

Sygn. akt: KIO 1316/15

**WYROK**  
z dnia 2 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2015 r. przez wykonawcę **PKP Cargo Service Sp. z o.o., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice,**

przy udziale wykonawcy **DB Schenker Rail Polska S. A., ul. Wolności 337, 41-800 Zabrze** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

**orzeka:**

1. oddała odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **PKP Cargo Service Sp. z o.o., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **PKP Cargo Service Sp. z o.o., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze 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**

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Kompanię Węglową S.A. z siedzibą w Katowicach na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp], w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Obsługa bocznic kolejowej w KW SA Oddział KWK „Bolesław Śmiały ” w okresie 24 miesięcy z podziałem na zadania: Zadanie nr 1 Obsługa stanowisk pracy, Zadanie nr 2 Świadczenie usług lokomotywą spalinową wraz z obsługą, Zadanie nr 3 Diagnostyka, konserwacja, bieżące utrzymanie infrastruktury kolejowej bocznic”. Wykonawca PKP CARGO SERVICE sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie [Odwołujący wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego z dnia 11 czerwca 2015r. w przedmiocie udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na zapytania wykonawców wraz z modyfikacją Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [siwz] (...) w zakresie, w jakim zmieniono nazwę przedmiotu zamówienia z „Świadczenia usług trakcyjnych” na „Świadczenie usług lokomotywą spalinową wraz z obsługą” oraz w zakresie dopuszczenia możliwości wykonania każdego zadania przez innego wykonawcę w kontekście pełnienia nadzoru techniczno-eksploatacyjnego nad całokształtem procesów techniczno-ruchowych w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, pn: „Obsługa bocznic kolejowej w KW SA Oddział KWK „Bolesław Śmiały” w okresie 24 miesięcy z podziałem na zadania: Zadanie nr 1 Obsługa stanowisk pracy, Zadanie nr 2 Świadczenie usług lokomotywą spalinową wraz z obsługą, Zadanie nr 3 Diagnostyka, konserwacja, bieżące utrzymanie infrastruktury kolejowej bocznic.” Odwołujący wskazał na naruszenie:

1. art. 38 ustawy Pzp w zw. z art. 29 tej ustawy oraz art. 7, 8 i 9 w/w ustawy w kontekście podniesionych poniżej zarzutów oraz złożonych wyjaśnień i modyfikacji SIWZ dokonanych przez Zamawiającego w dniu 11 czerwca 2015 r. – z uwagi na nieudzielenie odpowiedzi na zadane przez oferenta pytanie oznaczone nr 1, wskutek czego doszło do niejednoznacznego, niekonkretnego i budzącego wątpliwości interpretacyjne wymagania Zamawiającego zawartego w pkt 3 Formularza ofertowego będącego załącznikiem nr 2 do SIWZ w zakresie spełniania warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, co może skutkować dopuszczeniem do udziału w postępowaniu podmiotów nieposiadających licencji i zawarciem z jednym z nich umowy podlegającej finalnie unieważnieniu; ewentualnie z ostrożności wskazał także na naruszenie:
2. art. 44, art. 4 pkt. 9a w zw. z art. 43 ustawy o transporcie kolejowym w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 1 oraz ust. 5 ustawy Pzp oraz pkt. 3 formularza ofertowego będącego załącznikiem nr 2

do SIWZ w zw. z art. 93 ust. 1 pkt. 7 w zw. z art. 146 ustawy Pzp – z uwagi na nieuprawnione uznanie, iż do wykonywania usług objętych zadaniem nr 2 (Świadczenie usług lokomotywą spalinową wraz z obsługą) nie jest wymagana licencja na świadczenie usług trakcyjnych, podczas, gdy do wykonywania tego typu usług - rzeczona licencja jest wymagana. Powyższe, w przypadku złożenia oferty przez wykonawcę nieposiadającego w/w licencji na świadczenie usług trakcyjnych i jej wyboru przez Zamawiającego, jako najkorzystniejszej skutkować może naruszeniem przywołanych w mniejszym odwołaniu przepisów prawa, co w konsekwencji skutkować będzie zawarciem umowy podlegającej unieważnieniu;

3. art. 17 ustawy Pzp w zw. z art. 29 tej ustawy z uwagi na niejednoznaczne, budzące wątpliwości interpretacyjne opisanie przedmiotu zamówienia w Załączniku nr 1 do SIWZ w zakresie podziału zamówienia publicznego na trzy zadania i przypisanie nadzoru techniczno - eksploatacyjnego wyłącznie do Zadania nr 1 z połączonym z tym obowiązkiem pełnienia nadzoru nad wykonywaniem Zadania nr 2 i nr 3, co narusza leżący po stronie Zamawiającego, jako użytkownika boczniczy, obowiązek spełnienia warunków technicznych i organizacyjnych. zapewniających bezpiecznego prowadzenie ruchu kolejowego i bezpieczną eksploatację pojazdów kolejowych.

Wskazując na powyższe wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności z dnia 11 czerwca 2015 r., polegającej na opublikowaniu odpowiedzi na zadane pytania nr 1 i 3 oraz dokonaniu modyfikacji specyfikacji, a następnie: (1) nakazanie dokonania zmiany treści specyfikacji oraz: 1) wskazanie, iż do świadczenia usług trakcyjnych (zadanie nr 2) wymaga od wykonawców posiadania w tym zakresie licencji; 2) precyzyjny rozdział czynności pomiędzy trzy zadania w sposób zapewniający bezpieczne prowadzenie ruchu kolejowego i bezpieczną eksploatację pojazdów kolejowych; a także (2) nakazanie udzielenia precyzyjnej odpowiedzi na zadane pytanie nr 1: czy dla zadania nr 2 „Świadczenie usług trakcyjnych” Zamawiający wymaga przedłożenia licencji na tą usługę. Wykonawca stwierdził, że zgodnie z przepisem art. 179 ust, 1 ustawy Pzp posiada interes we wniesieniu odwołania, zamierza bowiem złożyć ofertę na realizację tego zamówienia (na każde z trzech zadań) i w jego interesie leży, aby umowa zawarta w wyniku postępowania nie podlegała unieważnieniu z powodu dokonania czynności niezgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, które to czynności mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania. Wybór wykonawcy nieposiadającego stosownych uprawnień do wykonywania przedmiotu niniejszej umowy - nieposiadającego licencji na wykonywanie czynności trakcyjnych skutkować będzie naruszeniem przywołanych w odwołaniu przepisów prawa, co w konsekwencji skutkować będzie brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. W związku z powyższym, Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia niniejszego odwołania. Zwrócił dodatkowo uwagę, że podmiot

nieposiadający stosownych uprawnień do wykonywania przedmiotu niniejszej umowy [nieposiadający licencji na wykonywanie czynności trakcyjnych] jest w sytuacji korzystniejszej finansowo, aniżeli podmiot posiadający rzeczoną licencję. Podał także, że po stronie drugiego z przedsiębiorców, w tym Odwołującego spoczywa m.in. „kosztogenny” obowiązek utrzymania aktualnego Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem (SMS), jego aktualizowanie wymagane przez Urząd Transportu Kolejowego, a także obowiązek ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na odpowiednim poziomie, które to koszty mogą mieć istotny wpływ na wysokość kalkulowanej oferty w porównaniu do ofert składanych przez podmioty niezobowiązane do ponoszenia tych kosztów. W uzasadnieniu zarzutów wskazał, że na stronie internetowej w dniu 11 czerwca 2015 r. udzielił odpowiedzi na zapytania wykonawców, dokonując jednocześnie modyfikacji specyfikacji m.in. w zakresie zmiany nazwy zadania nr 2: z brzmienia „Świadczenie usług trakcyjnych” na brzmienie „Świadczenie usług lokomotywą spalinową wraz z obsługą”. Równocześnie na zapytanie oferenta oznaczone nr 1 o treści: „Czy dla zadania nr 2 „ Świadczenie usług trakcyjnych ” Zamawiający wymaga przedłożenia licencji na tą usługę? Zgodnie z ustawą o transporcie kolejowym jest to działalność licencjonowana, a działalność polegająca na obsłudze bocznic nie podlega licencjonowaniu. Proponujemy zmianę zapisu SIWZ na „ Świadczenie usług manewrowych.” Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na pytanie [nie odpowiedział, czy wymaga, by podmiot świadczący usługi w zakresie zadania nr 2 posiadał licencję], a jedynie zmodyfikował treść siwz i to w sposób odmienny od żądania oferenta - w każdej części siwz, w której nawiązano do nazwy zadania/usługi trakcyjnej - zmieniono nazwę wskazującą na świadczenie usługi lokomotywą spalinową wraz z obsługą (m.in. w części III Opis przedmiotu zamówienia ust. 1 otrzymał następujące brzmienie: Przedmiotem zamówienia jest: Obsługa bocznic kolejowej w KW S.A. Oddział KWK Bolesław Śmiały w okresie 24 miesięcy z podziałem na zadania (...) i w zakresie zadania nr 2 - zmienił nazwę zadania na Świadczenie usług lokomotywą spalinową wraz z obsługą. Tą samą zmianę Zamawiający przewidział w załączniku nr 1 do SIWZ pn. „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” zmieniając nazwę zadania z brzmienia „Świadczenie usług trakcyjnych” na brzmienie „Świadczenie usług lokomotywą spalinową wraz z obsługą”. Z innych zapisów siwz usunął jedynie sformułowanie „trakcyjna” nie zmieniając w pozostałym zakresie ich treści. Nadto na zadane przez oferenta zapytanie oznaczone nr 3 o treści: „ Czy Zamawiający dopuszcza możliwość wykonywania każdego z zadań przez innego wykonawcę” wskazał, iż Zamawiający dopuszcza taką możliwość”. Odnośnie pierwszego zarzutu - naruszenia art. 38 ustawy Pzp w zw. z art. 29 tej ustawy oraz art. 7, 8 i 9 Pzp - w kontekście podniesionych zarzutów oraz wyjaśnień z dnia 11 czerwca 2015 r. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający na skutek modyfikacji siwz dokonał zmiany przedmiotu zamówienia z działalności, która pierwotnie wymagałaby od oferentów posiadania stosownej licencji na działalność. Stwierdził, że Odwołujący nie ma pewności, co

do tego wymagania, gdyż Zamawiający nie udzielił wprost odpowiedzi na zadane pytanie, ani też nie powołał się wprost na konieczność przedłożenia właśnie tych dokumentów (licencji). W związku z powyższym można jedynie domniemywać, że Zamawiający nie wymaga od oferentów posiadania uprawnień do świadczenia usług lokomotywą spalinową wraz z obsługą. Podkreślił, że obowiązkiem Zamawiającego jest konkretyzacja i niebudzące wątpliwości sprecyzowanie wymogów oraz udzielenie odpowiedzi (wyjaśnień) w sposób, który z jednej strony nie utrudni uczciwej konkurencji, a z drugiej - daje wykonawcy pewność, co do jednoznacznej ich interpretacji podczas oceny spełnienia warunków. Zamawiający. Wskazał na orzecznictwo KIO, podkreślając w szczególności, że „Ze względu na to, że wyjaśnienia niejednokrotnie wpływają na podjęcie decyzji o składaniu oferty bądź na jej zawartość wskazane jest udzielanie precyzyjnych wyjaśnień, rzeczywiście wskazujących wolę zamawiającego wyrażoną w specyfikacji oraz udzielanie ich niezwłocznie”. Podkreślił, że w przypadku, gdy istnieje kilka możliwości interpretacji postanowień specyfikacji. okoliczność, że wykonawca zinterpretował te postanowienia w sposób odmienny niż zamawiający nie może rodzić negatywnych skutków dla wykonawcy. Odnośnie drugiego z zarzutów [naruszenie art. 44, art. 4 pkt. 9a w zw. z art. 43 ustawy o transporcie kolejowym w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 1 oraz ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz pkt. 3 formularza ofertowego będącego załącznikiem nr 2 do SIWZ w zw. z art. 93 ust. 1 pkt. 7 w zw. z art. 146 ustawy Pzp] wykonawca podał, że (...) domniemywać można, że skoro Zamawiający w odpowiedzi na zadane mu pytanie oznaczone nr 1 dokonał zmiany nazwy zadania nr 2 tj. z brzmienia „Świadczenie usług trakcyjnych” na brzmienie „Świadczenie usług lokomotywą spalinową wraz z obsługą” to jednocześnie dokonał zmiany przedmiotu zamówienia z działalności, która pierwotnie wymagałaby od oferentów startujących w postępowaniu posiadania stosownej licencji na działalność nielicencjonowaną. **Z powyższą modyfikacją (o ile taki był zamiar Zamawiającego) - Odwołujący nie może się zgodzić, pozostaje ona bowiem w sprzeczności z pkt 3 Formularza ofertowego będącego załącznikiem nr 2 do SIWZ**, zgodnie z którym: „Wykonawca składający niniejszą ofertę, a w przypadku oferty wspólnej Wykonawcy składający niniejszą ofertę łącznie spełniają warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uwzględniając powyższe, oferta każdego wykonawcy składana w niniejszym postępowaniu będzie musiała zawierać oświadczenie potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, stwierdzające, że wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. W przypadku zadania nr 2 (pierwotnie oznaczonego przez Zamawiającego, jako świadczenie usługi trakcyjnej, która to działalność wymaga legitymowania się stosowną licencją), po dokonanej modyfikacji w dalszym ciągu - w ocenie wykonawcy - jest działalnością do wykonywania, której wymagane jest posiadanie stosownej licencji, pomimo iż jak można domniemywać z kontekstu

zadanego pytania przez oferenta i dokonanej modyfikacji - Zamawiający odstąpił od tego wymagania. Tymczasem zgodnie z art. 4 pkt 9 a ustawy o transporcie kolejowym: „Użyte w ustawie określenia oznaczają: (...) usługa trakcyjna - działalność przewoźnika kolejowego polegająca na zapewnieniu pojazdu kolejowego z napędem wraz z obsługą maszynistów do wykonywania przewozu kolejowego albo zapewnienie obsługi maszynistów do prowadzenia pojazdu kolejowego z napędem”. Z kolei w myśl art. 43 tej ustawy „Działalność gospodarcza polegająca na wykonywaniu przewozów kolejowych osób lub rzeczy albo na świadczeniu usług trakcyjnych podlega licencjonowaniu”. Z kolei licencja jest potwierdzeniem zdolności przedsiębiorcy do wykonywania funkcji przewoźnika kolejowego. Zdaniem wykonawcy, **świadczenie usług w ramach zadania nr 2 zarówno przed zmianą SIWZ, jak i po zmianie wymaga posiadania przez wykonawcę licencji na świadczenie usług trakcyjnych w rozumieniu art. 43 w zw. z art. 4 pkt 9a ustawy o transporcie kolejowym.** Dalej wskazał, że (...) dokonana przez Zamawiającego modyfikacja SIWZ polegająca na zmianie nazwy Zadania nr 2 nie skutkuje zmianą zakresu przedmiotowego czynności, które mają zostać zleczone przez Zamawiającego do wykonania. W konsekwencji czynności te w dalszym ciągu wyczerpują zakres definicji usługi trakcyjnej. Zgodnie bowiem ze zmienionym brzmieniem pkt 1 załącznika nr 1 do SIWZ w części dotyczącej Zadania nr 2 przedmiotem Zamówienia jest: „Świadczenie usług spalinową lokomotywą manewrową wraz z obsługą i paliwem w celu wykonywania prac manewrowych - przewozów w obrębie bocznic kolejowej Zamawiającego o następujących parametrach technicznych (...)” Powyższy zakres przedmiotowy Zadania nr 2 jest tożsamy z definicją usługi trakcyjnej definiowanej jako działalność przewoźnika kolejowego polegająca na zapewnieniu pojazdu kolejowego z napędem wraz z obsługą maszynistów do wykonywania przewozu kolejowego. Usługa trakcyjna polega bowiem m.in. na zapewnieniu przez przewoźnika kolejowego pojazdu trakcyjnego (lokomotywy) razem z wykwalifikowaną obsługą (w szczególności maszynistą oraz pomocnikiem maszynisty), który wykonuje czynności związane z transportem kolejowym przy czym jest to wykonywane na rzecz podmiotu, który jest stroną umowy obejmującej transport kolejowy oraz który to podmiot posiada tytuł prawny do korzystania z infrastruktury kolejowej lub bocznic kolejowej (tj. posiada zawartą umowę o dostęp do infrastruktury z zarządcą bądź też jest użytkownikiem bocznic kolejowej). Usługi, które Zamawiający zamierza powierzyć do wykonania w ramach Zadania nr 2 w pełni wyczerpują powyższy zakres, są zatem usługą trakcyjną, Zamawiający wymaga bowiem zapewnienia spalinowej lokomotywy manewrowej z wykwalifikowaną obsługą do wykonywania prac manewrowo - przewozowych. Powyższe potwierdza zatem, że Zamawiający dokonując zmiany nazwy Zadania nr 2 z „świadczenia usług trakcyjnych” na „świadczenie usług lokomotywą spalinową wraz z obsługą” nie dokonał żadnych zmian lub uzupełnień w zakresie przedmiotu postępowania, co potwierdza, iż nie uległ zmianie charakter usług

będących przedmiotem Zadania nr 2 i tym samym zgodnie z art. 44 ustawy o transporcie kolejowym oraz jej art. 43 dla realizacji tej części zamówienia wymagana jest licencja. Zwrócił ponadto uwagę, że Zamawiający dokonując modyfikacji specyfikacji oprócz zmiany nazewnictwa zadania nie zmienił jego zakresu, i tym samym zadanie nr 2 obejmuje wykonywanie usługi trakcyjnej, do której wykonania konieczne jest posiadanie przymiotu przewoźnika kolejowego, który winien legitymować się stosowną licencją. Jego zdaniem, Zamawiający konstruuując warunek udziału w postępowaniu w pkt. VII 1 a) specyfikacji w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia przesądził, iż za usługi odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia rozumie (dla zadań nr 1 i 2) - wykonywanie przewozów kolejowych rzeczy na liniach kolejowych i/lub przewozach rzeczy w obrębie stacji lub bocznicy kolejowych/ej. Powyższe może więc również świadczyć o tym iż Zamawiający warunkował realizację Zadania nr 2 przez podmiot posiadający przymiot „przewoźnika kolejowego”, czyli przez przedsiębiorcę, który na podstawie licencji wykonuje przewozy kolejowe lub świadczy usługę trakcyjną. Stanowisko Odwołującego znajduje dodatkowe wsparcie, gdy uwzględni się fakt, iż wykonywanie usług przez podmiot posiadający licencję powinno gwarantować bezpieczeństwo związane z obsługą bocznicy kolejowej. Przewoźnicy kolejowi na rynku krajowym w przeważającej mierze posiadają licencje przewoźnika i certyfikaty bezpieczeństwa, jak również komplet regulacji wewnętrznych zatwierdzonych przez Urząd Transportu Kolejowego, dotyczących kwalifikacji pracowników kierujących pojazdami kolejowymi oraz utrzymania pojazdów kolejowych (wymóg rozporządzenia ministra transportu w sprawie systemu zarządzania bezpieczeństwem w transporcie kolejowym]. Podkreślił, że posiadanie licencji i systemu zarządzania bezpieczeństwem gwarantuje, że przewoźnik cały czas prowadzi identyfikację wszystkich rodzajów ryzyk związanych z jego działalnością oraz stosuje odpowiednie środki w celu kontrolowania i ograniczania takiego ryzyka. W sytuacji natomiast, w której po dokonanej modyfikacji Zamawiający zdaje się pozwalać na składanie ofert w zakresie Zadania nr 2 podmiotom niebędącym licencjonowanymi przewoźnikami kolejowymi, brak jest jakichkolwiek gwarancji, że taki wykonawca wykonywał będzie prace w sposób zapewniający odpowiedni poziom bezpieczeństwa. Mając na względzie powyższe i wskazując na art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp oraz art. 146 ustawy Pzp stwierdził w reasumpcji, że na skutek modyfikacji specyfikacji, Zamawiający dopuścił, aby w zakresie usług objętych Zadaniem nr 2 mógł je świadczyć podmiot niedysponujący licencją na świadczenie usług trakcyjnych, wymaganą przez przepisy ustawy o transporcie kolejowym - wykonywanie usług trakcyjnych bez licencji stanowić będzie naruszenie ustawy o transporcie kolejowym. Powyższe może w konsekwencji prowadzić do dopuszczenia do udziału w postępowaniu podmiotów nieposiadających licencji i zawarciem z jednym z nich umowy podlegającej unieważnieniu. Odnośnie zarzutu trzeciego [naruszenia art. 17 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z



art. 29 tej ustawy] wskazał, że konstrukcja podziału zamówienia zasadza się na trzech zadaniach: Obsługa stanowisk pracy wraz z usługą nadzoru techniczno -eksploatacyjnego bocznic; Świadczenie usług trakcyjnych/świadczenie usług lokomotywą spalinową wraz z obsługą; oraz Diagnostyka, konserwacja, bieżące utrzymanie infrastruktury kolejowej bocznic. Przepisanie wykonywania usługi nadzoru techniczno - eksploatacyjnego wyłącznie do Zadania nr 1 zagraża bezpieczeństwu transportu kolejowego i jako takie może zostać zaklasyfikowane jako naruszenie przepisów prawa przez Prezesa Urzędu Transportu, w tym art. 17 ust. 1 ustawy o transporcie kolejowym. Stwierdził, że przypisanie nadzoru techniczno - eksploatacyjnego wyłącznie do Zadania nr 1, z połączonym z tym obowiązkiem pełnienia nadzoru nad wykonywaniem Zadania nr 2 i nr 3, narusza leżący po stronie Zamawiającego, jako użytkownika bocznic, obowiązek spełnienia warunków technicznych i organizacyjnych, zapewniających bezpieczne prowadzenie ruchu kolejowego i bezpieczną eksploatację pojazdów kolejowych. Zdaniem wykonawcy, powyższy opis przedmiotu zamówienia narusza również art. 29 ustawy Pzp, który wymaga, aby jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

**Przystępujący do postępowaniu odwoławczego po stronie Odwołującego** – wykonawca DB Schenker Rail Polska S.A. z Zabrza wnosząc o uwzględnienie odwołania, w szczególności stwierdził, że ma interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, ponieważ zamierza on złożyć ofertę na realizację przedmiotu zamówienia na każde z 3 zadań) i dąży, aby niniejsze postępowanie było prowadzone zgodnie z przepisami prawa. Jego zdaniem, wybór wykonawcy nieposiadającego stosownych uprawnień do wykonywania przedmiotu umowy będzie skutkowało naruszeniem przepisów wskazanych, a uznanie zarzutów z odwołania umożliwi zawarcie umowy zgodnej z prawem. Dodatkowo wskazał, że brak licencji spowoduje także, iż krąg potencjalnych wykonawców będzie w sytuacji znacznie korzystniejszej niż podmiot posiadający taką licencję, albowiem taki podmiot nie będzie musiał ponosić związanych z posiadaną licencją wysokich dodatkowych kosztów, które z kolei mają istotny wpływ na cenę oferty. W uzasadnieniu w szczególności podał, że Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na zadane pytanie do zadania 2, a także nie odpowiedział, czy wymaga, aby podmiot świadczący usługi w zakresie zadania 2 posiadał licencję, a jedynie zmodyfikował treść specyfikacji w sposób odmienny od żądania oferenta. Dodatkowo wskazał na zapytanie nr 3 o treści: „Czy Zamawiający dopuszcza możliwość wykonywania każdego z zadań przez innego wykonawcę” – Zamawiający podał, że dopuszcza taką możliwość. Odnośnie zarzutu (punkt 1 odwołania) naruszenia art. 38 ustawy Pzp w zw. art. 29 tej ustawy oraz jej art. 7, 8 i 9 stwierdził, że Zamawiający nie udzielił

odpowiedzi na zadane pytanie wskutek czego doszło do poważnych wątpliwości interpretacyjnych wskazanych w odwołaniu. Można bowiem tylko domniemywać, że Zamawiający nie wymaga od wykonawców - oferentów posiadania uprawnień do świadczenia usług lokomotywą spalinową wraz z obsługą. Jego zdaniem zamawiający powinien jednoznacznie i konkretnie wskazać warunki, jakie powinien spełnić wykonawca, by złożyć najkorzystniejszą ofertę. W odniesieniu do drugiego zarzutu z odwołania podzielił argumentację Odwołującego podkreślając, że Zamawiający nieprawidłowo uznał, że do wykonywania usług objętych zadaniem nr 2 (świadczenie usług lokomotywą spalinową wraz z obsługą nie jest wymaga licencja, podczas, gdy jak wynika z przepisów prawa świadczenie usług trakcyjnych podlega licencjonowaniu. Podkreślił, że ustawodawca w art. 44 ustawy o transporcie kolejowym w sposób wyraźny z obowiązku uzyskania licencji zwolnił tylko podmioty, wykonujące przewozy na terenie bocznicy kolejowej oraz stacji kolejowej. Nie wyłączył natomiast spod tego obowiązku podmioty świadczące usługi trakcyjne, to oznacza, że świadczenie usług trakcyjnych na terenie bocznicy kolejowej objęte jest obowiązkiem posiadania licencji na świadczenie usług trakcyjnych. Co oznacza z kolei, że wykonywanie, usług trakcyjnych bez licencji będzie stanowić naruszenie ustawy o transporcie kolejowym. Podkreślił, że dokonana zmiana, nazwy zadania nr 2 nie skutkowałą zmianą zakresu czynności, które w dalszym ciągu wyczerpują zakres definicji usługi trakcyjnej. W odniesieniu do trzeciego zarzutu [pkt 3 odwołania] stwierdził, że podział zamówienia na trzy zadania i przypisanie nadzoru techniczno - eksploatacyjnego wyłącznie do Zadania nr 1 z połączeniem pełnienia nadzoru nad wykonywaniem Zadania nr 2 i nr 3 jest niejednoznaczny, budzący wątpliwości interpretacyjne. Jego zdaniem takie wskazanie jednoznacznie narusza leżący po stronie użytkownika bocznicy – czyli Zamawiającego - obowiązek spełnienia warunków technicznych i organizacyjnych umożliwiających prowadzenie ruchu kolejowego i prawidłową eksploatację.

### **Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

W odwołaniu podniesiono zarzuty do niezgodnych według Odwołującego z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych czynności Zamawiającego, dotyczących (1) naruszenia art. 38 ustawy Pzp w zw. z art. 29 tej ustawy oraz jej art. 7, 8 i 9 w kontekście zarzutów oraz wyjaśnień i modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz] dokonanych w dniu 11 czerwca 2015 r., albowiem zdaniem wykonawcy nie udzielono odpowiedzi na zadane przez oferenta pytanie oznaczone nr 1, wskutek czego doszło do

niejednoznacznego, niekonkretnego i budzącego wątpliwości interpretacyjne wymagania z punktu 3 Formularza ofertowego [załącznik nr 2 do specyfikacji] w zakresie spełniania warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, co może skutkować dopuszczeniem do udziału w postępowaniu podmiotów nieposiadających licencji i zawarciem z jednym z nich umowy podlegającej finalnie unieważnieniu. Odwołujący z ostrożności – jak zaznaczył - wskazał także na naruszenie (2) art. 44, art. 4 pkt 9a w zw. z art. 43 ustawy o transporcie kolejowym w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 1 oraz ust. 5 ustawy Pzp i wskazanym pkt 3 formularza ofertowego w zw. z art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 146 tej ustawy z uwagi na nieuprawnione uznanie, iż do wykonywania usług objętych zadaniem nr 2 nie jest wymagana licencja na świadczenie usług trakcyjnych, podczas, gdy do wykonywania tego typu usług - rzeczona licencja jest wymagana. Powyższe, w przypadku złożenia oferty przez wykonawcę nieposiadającego tej licencji na świadczenie usług trakcyjnych i jej wyboru, jako najkorzystniejszej skutkować może naruszeniem przywołanych w odwołaniu przepisów prawa, co w konsekwencji skutkować będzie zawarciem umowy podlegającej unieważnieniu. Ponadto wskazał na naruszenie (3) art. 17 ustawy Pzp w zw. z art. 29 tej ustawy z uwagi – jego zdaniem - na niejednoznaczne, budzące wątpliwości interpretacyjne opisanie przedmiotu zamówienia w Załączniku nr 1 do siwz w zakresie podziału zamówienia publicznego na trzy zadania i przypisanie nadzoru techniczno - eksploatacyjnego wyłącznie do tego Zadania, co narusza leżący po stronie Zamawiającego, jako użytkownika bocznicy, obowiązek spełnienia warunków technicznych i organizacyjnych. zapewniających bezpiecznego prowadzenie ruchu kolejowego i bezpieczną eksploatację pojazdów kolejowych.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, co do podstaw odrzucenia odwołania w całości na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba uznała, mając na uwadze odpowiednio powołany przepis, że nie podlega rozpoznaniu podnoszony w odwołaniu zarzut związany z naruszeniem art. 22 ust. 1 pkt. 1 oraz ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 146 tej ustawy oraz z art. 44, art. 4 pkt 9a w zw. z art. 43 ustawy o transporcie kolejowym, a także zarzut naruszenia art. 17 ustawy Pzp w zw. z art. 29 tej ustawy albowiem zostały one podniesione z uchybieniem wymaganego ustawą Pzp terminu określonego art. 182 ust.2 pkt 1 tej ustawy. Zdaniem Izby, w okolicznościach faktycznych sprawy, informację o opisie warunku według punktu 1 ust.1 art. 22 ustawy Pzp oraz z uwzględnieniem wymagań art. 17 w zw. z art. 29 ustawy Pzp, Odwołujący, wbrew jego twierdzeniom, mógł powziąć w dniu 20 maja 2015 r., w której to dacie opublikowane zostało Ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Tak, jak przyznał sam Odwołujący, wskazując

na art. 44 i art. 4 pkt 9a w zw. z art. 43 ustawy o transporcie kolejowym w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 1 oraz ust. 5 ustawy Pzp i pkt 3 formularza ofertowego, oraz w zw. z art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp i w zw. z art. 146 tej ustawy dla wykonywania usług objętych zadaniem nr 2 (zarówno przed zmianą jego nazwy jak i po zmianie) specyfikacja nie wymagała licencji, podczas, gdy do wykonywania tego typu usług – taka licencja jego zdaniem jest niezbędna. Powyższe, według twierdzeń Odwołującego, w przypadku złożenia oferty przez wykonawcę nieposiadającego licencji na świadczenie usług trakcyjnych i wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej skutkować może naruszeniem przywołanych w odwołaniu przepisów prawa, co w konsekwencji skutkować będzie zawarciem podlegającej unieważnieniu umowy. Zdaniem Izby brak spornej licencji nie wymagał pogłębionej interpretacji warunku związanego z art. 22 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. Także przypisanie nadzoru techniczno - eksploatacyjnego wyłącznie do zadania nr 1 wynikało bezpośrednio z postanowień specyfikacji i jej załączników. Tym samym, w odniesieniu do tych dwóch zarzutów, termin na wniesienie odwołania obliczony zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp upłynął w dniu 30 maja 2015 r. Izba podkreśla, że wnoszący odwołanie wykonawca wskazując – w tych okolicznościach faktycznych - na datę 11 czerwca 2015 r. w istocie usiłuje wykreować przywrócenie prawa [terminu] do skutecznego wniesienia odwołania od czynności, co do których termin definitywnie upłynął.

W konkluzji Izba stwierdziła, że w zakresie powyżej wskazanym, zarzuty zostały wniesiono po terminie określonym w art. 182 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp i w związku z art. 189 ust.2 pkt 3 tej ustawy nie podlegały rozpoznaniu przez Izbę. Z tego też względu do rozpoznania na rozprawie skierowany został wyłącznie zarzut dotyczący naruszenia art. 38 ustawy Pzp w zw. z art. 29 tej ustawy oraz art. 7, 8 i 9 tej ustawy.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 38 ustawy Pzp w zw. z art. 29 tej ustawy oraz art. 7, 8 i 9 tej ustawy Izba stwierdziła, że zarzut ten Odwołujący – jak podał w odwołaniu – oparł na nie udzieleniu odpowiedzi pytanie oznaczone nr 1, wskutek czego doszło do niejednoznacznego, niekonkretnego i budzącego wątpliwości interpretacyjne wymagania Zamawiającego zawartego w pkt 3 Formularza ofertowego w zakresie spełniania warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, co może skutkować dopuszczeniem do udziału w postępowaniu podmiotów nieposiadających licencji i zawarciem z jednym z nich umowy podlegającej finalnie unieważnieniu. Izba ustaliła także, że w piśmie z dnia 11 czerwca 2015 r., Zamawiający odnosząc się do pytania nr 1: [„Czy dla zadania nr 2 „Świadczenie usług

trakcyjnych” Zamawiający wymaga przedłożenia licencji na tą usługę? Zgodnie z ustawą o transporcie kolejowym jest to działalność licencjonowana, a działalność polegająca na obsłudze bocznic nie podlega licencjonowaniu. Proponujemy zmianę zapisu SIWZ na „Świadczenie usług manewrowych.”] podał, że dokonuje modyfikacji specyfikacji w zakresie zadania 2 i w miejsce „Świadczenie usług trakcyjnych” w części II Opisu przedmiotu zamówienia dla zadania 2 przyjął nowe oznaczenie: „Zadanie 2. Świadczenie usług lokomotywą spalinową wraz z obsługą”. Następnie w załączniku nr 1 do specyfikacji „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” dla zadania 2 w ust.1, nadając nowe brzmienie temu postanowieniu, usunął wyraz „trakcyjną”. Analogiczne zmiany wprowadził w innych miejscach dokumentów, w których posłużono się wyrazem „trakcyjnych.” Izba zauważa również, że to stanowisko nie zostało zakwestionowane przez podmiot stawiający zapytanie.

Zdaniem Izby, okoliczności faktyczne sprawy, bezspornie potwierdzają, że odpowiedź została udzielona i tym samym podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 38 ustawy Pzp jest niezasadny i podlega oddaleniu. Izba jednocześnie stwierdza, że nawiązywanie do art. 29 ustawy Pzp i odnoszenie tej odpowiedzi do wymagania zawartego w pkt 3 formularza ofertowego z argumentacją, że jej skutkiem doszło do budzącego wątpliwości interpretacyjne opisu warunku, *de facto* dotyczy pierwotnego brzmienia załącznika nr 2 do specyfikacji, co do treści oświadczenia w nim wymaganego, oraz do naruszenia art. 22 ust.1 i ust. 5 ustawy Pzp i wskazywanych w odwołaniu przepisów ustawy o transporcie kolejowym, co z kolei dotyczy wskazanych powyżej zarzutów, które zgodnie z ustaleniami Izby zostały wniesione z uchybieniem wymaganego ustawą Pzp terminu.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień 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).

.....