

Jaworzno, dnia 10.07.2009r.

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

Sprawa 23/2009/EEZP/IZ

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Najem fabrycznie nowego kombajnu ścianowego z wyposażeniem i kompletną, nową instalacją zasilania elektrycznego kombajnu ścianowego wraz z obsługą serwisową gwarancyjną w całym okresie najmu dla potrzeb Południowego Koncernu Węglowego SA - Zakład Górniczy Janina”*

**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 fabrycznie nowego kombajnu ścianowego z wyposażeniem i kompletną, nową instalacją zasilania elektrycznego kombajnu ścianowego wraz z obsługą serwisową gwarancyjną w całym okresie najmu dla potrzeb Południowego Koncernu Węglowego SA - Zakład Górniczy Janina”* przez Wykonawcę – FAMUR Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice- zwanym dalej „Protestującym”, który wpłynął do Zamawiającego w dniu 03.07.2009r.- **Zamawiający:**

1. **Oddala protest** w zakresie zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie części II.C.1 SIWZ, w kierunku wskazanym przez Protestującego.
2. **Uwzględnia protest** w zakresie zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie Załącznika nr 1, pkt VI, ppkt1.21, poprzez wykreślenie zapisu: „Odległość pomiędzy osiami organów urabiających- max. 13 000 mm”.

**Uzasadnienie**

Protestujący zarzuca Zamawiającemu :

1. naruszenie art. 25 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.
2. naruszenie art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.

Jednocześnie Protestujący wnosi o:

1. dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie części II.C.1 SIWZ w kierunku wskazanym przez Protestującego;
2. dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie Załącznika nr 1, pkt VI, pkt 1.21, poprzez wykreślenie zapisu: „Odległość pomiędzy osiami organów urabiających – max. 13.000mm”

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 zawartych powyżej w punkcie nr 1.

Protestujący zakwestionował stanowisko Zamawiającego wyrażone w części II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia tj. „Opis warunków udziału w postępowaniu”, pkt. C.1. w którym Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu:

*„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykażą się w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, należytą realizacją dostaw:*

- *Dla części nr 1 zamówienia- kombajnów ścianowych na napięcie 3,3 kV o łącznej wartości netto nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł.*
- *Dla części nr 2 zamówienia- instalacji zasilającej na napięcie 3,3 kV o łącznej wartości netto nie mniejszej niż 1 500 000,00 zł”*,

stwierdzając, iż zapis ten stanowi naruszenie zapisów ustawy.

Protestujący w swoim uzasadnieniu powołując się na art. 25 ust. 1 ( w związku z art. 7 ust. 1) ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że Zamawiający winien określić wartość dostaw na poziomie nie wyższym, niż wartość dostaw stanowiących przedmiot zamówienia tj.:

- Dla części nr 1 zamówienia- kombajnów ścianowych na napięcie 3,3 kV o łącznej wartości netto nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł.
- Dla części nr 2 zamówienia- instalacji zasilającej na napięcie 3,3 kV o łącznej wartości netto nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł.

Zamawiający nie zgadza się z poglądem Protestującego jakoby powyższy zapis stanowił naruszenie zapisów ustawy. Przytoczone przez Protestującego art. 25 ust.1 oraz art. 7 ust.1 mówią jedynie o prawie Zamawiającego do żądania od Wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania oraz obowiązku Zamawiającego

co do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

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 dopuszczają 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.**

Zamawiający jest zobowiązany opisać warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, że Wykonawcy, którzy nie są zdatni 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.**

Co więcej, zgodnie z zapisami art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia winni posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie. Zapis cytowanego artykułu ustawy nie zabrania Zamawiającemu żądania wykazania doświadczenia przez Wykonawcę na poziomie przewyższającym wartość usług zamawianych w konkretnym przetargu. Zamawiający ma prawo żądania od Wykonawcy doświadczenia technicznego na odpowiednim poziomie, gwarantującym że Wykonawca okaże się należyłą praktyką i ugruntowanym doświadczeniem w zakresie realizacji konkretnego zadania. Jednocześnie, zgodnie z §1 ust.2 pkt. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawców, Zamawiającemu przysługuje

uprawnienie do żądania wykazania doświadczenia w wykonaniu określonej ilości usług o określonej wartości (nie koniecznie na poziomie minimalnym). **Dowód prawidłowości tego toku myślenia dał Zespół Arbitrów w Wyroku z dn. 20.07.2007 roku (sygnatura akt UZP/ZO/0-856/07; UZP/ZO/0-872/07).**

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. Wartości określone w SIWZ w zakresie części II.C.1 zostały ustalone na poziomie adekwatnym do świadczenia przez Wykonawców usług w zakresie najmu około 2 szt. kombajnów (zasilanych napięciem 3,3 kV) w okresie ostatnich trzech lat. Przytoczony powyżej warunek spełniają obecnie na rynku przynajmniej trzech potencjalni Wykonawcy.

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 wykażą 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.

W związku z powyższym protest w zakresie punktu nr 1, jako naruszenie przez Zamawiającego art. 25 ust.1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie zasługuje na uwzględnienie.

Natomiast co do żądań Protestującego w zakresie dokonania zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia Załącznika nr 1 do SIWZ (pkt VI, ppkt1.21), Zamawiający po przeanalizowaniu:

- warunków górnico- geologicznych pokładu, w którym będzie eksploatowany przedmiotowy kombajn ścianowy ( w szczególności jego grubości oraz nachyleń),
- rodzaju i parametrów technicznych urządzeń współpracujących z planowanym do eksploatacji kombajnem ścianowym,
- pozostałych parametrów techniczno- konstrukcyjnych planowanego do eksploatacji kombajnu ścianowego,

uznaje protest za zasadny w tej części i postanawia wykreślić będący przedmiotem protestu zapis o treści „Odległość pomiędzy osiami organów urabiających- max. 13 000 mm” z w/w załącznika .

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.