

WYROK
z dnia 19 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Andrzej Niwicki
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15.01.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Usługowe TOMBOR Celina Toman Jerzy Toman spółka jawna, 40-657 Katowice, ul. Zbożowa 38** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Południowy Koncern Energetyczny S.A., 40-389 Katowice, ul. Lwowska 23** protestu z dnia **20 października 2009 r.**

przy udziale xxx zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie xxx

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Usługowe TOMBOR Celina Toman Jerzy Toman spółka jawna, 40-657 Katowice, ul. Zbożowa 38 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Usługowe**

TOMBOR Celina Toman Jerzy Toman spółka jawna, 40-657 Katowice, ul. Zbożowa 38;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Usługowe TOMBOR Celina Toman Jerzy Toman spółka jawna, 40-657 Katowice, ul. Zbożowa 38** na rzecz **Południowego Koncernu Energetycznego S.A., 40-389 Katowice, ul. Lwowska 23** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Usługowe TOMBOR Celina Toman Jerzy Toman spółka jawna, 40-657 Katowice, ul. Zbożowa 38;**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Południowy Koncern Energetyczny S.A. w Katowicach w trybie przetargu nieograniczonego na *całodobową fizyczną ochronę obszarów, obiektów i urządzeń PKE S.A. – Elektrownia Siersza*, wobec rozstrzygnięcia postępowania (czynność zamawiającego z dnia 12.10.2009r.) i zaniechania czynności wykluczenia z postępowania konsorcjum ERA Sp. z o.o. i NOVIA Sp. z o.o. (dalej zwanych Konsorcjum) oraz Centrum Ochrony Security Sp. z o.o. (zwane dalej Centrum), w dniu 20 października 2009 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowe TOMBOR Celina Toman Jerzy Toman spółka jawna wniósł protest do zamawiającego. W związku z jego oddaleniem w dniu 29 października 2009 roku, wykonawca wniósł w dniu 9 listopada 2009 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W odwołaniu wykonawca podtrzymał zarzuty podniesione w proteście naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 i 2, art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PrZamPubl, wnosząc o wykluczenie z postępowania Konsorcjum oraz Centrum lub odrzucenie oferty tychże wykonawców oraz o unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej spośród nieodrzuconych lub o ewentualne unieważnienie postępowania w przypadku stwierdzenia przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PrZamPubl.

Odwołujący wskazał na następujące okoliczności mające uzasadniać słuszność podniesionych zarzutów.

1. Polisa ubezpieczeniowa z dnia 24 czerwca 2009r, mająca potwierdzić odpowiednią sytuację finansową i ekonomiczną Centrum, nie obejmuje swym zakresem konwojowania, które stanowi element przedmiotu zamówienia. Zawiera ona wyłączenia spod ubezpieczenia szkód związanych z wykonywaniem usług w zakresie fizycznej ochrony mienia lub osób, konwojowania wartości pieniężnych przedmiotów wartościowych lub niebezpiecznych, usług detektywistycznych i ochrony imprez masowych. Polisa nie obejmuje swym zakresem całego okresu realizacji zamówienia. Zatem, wykonawca nie wykazał należyście i zgodnie z siwz, iż znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia i powinien zostać wykluczony z postępowania.
2. Polisa ubezpieczeniowa z 30 czerwca 2009 roku oraz z dnia 16 grudnia 2008r. złożona przez Konsorcjum nie obejmuje swym zakresem konwojowania, a przynajmniej nie wynika z niej taki fakt. Wykonawca nie załączył załączników określających przedmiot polisy. Polisa nie obejmuje swym zakresem całego okresu realizacji zamówienia. Zatem, wykonawca nie wykazał należyście i zgodnie z siwz, iż znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia i powinien zostać wykluczony z postępowania.
3. Wykaz osób załączony przez Centrum jest niezgodny z załącznikiem nr 13, ponieważ wskazuje obiektywnie na zbyt małą liczbę pracowników ochrony z licencją I i II stopnia. Wykonawca udokumentował dysponowanie jedynie kilkunastoma pracownikami ochrony z licencją. W oparciu o określoną wartość roboczogodzin zsumowaną dla okresu trzyletniego realizacji zamówienia, przyjmując średniomiesięczną normę czasu pracy 168 roboczogodzin, odwołujący obliczył ilość pracowników z licencją na poziomie 44. Oznacza to, iż Centrum nie przedstawiło wystarczającej liczby pracowników z posiadanymi uprawnieniami oraz odpisami dokumentów, nie spełniając tym samym dyspozycji określonej w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp i w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp powinno być wykluczone z postępowania przetargowego.
4. Centrum nie dołączyło dokumentów potwierdzających, iż osoba wskazana do pełnienia funkcji kontrolno-nadzorczej nad podległymi pracownikami ochrony posiada odpowiednie uprawnienia, określone w rozdziale I dział VII pkt 2f i 2g siwz. Na tej podstawie oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.
5. Centrum nie przedłożyło wraz z ofertą wymaganych poświadczeń bezpieczeństwa do klauzuli „zastrzeżone” dla ponad 30 wskazanych przez nią osób – wymagane w

rozdziale I dział VII pkt 2g siwz, co powinno stanowić podstawę do odrzucenia oferty, jako niezgodnej z treścią siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.). Zapis wzoru umowy - § 5 pkt 3 ppkt 5, stanowiący o obowiązku przedłożenia brakujących poświadczeń najpóźniej do trzech miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji umowy, nie może mieć znaczenia dla stwierdzenia niezgodności oferty z zapisami siwz.

6. Konsorcjum oraz Centrum przedłożyli oświadczenia określone w rozdziale I dział VII pkt 2d, które nie spełniają wymagań, gdyż nie zawierają stwierdzenia, że pracownicy przeznaczeni do realizacji zamówienia są zatrudnieni na umowach o pracę, a jedynie zawierają stwierdzenie, że „pracownicy przeznaczeni do realizacji zamówienia są zatrudnieni na warunkach umowy o pracę”. Wskazany zapis może oznaczać, iż osoby te są związane z wykonawcami umowami cywilnoprawnymi. Treść oświadczeń powinna stanowić podstawę do stwierdzenia niezgodności z siwz i odrzucenia ofert obu wykonawców.
7. Wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany z naruszeniem art. 91 ust 1 i 2 pzp, co wynikać ma z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (12 października 2009), na podstawie której nie można ustalić, czy zamawiający stosował rozróżnienie kryteriów takich jak rodzaj, zróżnicowanie ochraniających obiektów oraz długość okresu sprawowania na nich ochrony, co było elementem oceny zdobytego doświadczenia. Z tabeli punktowej wynika, że zamawiający brał pod uwagę jedynie fakt wskazania w wykazie obiektu. Centrum w swojej ofercie, zdaniem odwołującego, przedstawiło tylko jeden obiekt o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym – PKE S.A. w Jaworznie. Pozostałe dwa obiekty, TP S.A. w Porębach Leśnych oraz Poczty Polskiej w Ostrowcu Świętokrzyskim, takiego przymiotu nie posiadają, a ponadto ich rodzaj i zróżnicowanie odbiegają od takich obiektów, jakie wskazał odwołujący, czyli elektrociepłownie, elektrownie, kopalnie. Odwołujący wskazał również na różnice w czasie świadczenia usług, pomiędzy doświadczeniem Centrum a odwołującego.

W ocenie odwołującego, Konsorcjum wykazało co najwyżej cztery obiekty o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym (pozycje: 1, 3, 21, 25 wykazu). Natomiast obiekty wskazane w pozycjach (Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Sp. z o.o.) oraz 18 (Radio Katowice S.A.), nie są objęte Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 9 listopada 2007 roku w sprawie wykazu przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym, na którym znajdują się Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. oraz Polskie Radio S.A. w Warszawie. Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny przedłożonych przez wykonawców listów referencyjnych oraz danych zawartych w wykazie wykonanych usług. Zapis siwz (rozdział I dział XV pkt 1a) wskazuje, iż wykonawcy mieli wykazać się

doświadczeniem w świadczeniu usług podobnych do tych objętych zamówieniem. Nie każdy obiekt należący do przedsiębiorcy, będącym przedsiębiorcą o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym, jest obiektem o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym. Za obiekty takie należy przyjąć obiekty, o których mowa w art. 5 ustawy o ochronie osób i mienia (obiekty ochrony obowiązkowej), należące jednak do przedsiębiorców określonych we wskazanym rozporządzeniu. Centrum wykazało dwa takie obiekty, natomiast odwołujący wykazał ich pięć. Ponadto, Centrum oraz Konsorcjum wykazywały usługi wykonane, jak i wykonywane w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania, natomiast zamawiający wymagał jedynie usług wykonanych (rozdział I dział VII pkt 2a siwz). Wskazane uchybienia w ocenie dokumentów, powinny zdaniem odwołującego prowadzić do powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, ewentualnie do unieważnienia postępowania.

8. Centrum powinno podlegać wykluczeniu z postępowania z uwagi na załączenie referencji wprowadzających w błąd wraz z podaniem niezgodnych z prawdą informacji na temat wykonywanych wcześniej usług. Dotyczy to referencji z dnia 26 czerwca 2009 r., z której może wynikać, że na chwilę obecną Centrum ochrania na potrzeby TP S.A. dwa obiekty- jeden o powierzchni ponad 20 ha i drugi o powierzchni powyżej 320 ha. Z informacji uzyskanych przez odwołującego wynika, iż obiekt TP S.A. w Porębach Leśnych (powyżej 320 ha) jest od około dwóch lat chroniony przez SAT-GUARD, natomiast wcześniej ochroną zajmowała się jedna ze spółek należących do IMPEL. Odwołujący kwestionuje świadczenie usługi ochrony przez Centrum na tym obiekcie przynajmniej od 2005 roku. Na tej podstawie, za błędne uznaje informacje zawarte w wykazie w pozycji 15 – dotyczącej ochrony dwóch obiektów o łącznej powierzchni 340 ha, z których tylko jeden w Psarach jest obiektem o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym. Przynajmniej od 2005 roku, Centrum nie ochrania obiektu w Porębach Leśnych, natomiast wskazana wartość za okres ostatnich trzech lat, jest niezgodna z rzeczywistością, gdyż wartość brutto usługi podana za miesiąc maj 2007 r. wynosiła 43.298 zł, co po pomnożeniu przez 36 miesięcy daje wynik nieprzekraczający dwóch milionów złotych. Drugi kwestionowany list referencyjny z dnia 5 listopada 2008 roku złożony przez Centrum dotyczy obiektu – Centrum Logistyki Poczty Polskiej Oddział Terenowy w Ostrowcu Świętokrzyskim, który nie jest obiektem o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym, na którym nie odbywa się ochrona obowiązkowa w rozumieniu art. 5 ustawy o ochronie osób i mienia, co potwierdzają pisma Świętokrzyskiego Urzędu Wojewódzkiego w Kielcach oraz obowiązujący wzór umowy. We wzorze dopuszczono świadczenie ochrony przez pracownika nielicencjonowanego.

Prawidłowe przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert powinno prowadzić do zmniejszenia liczby uzyskanych przez Centrum punktów o co najmniej 10, co oznaczałoby, ilość mniejszą od uzyskanej przez odwołującego. W związku z powyższymi nieprawidłowościami zamawiający winien wykluczyć Centrum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp.

Zamawiający rozstrzygając protest przez jego oddalenie uznał, zarzut dotyczący treści polis Konsorcjum za bezzasadny, podobnie jak zarzut dotyczący sposobu oceny obiektów Konsorcjum, natomiast zarzuty dotyczące Centrum uznał za niedopuszczalne, jako tożsame z zarzutami podniesionymi w proteście z dnia 19 sierpnia 2009r., ostatecznie oddalonymi przez zamawiającego (odwołanie zostało przez wykonawcę cofnięte).

Na podstawie oryginału dokumentacji oraz stanowisk stron skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie rozpoznawała zarzutów dotyczących oferty Centrum oraz części zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum, uznając je bądź za spóźnione, bądź niedopuszczalne w związku z art. 180 ust 7 ustawy PrZamPubl.

W ocenie Izby, odwołujący nie mógł skutecznie podnosić ponownie zarzutów, które były objęte protestem odwołującego z dnia 18 sierpnia 2009 r. Dotyczy to zarzutów zaniechania wykluczenia Centrum z postępowania oraz zaniechania odrzucenia jego oferty. Izba nie przychyliła się do stanowiska odwołującego, iż mógł on wnieść protest na powtórzoną czynność oceny ofert, powołując się na te same co podnoszone wcześniej zarzuty, oddalone przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu (pismo z dnia 4 września 2009r.).

Zgodnie z art. 180 ust. 7 PrZamPubl, jako niedopuszczalny uznaje się protest dotyczący czynności zamawiającego dokonanej zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu, wniesiony przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z ust. 3 (art. 181 ust. 6 PrZamPubl). Odwołujący pismem z dnia 18 sierpnia 2009 r. oprotestował czynności zamawiającego z dnia 13 sierpnia 2009 r. - zawiadomienia wykonawców o wynikach oceny ofert złożonych w postępowaniu, przez wskazanie jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Centrum Ochrony Security Sp. z o.o. Była to jedna z trzech ofert, jakie zamawiający poddał punktacji, przyznając jej 88,2 pkt. Pozostałe oferty uzyskał następujące ilości punktów: PU „TOMBOR” Celina Toman, Jerzy Toman Sp. j. – 83,05 pkt oraz Konsorcjum

Grupa Konsalnet – 65 pkt. W proteście tym odwołujący wskazywał na podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy Centrum Ochrony Security Sp. z o.o. oraz odrzucenia jego oferty. W proteście wskazywał na niezgodność załączonej do oferty polisy z wymaganiami siwz (nie obejmuje całego okresu zamówienia i nie obejmuje konwojowania), brak wykazania, iż wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (zbyt mała lista pracowników ochrony z licencją), brak dokumentów dotyczących kwalifikacji i uprawnień osoby mającej pełnić funkcję kontrolno-nadzorczą, brak potwierdzenia zatrudnienia pracowników na umowach o pracę, braki pełnomocnictwa, nieprawidłowości przy ocenie doświadczenia wykonawców (przyznawanych punktach), załączenie referencji wprowadzających w błąd z podaniem niezgodnych z prawdą informacji na temat wykonywanych wcześniej usług. Zamawiający oddalił przedmiotowy protest pismem z dnia 4 września 2009 r. Wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa UZP (pismo z dnia 16.09.2009 r.), które cofnął pismem z dnia 24 września 2009 roku. Cofnięcie odwołania oznaczało, iż utrzymana została w mocy decyzja zamawiającego o prawidłowości dokonanej oceny oferty Centrum, w tym również sposobu punktacji doświadczenia tego wykonawcy. Art. 187 ust. 4 pkt 6 PrZamPubl, wprowadza swego rodzaju stan powagi rzeczy osądzonej w odniesieniu do czynności wykonanych zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Regulacja ta ma zapobiec powtarzającym się postępowaniom odwoławczym w odniesieniu do tej samej czynności zamawiającego. Nie można występować z protestem, opierając go na tych samych przesłankach, które były uprzednio przedmiotem analizy i oceny (podobne stanowisko zaprezentował Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 21 lipca 2008 r., sygn. V Ca 1174/08). W związku z powyższym, zarzuty ponowione w odwołaniu z dnia 9 listopada 2009 r., dotyczące oferty Centrum nie podlegały rozpoznaniu.

W odniesieniu do zarzutów skierowanych przeciwko ofercie Konsorcjum, dotyczących prawidłowości polisy OC, złożonego oświadczenia o zatrudnieniu pracowników, Izba uznała, iż są one spóźnione, gdyż odwołujący nie podnosił tych okoliczności na etapie postępowania protestacyjnego wywołanego protestem Konsorcjum z dnia 26 sierpnia 2009 roku., wniesionym na czynność wykluczenia z postępowania. Odwołujący mógł przyłączyć się do postępowania protestacyjnego wskazując na dodatkowe okoliczności mające uzasadniać prawidłowość decyzji zamawiającego o wykluczeniu Konsorcjum z postępowania, a następnie wobec uwzględnienia protestu przez zamawiającego wnieść odwołanie. Podnoszenie obecnie nowych okoliczności mających prowadzić do wykluczenia Konsorcjum z postępowania należało uznać za spóźnione, a także niedopuszczalne na gruncie regulacji przepisu art. 187 ust. 4 pkt 6 PrZamPubl. Skoro zamawiający uznał protest Konsorcjum dotyczący bezpodstawnego wykluczenia go z postępowania i przywrócił wykonawcę do postępowania, zgłaszanie dalszych okoliczności mogących skutkować jego wykluczeniem już po uprawomocnieniu się decyzji zamawiającego, naruszałoby zasadę koncentracji

środków ochrony prawnej. Skoro zamawiający ma obowiązek rozstrzygnąć jednocześnie wszystkie protesty dotyczące wykluczenia wykonawcy z postępowania, to ma to na celu usprawnienie procedury przetargowej, poprzez uniemożliwienie wnoszenia ponownie środków ochrony prawnej, na czynność już raz oprotestowaną, co prowadziłoby do wielokrotnego powtarzania czynności przez zamawiającego w postępowaniu.

Mając powyżej na uwadze, rozpoznaniu podlegał jedynie zarzut dotyczący sposobu oceny oferty Konsorcjum według kryterium merytorycznego, dotyczącego oceny doświadczenia. Odwołanie podlegało oddaleniu, gdyż zdaniem składu orzekającego nie można stwierdzić uszczerbku w interesie prawnym odwołującego.

W wyniku powtórzonej czynności oceny ofert z dnia 12 października 2009r. dokonanej przez zamawiającego na skutek uwzględnienia protestów innych wykonawców – Konsorcjum ERA Sp. z o.o. i NOVIA Sp. z o.o. (dotyczący wykluczenia protestującego) oraz Solid Security Sp. z o.o. (dotyczący wykluczenia protestującego), zamawiający wskazał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Konsorcjum ERA Sp. z o.o. i NOVIA Sp. z o.o. (98,02 pkt). Zamawiający w toku oceny przyznał pozostałym ofertą ilość punktów: Centrum Ochrony Security Sp. z o.o. – 90 pkt; Przedsiębiorstwo Usługowe „TOMBOR” Celina Toman, Jerzy Toman Sp. J. – 84,65 pkt. Analiza dokumentacji wskazuje, iż przy ponownej czynności oceny ofert, oferty odwołującego i Centrum uzyskały taką samą ilość punktów za doświadczenie, według ustalonego kryterium merytorycznego, tj. po 20. Największą ilość punktów – maksymalną (30) w tym kryterium zamawiający przyznał ofercie Konsorcjum, która jest ofertą tańszą od oferty odwołującego, ale droższą od oferty Centrum. Zatem, można stwierdzić, iż decydującym dla ustalenia oferty najkorzystniejszej były punkty uzyskane w kryterium dotyczącym doświadczenia, które przesądzały o kolejności ofert. Ma to znaczenie dla stwierdzenia istnienia interesu prawnego odwołującego w żądaniu powtórzenia czynności oceny ofert. Skoro ocena oferty Centrum została utrzymana przy czynności powtórzonej i jako wykonana zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu nie może być wzruszona, co dotyczy również oceny oferty odwołującego, zmiana pozycji oferty Konsorcjum nie może wpłynąć na wybór oferty odwołującego, gdyż nadal ofertą korzystniejszą pozostaje oferta Centrum. Wskazuje to na brak interesu do wnoszenia odwołania przez odwołującego, którego uwzględnienie nie może doprowadzić do wyboru oferty, a tym samym stanowi podstawę do oddalenia odwołania.

Rozpoznając zasadność stwierdzenia odwołującego o niezgodnym z zapisami siwz sposobem dokonania oceny oferty Konsorcjum, skład orzekający uznał, iż zamawiający oceniając wykaz usług, stanowiący załącznik nr 9 do oferty Konsorcjum (strona 61 i 62), prawidłowo interpretował zapis siwz przyznając punkty za te pozycje, które dotyczyły

przedsiębiorców, znajdujących się na wykazie stanowiącym załącznik do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 listopada 2007 r. w sprawie wykazu przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym. Pomimo, iż w opisie kryterium zamawiający wskazał na rodzaj i zróżnicowanie obiektów o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym oraz długość okresów sprawowania ochrony, to ilość uzyskiwanych punktów była zależna jedynie od ilości obiektów, a nie ich zróżnicowania. Za jakość spełniania powyższego kryterium Wykonawca mógł uzyskać od 0 do 30 pkt wg tabeli: do 2 obiektów - 10 punktów, od 3 do 5 – 20 punktów, powyżej 5 – 30 punktów (pkt XV.1 lit. a tiret pierwszy siwz). Zamawiający nie miała zatem możliwości zróżnicowania punktów w oparciu o taki opis sposobu ich przyznawania. Jedynie ilość obiektów o znaczeniu gospodarczo-obronnym należących do przedsiębiorców objętych wykazem, decydowała o ilości otrzymywanych punktów. Odwołujący kwestionował w proteście i odwołaniu co najmniej dwie pozycje z wykazu usług, tj. 13 – Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Sp. z o.o. Oddział w Świerklanach oraz 18 – Radio Katowice S.A., wskazując iż podmioty te nie znajdują się na wykazie z Rozporządzenia. Co najmniej cztery obiekty odwołujący uznawał za odpowiednie, chociaż w toku rozprawy kwestionował, aby Zakład Mechaniczny BUMAR-Mikulczyce w Zabrze był wskazany na wykazie.

Izba stwierdziła na podstawie załączonych referencji, iż wystawcą referencji dla usługi znajdującej się w pozycji 13-tej wykazu, jest Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., a więc podmiot znajdujący się na wykazie (poz. 102). Zdaniem Izby, skoro usługa realizowana była na rzecz Oddziału w Świerklanach, który wskazany jest zarówno przy Spółce z o.o., jak S.A., zamawiający mógłby uzyskać stosowne wyjaśnienia od wykonawcy. Nie można wykluczyć, iż nastąpiło przekształcenie spółki z o.o. w spółkę akcyjną, w okresie od zawarcia umowy (01.07.2005) do chwili wystawienia referencji (18.12.2008r.) Wątpliwości te nie dowodzą, iż usługa była świadczona na obiekcie przedsiębiorcy nie mającego szczególnego znaczenia gospodarczo-obronnego. Izba potwierdziła, iż w przypadku usługi objętej pozycją 18 wykazu, dotyczącej Radia Katowice S.A, przedsiębiorca ten nie jest ujęty w wykazie obecnie obowiązującego rozporządzenia, jak i rozporządzeń uchylonych (z dnia 1 lutego 2002 r. i 18.09.2004r.) Oznacza to, iż zamawiający nie powinien uwzględniać tej pozycji przy ustalaniu ilości punktów przyznanych Konsorcjum. Odnośnie Zakładu Mechanicznego BUMAR-Mikulczyce w Zabrze, przedsiębiorca ten jest ujęty na wykazie (poz. 65). Zamawiający w toku rozprawy przyznał, iż spośród 26 pozycji objętych wykazem usług załączonym do oferty, jako odpowiadające kryterium oceny uznał sześć z nich (1, 3, 13, 18, 21 i 25). Ponieważ jeden z przedsiębiorców nie jest ujęty w wykazie przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym, zamawiający winien zmniejszyć punktację oferty Konsorcjum o 10 punktów. Mając jednak na uwadze, iż okoliczność ta nie może mieć wpływu na możliwość uzyskania zamówienia przez

odwołującego, Izba oddaliła odwołanie. Brak uszczerbku w interesie prawnym wykonawcy w uzyskaniu zamówienia lub nienaruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy wskazywane jest w orzecznictwie nie jako przeszkoda w rozpoczęciu postępowania odwoławczego, lecz jedynie jako okoliczność skutkująca tym, że odwołanie w takich warunkach podlega oddaleniu, po merytorycznym rozpoznaniu sprawy. (SO w Poznaniu wyrok z 17.04.2008 sygn. akt X Ga 83/08; SO w Warszawie wyrok z 06.06.2008 sygn. akt V Ca 1040/08).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy oraz § 4 ust. 2 i ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.). Na podstawie przepisu § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b wskazanego rozporządzenia uwzględniono w orzeczeniu uzasadnione koszty zamawiającego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika, ograniczając ich wysokość na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku, do kwoty 3.600 zł., określonej przepisem rozporządzenia.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, 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:

.....

.....