Sygn. akt XIX Ga 235/11

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 czerwca 2011 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

SSO Maria Kozubska - Maciąga
PrzewodniczącyProtokolant:
SSO Krystyna Faściszewska - Rąba (spr.)
Sędziowie:
SSO Blanka Zorębska

st.sekr.sądowy Anna Skrzypek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2011 r. w Katowicach

sprawy z odwołania „ALPEX" Przedsiębiorstwa Budownictwa Górniczego Spółki

z ograniczoną odpowiedzialnością w Jastrzębiu Zdroju

przeciwko Katowickiemu Holdingowi Węglowemu Spółce Akcyjnej w Katowicach
o udzielenie zamówienia publicznego
na skutek skargi odw ołującego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych
w Warszawie

z dnia 21 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO/721/11

1. oddala skargę;

2. zasądza od skarżącego na rzecz wnioskodawcy kwotę 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za postępowanie przed Sądem Okrę

ogłoszenia o zamówieniu wskazuje się, iż przedmiot zamówienia stanowią usługi, a w pkt II. 1.6. ogłoszenia o zamówieniu - roboty budowlane;

4. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez niedokonanie kwalifikacji prawnej przedmiotu zamówienia jako robót budowlanych, co wyłącza uprawnienia przysługujące wykonawcom na podstawie przepisów prawa powszechnie obowiązującego, czego skutkiem jest dyskryminacja wykonawców oferujących realizację zamówienia na terytorium Rzeczpospolitej Polskiej (wyłącznie w jednym kraju Wspólnoty Europejskiej);

5. błędną wykładnię art. 3 pkt.7 oraz art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006r., nr 156, poz. 1118) w zw. z art. 2 pkt. 8 i 10 ustawy Pzp, poprzez uznanie, iż wyłączenie zastosowania ustawy Prawo

budowlane do wyrobisk górniczych odbiera pracom obejmującym „wykonanie głównych wyrobisk przygotowawczych" charakter robót budowlanych w rozumieniu art. 647 i nast. k.c., pomimo, że prace objęte ich zakresem są kwalifikowane jako roboty budowlane we Wspólnym Słowniku Zamówień (Rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady Dz. U. UE L.02.340.1, Dz. U. UE-Sp.06-5-3) oraz w przepisach Dyrektyw nr 2004/17/WE i 2004/18/WE i w powszechnie obowiązujących przepisach prawa krajowego;

6. naruszenie art. 647 i nast. k.c., poprzez wyłączenie możliwości ich zastosowania wskutek nie traktowania „wykonania głównych wyrobisk przygotowawczych" jako roboty budowlane, z konsekwencją wyłączenia w zakresie dotyczącym tych robót przepisów kodeksu cywilnego.

Powołując się na wskazane wyżej zarzuty Odwołujący wnosił o:

1. zmianę pkt. II. 1.2. ogłoszenia o zamówieniu, poprzez ustalenie, iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie roboty budowlanej (CPV 45254100-3: roboty w zakresie wydobycia i produkcji - roboty budowlane dla górnictwa);

2. zmianę pkt. II. 1.6. ogłoszenia o zamówieniu, poprzez ustalenie, że głównym przedmiotem zamówienia są roboty budowlane dla górnictwa kod CPV 45254100-3;

3. zmianę SIWZ w związku z okolicznością, iż przedmiotem zamówienia są roboty budowlane dla górnictwa (CPV 45254100-3: roboty w zakresie wydobycia i produkcji), a nie usługi w następującym zakresie:

- zmianę rozdziału I pkt 1.1 ppkt 3.1 SIWZ, poprzez ustalenie, iż przedmiotem zamówienia są roboty budowlane (CPV 45254100-3: roboty w zakresie wydobycia i produkcji);

- zmianę rozdziału I pkt 1.1 pkt 6.1.1. SIWZ, poprzez zastąpienie zwrotu „wykonywanych usług" zwrotem „wykonywanych robót budowlanych";

- zmianę rozdziału I pkt 1.1 pkt 6.1.1. SIWZ, poprzez zastąpienie zwrotu „dokumentu potwierdzającego, iż te usługi zostały wykonane" zwrotem „dokumentu potwierdzającego, iż te roboty budowlane zostały wykonane";

- zmianę rozdziału I pkt 1.1 pkt 6.1.2. SIWZ, poprzez zastąpienie zwrotu „za świadczenie usług" zwrotem „za wykonywanie robót budowlanych";

- zmianę rozdziału I pkt 1.1 pkt 6.1.5. SIWZ, poprzez zastąpienie zwrotu „dostępnych wykonawcy usług" zwrotem „dostępnych wykonawcy robót budowlanych";

- zmianę rozdziału III pkt. 4, poprzez zastąpienie zwrotu „załącznik nr 4 - wykaz wykonanych usług" zwrotem „załącznik nr 4 - wykaz wykonanych robót budowlanych";

- zmianę tytułu załącznika nr 4 do SIWZ, poprzez zastąpienie zwrotu „Wykaz wykonanych w okresie ostatnich 3 lat usług, tj. drążenia wyrobisk chodnika" zwrotem „Wykaz wykonanych w okresie ostatnich 5 lat robót budowlanych, tj. drążenia wyrobisk chodnika";

- zmianę treści załącznika nr 4 do SIWZ, poprzez zastąpienie zwrotu „potwierdzające, że te usługi zostały wykonane należycie" zwrotem „potwierdzające, że te roboty budowlane zostały

wykonane należycie".

Rozpoznając odwołanie Wykonawcy - ALPEX Przedsiębiorstwa Budownictwa Górniczego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Jastrzębiu Zdroju - Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie wyrokiem z dnia 21 kwietnia 201 lr., sygn. akt KIO 721/11 uznała je za niezasadne, w konsekwencji oddaliła je. Kosztami postępowania obciążyła odwołującą się spółkę.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia przede wszystkim wskazano, iż Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, albowiem podnosząc zarzuty dotyczące treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz ogłoszenia o zamówieniu, umowa zawarta w wyniku tego postępowania o udzielenie zamówienia mogłaby okazać się nieważna. Natomiast wskazywane przez Odwołującego naruszenia w postaci stosowania do zamówienia przepisów dotyczących usług zamiast dostaw mogłyby w ocenie Izby narazić Odwołującego na potencjalny uszczerbek poprzez pozbawienie go możliwości ubiegania się o zamówienie bądź co najmniej ograniczenie możliwości.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz dokonane ustalenia, Izba doszła do przekonania, iż Zamawiający, kwalifikując przedmiotowe zamówienie do kategorii usług a nie robót budowlanych, nie naruszył przepisów ustawy Pzp, w szczególności wskazywanych przez Odwołującego się przepisów art. 2 pkt. 8 i 10, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Przy rozstrzyganiu niniejszej sprawy istotne zdaniem Izby są regulacje ustawowe co do kwalifikacji danego zamówienia do kategorii robót budowlanych.

Powołując się na treść art. 2 pkt. 8 Pzp, Izba podniosła, iż ustawodawca definiując pojęcie robót budowlanych na użytek postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odwołał się do definicji robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca I994r. Prawo budowlane. (Dz. U. z 2006r., nr 156, poz. 1118).

Jak wskazała Izba, bezspornym w sprawie było, że przedmiotem zamówienia są określonego rodzaju prace dotyczące wyrobisk górniczych. Tymczasem stosownie do treści art. 2 ust. 1 powołanej wyżej ustawy Prawo budowlane, przepisów tej ustawy nie stosuje się do wyrobisk górniczych, w tym zakresie zastosowanie znajda regulacje odrębne określone w ustawie z 4 lutego 1994r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 2005r., nr 228, poz. 1947). Biorąc powyższe pod uwagę dla Izby oczywistym było, że definicja ustawowa robót budowlanych, ukształtowana na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w Pzp, ogranicza się wyłącznie do tego rodzaju prac, które są objęte ustawą Prawo budowlane. Izba podkreśliła, iż skoro z tego zakresu w przepisach Prawo budowlane wprost wyłączono prace wykonywane w wyrobiskach górniczych, także tym pracom w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie można przypisać charakteru robót budowlanych. W tej sytuacji, w ocenie Izby należy je przypisać do innej kategorii, tj. dostawy lub usługi. Charakter prac dotyczących wyrobisk górniczych nie jest związany w żaden sposób z nabywaniem rzeczy, prac czy innych dóbr, co oznacza, iż nie można mówić o dostawie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Z tych względów, zdaniem Izby, prace należało zakwalifikować do kategorii usług i przy uwzględnieniu katalogu usług z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 28 stycznia 2010r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i nieprioritetowym (Dz. U. nr 12, poz. 68), przypisać je do poz. 27 załącznika nr 2 rozporządzenia. W tej pozycji określono „inne usługi", czyli takiego rodzaju świadczenia, które nie są robotami budowlanymi, ani dostawami, jak również nie mieszczą się w żadnej innej pozycji usług „nazwanych", którym przypisane zostały właściwe kody CPV.

Izba odwołała się nadto do regulacji dyrektywowych, odnoszących się do definicji robót budowlanych, tj. art. 1 ust. 1 lit. b) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004r. 2004/17/WE, koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, która w przedmiotowej sprawie znajduje zastosowanie. Dyrektywowa definicja pojęcia robót budowlanych odwołuje się do

załącznika do dyrektywy o nr XII, w którym określono wykaz robót budowlanych, poprzez odpowiednie odesłanie do kodów CPV. Wskazano tam na dział 45 CPV i odpowiednie grupy (45.1, 45.2, 45.3, 45.4, 45.5) i w ich ramach klasy zaliczane do grupy robót budowlanych. Zamawiający przedmiot niniejszego zamówienia zakwalifikował do prac według oznaczenia kodów CPV: 45255500-4, tj. roboty wiertnicze i górnicze. W ocenie Izby, nie można zgodzić się z Odwołującym, który twierdził, iż prace określone tym kodem odnoszą się wyłącznie do prac związanych z rafineriami ropy, a nie są to prace odnoszące się do górnictwa. Sam opis tych prac według oznaczenia 45255500-4 odwołuje się wprost do robót górniczych i poza tym jest to odrębna klasyfikacja w zakresie klasy (45.25), odnosząca się tak do robót w zakresie elektrowni różnego rodzaju, zakładów oczyszczania ścieków, wody, rafinerii ropy, nafty i gazu jak i przerobu węgla czy też robót górniczych. Według Odwołującego, wskazane prace winny zostać zakwalifikowane do robót budowlanych dla górnictwa według oznaczenia CPV 45254100-3. Jednak uszczegółowienie tych prac według klasyfikacji CPV wskazuje na to, że są to prace w zakresie nadszybi (45254110-6), a nie wyrobisk górniczych. Przy tym, jak podkreśliła Izba, Odwołujący w toku postępowania nie przedstawił żadnych przekonujących argumentów ani dowodów, dlaczego wskazane w niniejszym zamówieniu prace należałoby zakwalifikować do tej kategorii (45254), a nie do kategorii przyjętej przez Zamawiającego (45255). Według Izby, powyższe rozważania pozostają jednak bez znaczenia, bowiem w świetle zakwalifikowania prac w dziale klasyfikacji CPV (45), zarówno według stanowiska Odwołującego jak i Zamawiającego, w świetle przywołanego załącznika nr XII do dyrektywy prace te traktowane są jako roboty budowlane. Izba podkreśliła, iż ustawodawca krajowy w sposób świadomy rozszerzył obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych na zamówienia, których przedmiotem są usługi w rozumieniu art. 2 pkt 10 ustawy Pzp o wartości równej lub przekraczającej równowartość kwoty 387.000 euro i jednocześnie niższej niż równowartość kwoty 4.845.000 euro właściwej do stosowania przepisów o zamówieniach przy robotach budowlanych. W ocenie Izby powyższego nie można oceniąc w kategoriach niezgodności ustawy Pzp z regulacjami dyrektywy sektorowej, bowiem państwo członkowskie posiada uprawnienie do wprowadzenia wewnętrznych regulacji o charakterze bardziej restrykcyjnym w zakresie stosowania przepisów o zamówieniach publicznych niż przewidują to regulacje europejskie.

Z tych też względów Izba uznała, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego, w tym także nie naruszył w żaden sposób zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu, w jednakowy sposób traktując wszystkich wykonawców, chcących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. W ocenie Izby, to zastosowanie do niniejszego zamówienia przepisów o robotach budowlanych, biorąc pod uwagę krajowe regulacje dotyczące wyrobisk górniczych, prowadziłoby do naruszenia tych zasad. W takim przypadku bowiem przedsiębiorcy posiadający kwalifikacje do wykonywania prac w wyrobiskach górniczych, a nie posiadających innych uprawnień wymaganych przy wykonywaniu robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, nieistotnych dla wykonania tego zamówienia, mieliby dostęp ograniczony.

Wydając zaskarżone orzeczenie Izba wzięła także pod uwagę opinie prawne przedstawione przez Zamawiającego, które odnosiły się wprost do problemu oceny, czy prace wykonywane w wyrobisku górniczym, polegające na rozcięciu ściany, drążeniu wyrobisk podziemnych (np. wykonanie chodnika przyścianowego, dowierzchnii itp.) wykonywane są w oparciu o umowę o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 i nast. k.c. Obydwie przedstawione przez Zamawiającego opinie w sposób jednoznaczny wskazują, że w tym przypadku nie ma zastosowania umowa o roboty budowlane, a zatem nie będą też miały zastosowania wszelkiego rodzaju skutki związane z umową o roboty budowlane, czyli przede wszystkim przepisy o solidarnej odpowiedzialności w stosunku do podwykonawcy robót. Izba uwzględniła nadto stanowisko Sądu Okręgowego w Katowicach (wyrok z dnia 10 grudnia 2010r., sygn. akt XIII GC 253/10/IW), który w tej konkretnie sprawie, opierając się także na przywołanych opiniach, uznał, że Prawo budowlane ma zastosowanie tylko do obiektów budowlanych zakładu górniczego zlokalizowanych na powierzchni, a nie pod ziemią. Powołując się na definicję wyrobiska górniczego (art. 6

pkt. 10 ustawy Prawo geologiczne i górnicze) oraz robót górniczych (art. 6 pkt. 11 tej ustawy) Sąd Okręgowy w powołanym wyżej orzeczeniu przyjął, iż roboty takie należy traktować jako roboty górnicze w świetle ustawy Prawo geologiczne i górnicze, a nie roboty budowlane w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Izba podzieliła to stanowisko Sądu Okręgowego w Katowicach uznając, że powyższe ma wprost odniesienie do sytuacji niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez odwołanie się przez ustawodawcę w art. 2 pkt 8 ustawy Pzp do ustawy Prawo budowlane. Natomiast odnosząc się do przywołanego przez Odwołującego orzeczenia Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu (wyrok z dnia 15 marca 2007r., sygn. akt I SA/Wr 1814/06) Izba stwierdziła, wyrok ten odnosi się do szczególnej kwestii związanej z opodatkowaniem podatkiem od nieruchomości podziemnego wyrobiska górniczego. W tym zakresie faktycznie Sąd Administracyjny uznał, że wyrobisko górnicze jest specyficznym obiektem budowlanym i podlega we wskazanym zakresie opodatkowaniu. Niemniej orzeczenie to zostało wydane w zupełnie innym kontekście prawnym i faktycznym aniżeli orzeczenie Sądu Okręgowego w Katowicach, stąd też Izba uznała, że orzeczenie Sądu Administracyjnego nie może mieć żadnego odniesienia nawet analogicznie do niniejszej sprawy.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, iż sam Zamawiający w postanowieniach SIWZ posługiwał się określeniami charakterystycznymi dla robót budowlanych, co mogło być mylące dla wykonawców, Izba uznała, że powyższe nie może być uznane za naruszenie przepisów ustawy Pzp. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w sposób jasny określił, że przedmiot zamówienia został zakwalifikowany do usług, pod pozycją 27, co daje wykonawcom jasność w tym zakresie. Za niezasadne i bezprzedmiotowe wobec regulacji ustawy Pzp, odwołującej się do ustawy Prawo budowlane, która w art. 2 ust. 1 wyłącza z zakresu jej stosowania wyrobiska górnicze, Izba uznała, że również powoływanie się przez Odwołującego na przepisy krajowe dotyczące różnego rodzaju klasyfikacji czy też sprawozdań sporządzanych w oparciu o przepisy o statystyce publicznej.

Izba podkreśliła nadto, iż wykazywane przez Odwołującego naruszenie art. 647 k.c. nie podlegało badaniu przez Izbę, w związku z brzmieniem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, który wskazuje na konieczność wykazania przez Odwołującego swojego interesu we wniesieniu odwołania w zakresie podnoszonych zarzutów związanych z naruszeniem przepisów ustawy, co należy odnosić do naruszenia przepisów ustawy Pzp, a nie jakiejkolwiek innej ustawy.

W świetle powyższych rozważań i ustaleń, wbrew zarzutom Odwołującego, Izba nie stwierdziła błędnej wykładni przepisów ustawy Prawo budowlane. Tym samym Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskazanych w treści odwołania. W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp odwołanie oddalono.

O kosztach postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku postępowania, obciążając nimi Odwołującego.

Od opisanego wyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej skargę do Sądu Okręgowego wniósł wykonawca, ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, zaskarżając go w całości. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono:

I. naruszenie i błędną wykładnię prawa materialnego przez Krajową

Izbę Odwoławczą w zaskarżonym wyroku, w szczególności:

1. naruszenie przepisu art. 2 pkt. 8 i 10 Pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp:

a) poprzez przyjęcie za właściwe określenie w pkt. II. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu, iż przedmiotem zamówienia są usługi oraz stosowanie do postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego przepisów dotyczących usług w tym także kryteriów progowych dotyczących usług

mimo, iż prawidłowo ustalonym przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie wydobycia i produkcji - roboty budowlane dla górnictwa (CPV 45254100-3 lub CPV 45255500, jak określił Zamawiający);

b) poprzez niedopatrzenie się sprzeczności w określeniu przedmiotu zamówienia pomimo tego, iż w pkt II. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu wskazuje się, iż przedmiot zamówienia stanowią usługi, a w pkt II. 1.6 ogłoszenia o zamówieniu - roboty budowlane;

2. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez przyjęcie, iż kwalifikacja prawna przedmiotu zamówienia jako robót budowlanych jest prawidłowa, co wyłącza uprawnienia przysługujące wykonawcom na podstawie przepisów prawa powszechnie obowiązującego związane z realizacją robót budowlanych, czego skutkiem jest dyskryminacja wykonawców oferujących realizację zamówienia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (wyłącznie w jednym kraju Wspólnoty Europejskiej);

3. błędną wykładnię przepisu art. 2 ust. 1 i art. 3 pkt. 6 i 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. - Prawo budowlane (Dz.U. z 2006r., nr 156, poz. 1118, z późn. zm.),

w zw. z art. 2 pkt. 8 i 10 Pzp poprzez uznanie, iż wyłączenie zastosowania ustawy Prawo budowlane do wyrobisk górniczych odbiera pracom obejmującym „wykonanie głównych wyrobisk przygotowawczych" charakter robót budowlanych w rozumieniu przepisów tej ustawy i art. 647 i nast. k.c., pomimo, że prace objęte ich zakresem są kwalifikowane jako roboty budowlane we Wspólnym Słowniku Zamówień (Rozporządzenie (WE) Nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady Dz.U.Ue.L.02.340.1, Dz.U.Ue-Sp.06-5-3, w przepisach Dyrektyw nr 2004/17/WE i 2004/18/WE oraz w powszechnie obowiązujących przepisach prawa krajowego, a także przez Zamawiającego w pkt. II. 1.6 ogłoszenia o zamówieniu;

4. naruszenie art. 6 oraz art. 5 ust. 2 Pzp (przy usługach nieprioritetowych), które to przepisy nakazują stosować przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy;

5. naruszenie art. 11 ust.8 Pzp i § 1 Rozporządzenia wykonawczego Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz.U. z 2009r., nr. 224, poz. 1795) oraz art. 12a ust.2, art. 19, art.26, art.36 ust.3, art.38, art.40, art.43, art.45, art.49, art.50, art. 85, art.94, art. 180, art. 182 i art. 133 Pzp, w związku z wadliwą kwalifikacją przedmiotu zamówienia do usług i innych wartościowo progów zamówienia;

6. wyłączenie ochrony prawnej Zamawiającego i Wykonawcy zapewnionej bezwzględnie obowiązującymi przepisami kodeksu cywilnego dotyczącymi np. rękojmi oraz gwarancji zapłaty (w tym art. 647 i nast. k.c.) - wskutek odebrania robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. „wykonania głównych wyrobisk przygotowawczych" charakteru robót budowlanych;

7. dokonanie kwalifikacji przedmiotu zamówienia sprzecznie z jednoznacznym brzmieniem przepisów prawa wspólnotowego, a to:

a) art. 1 ust. 2 b i d Dyrektywy 2004/17/WE, definiujących pojęcia zamówień na

roboty budowlane, dostawy i usługi;

b) art. 9 ust. 1 Dyrektywy 2004/17/WE, wskazującego, iż zamówienie obejmujące

kilka rodzajów działalności podlega zasadom dotyczącym działalności, która stanowi działalność główną;

c) art. 16 Dyrektywy 2004/17/WE określającego progi zamówień;

d) załącznika XII do Dyrektywy 2004/17/WE, gdzie do działu robót budowlanych zalicza się roboty z działu 45 Budownictwo, klasa 25 - pozostałe specjalistyczne roboty budowlane (nomenklatura NACE); w tej klasie mieści się także kod 45255500, wymieniony w Rozporządzeniu WE nr 2195/2002 w sprawie Wspólnotowego Słownika Zamówień (CPV), zgodnie z zał. nr 4 Tabeli Zbieżności CPV i NACE;

e) załącznika XVIIA i załącznika XVIIB Dyrektywy 2004/17/W, które nie obejmują w swej treści wykonywania robót budowlanych oznaczonych kodem CPV 45255500-4;

8. niezastosowanie bezpośrednio powołanych wyżej przepisów prawa europejskiego, w razie uznania wadliwości implementacji Dyrektyw do krajowego porządku prawnego, których skutkiem jest diametralnie odmienne uregulowanie statusu zamówień dotyczących robót w wyrobiskach górniczych, w stosunku do regulacji prawa UE (zgodnie z orzecznictwem ETS przywołanym w uzasadnieniu);

II. naruszenie przepisów proceduralnych, w szczególności art. 196 Pzp, poprzez nie rozważenie i nie odniesienie się w ogóle w uzasadnieniu orzeczenia do wielu zarzutów Odwołującego, wyspecyfikowanych szczegółowo we wstępnej części uzasadnienia i opisanych w uzasadnieniu.

Wskazując na powyższe uchybienia, skarżący wniósł o:

A. uchylenie zaskarżonego orzeczenia KIO lub

B. zmianę zaskarżonego orzeczenia KIO, w tym w szczególności:

1. zmianę pkt II. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu, poprzez ustalenie, iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie roboty budowlanej (CPV 45254100-3: roboty w zakresie wydobycia i produkcji - roboty budowlane dla górnictwa lub CPV

45255500-4 roboty wiertnicze i górnicze);

2. zmianę Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w związku z

okolicznością, iż przedmiotem zamówienia są roboty budowlane dla górnictwa (CPV 45254100-3: roboty w zakresie wydobycia i produkcji lub CPV 45255500-4 roboty wiertnicze i górnicze), a nie usługi, w następującym zakresie:

- zmianę rozdziału I pkt 1.1 ppkt 3.1 SIWZ - poprzez ustalenie, iż przedmiotem zamówienia są roboty budowlane (CPV 45254100-3: roboty w zakresie wydobycia i produkcji);

- zmianę rozdziału I pkt 1.1 pkt 6.1.1 SIWZ - poprzez zastąpienie zwrotu *„wykonywanych usług”* zwrotem *„wykonywanych robót budowlanych";*

- zmianę rozdziału I pkt 1.1 ppkt 6.1.1 SIWZ - poprzez zastąpienie zwrotu *„dokumentu potwierdzającego, iż te usługi zostały wykonane"* zwrotem *„dokumentu potwierdzającego, iż te roboty budowlane zostały wykonane”',*

- zmianę rozdziału I pkt 1.1 pkt 6.1.2 SIWZ - poprzez zastąpienie zwrotu *„za świadczenie usług"* zwrotem *„za wykonywanie robót budowlanych";*

- zmianę rozdziału I pkt 1.1. pkt 6.1.5 SIWZ - poprzez zastąpienie zwrotu

"dostępnych wykonawcy usług" zwrotem *„dostępnych wykonawcy robót budowlanych ”;*

- zmianę rozdziału III pkt 4 - poprzez zastąpienie zwrotu *„załącznik nr* 4 - *wykaz wykonanych usług"* zwrotem *„załącznik nr* 4 - *wykaz wykonanych robót budowlanych ”;*

- zmianę tytułu załącznika nr 4 do SIWZ - poprzez zastąpienie zwrotu *„ Wykaz wykonanych* w *okresie ostatnich* 3 *lat usług drążenia wyrobisk chodnika"* zwrotem *„Wykaz wykonanych* w *okresie ostatnich* 5 *lat robót budowlanych tj. drążenia wyrobisk chodnika";*

- zmianę treści załącznika nr 4 do SIWZ - poprzez zastąpienie zwrotu *„potwierdzające, że te usługi zostały wykonane należycie”* zwrotem *„potwierdzające, że te roboty budowlane zostały wykonane należycie*

C. zasądzenie od uczestnika postępowania na rzecz skarżącej kosztów niniejszego postępowania oraz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

D. Ewentualnie wystąpienie przez Sąd na podstawie art. 267 TWUE do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z pytaniem prawnym, mającym na celu wyjaśnienie wątpliwości w kwestii wykładni zwrotu *„inne usługi”,* o którym mowa w pkt. 27 załącznika XVIIB do Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004r., koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych w zw. z art. 1 ust. 2 b tej Dyrektywy, w świetle którego zamówienia publiczne na roboty budowlane oznaczają zamówienia publiczne, których przedmiotem jest wykonanie lub zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie robót budowlanych związanych z jednym z rodzajów działalności w rozumieniu załącznika XII lub dzieło lub realizacja za pomocą dowolnych metod dzieła spełniającego wymagania określone przez podmiot zamawiający. „Dzieło” oznacza wynik robót budowlanych lub inżynieryjnych, traktowanych jako całość, które może samodzielnie spełniać określoną funkcję ekonomiczną lub techniczną.

W odpowiedzi na zarzuty skargi, Zamawiający wniósł ojej oddalenie w całości jako bezzasadnej oraz zasądzenie kosztów postępowania.

Zdaniem Zamawiającego, nie może budzić żadnych wątpliwości, iż w świetle brzmienia art. 2 ust. 1 ustawy - Prawo budowlane Zamawiający dokonał prawidłowej klasyfikacji przedmiotu niniejszego zamówienia publicznego jako usługi, a nie jako robót budowlanych. Powyższe jako jasne i oczywiste nie wymaga odwoływania się do reguł pozajęzykowych wykładni przepisów prawa, które bezpodstawnie stosuje skarżący. Zamawiający podkreślił, iż przyjęcie stanowiska skarżącego, jakoby wyrobiska górnicze należało traktować jako roboty budowlane w rozumieniu przepisów ustawy - Prawo budowlane, doprowadziłoby do zaprzeczenia przyjętym przez ustawodawcę założeniom w tym zakresie, tj. odrębnego i autonomicznego potraktowania wyrobisk górniczych. Zamawiający podzielił nadto stanowisko

Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie kwestii regulacji dyrektywowych.

Zamawiający podniósł również, iż zakwalifikowanie wyrobisk górniczych jako robót budowlanych wymagałoby zażądania od wykonawców w tym zakresie dodatkowych uprawnień, kwalifikacji oraz referencji, co utrudniłoby zdaniem Zamawiającego w sposób znaczący uczciwą konkurencję. Swoje stanowisko Zamawiający poparł treścią opinii prawnych: z 6 grudnia 2010 r., sporządzonej przez prof. dr hab. Aleksandra Lipińskiego z Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach oraz z 3 grudnia 2010r., sporządzonej przez prof. dr hab. Janusza Strzępkę, a także powołał

się na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 10 grudnia 2010r., sygn. akt XIII GC 253/10/IW. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że w innych prowadzonych przez niego postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego (np. ogłoszenie o zamówieniu z 24 września 2010r., nr 2010/S186-284345), jak również w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonych przez innych zamawiających (ogłoszenie z 201 lr. nr 2011/S60-097584 i nr 2011/S68-1 11137) dokonano kwalifikacji wyrobisk górniczych jako usług, a nie robót budowlanych na gruncie ustawy Pzp. Zamawiający podniósł wreszcie, iż bezpodstawne jest powoływanie się przez Skarżącego na orzecznictwo sądów administracyjnych, albowiem zagadnienia tam zawarte dotyczą prawa podatkowe i może mieć ono zastosowanie jedynie na gruncie prawa podatkowego.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Na wstępie należy wskazać, iż Sąd Okręgowy rozpoznał jedynie te zarzuty, które uprzednio były przedmiotem odwołania, bowiem zgodnie z art,198d ustawy Prawo Zamówień Publicznych w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi rozpoznając skargę nie można rozszerzać żądania odwołania ani występować z nowym żądaniem.

Skarga odwołującego podlega oddaleniu, bowiem wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jest trafny i odpowiada prawu.

Nie zachodzi zarzucane w skardze naruszenie prawa, a to art.2 pkt.8 i 10 ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz art.29 ust.l i 2 Pzp, art.7 ust.l Pzp, art.6 oraz art.5 ust.2 Pzp, błędna wykładnia przepisu art.2 ust.l i art.3 pkt.6 i 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. nr 156 z 2006 r. t.j. z późn. zm.) w związku z art.6 pkt.8 i 10 Pzp, naruszenie art.ll ust.8 Pzp i §1 Rozporządzenia wykonawczego Prezesa Rady Ministrów z dnia 23.12.2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowych Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. 2009 r. nr 224 poz.1795) oraz art.l2a ust.2, art.19, art.26, art.36 ust.3, art.38, art.40, art.43, art.45, art.49, art.50, art.85, art.94, art. 180, art. 182 i art. 133 Pzp.

Nie zachodzi też wyłączenie ochrony prawnej zamawiającego i wykonawcy zapewnionej bezwzględnie obowiązującymi przepisami kodeksu cywilnego, a także dokonanie kwalifikacji przedmiotu zamówienia sprzecznie z jednoznacznym brzmieniem przepisów prawa wspólnotowego tj. art.l ust.2b i d, art.9 ust.l, art. 16 Dyrektywy 2004/17/WE załącznika XII tej dyrektywy, załącznika XVII A i XVII B Dyrektywy 2004/17/WE, nie zastosowanie tych przepisów prawa europejskiego, a także naruszenie przepisów proceduralnych w szczególności art. 196 Pzp.

Bezspornym jest, że zamawiający - Katowicki Holding Węglowy ogłosił przetarg nieograniczony sektorowy na wykonanie głównych wyrobisk przygotowawczych w pokładzie 501 w polu S wraz z rozcięciem ściany I a - S dla KHW SA KWK Murcki - Staszic.

Zamawiający wskazał kod CPV 45255500-4 - roboty górnicze i wiertnicze, kategoria usług - 27, a ponadto w ogłoszeniu o zamówieniu sektorowym wskazał jako podstawę prawną - Prawo geologiczne i górnicze.

Skarżący stał na stanowisku, iż podany przez zamawiającego kod CPV wskazuje, iż przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, a więc zakwalifikowanie zamówienia do kategorii „usług" jest błędne. Ponadto jednoznacznie podnosił w odwołaniu, iż zamawiający winien był zastosować kod CPV 45254100-3 a nie kod CPV 45255500-4.

Ustawa Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223 poz. 1655 z późn. zm.) definiuje w art.2 trzy rodzaje umów: umowę dostawy, umowę o roboty

budowlane i usługi.

Definicja roboty budowlanej w ustawie Pzp odsyła do odpowiedniej regulacji Prawa budowlanego (ustawa z dnia 7.07.1994 r. - tj. Dz. U. z 2006 r. nr 156 poz.1118 z późn. zm.) przy czym na gruncie ustawy Pzp roboty budowlane obejmują - wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, czyli budowa a także praca polegająca na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego (pkt.7 art.3 Prawo budowlane), zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych oraz realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków przez osobę trzecią, zgodnie z wymogami określonymi przez zamawiającego - w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Oznacza to, że zakwalifikowanie przedmiotu danego zamówienia do robót budowlanych możliwe jest tylko wtedy, gdy podlega ono reżimowi ustawy Prawo budowlane.

W art.2 ust. 1 ustawa Prawo budowlane wprost wskazuje, iż nie stosuje się jej postanowień do wyrobisk górniczych.

Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (tj. Dz. U. z 2005 r. nr 208 poz.1947 z późn. zm.) w art.6 pkt. 10 zawiera definicję wyrobiska górniczego, którym jest przestrzeń w nieruchomości gruntowej lub w górotworze powstała w wyniku robót górniczych, natomiast roboty górnicze definiuje jako wykonywanie, zabezpieczanie lub likwidowanie wyrobisk górniczych w związku z działalnością regulowaną ustawą - art.6 pkt.1 ustawy Prawo geologiczne i górnicze. Nie ma więc racji skarżący, iż roboty górnicze są tożsame z robotami budowlanymi. Roboty górnicze są odrębną, specyficzną kategorią robót; ściśle są związane z wyrobiskiem górniczym tym bardziej, że art.57 ustawy Prawo geologiczne i górnicze stanowi, że do projektowania, budowy, utrzymania i rozbiórki obiektów budowlanych zakładu górniczego stosuje się przepisy prawa budowlanego, przy czym obiektami budowlanymi zakładu górniczego są obiekty budowlane w rozumieniu prawa budowlanego zlokalizowane w całości na powierzchni ziemi służące do bezpośredniego wydobywania kopaliny ze złoża.

Skarżący wywodził, iż wyrobisko górnicze należy kwalifikować jako obiekt budowlany w rozumieniu prawa budowlanego, co zostało potwierdzone wyrokiem NSA z dnia 3 lutego 2006 r. II FSK 656/2005, wyrokiem NSA z dnia 29 stycznia 2009 r. II FSK 1407/2007, a także wyrokiem WSA we Wrocławiu z dnia 15 marca 2007 r. I SA 1814/06, WSA we Wrocławiu z dnia 15 marca 2007 r. I SA /WP/1814/06, wyrokiem NSA z 3 lutego 2006 r. II FSK 656/2005. Uzasadnia to zdaniem skarżącego przyjęcie, iż mimo wyłączenia wyrobiska górniczego spod reżimu ustawy Prawo budowlane - roboty górnicze nie tracą charakteru robót budowlanych. Poglądu tego Sąd Okręgowy w niniejszym składzie nie podziela.

Pomijając, iż prezentowany pogląd co do zakwalifikowania wyrobiska górniczego do obiektu budowlanego wcale nie jest jednolity i nie oceniając w żadnym przypadku prawidłowości w/w orzeczeń, to podkreślić jednak należy, że takie zakwalifikowanie wyrobiska dokonane zostało na potrzeby przepisów podatkowych i nie dotyczyło wyrobiska jako jednorodnego obiektu, lecz jako budowli składającej się z poszczególnych obiektów (urządzeń) funkcjonalnie ze sobą powiązanych tj. szybów, sztolni, linii energetycznych itp. służących wydobywaniu kopalin. Wskazane obiekty i urządzenia stanowią część składową wyrobiska górniczego służącego prowadzeniu działalności gospodarczej i właśnie od tych obiektów (urządzeń) jest naliczany stosowny podatek. Jedynie dla porządku należy podać, iż Aleksander Lipiński w artykule „Podziemne wyrobisko górnicze jako przedmiot podatku od nieruchomości w świetle orzecznictwa sądowoadministracyjnego" (publ. PUG 2009.8.11) wskazał, że próba wykładni zakładającej, że wyrobiska górnicze czy też znajdujące się w nich „budowle" (w tym „urządzenia budowlane") miałyby stanowić przedmiot podatku od nieruchomości jest rażąco błędną. Wyznaczenie zakresu obowiązku podatkowego w oparciu o wyjątkowo niejasną i obarczoną błędem logicznym definicję „budowli" ocenia jako urągającą zasadom demokratycznego państwa prawnego w tym wynikającego z nich nakazu redagowania tekstów aktów normatywnych w sposób zgodny z zasadami „przyzwoitej legislacji" (art.2

Konstytucji).

Jest też oczywiście pogląd odmienny, a mianowicie B. Pohl w artykule opubl. w FK 2009/12/45 uważa, że wyłączenie wyrobisk górniczych, a dokładniej budowli w nich usytuowanych z zakresu prawa budowlanego nie świadczy o tym, iż nie są one obiektami budowlanymi. Konsekwencją tego zapisu jest to, że stosuje się do nich inne przepisy niż ustawy Prawo budowlane. Zapis ten potwierdza również, że obiekty usytuowane w wyrobiskach górniczych są obiektami w świetle ustawy Prawo budowlane, a więc może być pobierany stosowny podatek.

Zatem powyższa kwalifikacja wyrobiska górniczego jako budowli jest nieprzydatna dla celów niniejszego postępowania, a przede wszystkim nie determinuje uznania, że roboty górnicze są robotami budowlanymi.

Zamawiający prawidłowo więc zastosował kod zamówienia CPV 45255500-4. Celem Wspólnego Słownika Zamówień Publicznych było ujednolicenie systemu klasyfikacji dla zamówień publicznych odniesień stosowanych wprost przez instytucje i podmioty zamawiające celem dokonania opisu przedmiotu zamówienia. Kody wskazane we Wspólnym Słowniku Zamówień mają nie tylko ułatwić klasyfikację statystyczną, ale przede wszystkim zapewnić jak największy stopień precyzji w opisie przedmiotu zamówienia.

Podany kod CPV 45255500-4 - oznacza roboty górnicze i wiertnicze, a więc jednoznacznie określa przedmiot zamówienia. Nie ma żadnych podstaw, aby pojęcie „roboty górnicze" w rozumieniu ustawy Prawo geologiczne i górnicze oraz „roboty górnicze" w opisie kodu CPV 45255500-4 traktować, definiować odmiennie tzn., aby „roboty górnicze" w opisie kodu CPV obejmowało inne czynności niż wynikające z definicji ustawy Prawo geologiczne i górnicze. Uznać więc należy, że „roboty górnicze" w rozumieniu cyt. ustawy i Wspólnego Słownika Zamówień są pojęciem tożsamym. Twierdzenie skarżącego, iż właściwym kodem dla przedmiotu niniejszego zamówienia jest CPV 45254100-3 - roboty budowlane dla górnictwa, w tym stanie rzeczy - nie jest zasadne.

Nie można również zgodzić się ze skarżącym, iż przy niniejszym postępowaniu zostało naruszone prawo unijne, a w szczególności Dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31.03.2004 r.

Przede wszystkim Dyrektywy - wydawane przez Radę i Komisję - w przeciwieństwie do rozporządzeń - nie są aktem normatywnym. Wiążą one wprawdzie państwa, pod których adresem są kierowane w zakresie celów jakie mają być osiągnięte, lecz państwa mają swobodę ich realizacji. W celu zapewnienia wykonania dyrektyw państwo może przyjąć określony akt ustawodawczy lub może być wydana odpowiednia decyzja administracyjna. Dyrektywy są tylko pośrednio źródłem prawa krajowego. Wskutek tego, prawa i obowiązki podmiotów prawa wewnętrznego nie wynikają z samych dyrektyw lecz z aktów prawa krajowego.

Zdaniem Trybunału Europejskiego jednak przy realizacji Dyrektyw państwa powinny sięgać po takie formy i środki jakie najlepiej się do tego nadają. Oczywiście Dyrektywy nie mogą być modyfikowane przez państwa członkowskie w ustawodawstwie wewnętrznym.

W wyroku z dnia 13.11.1990 r. (sprawa C - 106/89) Trybunał zwrócił uwagę, że państwa członkowskie zobowiązane są do podejmowania wszelkich środków o charakterze ogólnym lub szczególnym dla zapewnienia celu wynikającego z Dyrektywy. Sąd krajowy, który rozpoznaje sprawę z dziedziny objętej zakresem stosowania Dyrektywy musi interpretować prawo Krajowe przy uwzględnieniu brzmienia i celu Dyrektyw. Przeniesienie Dyrektywy do prawa wewnętrznego nie wymaga postanowienia, by Dyrektywy zostały dosłownie powtórzone w przepisach prawa wewnętrznego. Wystarczy ogólny kontekst prawny, jeżeli należycie zapewni pełne zastosowanie Dyrektywy w sposób jasny i precyzyjny. Orzecznictwo ETS-u uzależnia też bezpośredni skutek Dyrektywy od tego, czy przepisy Dyrektywy z punktu widzenia ich treści wydają się bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne.

Przenosząc te rozważania na grunt niniejszej ustawy, to wskazać należy, że regulacje zawarte w Dyrektywach - 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych oraz 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi znajdują odzwierciedlenie w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Skarżący z uwagi na niezakwalifikowanie przedmiotu zamówienia do robót budowlanych zarzucał naruszenie prawa unijnego, a w szczególności naruszenie w/w Dyrektyw. Pogląd ten jest błędny. W części wstępnej (w preambule) w pkt. 16 Dyrektywa 2004/17/WE stanowi, że zamówienie może zostać uznane za roboty budowlane tylko, jeżeli jego przedmiot obejmuje jednoznacznie wykonanie czynności wymienionych w załączniku XII nawet jeżeli zamówienie obejmuje również świadczenie innych usług niezbędnych do wykonania tych czynności.

Pkt.29 preambuły Dyrektywy 2004/17/WE stanowi, że zamówienia mogą być udzielane w celu spełnienia wymagań związanych z różnymi rodzajami działalności podlegającymi ewentualnie różnym reżimom prawnym. Należy wyjaśnić, że reżim prawny obowiązujący w przypadku pojedynczego zamówienia, które ma obejmować szereg różnych czynności, powinien podlegać zasadom dotyczącym głównej planowanej działalności.

Określenie działalności stanowiącej główny przedmiot zamówienia będzie mogło być oparte na analizie wymagań, jakie powinno spełniać określone zamówienie, przeprowadzonej przez podmiot zamawiający w celu określenia wartości zamówienia i sporządzenia specyfikacji zamówienia.

Z kolei zgodnie z definicją zamieszczoną w art.l ust.2 pkt.b Dyrektywy „Zamówienia na roboty budowlane" oznaczają zamówienia, których przedmiotem jest wykonanie lub zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie robót budowlanych związanych z jednym z rodzajów działalności w rozumieniu załącznika XII, lub dzieło, lub realizacja za pomocą dowolnych metod dzieła spełniającego wymagania określone przez podmiot zamawiający. „Dzieło" oznacza wynik robót budowlanych lub inżynieryjnych, traktowanych jako całość, które może samodzielnie spełniać określoną funkcję ekonomiczną i techniczną.

Odnośnie kodu CPV - należy prawidłowość jego zastosowania oceniać przez pryzmat konkretnego, zindywidualizowanego zamówienia. Cztery pierwsze cyfry tj. dział, kategoria, klasa są oznaczeniem ogólnym, które częściowo są rozpatrywane wspólnie. Dopiero następne cyfry służą zwiększeniu precyzji opisu, a w całości określają właściwe sformułowanie.

W załączniku XII do Dyrektywy 2004/17/WE doprecyzowano klasę „pozostałych specjalistycznych robót budowlanych".

W szczególności w załączniku nr XII w dziale 45 grupie 45.2 klasie 45.25 „Pozostałe specjalistyczne roboty budowlane" wskazane są dwa kody CPV 45250000 - roboty w zakresie instalowania, wydobycia, produkcji oraz budowy obiektów budowlanych przemysłu naftowego i górniczego oraz 42262000 - specjalistyczne roboty budowlane inne niż dachowe. Załącznik ten jednoznacznie precyzuje, że klasa ta obejmuje - specjalistyczne prace budowlane związane z jednym z aspektów wspólnych różnym rodzajom budowli wymagających specjalistycznych umiejętności lub sprzętu - fundamentowanie, w tym także wbijanie pali - wiercenie i budowa studni wodnych, głębienie szybów - wznoszenie elementów stalowych innych niż własnej produkcji, - gięcie stali, - roboty murarskie i kamieniarskie, - wznoszenie i demontaż rusztowań i platform, - wznoszenie kominów i pieców. Klasa ta nie obejmuje: wynajmu rusztować bez usług wznoszenia i demontażu. Zatem w świetle tego zapisu roboty wiertnicze i górnicze nie mieszczą się w tej klasie, bowiem nie są związane z żadnym z aspektów w ujęciu załącznika XII do w/w Dyrektywy 2004/17/2004. Brak jest więc podstaw do przyjęcie, że roboty górnicze są robotami budowlanymi, a konsekwencją tego jest ich zakwalifikowanie do usług - 27 (załącznik

nr XVII b do Dyrektywy 2004/18/WE) oraz rozporządzenie.

Jak wyżej wskazano zamówienie może zostać uznane za zamówienie na roboty budowlane tylko, jeżeli jego przedmiot obejmuje jednoznaczne wykonanie czynności wymienionych w załączniku XII. Oznacza to, że interpretacja rozszerzająca zapisów załącznika XII nie jest dopuszczalna. Natomiast jeżeli chodzi o załącznik 4 Tabeli zbieżności CPV i NACE to jest to przyrównanie systemu Klasyfikacji CPV do Klasyfikacji Działalności Gospodarczej we Wspólnocie Europejskiej (NACE) i absolutnie nie jest samoistnym wyznaczeniem charakteru prawnego przedmiotu zamówienia publicznego.

Niewątpliwie próba ustalenia charakteru prawnego „robót górniczych" nie jest prosta. Są to roboty, które nie są wprost usługami ani wprost robotami budowlanymi. Pogląd prezentowany przez Włodzimierza Dzierżanowskiego (w publikacji w Rzeczypospolitej), iż czynności w zakresie projektowania, budowy, utrzymania i rozbiórki obiektów budowlanych zakładu górniczego - w rozumieniu prawa wspólnotowego są robotami budowlanymi zdefiniowanymi w szczególności jako roboty budowlane dla górnictwa i określone kodem CPV 45254100-3 jest niesporny Jednakże nie wyjaśnia to charakteru prawnego robót górniczych w rozumieniu ustawy Prawo geologiczne i górnicze.

Zdaniem Sądu Okręgowego punktem wyjścia do oceny charakteru prawnego tych robót jest ich definicja czyli wykonywanie, zabezpieczanie lub likwidowanie wyrobisk górniczych oraz definicja wyrobiska przygotowawczego. Wyrobiskiem przygotowawczym wg Wikipedii jest wyrobisko, którego celem jest podział złoża na pola wybierania, stworzenie najkrótszych dróg transportowych i najkrótszej drogi obiegu powietrza.

Przygotowanie tych wyrobisk polega na ich drążeniu. Te roboty przygotowawcze mające na celu podział złoża na dogodne do wybierania odcinki są pracami pośrednimi pomiędzy udostępnieniem i wybieraniem złoża.

Czynnościami zasadniczymi podczas drążenia chodników węglowych są: urabianie, ładowanie urobku, odstawa i obudowa. Czynnościami pomocniczymi: transport materiałów, przewietrzanie, odwodnienie itp. (drążenie wyrobisk przygotowawczych wg opracowania Czesława Zająca).

W świetle powyższego nie można kategorycznie robót górniczych zakwalifikować do robót budowlanych nawet w oparciu o przepisy unijne.

Również powoływanie się przez skarżącego na różne klasyfikacje czy też sprawozdania, sporządzone w oparciu o przepisy o statystyce publicznej nie może wpływać na zakwalifikowanie przedmiotu zamówienia, którego dotyczy niniejsza sprawa, do robót budowlanych.

Ma rację skarżący, iż Polska Klasyfikacja Działalności ustala symbole, normy i zakres poszczególnych ugrupować klasyfikacyjnych. Jednakże w przypadku podmiotu prowadzącego różne rodzaje działalności w celu zakwalifikowania jednostek do danego poziomu klasyfikacji PKD niezbędne jest określenie działalności przeważającej. Z kolei Polska Klasyfikacja Obiektów Budowlanych (PKOB) stanowi usystematyzowany wykaz obiektów budowlanych rozumianych jako produkty finalne działalności budowlanej, przy czym obiekty budowlane rozumie jako konstrukcje połączone z gruntem w sposób trwały, wykonane z materiałów budowlanych i elementów składowych będące wynikiem prac budowlanych. PKOB służy potrzebom statystyki działalności budowlanej, sporządzeniu sprawozdań budowlanych, spisów budowli i mieszkań, statystyki cen obiektów budowlanych oraz rachunków narodowych.

Zatem przepisy te nie mają znaczenia dla niniejszego postępowania.

Odnośnie przedłożonych przez skarżącego tłumaczeń zamówień publicznych przez podmioty niemieckie i czeskie, to przedmioty zamówienia nie są tożsame

z przedmiotem niniejszego zamówienia.

Art.29 w ust.l Ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostarczenia dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagane okoliczności mogące uznać wpływ na sporządzenie oferty.

Tak też został opisany przedmiot zamówienia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Został on opisany w sposób nie budzący żadnych wątpliwości; podano, iż chodzi o roboty górnicze i wiertnicze, co określono kodem 45255500-4 ze wskazaniem, że dotyczą głównych wyrobisk przygotowanych w pokładzie 501 w polu S z rozcięciem ściany I a-S precyzując w szczegółowych wymaganiach technicznych zamówienia, iż obejmuje drążenie chodników, przecinki, pochyleń, rozcinki ściany wraz z pracami dodatkowymi, ogółem 3822 mb.

Zamówienie kierowane jest do profesjonalistów mających przecież wiedzę i rozeznanie, w przedmiocie zamówienia, tym bardziej, że skarżący w zakresie swojej działalności wykonuje roboty dla górnictwa.

Nie jest więc trafny zarzut naruszenia art.29 ust.2 i art.7 ustawy Prawo zamówień publicznych przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, skutkiem czego jest dyskryminacja wykonawców oferujących realizację zamówienia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej poprzez wyłączenie uprawnień przysługujących wykonawcom na podstawie przepisów prawa powszechnie obowiązującego związanego z realizacją robót budowlanych.

Zatem dążenie skarżącego do zakwalifikowania robót górniczych, czyli przygotowanie wyrobiska do robót budowlanych celem możliwości skorzystania z dobrodziejstwa art.649^1 k.c. nie mogło odnieść zamierzonego skutku.

Odnośnie zarzutu zaniżenia progów zamówienia poprzez zakwalifikowanie przedmiotu zamówienia do kategorii usług o symbolu 27, to zwrócić należy uwagę, iż jest to zamówienie sektorowe podlegające mniejszym restrykcjom niż zamówienie publiczne, choć zasada równego traktowania oferentów i zasada konkurencyjności nie doznają żadnych ograniczeń.

Zamówienia sektorowe nie tylko podlegają przepisom Rozdziału 5 Ustawy Prawo zamówień publicznych, ale również Dyrektywie potocznie nazywanej Dyrektywą sektorową tj. Dyrektywie z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki i usług pocztowych (Dyrektywa 2004/17/WE).

Sąd Okręgowy nie widzi też potrzeby do wniesienia wniosku do ETS z pytaniem o wykładnię w oparciu o przepis art.296 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE).

Jak wyżej wskazano postanowienia Dyrektywy 2004/17/WE wraz z odpowiednimi zapisami załącznika XII są klarowne i nie wymagają wykładni.

W konsekwencji wyrok KIO uznać należało za trafny, a poczynione ustalenia za prawidłowe i zgodne z prawem.

Skutkowało to oddaleniem skargi po myśli art. 198 f ust.2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych

O kosztach postępowania orzeczono zgodnie z przepisem art. 198 f ust.5 cyt. ustawy.

Na oryginale właściwe podpisy
ZGODNOŚĆ Z OR7G1NJ.ŁEM

ratryOJr Źaoł