu odwołania w tym zakresie.

Brzmienie wymogu, którego wprowadzenie zamawiający przewidział nie jest dla odwołującego przeszkodą w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie publiczne, ponieważ posiadanie przez odwołującego i przedłożenie w ofercie licencji na świadczenie usług trakcyjnych spełni wymóg zamawiającego, a tym samym nie jest przeszkodą uniemożliwiającą mu ubieganie się o to zamówienie skoro odwołujący dopuszcza, w wyniku doprecyzowanego w odwołaniu żądania, również zaostrenie przez zamawiającego postawionego wymogu, tj. żądania dwóch licencji.

Zarzut określenia obowiązków wykonawcy wskazanych w rozdziale III lit. C lit. i, j oraz w rozdziale III lit D lit. a – c w sposób uniemożliwiający wycenę prac nie potwierdził się (pkt 6 protestu).

W wyniku złożonego przez odwołującego protestu zamawiający zapowiedział dokonanie modyfikacji SIWZ, poprzez dopisanie w rozdziale III lit. C pkt 1.1. lit. i oraz j, treści: „usługi te będą zamawiane odrębnie i rozliczane w oparciu o cenę jednostkową pracy lokomotywy wraz z obsługą i drużyną manewrową (PLN /1 godz.)” oraz poprzez dopisanie w rozdziale III lit. D po literach a – c treści: „Usługa będzie zamawiana odrębnie przez Zamawiającego. Wykonywanie tych usług będzie rozliczane w oparciu o cenę jednostkową pracy lokomotywy wraz z obsługą w dzień wolny od pracy”.

W ocenie składu orzekającego Izby, podnoszone przez odwołującego zarzuty i odpowiadające im żądania winny być precyzyjne, aby wiadomym dla zamawiającego było, jakie zmiany SIWZ pozwolą na wycofanie zarzutu przez wykonawcę w wyniku uznania, że zmiany te sprostają jego żądaniom.

Sformułowane w zakresie przedmiotowego zarzutu żądania odwołującego są tak ogólne, że dokonane przez zamawiającego w wyniku uwzględnienia protestu zmiany SIWZ, polegające na umożliwieniu wykonawcy odrębnego – jednostkowego skalkulowania zamawianych prac, a więc w oderwaniu od zakresu / wielkości prac należy uznać za wystarczające.

W ocenie składu orzekającego Izby, ustalenie to przesądza o braku po stronie odwołującego interesu prawnego we wniesieniu odwołania w tym zakresie.

Zarzut zaniechania opisanego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący obowiązków wykonawcy wskazanych w rozdziale III lit. E pkt 1 i 3 nie potwierdził się (pkt 7 protestu).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że w przywołanej części SIWZ opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a nadto że jest to duży zakres robót, co uniemożliwia dokonanie prawidłowej wyceny tych prac przez wykonawcę.

Podobnie jak w przypadku zarzutu poprzedniego stwierdzić należy, że sformułowane w zakresie przedmiotowego zarzutu żądania są tak ogólne, że dokonane przez zamawiającego w wyniku uwzględnienia protestu zmiany SIWZ, polegające na rezygnacji z dokonywania przez wykonawcę obsługi technicznej (legalizacji) przełączników (zmniejszenie zakresu), na wprowadzeniu rozliczania wykonania usług diagnostyki, konserwacji i bieżącego utrzymania infrastruktury bocznic w ryczałtu miesięcznego, a nadto zapowiedź doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia, poprzez udostępnienie przepisów wewnętrznych zamawiającego, tj. Instrukcji PCD-1, PCD-6, PCE-2 i PCE-25 należy uznać za wystarczające.

W ocenie składu orzekającego Izby, ustalenie to przesądza o braku po stronie odwołującego interesu prawnego we wniesieniu odwołania w tym zakresie.

Zarzut zaniechania nałożenia na zamawiającego albo na wykonawcę obowiązku wykonywania przeglądów okresowych pojazdów kolejowych w ramach obowiązków związanych z dzierżawą pojazdów kolejowych na bocznicę Ruch I nie potwierdził się (pkt 8 protestu).

W proteście odwołujący domagał się określenia przez zamawiającego na kim, tj. na wykonawcy, czy na zamawiającym będzie spoczywać obowiązek dokonywania

przeглядów okresowych, ponieważ jak podniósł odwołujący w proteście: „postanowienia SIWZ w ogóle nie statuują takiego obowiązku”.

W rozstrzygnięciu protestu zamawiający przewidział wprowadzenie do treści SIWZ postanowień, które na wykonawcę nałożą obowiązek dokonywania przeглядów okresowych, poprzez rozszerzenie obowiązków wykonawcy o obowiązek dokonywania przeглядów okresowych pojazdów będących przedmiotem dzierżawy (Załącznik nr 1 rozdział III lit. B pkt 3 ppkt 5).

Uznać zatem należy, że zamawiający uczynił zadość żądaniu odwołującego, który obecnie nie może już stawiać zarzutu, że w postanowieniach SIWZ nie ma wymogu co do tego, kto będzie zobligowany do dokonywania przeглядów okresowych.

W ocenie składu orzekającego Izby, ustalenie to przesądza o braku po stronie odwołującego interesu prawnego we wniesieniu odwołania w tym zakresie.

Zarzut zaniechania przyznania wykonawcy należności z tytułu pozostawiania wagonów w dyspozycji zamawiającego (przetrzymywanie wagonów) nie potwierdził się (pkt 10 protestu).

Kwestionowanym przez odwołującego postanowieniom SIWZ (Załącznik nr 1 rozdział IV lit. A pkt 4 3) oraz rozdział V pkt 7) zamawiający nadał odpowiednio następujące brzmienie: „3) w związku z realizacją przewozów Wykonawcy nie przysługują należności z tytułu pozostawiania wagonów w dyspozycji Zamawiającego”

„7. W razie zaistnienia przetrzymania wagonów na bocznicach z udowodnionej winy Wykonawcy koszty wynikłe z przetrzymania pokrywa wykonawca.”

W ocenie składu orzekającego Izby, wyjaśnienie zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu protestu, tj. że wskazana regulacja dotyczy przewozów węgla między bocznicami Ruch I i Ruch II, których nadawcą i odbiorcą będzie zamawiający, który w związku z tym będzie ponosił wszystkie koszty związane z realizacją umowy (a zatem także za pozostawienie wagonów w dyspozycji zamawiającego) jest wystarczające do uznania, że interes wykonawcy nie dozna uszczerbku.

Odnosnie kwestii ponoszenia przez wykonawcę kosztów przetrzymywania wagonów skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że wskazane postanowienie SIWZ również nie powoduje uszczerbku w interesie prawnym odwołującego i nie narusza zasad uczciwej konkurencji, ponieważ z postanowienia tego wynika jedynie, że wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność finansową z tytułu przetrzymywania - w ramach świadczonej obsługi bocznic - wagonów, które należą do innych przewoźników, za co - jak wyjaśnił na rozprawie zamawiający - koszty będzie ponosił wobec tych przewoźników sam

zamawiający. Trudno mówić w tym względzie o naruszeniu uczciwej konkurencji, jeśli zamawiający w spornym postanowieniu SIWZ wskazuje na zawinione działanie wykonawcy.

Zarzut określenia gwarantowanej ilości ton węgla do przewiezienia na poziomie 70% w okresie trwania umowy nie potwierdził się (pkt 13 protestu).

Skład orzekający Izby uznaje prawo zamawiającego do ustalenia gwarantowanego poziomu realizacji świadczenia, stwierdzając jednocześnie, że to sam zamawiający poniesie, poprzez w kalkulowanie przez każdego wykonawcę w cenę ofertową odpowiednio wysokiego ryzyka nie wykonania zakładanych wielkości zamówienia, konsekwencje wynikające ze korzystania z tego prawa.

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. – jako podmiot działający dla zysku podlega, podobnie jak odwołujący, wpływom obecnej, niekorzystnej sytuacji gospodarczej. Wskazany poziom gwarantowanej do przewozu ilości ton węgla jest zatem pochodną przewidywanych możliwości samego zamawiającego.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, że gwarantowany poziom dostaw (70%) może odnosić się do całości zamówienia (36 miesięcy), co nie pozwalałoby wykonawcy na realizację usługi (np. w pierwszym roku zamawiający wyczerpuje limit 70%, a przez następne 2 lata nie ma gwarantowanej realizacji usługi. Jak wskazał zamawiający w rozstrzygnięciu protestu gwarantowany poziom 70% odnosi się do każdego kolejnych 12 miesięcy w toku realizacji całego zamówienia.

Zarzut dotyczący zastrzeżenia przez zamawiającego prawa rozwiązania umowy najmu mienia za trzymiesięcznym okresem wypowiedzenia nie potwierdził się (pkt 14 protestu).

W proteście odwołujący domagał się rezygnacji przez zamawiającego z możliwości wypowiedzenia umowy najmu ze względu na fakt, że przedmiotem najmu są urządzenia oraz budowle niezbędne do prawidłowego wykonywania usług objętych przedmiotem zamówienia w postaci nastawni CZ, nastawni CZ2 oraz lokomotywni.

W rozstrzygnięciu protestu zamawiający przewidział wprowadzenie do treści SIWZ następującego postanowienia: „Umowa najmu zostanie zawarta na czas nieokreślony. Rozwiązanie umowy może nastąpić w każdym czasie za porozumieniem stron. Rozwiązanie umowy bez wypowiedzenia nastąpi w dniu następnym po dniu, w którym Wykonawca zakończył wykonywanie usług transportu kolejowego na rzecz Zamawiającego objętych umową zawartą na podstawie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

Z powyższego wynika, że:

1. rozwiązanie umowy wymaga porozumienia stron,
2. wykonawca ma zagwarantowany okres najmu równy okresowi wykonywania usług transportu kolejowego na rzecz zamawiającego, objętych przedmiotowym zamówieniem.

Biorąc pod uwagę, że zamawiający jest świadomy tego, iż najem wskazanych nastawni i lokomotywni jest niezbędny do realizacji przedmiotowego zamówienia, a zatem jest świadom, że wypowiedzenie najmu będzie oznaczało brak możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez wybranego wykonawcę, a także biorąc pod uwagę wskazane powyżej zastrzeżenie, że rozwiązanie umowy bez wypowiedzenia nastąpi dopiero w dniu następnym po dniu, w którym wykonawca zakończył wykonywanie usług transportu kolejowego na rzecz zamawiającego objętych umową zawartą na podstawie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz uwzględniając przepis art. 65 § 1 kodeksu cywilnego uznać należy, że wolą zamawiającego jest zawarcie umowy na czas określony. Wyartykułowane zdanie pierwsze zapowiadanego postanowienia SIWZ - Umowa najmu zostanie zawarta na czas nieokreślony - oznacza jej zawarcie nie na konkretny okres 12, 24, czy 36 miesięcy, ale na czas realizacji podstawowej umowy, jak zostało w dalszej części zapisu przywołane. Odmienne rozumienie tych postanowień byłoby sprzeczne z wolą zamawiającego i celem planowanej umowy najmu.

Stosując przewidzianą przepisem art. 65 § 1 kodeksu cywilnego wykładnię oświadczenia woli zamawiającego skład orzekający Izby uznał, że zamawiający przewidział zawarcie umowy najmu na czas oznaczony, co przesądza o braku możliwości zastosowania wypowiedzenia umowy najmu poza sytuacjami określonymi w tej umowie, czego obawiał się odwołujący. Zwrócić również należy uwagę na okoliczność, że umowa najmu będzie przedmiotem odrębnych ustaleń i negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą i strony w tym zakresie będą mogły jeszcze szczegóły dotyczące realizacji umowy najmu ustalić odrębnie. Na marginesie zauważyć należy, że brak zawarcia takiej umowy przez zamawiającego skutkowałby uznaniem, iż co do podstawowej umowy na niniejszy przedmiot zamówienia, mamy do czynienia z umową o świadczenie niemożliwe, co nie leży w interesie zamawiającego.

Zamawiający zatem, uwzględniając w tym zakresie protest odwołującego, uczynił zadość żądaniu odwołującego zawartemu w proteście.

W ocenie składu orzekającego Izby, ustalenie to przesądza o braku po stronie odwołującego interesu prawnego we wniesieniu odwołania w tym zakresie.

Zarzut dotyczący 60 – cio dniowego terminu płatności faktur nie potwierdził się (pkt 17 protestu).

Skład orzekający Izby stwierdza, że brak jest w obowiązujących przepisach prawa, a w szczególności w ustawie o terminach zapłaty w transakcjach handlowych zakazu zawarcia w umowie postanowienia przewidującego dłuższy niż 30 – sto dniowy termin zapłaty.

Zamawiający postanowienie o dłuższym niż 30 - sto dniowy, tj. 60 – cio dniowym terminie zapłaty przewidział w opracowanych przez siebie Istotnych postanowieniach umowy (Załącznik nr 9 do SIWZ pkt 2 ppkt 6) oraz w postanowieniu rozdziału XVIII pkt 1 SIWZ.

Interes wykonawcy, będącego stroną umowy, w której przewidziano 60 - cio dniowy termin płatności jest ustawowo chroniony (art. 5 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych), poprzez wyposażenie wykonawcy (wierzyciela) w prawo żądania od zamawiającego (dłużnika) zapłaty odsetek ustawowych począwszy od 31 – go dnia (po spełnieniu świadczenia i doręczeniu faktury) do dnia zapłaty. Samego prawa żądania zapłaty odsetek nie można unicestwić lub ograniczyć, poprzez czynność prawną (art. 9 tejże ustawy). Takiej próby nie podejmował zresztą zamawiający w przedmiotowym postępowaniu.

Wobec powyższego skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia jakiegokolwiek przepisu prawa w tym w szczególności wskazanego przez odwołującego art. 9 w zw. Z art. 5 – 7 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych oraz art. 7 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący zakazu zatrudnienia przez wykonawcę pracowników zamawiającego do wykonywania czynności związanych z realizacją umowy nie potwierdził się (pkt 18 protestu).

W rozdziale X pkt 2 ppkt 2 SIWZ zamawiający zawarł wymogi dotyczące liczebności i kwalifikacji niezbędnego do realizacji zamówienia personelu, który zapewnić musi wykonawca. Jednocześnie w Istotnych postanowieniach umowy (13.2) zamawiający wprowadził zakaz dla wykonawców, pod rygorem odstąpienia przez zamawiającego od realizacji umowy bez prawa odszkodowania, zatrudniania w jakiejkolwiek formie pracowników Kompanii Węglowej S.A. do wykonywania czynności związanych z realizacją umowy.

Odwołujący sformułował swój zarzut na podstawie „braku zachowania ekwiwalentności obowiązków stron w umowie”, ponieważ w Istotnych postanowieniach umowy zamawiający wobec siebie nie zawarł zakazu zatrudniania pracowników wykonawcy.

Po pierwsze, stwierdzić należy, że w przedmiotowym postępowaniu ekwiwalentem świadczenia niepieniężnego wykonawcy jest świadczenie pieniężne zamawiającego. Kwestionowany przez odwołującego zakaz wykracza zatem poza wskazaną ekwiwalentność świadczeń stron

Po drugie, brzmienie ustanowionego wykazu prowadzi do wniosku, że dotyczy on wyłącznie przedmiotowego zamówienia. W stosunku do tego zamówienia zamawiający określił iloma osobami, o jakich kwalifikacjach musi dysponować wykonawca, aby móc ubiegać się o to zamówienie. Zamawiający nie ingeruje w politykę zatrudnienia wykonawcy, stawia jedynie warunek ujęcia w tej polityce wymogów przedmiotowego postępowanie, o ile wykonawca zechce się o to zamówienie ubiegać.

Po trzecie, wykonawca w celu pozyskania tego zamówienia będzie konkurował nie z zamawiającym, ale z innymi wykonawcami. Postawiony warunek dotyczy wszystkich ubiegających się o przedmiotowe zamówienie wykonawców, jednocześnie w żaden sposób nie ingeruje w relacje, w aspekcie polityki zatrudnienia, pomiędzy wykonawcami.

Po czwarte, do udzielenia tego zamówienia, a w dalszej kolejności do jego realizacji potrzebne jest współdziałanie stron, co w tym postępowania oznacza, że zamawiający musi w pierwszej kolejności zapewnić sobie odpowiednią liczbę osób o odpowiednich kwalifikacjach. Brak potrzebnej liczby osób po stronie zamawiającego, może w konsekwencji zagrozić możliwości realizacji tego zamówienia przez wykonawcę i pozbawić samego wykonawcę wynagrodzenia, dla którego ubiegał się o zamówienie.

Biorąc powyższe uwarunkowania pod uwagę, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że przewidziany w treści Istotnych postanowień umowy zakaz nie narusza interesu odwołującego, polegającego na możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Nadto skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący może korzystać z innych, prawem przewidzianych metod utrzymania zatrudnienia na potrzebnym i zgodnym z planami wykonawcy poziomie.

Zarzut dotyczący zastrzeżonych warunków zmian postanowień umowy nie potwierdził się (pkt 19 protestu).

W ocenie odwołującego, zawarte w Istotnych postanowieniach umowy (dalej także IPU) warunki dopuszczalności zmian treści umowy zmierzają do obejścia przepisów art. 140 ustawy Pzp („Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego obowiązkiem zawartym w ofercie.”) i art. 142 ust. 1 ustawy Pzp („Umowę zawiera się na czas oznaczony.”).

W Istotnych postanowieniach umowy, w kwestionowanym przez odwołującego zakresie, zamawiający zawarł następujące postanowienia (pkt 13 „Postanowienia końcowe” ppkt 6 – 8 i 17):

„6. Zamawiający dopuszcza możliwość zmian postanowień umowy w okresie jej obowiązywania na podstawie art. 144 U Pzp w zakresie:

- 1) zmiany terminu realizacji części przedmiotu zamówienia,
- 2) zmiany zakresu rzeczowego świadczonych usług przewozowych tj. ilości ton mas przeznaczonych do przewozów i w związku z tym zmian zakresu innych usług towarzyszących,
- 3) zmiany miejsca świadczenia usług w zakresie wykonywania remontów bieżących infrastruktury kolejowej.

7. Warunki wprowadzania zmian postanowień umowy.

Zamawiający wskazuje jako okoliczności mogące wpłynąć na realizację niniejszej umowy w zakresie powodującym konieczność dokonania zmian postanowień umowy:

- 1) Rozpoczęcie inwestycji budowy elektrowni na obszarze byłej Kopalni Cieczott obecnie KWK „Piast” Ruch II w Woli obejmujące:
 - a) przekazanie przez Zamawiającego gruntów, budynków, budowli lub przekazanie praw majątkowych do rozporządzania infrastrukturą, które są bezpośrednio związane z realizacją umowy,
 - b) wstrzymanie produkcji (ruchu) Zakładu przeróbki mechanicznej Piast Ruch II spowodowane zawartymi w przyszłości porozumieniami lub umowami związanymi z realizacją inwestycji o której mowa w pkt. 1 lub umowami handlowymi z odbiorcami węgla.

8. W przypadku wystąpienia okoliczności wymienionych w ust. 7 pkt 1 lit. a) i/lub b) nastąpi:

- 1) Zmiana zakresu realizacji części umowy w zakresie wykonywania przewozów i obsługi bocznic Ruch II w Woli obejmująca:
 - a) skrócenie realizacji umowy w zakresie wykonywania przewozów kolejowych węgla między Ruchem I i Ruchem II,
 - b) zmiana tj. zmniejszenie ilości ton przewidzianych oraz gwarantowanych przez Zamawiającego do wykonania przewozów z bocznicy Ruch I na bocznice II i w związku z tym ilość mas przewożonych w obrębie bocznicy Ruch II,
 - c) wstrzymanie obsługi punktu rozładunkowego w torze 11a,
 - d) wstrzymanie produkcji przez zakład Przeróbczy Ruch II,
- 2) zmiana miejsca wykonania usług w zakresie wykonania remontów bieżących infrastruktury torowej obejmująca:
 - b) realizację niewykonanej części zamówienia tj. niewykonanej części zakresu remontów bieżących na bocznicy Ruch I,

17. Tryb wprowadzenia zmian treści umowy odbywał się będzie przez wprowadzenie aneksu do umowy po wypowiedzeniu przez zamawiającego postanowień umowy obejmujących zmieniany zakres z zachowaniem 3 - miesięcznego okresu wypowiedzenia.”

Na podstawie przywołanego brzmienia postanowień IPU skład orzekający Izby stwierdza, że ewentualne wprowadzenie przewidzianych tam zmian, nie zmieni umowy zawartej na czas oznaczony (tj. pierwotnie na 36 miesięcy) na umowę zawartą na czas nieoznaczony, ponieważ nadal umowa będzie zawarta na czas oznaczony, tyle, że krótszy niż pierwotny. Wobec tego nie można w ogóle mówić o naruszeniu przepisu art. 142 ust.1 ustawy Pzp.

Zgodzić się należy co do tego, że wykonawca winien dysponować niezbędną wiedzą potrzebną mu do podjęcia decyzji o ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego. Wiedza ta pozwoli wykonawcy ocenić ryzyko związane z konkretnym zamówieniem. Zarówno zamawiający, jak i odwołujący to spółki prawa handlowego, działające dla zysku, a zatem obie strony muszą traktować warunki przedmiotowego zamówienia jako elementy swoich decyzji biznesowych.

Oceniając postanowienia pkt 13 ppkt 6 - 8 i 17 Istotnych postanowień umowy z tej perspektywy stwierdzić należy, że są one dopuszczalne.

Przepis art. 144 zezwala na zmianę umowy o udzielenie zamówienia publicznego pod warunkiem jej przewidzenia w ogłoszeniu lub SIWZ oraz określenia jej warunków i nie wyłącza możliwości objęcia tymi zmianami żadnego z elementów umowy, tj. np. wielkości zamówienia, czy czasu jej trwania.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający przewidział możliwość dokonania zmiany (pkt 6 i 8 IPU) oraz określił warunki dokonania tej zmiany (pkt 7 IPU). Wykonawcom ubiegającym się o przedmiotowe zamówienia od początku zatem znane jest ryzyko związane z realizacją tego zamówienia.

Przewidziane zmiany dotyczą możliwego rozpoczęcia inwestycji budowy elektrowni na obszarze dotyczącym przedmiotowego zamówienia (KWK „Piast” Ruch II w Woli).

W ocenie składu orzekającego Izby, wbrew twierdzeniom odwołującego, sam fakt, że zamawiający jest właścicielem gruntów, budynków, budowli lub praw majątkowych do rozporządzania infrastrukturą, których przekazanie nastąpić ma w związku z planowaną budową, nie oznacza, że zamawiający dysponuje wystarczającą wiedzą i dyskrecjonalnością co do wskazanej budowy. Innymi słowy, dla samego zamawiającego termin rozpoczęcia, jak i czas, zasady oraz sposób realizacji inwestycji nie są do przewidzenia i nie zależą jedynie od jego decyzji (jak wskazano np. w pkt. 7.1.b IPU rozpoczęcie budowy elektrowni będzie

obejmowało wstrzymanie produkcji (ruchu) spowodowane zawartymi w przyszłości porozumieniami lub umowami).

W ocenie składu orzekającego Izby, zamawiający wykazał staranność w zapoznaniu potencjalnych wykonawców z zagrożeniami związanymi z realizacją przedmiotowego zamówienia odpowiednio do wiedzy i zakresu decyzyjności, jakim sam dysponuje. Nadto zadbał o zminimalizowanie występującego po stronie wykonawców ryzyka, poprzez zapewnienie wybranemu wykonawcy realizacji niewykonanej części zamówienia w zakresie remontów bieżących infrastruktury torowej na innej bocznicy (pkt 8.2.b IPU).

Wreszcie wskazać należy, że choć sama zmiana umowy we wskazanych ramach może być wynikiem wyłącznej decyzji zamawiającego (wypowiedzenie postanowień umowy obejmujących zmieniany zakres – pkt 18 IPU), to już decyzja o dalszej realizacji przedmiotu zamówienia będzie zależała od wykonawcy, ponieważ zmiana umowy będzie wymagała aneksu do umowy, a zatem zgodnego oświadczenia stron tej umowy (pierwsza część zdania pkt 17 IPU).

Dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że zaproponowane przez zamawiającego w postanowieniach przedmiotowego postępowania warunki zostaną zweryfikowane przez rynek potencjalnych wykonawców, w tym przez odwołującego, czego efektem może być zarówno złożenie ofert, ale i ich brak, co może zmusić zamawiającego do zmiany założonego rozkładu ryzyka i wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na innych zasadach.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1, art. 14, art. 22 ust. 1 pkt 1, art. 29 ust. 1 i 2, art. 140, art. 142 ust. 1 oraz art. 144 ustawy Pzp, wobec czego na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp zdanie pierwsze orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznał za uzasadnione koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 000 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:

.....

.....