

WYROK

z dnia 20 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

**Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz**

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **RPM Spółka Akcyjna, 42-700 Lubliniec, ul. Niegolewskich 17** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S. A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** protestu z dnia 8 września 2008 r.

przy udziale **Firma "Haller" S.A., 40-833 Katowice, ul. Obroki 133** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1 . oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża RPM Spółka Akcyjna, 42-700 Lubliniec, ul. Niegolewskich 17

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **RPM Spółka Akcyjna, 42-700 Lubliniec, ul. Niegolewskich 17,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **RPM Spółka Akcyjna, 42-700 Lubliniec, ul. Niegolewskich 17** na rzecz **Kompanię Węglową S. A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **RPM Spółka Akcyjna, 42-700 Lubliniec, ul. Niegolewskich 17.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Ukształtowanie terenu „Północ” KWK „Jankowice” poprzez jego podniesienie do rzędnej 330 m n. p. m. celem uformowania obiektu rekreacyjno - widokowego z jednoczesnym zabezpieczeniem środowiska przez jego wpływami - II etap.*”, zostało wszczęte przez Kompanię Węglową S. A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice zwaną dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2007/S 165-205009 w dniu 29.08.2007 r.

W dniu 28.04.2008 r. wyrokiem, sygn. akt: XIX Ga 128/08, Sąd Okręgowy w Katowicach zmienił zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej zwanej dalej: „*KIO*” z dnia 14.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 73/08 i sygn. akt: KIO/UZP 74/08 i nakazał Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, jak również zasądził od

Zamawiającego na rzecz skarżącego kwotę 10.217, 00 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego. Niniejszy wyrok był następstwem oprotestowania, a następnie odwołania względem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 28.12.2007 r., tj. oferty firmy: „Firma Haller” S.A., ul. Obroki 133, 40-833 Katowice zwanej dalej: „Firma Haller” albo „Przystępującym”. Zgodnie z uzasadnieniem: „Zasadny jest natomiast pierwszy zarzut zawarty w skardze, a odnoszący się do naruszenia przez KIO pkt X.2 SIWZ. Zgodnie z tym pkt o zamówienie mogli ubiegać się wykonawcy którzy w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia wykonali lub wykonują roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. co najmniej 2 roboty budowlane, w tym jedna rozliczono końcowo i co najmniej jedna o wartości przekraczającej 10.000.000 zł w zakresie stanowiącym przedmiot zamówienia tj. budowy obiektów z wykorzystaniem odpadów górniczych. W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że powyższy zapis jest sprzeczny z art. 25 p.z.p. i wydanym na podstawie ust.2 tego przepisu Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) w zakresie w jakim wykazanie kwalifikacji zawodowych można wykazać robotami w toku, a więc niezrealizowanymi. Zgodnie bowiem z § 1 ust. 2 pkt 1 tego rozporządzenia wykazanie doświadczenia zawodowego można wykazać jedynie wykonanymi robotami budowlanymi. Jest to tyle oczywiste, że z robót budowlanych w toku nie można wnioskować o doświadczeniu zawodowym wykonawcy, gdyż nie jest wiadomym, czy prace te zostały wykonane prawidłowo i jaką ich ocenę prezentuje inwestor. Od daty wykonanych robót liczą się terminy wynikające z rękojmi oraz ewentualnie terminy gwarancji jakości robót. Powyższa wywody dotyczą także robót odbieranych częściowych. Zresztą art. 654 k.c. określa zasadę, że roboty odbierane są częściowo, chyba że umowa stanowi inaczej. Nie pozbawia to jednak znaczenia dla odbioru końcowego (art.647k.c.), jako terminu, od którego liczyć należy skutki związane z rękojmią (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 8 listopada 2007 r., I ACa 46/07, OSAB 2007, nr 3-4, poz. 3). Reasumując więc dopiero wykonanie umowy w całości świadczyć może o profesjonalizmie i doświadczeniu zawodowym ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Z faktu, iż w SIWZ zawarto omówiony powyżej wymóg niezgodny z ustawą, nie można wywodzić jak chce skarżący wykonawca, że omawiane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winno zostać unieważnione na podstawie art.93 ust.1 pkt 7 p.z.p. Zgodnie z tym przepisem postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei podstawy unieważnienia umowy znajdują się w art. 146 ust.1 p.z.p. W ocenie Sądu Okręgowego naruszenie przepisów p.z.p., o którym mowa w pkt 6 tego art., to takie które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Sytuacja ta jednakże nie miała

miejsca, gdyż Haller S.A. wykazał doświadczenie zawodowe jak trzema robotami budowlanymi, do SIWZ wymagał tylko dwóch. Nie wynika to co prawda wprost z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, gdyż KIO nie wskazał, które to roboty uznano za spełniające wymogi SIWZ, ale wniosek ten pośrednio można wyciągnąć z pisma Haller S. A. z dnia 27 listopada 2007 roku, gdyż nie było ono kwestionowane przez KIO, które uznało ogólnie, że Haller S.A. spełnił wymogi pkt 10.2 SIWZ. Inaczej byłoby w sytuacji, gdyby rozstrzygnięcie postępowania o zamówienie publiczne zostało dokonane w niniejszej sprawie tylko w oparciu o roboty budowlane wymienione w poz. 1 wykazu. Po drugie w omawianym przepisie mówi się o robotach budowlanych. Interpretacja tego określenia powinna być dokonana w oparciu o ustawę z dnia 7 lipca 1994 roku prawo budowlane (tj. z 2006 roku, Nr 156, poz. 1118 ze zm.). Zgodnie z definicją legalna tego pojęcia zawartą w 3 pkt 7 poprzez roboty budowlane – należy przez to rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Definicja budowy wynika z art.3 pkt 6, przebudowa określona została w art.3 pkt 7a, a remont w art.3 pkt 8. Wszystkie więc co jest objęte zakresem wynikającym z cytowanych przepisów jest robota budowlana w rozumieniu pkt X.2 SIWZ. Kluczową kwestią dla oceny zasadności skargi jest ocena wykazu wykonanych przez Haller S.A. robót. Ta spółka w wykazie ujęła łącznie 11 pozycji (k.133 -134). W odpowiedzi na skierowane przez zamawiającego w trybie

art. 26 ust.4 p.z.p. zapytanie, które z robót wskazanych w wykazie spełniają warunki z pkt X.2 SIWZ tenże wykonawca wskazał, że chodzi o roboty ujęte w poz. 1, 3 i 4 wykazu. Mając to na względzie podkreślenia wymaga, że roboty budowlane wymienione w pkt 1 nie mogą być uwzględnione – gdyż te roboty do chwili obecnej nie zostały wykonane w całości. Oznacza to, że przy ocenie kwalifikacji zawodowych Haller S.A. należy uwzględnić jedynie roboty określone w pkt. 3 i 4 wykazu. Z tego wykazu, referencji, a także odpowiedzi zamawiającego na skargę wynika, że tylko roboty pod. poz. 4 zostały wykonane przy użyciu odpadów górniczych (nadbudowa przy użyciu skały płonnej). W szczególności z referencji wystawionych w dniu 15 listopada 2006 roku przez Południowy Koncern Węglowy S.A. nie wynika natomiast aby remont i modernizacja osadnika wód dołowych „Biały Brzeg” Zakładu Górniczo-Energetycznego „Sobieski Jaworzno III” (poz. 3 wykazu) była wykonana przy użyciu odpadów górniczych. Z tych względów zebrany w sprawie materiał dowodowy pozwala jedynie na przyjęcie, że Haller S.A. spełnił warunki zawarte w pkt X.2 SIWZ tylko w zakresie robót ujętych w poz. 4 wykazu. Czyni to skargę zasadną.”

W dniu 29.04.2008 r. Zamawiający działając w trybie art. 26 ust.3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej: „Pzp” wezwał Firmę Haller do uzupełnienia dokumentów złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Stwierdził, iż zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego

4

w Katowicach (publikacja wyroku z dnia 28.04.2008 r.) dokumenty przedstawione przez Firmę Haller nie potwierdzają spełnienia warunku z pkt X.2 w związku z pkt XII.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, mając na uwadze powyższe wezwał do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Dokumenty należało dostarczyć w nieprzekraczalnym terminie do dnia 07.05.2008 r. do godz. 10:00 pod wskazany adres, tj. Kompani Węglowej SA, ul Powstańców 30, 40-039 Katowice, Biuro Zamówień Publicznych i Przetargów.

W odpowiedzi Zamawiający otrzymał w dniu 07.05.2008 r. (Kancelaria Główna Zamawiającego, Biuro Zamówień Publicznych i Przetargów Zamawiającego w dniu 09.05.2008 r.) pismo z dnia 06.05.2008 r. wraz z załącznikami stanowiące uzupełnienie złożonej oferty o dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu (określonego w pk X.2 SIWZ w związku z pkt XII.1 SIWZ) w odniesieniu do poz.1 , 3, 4 oraz 7 wykazu załączonego do oferty.

Przedkładając następujące dokumenty:

„1- przedmiot zamówienia: Adaptacja części osadnika mułów popłuczkowych w Kaniowie na zbiornik retencyjno - dozujący wód słonych KWK „Silesia” na terenie KWK „Silesia w Czechowicach – Dziedzicach”

a) referencje z dnia 18.06.2003 r.

b) decyzja nr 5/H/2001o udzieleniu pozwolenia na budowę z dnia 24.04.2001 r.

c) decyzja nr 136/200 o uzgodnieniu projektu budowlanego z dnia 19.12.2000 r.

d) faktura VAT nr 1162/E z dnia 30.05.2003 r. dokumentująca obowiązującą stawkę VAT (22%), co w zestawieniu z wartością netto zamówienia ujętą w w/w referencjach) dowodzi całkowitej wartości brutto zamówienia powyżej” (w odniesieniu do poz. 4);

„2- przedmiot zamówienia: Zamknięcie wysypiska odpadów komunalnych w Mysłowicach-Wesołej

a) referencje nr RGP.1.0114-28-6/04 z dnia 27.05.2004 r.

b) decyzja nr 147/99 o udzieleniu pozwolenia na wykonywanie robót budowlanych z dnia 08.12.1999 r.

c) decyzja nr ŚR 7638-5/02 o udzieleniu zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku i magazynowania odpadów z dnia 28.03.2002 r.” (w odniesieniu do poz. 7);

„3. przedmiot zamówienia: Wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego wraz z niezbędnymi uzgodnieniami i pozwoleniami oraz robót budowlanych hydrotechnicznych zabezpieczenia brzegów rzeki Przemszy w km 15+100 - 16+700 i potoku Wąwolnica w km 0+000 - 1+750 na wpływy eksploatacji górniczej ZGE Sobieski Jaworzno III Sp. z o.o. (obecnie Południowy Koncern Węglowy S.A.) na terenie miast Jaworzno i Mysłowice

5

-
- a) referencje z dnia 25.10.2007 r.
 - b) decyzja nr 135/05 o udzieleniu pozwolenia na budowę z dnia 08.09.2005 r.
 - c) decyzja nr OŚ.7661/54/2005 o udzieleniu zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku odpadów z dnia 06.12.2005 r.
 - d) decyzja nr ŚR.766-2/07 o udzieleniu zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku odpadów z dnia 19.01.2007 r.
 - e) umowa nr 1685064 z dnia 29.06.2004 r.
 - f) protokół odbioru projektów z dnia 30.11.2004 r., wraz z fakturami VAT (sześć sztuk) dokumentującymi realizację kolejnych etapów prac projektowych na łączną wartość 700.000, 00 zł netto (zgodnie z umową wymienioną wyżej pod lit. e)
 - g) protokół odbioru końcowego wykonanych robót budowlanych hydrotechnicznych z dnia 29.02.2008 r. obejmujący zestawienie wartości wykonanych robót budowlanych na łączną wartość 13.786.000, 00 zł netto (zgodnie z umową wymienioną wyżej pod lit. e)
- Protokoły wymienione wyżej pod lit. f, g stanowią dokumenty potwierdzające, że prace (prace projektowe i roboty budowlane) objęte przedmiotem tego zamówienia zostały wykonane należycie.” (w odniesieniu do poz. 1);
- „4. przedmiot zamówienia: Remont i modernizacja osadnika wód dołowych „Biały Brzeg” Zakładu Górniczo - Energetycznego „Sobieski Jaworzno III”
- a) referencje z dnia 07.01.2002 r.
 - b) referencje z dnia 15.10.2002 r.
 - c) referencje z dnia 15.11.2006 r.
 - d) decyzja nr 162/2000 o pozwoleniu na wykonanie robót budowlanych z dnia 23.10.2000 r.” (w odniesieniu do poz. 3).

Komisja Przetargowa uznała, że z uwagi na wyjaśnienia Firmy Haller z dnia 29.11.2007 r., na których także oparł się Sąd Okręgowy w Katowicach tylko zamówienia z poz.1, 3 i 4 wykazu należy wziąć pod uwagę analizując dostarczone w ramach uzupełnienia dokumenty potwierdzające spełnianie warunku wykazania się odpowiednim doświadczeniem zawodowym (protokół nr 15 z dnia 09.05.2008 r.).

W dniu 02.06.2008 r. Zamawiający otrzymał wezwanie do wykonania orzeczenia sądu (Sądu Okręgowego w Katowicach, sygn. akt: XIX Ga 128/08), wystosowane przez RPM Spółka Akcyjna, 42-700 Lubliniec, ul. Niegolewskich 7 zwana dalej: „RPM SA”, „Protestującym” albo „Odwołującym”. Niniejszy stwierdził, iż z uwagi na treść uzasadnienia wyroku, z którego wynika, że oferta firmy Haller S.A. zawiera błędy w zakresie kosztorysu nakładczego, gdyż nie został on sporządzony zgodnie z SIWZ oraz że, Wykonawca wskazany nie spełnia warunków zawartych w pkt X.2 SIWZ nie ma podstaw do zastosowania

6

postępowania o którym mowa w art. 26 Pzp. Podniósł, iż Firma Haller pismem z dnia 29.11.2007 r. udzieliła Zamawiającemu żądanych wyjaśnień, a tym samym, treść jej oferty powinna zostać oceniona wyłącznie przez przyzmat orzeczenia Sądu Okręgowego w Katowicach oraz złożonych wyjaśnień, co powinno skutkować, zdaniem RPM SA, bądź wykluczeniem Firmy Haller, bądź odrzuceniem jej oferty. Powyższe wezwanie zostało ponowione pismem z dnia 04.07.2008 r., w którym proszą o wykonanie wyroku i podpisanie z nimi umowy.

Stanowisko Komisji Przetargowej z dnia 04.06.2008 r., tj. propozycja wykluczenia Firmy Haller i wyboru RPM SA została negatywnie zaopiniowana przez Biuro Prawne Zamawiającego w dniu 30.06.2008 r. W wyniku powyższego Zamawiający na wniosek z dnia 08.07.2008 r. Bura Prawnego otrzymał opinie prawną z Dyrektora Bura Prawnego Centrali Kompani Węglowej SA. (opinia prawna nr 1 z dnia 14.07.2008 r.). Z powyższej opinii wynikało, iż po uwzględnieniu treści uzupełnienia oferty dokonanego przez Firmę Haller należy uznać, iż zamówienie z poz. 3 wykazu spełnia warunek wymaganego doświadczenia. W dniu 16.07.2008 r. do Komisji Przetargowej wpłynęło pismo przewodnie z dnia 15.07.2008 r. wraz z opinią prawną biegłego sądowego z zakresu zamówień publicznych Sądu Okręgowego w Gliwicach (opinia prawna nr 2 z lipca 2008 r.) ze stanowiskiem zbieżnym z tego jaki wynikał z wezwań do wykonania wyroku.

Na wniosek Komisji Przetargowej (zgodnie z protokołem nr 19 z dnia 25.07.2008 r.) Zamawiający zwrócił się o dodatkową opinię prawną, którą otrzymał 05.08.2008 r. (opinia prawna nr 3 z lipca 2008 r.) od Grupy Doradczej SIENNA.

W oparciu o wynikające z niej wnioski w dniu 06.08.2008 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 w związku z art. 87 ust.1 Pzp, zwrócił się do Firmy Haller o wyjaśnienie oferty, a mianowicie, czy roboty ujęte w wykazie w poz.1 są robotami zakończonymi na dzień 07.05.2008 r. W przypadku pozytywnej odpowiedzi Zamawiający na podstawie art. 26 ust.3 Pzp wnosil o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie powyższego faktu, w nieprzekraczalnym terminie 3 dni od daty otrzymania niniejszego pisma.

W odpowiedzi Zamawiający otrzymał w dniu 08.08.2008 r. (Kancelaria Główna Zamawiającego, Biuro Zamówień Publicznych i Przetargów Zamawiającego w dniu 13.08.2008 r.) pismo z dnia 08.08.2008 r., w którym wyjaśnia i w konsekwencji uzupełnia zgodnie z wnioskiem Zamawiającego złożoną ofertę w następujący sposób:

7

„a) wyjaśnia, że opisane wyżej pod lit. „a” roboty są robotami zakończonymi na dzień 07.05.2008 r.,

b) uzupełnia złożoną ofertę o dokumenty potwierdzające spełnienie faktu, że opisane wyżej pod lit. „a” roboty są robotami zakończonymi na dzień 07.05.2008 r., przedkładając w załączeniu:

- *referencje z dnia 25.06.2008 r. wystawione przez Południowy Koncern Węglowy SA,*
- *protokół odbioru projektów z dnia 30.11.2004 r. (przedłożony Zamawiającemu przez Wykonawcę pismem z dnia 06.05.2008 r. wraz z fakturami VAT - 6 szt., dokumentującymi realizację kolejnych etapów prac projektowych na łączną wartość 700.000, 00 zł netto),*
- *protokół odbioru końcowego wykonanych robót budowlanych hydrotechnicznych z dnia 29.02.2008 r., obejmujący zestawienie wartości wykonanych robót budowlanych na łączną wartość 13.786.000, 00 zł netto (przedłożony Zamawiającemu przez Wykonawcę pismem z dnia 06.05.2008 r.).”*

Ponadto, Wykonawca: RPM SA od czerwca do sierpnia 2008 r., składała sześciokrotnie protest na zaniechanie wykonanie wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach, tj. wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 01.09.2008 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty: Firmy Haller.

W dniu 08.09.2008 r. (wpływ bezpośredni) na podstawie przepisu art. 180 Pzp firma: RPM SA złożyła protest wobec czynności Zamawiającego polegających na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem podstawowych zasad Pzp, a mianowicie:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty Firmy Haller i podtrzymanie jej wyboru jako najkorzystniejszej, pomimo że w dniu 28.04.2008 r. wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt: XIX Ga 128/08 został zmieniony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 73/08 w ten sposób, że nakazano zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, uznając że oferta Firmy Haller nie spełnia warunku udziału w postępowaniu zawartego w pkt. X.2 SIWZ,
2. nie traktowaniu naszej firmy na równych prawach z innymi, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp,
3. nie dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp oraz wyłącznie w oparciu o przepisy ustawy, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp.

8

W związku z podanym w pkt. 1-3 niniejszego protestu naruszeniem przez Zamawiającego zasad udzielania zamówień publicznych wniósł o uwzględnienie protestu i unieważnienie czynności „podtrzymaniu wyboru” oferty Firmy Haller jako najkorzystniejszej,

powtórzenie czynności oceny ofert, co jak wskazał było treścią wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach i co w efekcie sprowadza się do wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania, odrzucenia jego oferty i dokonania wyboru oferty Protestującego, która przedstawia najniższą cenę spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Protestujący wskazał, iż w dniu 28.04.2008 r. w Sądzie Okręgowym w Katowicach zapadł wyrok sygn. akt: XIX Ga 128/08, w którym został zmieniony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14.02.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 73/08 w ten sposób, że nakazano Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, uznając że oferta Firmy Haller nie spełnia warunku udziału w postępowaniu zawartego w pkt. X.2 SIWZ, tj., że z przedłożonych dokumentów nie wynika spełnienie przez tego Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego. Wyrok ten został doręczony stronom. Protestujący podniósł, iż oczekiwał w związku z powyższymi informacjami o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, gdyż ona w rankingu cenowym spośród ofert nie podlegających odrzuceniu przedstawiała najniższą cenę. W tym samym czasie, jak zauważył także Protestujący, pismem z dnia 02.06.2008 r., dodatkowo wezwał Zamawiającego do wykonania orzeczenia sądu. Ze względu na fakt, że od tej czynności upłynął już kolejny miesiąc, a wokół sprawy zapanowała cisza, wskazał, iż złożył protest z zarzutem zaniechania wykonania wyroku Sądu Okręgowego. Protest ten został jeszcze kilkakrotnie ponowiony, aby utrzymać oferty wykonawców w okresie związania, gdyż Protestujący podejrzewał, że Zamawiający dąży do unieważnienia postępowania w sytuacji gdy z wyroku Sądu jednoznacznie wynikało, że oferta Firmy Haller powinna podlegać odrzuceniu ze względu na konieczność wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Zamawiający, jednak, zdaniem Protestującego, jak widać nie pogodził się z werdyktem sądu, tak jakby dla niego celem prowadzonego postępowania nie był wybór najkorzystniejszej oferty i udzielenie zamówienia Wykonawcy, który ją złożył, lecz udzielenie zamówienia na rzecz ulubionego Wykonawcy, który u niego niezmiennie od dłuższego czasu wykonuje roboty podobne do przedmiotu zamówienia, a skoro, jak wynika z wyroku Sądu nie ma takiej możliwości, celem opieszałości Zamawiającego wydawało się być unieważnienie postępowania. Tymczasem, jak zauważył Protestujący, w dniu 01.09.2008 r. otrzymał informację o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 29.08.2008 r., w której Zamawiający poinformował, że po wykonaniu ponownego badania i oceny ofert, zgodnie z przedmiotowym wyrokiem Sądu Okręgowego: „*podtrzymuje wybór oferty zgodnie z pismem ZZZ/ZZS/12136/BW/2007 z dnia 27.12.2007 roku*”, tj. wybór Firmy Haller. Informację tę, jak stwierdził Protestujący, przyjął z nieukrywanym zdumieniem, gdyż

9

z wyrokiem Sądu zapoznał się uprzednio i wynikało z niego jednoznacznie, iż po przeanalizowaniu materiału dowodowego, którym w szczególności była oferta Firmy Haller. Sąd Okręgowy w Katowicach nakazał Zamawiającemu powtórzenie oceny ofert, argumentując w uzasadnieniu, że dokonany wybór Firmy Haller był w ocenie Sądu nieprawidłowy, ponieważ firma ta nie wykazała, iż spełnia warunek doświadczenia zawodowego określony w pkt. X. 2 SIWZ. Sąd Okręgowy stwierdził w szczególności, że do uwzględnienia doświadczenia zawodowego jw. można brać pod uwagę jedynie roboty określone w pkt. 3 i 4 wykazu, i jedynie robota wykazana w pkt. 4 może być zaliczona dla potwierdzenia spełnienia tego warunku. Należy podkreślić, zdaniem Protestującego, że Zamawiający niezwłocznie po odczytaniu wyroku Sądu Okręgowego, tj. pismem z dnia 29.04.2008 r. wezwał wykonawcę Firmę Haller w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do: „*uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu*”. Wykonawca w dniu 06.05.2008 r. przedstawił referencje z dnia 07.01.2002 r., referencje z dnia 15.10.2002 r., referencje z dnia 15.11.2006 r., decyzję budowlaną nr 162/2000 Urzędu Miejskiego z dnia 23.10.2000 r. Referencje z dnia 07.01.2002 r. oraz 15.11.2006 r., co potwierdza Zamawiający, jak zauważył Protestujący, są referencjami dołączonymi do oferty natomiast referencja z dnia 15.10.2002 r. jest tożsama z referencją z dnia 07.01.2002. Dokumenty te zatem, jak wskazał Protestujący, nie były żadnymi dodatkowymi dokumentami, na podstawie których można by dokonać innej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, niż to uczynił Sąd Okręgowy w Katowicach. Sąd ten bowiem dysponował pełną dokumentacją sprawy, a w szczególności ofertą Firmy Haller S.A. w której dokumenty te były zawarte.

W uzasadnieniu, jak podniósł Protestujący, wyroku Sąd Okręgowy doszedł do

wniosku, że z wykazu referencji, a także odpowiedzi Zamawiającego na skargę wynika, że tylko roboty pod poz. 4 zostały wykonane przy użyciu odpadów górniczych (nadbudowa przy użyciu skały płonnej). Sąd Okręgowy uznał w konkluzji, że zebrany w sprawie materiał dowodowy pozwala jedynie na przyjęcie, że Firma Haller spełniła warunki zawarte w pkt. X. 2 SIWZ tylko w zakresie robót ujętych w poz. 4 wykazu, co czyni skargę zasadną. Tego orzeczenia Sądu Okręgowego nie kwestionuje również sam Zamawiający, bo z oczywistych względów tego czynić nie może. Zamawiający natomiast po raz kolejny, zdaniem Protestującego, wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, co należy uznać, jako nieprawidłowość. Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, Zamawiający tylko raz może wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, wyznaczając mu stosowny termin na uzupełnienie tych dokumentów. Zamawiający, na co wyżej wskazaliśmy, już raz wezwał wykonawcę pismem z dnia 29.04.2008 r. i wyznaczył termin na uzupełnienie dokumentów do dnia 07.05.2008 r. Kolejne wezwanie stanowi wobec powyższego, jego zdaniem, naruszenie przepisów, i nie może rodzić skutków prawnych.

10

Ponadto, samo uzupełnienie dokumentów, nawet gdyby było dopuszczalne nie może stanowić, zdaniem Protestującego, o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87 z 2006 roku poz. 605) zwanym dalej: „rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów” Zamawiający może żądać dla potwierdzenia spełnienia warunku posiadania przez wykonawcę w szczególności niezbędnego doświadczenia zawodowego „wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia”. Wszczęcie przedmiotowego postępowania miało miejsce w dniu 29.08.2007 r. Z treści oferty Firmy Haller S.A. wynika jednoznacznie, że zadanie wyszczególnione w pkt. 1 wykazu, z powyższego względu nie może być uwzględnione, gdyż roboty te, nawet w chwili, gdy orzekł Sąd Okręgowy, nie były zakończone. Ponad wszelką wątpliwość roboty te nie były również zakończone przed dniem wszczęcia postępowania. Wszelkie zatem uzupełnienia dokumentów w tym zakresie i wyczekiwanie Zamawiającego, jak wskazał Protestujący, aż Wykonawca zakończy roboty nie mogą zmienić tej oceny stanu faktycznego.

W rezultacie, jak podniósł Protestujący, Komisja Przetargowa w protokole z dnia 14.08.2008 r. podjęła błędną decyzję uznając, że Wykonawca Firma Haller S.A. udokumentował, iż: „roboty wykazane w WYKAZIE WYKONANYCH ROBÓT BUDOWLANYCH - pod poz. 1, tj. wykonanie projektu budowlanego (...) oraz robót budowlanych hydrotechnicznych zabezpieczenia rzeki Przemsza (...) są robotami zakończonymi” i na tej podstawie zaliczyła je jako potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku. Podejście takie jest błędne, ponieważ, jego zdaniem, roboty te chociaż zostały zakończone, to z całą pewnością nie zostały zakończone przed dniem wszczęcia postępowania. Nadto dokument poświadczający zakończenie roboty jw. został uzyskany w wyniku kolejnego wezwania Zamawiającego, niedopuszczalnego obowiązującymi przepisami prawa. Wykonawcy bowiem wyznaczono już raz termin na uzupełnienie dokumentów i z tego obowiązku się nie wywiązał, co oznacza konieczność wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Protestujący poza tym, stwierdził, iż jego oferta jest faktycznie najkorzystniejsza, gdyż jest jedyną ofertą nie podlegającą odrzuceniu. Działanie Zamawiającego jw. naruszyło jego interes prawny, gdyż umożliwiło ubieganie się o zamówienie publiczne Wykonawcy, który na to nie zasługiwał a tym samym stanowi dla naszej firmy nieuczciwą konkurencję. Wykonawca ten, mimo że złożył ofertę, która musiała być odrzucona, co wynika z przedmiotowego wyroku Sądu Okręgowego i wyżej przedstawionego wywodu, był w efekcie faworyzowany przez Zamawiającego, chociaż Zamawiający najprawdopodobniej

11

tylko przez przeoczenie naruszył obowiązujące przepisy prawa w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i stosowania procedury określonej w art. 26 ust.3 Pzp.

Na skutek wyżej opisanych czynności, Zamawiający, zdaniem Protestującego, naruszył art. 7 ust. 1 Pzp, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu w stosunku do

wskazanego wyżej wykonawcy zaniechał bezprawnie odrzucenia jego oferty, chociaż faktycznie zaistniały oczywiste przesłanki dokonania tej czynności. Tym samym Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt. 5 Pzp, oraz wyłącznie w oparciu o przepisy ustawy, co w przypadku zawarcia umowy z tym wykonawcą, stanowić będzie naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp. W tym miejscu należy podkreślić, zdaniem Protestującego, że dokonanie wyboru oferty z rażącym naruszeniem przepisów ustawy powoduje, że umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna w oparciu o art. 146 ust. 1 pkt. 5 Pzp. Protestujący stwierdził także, iż ufa że w tym konkretnym przypadku błędny wybór oferty najkorzystniejszej był jedynie efektem przeoczenia Zamawiającego, które zostanie naprawione w wyniku niniejszego działania kontrolnego ze strony wykonawcy jako uczestnika postępowania wyposażonego ustawowo w ten instrument i nie będzie potrzeby korzystania z dalszych środków ochrony prawnej.

Oprotestowane czynności Zamawiającego, jak wskazał Protestujący, spowodowały naruszenie określonych wyżej przepisów Pzp oraz spowodowały uszczerbek w naszym interesie prawnym, polegający na tym, że nie przyznano nam zamówienia, które zgodnie z warunkami przetargu, oraz na podstawie złożonej przez nas oferty w świetle przepisów prawa nam się należało. Podkreślił także, że oferta nasza spełnia wszystkie wymagania Pzp i SIWZ, oraz przedstawia najniższą cenę spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, zatem powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Przedstawione wyżej uchybienia Zamawiającego, zdaniem Protestującego, na podstawie art. 183 Pzp uzasadniają uwzględnienie przez Zamawiającego protestu i unieważnienie wyboru oferty w postępowaniu, dokonanie ponownej oceny oferty wybranej pod kątem, czy nie podlega ona odrzuceniu, dokonanie odrzucenia tej oferty, a następnie dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 2 pkt. 5 Pzp, tj. oferty Protestującego.

W dniu 08.09.2008 r. Zamawiający faxem przesłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 11.09.2008 r. (faxem) do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu przyłączyła się: Firma Haller w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego, wnosząc o odrzucenie względnie oddalenie protestu w całości, albowiem wniesiony protest

12

dotknięty jest przesłanką niedopuszczalności, a zarzuty i żądania zawarte w proteście nie zasługują na uwzględnienie.

Interes prawny Przystępującego w przystąpieniu do protestu wyraża się w tym, że przedmiotem protestu są: dokonany przez Zamawiającego w dniu 27.12.2007 r. wybór oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz podtrzymanie przez Zamawiającego tego wyboru pismem z dnia 29.08.2008 r. Nieuwzględnienie zatem przedmiotowego protestu oznaczać będzie podtrzymanie w mocy dokonanego wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

W pierwszej kolejności. Przystępujący stwierdził, iż pragnie z całą mocą podnieść niedopuszczalność korzystania przez Protestującego na tym etapie postępowania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie, a to ze względu na jednoznaczną treść przepisów art. 181 ust. 6 i ust. 7 Pzp. Określone w tych przepisach zakazy, kształtując przesłanki niedopuszczalności środków ochrony prawnej, wyraźnie odnoszą się do sytuacji prawnej Protestującego w przedmiotowym postępowaniu z punktu widzenia możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej.

W odniesieniu do przesłanki dopuszczalności (prawnej możliwości) wniesienia protestu przez Protestującego na tym etapie postępowania, określoną w art. 181 ust. 6 Pzp, Przystępujący podkreślił, że Protestujący wniósł uprzednio (tj. w dniu 03.01.2008 r.), do Zamawiającego protest na dokonaną w dniu 27.12.2008 r. czynność wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Protest ten - w rozumieniu art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. a i a *contrario* ust. 2 pkt 3 lit. b Pzp - został ostatecznie rozstrzygnięty w dniu 14.02.2008 r., tj. w dniu wydania (ogłoszenie w dniu 15.02.2008 r.) wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą (sygn. akt: KIO/UZP 73/08 i KIO/UZP 74/08), oddalającego wniesione odwołania (odwołanie Protestującego i odwołanie innego wykonawcy) i utrzymującego w mocy dokonany przez Zamawiającego wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Natomiast w dniu

28.04.2008 r. został wydany wyrok przez Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy (sygn. akt: XIX Ga 128/08), nakazujący ponowne badanie i ocenę ofert. Przystępujący przypomniawszy, że data wydania wyroku przez sąd okręgowy - zgodnie z brzmieniem art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. b Pzp - oznacza ostateczne rozstrzygnięcie protestu w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości przekraczającej wartość przedmiotowego zamówienia.

Przystępujący zauważył i podkreślił zarazem, że objęta zakresem zaskarżenia w proteście Protestującego z dnia 08.09.2008 r. czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej jest zgodna z podtrzymaniem ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia w dniu 03.01.2008 r. protestu przez Protestującego, co powoduje w konsekwencji

13

- w świetle zakazu statuowanego w art. 181 ust. 6 Pzp - prawną niemożność korzystania przez Protestującego ze środków ochrony prawnej.

Nawet gdyby uznać, zdaniem Przystępującego, że ostateczne rozstrzygnięcie protestu z dnia 03.01.2008 r. nastąpiło z dniem wydania w/w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach, co stanowiłoby wszakże interpretację oczywiście niezgodną z jednoznacznym brzmieniem art. 181 ust. 6 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie zmieniałoby to faktu niedopuszczalności protestu wniesionego przez Protestującego w dniu 08.09.2008 r., jako że czynność Zamawiającego polegająca na podtrzymaniu wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej pozostaje w zgodzie z w/w wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach, nakazującym ponowne badanie i ocenę ofert.

Przystępujący podniósł również niedopuszczalność przedmiotowego protestu ze względu na brzmienie art. 181 ust. 7 Pzp, jako że okoliczności podniesione przez Protestującego w proteście z dnia 03.01.2008 r. podniesione zostały powtórnie w proteście z dnia 08.09.2008 r. Innymi słowy, wniesienie w dniu 08.09.2008 r. protestu przez Protestującego narusza obowiązującą w postępowaniu odwoławczym na gruncie Pzp zasadę *ne bis in idem*.

Przystępujący dodał także, że korzystanie ze środków ochrony prawnej przez Protestującego z pominięciem ustawowych przesłanek dopuszczalności korzystania z tych instrumentów prawnych i w świadomości, że możliwym jest skuteczne wnoszenie protestów na każdym etapie postępowania, przejawia się nie tylko w kontekście protestów z dnia 03.01.2008 r. i z dnia 08.09.2008 r., ale także w związku z protestami kolejno wnoszonymi przez Protestującego na przestrzeni ostatnich miesięcy, opatrzonymi odpowiednimi datami, lecz identycznymi co do treści, zbieżnej zresztą z treścią protestów z dnia 03.01.2008 r. i z dnia 08.09.2008 r. Przystępujący nie podejmuje tu próby odtwarzania ani analizowania intencji, jakie legły u podstaw takiego działania Protestującego.

Reasumując, Przystępujący stwierdził, iż aprobeuje dokonany przez Zamawiającego wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Zarzuty Protestującego dotyczące kwestii niespełnienia przez Protestującego warunku udziału w postępowaniu pozbawione są, jego zdaniem, podstaw w świetle obowiązujących przepisów Pzp, jako że Przystępujący przedłożył wymagane przez Zamawiającego dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu i udzielił w tym zakresie żądanych wyjaśnień.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana w tym samym dniu Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło faxem w dniu 18.09.2008 r. poprzez jego odrzucenie. Zamawiający stwierdził, iż zgodnie z art. 181 ust. 6 oraz ust. 7 Pzp Wykonawca nie może korzystać ze środków ochrony, w przypadku kiedy czynność Zamawiającego

14

została wykonana zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (co miało miejsce po wyroku KIO, sygn. akt: KIO/UZP 73/08 i KIO/UZP 74/08 z dnia 14.02.2008 r.).

Zamawiający jednocześnie wyjaśnił, że:

1. nie jest prawdą jakoby Zamawiający dążył do unieważnienia postępowania - było by to bowiem niedopuszczalne z uwagi na stwierdzenia o braku takich przesłanek zarówno przez KIO, sygn. akt powyżej, jak i Sąd Okręgowy w Katowicach (wyrok sygn. akt: XIX Ga 128/08).

2. działając na podstawie w/w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach dokonał badania i oceny ofert - zgodnie z art. 89 ust. 1 Pzp, gdzie: „*w toku badania i ceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień treści złożonej oferty*” jednocześnie działając na podstawie z art. 26 ust. 3 Pzp gdzie: „*Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub którzy złożą dokumenty zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie (...)*” Zamawiający zażądał od Wykonawcy uzupełnienia złożonej oferty o wykaz robót - wskazując jednocześnie zgodnie z w/w artykułem - datę na uzupełnienie tych dokumentów.

Należy więc stwierdzić, zdaniem Zamawiającego, że zarówno wezwanie do uzupełnienia oferty (w wyniku którego Wykonawca przedstawił m.in. wykaz robót oraz stosowne potwierdzenia należytego wykonania tych robót), wskazanie daty (tj. 07.05.2008 r.) na kiedy to uzupełnione dokumenty powinny potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, miało bezpośrednie oparcie w cytowanych wyżej przepisach.

W dniu 22.09.2008 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Wnosił o:

- a. uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie:
 - unieważnienia czynności „podtrzymania wyboru” oferty Firmy Haller jako najkorzystniejszej,
 - powtórzenie czynności oceny ofert, co było treścią wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach i co w efekcie sprowadza się do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, odrzucenia jego oferty i dokonania wyboru naszej oferty, która przedstawia najniższą cenę spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.
- b. zasądzenie od Zamawiającego na naszą rzecz kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przewidzianych na podstawie przedłożonych na rozprawie rachunków.

Odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty wobec Zamawiającego zawarte w proteście z dnia 08.09.2008 r., tj. :

- 1. zaniechanie odrzucenia oferty Firmy Haller i podtrzymanie jej wyboru jako najkorzystniejszej, pomimo że w dniu 28.04.2008 r. wyrokiem Sądu Okręgowego

15

w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy sygn. akt: XIX Ga 128/08 został zmieniony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 73/08 w ten sposób, że nakazano Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, uznając że oferta Firmy Haller nie spełnia warunku udziału w postępowaniu zawartego w pkt X.2 SIWZ,

- 2. nie traktowanie naszej firmy na równych prawach z innymi, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp,
- 3. nie dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt. 5 Pzp oraz wyłącznie w oparciu o przepisy ustawy, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp.

W związku z powyższymi zarzutami sformułowanymi w proteście pozostają, zdaniem Odwołującego, w pełni aktualne. Zamawiający odrzucając protest nie ustosunkował się do naszych argumentów w nim przedstawionych.

Zamawiający, jego zdaniem, nie posiada żadnych argumentów na odparcie zarzutów przedstawionych w proteście, zastosował błędnie, w ślad za Przystępującym art. 181 ust. 6 Pzp w stosunku do Odwołującego, twierdząc, że jakoby protest był niedopuszczalny, ponieważ czynność Zamawiającego została wykonana zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (co miało miejsce po wyroku KIO, sygn. akt: KIO/UZP 73/08 i KIO/UZP 74/08 z dnia 14.02.2008 r.). Zamawiający zatem jednoznacznie oświadczył, jak stwierdził Odwołujący, że kierował się jedynie wyżej wskazanymi wyrokami KIO, natomiast całkowicie zignorował wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach (sygn. akt: XIX Ga 128/08), którym został zobowiązany do powtórzenia oceny ofert, zaś z uzasadnienia tego wyroku jednoznacznie wynikało, że oferta Firmy Haller musi podlegać odrzuceniu ze względu na nie spełnienie warunków podmiotowych przez tego wykonawcę. Takie postępowanie Zamawiającego oznacza traktowanie środka ochrony prawnej, jakim jest skarga do Sądu Okręgowego, jako fikcji prawnej i nie branie orzeczenia Sądu, jako swoistego nakazu w dalszej procedurze. W tym miejscu należy zaznaczyć, że przepis art. 181 ust. 6 Pzp

wyrażnie stanowi, zdaniem Odwołującego, że wykonawca wnoszący protest nie może następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. W omawianym przypadku, Zamawiający wykonał czynności, jak sam informuje, jak zauważył Odwołujący, w rozstrzygnięciu protestu, działając „na podstawie” wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach. Działanie „na podstawie” należy odróżnić od „wykonania czynności zgodnie z wyrokiem”. Zamawiający, zdaniem Odwołującego, co wykazał w proteście, nie wykonał czynności „zgodnie z wyrokiem”. Działanie zgodnie z wyrokiem musiało prowadzić bowiem do wykluczenia Firmy Haller i odrzucenia jej oferty. Zacytowany przepis art. 180 ust. 6 Pzp, jak stwierdził Odwołujący, opierając się na komentarzu zawartym w opracowaniu Urzędu Zamówień Publicznych

16

„Prawo Zamówień Publicznych - komentarz” wydanie trzecie (Urząd Zamówień Publicznych - Warszawa 2007) pod red. Tomasza Czajkowskiego str. 518 pkt. 13 oznacza, że w tej regulacji chodzi o te same okoliczności faktyczne i prawne. Z całą pewnością okoliczności, które wystąpiły przy powtórzeniu oceny ofert przez Zamawiającego w wyniku wykonania wyroku, nie były te same. Gdyby przyjąć stanowisko Zamawiającego, to każdy wyrok, czy to Krajowej Izby Odwoławczej, czy Sądu Okręgowego nakazujący Zamawiającemu powtórzenie czynności i wskazujący na nieprawidłowości, które popełnił, wykonawca mógłby wykorzystać do „podtrzymania”, jak to uczyniła Kompania Węglowa S. A. swego stanowiska, które było przedmiotem protestu, odwołania lub też, jak w omawianym przypadku skargi do Sądu Okręgowego.

Odwołujący stwierdził, iż jak wykazał szczegółowo w proteście z wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach jednoznacznie wynikało, że oferta Firmy Haller musi podlegać odrzuceniu, ze względu na wykluczenie tego Wykonawcy. W dalszej części odwołania przywołał argumentację z protestu.

Nadto na poparcie stanowiska, iż dokument poświadczający zakończenie roboty jw. został uzyskany w wyniku kolejnego wezwania Zamawiającego, niedopuszczalnego obowiązującymi przepisami prawa. Wykonawcy bowiem wyznaczono już raz termin na uzupełnienie dokumentów, na co wskazujemy wyżej, i z tego obowiązku się nie wywiązał, co oznacza konieczność wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty. Przytoczył, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Zespołów Arbitrów i KIO (np. sygn. akt: UZP/ZO/0-2915/06, KIO/UZP 94/07, KIO/UZP 319/08), istnieje możliwość jedynie jednorazowego (jednokrotnego) wezwania do uzupełnienia tego samego dokumentu. W omawianym przypadku owym dokumentem było, zdaniem Odwołującego, potwierdzenie spełnienia warunku posiadania wymaganego doświadczenia zawodowego, a zatem uzyskany w wyniku powtórnego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokument nie może być przyjęty, jako potwierdzający spełnianie tego warunku.

Wykonawca wybrany, zdaniem Odwołującego, mimo że złożył ofertę, która musiała być odrzucona, co wynika z przedmiotowego wyroku Sądu Okręgowego i wyżej przedstawionego wyводу, był w opinii Odwołującego, w efekcie faworyzowany przez Zamawiającego, a upór i konsekwencja, z jaką podtrzymuje swą błędną decyzję, świadczyć może jedynie o daleko idącym współdziałaniu Wykonawcy i Zamawiającego jeszcze przed podpisaniem umowy. Odwołujący wskazał, iż zdumienie musi budzić fakt, iż Firma Haller bez udzielenia mu zamówienia już rozpoczęła przedmiotowe roboty. Oznaczać to musi, zdaniem Odwołującego, że Wykonawca niezależnie od wyniku przetargu oczekiwał, że to on musi realizować przedmiot zamówienia. Dalszy przebieg postępowania potwierdza tę tezę, albowiem Zamawiający pomimo jednoznacznego, zdaniem Odwołującego wyroku Sądu

17

Okręgowego z uporem godnym lepszej sprawy, wciąż dąży do udzielenia zamówienia temu wykonawcy.

Odwołujący zauważył, także, że wybór oferty z rażącym naruszeniem przepisów prawa nie może prowadzić do zawarcia ważnej umowy na realizację zadania, gdyż na podstawie art. 146 ust. 1 pkt. 6 Pzp umowa taka z mocy prawa byłaby nieważna.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni).

W dniu 22.09.2008 r. Zamawiający przekazał Wykonawcy: Firmie Haller (faxem) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpiła dnia 17.10.2008 r. (wpływ bezpośredni) Firma Haller po stronie Zamawiającego. Wnosząc o odrzucenie względnie oddalenia odwołania, gdyż zarzuty i żądania zawarte w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie. Przystępujący podtrzymał zarzuty i żądania podniesione w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego. Przystępujący podniósł niedopuszczalność korzystania przez Odwołującego na tym etapie postępowania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie. Na etapie wniesienia przez Odwołującego protestu, zdaniem Przystępującego, niedopuszczalność ta wynikała z jednoznacznej treści przepisów art. 181 ust. 6 i ust. 7 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. a Pzp. Określone w tych przepisach dyrektywy wyraźnie odnoszą się do sytuacji prawnej Odwołującego w postępowaniu zainicjowanym wniesionym protestem, a to z punktu widzenia możliwości korzystania przez Odwołującego na tym etapie przetargu nieograniczonego ze środków ochrony prawnej. Przystępujący podtrzymał w tym miejscu zarzuty, żądania i argumentację zawarte w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego. Stwierdził, iż nawet gdyby uznać, że ostateczne rozstrzygnięcie protestu Odwołującego z dnia 03.01.2008 r. nastąpiło z dniem wydania w dniu 28.04.2008 r. wyroku przez Sąd Okręgowy w Katowicach (sygn. akt XIX Ga 128/08), co stanowiłoby wszakże interpretację oczywiście niezgodną z jednoznacznym brzmieniem art. 181 ust. 6 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie zmieniloby to faktu niedopuszczalności protestu wniesionego przez Odwołującego w dniu 08.09.2008 r., jako że czynność Zamawiającego polegająca na podtrzymaniu wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej pozostaje w zgodzie z w/w wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach, nakazującym - w sentencji - ponowne badanie i ocenę ofert. Z kolei, odnosząc się do faktu wniesienia przez Odwołującego odwołania, Przystępujący podniósł istnienie przesłanek określonych w art. 187 ust. 4 Pzp. Przystępujący podkreślił, że przedmiotowe odwołanie zostało wniesione przez Wykonawcę, który wniósł uprzednio protest i dotyczy ono czynności, które Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu w rozumieniu art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. a Pzp. Zachodzi zatem przesłanka z art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp.

18

Ponadto, w przypadku przedmiotowego odwołania, zdaniem Przystępującego, zachodzi przesłanka z art. 187 ust. 4 pkt 5 Pzp, jako że Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez KIO (wyrok z dnia 14.02.2008 r., ogłoszony w dniu 15.02.2008 r.; sygn. akt: KIO/UZP 73/08 i KIO/UZP 74/08) w sprawie odwołania wniesionego uprzednio przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zarzuty Odwołującego dotyczące kwestii niespełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, uznał niniejszy za pozbawione podstaw w świetle obowiązujących przepisów Pzp, jako że Przystępujący przedłożył wymagane przez Zamawiającego dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu i udzielił w tym zakresie żądanych wyjaśnień.

Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią spornej oferty, a zwłaszcza załączonym wykazem wykonanych robót i dołączonymi dokumentami na potwierdzenie spełniania warunku z pkt X.2 SIWZ (referencjami), wezwaniem Zamawiającego skierowanym do Firmy Haller z dnia 29.04.2008 r. w trybie art. 26 ust.3 Pzp, odpowiedzią wskazanego Wykonawcy, tj. pismem z dnia 06.05.2008 r. wraz z wszystkimi załącznikami, z pismem Zamawiającego z dnia 06.08.2008 r. skierowanym do Przystępującego, uzyskaną odpowiedzią, tj. pismem z dnia 08.08.2008 r. wraz z wszystkimi załącznikami, trzema opiniami prawnymi, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowiska stron i Przystępującego na posiedzeniu oraz rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

W tym miejscu wobec stanowiska Zamawiającego oraz Przystępującego wynikającego z rozstrzygnięcia protestu, przystąpienia do protestu oraz odwołania, jak

również posiedzenia Izba wskazuje, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania w trybie art. 187 ust. 4 pkt 5 i 6 Pzp. Zgodnie z art. 198 ust. 2 zd. 2 Pzp w razie uwzględnienia skargi Sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka co do istoty sprawy. Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdza, iż Sąd Okręgowy w Katowicach zmieniając wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14.02.2008 r. de facto go uchylił, co w rezultacie prowadzi do sytuacji tego rodzaju, iż nie ma ostatecznego rozstrzygnięcia niniejszego postępowania na etapie odwołania przed Krajową Izbą Odwoławczą. W rezultacie art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. a Pzp nie ma zastosowania. Dodatkowo Izba podnosi, iż zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp odrzuca się odwołanie dotyczące czynności, których Zamawiający dokonał „zgodnie” z ostatecznym

19

rozstrzygnięciem protestu. Wynika więc z tego, iż przysługuje tak protest jak i odwołanie na czynności, które Zamawiający dokonał „niezgodnie” z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Ponadto, Odwołujący nie powołuje się, zdaniem Izby, na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę – art. 187 ust. 4 pkt 5 Pzp (wyrok z dnia 14.02.2008 r.). Przy czym, Izba uznaje za takie tak okoliczności faktyczne, jak i prawne.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem, Izby Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, Izba odniesie się do kluczowego dla przedmiotowego odwołania zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego i podtrzymanie jej wyboru jako najkorzystniejszej, pomimo że w dniu 28.04.2008 r. wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach, sygn. akt: XIX Ga 128/08 został zmieniony wyrok KIO z dnia 14.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 73/08 i sygn. akt: KIO/UZP 74/08 w ten sposób, że nakazano Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, uznając że oferta Przystępującego nie spełnia warunku udziału w postępowaniu zawartego w pkt. X.2 SIWZ, czyli de facto Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp., uznając w/w zarzut za niezasadny.

Po pierwsze, Izba stwierdza, że Zamawiający miał obowiązek, w ramach ponownego badania i oceny ofert, wezwania Przystępującego do uzupełnienia złożonej oferty w trybie art. 26 ust.3 Pzp w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu zawartego w pkt. X.2 SIWZ, gdyż takie prawo gwarantuje uczestnikom postępowania ponowne badanie i ocena ofert, a więc samo Pzp. Fakt, iż Sąd Okręgowy w Katowicach stwierdził nie spełnienie w/w warunku nie skutkuje natychmiastową koniecznością wykluczenia Przystępującego i odrzucenia jego oferty w toku ponownej oceny bez uwzględnienia trybu wynikającego z art. 26 ust.3 Pzp. Zgodnie bowiem z orzecznictwem KIO. Wyrok KIO z dnia 11.12.2007 r., sygn. akt: KIO/UZP 1399/07: „Treść art. 26 ust. 3 pzp wbrew stanowisku reprezentowanemu przez odwołującego w proteście i odwołaniu, uległa zmianie po dniu 11 czerwca 2007r. Przepis ten donosi się obecnie nie tylko do formalnej zawartości dokumentu czy oświadczenia ale także do jego merytorycznej treści, ustawodawca bowiem w drugiej części tego przepisu po średniku zawarł dyrektywę interpretacyjną przepisu stanowiąc „(...) oświadczenia lub

20

dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, (...)”. Z tego zapisu wynika, że dokument nie potwierdzający warunków jest dokumentem błędnym. Ratio legis ustawodawcy jest doprowadzenie do sytuacji, w której z postępowania nie zostaną wykluczeni wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, lecz nie potwierdzili tego w złożonych dokumentach. Przeciwna interpretacja przepisu doprowadziłaby do nielogicznego wnioskowania, że lepiej jest nie złożyć dokumentu, niż złożyć dokument, choćby błędny. Takie założenie byłoby

sprzeczne z art. 7 ust. 1 pzp.” Wyrok KIO z dnia 13.06.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 531/08: „(...)przedłożenie nowych dokumentów, w odpowiedzi na wezwanie, tj. innych od tych przedłożonych pierwotnie mieści się w granicach stosowania określonych dla art. 26 ust. 3 Pzp po nowelizacji z dnia 13 kwietnia 2007 r. (.....) Przed nowelizacją z dnia 13 kwietnia 2007 r. uzupełnienie dokumentu, z którego wynikało, że wykonawca nie spełnia postawionego warunku było niemożliwe, co skutkowało wykluczeniem z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniem z mocy prawa jego oferty. W obecnym stanie prawnym przyjmuje się, że zamawiający ma obowiązek wezwania do uzupełnienia wykonawcę, który wprawdzie złożył żądany dokument, ale nie potwierdza on spełniania warunku (J. Sadowy, Uzupełnienie oświadczeń i dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, [w:] Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 13 kwietnia 2007 r., UZP 2007 r., s.135, patrz także: Odpowiedzi na pytania zgłaszane przez uczestników seminarium szkoleniowego w dniu 26.07.2007 r. – odpowiedź na pytanie nr 3 zgłoszone przez miasto Łódź, strona internetowa UZP). Powyższe znajduje swoje potwierdzenie w orzecznictwie: Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 14.05.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-543/07), jak również w orzeczeniach KIO: Wyrok KIO z dnia 30.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 04/08, czy też Wyrok KIO z dnia 18.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 191/08.”

Po drugie, Izba uznaje, że istotną kwestią jest także, czy pismo z dnia 06.08.2008 r. skierowane przez Zamawiającego do Przystępującego stanowi wniosek o wyjaśnienie złożonych do oferty dokumentów (w ramach poz. 1 wykazu wykonanych robót) w trybie art. 26 ust. 4 w związku z art. 87 ust.1 Pzp, jak twierdzi Zamawiający, czy też kolejne wezwanie do jej uzupełnienia w trybie art. 26 ust.3 Pzp, jak uważa Odwołujący. Niniejsze odnosi się również do pisma stanowiącego odpowiedź Przystępującego oraz dołączonych załączników.

W tej materii, Izba stoi na stanowisku, że o charakterze danego pisma stanowi przede wszystkim jego treść, a nie tylko jego tytuł, czy też podana podstawa prawna. Ważny jest również skutek, jaki wywołało i charakter złożonych w jego rezultacie dokumentów.

Ponadto, Izba podtrzymuje stanowisko orzecznictwa KIO (np.: postanowienie KIO z dnia 12.09.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 905/2008, str.22), że: „(...) instytucja uzupełniania

21

oferty ma jednokrotny charakter, jednakże nie ma przeszkód prawnych, aby Wykonawca był wezwany ponownie do uzupełnienia oferty w innym zakresie niż miało to miejsce wcześniej.”

Po trzecie, Izba w sposób wyraźny podkreśla, iż w obecnym stanie prawnym istnieje możliwość przedłożenia w ramach uzupełnienia dokumentów o zakończeniu danego wykazywanego zamówieniu zgodnie z brzmieniem art. 26 ust.3 Pzp, tzn. na dzień wyznaczony w wezwaniu przez Zamawiającego.

Stanowisko Odwołującego, iż uzupełnienie dokumentów, nawet gdyby było dopuszczalne, nie może stanowić o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów Zamawiający może żądać dla potwierdzenia spełnienia warunku posiadania przez wykonawcę w szczególności niezbędnego budowlanych doświadczenia zawodowego wykazu wykonanych robót w okresie ostatnich 5 lat „przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia”, a wszczęcie przedmiotowego postępowania miało miejsce w dniu 29.08.2007 r. Z treści zaś oferty Przystępującego wynika jednoznacznie, że zadanie wyszczególnione w pkt. 1 wykazu, z powyższego względu nie może być uwzględnione, gdyż roboty te, nawet w chwili, gdy orzekł Sąd Okręgowy, nie były zakończone, a ponad wszelką wątpliwość roboty te „nie były również zakończone przed dniem wszczęcia postępowania”. Ponadto, stanowisko Odwołującego, że wszelkie uzupełnienia dokumentów w tym zakresie nie mogą zmienić tej oceny stanu faktycznego jest nie tylko błędne, ale niezgodne z literalnym brzmieniem art. 26 ust. 3 Pzp. Wskazany przepis Pzp dopuszcza bowiem przedłożenie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego na dzień wyznaczony w wezwaniu do uzupełnienia, a nie na dzień wszczęcia postępowania. W tym miejscu, Izba zauważa, że w wypadku kolizji przepisów wykonawczych z przepisami ustawowymi wyższość mają przepisy ustawowe. W przeciwnym razie należałoby podważyć racjonalność działań Ustawodawcy w tym zakresie, jak i istotę i sens instytucji uzupełnienia.

Po czwarte, Izba stwierdza, że przedmiotem niniejszego postępowania protestacyjno-odwoławczego jest wynik powtórnej oceny, czyli de facto nie odrzucenie Przystępującego i wybór jego oferty, czyli nowa czynność, mimo potrzymania pierwotnego wyboru

Zamawiającego z XII 2007 r. Zamawiający podczas powtórnego badania i oceny ofert nie był związany ustaleniami z pierwszego badania i oceny złożonych ofert, gdyż Sąd Okręgowy w Katowicach nie przesądził o wyniku tej powtórznej oceny, tj. o wykluczeniu oferty Przystępującego i odrzuceniu jego oferty.

Po piąte, Izba stwierdziła także, że wbrew obawom Odwołującego zwłoka Zamawiającego w wyborze oferty najkorzystniejszej wynikała z innych przyczyn niż zawarte w odwołaniu, dokumentacja postępowania oraz trzy opinie prawne wskazują na rozbieżności interpretacyjne wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach w kontekście ponownego badania

22

i oceny ofert oraz instytucji wynikających z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Ich istotą było, czy zamówienie wykazane w poz. 1 wykazu Przystępującego może być sanowane w trybie art. 26 ust.3 Pzp oraz czy istnieją także podstawy do uznania zamówienia z poz. 3 wykazu. Dodatkowo istniała wątpliwość, czy stanowisko Sądu Okręgowego w Katowicach uwzględniło całość dowodów, a w szczególności referencję z dnia 07.01.2002 r.

W tym miejscu Izba zauważa, iż Sąd oparł się na określonym materiale dowodowym, jaki miał do dyspozycji i obowiązkiem Zamawiającego było zastosowanie się do jego wyroku, tj. ponownego badania i oceny złożonych ofert, a w konsekwencji wyboru oferty najkorzystniejszej w terminie związania ofertą i zabezpieczenia ich wadium. Problemy interpretacyjne nie zwalniają Zamawiającego z obowiązku zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający przy każdej zwłoce, w tym wypadku od końca IV do pocz. IX 2008 r. z przyczyn wskazanych wyżej, mimo sformalizowanego charakteru postępowania przetargowego musi mieć na uwadze wymóg sprawnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba stwierdza, że powyższa zwłoka mimo określonych okoliczności faktycznych i prawnych ją warunkujących, uznanych przez skład orzekający, jest naganna. Fakt, iż nie miała ona wpływu na wynik postępowania, czyli nie skutkowałą unieważnieniem w dużej mierze wynikał z działań Przystępującego i Odwołującego. Zamawiający musi pamiętać, iż to on prowadzi postępowanie przetargowe, to w jego dyspozycji są środki publiczne i jego działanie musi budzić zaufanie, a nie wątpliwości. Nie może zdać się na cierpliwość Wykonawców, ich dobrą wolę, różnorodną znajomość istniejących przepisów, czy też ich interes prawny. W tym, kontekście Izba stwierdza, iż potwierdza fakt ciągłego zabezpieczenia oferty Przystępującego i Odwołującego wadium i związania ich swoimi złożonymi ofertami, mimo złożenia ich w 2007 r. Należy uznać za dopuszczalne przedłużenie terminu związania ofertą ze strony samych Wykonawców po wyczerpaniu trybu wynikającego z art. 85 Pzp. Wskazany przepis Pzp odnosi się tylko do Zamawiającego, a Wykonawca jako oferujący określone czynności w ramach złożonej oferty może być nią związany tak długo, jak uzna za konieczne w danym stanie faktycznym. W odniesieniu do wadium orzecznictwo KIO (np. wyrok KIO z dnia 12.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 168/08, wyrok KIO z dnia 21.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 315/08 i sygn. akt: KIO/UZP 330/08, wyrok KIO z dnia 14.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 794/08, str.17), jak i sądów okręgowych (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28.05.2007 r., sygn. akt: XIX Ga 194/07) dopuszcza możliwość jego złożenia, jak i przedłużenia bez wezwania Zamawiającego także w aktualnym stanie prawnym. Wskazany wyrok Sądu Okręgowego także odnosi się do kwestii przedłużenia terminu związania ofertą przez Wykonawców.

Odnosząc się do przedmiotowego stanu faktycznego, Izba stwierdza, że pismo z dnia 06.05.2008 r. wraz z załącznikami stanowiące uzupełnienie złożonej oferty o dokumenty

23

potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu (określonego w pkt X.2 SIWZ w związku z pkt XII.1 SIWZ) w odniesieniu do poz.1, 3, 4 oraz 7 wykazu załączonego do oferty, w jej ocenie, w pełni potwierdziło spełnianie przez Przystępującego określonego we wskazanym pkt SIWZ warunku. Wobec powyższego działanie Zamawiającego z dnia 06.08.2008 r. należy uznać za zbędne i powinno być one rozpatrywane raczej w kategoriach „ostrożności procesowej”. Nie zmienia to jednak faktu, iż wszelkie załączniki otrzymane przez Zamawiającego od Przystępującego w ramach „wyjaśnień” ponad to, co otrzymał przed dniem 07.05.2008 r. (ostateczna data wyznaczona przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 29.04.2008 r. do uzupełnienia oferty) bezsprzecznie stanowią uzupełnienie oferty,

a nie jej wyjaśnienie i nie mogą być, i też nie były brane pod uwagę podczas analizowania materiału dowodowego przez Izbę. Odnosnie charakteru samego pisma Zamawiającego z dnia 06.08.2008 r., to Izba uznała, iż jest ono tak wnioskiem o wyjaśnienie dokumentów złożonych do oferty dopuszczalnym przez Pzp (art. 26 ust.4), jak i wezwaniem o uzupełnienie złożonej oferty niedopuszczalnym przez Pzp, gdyż drugim po wezwaniu z dnia 29.04.2007 r. i do tego w tym samym zakresie. W tym miejscu, Izba ponownie podkreśla, iż generalnie samo pismo, jak i będąca jej wynikiem odpowiedź Przystępującego, a w szczególności referencja z dnia 25.06.2008 r. nie miały wpływu na wynik postępowania.

Izba wskazuje, iż warunek wymagał wykazania się dwoma robotami budowlanymi, przy czym jedna robota miał być rozliczona końcowo na 10 000 000 zł, obydwie zaś budowy miały być wykonywane z użyciem odpadów górniczych. Zgodnie z wyrokiem Sądu, Przystępujący wykazał się robotą powyżej 10 000 000 zł pozycja nr 4 wykazu. Wobec stanowiska Sądu, aby uznać ofertę Przystępującego za ważną konieczne było uzyskanie potwierdzenia, że co najmniej jedno z wykazanych zamówień zostało zrealizowane z użyciem odpadów górniczych.

W wyniku wezwania z dnia 29.04.2008 r. Zamawiający w wyznaczonym terminie otrzymał dokumenty, według kolejności z odpowiedzi Przystępującego, odnośnie poz. 4, 7, 1 i 3 wykazu załączonego do oferty. W tym miejscu Izba wyraźnie stwierdza, że teza Odwołującego o niedostarczeniu żadnych nowych dokumentów jest niezgodna ze stanem faktycznym. W odniesieniu do zamówienia z poz. 4, uznanego przez Sąd za spełniający warunek z SIWZ były to załączniki b, c i d, w odniesieniu do zamówienia z poz. 7 były to załączniki b i c, względem zamówienia z poz. 1 były to załączniki b, c, d, e, f i g, a w wypadku zamówienia z poz. 3 były to załączniki b i d. Izba podkreśla także, iż niniejszy materiał dowodowy został przeanalizowany łącznie z wcześniejszymi referencjami, gdyż istotą jej działania była analiza całego materiału dowodowego zebranego w sprawie, za wyjątkiem wskazanym powyżej, a także tych dowodów i ich fragmentów, które nie były wskazane przez strony.

24

Odnosnie poz. 4 wykazu Izba stwierdza, iż tak wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach, jak i ponowna analiza całego zebranego materiału dowodowego potwierdza, iż spełnia niniejsze zamówienie warunek wynikający z pkt X.2 SIWZ.

Odnosnie poz. 7 wykazu Izba wskazuje, że wykazane zamówienie w tej pozycji, mimo że nie było rozpatrywane podczas wcześniejszego badania i oceny ofert i nie było też przedmiotem badania przez Sąd Okręgowy w Katowicach, co wynika w sposób niepodważalny z treści wyroku, potwierdza spełnianie warunku wynikający z pkt X.2 SIWZ i mogło być przedmiotem ponownego badania i oceny ofert. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż z załączonej referencji z dnia 27.04.2004 r. wynika, iż przedmiotem zamówienia były prace przygotowawcze z użyciem odpadów z procesów wzbogacania węgla, a z kolei z załączonych decyzji wynika, iż powyższe zamówienie miało charakter roboty budowlanej. Wyjaśnienia Zamawiającego, iż odpady przy przeróbce wzbogacania węgla „powstają w wyniku prowadzenia procesów technologicznych polegających na oddzieleniu węgla od skały płonnej i wdrożenie procesu wzbogacania”, czyli według stanowiska Zamawiającego to nic innego jak postawiony warunek udziału w postępowaniu, Izba uznaje za wiarygodne. Należy zwrócić uwagę, że mimo braku definicji legalnej w czasie trwania przedmiotowego postępowania przetargowego, co należy rozumieć przez odpady górnicze, wytyczną może stanowić ustawa z 10.07.2008 r. o odpadach wydobywczych (Dz. U. z 2008 r., Nr 138, poz. 865), która podaje definicję „odpadu wydobywczego” w ramach, którego jest również odpad pochodzący z przeróbki. W ocenie Izby, jednakże decydujące znaczenie dla oceny wskazanego zamówienia ma definicja zawarta na str. 15 SIWZ ostatni akapit, zgodnie z którą odpady o których mowa w w/w zamówieniu, czyli odpady górnicze to odpady o kodach: 010102 (odpady z wydobywania kopalin inne niż rudy metali), 010412 (odpady powstające przy płukaniu i czyszczeniu kopalin), 010481 (odpady z flotacyjnego wzbogacania węgla) oraz inne wg aktualnych potrzeb Zamawiającego. Przystępujący bowiem w ramach uznanego przez Izbę uzupełnienia dostarczył poświadczoną za zgodność z oryginałem kserokopie decyzji nr ŚR 7638-5/02 o udzielenie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku i magazynowania odpadów z dnia 28.03.2002 r. Prezydenta Miasta Mysłowice (pkt 2 lit. c pisma Przystępującego z dnia 06.05.2008 r.), w którym kod odpadów podany w pkt 1 lit. a (010412) jest identyczny

z kodem odpadów podanym w SIWZ na stronie 15 w ramach zwartej tam definicji. W tym miejscu Izba także podnosi, iż Odwołujący nie wykazał podczas rozprawy swojego przeciwnego stanowiska w tym zakresie.

Odnosząc się do poz. 1 wykazu, Izba stwierdza za Sądem Okręgowym w Katowicach, że zamówienie to nie mogło być uwzględnione w ramach poprzedniego badania i oceny ofert, bo nie było zakończone w terminie składania ofert. Jednakże, całokształt zebranych materiałów wskazuje, iż zamówienie z niniejszej pozycji wykazu

25

zostało zakończone w dniu 29.02.2008 r., co potwierdza dokument, który otrzymał Zamawiający w ramach uzupełnienia, tj. pkt 3 lit g pisma Przystępującego z dnia 06.05.2008 r. – protokół odbioru końcowego wykonanych robót budowlanych hydrotechnicznych z dnia 29.02.2008 r. Biorąc więc pod uwagę obecne brzmienie art. 26 ust. 3 Pzp Izba uznaje, że zasadnym jest przyjąć, że na dzień 07.05.2008 r. zamówienie było wykonane. Analiza wskazanego protokołu wraz z zestawieniem wartości wykonanych prac dołączonym do niego potwierdza zasadność stanowiska przedstawionego wcześniej (był to ostatni etap zamówienia). W rezultacie, Izba uznała, że działając w trybie art. 26 ust.3 Pzp Zamawiający poprzez uzupełnienie złożonej oferty sponował niniejsze zamówienie, w wyniku czego uzyskał potwierdzenie, że spełnia ono warunek wynikający z pkt X.2 SIWZ. Dodatkowo Izba wyjaśnia, że zasadność stanowiska wskazanego wyżej potwierdza także umowa nr 1685064 z dnia 29.06.2004 r., zgodnie z którą termin wykonania robót budowlanych hydrotechnicznych określonych w § 1 pkt 3 ustala się na 31.12.2007 r., zaś w § 5 lit. b umowy ustala się, iż wynagrodzenie za wykonanie prac określonych § 1 pkt 3 a)-f) ustalono na kwotę: 13.786.000,00 zł., czyli tyle ile wynika z zestawienia wartości wykonanych prac dołączonych do protokołu z dnia 29.02.2008 r. Tym bardziej, iż prace określone w § 1 pkt 2 umowy za które ustalono wynagrodzenie zgodnie z § 5 lit. a umowy na kwotę 700.000,00 zł zostały wykonane zgodnie z harmonogramem, co potwierdza referencja z dnia 30.11.2004 r., jak również decyzja nr OŚ.7661/54/2005 o udzieleniu zezwolenia na prowadzenia działalności w zakresie odzysku odpadów z dnia 06.12.2005 r. oraz decyzja nr ŚR.766-2/07 o udzieleniu zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku odpadów z dnia 19.01.2007 r., wydana po wygaśnięciu pierwszej, z uwagi na fakt, iż ostatnią pozycją w harmonogramie rzeczowo-finansowym prac projektowych był wniosek o wydanie decyzji na odzysk (wykorzystanie materiału) – XII 2004 r. Twierdzenia Odwołującego, iż zamówienie z poz.1 wykazu nadal jest realizowane nie zostało w żaden sposób poparte dowodami.

Odnosząc się do pozycji nr 3 wykazu, Izba podnosi, iż z uwagi na wagę dla ustalenia stanu faktycznego poddała analizie referencję z dnia 07.01.2002 r. w powiązaniu z referencją z dnia 15.11.2006 r., przy czym należy także zauważyć, że również referencja z dnia 15.10.2002 r. uzyskana przez Zamawiającego w ramach uzupełnienia jest nie mniej istotna. Z kolei decyzja o pozwoleniu na budowę potwierdza fakt, iż była to robota budowlana. W wyniku analizy niniejszych dokumentów Izba w sposób nie budzący żadnych wątpliwości stwierdza, że niniejsze zamówienie stanowi budowę z wykorzystaniem odpadów górniczych.

Podsumowując, Izba stwierdza, iż każda z pozycji wykazu w ramach których miało miejsce uzupełnienie oferty złożonej przez Przystępującego pismem z dnia 06.05.2008 r. wraz załącznikami spełnia warunek określony przez Zamawiającego w pkt X.2 SIWZ na co zostały złożone stosowne dokumenty potwierdzające spełnianie wskazanego warunku, co wobec konieczności wykazania się 2 robotami budowlanymi, czyni odwołanie niezasadnym.

26

W tym miejscu, Izba zauważa, iż dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku udziału w postępowaniu mogą być zgodnie z orzecznictwem Zespołu Arbitrów oraz KIO (np.: wyrok KIO z dnia 18.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 198/08) nie tylko listy referencyjne, ale też protokół odbioru w tym wypadku robót, potwierdzenie dokonania płatności lub inne dokumenty, a także decyzje administracyjne, jeżeli ich uzyskanie były również ujęte w przedmiocie zamówienia, co miało miejsce w wykazywanych zamówieniach. Wybór właściwego dokumentu należy do Wykonawcy. Umowa, jak i faktury nie mają takiego charakteru, ale w przedmiotowym stanie faktycznym w szczególności umowa ma nie mniejsze znaczenie dla ustalenia stanu faktycznego (poz. 1 wykazu).

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut zaniechaniu

przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego i podtrzymanie jej wyboru jako najkorzystniejszej, czyli de facto naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Wobec nie potwierdzenia się kluczowego dla przedmiotowego odwołania zarzutu o którym było mowa powyżej, Izba uznała, że nie potwierdził się również zarzut nierównego traktowania Odwołującego, czyli naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, jak również zarzut nie dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp oraz wyłącznie w oparciu o przepisy ustawy, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886), uznała za uzasadnione koszty w kwocie 3600 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczanej przez w/w rozporządzenie.

27

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

** niepotrzebne skreślić*

28