

Jaworzno, dnia 12.05.2009

**Wykonawcy zainteresowani udziałem
w postępowaniu o udzielenie
przedmiotowego zamówienia publicznego**

Sprawa 07/2009/EEZP/IZ

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Najem wraz ze świadczeniem usług serwisowych nowego kombajnu ścianowego wraz ze stacją transformatorową, wyłącznikiem i przewodem zasilającym kombajn dla ZG SOBIESKI”*

ROZSTRZYGNĘCIE PROTESTU

Działając na podstawie art. 183 ust. 1 i art. 183 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2007 roku, Nr 223 poz.1655 z późn. zm) dalej zwanej „ustawą”, Zamawiający - Południowy Koncern Węglowy S.A. w Jaworznie niniejszym informuje o rozstrzygnięciu protestu wniesionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Najem wraz ze świadczeniem usług serwisowych nowego kombajnu ścianowego wraz ze stacją transformatorową, wyłącznikiem i przewodem zasilającym kombajn dla ZG SOBIESKI”* przez Wykonawcę – FAMUR Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice- zwanym dalej „Protestującym”, który wpłynął do Zamawiającego w dniu 06.05.2009r.- **Zamawiający oddala protest w całości.**

Uzasadnienie

Protestujący zarzuca naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 oraz art. 29 ust. 2 ustawy. Jednocześnie Protestujący wnosi o:

- a) uwzględnienie protestu;
- b) dokonanie zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez wykreślenie zakwestionowanych zapisów;
ewentualnie
- c) modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający po szczegółowej analizie treści protestu oraz wszystkich czynności dokonanych w toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a w szczególności treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie znalazł podstaw do uwzględnienia żądań zawartych w proteście.

Zdaniem protestującego warunek wykazania się dostawą kombajnów ścianowych na 3,3 kV stanowi naruszenie zapisów ustawy. Zamawiający nie zgadza się z tym poglądem. Fakt, że Protestujący nie jest w stanie spełnić warunków udziału w postępowaniu nie oznacza, że Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Zamawiający zobowiązany jest do takiego ustalenia warunków udziału w postępowaniu, które dopuszczą do postępowania wyłącznie Wykonawców spełniających warunki, a tym samym ograniczenia powstania sytuacji, w której Wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia publicznego lub wykonać go z należytą starannością. **Potwierdza to J. Sadowy w „Warunki stawiane wykonawcom”, Prawo Zamówień Publicznych nr 2/2004.** Podkreślić należy, że wspomniany w proteście nakaz zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców nie może być utożsamiany z nakazem dopuszczenia do udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do wykonania zamówienia w sposób należyty. Identyczne stanowisko potwierdza **M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, w „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz” Zakamycze 2005.** Co więcej, Zamawiający jest zobowiązany opisać warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, że Wykonawcy, którzy nie są zdolni do należytego wykonania zamówienia publicznego, zostaną wykluczeni z postępowania. Niezgodne, zatem z art. 22 ust. 1 ustawy będzie takie opisanie warunków udziału w postępowaniu, które nie pozwoli Zamawiającemu zweryfikować posiadania przez Wykonawców wymaganych uprawnień czy też niezbędnego do należytego wykonania zamówienia publicznego potencjału technicznego, kadrowego, finansowego oraz wiedzy i doświadczenia, co potwierdza Skład Orzekający w **Wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 5 lipca 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1909/06) oraz por. Rzeczpospolita z dnia 10 lipca 2006 roku.**

Ponadto należy uznać, iż fakt niemożności spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Protestującego, nie oznacza, że zostały złamane zasady określone w ustawie, ponieważ na rynku jest wielu potencjalnych Wykonawców, którzy są w stanie spełnić postawione przez Zamawiającego warunki. Zamawiający aktualnie eksploatuje trzy kombajny na napięcie 3,3 kV trzech różnych producentów. Zgodnie z utrwalonym w tym zakresie orzecznictwem zarówno Krajowej Izby Odwoławczej jak i Sądów Okręgowych, Zamawiający ma

pełne prawo żądać, aby Wykonawca wykazał się realizacją kombajnów odpowiadających swym rodzajem przedmiotowi zamówienia. Argumentacja, że takie sformułowanie wyłącza podmioty z udziału w postępowaniu w szerszym zakresie, niż to przewidział ustawodawca, a zatem w sposób sprzeczny z ustawą jest w ocenie sądów chybiona. Podkreślić należy, że zaostrzenie wymagań, co do kwalifikacji, wiedzy i doświadczenia Wykonawców powinno być adekwatne do przedmiotu zamówienia. Zapis ten w żaden sposób nie ogranicza potencjalnych Wykonawców. Wręcz przeciwnie, działanie takie odnosi się do wszystkich potencjalnych Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w jednakowym stopniu. Dowód prawidłowości tego toku myślenia dali Sędziowie w **Wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 08 sierpnia 2005 r. (sygn. akt III Ca 642/05)**.

Ponadto jednym z najważniejszych zagadnień związanych z korzystaniem ze środków ochrony prawnej jest pojęcie interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, w którym to doznanie lub możliwość doznania uszczerbku warunkuje możliwość skutecznego wnoszenia protestu i innych środków prawnych określonych w ustawie. Istnienie interesu prawnego powinno być udowodnione a nie tylko uprawdopodobnione, co potwierdza **Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 16 czerwca 2005 r. (sygn. akt II Ca 327/05)**. Protestujący nie wykazał w proteście, że jego interes prawny w przedmiotowym postępowaniu doznał uszczerbku.

W niniejszej sprawie istotne znaczenie ma czy interes prawny Protestującego doznał lub mógł doznać uszczerbku. Jest to warunek *sine qua non* wnoszenia zaskarżenia. Tylko Wykonawcy, uczestnicy konkursu oraz inne osoby wskazane w ustawie, które wykazą doznanie uszczerbku w interesie prawnym lub możliwość doznania takowego uszczerbku są uprawnione do złożenia protestu i odwołania. Przesłanka ta winna być wykazana już w proteście i nie podlega domniemaniu, co potwierdza **wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 8 sierpnia 2006 roku (sygn. akt UZP/ZO/0-2242/06)**. W niniejszej sprawie Protestujący nie wykazał przedmiotowej przesłanki.

Potwierdzeniem ustalenia zgodnie z prawem warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu jest **wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 03 stycznia 2007 roku (sygn. akt UZP/ZO/0-3019/06)**. W powyższym postępowaniu przed Zespołem Arbitrów Odwołującym był -Wykonawca FAMUR z Katowic, a spór dotyczył analogicznej sytuacji, jak w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. W uzasadnieniu wyroku można przeczytać: „*Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali się zrealizowaniem dostaw co najmniej dwóch kombajnów ścianowych na napięcie zasilania 3,3 kV w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.*”

Na potwierdzenie spełnienia tego warunku należało załączyć do oferty stosowny wykaz wykonanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zamówienia te zostały wykonane należycie. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie. Prawem, a zarazem obowiązkiem Zamawiającego jest takie opisanie (skonkretyzowanie) powyższego warunku, by możliwa była rzetelna weryfikacja jego spełnienia przez wykonawców. Sposób skonkretyzowania wspomnianego warunku przez Zamawiającego jest, zdaniem Zespołu Arbitrów, adekwatny do stopnia złożoności i technicznego zaawansowania przedmiotu zamówienia. Brak jest uzasadnionych podstaw do uznania, że postawiony przez Zamawiającego wymóg realizacji co najmniej dwóch dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia jest nadmiernie wygórowany lub naruszający zasadę uczciwej konkurencji. Należy podkreślić, że z mocy art. 6 k.c. w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, to na Odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności, z których wywodzi skutki prawne. Odwołujący nie przedstawił w ocenie Zespołu Arbitrów, przekonujących argumentów, mogących uzasadniać tezę o naruszenie przez Zamawiającego w przedmiotowym postanowieniu SIWZ zasady uczciwej konkurencji.”.

Opierając się na argumentacji przytoczonej powyżej Zamawiający rozstrzyga protest jak na wstępie.

POUCZENIE

Zgodnie z art. 184 ust. 1 i ust. 2 Ustawy prawo zamówień publicznych- od powyższego rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 10 dni od doręczenia niniejszego rozstrzygnięcia, jednocześnie przekazując kopię treści odwołania Zamawiającemu.