

WYROK
z dnia 5 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 kwietnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2012 r.

przez wykonawcę: **DB Schenker Rail Polska Spółka Akcyjna, 41-800 Zabrze, ul. Wolności 337**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Katowicki Holding Węglowy Spółka Akcyjna, 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18**

przy udziale wykonawcy: **PKP CARGO SERVICE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu udostępnienie wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń informacji o prawach i obowiązkach wynikających z umowy na korzystnie z infrastruktury kolejowej zawartej z CTL Maczki Bór, które będzie zobowiązany przejąć wykonawca wyłoniony w postępowaniu.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego DB Schenker Rail Polska S.A. z siedzibą w Zabrzu tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. z siedzibą w Katowicach na rzecz odwołującego DB Schenker Rail Polska S.A.**

z siedzibą w Zabrze kwotę **18859 zł 50 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset pięćdziesiąt dziewięć złotych pięćdziesiąt groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika, koszty dojazdu na wyznaczone posiedzenie i opłatę skarbową od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Katowicki Holding Węglowy S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na usługi pn. *Świadczenie usług w zakresie przewozu masy towarowej, obsługi załadunku, rozładunku wagonów oraz pełnej obsługi infrastruktury bocznic kolejowych KHW SA. KWK „Murcki-Staszic” ruch „Staszic” i ruch „Boże Dary” z wykorzystaniem składników majątkowych Zamawiającego* (oznaczenie sprawy: ZP/784/2011).

Ogłoszenie o zamówieniu sektorowym zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2012/S_36-058564 z 22 lutego 2012 r. Tego samego dnia Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.khw.pl), na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”). Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 pzp.

26 marca 2012 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie *od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego (...)* polegających na:

- 1) *naruszeniu art. 7 pzp oraz art. 29 ust. 1 pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu oraz innym Uczestnikom niniejszego postępowania wszystkich i aktualnych umów na korzystanie z infrastruktury kolejowej, do których zawarcia Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę którego oferta zostanie wybrana w toku postępowania o udzielenie zamówienia,*
- 2) *naruszeniu przepisu art. 483 § 1 Kc w związku z art. 471 Kc i art. 353¹ Kc w związku z art. 139 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 5 Kc poprzez ustalenie w § 10 ust. 1 pkt c) Istotnych Postanowień Umowy (str. 64 SIWZ), iż „Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu kary umowne w wysokości 0,2 % wartości przedmiotu umowy netto, za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy z powodu okoliczności, za które nie odpowiada Zamawiający.*

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) *aby udostępnił Odwołującemu oraz pozostałym Uczestnikom postępowania wszystkie i aktualne umowy na korzystanie z infrastruktury kolejowej, do których zawarcia Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę którego oferta zostanie wybrana w toku*

postępowania o udzielenie zamówienia względnie nakazanie Zamawiającemu udostępnienia informacji o wysokości aktualnych stawek czynszu dzierżawnego zawartych w przedmiotowych umowach,

- 2) *zmianę § 10 ust. 1 pkt c) Istotnych Postanowień Umowy, poprzez zapisanie w § 10 ust. 1 pkt c), iż Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu kary umowne „w wysokości 0,2 % wartości przedmiotu umowy netto, za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca”.*

Odwołujący podał następujące okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Ad. 1)

Zamawiający wymaga od wykonawcy, który zostanie wybrany w przedmiotowym postępowaniu zawarcia umów na korzystanie z infrastruktury kolejowej niezbędnej do realizacji przedmiotu umowy. W pkt. 1.3 s.i.w.z. Zamawiający zobowiązał wykonawcę do:

1.3.2. *Przejęcia praw i obowiązków Zamawiającego w sprawach wynikających z umowy na korzystanie z infrastruktury kolejowej zawartej z CTL Maczki Bór. Należności z tytułu ww. umowy pokrywa Wykonawca. Umowa do wglądu w Dziale Umów KWK „Murcki-Staszic” – tel. 32-605 5723.*

1.3.3. *Zawarcia z PKP PLK S.A. właściwej umowy w zakresie korzystania z usług i infrastruktury kolejowej przypadających PKP PLK S.A. za dzierżawę, konserwację utrzymanie infrastruktury kolejowej oraz obsługę posterunków ruchu. Zakres rzeczowy do wglądu w Dziale Umów KWK „Murcki-Staszic”. Należności z tytułu tej umowy pokrywa Wykonawca we własnym zakresie.*

W związku z tak określonymi obowiązkami pismem z 9 marca 2012 r. Wykonawca zwrócił się do Zamawiającego o umożliwienie wglądu do aktualnie obowiązujących umów: (1) na korzystanie z infrastruktury kolejowej – zawartych z PKP PLK S.A., (2) na obsługę posterunków ruchu – zawartą z PKP PLK S.A., (3) na korzystanie z infrastruktury kolejowej – zawartą z CTL Maczki Bór S.A., (4) na przeglądy i konserwację sieci trakcyjnej powrotnej. Na uzasadnienie swojego wniosku Wykonawca wskazał, iż w trakcie wizji lokalnej jego przedstawicielom zostały przedstawione do wglądu nieaktualne umowy z 2002 r. Jednocześnie Wykonawca Odwołujący podkreślił, że powyższe informacje są niezbędne do opracowania rzetelnej kalkulacji kosztów.

W odpowiedzi Zamawiający w wyjaśnieniach s.i.w.z. 16 marca 2012 r. poinformował, iż umowy, o których mowa w p. 6 ww pisma, to umowy na dzierżawę i dostęp do infrastruktury kolejowej zawarł przez KWK Murcki i KWK Staszic obecnie KWK „Murcki-Staszic” z PKP PLK oraz KP Maczki Bór obecnie CTL Maczki Bór. Obecnie ww. umowy zawarte są przez Wykonawców obsługujących bocznice – dla Ruchu „Boże Dary” przez PKP

Cargo z PKP PLK, dla Ruchu Staszic przez DB Schenker Rail Polska z PKP PLK i CTL Maczki Bór.

Zamawiający nie tylko nie udostępnił Wykonawcy wglądu do przedmiotowych umów, ale nawet nie wskazał aktualnych stawek dzierżawy z nich wynikających, odsyłając w tym zakresie do podmiotów trzecich będących stronami ww. umów.

Identyczne stanowisko zaprezentował Zamawiający w wyjaśnieniach s.i.w.z. z 19 marca 2012 r. w odpowiedzi na pytanie nr 19, w którym wykonawcy zwrócili się o *udostępnienie wykazu przywołanych w SIWZ i innych umów (treść do wglądu) dla poszczególnych bocznic, które Wykonawca będzie zobowiązany przejąć lub ich zapisy będą miały wpływ na realizację przedmiotu zamówienia.*

Zamawiający odpowiedział, iż *Umowy, o których mowa w SIWZ, to umowy na dzierżawę i dostęp do infrastruktury kolejowej zawarte przez Wykonawców obsługujących bocznicę kolejową: zawarte są przez:*

- dla Ruchu „Boże Dary” zawarte przez PKP Cargo z PKP PLK S.A.,
- dla Ruchu „Staszic” zawarte przez DB Schenker Rail Polska S.A. z PKP PLK S.A. i CTL Maczki Bór S.A. Zamawiający nie posiada w/w umów.

Zamawiający zatem konsekwentnie odmawia udostępnienia do wglądu przedmiotowych umów, podnosząc, iż nie jest w ich posiadaniu i odsyłając w tym zakresie do podmiotów będących stronami tych umów.

W ocenie Odwołującego przez zaniechanie udostępnienia umów wskazanych w s.i.w.z. Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 pzp oraz art. 7 ust. 1 pzp. Z przepisu art. 29 ust. 1 pzp wynika, iż opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. W niniejszym postępowaniu jednym z takich czynników wpływających na obliczenie ceny są koszty wynikające z umów na korzystanie z infrastruktury kolejowej, które wybrany wykonawca będzie miał obowiązek zawrzeć. Skoro Zamawiający wymaga w związku z realizacją zamówienia zawarcia takich umów, to powinien w tym zakresie udostępnić uczestnikom postępowania wszelkie aktualne informacje. Istotna jest możliwość wglądu do wszystkich dotychczasowych umów, tak by wykonawcy mogli zapoznać się z prawami i obowiązkami wynikającymi z przedmiotowych umów. Zamawiający co najmniej powinien udostępnić wykonawcom aktualne stawki czynszu dzierżawnego z tytułu korzystania z infrastruktury kolejowej. Kwoty te stanowią bowiem koszt wykonawcy i niewątpliwie mają wpływ na kalkulację ceny, a tym samym na sporządzenie oferty.

Nie jest rolą wykonawcy poszukiwanie informacji pozwalających na prawidłowe przygotowanie oferty w oparciu o wszelkie informacje mające wpływ na kalkulację ceny. Wykonawca może nie mieć możliwości dostępu do umów zawartych przez podmioty trzecie,

gdyż strony takich umów nie mają obowiązku udostępnienia kopii dotychczasowej umowy lub chociażby podania stawek czynszu dzierżawnego z niej wynikających. Zakaz udostępnienia jakichkolwiek informacji może wynikać wprost z dotychczasowej umowy. Odwołujący, zgodnie z informacjami podanymi przez Zamawiającego w ww. wyjaśnieniach, jest stroną jednej z umów na korzystanie z infrastruktury kolejowej, tj. umowy z 6 grudnia 2010 r. zawartej z PKP PLK S.A. W § 6 ust. 10 tej umowy przewidziano zakaz udostępniania informacji dotyczących działalności gospodarczej drugiej strony w związku z wykonywaniem umowy. Prawa i obowiązki wynikające z przedmiotowej umowy, w tym wysokość stawek dzierżawnych, są informacjami dotyczącymi działalności gospodarczej drugiej strony. Zatem bez zgody PKP PLK S.A. Odwołujący nie może udostępnić tekstu przedmiotowej umowy, czy choćby stawki czynszu dzierżawnego innym potencjalnym wykonawcom, którzy w wyniku odmowy podania tych informacji przez Zamawiającego zwróciliby się do Odwołującego o wgląd do przedmiotowej umowy. Możliwe, że w pozostałych umowach, według Zamawiającego niebędących w jego posiadaniu, również zawarte są klauzule o zachowaniu poufności i strony tych umów również nie będą mogły ich udostępnić, lub po prostu odmówią ze względu na brak takiego obowiązku.

W związku z powyższym Zamawiający, przez zaniechanie udostępnienia *Wykonawcom wszystkich i aktualnych umów na korzystanie z infrastruktury kolejowej*, naruszył art. 29 ust. 1 pzp., uniemożliwiając wykonawcom dostęp do informacji mających istotny wpływ na kalkulację ceny, a tym samym prawidłowe przygotowanie oferty.

Przedmiotowe zaniechanie Zamawiającego stanowi również naruszenie wynikającej z art. 7 ust. 1 pzp zasady uczciwej konkurencji. Jak to wskazano powyżej część wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu jest w posiadaniu informacji dotyczących niektórych umów. Np. Odwołujący posiada informacje wynikające ze wskazanej powyżej umowy z dnia 6 grudnia 2010 r., niemniej jednak nie posiada informacji wynikających z pozostałych umów, których Zamawiający nie udostępnił. W konsekwencji Zamawiający doprowadził do sytuacji, iż poszczególni uczestnicy postępowania są w posiadaniu części informacji, których nie posiadają inni uczestnicy. Oczywiście jest przy tym, że potencjalni uczestnicy, którzy dotychczas nie świadczyli usług dla Zamawiającego i nie zawierali żadnych umów na korzystanie z infrastruktury kolejowej, nie posiadają żadnych informacji w tym zakresie. A zatem pozycja poszczególnych wykonawców została zróżnicowana, uniemożliwiając tym samym zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Ad. 2)

W § 10 ust. 1 pkt c) Istotnych postanowień umowy (str. 64 s.i.w.z.) Zamawiający wprowadził następujące postanowienie: *Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu kary umowne w wysokości 0,2 % wartości przedmiotu umowy netto, za*

każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy z powodu okoliczności, za które nie odpowiada Zamawiający. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie przedmiotowego postanowienia umowy. W wyjaśnieniach s.i.w.z. z 19 marca 2012 r. (pytanie i odpowiedź nr 30) Zamawiający podtrzymał to postanowienie s.i.w.z.

Zgodnie z art. 483 § 1 kc szkoda wynikła z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania może zostać naprawiona poprzez zapłatę zastrzeżonej w umowie kary umownej. Z kolei z art. 471 kc wynika, iż dłużnik nie odpowiada jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Proponowane przez Zamawiającego postanowienie oznacza, iż wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej nie tylko w przypadku okoliczności leżących po stronie wykonawcy, ale także gdy zwłoka w wykonaniu przedmiotu umowy wynikać będzie z okoliczności zależnych od osób trzecich.

W wyroku KIO z 15 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1387/10) tymczasem wskazano, że: *Niedopuszczalne jest nakładanie na wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi powstałe wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności.*

W związku z powyższym należy uznać, że Zamawiający przekroczył granice swobody umów ustalone w 353¹ kc. Zamawiający naruszył tym samym art. 483 § 1 kc w zw. z art. 471 kc i art. 353¹ kc w związku z art. 139 ust. 1 pzp, art. 7 ust. 1 pzp oraz art. 5 kc.

Odwołujący wyjaśnił także, iż wynikający z art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp termin do wniesienia odwołania został zachowany, ponieważ:

- w zakresie zarzutu 1) – pierwsza informacja Zamawiającego o zaniechaniu udostępnienia wszystkich aktualnych umów na korzystanie z infrastruktury kolejowej została doręczona Odwołującemu w wyjaśnieniach z 16 marca 2012 r.
- w zakresie zarzutu 2) – termin ten należy liczyć od wyjaśnień Zamawiającego z 19 marca 2012 r.

27 marca 2012 r. Zamawiający przekazał ujawnionym wykonawcom kopię odwołania, którą zamieścił także na swojej stronie internetowej.

29 marca 2012 r. PKP CARGO SERVICE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosiła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania, a więc zgodnie z przepisem art. 185

ust. 2 pzp, Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia tego Wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego, jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Przystępujący w pełni podzielał zarzuty i ich uzasadnienie zawarte w odwołaniu, dodatkowo podniósł, co następuje.

W rozdziale II s.i.w.z. pn. *Szczegółowe wymagania techniczne* Zamawiający zobowiązał się do przekazania m.in. umów na korzystanie z infrastruktury kolejowej zawartych pomiędzy CTL Maczki Bór a PKP PLK S.A., PKP CARGO a PKP PLK S.A., DB Schenker Rail Polska SA a PKP PLK S.A., a także *umowy w zakresie korzystania z usług i infrastruktury kolejowej przypadających PKP PLK za dzierżawę, konserwację utrzymanie infrastruktury kolejowej oraz obsługę posterunków ruchu*. Zamawiający wskazał, iż posiada te umowy, a wgląd do nich możliwy jest w dziale umów kopalni. Jednocześnie w pkt. 1.3.2 i 1.3.3 *Szczegółowych wymagań technicznych* Zamawiający przesądził, iż obowiązkiem wykonawcy wygrywającego przetarg będzie przejęcie praw i obowiązków Zamawiającego wynikających z ww. umów. Należności z tytułu tych umów ma pokrywać w całości ten wykonawca.

Mając powyższe na względzie Przystępujący 28 lutego oraz 8 marca 2012 r. wystosował do Zamawiającego prośbę, m.in. o udostępnienie umów, o których mowa w s.i.w.z. Zamawiający 6 marca 2012 r. odpowiedział, że *w odpowiedzi na prośbę z dnia 28.02.2012r. informuje, że z materiałami wymienionymi w punktach 1-6 w/w pisma [w pkt. tych określono żądane umowy] można zapoznać się w obecności przedstawiciela Zamawiającego w Dziale Umów KWK Murcki-Staszic – Tel. 32 605 57 23 lub u koordynatorów ds. usług kolejowych*. Natomiast w odpowiedzi na drugie pismo, sporządzone po wizycie 6 marca 2012 r., podczas której przedłożono nieobowiązujące umowy – wskazał, iż takich umów nie posiada, ponieważ znajdują się one u wykonawców obsługujących bocznice – (...) *dla Ruchu „Boże Dary” przez PKP CARGO z PKP PLK, dla Ruchu Staszic przez DB Schenker Rail Polska SA z PKP PLK i CTL Maczki Bór*.

Jak to wyżej wskazano, 6 i 16 marca 2012 r. Przystępujący był w siedzibie Zamawiającego m.in. w celu uzyskania wglądu do umów, do których udostępnienia w s.i.w.z. zobowiązał się Zamawiający. Tymczasem 6 marca Zamawiający przedłożył nieobowiązujące już umowy, tj. umowy z 2002r., natomiast 16 marca została sporządzona notatka podpisana przez przedstawicieli Zamawiającego oraz Przystępującego, w której Zamawiający wskazał, iż *w sprawie wglądu do umów: na korzystanie z infrastruktury kolejowej zawartej w 2002r. z PKP PLJC SA oraz zawartą w 2002 r. z CTL Maczki-Bór S.A. na korzystanie z infrastruktury kolejowej oraz przeglądy i konserwację sieci trakcyjnej i sieci powrotnej*. Obecnie

obowiązujące w w zakresie są w posiadaniu Wykonawcy czyli DB Schenker Rail Polska SA przez co kopalnia nie ma do nich dostępu.

Jeśli w istocie Zamawiający nie posiada rzeczonych umów, to jego obowiązkiem jest uzyskanie ich od wykonawców obecnie obsługujących bocznice i przedstawienie do wglądu, zgodnie ze zobowiązaniem wynikającym z treści s.i.w.z. Jeśli i to byłoby niemożliwe, Zamawiającego winien przynajmniej przedstawić oferentom konkretne wartości należności (miesięcznej wysokości), które z tych umów wynikają.

Dotychczasowe zaniechania Zamawiającego w tym zakresie noszą znamiona utrudniania oferentom udziału w postępowaniu, co rażąco narusza fundamentalne zasady ustawy pzp. Brak wglądu w wyżej wymienione umowy uniemożliwia oferentom przedłożenie rzetelnej i prawidłowo skalkulowanej oferty. Powstaje więc pytanie, w jakim celu Zamawiający nałożył na siebie pewne zobowiązania, których realizacja stanowi warunek *sine qua non* przedłożenia właściwie skalkulowanych ofert, po czym orzeka, że zobowiązania tego nie zamierza dotrzymać, jednakże jego oczekiwania skierowane do oferentów nie ulegają zmianie. Wobec niebagatelnej wartości przetargu wydaje się, że można oczekiwać od Zamawiającego staranności adekwatnej do ciężaru odpowiedzialności za rzetelne przeprowadzenie ogłoszonego postępowania. Sytuacja ta jest dodatkowo *o tyle żywotna*, iż oferentami startującymi w niniejszym przetargu będą podmioty, które obecnie obsługują bocznice KHW S.A. KWK „Murcki-Staszic” (ruch „Staszic” i ruch "Boże Dary") i mają dostęp do rzeczonych umów, których przedstawienia Zamawiający odmawia.

Ad. 2)

Przystępujący zgadza się z argumentem Odwołującego, iż zamieszczenie we wzorcu umowy stanowiącej integralną część s.i.w.z. postanowienia § 10 ust. 1 pkt c) jest naruszeniem przepisu art. 483 § 1 kc w zw. z art. 471 kc i art. 353¹ kc w zw. z art. 139 ust. 1 pzp, art. 7 ust. 1 pzp oraz art. 5 kc, co skutkuje tym, iż umowa jest niezgodna z powszechnie obowiązującym prawem. Bezspornym winno wszak być, iż niedopuszczalne jest nakładanie na wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi powstałe wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł pisemnie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec sprawdzenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp i uznaniu złożonego na posiedzeniu przez Zamawiającego wniosku o odrzucenie odwołania za niezasadny – Izba przeprowadziła rozprawę. W jej toku Odwołujący wycofał zarzut dotyczący kar umownych, podtrzymując w pozostałym zakresie odwołanie, co poparł Przystępujący. Natomiast Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, prezentując stanowisko nadmienione poniżej.

Izba nie odrzuciła odwołania, gdyż jest to możliwe wyłącznie gdy w całości podlega ono odrzuceniu. Izba nie stwierdziła możliwości odrzucenia wszystkich zarzutów odwołania, nawet przy łącznym zastosowaniu przesłanek opisanych w art. 189 ust. 2 pkt 1 i 3 pzp. W szczególności, wbrew stanowisku zaprezentowanemu przez Zamawiającego na posiedzeniu, nie sposób uznać, iż w przypadku zarzutu związanego z nieudostępnieniem informacji zgodnie z treścią s.i.w.z., nie znajdują zastosowania przepisy ustawy pzp. Skoro Zamawiający zobowiązał się w s.i.w.z. do podawania pewnych informacji związanych z opisem przedmiotu zamówienia przez ich udostępnianie w swojej siedzibie na wniosek wykonawcy, to zaniechanie dopełnienia tego obowiązku podlega zaskarżeniu w drodze odwołania. Jednocześnie z uwagi na udzielane przez Zamawiającego 16 i 19 marca 2012 r. w drodze wyjaśnień treści s.i.w.z. negatywne odpowiedzi na wnioski Przystępującego i Odwołującego, brak podstaw do stwierdzenia wniesienia odwołania po terminie, o którym mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp. Pozostała argumentacja podnoszona przez Zamawiającego na posiedzeniu w istocie dotyczyła merytorycznej zasadności wspomnianego zarzutu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w środkach ochrony prawnej, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż na tym etapie postępowania może wyrażać się on m.in. w tym aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, a zawarta umowa nie była dotknięta sankcją nieważności względnej i nie podlegała unieważnieniu z powodu wady postępowania. Taką wadę postępowania o udzielenie zamówienia może stanowić naruszenie zasady

uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 pzp) oraz art. 29 ust. 1 pzp przez Zamawiającego. Jednocześnie zaniechania Zamawiającego prowadzące do naruszenia tych przepisów narażają Odwołującego na szkodę, zarówno gdy z ich powodu nie będzie mógł ubiegać się o udzielenie zamówienia jak i razie wyboru jego oferty najkorzystniejszej, z uwagi na możliwość unieważnienia zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., wyjaśnień treści s.i.w.z., a także pism Odwołującego, Przystępującego i Zamawiającego opisanych lub wspomnianych w niniejszym uzasadnieniu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego, złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie przez Strony w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

Izba ustaliła, co następuje:

Pomimo przedstawienia w treści odwołania i przystąpienia okoliczności faktycznych, Izba uznała za celowe ich usystematyzowanie i uporządkowanie, w szczególności w zakresie powiązania poszczególnych wyjaśnień treści s.i.w.z. z wnioskami wykonawców, które spowodowały ich udzielenie.

Szczegółowemu opisowi przedmiotu zamówienia został poświęcony rozdział II s.i.w.z. pn. *Szczegółowe wymagania techniczne...*

W pkt. 1.1 pn. *Opis przedmiotu zamówienia zawiera między innymi następujące postanowienia:*

1.1.1. *Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług związanych z przewozem masy towarowej oraz pełną obsługą infrastruktury kolejowej bocznic kolejowych KHW S.A. KWK „Murcki-Staszic” Ruch Staszic i Ruch Boże Dary z wykorzystaniem składników majątkowych Zamawiającego.*

1.1.8. *Podstawowe informacje związane z transportem kolejowym:*

Bocznice kolejowe są obsługiwane przez PKP CARGO S.A. Śląsko-Dąbrowski Zakład Spółki w Katowicach na podstawie odrębnych umów bocznicowych. Umowy do wglądu w Dziale Umów KWK „Murcki-Staszic” - tel. 32 – 605 5723.

Bocznicza Ruch Staszic posiada bezpośrednie połączenie z siecią kolei pod zarządem CTL Maczki Bór.

- 1.1.9. *Zamawiający posiada zawartą umowę na korzystanie z infrastruktury kolejowej z CTL Maczki Bór. Umowa do wglądu w Dziale Umów KWK „Murcki-Staszic” tel. 32 – 605 5723.*

Z kolei w pkt. 1.3. określono między innymi, że Wykonawca zobowiązuje się do:

- 1.3.1. *Reprezentowania Zamawiającego oraz przejęcia obowiązków i odpowiedzialności oraz kosztów, wynikających z obowiązujących Ustaw i Rozporządzeń wobec organów nadzoru jak PIP, UDT, UTK itp. związanych z pracą transportu kolejowego na boczniczy.(w zakresie prowadzonej przez Wykonawcę działalności na terenie boczniczy)*
- 1.3.2. *Przejęcia praw i obowiązków Zamawiającego w sprawach wynikających z umowy na korzystanie z infrastruktury kolejowej zawartej z CTL Maczki Bór. Należności z tytułu ww. umowy pokrywa Wykonawca. Umowa do wglądu w Dziale Umów KWK „Murcki-Staszic” – tel. 32-605 5723.*
- 1.3.3. *Zawarcia z PKP PLK S.A. właściwej umowy w zakresie korzystania z usług i infrastruktury kolejowej przypadających PKP PLK S.A. za dzierżawę, konserwację utrzymanie infrastruktury kolejowej oraz obsługę posterunków ruchu. Zakres rzeczowy do wglądu w Dziale Umów KWK „Murcki-Staszic”. Należności z tytułu tej umowy pokrywa Wykonawca we własnym zakresie.*
- 1.3.4. *Reprezentowania oraz współpracy w imieniu Zamawiającego w sprawach związanych z realizacją umowy z przewoźnikami i zarządcami współpracującymi z Zamawiającym.*

Pisma Przystępującego i wywołane nimi pisma Zamawiającego:

28 lutego 2012 r. [tego samego dnia Przystępujący wystosował również odrębne pismo w sprawie wizji lokalnej]:

W związku z przetargiem nieograniczonym na (...), zwracamy się z uprzejmą prośbą o wyrażenie zgody na wgląd i zapoznanie się z:

1. *Planem sytuacyjnym boczniczy Ruch „Staszic” i boczniczy Ruch „Boże Dary”.*
2. *Umowami bocznicowymi zawartymi z PKP Cargo S.A.*
3. *Umową na korzystanie z infrastruktury kolejowej zawartą z CTL Maczki Bór S.A.*
4. *Umową na korzystanie z infrastruktury kolejowej zawartą z PKP PLK S.A.*
5. *Umową na obsługę posterunków ruchu zawartą z PKP PLK S.A.*
6. *Instrukcją dla firm obcych, obowiązującymi na terenie KHW S.A. KWH „Murcki-Staszic”.*
7. *Wymogami Zintegrowanego Systemu Zarządzania, funkcjonującego w KHW S.A.*

8. Wymaganiami dotyczącymi ochrony środowiska, jakie funkcjonują na terenie KHW S.A. KWK „Murcki-Staszic”

Prosimy o wskazanie terminu i miejsca, w którym będzie możliwość wglądu i zapoznania się z ww. dokumentami.

6 marca 2012 r. Zamawiający w odpowiedzi udzielił wyjaśnień s.i.w.z. – pkt. II:
W odpowiedzi na w/w prośbę informujemy, że z materiałami wymienionymi w pkt. 1-6 w/w pisma można zapoznać się w obecności przedstawiciela Zamawiającego w Dziale Umów KWK „Murcki-Staszic” (...), natomiast materiały z punktów 7 i 8 udostępnione zostaną firmie, z którą zostanie zawarta umowa.

(...)

8 marca 2012 r. (wpływ do Zamawiającego 9 marca 2012 r.) – w pkt. 6.:
*Wnosimy o: wgląd do **aktualnie obowiązujących umów**: na korzystanie z infrastruktury kolejowej zawartą z PKP PLK S.A., na obsługę posterunków ruchu zawartą z PKP PLK S.A., na korzystanie z infrastruktury kolejowej zawartą z CTL Maczki Bór S.A., na przeglądy i konserwację sieci trakcyjnej i sieci powrotnej ponieważ, w trakcie w/w wizji lokalnej naszym przedstawicielom zostały przedstawione do wglądu nieaktualne umowy z 2002 roku. Powyższe informacje są niezbędnymi do opracowania rzetelnej kalkulacji kosztów w związku z czym prosimy o wyznaczenie terminu i warunków przeprowadzenia w/w czynności, przez ujawnionych pracowników PKP CARGO SERVICE sp. z o.o.*

16 marca 2012 r. Zamawiający w odpowiedzi udzielił wyjaśnień s.i.w.z. – pkt. I.6:
Jednocześnie informujemy, że Umowy, o których mowa w p. 6 ww pisma, to umowy na dzierżawę i dostęp do infrastruktury kolejowej zawarte przez KWK Murcki i KWK Staszic obecnie KWK „Murcki-Staszic” z PKP PLK oraz KP Maczki Bór obecnie CTL Maczki Bór. Obecnie ww. umowy zawarte są przez Wykonawców obsługujących bocznice – dla Ruchu „Boże Dary” przez PKP Cargo z PKP PLK, dla Ruchu Staszic przez DB Schenker Rail Polska SA z PKP PLK i CTL Maczki Bór.

16 marca 2012 r. została także sporządzona przez Zamawiającego notatka służbowa KWK „Murcki-Staszic” Dział TJP dotycząca pobytu przedstawicieli PKP CARGO SERVICE sp. z o.o. [systematyka treści wg pisma Przystępującego z 8 marca 2012 r.]

W ramach pobytu przedstawicieli firmy PKP CARGO SERVICE sp. z o.o. przeprowadzili wizję lokalną bocznicy kolejowej KWK „Murcki-Staszic” w zakresie:

(...)

6. *Wglądu do umów: na korzystanie z infrastruktury kolejowej zawartej w 2002r. z PKP PLK S.A. oraz zawartą w 2002r. z CTL Maczki-Bór S.A., na korzystanie z infrastruktury kolejowej oraz przeglądy i konserwację sieci trakcyjnej i sieci powrotnej. Obecnie obowiązujące w w*

zakresie są w posiadaniu Wykonawcy czyli DB Schenker Rail Polska S.A. przez co kopalnia nie ma do nich dostępu.

Pisma Odwołującego i wywołane nimi pisma Zamawiającego:

7 marca 2012 r. – pytanie nr 19:

Prosimy o udostępnienie wykazu przywołanych w SIWZ i innych umów (treść do wglądu) dla poszczególnych bocznic, które Wykonawca będzie zobowiązany przejąć lub ich zapisy będą miały wpływ na realizację zamówienia.

19 marca 2012 r. Zamawiający w odpowiedzi udzielił wyjaśnień s.i.w.z. – pkt. 19:

Umowy, o których mowa w SIWZ, to umowy na dzierżawę i dostęp do infrastruktury kolejowej zawarte przez Wykonawców obsługujących bocznicę kolejową: zawarte są przez

- dla Ruchu „Boże Dary” przez PKP Cargo z PKP PLK S.A,

- dla Ruchu „Staszic” przez DB Schenker Rail Polska S.A. z PKP PLK S.A. i CTL Maczki Bór S.A. Zamawiający nie posiada w/w umów.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, podlegających rozpatrzeniu i podtrzymanych na rozprawie, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wbrew treści odwołania, z s.i.w.z. nie wynika udostępnienie *wszystkich i aktualnych umów na korzystanie z infrastruktury kolejowej, do których zawarcia Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę którego oferta zostanie wybrana w toku postępowania.* Zamawiający w rozdziale II s.i.w.z. zobowiązał się do udostępnienia wglądu do dwóch kategorii umów: po pierwsze [w pkt. 1.1.8] – umów bocznicowych, zawartych z PKP CARGO S.A. Śląsko-Dąbrowski Zakład Spółki w Katowicach; po drugie [w pkt. 1.1.9 oraz w pkt. 1.3.2] – umowy na korzystanie z infrastruktury kolejowej zawartej z CTL Maczki Bór. Wyłącznie w tym ostatnim przypadku [w pkt. 1.3.2] przewidziano przejęcie przez wykonawcę praw i obowiązków Zamawiającego, w szczególności pokrywanie należności przypadających CTL Maczki Bór. Oprócz tego Zamawiający zobowiązał się [w pkt. 1.3.3] do zapewnienia wglądu w zakres rzeczowy umowy na dzierżawę, konserwację i utrzymanie infrastruktury kolejowej oraz obsługę posterunków ruchu, którą wybrany wykonawca będzie zobowiązany zawrzeć z PKP PLK S.A.

Tak ustalony zakres zobowiązań Zamawiającego znalazł odzwierciedlenie w treści wezwania skierowanego 26 marca 2012 r. [pismem z 23 marca 2012 r.], a więc równoległe z odwołaniem, przez Przystępującego do Zamawiającego:

Niniejszym wzywamy Państwa w terminie do 28.03.2012r. do przedstawienia wszystkich umów i innych dokumentów, o których mowa w Rozdziale II SIWZ (...), których udostępnienie wyraźnie Państwo sami deklarujecie w SIWZ, a w szczególności dokumentów o których mowa w punktach:

- 1.1.9 – umowy na korzystanie z infrastruktury kolejowej z CTL Maczki Bór.
- 1.3.2 – umowy na korzystanie z infrastruktury kolejowej z CTL Maczki Bór.
- 1.3.3 – zakresu rzeczowego do umowy w zakresie korzystania z usług i infrastruktury kolejowej

Podkreślenia wymaga, iż do udostępnienia tych dokumentów zobowiązaliście się Państwo wyraźnie w treści SIWZ. Wskazaliście bowiem Państwo, iż posiadacie jako Zamawiający np. zawartą umowę na korzystanie z infrastruktury kolejowej z CTL Maczki Bór. Umowa miała być zawarta do wglądu w Dziale Umów KWK „Murcki – Staszic”...

Nadto w pkt. 1.3.2 „Szczegółowych wymagań technicznych” przesądziście Państwo, iż obowiązkiem Wykonawcy wygrywającego przetarg będzie przejęcie praw i obowiązków Zamawiającego w sprawach wynikających z umowy na korzystanie z infrastruktury kolejowej zawartej z CTL Maczki Bór. Należności z tytułu ww. umowy ma pokrywać Wykonawca. Również pada w SIWZ deklaracja, iż „Umowa do wglądu w Dziale Umów KWK „Murcki-Staszic” – tel. 32-605 5723”.

Tymczasem pomimo dwóch naszych wizyt w dniu 06.03.2012 r. oraz w dniu 16.03.2012r., wyraźnej Państwa deklaracji w SIWZ o udostępnieniu umów – na rzeczonych wizytach pokazaliście Państwo umowy, tyle, że z 2002r., które jak sami Państwo określiliście już nie obowiązują. Z kolei w odpowiedziach na pytania z dnia 19.03.2012 r. np. w odpowiedzi na pytanie 19 – wskazaliście, iż takowych umów nie posiadacie ????

Mając zatem na względzie powyższe, jeżeli w istocie rzeczonych umów Państwo nie posiadacie, to Waszym obowiązkiem jest ich uzyskanie od Wykonawców i przedstawienie zgodnie ze zobowiązaniem, które na siebie przyjęliście w SIWZ. Jeżeli jest to niemożliwe żądamy przedstawienia konkretnych wartości należności, które z tej umowy wynikają (konkretnej ich miesięcznej wysokości).

Przystępujący przyznał na rozprawie, że pomimo użycia zwrotów: „np.”, „wszystkich umów”, „a w szczególności” – w istocie wypunktowanie na wstępie było wyczerpujące, przy czym dwa pierwsze punkty odwołują się do tej samej umowy, dwukrotnie przywołanej w s.i.w.z. Dopiero w toku postępowania odwoławczego Przystępujący uznał za leżące w jego interesie poparcie zarzutów i żądań Odwołującego. Z kolei z treści odwołania nie wynika, że przedmiotem zarzutu jest brak udostępnienia zakresu rzeczowego umowy z PKP PLK S.A., którą wybrany wykonawca będzie musiał zawrzeć, lecz nieudostępnienie aktualnie obowiązujących umów zawartych z tym zarządcą sieci kolejowej. Jeżeli zatem Przystępujący

nie uzyskał obiecanego dostępu do tego zakresu rzeczowego, to powinien w tym zakresie złożyć własne odwołanie.

Izba zważyła również, że ponieważ postanowienia s.i.w.z. przewidujące swoisty kombinowany opis przedmiotu zamówienia, tzn. oprócz podania wprost określonego zakresu informacji, odesłanie do materiałów udostępnianych jedynie do wglądu w biurze Zamawiającego, od początku (tj. od 22 lutego 2012 r.) nie uległy zmianie – stały się wiążące. W tych okolicznościach zarzut odwołania wniesionego 26 marca 2012 r. mógł zostać skutecznie podniesiony wobec odmowy udostępnienia przez Zamawiającego tego, do czego zobowiązał się w przywołanych powyżej postanowieniach s.i.w.z. Sprecyzowane przez Odwołującego żądanie *udostępnienia (...) wszystkich i aktualnych umów na korzystanie z infrastruktury kolejowej, do których zawarcia Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę którego oferta zostanie wybrana...* nie mogło zatem w całości zostać zaspokojone w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Odwołujący mógł skutecznie, co najwyżej, domagać się ujawnienia wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia *praw i obowiązków Zamawiającego wynikających z umowy na korzystanie z infrastruktury kolejowej zawartej z CTL Maczki Bór* [wskazanej w pkt. 1.3.2 rozdziału II s.i.w.z.], które ma przejąć wykonawca wyłoniony w prowadzonym postępowaniu, w drodze obiecanego przez Zamawiającego wglądu w tę umowę. Tylko w takim zakresie Odwołujący mógł bowiem skutecznie zarzucić Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i art. 7 ust.1 pzp.

Z przywołanych powyżej postanowień s.i.w.z. niewątpliwie wynika natomiast, że: po pierwsze – Zamawiający jest uprawniony i zobowiązany z tytułu zawartej z CTL Maczki Bór umowy na korzystanie z infrastruktury kolejowej, po drugie – wybrany wykonawca będzie zobowiązany wstąpić w miejsce Zamawiającego jako strona tej umowy, po trzecie – umowa ta jest do wglądu w biurze kopalni. Informacje zawarte w pkt. 1.1.9 i 1.3.2 rozdziału II s.i.w.z. nie są jednak adekwatne. Zamawiający nie jest już stroną umowy zawartej 17 kwietnia 2002 r. z CTL Maczki-Bór sp. z o.o. [aktualnie S.A.] umowy bocznicowej nr 3631/PAO/IV/TJP/2002r., gdyż scedował swoje prawa i obowiązki z niej wynikające na Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego i Gospodarki Kamieniem S.A. w Rybniku, którego następcą prawnym jest spółka DB Schenker Rail Polska aktualnie obsługująca bocznicę kolejową kopalni łączącą się z infrastrukturą kolejową zarządzaną przez CTL Maczki Bór S.A. Zgodnie z treścią *Umowy Nr. 2/2004 o cesji praw i obowiązków* okazanej na rozprawie przez Zamawiającego, wygasa ona w przypadku rozwiązania lub wygaśnięcia umowy na świadczenie usług, którą Zamawiający zawarł z cesjonariuszem. Zatem jeżeli DB Schenker Rail Polska S.A. nie uzyska zamówienia, Zamawiający z powrotem stanie się stroną zawartej przez siebie w 2002 r. umowy z CTL Maczki-Bór S.A. Z umowy cesji wynika także, że każdorazowa zmiana umowy bocznicowej wymaga pisemnej zgody cedenta. Zamawiający

oświadczył na rozprawie, że nie wyrażał zgody na jakiegokolwiek zmiany, nie doszło zatem do zmian treści umowy z CTL Maczki-Bór S.A., w tym w zakresie czynszu dzierżawnego. W tym sensie sformułowania s.i.w.z. można uznać za bardzo nieprecyzyjne, podlegające wyjaśnieniu, a nie zupełnie oderwane od rzeczywistości.

Izba zważyła jednak, że powyższy stan rzeczy został wyjaśniony przez Zamawiającego dopiero w toku rozprawy, natomiast w żaden sposób nie wynikał z dokumentów prowadzonego przez niego postępowania, zarówno udzielanych wyjaśnień s.i.w.z., jak i sporządzonej notatki służbowej z wizyty Przystępującego. W szczególności przekazywane przez Zamawiającego w formie wyjaśnień s.i.w.z. informacje nie doprowadziły do sprostowania nieścisłych postanowień. Na wniosek Przystępującego z 28 lutego 2012 r. o udostępnienie umów, w pkt. 2. i 3. odpowiadający temu, co wynikało z pkt. 1.1.8 oraz pkt. 1.1.9 w zw. z pkt. 1.3.2, natomiast w pkt. 4. i 5. wykraczający poza obiecany w pkt. 1.3.3 zakres rzeczowy – Zamawiający 6 marca 2012 r. odpowiedział w ten sam sposób, potwierdzając dostęp do żądanych materiałów dla wykonawców. Nie tylko nie doszło więc do wyjaśnienia kwestii umowy z CTL Maczki-Bór S.A., lecz Zamawiający odpowiedział tak, jakby zamierzał rozszerzyć udostępnienie z przewidzianego w s.i.w.z. zakresu rzeczowego umowy, którą miałby zawrzeć wybrany wykonawca z PKP PLK S.A., na dwie aktualnie obowiązujące umowy z tym zarządcą sieci kolejowej, jedną na korzystanie z infrastruktury kolejowej, drugą na obsługę posterunków ruchu. W odpowiedzi na kolejny wniosek Przystępującego z 8 marca 2012 r., w którym [w pkt. 6] ponownie domagał się wglądu w te umowy, kładąc nacisk na to, że podczas wizyty w biurze kopalni okazano mu nieaktualne umowy z 2002 r. – odpowiedź Zamawiającego z 16 marca 2012 r. była jeszcze bardziej enigmatyczna. Choć wniosek dotyczył aktualnie obowiązujących umów [frazą ta została wyróżniona przez Przystępującego pogrubionym drukiem], w pierwszym zdaniu Zamawiający wyjaśnił, że są to umowy na dzierżawę i dostęp do infrastruktury kolejowej zawarte z zarządcami sieci kolejowych jeszcze przez odrębnie działające KWK Murcki i KWK Staszic, a obecnie przez KWK „Murcki-Staszic”. Dopiero z drugiego zdania wynika, że umowy objęte wnioskiem o wgląd zostały zawarte przez wykonawców aktualnie obsługujących bocznice, to jest w przypadku bocznicy Ruchu „Boże Dary” – przez PKP Cargo z PKP PLK S.A., a w odniesieniu do bocznicy Ruchu Staszic – przez Odwołującego z PKP PLK S.A. i CTL Maczki-Bór S.A. Przynajmniej w ten sposób udzielone w ten sposób wyjaśnienia wskazują na istnienie analogicznej sytuacji w przypadku umów z zarządcami sieci kolejowej dotyczących obu ruchów, z rozróżnieniem umów dawniej zawartych przez Zamawiającego od umów zawartych przez podmioty aktualnie obsługujące bocznice. Zatem również za drugim razem Zamawiający nie wyjaśnił, że w przypadku umowy z CTL Maczki-Bór S.A. chodzi o jedną i tą samą umowę, zawartą przez Zamawiającego, której stroną wskutek

skutek cesji jest aktualnie Odwołujący. W szczególności nie sposób w takiej sytuacji stwierdzić, że DB Schenker Rail Polska S.A. wspomnianą umowę „zawarł”, skoro w istocie zawarł on z Zamawiającym umowę cesji praw i obowiązków z tej umowy. Izba zważyła, że w notatce służbowej z ponownej wizyty Przystępującego 16 marca 2012 r. w kopalni, dodatkowo zaznaczono, że Zamawiający nie ma dostępu do aktualnie obowiązujących umów na korzystanie z infrastruktury kolejowej zawartych z zarządcami sieci kolejowych, gdyż są one w posiadaniu DB Schenker Rail Polska S.A. Z kolei 7 marca 2012 r. Odwołujący zwrócił się o udostępnienie wykazu i wgląd do umów dla poszczególnych bocznic, zarówno tych, które wybrany wykonawca będzie zobowiązany przejąć, jak i nadal obowiązujących, których postanowienia będą miały wpływ na realizację umowy. W wyjaśnieniach s.i.w.z. z 19 marca 2012 r. Zamawiający ograniczył się do umów, „o których mowa w SIWZ”, tzn. umów na dzierżawę i dostęp do infrastruktury kolejowej, udzielając odpowiedzi analogicznej jak w wyjaśnieniach 16 marca 2012 r., dodając jednak nową informację, że nie posiada tych umów. Ponownie zatem nie doszło do wyjaśnienia odrębnego statusu umowy zawartej z CTL Maczki-Bór S.A. Wręcz przeciwnie, pojawiła się kolejna niejasność, gdyż według rozdziału II s.i.w.z. Zamawiający posiada zawartą umowę z tym podmiotem, natomiast według udzielonej odpowiedzi nie posiada jej.

Zamawiający podniósł na rozprawie, że Odwołujący nie mógł zostać wprowadzony w błąd przez powyższe wyjaśnienia dotyczące umowy z CTL Maczki-Bór S.A., gdyż jest stroną tej umowy, a także umowy cesji, na mocy której wstąpił w prawa i obowiązki Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego gdyby Odwołujący, jak również każdy inny potencjalny wykonawca, udał się do kopalni, to na miejscu uzyskałby wgląd zarówno w umowę zawartą w 2002 r., jak i umowę cesji, a także otrzymałby informację, że nie było żadnych zmian w zakresie praw i obowiązków, które będzie zobowiązany przejąć. Wreszcie Zamawiający wskazał, że nie miał obowiązku informowania wszystkich wykonawców o przebiegu udostępniania wglądu w umowę przewidzianego w s.i.w.z., gdyż nie mieści się to w przewidzianej w art. 38 pzp procedury wyjaśnień treści s.i.w.z. na wniosek wykonawcy. W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego nie może być podstawą oddalenia odwołania. Po pierwsze, odwołanie obejmuje zarzut nieudostępnienia umowy z CTL Maczki-Bór S.A. wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia, również w kontekście niezachowania w ten sposób przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji. Sprecyzowany zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp jest wystarczający dla wykazania legitymacji Odwołującego do wniesienia odwołania, gdyż nie można z góry wykluczyć, że naruszenie podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia nie powoduje negatywnych skutków dla możliwości uzyskania przez niego zamówienia. Po drugie, sam Zamawiający w toku prowadzonego postępowania zdecydował się na udostępnianie wszystkim wykonawcom

treści wniosków o udostępnienie wglądu składanych przez Przystępującego i Odwołującego, udzielając na nie odpowiedzi w trybie art. 38 ust. 2 pzp. Po trzecie, udzielone w ten sposób wyjaśnienia w powiązaniu z treścią s.i.w.z. nie mogą być uznane za jednoznaczne, wyczerpujące, przedstawione za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń dla wszystkich wykonawców. Działania Zamawiającego mogły wprowadzić w błąd Odwołującego i Przystępującego, którzy mieli podstawy do zakwestionowania treści wyjaśnień s.i.w.z., z których wynikała odmowa udostępnienia im umowy błędnie opisanej w s.i.w.z. Z pewnością każdy inny wykonawca nie mógłby na podstawie sprzecznych informacji udostępnianych przez Zamawiającego jednoznacznie ustalić zakresu informacji udostępnianych przez Zamawiającego. Wykonawca taki mógł na przykład przyjąć, że nie ma po co wnosić o zagwarantowany w s.i.w.z. wgląd w umowę regulującą prawa i obowiązki, które będzie miał obowiązek przejąć w razie wygrania przetargu, skoro w udzielonych później wyjaśnieniach Zamawiający dwukrotnie podkreślił, że ani nie jest stroną, ani nie posiada aktualnie obowiązującej w tym zakresie umowy. Tymczasem skoro Zamawiający przewidział, że część informacji kluczowych dla opisu przedmiotu zamówienia nie będzie bezpośrednio wynikała z treści samej s.i.w.z., co do zasady nie zostało przez nikogo podważone, to tym bardziej ma obowiązek precyzyjnego i jednoznacznego wskazania, co będzie udostępniał w przewidzianym przez siebie trybie udostępniania informacji do wglądu na miejscu. Zamawiający winien zatem udzielić wszystkim wykonawcom takich wyjaśnień w zakresie statusu umowy z CTL Maczki-Bór S.A., jakie przedstawił na rozprawie. W ocenie Izby tak długo, jak nie zostaną sprostowane zawarte w s.i.w.z. nieściśle informacje, Zamawiający dodatkowo musi liczyć się z możliwością wniesienia odwołań przez kolejnych wykonawców, którzy wyrażą zainteresowanie ubieganiem się o udzielenie zamówienia. Wykonawca taki ma bowiem prawo udać się po wgląd tego, co mu obiecano w s.i.w.z., a zatem zawartej przez Zamawiającego umowy na korzystanie z infrastruktury kolejowej z CTL Maczki-Bór S.A., z której prawa i obowiązki Zamawiającego miałyby przejąć w razie uzyskania zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 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), obciążając Zamawiającego kosztami tego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono: wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT), koszty dojazdu, na podstawie kopii biletów kolejowych na trasie Katowice-Warszawa-Katowice, a także uiszczoną opłatę skarbową od pełnomocnictwa – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: