

Sygn. akt: KIO 721/11

WYROK

z dnia 21 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 6 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **ALPEX Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego Sp. z o.o., ul. Opolska paw. 723, 44-335 Jastrzębie Zdrój** w postępowaniu prowadzonym przez **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża **ALPEX Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego Sp. z o.o., ul. Opolska paw. 723, 44-335 Jastrzębie Zdrój** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ALPEX Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego Sp. z o.o., ul. Opolska paw. 723, 44-335 Jastrzębie Zdrój** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **ALPEX Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego Sp. z o.o., ul. Opolska paw. 723, 44-335 Jastrzębie Zdrój** na rzecz **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 2.3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ALPEX Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego Sp. z o.o., ul. Opolska paw. 723, 44-335 Jastrzębie Zdrój** kwoty **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej nadwyżkę uiszczoną przez ten podmiot wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Wykonanie głównych wyrobisk przygotowawczych w pokładzie 501 w polu S wraz z rozcięciem ściany Ia-S dla KHW S.A. KWK „Murcki-Staszic”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 1 kwietnia 2011 r. pod nr 2011/S 64-104305.

W postępowaniu tym wykonawca ALPEX Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębie Zdrój (dalej: „Odwołujący”) w dniu 6 kwietnia 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Złożone przez Odwołującego odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”). W tym zakresie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 2 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp - poprzez 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, mimo iż prawidłowo ustalonym przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie wydobywania i produkcji - roboty budowlane dla górnictwa (CPV 45254100-3);
2. naruszenie art. 2 pkt 8 i 10 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp - poprzez określenie w pkt II. 1.6 ogłoszenia o zamówieniu, iż przedmiotem zamówienia są roboty wiertnicze i górnicze (CPV 45255500) w zakresie budowy zakładów naftowych oraz gazowych mimo, iż prawidłowo ustalonym przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie wydobywania i produkcji - roboty budowlane dla górnictwa (CPV

45254100-3);

3. naruszenie art. 2 pkt 8 i 10 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp - poprzez sprzeczne w sobie określenie przedmiotu zamówienia, skutkujące tym, 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;
4. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp - poprzez nie dokonanie 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 Rzeczypospolitej Polskiej (wyłącznie w jednym kraju Wspólnoty Europejskiej);
5. błędną wykładnię art. 3 pkt 7 oraz art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (t.j. z 2006 r. Dz. U. Nr 156, poz. 1118, z późn. zm.), w związku 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 przepisów 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) oraz 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.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł 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 wydobywania i produkcji - roboty budowlane dla górnictwa);
2. zmianę pkt II. 1.6 ogłoszenia o zamówieniu - poprzez ustalenie, iż 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 wydobywania 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 wydobywania 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, 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”.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w pkt II.1.2 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia są usługi (kategoria usług nr 27), powołując jako podstawę załącznik nr XVIIA i XVIIIB do dyrektywy 2004/17/WE. Jednocześnie też w pkt II.1.6 ogłoszenia o zamówieniu wskazano jako główny przedmiot zamówienia roboty budowlane (CPV 45255500: roboty wiertnicze i górnicze). Odwołujący podkreślił, że taki sposób ukształtowania ogłoszenia o zamówieniu w sposób ewidentny narusza zasadę uczciwej konkurencji, przede wszystkim z uwagi na kwalifikacje przedmiotu zamówienia jako usługi pozbawia wykonawców ochrony prawnej przewidzianej w przepisach Kodeksu cywilnego. Powyższe – zdaniem Odwołującego – także narusza przepisy ustawy Pzp, wskazał tutaj na art. 2 pkt 8 i 10 oraz art. 29 stanowiący o jednoznacznym i wyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia oraz o zakazie dokonywania tego opisu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wykonawca - zdaniem Odwołującego - w przedmiotowym postępowaniu nie jest w stanie ocenić co jest przedmiotem niniejszego zamówienia.

Odwołujący powołał się na negatywną definicję pojęcia „usług” z art. 2 pkt 10 ustawy Pzp, odwołując się także poprzez art. 2a ustawy Pzp do rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów, które określa wykaz usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym, z uwzględnieniem postanowień dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. Nr 12, poz. 68). Biorąc pod uwagę kwalifikację usług w oparciu o wskazane przepisy Odwołujący podniósł, że przyjęcie przez Zamawiającego, że realizacja przedmiotu zamówienia kwalifikuje się do „innych usług”, którym w załączniku nr XVII B do Dyrektywy 2004/17/WE i załączniku nr 2 do wskazanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów nie przypisano formalnie kodu – jest równoznaczne z traktowaniem wskazanych usług objętych zamówieniem jako usług niepriorytetowych, co wskazywałoby w tym przedmiocie na zastosowanie procedury uproszczonej określonej w art. 5 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego z racji nieprzypisania kodu w ostatniej kolumnie załącznika nr XVII B dyrektywy 2004/17/WE nie oznacza, że do tej pozycji można przypisać przedmiot zamówienia, który faktycznie nie jest usługą tylko robotą budowlaną.

Odwołujący wskazał, że zastosowany w pkt II.1.6 ogłoszenia o zamówieniu przez Zamawiającego kod CPV (CPV 4525550: roboty wiertnicze i górnicze) pozostaje w sprzeczności z opisem przedmiotu zamówienia zamieszczonym w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ. Kod ten odnosi się bowiem do kategorii robót budowlanych w zakresie budowy obiektów przemysłu naftowego oraz gazownictwa w klasie robót wiertniczych i górniczych, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia nie dotyczy takich obiektów lecz obiektów przemysłu wydobywczego. Jego zdaniem Zamawiający powinien był w tym przypadku zastosować kod CPV: 45254100-3, tj. roboty w zakresie wydobywania i produkcji, roboty budowlane dla górnictwa (załącznik nr XII do dyrektywy 2004/17/WE i załącznik nr 1 do dyrektywy 2004/18/WE). Odwołujący przywołał też dyrektywowe definicje zamówień publicznych na roboty budowlane (art. 1 ust. 2 b dyrektywy 2004/18/WE), zwracając szczególną uwagę na pojęcie obiektu budowlanego, obejmujące wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcje gospodarczą lub techniczną oraz definicje zamówienia publicznego na usługi (art. 1 ust. 2 b wskazanej dyrektywy), powołując się na załącznik nr II, w którym są także wymienione usługi, które określają załącznik nr XVII A i B do dyrektywy. Podkreślił, że nr CPV usługi traktowanej jako „inna” musi być oznaczony i zawsze te pozycje muszą obejmować pozycje z ostatniej kolumny danego rodzaju usług.

Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu „wykonanie głównych wyrobisk przygotowawczych” podlega kwalifikacji jako roboty górnicze zgodnie z art. 6 pkt 11 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U.

Nr 27, poz. 96 ze zm.) („wykonywanie, zabezpieczanie lub likwidowanie wyrobisk górniczych w związku z działalnością regulowaną ustawą). Podkreślił, że pomimo braku zastosowania do wyrobisk górniczych ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. t.j. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm.), brak podstaw do odebrania robotom górniczym obejmującym wykonanie głównych wyrobisk przygotowawczych charakteru robót budowlanych. Wyłączenie przewidziane w odniesieniu do wyrobisk górniczych w ustawie Prawo budowlane (art. 2 ust. 1) wskazuje jedynie - zdaniem Odwołującego - że do tych robót na etapie projektowania, utrzymania i rozbiórki stosuje się przepisy Prawa geologicznego i górniczego, a nie Prawa budowlanego, co nie zmienia faktu, iż w dalszym ciągu mamy do czynienia z robotami budowlanymi. Wskazał także Odwołujący na niejednorodną praktykę spółek węglowych co do opisu wskazanego przedmiotu zamówienia

Odwołujący powołał się także na przepisy:

- rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz. U. Nr 112, poz. 1316 ze zm.) – sekcja 2, dział 23, grupa 230, klasa 2301 – obiektem budowlanym są budowle dla górnictwa;

- rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) (Dz. U. Nr 251, poz. 1885 ze zm.) – sekcja F Budownictwo obejmuje m.in. wykonywanie robót ogólnobudowlanych w zakresie obiektów górniczych i produkcyjnych;

- rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 10 grudnia 2010 r. w sprawie Klasyfikacji Środków Trwałych (KTS) (Dz. U. Nr 242, poz. 1622 ze zm.) – grupa 2, podgrupa 20, rodzaj 200 - jako kompleksowe budowle na terenach przemysłowych wskazuje budowle dla górnictwa i kopalnictwa;

- rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (Pkwi) (Dz. U. Nr 207, poz. 1293 ze zm.) – jako pozostałe obiekty inżynierii lądowej i wodnej, gdzie indziej niesklasyfikowane rozumie się obiekty produkcyjne i górnicze.

Odwołujący powołał się także na przepis ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej (Dz. U. Nr 88, poz. 439 ze zm.) – art. 30 pkt 3 tej ustawy – i formularze sprawozdań, do których przekazywania zobowiązani są wykonawcy robót budowlano-montażowych (B-02 i C-01b), gdzie odwołują się te formularze do pojęć robót górniczych.

Odwołujący wskazał także w zapisach samej SIWZ, że Zamawiający posługuje się terminologią i instytucjami prawnymi charakterystycznymi dla robót budowlanych (m.in.: „front robot”, „kierowanie robotami”, „Kierownika Działu Robót Górniczych”, „wykonywanie robót”, „zakres robót” itd.).

Odwołujący podkreślił też, że gdyby przyjąć, że polskie przepisy pozwalałyby zakwalifikować wskazane prace jako usługi, a nie roboty budowlane należałoby stwierdzić,

że w nieprawidłowy sposób została zaimplementowana dyrektywa, co z kolei prowadziło do konieczności stosowania przepisów wspólnotowych.

Odwołujący podniósł, że powyższe prowadzi do dyskryminacji wykonawców, bowiem ogranicza stosowanie uprawnienia związanego z robotami budowlanymi m.in. w zakresie prawa żądania gwarancji zapłaty (art. 649 (1) i następane K.C.), czy też wynikające z art. 647 (1) K.C. wskazał także, że przyjęta przez Zamawiającego kwalifikacja przedmiotu zamówienia prowadzi do dyskryminacji wykonawców ze względu na kraj Wspólnoty Europejskiej co w świetle art. 280a Traktatu z Lizbony jest niedopuszczalne. Powołał się w tym zakresie na zakaz dyskryminacji.

Odwołujący w toku rozprawy podtrzymał wszystkie zarzuty i wnioski odwołania, podnosząc w uzupełnieniu co następuje:

Wywodzenie z art. 2 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, w związku z zapisem art. 2 ust. 1 ustawy Prawo budowlane, że wyrobisko górnicze nie jest obiektem budowlanym, a jego wykonanie nie stanowi robót budowlanych jest – zdaniem Odwołującego – błędem, a powyższe potwierdza wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Wrocławiu (sygn. akt: I SA/Wr 1814/06), w którym stwierdza się m.in., że „Wyrobisko górnicze - stanowiące zespół poszczególnych budowli i urządzeń stanowi obiekt budowlany w rozumieniu Prawa budowlanego”. Jego zdaniem brak jest także podstaw do uznania, że przedmiot zamówienia nie stanowi budowy i robót budowlanych w rozumieniu art. 3 pkt 6 i 7 Prawa budowlanego, lub art. 647 i nast. k.c. - skoro przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie obiektu budowlanego.

Kwalifikowanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia jako usługi narusza zdaniem Odwołującego przepisy rozporządzenia wykonawczego Prezesa Rady Ministrów w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. 2010 Nr 12, poz. 62). Podkreślił, że roboty główne opisane kodem CPV 45255500 lub 45254100-3 nie są określone jako usługi w wykazie usług priorytetowych i niepriorytetowych (zał. Nr 1 i 2 do wskazanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów). Kwalifikowanie przedmiotu zamówienia do innych usług niepriorytetowych, objętych poz. 27 zał. nr 2 do tego rozporządzenia jest nieprawidłowe, gdyż załącznik ten jest przeniesieniem do prawa krajowego zał. Nr XVII B Dyrektywy 2004/17/WE zatem jest jasne, że usługą może być jedynie taki przedmiot zamówienia, który na gruncie tej Dyrektywy jest usługą, a nie robotą budowlaną - jak to ma miejsce w przedmiotowym przypadku.

Odwołujący wskazał też na dodatkowe niewskazane w treści odwołania skutki błędnej interpretacji art. 2 ust. 8 i 11 i art. 2a oraz rozporządzenia wykonawczego Prezesa Rady Ministrów, co powoduje:

- a) wewnętrzną sprzeczność ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które traktują przedmiot zamówienia jednocześnie jako roboty budowlane i jako usługę co jest prawnie niedopuszczalne
- b) naruszenie art. 6 ustawy Pzp oraz art. 6 ust. 2 ustawy Pzp przy usługach niepriorytetowych, które to przepisy nakazują stosować przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy (także pkt. 16 oraz 29 preambuły do Dyrektywy 2004/17/WE).
- c) konieczność uznania, że zobowiązanie państwa polskiego w postaci zapisanego w pkt 5 preambuły do Rozp. Komisji (WE) nr 1564/2005 ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych (DZ. U. UE L.05.257/1, z późn. zm.) obowiązku przetransponowania dyrektywy 2004/17/WE do prawa krajowego do 31 stycznia 2006 r. nie zostało wykonane.
- e) niezgodność stosowanych przez Zamawiającego zasad prawnych, którym poddano zamówienie z przepisami prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych w tym niezgodność z art. 1 ust. 2 Dyrektywy 2004/17/WE, niezgodność z art. 9 ust. 1 Dyrektywy 2004/17/WE, naruszenie art. 16 Dyrektywy 2004/17/WE, niezgodność z art. 41 Dyrektywy 2004/17/WE, niezgodność z zał. XII do Dyrektywy 2004/17/WE, niezgodność z załącznikami XVII A i XVII B (przeniesionymi do rozporządzenia Prezesa RM w sprawie wykazu usług priorytetowych i niepriorytetowych, niezgodność z klasyfikacjami wspólnotowymi zawartymi w rozporządzeniu WE nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień przy zapewnieniu zbieżności z innymi obowiązującymi nomenklaturami.

Odwołujący podkreślił także, że Zamawiający dopuścił się także niedopuszczalnej, naruszającej ochronę Zamawiającego i wykonawców zmianę rodzaju umowy stanowiącej podstawę realizacji zamówienia z umowy rezultatu (o roboty budowlane) na umowę starannego działania (umowa zlecenie usług).

W przypadku postawienia wniosku o nieprawidłowej implementacji Dyrektyw nr 2004/17/WE i 2004/18/WE do polskiego porządku prawnego wskazał Odwołujący na konieczność bezpośredniego zastosowania tych dyrektyw, przywołując w tym zakresie orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który wskazał, że „[...] jeśli przepisy dyrektywy wydają się odnośnie do ich treści bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne, jednostka może polegać na treści takich przepisów względem państwa, gdy państwo to [...] wprowadziło dyrektywę nieprawidłowo.” (por. orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Comitato di Coordinamento per la Difesa Della Cava v Regione Lombardia, C- 236/92).

Ponownie wskazał też, że skutkiem nieuznania przedmiotu zamówienia jako roboty budowlane, polegająca na wyłączeniu zastosowania przepisów kodeksu cywilnego dot. umowy o roboty budowlane jest dyskryminacja wykonawców

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający z zarzutami odwołania nie zgodził się, wnosząc o jego oddalenie.

Podtrzymał swoje stanowisko co do prawidłowości zakwalifikowania przedmiotu zamówienia do kategorii usług. Na potwierdzenie, iż wykonanie wyrobisk górniczych mieści się w kategorii usług Zamawiający przedłożył wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 10 grudnia 2010 r.; sygn. akt: XIII GC 253/10/IW w sprawie, która toczyła się przeciwko Zamawiającemu o zapłatę. Ze wskazanego wyroku Zamawiający wywodził, że wykonanie wyrobisk górniczych jest usługą, a nie robotami budowlanymi. Na potwierdzenie powyższych okoliczności Zamawiający w toku rozprawy przed Izłą przedłożył także opinie prawne - z dnia 6 grudnia 2010 r., sporządzoną przez prof. dr hab. Aleksandra L z Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach i z dnia 3 grudnia 2010 r., sporządzoną przez prof. dr hab. Janusza S. Okolicznościami potwierdzającymi stanowisko Zamawiającego były wskazane także inne postępowania o zamówienie publiczne dotyczące analogicznego przedmiotu zamówienia, które zostały zakwalifikowane do kategorii usług. Wskazał tutaj na postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone przez Zamawiającego w 2010 roku (ogłoszenie o zamówieniu z 24 września 2010 r. nr 2010/S186-284345), gdzie za ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę Odwołującego, a także postępowania prowadzone przez Kompanię Węglową (ogłoszenie nr 2011/S60-097584 i nr 2011/S68-111137).

Co do wyroku WSA, przedłożonego przez Odwołującego wskazał, iż dotyczy on przepisów prawa podatkowego, a nie istotnej w tym postępowaniu kwestii kwalifikacji przedmiotu zamówienia w kontekście przepisów ustawy Pzp.

Podkreślił, że co do wyrobisk górniczych istotne znaczenie mają przepisy Prawa geologicznego i górniczego, a nie przepisy Prawa budowlanego. Gdyby w jego ocenie do wyrobisk górniczych miały zastosowanie przepisy Prawa budowlanego, należałoby w tym zakresie żądać od wykonawców dodatkowych uprawnień, kwalifikacji oraz referencji, co utrudniałoby w sposób znaczący uczciwą konkurencję.

Zamawiający wskazywał także, że w ramach wykonania przedmiotu zamówienia wykonawca wyłoniony do jego realizacji będzie wykonywał w cyklu powtarzalnym usługę drążenia korytarza, a w tym zakresie Zamawiający odda wykonawcy do realizacji usługi materiał, a samo jej wykonanie będzie należało do wykonawcy. Powyższe – w ocenie Zamawiającego - wskazuje na kategoryzację przedmiotu zamówienia jako usługi.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, które - w jego ocenie - jako sprzeczne z przepisami ustawy Pzp czynią ewentualnie zawartą w wyniku tego postępowania o udzielenie zamówienia umowę nieważną. Poza tym wskazywane przez Odwołującego naruszenia w postaci stosowania do zamówienia przepisów dotyczących usług zamiast dostaw narażają Odwołującego na szkodę. W ocenie Izby wykazywane przez Odwołującego naruszenia ustawy Pzp narażają go na potencjalny uszczerbek w pozbawieniu go możliwości ubiegania się o zamówienie, a co najmniej ograniczenie mu tych możliwości. Na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zarzuty dotyczące SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu) – zdaniem Izby – wystarczającym było uprawdopodobnienie tych okoliczności przez Odwołującego, co wykonawca ten uczynił.

Rozpoznając odwołanie Izba uznała je za niezasadne.

Izba ustaliła, że Zamawiający ogłaszając przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (ogłoszenie z dnia 1 kwietnia 2011 r. nr 2011/S 64-104305) w pkt II.1.2) zakwalifikował przedmiot zamówienia do usług, wskazując jednocześnie kategorie usługi: nr 27. W pkt II.1.6) ogłoszenia wskazał na kod CPV kwalifikujący przedmiotowe zamówienie: 45255500, tj. roboty wiertnicze i górnicze. W postanowieniach SIWZ (strona tytułowa oraz Rozdział I pkt 3) Zamawiający, wskazując na przedmiot niniejszego postępowania: „Wykonanie głównych wyrobisk przygotowawczych w pokładzie 501 w polu S wraz z rozcięciem ściany Ia-S dla KHW S.A. KWK Murcki-Staszic” podał także właściwy kod CPV 45255500-4.

Izba uwzględniła w ramach materiału dowodowego dokumentację postępowania o zamówienie publiczne, nadesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu i treść

SIWZ. W zakres materiału dowodowego włączono także opinie prawne z dnia 6 grudnia 2010 r., sporządzoną przez prof. dr hab. Aleksandra L z Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach i z dnia 3 grudnia 2010 r., sporządzoną przez prof. dr hab. Janusza S oraz dokumenty z innego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego na podobny przedmiot zamówienia (ogłoszenie o zamówieniu z dnia 24 września 2010 r. nr 2010/S186-284345, pierwsza strona oferty złożonej przez Konsorcjum „ALPEX” i powiadomienie o wyborze oferty tego wykonawcy), jak również treść ogłoszeń o zamówieniu prowadzonych przez inne podmioty zamawiające na podobny przedmiot zamówienia (ogłoszenia o zamówieniu opublikowane przez Kompanię Węglową nr 2011/S60-097584 i nr 2011/S68-111137). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba uwzględniła także przedłożone przez Odwołującego i Zamawiającego orzeczenia: wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu (sygn. akt: I SA/Wr 1814/06) i wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 10 grudnia 2010 r.; sygn. akt: XIII GC 253/10/IW.

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

W art. 2 pkt 8 i 10 ustawy Pzp zostały zamieszczone definicje ustawowe dwóch istotnych w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pojęć, tj. odpowiednio: definicja robót budowlanych (art. 2 pkt 8) i usług (art. 2 pkt 10). Zgodnie z tymi uregulowaniami polski ustawodawca, definiując pojęcie robót budowlanych na użytek postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odwołał się do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm.), wskazując na wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu wskazanych przepisów. Przy definicji usług ustawodawca posłużył się negatywnym określeniem charakteru takiego świadczenia, wskazując, że nie są to roboty budowlane lub dostawy, odsyłając jednakże poprzez zawartą w art. 2a ustawy Pzp delegację ustawową do zamkniętego katalogu tych świadczeń o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym, określonego w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. Nr 12, poz. 68). Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zamówienie dotyczące wykonania wyrobisk górniczych zakwalifikował – zgodnie z przywołanym rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów – do usług o charakterze niepriorytetowym (załącznik nr 2 do rozporządzenia) poz. 27 tego wykazu, tj. „Inne usługi”. Ustawodawca w ramach tej pozycji wykazu usług nie określił żadnych kodów CPV właściwych dla tej kategorii usług.

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp (art. 30 ust. 7 ustawy Pzp) Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, ma obowiązek zastosowania określonych nazw i kodów określonych we Wspólnym Słowniku Zamówień (CPV) danego przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę definicję zamówienia publicznego (art. 2 pkt 13 ustawy Pzp) oraz odrębne definicje ustawowe, odnoszące się do dostaw, usług i robót budowlanych, dane zamówienie publiczne na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy kwalifikować, bądź też jako dostawę, jako usługę, bądź też jako robotę budowlaną. Art. 6 ustawy Pzp dokładnie określił sposób takiej kwalifikacji w przypadku zamówień mieszanych. Powyższe w sposób jednoznaczny wskazuje na konieczność zakwalifikowania danego przedmiotu zamówienia do jednej z kategorii: dostawy, usługi lub robót budowlanych według regulacji przyjętych w przywołanych przepisach ustawy Pzp.

Istotnym dla Izby w niniejszym rozstrzygnięciu były regulacje przyjęte przez polskiego ustawodawcę co do kwalifikacji danego zamówienia do robót budowlanych. Polski ustawodawca w tym zakresie odwołał się wprost do przepisów ustawy Prawo budowlane, zakreślając tylko te prace polegające na wykonaniu albo zaprojektowaniu i wykonaniu, czy też realizacji obiektu budowlanego, które mieszczą się w rozumieniu ustawy Prawo budowlane.

Bezspornym w przedmiotowej sprawie tak dla Zamawiającego, jak i dla Odwołującego było, że przedmiot zamówienia stanowią określonego rodzaju prace dotyczące wyrobisk górniczych. Tymczasem zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy Prawo budowlane przepisów tej ustawy nie stosuje się do wyrobisk górniczych. W tym zakresie zastosowanie znajdują regulacje odrębne, określone w ustawie z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. t. j. z 2005 r. Nr 228, poz. 1947 ze zm.). Biorąc powyższe pod uwagę oczywistym dla Izby było, że definicja ustawowa robót budowlanych ukształtowana na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w polskiej ustawie Pzp ogranicza się wyłącznie do tego rodzaju prac, które objęte są regulacją ustawy Prawo budowlane. Skoro z tego zakresu wprost w przepisach ustawy Prawo budowlane wyłączono prace wykonywane w wyrobiskach górniczych, także tym pracom w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie można przypisać charakteru robót budowlanych, choć swoim zakresem i charakterem są one zbliżone do typowych robót budowlanych. W takiej sytuacji należy je przypisać do innej kategorii: dostaw lub usług. Uwzględniając definicję pojęcia dostaw, nie można w żadnym przypadku mówić, że charakter tych prac związany jest nabywaniem rzeczy, czy prac, bądź innych dóbr. Z tych też względów owe prace należało zakwalifikować do usług i uwzględniając zamknięty katalog usług opisany w przywołanym rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów, poprzez konkretne ich wyszczególnienie i odesłanie do kodów CPV, przypisać je do poz. 27 załącznika nr 2 tego

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 „nazwanych” usług, którym przypisane zostały właściwe kody CPV. Okoliczność, iż dla tej kategorii usług („Inne usługi”) ustawodawca nie przypisał żadnych kodów CPV nie może być w jakiś sposób obciążająca dla Zamawiającego, jak próbował to wywodzić Odwołujący. Ustawodawca bowiem w sposób świadomy i celowy przewidział taką kategorię usług, które nie są w sposób szczegółowy zidentyfikowane, czy to poprzez ich opisową konkretyzację, czy też poprzez dookreślenie właściwych kodów CPV. Jest to zbiór usług, które nie mogą być zakwalifikowane do innej grupy usług - w sposób szczegółowy opisanych – czy też nie mieszczą się w grupie dostaw, czy robót budowlanych. Jak wskazano powyżej – zgodnie z legalną definicją robót budowlanych, przyjętą na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prace w wyrobiskach górniczych nie są robotami budowlanymi.

Nie sposób w tym zakresie także pominąć regulacji dyrektywowych odnoszących się do zdefiniowania robót budowlanych, na które to regulacje powoływał się Odwołujący. Zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. b) dyrektywy 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, która w przedmiotowej sprawie znajduje zastosowanie (działalność związana z poszukiwaniem, rozpoznawaniem lub wydobywaniem gazu ziemnego, ropy naftowej oraz jej naturalnych pochodnych, węgla brunatnego, węgla kamiennego i innych paliw stałych) 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 załącznik XII, lub dzieło, lub realizacja za pomocą dowolnych metod dzieła spełniającego wymagania określone przez przedmiot zamówienia. Dzieło zaś oznacza wynik robót budowlanych lub inżynierskich jako całość, które może samodzielnie spełniać określoną funkcję ekonomiczną lub techniczną. Dyrektywowa definicja pojęcia robót budowlanych odwołuje się do załącznik nr XII do dyrektywy, 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. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że prace te odnoszą się wyłącznie do prac związanych z rafineriami ropy, a nie są to prace odnoszące się do górnictwa. Sam opis tych prac według oznaczenia CPV – 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. Odwołujący oczekiwał od Zamawiającego zakwalifikowania wskazanych prac do robót budowlanych dla górnictwa według oznaczenia CPV: 45254100-3. Uszczegółowienie tych prac według klasyfikacji CPV wskazuje na to, że są to prace w zakresie nadszybi (45254110-6), a nie wyrobisk górniczych. Odwołujący żadnych przekonujących argumentów ani dowodów nie przedstawił w toku postępowania odwoławczego, dlatego wskazane w niniejszym zamówieniu prace należałoby zakwalifikować do tej kategorii (45254), a nie do kategorii przyjętej przez Zamawiającego (45255). Powyższe rozważania pozostają jednak bez znaczenia w świetle zakwalifikowania prac ujętych w dziale klasyfikacji CPV (45), a więc także tych według kategorii przyjętej przez Zamawiającego, jak i Odwołującego, które w świetle przywołanego załącznika nr XII do dyrektywy traktowane są jako roboty budowlane.

Powyższe, biorąc pod uwagę odwołanie w definicji robót budowlanych przyjętej w ustawie Pzp w tym zakresie tylko do ustawy Prawo budowlane, z przedmiotu której to regulacji wyłączone są wyrobiska górnicze, mogłoby wskazywać na pewnego rodzaju rozbieżność z regulacjami dyrektywowymi. W ocenie Izby owa „rozbieżność” została jednak w sposób legalny przez krajowego (polskiego) ustawodawcę dopuszczona i nie może być traktowana jako bezprawność w sytuacji określonych w tym zakresie działań podejmowanych przez konkretnego zamawiającego w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjęcie, że określonego rodzaju prace są zakwalifikowane jako usługi, a nie roboty budowlane nie powoduje odstąpienia przez danego zamawiającego od stosowania przepisów o zamówieniach publicznych. W obydwu bowiem przypadkach – tak zakwalifikowania danych prac do robót budowlanych, jak i do usług - dany zamawiający sektorowy (ponieważ ze względu na charakter tego zamówienia możemy w tym zakresie mówić o zamówieniu sektorowym, a nie klasycznym) – ma obowiązek stosowania procedur udzielenia zamówienia publicznego. Można tylko w tym przypadku stwierdzić, że niektóre kategorie prac wykonywanych w wyrobiskach górniczych, które w świetle regulacji dyrektywowej kwalifikowane jako roboty budowlane nie stanowiłyby zamówienia publicznego ze względu na jego wartość, to w świetle regulacji krajowej kwalifikowane jako usługi będą stanowiły zamówienie publiczne. Można zatem przyjąć, że ustawodawca krajowy w sposób świadomy rozszerzył obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych na zamówienia na 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 (progi wynikające z przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 23 grudnia 2009 r. w sprawach kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi

Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich – Dz. U. Nr 224, poz. 1795). Powyższego nie można oceniać w kategoriach niezgodności ustawy Pzp z regulacjami dyrektywy sektorowej, bowiem państwo członkowie posiada uprawnienie do wprowadzenia wewnętrznych regulacji, które są bardziej restrykcyjne w zakresie stosowania przepisów o zamówieniach niż przewidują to regulacje europejskie. Zakwalifikowanie prac w wyrobiskach górniczych do kategorii robót budowlanych ze względu na wartość zamówienia mogłoby w ogóle wyłączyć możliwość stosowania w tym zakresie przepisów o zamówieniach publicznych.

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. Można nawet stwierdzić, że przyjęcie przez Zamawiającego, iż do niniejszego zamówienia będą miały zastosowanie przepisy dotyczące robót budowlanych, prowadziłyby – biorąc pod uwagę krajowe, szczególne regulacje dotyczące wyrobisk górniczych – do naruszenia tych zasad. Dostęp do zamówienia mieliby bowiem w tym zakresie ograniczony przedsiębiorcy posiadający kwalifikacje do wykonywania tego rodzaju prac w wyrobiskach górniczych, a nie posiadający innego rodzaju uprawnień niemających znaczenia dla wykonania tego zamówienia, a wymaganych przy wykonywaniu robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane.

Izba wydając przedmiotowe orzeczenie 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, drażnienie wyrobisk podziemnych (np. wykonanie chodnika przyścianowego, dźwierzchnii itp.) wykonywane są w oparciu o umowę o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 i następane 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. Przedstawione opinie odnoszą się do umowy w sprawie zamówienia publicznego niemniej należy zauważyć, że dotyczyły konkretnej sprawy związanej z żądaniem zapłaty wynagrodzenia przez podmiot zamawiający, skierowanym przez podwykonawcę określonych prac. Oparte zostały zatem na sytuacji odnoszącej się do konkretnego stanu faktycznego. Powyższe Izba wzięła pod uwagę, dokonując oceny materiału dowodowego. Należy także w tym aspekcie zauważyć, że przedstawione opinie mają walor jedynie dokumentu prywatnego, jednakże Izba wzięła pod uwagę i zważyła stanowisko w nich wyrażone i uznała trafność

argumentacji tam przedstawionej co do przepisów ustawy Prawo budowlane wyłączające z zakresu stosowania tej regulacji wyrobiska górnicze. W tym zakresie Izba także uwzględniła stanowisko Sądu Okręgowego w Katowicach (wyrok z dnia 10 grudnia 2010 r., sygn. akt: XIII GC 253/10/IW), który w tej konkretnej 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. Zaś definicja wyrobiska górniczego określona w przepisach ustawy Prawo geologiczne i górnicze (art. 6 pkt 10 tej ustawy) wskazuje, że jest to przestrzeń w nieruchomości gruntowej lub górotworze powstała w wyniku robot górniczych. Jednocześnie przepisy tej ustawy definiują także roboty górnicze (art. 6 pkt 11 tej ustawy), wskazując, że jest to wykonywanie, zabezpieczanie lub likwidowanie wyrobisk górniczych w związku z działalnością regulowaną przepisami tej właśnie ustawy. Roboty takie – według Sądu – należy traktować jako roboty górnicze w świetle przepisów ustawy Prawo geologiczne i górnicze, a nie roboty budowlane w świetle ustawy Prawo budowlane. Izba podzieliła to stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Katowicach i w świetle powyższego uznała, 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.

Odnosząc się przywołanego przez Odwołującego orzeczenia Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu (wyrok z dnia 15 marca 2007 r.; sygn. akt: I SA/Wr 1814/06) Izba stwierdziła, że pomimo podobnej kwestii poruszanej przez wskazany Sąd Administracyjny (czy wyrobiska górnicze są obiektami budowlanymi w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) wyrok ów odnosi się do szczególnej kwestii związanej z opodatkowaniem podatkiem od nieruchomości podziemnego wyrobiska górniczego. W tym zakresie faktycznie Sąd 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 pośrednio do rozstrzyganej przez Izbę sprawy odwoławczej.

Izba nie uznała za istotne w sprawie dowodów przedstawionych przez Zamawiającego co do wcześniejszego prowadzonego przez siebie postępowania o zamówienie publiczne, czy też innych postępowań prowadzonych przez innego zamawiającego. Izba uznała, że powyższe nie może stanowić samodzielnego, przesądzającego dowodu na potwierdzenie słuszności stanowiska Zamawiającego, bowiem wskazane wcześniejsze postępowania stanowią odrębne postępowania od niniejszego

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a dodatkowo nie podlegały one badaniu Izby, czy też sądu powszechnego we wskazanym spornym w niniejszej sprawie zakresie.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, iż sam Zamawiający w postanowieniach SIWZ posługiwał się określeniami charakterystycznymi dla robót budowlanych co mogłoby być mylące dla wykonawców, Izba uznała, że powyższe nie może być uznane za naruszenie przepisów ustawy Pzp. Zamawiający w sposób jasny w ogłoszeniu o zamówieniu określił, że przedmiot zamówienia został zakwalifikowany do usług, przywołując w tym zakresie określoną kategorię usług (poz. 27), co w sposób klarowny pozwala uzyskać wykonawcom wiedzę na ten temat. 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, także Izba uznała odwoływanie się przez Odwołującego do przepisów krajowych, dotyczących różnego rodzaju klasyfikacji, czy też sprawozdań sporządzanych w oparciu o przepisy o statystyce publicznej.

Wykazywane przez Odwołującego naruszenie art. 647 k.c. nie podlegało ocenie 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 jakiegokolwiek innej ustawy.

Odwołujący zarzucał także Zamawiającemu błędną wykładnię przepisów ustawy prawo budowlane, czego Izba w świetle powyższych rozważań i ustaleń nie stwierdziła.

Tym samym Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskazanych w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, obciążając nimi Odwołującego, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Do kosztów postępowania odwoławczego zaś w przedmiotowej sprawie Izba zaliczyła - stosownie do § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) - koszty wpisu uiszczanego w należnej – zgodnej § 1 ust. 1 pkt 2) wskazanego - wysokości od złożonego odwołania, tj. 15 000 zł. W tym zakresie także Izba uznała za zasadny zwrot na rzecz Odwołującego kwoty 5 000 zł nadpłaconej w nadwyżce tytułem wpisu od odwołania. Izba uwzględniła także na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy – stosownie do § 3 pkt 2 lit. b) przywołanego rozporządzenia - uzasadnione koszty Zamawiającego obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie przewidzianej we wskazanym przepisie.

Przewodniczący: