

Sygn. akt: KIO/UZP 1286/09

WYROK

z dnia 22 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Magdalena Grabarczyk

Marek Koleśnikow

Protokolant: Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Górnictwo ROW-JAS Sp. z o.o., 44-330 Jastrzębie-Zdrój, ul. Kasztanowa 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** protestu z dnia 12 sierpnia 2009 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Górnictwo ROW-JAS Sp. z o.o., 44-330 Jastrzębie-Zdrój, ul. Kasztanowa 2

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Górnictwo ROW-JAS Sp. z o.o., 44-330 Jastrzębie-Zdrój, ul. Kasztanowa 2;**

2) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Górnictwo ROW-JAS Sp. z o.o., 44-330 Jastrzębie-Zdrój, ul. Kasztanowa 2.**

Uzasadnienie

STAN FAKTYCZNY

Zamawiający, Kompania Węglowa S.A. z Katowic, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie powłoki hydroizolacyjnej obudowy szybowej szybu 1 metodą natryskową d/a KW S.A. KWK Oddział KWK "Szczygłowice".

Szacunkową wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

W dniu 03.08.2009 r. zamawiający na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wykluczył Przedsiębiorstwo Górniczo Produkcyjne "ROW-JAS" Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębie-Zdrój z udziału w postępowaniu oraz unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

PROTEST

W dniu 12.08.2009 r. Przedsiębiorstwo Górniczo Produkcyjne "ROW-JAS" Sp. z o.o. wniosła protest, wskazując, iż czynnościami objętymi protestem są:

1. badanie i ocena jedynej złożonej oferty,
2. wykluczenie wykonawcy,
3. odrzucenie jego oferty,
4. unieważnienie postępowania.

W związku z powyższym protestujący domagał się powtórzenia badania i oceny jego oferty oraz unieważnienia pozostałych czynności zamawiającego.

W proteście zarzucono zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 4 ustawy, poprzez wykluczenie Przedsiębiorstwa Produkcyjno Górniczego "ROW-JAS" Sp. z o.o. a także odrzucenie jej oferty, chociaż

spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, gdyż w terminie otwartym z art. 26 ust. 3 ustawy złożyła wymagane przez zamawiającego dokumenty, z których wynika zdolność wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia,

- 2) art. 24 ust. 3 ustawy poprzez sporządzenie uzasadnienia faktycznego bez jednoznacznego wyjaśnienia, co było powodem wykluczenia wykonawcy,
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy poprzez nieuprawnione unieważnienie postępowania,
- 4) art. 26 ust. 3 ustawy poprzez sformułowanie żądania uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia warunku nie przewidzianego w SIWZ,
- 5) art. 29 ust. 1 ustawy poprzez opis przedmiotu w sposób niejednoznaczny.

W uzasadnieniu protestu podniesiono, m.in.:

„[...]”

Wykluczenie przez Zamawiającego Przedsiębiorstwa Produkcyjno Górniczego "ROW-JAS" Sp. z o.o. i odrzucenie jego oferty jest niezasadne i nie przystoi do ustaleń faktycznych sprawy.

Celem pełnego zobrazowania rozstrzygnięcia Zamawiającego dalsze wywody Wykonawcy wypada poprzedzić przypomnieniem Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Mianowicie, w pkt XLI. 1. Zamawiający sformułował następujący wymóg o charakterze podmiotowym: Wykonawcy „(...) Posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, to znaczy:

1. w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (jeżeli okres działalności jest krótszy, to za ten okres) wykonali/wykonują usługi odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia : co najmniej 1 usługę, o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 PLN lub co najmniej 3 usługi o łącznej wartości tych usług nie mniejszej niż 1 000 000,00 PLN".

Tak sformułowany warunek nie uległ zmianie do czasu wydania oprotestowanego rozstrzygnięcia Zamawiającego.

W tym miejscu wypada podkreślić, że Zamawiający sformułował opisany wyżej warunek przy użyciu spójnika "lub", a więc w konstrukcji warunku posłużył się alternatywą łączną. Oznacza to, że Zamawiający uznaje za wystarczające spełnienie opisanego warunku, jeśli Wykonawca udowodni istnienie jednego z członów alternatywy bądź obu członów alternatywy. Następnie Zamawiający pismem z dnia 8 czerwca 2009 r. zwrócił się do Wykonawcy z żądaniem uzupełnienia oferty o następujące dokumenty:

a) Wykaz wykonanych (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych) usług w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Oficjalnych

Publikacji Wspólnot Europejskich, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem oraz wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorów oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, np. zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ, przy czym wartość tych usług nie może być mniejsza niż 1000000,00 PLN,

b) Oświadczenie Wykonawcy o oddziaływaniu na środowisko -załącznik nr 8 do SIWZ i celem uzupełnienia dostrzeżonych braków wyznaczył Wykonawcy termin do dnia 16 czerwca 2009 r.

Pismem z dnia 15 czerwca 2009 r. przesłanym Zamawiającemu faxem Wykonawca przedłożył :

1) Wykaz wykonanych usług -załącznik nr 4, w tym referencje, protokół, kserokopie części umów,

2) Oświadczenie wymagane załącznikiem nr 8 do SIWZ.

W dniu 3 sierpnia 2009 r. Zamawiający zakomunikował wykonawcy treść zaskarżonego orzeczenia.

Po analizie motywów zaskarżonego rozstrzygnięcia zdecydował się złożyć protest, zawierający 6 zarzutów.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 4 ustawy poprzez wykluczenie Przedsiębiorstwa Produkcyjno Górniczego "ROW-JAS" i odrzuceniu jego oferty został oparty na niewłaściwym przyjęciu przez Zamawiającego, iż oferta Wykonawcy nie spełnia warunków udziału w postępowaniu przetargowym. Uszczegółowienie przedmiotu zamówienia pt. " Wykonanie powłoki hydroizolacyjnej obudowy szybowej szybu I metodą natry KW S.A. Oddział KWK "Szczygłowice" -nr akt sprawy 090801305/01" nastąpiło w załączniku nr 1 do SIWZ, tj. zawierającym m.in. szczegółowy opis prac objętych przedmiotem zamówienia.

Przedmiotem rozbieżnych ocen stron postępowania przetargowego w zakresie spełniania wyżej wskazanego warunku podmiotowego jest zarówno rodzaj, jak i wartość przedmiotu zamówienia. W piśmie z dnia 15 czerwca 2009 r. Wykonawca m.in. przedłożył kopię umowy z Katowickim Holdingiem Węglowym Spółką Akcyjną Kopalnia Węgla Kamiennego "Mysłowice -Wesoła" z dnia 29 czerwca 2007 r. oraz kopię umowy z Katowickim Holdingiem Węglowym Spółką Akcyjną Kopalnia Węgla Kamiennego "Mysłowice -Wesoła" z listopada 2007 L, gdzie w obu umowach precyzyjnie wskazano zakres prac objętych przedmiotami zamówienia. Lektura tych dokumentów potwierdza, że zakres (rodzaj) przedmiotu zamówienia w postępowaniu, gdzie składa się niniejszy protest, jest zbieżny z zakresem (rodzajem) przedmiotów zamówienia, wskazanych w obu umowach "przetargowych". Analiza poszczególnych zadań (prac) cząstkowych, ujętych w obu umowach przetargowych,

wykazuje. zbieżność z zadaniami (pracami) cząstkowymi określonymi w załączniku nr I do SIWZ. Zamawiający nie wskazał, aby dokumenty potwierdzające spełnienie warunku wskazanego w pkt XLI. 1. SIWZ (inne niż w/w umowy) odbiegały od jego oczekiwań w zakresie stwierdzenia, że roboty zostały wykonane należyście. Tak więc Wykonawca domniemywa, że jakość wykonanych prac, objętych wskazanymi umowami przetargowymi, była należyta, co nie było bezpośrednim powodem wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia jego oferty.

Dalej, wartość przedmiotu zamówienia również mieści się w progach kwotowych wskazanych w pkt XI.1. 1. SIWZ. Załącznik nr 4, .w wersji wypełnionej przez Wykonawcę, także koresponduje z wymogami Zamawiającego. Mianowicie, dla poz. nr 1 Wykazu, dołączono kopię umowy z Katowickim Holdingiem Węglowym Spółką Akcyjną Kopalnia Węgla Kamiennego "Mysłowice-Wesoła" z dnia 29 czerwca 2007 r. wraz z Wymaganiami technicznymi dotyczącymi przedmiotowej umowy, w których wyspecyfikowano zakres prac przewidzianych do wykonania. Dla przykładu:

- naprawa obudowy zbiornika w zakresie likwidacji ubytków i pęknięć obudowy;
- uszczelnienie obudowy zbiornika w celu uniemożliwienia migracji wody do wnętrza zbiornika jak i wiele innych robót w/w umowy jest tożsama z czynnościami wskazanymi w załączniku nr 1 do SIWZ. Nadmienić należy, że zbiorniki retencyjne (wyrównawcze), podobnie jak szyby , są wyrobiskami górniczymi pionowymi z obudową o porównywalnych parametrach. Wartość adekwatnych prac z zakresu całej umowy (wartość brutto umowy: 2 082 540,00 zł), stanowi około 40% i wynosi 830000,00 zł. Podobnie, dla poz. nr 2 Wykazu, dołączono kopię umowy z Katowickim Holdingiem Węglowym Spółką Akcyjną Kopalnia Węgla Kamiennego "Mysłowice-Wesoła" z listopada 2007 r., w której dokładnie wyszczególniono zakres prac do wykonania i jest on w całości zbieżny z zakresem obecnie prowadzonego postępowania przetargowego. Wartość tej umowy wynosi brutto 869 250,00 zł. W ocenie Wykonawcy także zakres prac ujętych pod poz. nr 3 wykazu (wartość brutto: 237 900,00 zł), bez żadnych wątpliwości potwierdza realizację prac tożsamych z czynnościami wskazanymi w załączniku nr I do SIWZ. Korzystając z zapisów pkt XLI. 1 SIWZ Wykonawca uznał, że spełnił wymóg Zamawiającego co do konieczności legitymowania się doświadczeniem w zakresie prowadzenia robót, o łącznej wartości 1 000 000,00 zł, wykazujących zależność z robotami wskazanymi w załączniku nr 1 do SIWZ.

W tych warunkach Wykonawca udokumentował swoją zdolność do wykonania przedmiotu zamówienia, objętego niniejszym postępowaniem, na skutek uzupełnienia dokumentów wymienionych w wezwaniu Zamawiającego z dnia 8 czerwca 2009 r.

Wykonawca stawia Zamawiającemu zarzut nie wskazania w rozstrzygnięciu z dnia 31 lipca 2009 r. przyczyn, dla których uznał, że Wykonawca nie spełnił warunku wskazanego w pkt XL1.1. SIWZ. Uzasadnienie faktyczne rozstrzygnięcia

o wykluczeniu Wykonawcy nie precyzuje, czy powodem wykluczenia było: a) nie wykazanie wykonania/wykonywania usługi (usług) odpowiadającej swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia,

b) nie wykazanie wykonania/wykonywania usługi (usług) odpowiadającej swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia z powodu nie udowodnienia wykonania co najmniej 1 usługi, o wartości nie mniejszej niż 1 000000,00 PLN,

c) -, nie wykazanie wykonania/wykonywania usługi (usług) odpowiadającej swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia z powodu nie udowodnienia wykonania co najmniej 3 usług o łącznej wartości tych usług nie mniejszej niż 1 000000,00 PLN",

d) nie spełnienie łącznie przesłanek opisanych w pkt a-c.

Nie sposób ustalić, jakie było stanowisko Zamawiającego co do tego, czy jakość wykonanych robót była należyta. Trudno poddać zatem pełnej weryfikacji rozstrzygnięcie Zamawiającego, w części dotyczącej uzasadnienia faktycznego, skoro brak jest motywów, które zdecydowały o odrzuceniu oferty Wykonawcy.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Ustawy pozostaje w koincydencji z zarzutem naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 4 Ustawy. Skoro brak było przesłanek do wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia jego oferty, to tym samym nie jest również uprawnione rozstrzygnięcie Zamawiającego w odniesieniu do unieważnienia postępowania. Otóż Zamawiający wyszedł z założenia, że jeśli oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu, a nie ma innych ofert nie podlegających odrzuceniu, to istnieje podstawa do unieważnienia postępowania. Ten ciąg myślowy został jednak przerwany wskutek zakwestionowania przez Wykonawcę pierwszego członu przedstawionego sposobu rozumowania Zamawiającego. Mianowicie, Wykonawca udowodnił, że nie było podstaw do wykluczenia go z postępowania oraz odrzucenia jego oferty. Z uwagi na przedstawione rozważania zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Ustawy, zdaniem Wykonawcy, potwierdził się.

Doniosłości zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Ustawy Wykonawca upatruje w sformułowaniu żądania uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia warunku nie przewidzianego w SIWZ. Pełna treść warunku podmiotowego opisanego w pkt XI ppkt 1 jest następująca: Wykonawcy „(...) 1. Posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, to znaczy:

1. w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (jeżeli okres działalności jest krótszy, to za ten okres) wykonali / wykonują usługi odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia : o najmniej 1

usługę, o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 PLN lub co najmniej 3 usługi o łącznej wartości tych usług nie mniejszej niż 1 000 000,00 PLN".

Z tym warunkiem koreluje treść zapisu pkt XIII ppkt 1, który ma następujące brzmienie: „(...) W celu potwierdzenia opisanego warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający żąda następujących dokumentów:

1. Wykaz wykonanych (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych) usług w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, tj. opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem lub wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane / są wykonywane należycie, np. zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ, przy czym wartość tych usług nie może być mniejsza niż określona w pkt XI ppkt 1.1 (...)"

Tymczasem w piśmie z dnia 8 czerwca 2009 r. Zamawiający przedstawił Wykonawcy wymóg nie zastrzeżony w SIWZ, tj. zażądał uzupełnienia oferty m.in. o Wykaz wykonanych (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych) usług w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem oraz wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorów oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, np. zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ, przy czym wartość tych usług nie może być mniejsza niż 1 000000,00 PLN.

Tak sformułowane wezwanie nie spełnia swojej podstawowej roli, tj. doprowadzenia oferty do stanu jej zgodności z oczekiwaniami Zamawiającego, wyrażonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zdaniem Wykonawcy warunek określony w pkt XI ppkt 1.1 SIWZ oraz pkt XIII.1 SIWZ, z jednej .strony, nie mógł zostać zrealizowany w sposób opisany w piśmie Zamawiającego z dnia 8 czerwca 2009 r. Ujawniają się wątpliwości tego rodzaju, czy w piśmie z dnia 8 czerwca 2009 r. Zamawiającemu chodziło o wykonanie / wykonywanie:

- 1) jednej usługi o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00. zł,
- 2) dwóch usług o łącznej wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł,
- 3) trzech usług o łącznej wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł,
- 4) co najmniej trzech usług o łącznej wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł,
- 5) więcej niż trzech usług o łącznej wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł.

Z literalnego punktu widzenia wynika, że odpada możliwość wskazana w pkt 1, albowiem Zamawiający użył liczby mnogiej rzeczownika "usługa". Co do pozostałych możliwości, to w ocenie Wykonawcy każda możliwość zachodzi (sądząc po lekturze pisma Zamawiającego z dnia 8 czerwca 2009 r.). Nasuwa się oczywisty wniosek o tym, że w piśmie z dnia 8 czerwca 2009 r. Zamawiający miał na myśli inny warunek podmiotowy aniżeli opisany w pkt XI ppkt 1.1 SIWZ oraz pkt XIII.1 SIWZ. Wyjaśnieniu tej kwestii nie służy uzasadnienie faktyczne czynności wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia jego oferty, stąd trudno o inną konkluzję jak przedstawiona w zdaniu poprzedzającym.

Dodatkowo stanowisko Wykonawcy doznaje wsparcia w brzmieniu zapisu pkt XIII.I SIWZ. Mianowicie, Zamawiający zastrzegł, że legitymacja zdolności Wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia może nastąpić poprzez m.in. przedłożenie „(...) dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane / są wykonywane należycie, np. zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ (...). Takie dopełnienie warunku oznacza, że Zamawiający zawarł wyliczenie enumeratywne sposobów wykazania tego warunku, przy czym to wyliczenie ma charakter otwarty, na co wskazuje zwrot "np. zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ". Tak sformułowany warunek SIWZ nie jest konkretny, albowiem Zamawiający dopuszcza istnienie innych, aniżeli wskazane w załączniku nr 4, sposobów realizacji tego warunku, których Zamawiający nie może poddać weryfikacji na zasadach określonych w Rozporządzeniu. W tych okolicznościach ocena sposobu spełniania tego warunku może przerodzić się częstokroć w ocenę dowolną, nie opartą na materiałach przetargowych oraz przepisach prawa. Tego uchybienia nie ustrzegł się Zamawiający, który w sposób oderwany od zapisów SIWZ sformułował żądanie jak w piśmie z dnia 8 czerwca 2009 r. Brak precyzji w formułowaniu żądania kierowanego do Wykonawcy nie może oddziaływać niekorzystnie na sytuację adresata wezwania (tu: Wykonawcy) w postępowaniu przetargowym. Tym samym ujawniło się kolejne uchybienie art. 26 ust. 3 Ustawy.

Ocena zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 Ustawy wymaga przedstawienia uwagi wprowadzającej. Otóż celem art. 29 ust. 1 Ustawy jest indywidualizacja świadczenia, które będzie przedmiotem zamówienia. Indywidualizacja świadczenia winna zostać dokonana na dwóch płaszczyznach:

- 1) zakresu rzeczowego,
- 2) zakresu ilościowego.

W zależności od rodzaju świadczenia Zamawiający dokonuje rozróżnienia przedmiot zamówienia na roboty budowlane, dostawy lub usługi. Dla prawidłowej kwalifikacji przedmiotu zamówienia właściwe znaczenie ma art. 6 Ustawy. Analizując treść zapisu pkt II.

I załącznika nr 1 SIWZ Wykonawca doszedł do wniosku, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, a nie usługi.

Dalej, doniosłość tego zarzutu jest o tyle istotna, że wpływa on m.in. na zdolność podmiotową Wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia i odpowiadającą jej ocenę Zamawiającego, czy Wykonawca podoła realizacji umówionego zadania gospodarczego. Aby przeprowadzić właściwą ocenę należy wezwać potencjalnych Wykonawców do przedstawienia m.in. potencjału kadrowego, technicznego oraz wiedzy i doświadczenia Wykonawcy. W tym celu należy skorzystać z par. 1 ust. 2 Rozporządzenia. Wprawdzie Zamawiający skorzystał z tej ścieżki, lecz ocena zdolności Wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia jest o tyle utrudniona, że w zapisie XLI. 1 SIWZ oraz w zapisie XIII.1 SIWZ Zamawiający wskazuje na okres 5 lat poprzedzających moment wszczęcia postępowania przetargowego, w jakim należy przedstawić wiedzę i doświadczenia Wykonawców, co jest charakterystyczne dla robót budowlanych (por. § 1 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia). Tymczasem w załączniku nr4 do SIWZ Zamawiający wskazuje na okres 3 lat poprzedzających moment wszczęcia postępowania przetargowego, w jakim należy przedstawić wiedzę i doświadczenia Wykonawców, co z kolei przemawia za koncepcją usługi jako rodzaju świadczenia będącego przedmiotem zamówienia (por. § 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia). W tym stanie rzeczy nie sposób dokonać jednolitej wykładni obu warunków. Gdyby przyjąć . przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, to Wykonawca dowód . by j stosownymi dokumentami z lat wcześniejszych aniżeli rok 2007 (jak przyjęto w załączniku nr 4 do SIWZ, stanowiącym część oferty Wykonawcy), a wtedy ocena zdolności Wykonawcy do realizacji przedmiot zamówienia byłaby zupełnie inna.

Wykonawca ma interes prawny we wniesieniu niniejszego protestu, ponieważ gdyby Zamawiający nie naruszył wyżej wskazanych przepisów Ustawy oraz Rozporządzenia, Wykonawca mógłby brać udział w dalszych czynnościach przedmiotowego postępowania, a oferta Wykonawcy mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

[...]"

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 20.08.2009 r. zamawiający ww. protest oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu wskazano m.in.:

„[...]

Zgodnie z art. 179 ust. 1 "Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w

uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy".

W niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia interesu prawnego Wykonawcy w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, Protestujący był związany złożoną ofertą do dnia 31.07.2009 r., także wadium złożone w niniejszym postępowaniu (w formie Gwarancji Bankowej ING Banku Śląskiego nr 859/09/K) zabezpieczało ofertę Protestującego w tym samym terminie.

Wobec powyższego niemożliwym jest nawet hipotetyczne zawarcie ważnej umowy z Protestującym, bowiem działanie takie skutkowałoby spełnieniem przesłanki zawartej w art. 146 ust. 1 pkt. 6 w związku z art. 85 ust. 1.

Niezależnie od powyższego zarzuty podnoszone w proteście podlegałyby oddaleniu lub odrzuceniu, co Zamawiający uzasadnia następująco:

Zarzuty dotyczące naruszenia:

- art. 24 l. 2 pkt. 3 uPzp oraz art. 24 ust. 4 uPzp poprzez wykluczenie Przedsiębiorstwa Produkcyjno -Górnictwo "ROW -JAS" Spółka z 0.0. a także odrzucenie jej oferty, pomimo iż Przedsiębiorstwo Produkcyjno -Górnictwo "ROW -JAS" Spółka z 0.0. spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, gdyż w terminie otwartym z art. 26 ust 3 Ustawy złożyła wymagane przez Zamawiającego dokumenty, z których wynika zdolność Wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia - oddala,
- art. 24 ust. 3 uPzp poprzez sporządzenie uzasadnienia faktycznego bez jednoznacznego wyjaśnienia, co było powodem wykluczenia Wykonawcy - oddala,
- art. 93 ust. 1 pkt 1 uPzp poprzez nieuprawnione unieważnienie postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego objętego procedurą Ustawy Prawo Zamówień Publicznych w celu udzielenia zamówienia pt, "Wykonanie powłoki hydroizolacyjnej obudowy szybowej szybu I metodą natryskową dla KW S.A Oddział KWK "Szczygłwice" – oddala
- naruszenie art, 26 ust. 3 Ustawy poprzez sformułowanie żądania uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia warunku nie przewidzianego w SIWZ - odrzuca,
- naruszenie art, 29 ust. 1 Ustawy poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny - odrzuca.

w zakresie naruszenia:

- **art, 24 ust. 2 pkt. 3 uPzp** Zamawiający wyjaśnia, że zapoznał się z dokumentami stanowiącymi uzupełnienie do oferty złożone przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Górnictwo "ROW -JAS" Spółka z 0.0. w Jastrzębiu Zdroju, lecz uznał je za niewystarczające. Stwierdził, że przedstawiony przez Wykonawcę wykaz wykonanych usług w dwóch zadaniach uwzględnia wprawdzie roboty odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi postępowania

(obudów szybowych) lecz ich łączna wartość wynosi zaledwie 372 100,00 PLN, a nie jak wymagał Zamawiający w SIWZ - 1 000 000, 00 PLN. Zamawiający uznał przedstawione w załączonym wykazie usług, roboty dotyczące napraw zbiorników nieodpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia: ponieważ powłoka zbiornika nie jest powłoką hydroizolacyjną, co było elementem istotnym i niezbędnym dla zabezpieczenia obudowy szybowej w przedmiotowym postępowaniu, jak również sposób i miejsce prowadzenia prac w sposób istotny odbiega od warunków prac wykonywanych w szybie.

Wobec powyższego Zamawiający wykluczył Wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24. ust 2 pkt. 3) - Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również Wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem Art. 26 ust. 3) oraz odrzucił ofertę Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Górniczego "ROW -JAS" Spółka z o.o. z Jastrzębia Zdroju zgodnie z art. 24.ust.4. "ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą" .

- **art. 93 ust. 3 uPzp** Zamawiający wyjaśnia, że oferta Protestującego była jedyną ofertą złożoną w przedmiotowym postępowaniu, zatem po jego wykluczeniu i odrzuceniu jego oferty unieważnienie postępowania było zasadne.

- **art. 26 ust. 3 uPzp** Zamawiający wyjaśnia, że w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów zacytował zapisy pkt. XIII ust. I SJWZ. Protestujący nie zwracał się do Zamawiającego z pytaniem o wyjaśnienie zapisów SIWZ co dowodzi, że jednoznacznie je interpretował. Jednocześnie stwierdzić należy, że protest w tym zakresie jest spełniony Pismo zamawiającego w powyższej sprawie zostało przekazane Wykonawcy w dniu 15.06.2009 roku. Termin na wniesienie protestu upłynął więc zgodnie z art. 180 ust. 2 w dniu 25 06.2009

- **art. 29 ust. 1 uPzp** Zamawiający wyjaśnia, iż naprawa obudowy szybowej, zarówno poprzez miejsce, w którym prowadzone są roboty, jak również na specyfikę powłoki obudowy szybowej jednoznacznie różnią się od pozostałych robót górniczych, więc nie może być rozbieżności w jednoznacznej interpretacji zapisów SIWZ. Podnoszony zarzut odnosi się do treści zapisów SIWZ. Mając na uwadze brzmienie art. 180 ust 3 pkt 2) protest w tym zakresie winien być wniesiony w terminie do dnia 06.05.2009 r. Protestujący nie kwestionował zapisów SIWZ, domniemywać więc należy, że zapisy tego dokumentu były jasne i nie budzące wątpliwości.

ODWOŁANIE

W dniu 28.08.2009 r. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Górnicze "ROW-JAS" Sp. z o.o. wniosła odwołanie od ww. rozstrzygnięcia jej protestu.

Odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty, żądania i argumentację sformułowane w proteście.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono dodatkowo m.in.:

„[...]”

Stanowisko Zamawiającego w przedmiocie niedopuszczalności kwestionowania czynności Zamawiającego z art. 26 ust. 3 PZP po upływie terminu do wniesienia protestu, nie jest zasadne. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntował się pogląd przeciwny (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 815/09). Dalej, argumentacja Zamawiającego co do rzeczony kwestii zdaje się nie zawierać elementu zakładającego przesłankowe badanie przez Krajową Izbę Odwoławczą poprawności i legalności czynności Zamawiającego. Brak tego elementu osłabia pozycję ustrojową Krajowej Izby Odwoławczej poprzez odebranie jej jednej z ważkich prerogatyw orzeczniczych. Niezależnie od tego Odwołujący podnosi, że gdyby podzielić motywację Zamawiającego, to w odniesieniu do zaniechania podjęcia czynności np. polegających na konieczności uzupełnienia oferty "konkurencyjnej", wskutek czego Zamawiający dokonuje wyboru oferty "konkurencyjnej", odwołujący stojący w opozycji do "oferenta konkurencyjnego" byłby pozbawiony możliwości podważania decyzji Zamawiającego. Należy odnotować, że uruchomienie postępowania sanacyjnego z art. 26 ust. 3 Ustawy odbywa się indywidualnie, w odniesieniu do konkretnego wykonawcy, o czym pozostali oferenci nie są zawiadamiani. Wiedzę o ewentualnym zaniechaniu Zamawiającego czerpią dopiero z rozstrzygnięcia ofert, a ściślej rzecz ujmując, z chwili zapoznania się z ofertami "konkurencyjnymi". Z pewnością nie taka była intencja ustawodawcy.

[...]

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, że zarzut naruszenia art. 29 PZP ma związek tylko ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, Wykonawca oświadcza, że nie przychyliła się do takiego ujęcia sprawy. Przepis art. 29 PZP odnosi się do decyzji Zamawiającego w przedmiocie wyboru formy (przedmiotu) zamówienia publicznego, a nie wyłącznie do SIWZ. Owszem Wykonawca wspomniał o wątpliwościach co do kwalifikacji przedmiotu umowy jako usługi w kontekście załącznika nr 4 do SIWZ, ale nie oznacza to, że ze względu na nieodwracalny skutek w postaci upływu terminu zastrzeżonego przepisem art. 38 ust. 1 PZP nie można podnosić takiego zarzutu na dalszym etapie postępowania przetargowego. W tej sytuacji odwołujący eksponuje doniosłość tego zarzutu.

Wykonawca ma interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ - gdyby Zamawiający nie naruszył wyżej wskazanych przepisów Ustawy oraz Rozporządzenia, Wykonawca mógłby brać udział w dalszych czynnościach przedmiotowego postępowania, a oferta Wykonawcy mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że nie podziela stanowiska Zamawiającego w przedmiocie braku interesu prawnego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i wszczęciu postępowania protestacyjno -odwoławczego. Nie pozostając w kolizji z art. 191 ust. 3 Ustawy Odwołujący podnosi, że możliwość rozpoznania zagadnienia upływu ważności wadium oraz upływu terminu związania ofertą winna zostać rozważona m.in. w odniesieniu do podnoszonej przez Zamawiającego przyczyny utraty interesu prawnego Odwołującego (tak wyrok Krajowej Izby odwoławczej z dnia 14 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 815/09).

Uzupełniająco należy zwrócić uwagę, że Zamawiający uchybił:

- 1) art. 85 Ustawy -poprzez nie zwrócenie się do wykonawcy z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą oraz o przedłużenie okresu ważności wadium,
- 2) art. 181 Ustawy -nieuwzględnienie treści tego przepisu,
- 3) art. 181 ust. 2 a ustawy -nie wezwanie wykonawcy do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy.

Należy zaznaczyć, że ze względu na skalę uchybień Zamawiającego zasadnym jest twierdzenie, że Odwołujący nie dokonał przedłużenia terminu związania ofertą oraz nie dokonał przedłużenia ważności wadium wyłącznie z winy Zamawiającego. Przeciwnie w dniu 31 lipca 2009 r. a więc ostatnim dniem okresu związania ofertą Zamawiający dokonał kwestionowanych w odwołaniu czynności, jednocześnie pouczając Wykonawcę, że w terminie 10 dni można wnieść protest, ale nie wspominał już o innych czynnościach towarzyszących uruchomieniu postępowania protestacyjnego, które z mocy prawa obciążają Zamawiającego (art. 181 ust. 2 ustawy). Czynności towarzyszące zainicjowaniu postępowania protestacyjnego mają charakter czynności nie zastępowalnych, a zatem nie mogą być dokonane z własnej inicjatywy Wykonawcy.

Odwołujący podnosi, że posiada interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest Wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 Ustawy. Zgodnie z art. 179 ust. 1 Ustawy środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Ustawy. Kwestia interesu prawnego każdorazowo badana jest zarówno podczas rozpoznawania protestu jak i odwołania. Każdorazowo (tj. korzystając z każdego z osobna ze środków ochrony prawnej) konkretyzując interes prawny Wykonawca obowiązany jest

podać okoliczności stanowiące o jego istnieniu. Nie jest więc to kwestia podniesienia stosownego zarzutu, tylko przesłanka warunkująca dopuszczalność wniesienia protestu czy jak w niniejszym przypadku -odwołania.

Odwołujący wskazuje, że upływu okresu ważności wadium oraz upływ terminu związania ofertą nie oznacza pozbawienia Wykonawcy możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej jako elementu postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W odwołaniu odwołujący ustosunkował się do poglądu Zamawiającego (wypowiedzianego w rozstrzygnięciu protestu) o utracie interesu prawnego w związku z upływem okresu ważności wadium oraz z upływem okresu związania ofertą. Zagadnienie interesu prawnego Wykonawcy zostało podniesione w proteście, a zatem odwołanie nie formułuje samoistnego zarzutu, z uchybieniem art. 191 ust. 3 ustawy.

[...]"

Uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący nie legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Wskazany przepis wiąże możliwość korzystania ze szczególnych środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami ustawy z ochroną interesu prawnego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, tj. statuuje ochronę przed bezprawnymi czynnościami zamawiającego uniemożliwiającymi (mogącymi uniemożliwić) uzyskanie danego zamówienia.

Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu, niezależnie od zasadności zarzutów w stosunku do objętych protestem czynności zamawiającego, wykonawca we właściwych terminach nie wyraził woli swojego dalszego uczestnictwa w postępowaniu i uzyskania zamówienia oraz nie dopełnił formalnych obowiązków z tym związanych.

Jak zasadnie podniósł zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, termin związania ofertą w niniejszym postępowaniu upłynął w dniu 31.07.2009 r. oraz w tym samym okresie wygasła wadium złożone przez odwołującego w formie gwarancji bankowej.

Czynność zamawiającego dotycząca rozstrzygnięcia postępowania dokonana została już po terminie związania ofertą i wygaśnięciu wadium (03.08.2009). Także wszczęte w dniu 12.08.2009 postępowanie protestacyjno-odwoławcze zostało zapoczątkowane i jest prowadzone po okresie związania ofertą – w żaden sposób nie może spowodować przywrócenia czy zawieszenia biegu terminu związania ofertą.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Natomiast ust 3 powołanego przepisu stanowi, iż odmowa wyrażenia zgody, o której mowa w ust. 2, nie powoduje utraty wadium.

Jakkolwiek w świetle zasad ustawy można negatywnie ocenić zaniechanie przez zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą, pomimo że w terminie pierwotnym zamawiający nie zdążył rozstrzygnąć postępowania, to jednak na podstawie samego literalnego brzmienia art. 85 ust. 2 ustawy nie można zamawiającemu przypisać takiego obowiązku. Ponadto orzekanie w przedmiocie naruszenia tego przepisu nie mieści się w kompetencji Izby w związku z dyspozycją art. 191 ust. 3 ustawy i brakiem sformułowania w proteście tego typu zarzutu. Na podstawie analizy dyspozycji ww. przepisu stwierdzić natomiast należy, iż jedynym dysponentem przedłużania terminu związania ofertą poza okres wynikający z samej ustawy (art. 85 ust. 1 Pzp), jest wykonawca, który w świetle norm tam sformułowanych może zgodzić się na przedłużenie terminu związania ofertą w odpowiedzi na prośbę zamawiającego lub dokonać przedłużenia samodzielnie.

W świetle powyższego, to wykonawca jest obowiązany z należytą starannością zadbać o własne interesy związane z podtrzymaniem jego uczestnictwa w postępowaniu i tym samym uzyskaniem zamówienia oraz zabezpieczyć przy pomocy wadium obowiązki z tego uczestnictwa wynikające. O konieczności permanentnego zabezpieczenia oferty wadium przesądzają normy art. 85 ust. 4, który stanowi, że przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przesądzającego o konieczności wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wniósł wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu wykonawca nie skorzystał z możliwości samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą i tym samym nie dopełnił obowiązku stałego zabezpieczenia oferty wadium. Wbrew sugestiom odwołującego przypisującego zamawiającemu winę za powstanie takiego stanu rzeczy stwierdzić należy, iż w świetle powołanych przepisów wykonawca miał pełnię możliwości zabezpieczenia własnego udziału w postępowaniu i związanego z powyższym interesu prawnego do ochrony i dochodzenia uzyskania przedmiotowego zamówienia na drodze korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie.

Wbrew stanowisku wyrażonemu w odwołaniu datowanie pisma informującego o czynności zamawiającego nie jest datą dokonania czynności, którą jako oświadczenie woli należy

zgodnie z art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego uznać za wykonaną w momencie kiedy oświadczenie woli skutecznie dotarło do adresata. Również wszczęciem postępowania protestacyjnego nie jest pouczenie adresata czynności o możliwości wniesienia na nią protestu, ale samo jego wniesienie. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu wykluczenia wykonawcy, unieważnienia postępowania czy złożenia protestu na ww. czynności dokonano po upływie terminu związania ofertą i przy braku zabezpieczenia oferty odwołującego wadium. W związku z powyższym również za nietrafne należy uznać sugestie sformułowane w odwołaniu jakoby dopuszczenie przez wykonawcę do wygaśnięcia związania ofertą oraz wygaśnięcia wadium związane było z naruszeniem przez zamawiającego art. 181 ust. 1, 2 i 2a ustawy. Hipotezy ww. przepisów dotyczą sytuacji, gdy protest wnoszony jest w terminie związania ofertą, a ich dyspozycje mają na celu niedopuszczenie do upływu czy przerwania terminu związania ofertą oraz zabezpieczenia przed wygaśnięciem wadium. Jak już wskazano, w przedmiotowym postępowaniu protest wniesiono po upływie terminu związania ofertą. Tym samym bieg tego terminu nie mógł ulec zawieszeniu (art. 181 ust. 1), zamawiający nie mógł o powyższym poinformować (art. 181 ust. 2) oraz nie mógł wezwać do przedłużenia ważności wadium, które już wygasło (art. 181 ust. 2a).

W związku z wniesieniem protestu po terminie związania ofertą i wygaśnięciu wadium stan faktyczny niniejszego postępowania wpływający na ocenę interesu prawnego do wnoszenia środków ochrony prawnej, należy uznać za zasadniczo różny od okoliczności stanowiących podstawę rozstrzygnięcia w powoływanym przez odwołującego wyroku KIO z dnia 14 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO UZP 815/09), gdzie zarówno czynność odrzucenia oferty (nieprawidłowa czynność), jak i jej oprotestowania dokonano w terminie związania ofertą.

W związku z powyższym nie można zgodzić się z prezentowanym w odwołaniu stanowiskiem, że odwołujący posiada interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej ponieważ gdyby zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów wykonawca mógłby brać udział w dalszych czynnościach przedmiotowego postępowania, a oferta wykonawcy mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza – z powodów opisanych powyższej wykonawca nie mógłby, niejako ponownie, wziąć udziału w niniejszym postępowaniu.

Niezależnie od braku skutkujących koniecznością oddalenia odwołania materialnoprawnych przesłanek do wnoszenia i popierania środków ochrony prawnej (brak interesu prawnego) przez odwołującego, Izba uznała, iż zamawiający prawidłowo ocenił wystąpienie przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazanych w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Wykonawca zarówno wraz z ofertą, jak też w ramach uzupełnienia dokonanego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie przedstawił dokumentów potwierdzających

wykonanie usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia o wymaganej w siwz wartości, których wykonanie stanowiło przytaczany w stanie faktycznym niniejszego uzasadnienia warunek udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż zarzuty dotyczące naruszenia art. 29 Pzp odnoszące się nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia w związku z art. 180 ust. 3 podnoszone mogą być w stosownych terminach, których bieg rozpoczyna się wraz z upublicznieniem opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym za prawidłowe należy uznać odrzucenie protestu przez zamawiającego w tym zakresie.

Ponadto podnoszenie w niniejszym postępowaniu braku precyzji w opisie przedmiotu zamówienia jako rzutujące na możliwość spełnienia czy prawidłowej oceny spełnienia sformułowanego warunku udziału w postępowaniu referującego do usług odpowiadających swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia uznać należy za chybione. Przedmiot zamówienia opisany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia został sformułowany w sposób umożliwiający stwierdzenie i ocenę powyższego. W świetle postanowień siwz nie może być żadnych wątpliwości, iż przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu było wykonanie powłoki hydroizolacyjnej obudowy szybu górniczego z polimerów metodą natryskową. O powyższym przesądza sam tytuł postępowania, który na równi z pozostałymi postanowieniami siwz niesie normatywne treści i zobowiązania zamawiającego, co do określenia zasadniczego rodzaju i zakresu zamawianych usług – żadne dalsze postanowienia siwz nie zmieniły wymagań zamawiającego zdefiniowanych w tytule postępowania i nie stoją z nimi w sprzeczności, ale jedynie doprecyzowują, uszczegółwiają i rozszerzają wymagania zamawiającego. Oferta wykonawcy oraz zaaprobowany przez zamawiającego ostatecznie sposób wykonania umowy powinny mieścić się w ramach wyznaczonych przez tak sformułowany w siwz zakres przedmiotu zamówienia.

Do tego typu usług, jak opisane i zamawiane w ramach przedmiotowego postępowania referuje więc powoływany warunek udziału w postępowaniu. Problemy występujące zazwyczaj przy ocenie spełnienia tak sformułowanych warunków wynikają zazwyczaj nie z braku precyzji w opisie przedmiotu zamówienia, ale ustalenia dopuszczalnego i wymaganego stopnia „odpowiadania” zamówień wykazywanych w ramach doświadczenia do prac będących przedmiotem danego zamówienia. W związku z nieostrością pojęć użytych przez zamawiającego oraz brakiem ścisłych kryteriów pozwalających precyzyjnie rozgraniczyć usługi odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia od usług nieodpowiadającym powyższemu nie można wyznaczyć ścisłej delimitacji pomiędzy ww. zbiorami i tym samym rozłącznie zakwalifikowanie niektórych egzemplifikacji do któregoś ze zbiorów zawsze będzie wątpliwe. Z nieostrości pojęcia, z którą wiążą się trudności w oznaczeniu jego wszystkich desygnatów w znaczeniu

granicznym, nie należy wyprowadzać wniosków ogólnych odnoszących się do zawartości całego zbioru – nie ulega wątpliwości, iż istnieją pojęcia (tu: usługi), co do których z całą stanowczością można orzec, iż spełniają lub nie spełniają cech warunkujących ich przynależność do danego zbioru.

Nie wdając się w dalsze rozważania teoretyczne, co do sposobu kwalifikacji i delimitacji pojęć na gruncie rachunku zbiorów, w odniesieniu do przedmiotowego sporu wskazać należy, iż usługi wykazywane na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu wykonywane na zbiorniku retencyjnym w KWK Mysłowice-Wesoła, mające w zamierzeniu odwołującego stanowić potwierdzenie wykonywania usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia w wymaganej wartości, tego typu usługami nie są.

O powyższym przesądza fakt, że usługa, wykonywana w KWK Mysłowice-Wesoła wykazywana przez odwołującego jako usługi „odpowiadające”, co prawda była związana z remontem obudowy zbiornika retencyjnego, nie stanowiła jednak jakichkolwiek prac związanych z nakładaniem powłoki hydroizolacyjnej (co w trakcie rozprawy podniósł zamawiający, a czemu odwołujący nie zaprzeczył), której wykonanie stanowiło *de facto* istotę niniejszego zamówienia.

Ponadto w związku ze specyfiką działalności zamawiającego związaną z koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa pracownikom korzystającym z szybu oraz szczególnymi warunkami wykonywania prac na głębokości (warunki kilkusetmetrowego szybu pionowego wypełnionego urządzeniami mechanicznymi, instalacjami i mediami) za uprawnione uznać należy wyeksponowanie celu warunku udziału w postępowaniu, jako zmierzającego do zapewnienia wykonawców dysponujących doświadczeniem w wykonywaniu prac w szybach górniczych, a nie innych wyrobiskach górniczych.

W związku z powyższym za niewystarczający uznano dowód z opinii dr inż. Piotra G., pracownika naukowego Politechniki Śląskiej w Gliwicach oraz uprawnionego rzeczoznawcy WUG mający przesądzać w opinii odwołującego o tożsamości i porównywalności doświadczenia nabytego przy remoncie obudowy zbiornika retencyjnego na węgiel z wykonaniem powłoki hydroizolacyjnej szybu.

Izba nie kwestionuje kompetencji ww. osoby w przedmiocie znajomości zagadnień z zakresu problematyki obudów szybowych, chociaż jak wynika z przedłożonych dokumentów jest on osobą uprawnioną do projektowania i doboru obudów, a nie prowadzenia i nadzorowania prac w tym zakresie. Jednakże ze względu na charakter ww. opinii, sporządzonej jako dokument prywatny na zlecenie odwołującego, przy braku dokładnej treści pytania (problemu/zagadnienia), które przedstawiono ekspertowi do rozstrzygnięcia, a także wobec ogólności stwierdzeń w opinii zwartych, Izba uznała ww. dowód za nieadekwatny w sprawie i nie obalający stanowiska zamawiającego w przedmiocie uznawania porównywalności doświadczenia w wykonywaniu wykazywanych i wymaganych usług. W punkcie 2 opinii

biegły z jednej strony stwierdza identyczność konstrukcji technicznej i geometrycznej szybów i zbiorników jako wyrobisk górniczych wskazując jednocześnie, że różnią się długością, wyposażeniem i sposobem użytkowania. Jak wskazano powyżej, Izba uznał, iż tego typu różnice są różnicami zasadniczymi, przekreślającymi możliwość uznania, iż warunki wykonywania robót w ciasnym szybie o głębokości ok. 1 km, są zasadniczo takie same jak warunki wykonywania robót w otwartym, szerokim zbiorniku o głębokości kilkunastu czy kilkudziesięciu metrów.

Ponadto odnosząc się ogólnie do różnic w prowadzeniu prac w tego typu obiektach biegły sprowadza je do optymalnego doboru technologii i zastosowanych materiałów naprawczych i izolacyjnych z uwzględnieniem lokalnych uwarunkowań. Znowu Izba wskazuje, iż tego typu różnice odnoszące się do zastosowanej technologii i materiałów uniemożliwiły zaliczenie doświadczenia nabytego przy remoncie zbiornika w KWK Mysłowice-Wesoła jako odpowiadającemu wykonaniu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu. Sporządzający opinię nie odniósł się do kwestii porównania rodzaju materiałów i sposobu wykonania prac w konkretnej wykazywanej umowie, a planowanych w ramach przedmiotowego zamówienia. Natomiast jak wynika z przebiegu postępowania dowodowego przeprowadzonego na rozprawie w trakcie remontu zbiornika w KWK Mysłowice-Wesoła powłoki hydroizolacyjnej właśnie nie wykonywano.

Nadto o niemożliwości uznania prawidłowego udokumentowania i potwierdzenia spełnienia powoływanego warunku udziału w postępowaniu przez odwołującego ze względu na wymaganą wartość wykonanych usług przesądza fakt, iż wykonawca w żaden sposób nie udowodnił rzeczywistej wartości części prac wykonywanych w ramach remontu zbiornika w KWK Mysłowice-Wesoła, które miały odpowiadać usługom stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia (§ 1 ust. 2 tiret 5 i 6 umowy z listopada 2007 r.), tj. nie poparł swoich twierdzeń jakimikolwiek dowodami poza powołaniem się na wartości wskazane w protokołach częściowych odbiorów robót, których nie przedstawił.

Izba potwierdza zarzut naruszenia art. 24 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie przez zamawiającego podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego wskazującego okoliczności, które zadecydowały o wykluczeniu wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3, tj. nie wskazano dokładnie, które wykazane przez wykonawcę usługi i dlaczego nie zostały przez zamawiającego uznane za potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Jednakże wobec potwierdzenia zaistnienia przesłanek do wykluczenia i tym samym prawidłowego zastosowania przepisu stanowiącego podstawę wykluczenia, naruszenie art. 24 ust. 3 ma charakter jedynie formalny, i jako takie nie miało wpływu na wynik

postępowania. Tym samym, w związku z dyspozycją art. 191 ust. 1a ustawy Izba nie mogła uznać odwołania w związku z wystąpieniem jedynie tego typu naruszenia przepisów.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Izba stwierdza, iż w świetle art. 180 ust. 2 Pzp, zarzut należało uznać za spóźniony, tj. możliwy jedynie do podniesienia i rozpatrzenia w przypadku jego podniesienia w proteście na czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów, czego odwołujący w stosownych terminach nie tylko zaniechał, ale wręcz zastosował się do treści wezwania – przedłożył żądane dokumenty.

W przedmiocie pozostałych zarzutów naruszenia przepisów wymienionych w odwołaniu Izba nie orzekła w związku z art. 191 ust. 3 ustawy wobec braku sformułowania tego typu zarzutów w proteście.

Uwzględniając powyższe na podstawie art. 191 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowań odwoławczych orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy stosownie do wyniku postępowania. Nie uwzględniono kosztów zastępstwa prawnego pełnomocnika zamawiającego w związku z brakiem przedłożenia stosownego rachunku wymaganego przepisami § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....