

WYROK

z dnia 6 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący : Agnieszka Trojanowska

Protokolant : Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 kwietnia 2011 r.** w Warszawie odwołania z **24 marca 2011 r.** wniesionego przez wykonawcę **CTL Logistics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 49** w postępowaniu prowadzonym przez **Południowy Koncern Węglowy Spółkę Akcyjną z siedzibą w Jaworznie, ul. Grunwaldzka 37**

przy udziale **PKP Cargo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 17** przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1) oddala odwołanie;**
- 2) Kosztami postępowania obciąża **CTL Logistics Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 49** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **CTL Logistics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 49** tytułem wpisu od odwołania
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **CTL Logistics Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 49** na rzecz **Południowego Koncernu Węglowego Spółki Akcyjnej z siedzibą w Jaworznie, ul. Grunwaldzka 37** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonywanie przewozu węgla transportem kolejowym do wskazanych odbiorców węgla z Zakładów Górniczych Południowego Koncernu Węglowego S.A. zostało wszczęte przez zamawiającego Południowy Koncern Węglowy Spółkę Akcyjną z siedzibą w Jaworznie, ul. Grunwaldzka 37 ogłoszeniem o zamówieniu w siedzibie zamawiającego i na jego stronie internetowej w dniu 14 marca 2011r. oraz opublikowanym w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 12 marca 2011r. za numerem 2011/S 50-082374.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego www.pkwsa.pl w dniu 14 marca 2011r.

W dniu 24 marca 2011r. wniósł odwołanie na treść siwz wykonawca CTL Logistics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 49.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r. t.j. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób niekonkurencyjny, powodujący, że tylko jeden podmiot tj. PKP Cargo S.A. jest w stanie zrealizować całość niniejsze zamówienie ponieważ przewoźnicy inni niż PKP Cargo S.A. nie mają dostępu do infrastruktury kolejowej, której właścicielem jest PKP Cargo S.A., a co jest niezbędne do zrealizowania zamówienia, naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny uniemożliwiający sporządzenie rzetelnej oferty, tj. uniemożliwiający prawidłowe właściwe skalkulowanie ceny oferty, tj. nie określenie w sposób rzetelny tonażu do przewozu na poszczególnych trasach, naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający, a w zasadzie uniemożliwiający uczciwą konkurencję, ponieważ całość zamówienia (tj. usługi dostawy węgla na trasach wymienionych przez zamawiającego), określoną w SIWZ jest w stanie wykonać tylko jeden przewoźnik, inni przewoźnicy z uwagi na brak dostępu do infrastruktury kolejowej, której właścicielem jest PKP Cargo S.A. nie są w stanie wykonać wszystkich przewozów objętych zamówieniem, naruszenie art. 25 ustawy, art. 22 ust. 1 pkt. 4 w oraz art. 22 ust. 4 ustawy poprzez określenie w sposób nieprawidłowy warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego dysponowania odpowiednim taborem niezbędnym do realizacji postępowania, w sposób zawyżony, nieproporcjonalny do realizacji i potrzeb przedmiotu zamówienia, naruszenie art. 23 ust. 4, art. 36 ust. 2 pkt 1 ustawy poprzez niedopuszczenie możliwości składania ofert częściowych, mimo że złożenie oferty na całość zamówienia jest możliwe tylko przez jednego wykonawcę co z kolei stoi w sprzeczności z przepisami ustawy, w szczególności zasady uczciwej konkurencji, zaś odpowiedni podział zamówienia na części umożliwiłby innym wykonawcom złożenie oferty, naruszenie art. 42 ust. 1 ustawy poprzez nie umieszczenie na stronie zamawiającego SIWZ niniejszego postępowania od dnia publikacji ogłoszenia w niniejszej sprawie tj. od dnia 12.03.2011 a umieszczenie SIWZ

po tym terminie tj. 14.03.2011. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany treści SIWZ, w zakresie przedmiotu zamówienia w ten sposób by nie naruszały wymienionych przepisów ustawy, w szczególności dotyczących uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, podział zamówienia na części dotyczące odbiorców pozaenergetycznych i odbiorców energetycznych, zmiany warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednią ilością wagonów poprzez dostosowanie tych wartości do rzeczywistych potrzeb zamawiającego w niniejszym postępowaniu i w sposób niegodzący w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, bądź ewentualnie unieważnienia postępowania i obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego. Odwołujący wskazał, że ma interes prawny, ponieważ niezgodne z przepisami ustawy PZP postanowienia SIWZ, oraz ogłoszenia uniemożliwiają mu udział w postępowaniu, złożenie oferty i uzyskanie niniejszego zamówienia. W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający zastrzegł w treści SIWZ, iż nie dopuszcza składania ofert częściowych oraz wariantowych. Jednakże w odniesieniu do części relacji przewozowych objętych zamówieniem inny przewoźnik niż PKP CARGO SA nie ma możliwości złożenia wiążącej oferty z tego powodu, że na części tych stacji toru wyładunkowe są wyłącznie w gestii PKP CARGO SA. Brak ogólnodostępnego (publicznego) miejsca wyładunku uniemożliwia innemu przewoźnikowi złożenie wiążącej oferty i realizację przewozu. Tym samym zastrzeżenie dotyczące wyłączenia możliwości składania ofert częściowych eliminuje wszystkie inne podmioty poza PKP CARGO SA. PKP CARGO od czasu do czasu wpuszcza przewoźników na swoją infrastrukturę lecz warunki takiego wjazdu są wyjątkowo uciążliwe pod względem handlowym oraz organizacyjnym. Najczęściej jest jednak tak, iż PKP CARGO odmawia wjazdu na te tory. Przykładowo odwołujący wskazał punkty objęte zamówieniem, gdzie tory wyładunkowe są we władaniu PKP CARGO: Brzesko Okocim, Grabowo, Ława Główna, Katowice Logota, Kraków Gł. Towarowy, Krzeszowice, Łapy, Łomża, Mława, Nowy Sącz.

Ponadto odwołujący wskazał, że dotychczas zamawiający posiadał umowę z PKP CARGO zawartą w ramach PZP w trybie z wolnej ręki. Objęcie jednym zamówieniem wszystkich tras uniemożliwia innym podmiotom niż PKP CARGO S.A. realizację całości zamówienia, a co za tym idzie złożenie ofert. W istocie Zamawiający zdecydował o wyborze trybu konkurencyjnego z jednoczesnym narzuceniem warunków w SIWZ możliwych do spełnienia tylko przez dotychczasowego wykonawcę czyli PKP CARGO S. A. Układ tabel ofertowych stanowi prawie dokładne odwzorowanie tych tabel z byłej już umowy z PKP CARGO a przedziały tonażowe przesyłek odpowiadają paragrafowi z TT PKP CARGO (obowiązującej w okresie kiedy umowa była zawierana) dotyczącemu przesyłek całopociągowych. Ponadto odwołujący wskazał, że zamawiający wymaga również, aby wykonawca posiadał min. 3 000 sztuk wagonów (w tym 2400 Ea i 600 Fa), tymczasem na podstawie prostych wyliczeń, biorąc pod uwagę relacje

wskazane w SIWZ wynika, iż aby zrealizować wymagany przez zamawiającego tonaż ok. 3 500 000 ton w przewozach zwartych i rozproszony potrzeba jest ok. 750 wagonów. Odwołujący podniósł, że stwierdzenie powyższych naruszeń było możliwe dopiero po udostępnieniu przez zamawiającego szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, wykazu tras, co miało miejsce w dniu 14.03.2011, tj. po zamieszczeniu na stronie zamawiającego SIWZ, zawierającego te informacje.

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 marca 2011r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta odwołującego, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do odwołania. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 24 marca 2011r.

W dniu 25 marca 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym zamieszczając informację na stronie internetowej.

W dniu 28 marca 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło PKP Cargo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 17 wnosząc o odrzucenie ewentualnie oddalenie odwołania i wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż zamawiający prowadzi postępowanie w sposób zgodny z przepisami, a odwołanie ma na celu jedynie przedłużenie postępowania.

W uzasadnieniu podniósł, że zarzuty odwołującego dotyczą głównie zaniechania zamawiającego podziału zamówienia na części oraz czynności określenia warunku udziału w postępowaniu. Zgłaszający przystąpienie podniósł, że fakt nie dokonania podziału zamówienia na części oraz treść warunku udziału w postępowaniu wynikały wprost z ogłoszenia o zamówieniu, które zostało opublikowane w dniu 12 marca 2011r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zatem zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 22 marca 2011r. Przedmiotowe odwołanie zostało wniesione z uchybieniem temu terminowi i powinno zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez pełnomocnika działającego w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 28 marca 2011r. udzielone przez dwóch członków zarządu zgłaszającego przystąpienie, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do przystąpienia. Zgłoszenie przystąpienia zostało przekazane zamawiającemu i odwołującemu w dniu 28 marca 2011r. faksem i drogą elektroniczną.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu publicznym i specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, informacji o wniesieniu odwołania oraz dowody przedłożone przez odwołującego na rozprawie w postaci regulaminu przydzielania tras pociągów i korzystania z przydzielonych tras pociągów przez

licencjonowanych przewoźników kolejowych w rakach rj 2010/2011 oraz wykazu odległości do terminali towarowych, punktów zaopatrzenia w paliwo, torów postojowych i punktów utrzymania pojazdów kolejowych i umowy o świadczenie usług przewozów kolejowych nr 3555127 z dnia 20 grudnia 2007r., a także przedłożonego przez przystępującego ramowego regulaminu korzystania przez licencjonowanych przewoźników kolejowych z budynków i budowli służących do obsługi przewozu rzeczy z 22 listopada 2007r. ze zmianą z dnia 10 listopada 2009r.

Izba nie dopuściła dowodu z informacji o wynikach kontroli działalności PKP Cargo S.A. na rynku przewozów krajowych i międzynarodowych, z uwagi na to, że postępowanie kontrolne było prowadzone za okres 2006 – I półrocze 2008, zatem trzy lata przed wszczęciem przedmiotowego postępowania, a odwołujący nie wykazał, że PKP Cargo S.A. w okresie od wszczęcia postępowania do daty wyrokowania prowadzi swoją działalność na rynku towarowych przewozów krajowych w analogiczny sposób, jak w okresie objętym kontrolą.

Powołany dowód, mógłby jedynie posiłkowo dowodzić twierdzeń odwołującego, ale z braku innych dowodów nie da się z niego wyprowadzić logicznych wniosków, co do aktualnego stanu udostępniania przez PKP Cargo infrastruktury kolejowej. Dowód ten nie służy zatem wykazaniu okoliczności mających istotne znaczenie w przedmiotowej sprawie.

Na podstawie przedłożonych dowodów, Izba ustaliła, że:

W sekcji II ogłoszenia Przedmiot zamówienia zamawiający podał nazwę nadaną zamówieniu przez podmiot zamawiający tj. wykonywanie przewozu węgla transportem kolejowym do wskazanych odbiorców węgla z Zakładów Górniczych Południowego Koncernu Węglowego SA. Wskazał, że głównym miejscem świadczenia usług będzie Południowy Koncern Węglowy SA Zakład Górniczy Sobieski w Jaworznie oraz Zakład Górniczy Janina w Libiążu.

W ramach krótkiego opisu zamówienia lub zakupu podał, że przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usługi przewozu węgla kamiennego kolejowym transportem towarowym w komunikacji krajowej do wskazanych odbiorców węgla z Zakładów Górniczych Południowego Koncernu Węglowego SA. Przewozy odbywać się będą z ZG Janina w Libiążu i ZG Sobieski w Jaworznie. Przewozy węgla realizowane będą przy użyciu wagonów węglarek serii E oraz wagonów serii F. Przesyłki będą nadawane w formie pojedynczych wagonów, grup wagonów lub składów całopociągowych. Przesyłki odbierane będą przez przewoźnika z bocznic ZG Janina oraz ZG Sobieski trakcją spalinową. Usługa realizowana będzie w okresie od dnia zawarcia umowy do dnia 31.12.2011 r. Przewidywana ilość węgla do przewiezienia w ramach tej usługi w tym okresie wynosi ok. 3 200 000 ton.

Zamawiający w ogłoszeniu nie przewidział podziału na części (sekcja II.1.8)

W sekcji III.2.3. Zdolność techniczna – zamawiający wskazał, że uzna, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie wiedzy i

doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jeżeli:

1. wykonawca wykaże się w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należytą realizacją usług w zakresie transportu kolejowego węgla lub innych paliw stałych wytwarzanych z węgla, których wartość brutto średnio w skali roku jest nie mniejsza niż: 30 000 000 PLN, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu zamawiający oczekiwał dołączenia do oferty wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług transportu kolejowego węgla lub innych paliw stałych wytwarzanych z węgla w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania powyższego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wzór wykazu stanowił załącznik nr 3 do SIWZ.

2. wykonawca dysponuje odpowiednią ilością wagonów węglarek czteroosiowych, lub/i wagonów samowładowczych i odpowiednią ilością lokomotyw, gwarantującą zrealizowanie przedmiotu zamówienia, co oznacza, że minimalna liczba wagonów i lokomotyw będących w dyspozycji wykonawcy będzie nie mniejsza niż:

- wagony typu Fa – min. 600 szt,
- wagony typu Ea – min. 2 400 szt,
- lokomotywy – min 100 szt.

Wagony i lokomotywy, którymi dysponuje wykonawca winny spełniać wymogi określone w art. 23 ust. 1 i art. 24 ust. 1 ustawy o transporcie kolejowym. Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu zamawiający oczekiwał dołączenia do oferty wykazu urządzeń technicznych (wagonów i lokomotyw spełniających wymogi określone w art. 23 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 ustawy o transporcie kolejowym) dostępnych wykonawcy celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami.

W rozdziale II siwz Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków zamawiający w ramach warunku wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego powtórzył wymogi wskazane w sekcji III.2.3 ogłoszenia. W załączniku nr 1 do siwz zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia, gdzie w pkt 1 zawarł wykaz odbiorców energetycznych : PKE S.A. Elektrownia Łaziska, PKE S.A. Elektrociepłownia Katowice, PKE S.A. Elektrownia Siersza, PKE S.A. Elektrownia Łagisza Ea, PKE S.A. Elektrownia Jaworzno III, PKE S.A. Elektrownia Jaworzno II, PKE S.A. ZEC Bielsko-Biała EC2. Do przewozu dla odbiorców energetycznych przewidzianych jest łącznie

ok. 2 580 000 ton węgla.

W pkt 2 załącznika nr 2 zamawiający wskazał odbiorców pozaenergetycznych, określając ich jako rozproszonych na terenie całej Polski. W ramach tych dostaw miało być dostarczonych ok. 620 000 ton. Wykaz stacji, do których realizowane będą wysyłki węgla Zamawiającego stanowi załącznik nr 1a do SIWZ, który wskazuje na 184 stacje, w tym 11 stacji wskazanych przez odwołującego w odwołaniu, jako stanowiących własność PKP Cargo S.A.

Wykaz odbiorców sektora energetycznego w umowie z dnia 20 grudnia 2007r. nie obejmował Elektrowni Jaworzno I i II, ani ZEC Bielsko –Biała EC2. Wykaz odbiorców pozaenergetycznych z umowy z dnia 20 grudnia 2007r. nie pokrywa się z wykazem zawartym w załączniku nr 1 do siwz. Część stacji jest taka sama, część stacji występujących w umowie z dnia 20 grudnia 2007r. nie występuje w załączniku nr 1 do siwz, część stacji podanych w załączniku nr 1 nie występuje w umowie z 20 grudnia 2007r. Izba stwierdza, że różnice w stacjach wynoszą około 1/3 wszystkich wskazanych stacji.

W par 9 regulaminu przydzielania tras pociągów i korzystania z przydzielonych tras pociągów (...) określono sytuacje, w których PKP PLK S.A. może ograniczyć dostępność infrastruktury kolejowej i wskazano, że ograniczenia eksploatacyjne wynikać mogą między innymi z:

- 1) planowych zamknięć torowych wynikających z robót inwestycyjnych, modernizacyjnych, remontowych i bieżącego utrzymania,
- 2) nieplanowych zamknięć torowych wynikających z uszkodzeń infrastruktury kolejowej,
- 3) czasowych ograniczeń w użytkowaniu fragmentów linii kolejowych lub pracy posterunków ruchu zawartych w załączniku 2.7,
- 4) uszkodzeń taboru,
- 5) wystąpienia sytuacji nadzwyczajnych lub kryzysowych,
- 6) zagrożenia bezpieczeństwa ruchu lub bezpieczeństwa przewozu osób i rzeczy,
- 7) potrzeb związanych z bezpieczeństwem i obronnością państwa.

Natomiast w Ramowym Regulaminie PKP Cargo wskazano, że ta spółka nie zawiera umów na korzystanie z majątku, o którym mowa w regulaminie, w przypadku pełnego ich wykorzystania przez spółkę bądź klientów, dla których spółka świadczy usługi przewozowe, lub z powodu ograniczeń eksploatacyjnych spowodowanych złym stanem technicznym budowli lub urządzeń.

Izba zważyła co następuje :

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest licencjonowanym przewoźnikiem kolejowym i może świadczyć usługi objęte przedmiotowym zamówieniem, a jego odwołanie zmierza do umożliwienia mu złożenia oferty i pozyskania zamówienia. Może także ponieść szkodę w sytuacji, gdyby zarzuty się potwierdziły, a zamawiający rzeczywiście utrudnił wykonawcom dostęp do zamówienia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób niekonkurencyjny, powodujący, że tylko jeden podmiot tj. PKP Cargo S.A. jest w stanie zrealizować całość niniejsze zamówienie ponieważ przewoźnicy inni niż PKP Cargo S.A. nie mają dostępu do infrastruktury kolejowej, której właścicielem jest PKP Cargo S.A. a co jest niezbędne do zrealizowania zamówienia i art. 29 ust. 2 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający, a w zasadzie uniemożliwiający uczciwą konkurencję, ponieważ całość zamówienia (tj. usługi dostawy węgla na trasach wymienionych przez zamawiającego), określoną w SIWZ jest w stanie wykonać tylko jeden przewoźnik, inni przewoźnicy z uwagi na brak dostępu do infrastruktury kolejowej, której właścicielem jest PKP Cargo S.A. nie są w stanie wykonać wszystkich przewozów objętych zamówieniem,

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba wskazuje, że art. 29 ust. 2 ustawy stanowi zakaz takiego opisu przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Użyte przez ustawodawcę sformułowanie „mógłby” wskazuje, że dla wykazania naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy wystarczy uprawdopodobnienie utrudnienia uczciwej konkurencji. Obowiązek tego uprawdopodobnienia obciąża odwołującego. Uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji na gruncie art. 29 ust. 2 ustawy nie oznacza, uchylenia ciężącego, co do zasady na odwołującym obowiązku dowodowego. Odwołujący na gruncie art. 29 ust. 2 ustawy nie ma obowiązku wykazania, a więc udowodnienia ponad wszelką wątpliwość, że opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez zamawiającego utrudnia uczciwą konkurencję. Taki bowiem dowód mógłby być albo bardzo trudny do przeprowadzenia, albo wręcz niemożliwy. Udowodnienie utrudniania uczciwej konkurencji musiałoby się bowiem sprowadzać, do przedstawienia oferty rynkowej wszystkich przewoźników, że nie są oni w stanie wykonać przewozów po trakcji spalinowej z zakładów górniczych zamawiającego do wskazanych odbiorców lub stacji, z uwagi na odmowę udostępnienia infrastruktury kolejowej przez PKP Cargo. W tej sytuacji ustawodawca przewidział, że wystarczające będzie uprawdopodobnienie przez wykonawcę powołującego zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy, że czynności zamawiającego utrudniają uczciwą konkurencję. To uprawdopodobnienie sprowadza się do wykazania (a więc udowodnienia), jedynie tego, że to odwołujący nie może złożyć oferty na warunkach uczciwej konkurencji w skutek dokonanego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Obowiązek dowodowy obciążający

odwołującego została zatem w tym przypadku znacznie zawężony i ograniczony jedynie do dowodów, które są odwołującemu znane i dla niego bez trudności dostępne. Dopiero takie uprawdopodobnienie otwiera drogę do przeniesienia na zamawiającego ciężaru dowodu przeciwnego, że nie utrudnił uczciwej konkurencji poprzez opis przedmiotu zamówienia, gdyż ofertę jest w stanie złożyć więcej niż jeden lub kilku wykonawców, których odwołujący wskazuje jako preferowanych, albo, że wprowadzie zamawiający preferuje określony sposób świadczenia usługi, ale ta preferencja znajduje usprawiedliwienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Odwołujący nie przedstawił takiego dowodu. Nie wykazał, że odmówiono mu lub zaproponowano na niekonkurencyjnych warunkach udostępnienie infrastruktury kolejowej, że nie jest możliwe wykonanie przewozów po trakcji spalinowej z wyłączeniem konieczności korzystania z infrastruktury PKP Cargo. Izba zwraca uwagę stron na fakt, iż jedynie fakty powszechnie znane, a więc fakty znane przeciętnemu człowiekowi bez konieczności sięgania do wiedzy specjalnej, nie wymagają dowodu. Natomiast z obowiązku dowodzenia nie zwalnia stron fakt, o którym wiedza jest dostępna ogółowi (np. poprzez zamieszczenie na stronie internetowej), ale nie jest wiedzą powszechną. Sam fakt możliwości dostępu do określonych informacji nie oznacza jeszcze, że informacje te są powszechnie znane, choć są powszechnie dostępne. Odwołujący wskazał jedynie na pewną praktykę przystępującego i na to, że w latach 2006 – 2008 taka odmowa dostępu do infrastruktury miała miejsce. W ocenie Izby odwołujący nie uprawdopodobnił naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy, ani naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, że wskazanie w załączniku nr 1 do siwz konkretnych stacji jest spowodowane rzeczywistymi potrzebami zamawiającego wynikającymi z zawartych umów z odbiorcami węgla. Wyjaśnienia te potwierdza częściowo także umowa z 20 grudnia 2007r., w której przyporządkowano odbiorców węgla poszczególnym stacjom. Izba natomiast nie zgadza się z oświadczeniem zamawiającego złożonym na rozprawie, że jego nie interesują wzajemne spory wykonawców w tym toczące się przed NIK czy UOKiK. Izba zwraca uwagę zamawiającego, że na etapie oceny ofert ustalenia powyższych organów mogą mieć znaczenie dla oceny ofert w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 3 lub 4 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny uniemożliwiający sporządzenie rzetelnej oferty, tj. uniemożliwiający prawidłowe właściwe skalkulowanie ceny oferty, tj. nie określenie w sposób rzetelny tonażu do przewozu na poszczególnych trasach

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Z załącznika nr 1 do siwz wynika, że przewóz węgla ma następować z Zakładu Górniczego Janina w Libiążu do stacji wskazanych w załączniku nr 1 do

załącznika nr 1 do siwz i z Zakładu Górniczego Sobieski w Jaworznie także do stacji wskazanych w załączniku nr 1 do załącznika nr 1 do siwz. W załączniku nr 2 do załącznika nr 1 do siwz w tabeli 1 zamawiający w kolumnie 1 posłużył się pojęciem „odległość w km do”. Z treści załącznika nr 1 do siwz i załącznika nr 2 do załącznika nr 1 do siwz w ocenie Izby wynika jednoznacznie, że w formularzu cenowym na stronie 23 kolumnę 1 zatytułowaną „Odległ [km]” należy rozumieć przez pryzmat postanowień załącznika nr 1 do siwz, a więc nie jako hipotetyczną odległość przyjmowaną w taryfach różnych przewoźników, ale rzeczywistą odległość od punktu ładunkowego, do stacji wyładunkowej liczoną w kilometrach, z uwzględnieniem przedziału kilometrażowego, w jakim dana odległość się mieści.. W ocenie Izby opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie jest jednoznaczny i wyczerpujący. Taką wykładnię postanowień siwz potwierdził również na rozprawie zamawiający. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy, art. 22 ust. 1 pkt. 3 w oraz art. 22 ust. 4 ustawy poprzez określenie w sposób nieprawidłowy warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego dysponowania odpowiednim taborem niezbędnym do realizacji postępowania, w sposób zawyżony, nieproporcjonalny do realizacji i potrzeb przedmiotu zamówienia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał, że wymóg dysponowania potencjałem technicznym na poziomie 3000 wagonów jest wymogiem nieadekwatnym do przedmiotu zamówienia. Zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 1 , art. 22 ust. 1 pkt 3 i art. 22 ust. 4 ustawy wymaga udowodnienia zasadności twierdzeń o braku proporcjonalności postanowionego warunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący w tym zakresie ograniczył jednak wyłącznie do twierdzeń o według niego właściwym i wystarczającym taborze do realizacji przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby nie jest to wystarczające i nie może stanowić udowodnienia postawionego zarzutu. Dowód taki obciążał odwołującego z mocy art. 190 ust. 1 ustawy. Odwołujący nie przedstawił dowodów np. w postaci wyciągów z postępowań innych spółek węglowych, czy nawet samego zamawiającego o przedmiocie zamówienia adekwatnym do spornego postępowania, z których wynikałby wymagany tabor, ani nie wnioskował o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego do spraw przewozów towarowych, który udzieliłby informacji specjalnych, jaki tabor jest potrzebny do wykonania przewozów do wskazanych przez zamawiającego w załączniku nr 1 do siwz odbiorców z uwzględnieniem wskazanych Zakładów zamawiającego oraz projektowanego tonażu i zakładanej częstotliwości dostaw. Przedstawiona przez odwołującego symulacja szacunkowej ilości taboru, stanowi wyłącznie tabelaryczną prezentację stanowiska odwołującego, ale nie stanowi dowodu w rozumieniu art. 190 ustawy. Z tych względów Izba stwierdza, że odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego art. 25 ust. 1 pkt 1, art. 22 ust. 1 pkt 3 i art. 22 ust. 4 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 32 ust. 4, art. 36 ust. 2 pkt 1 ustawy poprzez niedopuszczenie możliwości składania ofert częściowych, mimo że złożenie oferty na całość zamówienia jest możliwe tylko przez jednego wykonawcę co z kolei stoi w sprzeczności z przepisami ustawy, w szczególności zasady uczciwej konkurencji, zaś odpowiedni podział zamówienia na części umożliwiłby innym wykonawcom złożenie oferty,

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Możliwość udzielenia zamówienia w częściach jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego i taki obowiązek nie może być wywodzony z art. 7 ust. 1 lub 3 ustawy. Gdyby wolą ustawodawcy było nałożenie na zamawiającego w określonych sytuacjach np. zwiększenia konkurencyjności postępowania, obowiązku umożliwiania wykonawcom składania ofert częściowych, to taki obowiązek wynikałby wprost z przepisów ustawy. Obowiązku obciążającego zamawiającego nie można domniemywać, ani wywodzić go z zasad ogólnych postępowania. Tak samo, jak zamawiający nie może z zasad ogólnych postępowania wywodzić nieprzewidzianych w ustawie obowiązków wykonawców. Przepisy ustawy stanowiące o podziale zamówienia na części tj. art. 2 pkt 6, art. 6a, art. 32 ust. 2 i 4, art. 36 ust. 2 pkt 1 czy 83 ustawy wskazują na to, że to zamawiający podejmuje decyzję, czy chce zamówienia udzielić w częściach i zezwolić na składanie ofert częściowych czy też nie. Jedynym przepisem ograniczającym zamawiającego w swobodzie podjęcia takiej decyzji jest art. 32 ust. 2 ustawy, który stanowi o zakazie podziału zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Izba nie może zatem uznać czynności niedokonania podziału zamówienia na części za czynność sprzeczną z przepisami ustawy i nakazać zamawiającemu dokonanie takiego podziału. Podniesione, jako podstawa prawna zarzutu, przepisy ustawy stanowią zresztą wyraźnie o sposobie obliczenia wartości szacunkowej zamówienia (art.32 ust. 4 ustawy) i obowiązku zamieszczenia opisu przedmiotu zamówienia dla poszczególnych jego części (art. 36 ust.2 pkt 1 ustawy) wyłącznie, jeśli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych. Izba nie dopatrzyła się zatem w działaniu zamawiającego naruszenia art. 32 ust. 4 i art. 36 ust. 2 pkt 1 ustawy. Na marginesie jedynie Izba zauważa, że zaproponowany przez odwołującego podział na odbiorców energetycznych i pozaenergetycznych, mógłby również nie rozwiązać problemu odwołującego, w przypadku odmowy przez PKP Cargo udostępnienia infrastruktury. Wniosek taki wynika, że analizy stacji wskazanych przez odwołującego, jako pozostających we władaniu PKP Cargo. Odwołujący wskazał te stacje w odniesieniu do odbiorców pozaenergetycznych, co oznaczałoby, że zamierza ubiegać się o tę część zamówienia, która dotyczy odbiorców energetycznych. Jednakże wśród odbiorców energetycznych znajduje się ZEC Katowice, a stacja, którą odwołujący wskazał jako należącą do PKP CARGO, to Katowice Ligota. Zatem również i w zakresie tych odbiorców, gdyby PKP Cargo dążąc do osiągnięcia pozycji monopolisty odmówiło udostępnienia, odwołujący nie mógłby zrealizować zamówienia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 42 ust. 1 ustawy poprzez nie umieszczenie na stronie zamawiającego SIWZ niniejszego postępowania od dnia publikacji ogłoszenia w niniejszej sprawie tj. od dnia 12.03.2011 a umieszczenie SIWZ po tym terminie tj. 14.03.2011.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Art. 42 ust. 1 ustawy stanowi, że siwz zamieszcza się w przetargu nieograniczonym od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert. Bezsporne jest, że ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 12 marca 2011r. w sobotę, a siwz została zamieszczona na stronie zamawiającego w dniu 14 marca 2011r. tj. w poniedziałek. Jednakże Izba, mimo uwzględnienia tego zarzutu, zobowiązana była oddalić odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy, gdyż stwierdzone naruszenie nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Termin składania ofert zgodnie z ogłoszeniem upłynął w dniu 5 kwietnia 2011r., a zatem zamawiający przewidział 24 dni od opublikowania ogłoszenia, a od przekazania ogłoszenia 27 dni na przygotowanie i złożenie ofert, a o planowanym zamówieniu ogłoszenie informacyjne ukazało się 22 lipca 2010r., a więc na więcej niż 52 dni przed dniem przekazania ogłoszenia do publikacji. Zamawiający udzielił zatem wszystkim wykonawcom jednakowego terminu na składanie ofert i termin ten jest zgodny z art. 135 ust. 4 pkt 1 ustawy. Izba nie stwierdziła, że uchybienie przez zamawiającego art. 42 ust. 1 ustawy mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a odwołujący nie wykazał, że wykonawcy nie byli traktowani jednakowo i że część z nich dysponowała treścią siwz od chwili opublikowania ogłoszenia.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 2 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) oraz Izba uwzględniła koszty zamawiającego z tytułu zastępstwa prawnego na podstawie przedłożonego rachunku (§ 5 ust. 3 pkt 1 cyt. Rozporządzenia).

Przewodniczący :

.....