

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 3 lipca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Izabela Niedziałek – Bujak

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 3 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**HYDROBUDOWA S.A. ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

**Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnia Sp. z o.o.**

**ul. Mickiewicza 28/30, 86-300 Grudziądz**

protestu z dnia 2 czerwca 2009 r.

**orzeka:**

**1. odrzuca odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża HYDROBUDOWĘ S.A.  
ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **HYDROBUDOWĘ S.A. ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **HYDROBUDOWY S.A. ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *przebudowę Stacji Uzdatniania Wody oraz rozbudowę i przebudowę Ujęcia Wody wraz z infrastrukturą towarzyszącą w Grudziądzu* prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 26 maja 2009 r. pod numerem 167700, zmienione 8 czerwca 2009 r., nr 182514. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego 26 maja 2009 r. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 10.872.750,84 zł, tj. 2.804.351,41 euro (łącznie z dostawami 12.391.040,84 zł, tj. 3.195.955,96 euro).

2 czerwca 2009 r. Odwołujący wniósł protest dotyczący postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do doświadczenia, opisanego w rozdziale VII pkt 2 ppkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający rozstrzygnął protest 5 czerwca 2009 r. częściowo go uwzględniając. Od tego rozstrzygnięcia 10 czerwca 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące brzmienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VII pkt 2 ppkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymogu „aby wszystkie prace były wykonane na jednym obiekcie

SUW + UW” (stacji uzdatniania wody i ujęcia wody), który to wymóg, zdaniem Odwołującego, godzi z zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także stanowi nadużycie wobec ugruntowanych zasad interpretacji art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wniósł o wykreślenie zapisu rozdziału VII pkt 2 ppkt 1 w zakresie zdania „Zamawiający wymaga, aby wszystkie w/w prace były wykonane na jednym obiekcie SUW + UW” oraz wprowadzenie w to miejsce zapisu, w ramach którego Zamawiający wymaga od wykonawcy wykazania należytego wykonania robót w zakresie wykonania systemu automatyki, sterowania i rozruchu na stacji SUW w obiekcie SUW o wydajności i wartości wymaganej przez Zamawiającego, zaś w odniesieniu do wykazania doświadczenia w zakresie montażu i spawania rurociągu ciśnieniowego ze stali nierdzewnej o  $\varnothing$  500 mm układanych w galeriach w tym lub innym obiekcie SUW.

Odwołujący jest zainteresowany złożeniem prawidłowej, zgodnej z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferty w ramach niniejszego postępowania, a warunek udziału w postępowaniu sformułowany przez Zamawiającego przed i po częściowym uwzględnieniu złożonych protestów narusza zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, zaś Odwołujący zainteresowany jest w doprowadzeniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia do zgodności z odnośnymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści odwołania oraz oświadczeń złożonych podczas posiedzenia Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega odrzuceniu.

Wartość zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 10.872.750,84 zł, tj. 2.804.351,41 euro (łącznie z dostawami 12.391.040,84 zł, tj. 3.195.955,96 euro), a więc nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień

publicznych, czyli rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. *w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich* (Dz. U. Nr 241, poz. 1762), w którym wartość tę dla robót budowlanych określono na 5.150.000 euro.

Zgodnie z art. 184 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie, z zastrzeżeniem ust. 1a. Z kolei ust. 1a art. 184 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

1. wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę,
2. opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia,
4. odrzucenia oferty.

Niniejsze odwołanie dotyczy brzmienia jednego z warunków udziału w postępowaniu, a więc przedmiotu, który nie został wskazany w art. 184 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustawodawca rozróżnił bowiem w ustawie warunki udziału w postępowaniu od sposobu oceny ich spełniania, na co wyraźnie wskazuje art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazujący podanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarówno opisu warunków udziału w postępowaniu, jak i opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Podobne rozróżnienie znajduje się w art. 41 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczącym treści ogłoszenia o zamówieniu w przetargu nieograniczonym, a także, dla innych trybów, w art. 48 ust. 2 pkt 6, art. 63 ust. 2 pkt 5, art. 75 ust. 2 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podział taki znajdował się także w art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, uchyloną ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) dotyczącym zakazu modyfikacji treści

specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie m.in. warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania.

Przy czym pojawiający się pogląd, iż warunki udziału w postępowaniu zostały wskazane przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zamawiający ustala tylko sposób ich oceny w danym postępowaniu nie znajduje potwierdzenia w ustawie, gdyż art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jednoznacznie przesądza, iż to zamawiający, na gruncie punktów wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, określa warunki udziału w postępowaniu: „zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. Art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi więc przepis blankietowy zawierający tzw. często „warunki ogólne”, w ramach którego zamawiający określają konkretne warunki dla danego postępowania, tzw. „warunki szczegółowe”.

Poza tym, gdyby przez „warunki udziału w postępowaniu” rozumieć wyłącznie te określone przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawodawca nie kładłby takiego nacisku na informowanie wykonawców o ich brzmieniu w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia – skoro jest to brzmienie ustawowe. Nie zakazywałby także ich zmiany przywołany powyżej uchylony obecnie art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie byłoby zresztą możliwe zmienić brzmienia przepisu postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zatem „opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” to opis metody, za pomocą której zamawiający będzie badał, czy postawione przez niego warunki zostały spełnione. W przedmiotowej specyfikacji istotnych warunków zamówienia został on opisany na końcu rozdziału VII: „Zamawiający dokona oceny spełniania warunków na podstawie złożonych oświadczeń i dokumentów opisanych w pkt VIII SIWZ, według formuły „spełnia/nie spełnia”, które to postanowienie nie zostało przez Odwołującego oprotestowane i nie stanowi przedmiotu niniejszego odwołania.

Jest to powszechnie stosowany opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w przetargu nieograniczonym, jednak teoretycznie można przyjąć, iż zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia mógłby oświadczyć, iż ocenę warunków przeprowadzi na podstawie np. rozmowy kwalifikacyjnej (dla usług prawniczych, doradczych itp.) lub oględzin (wykonanych robót budowlanych, usług) i na takie postanowienie przysługiwałyby pełne środki ochrony prawnej.

Sposób oceny jest również widoczny w postępowaniach dwuetapowych, jak przetarg ograniczony i negocjacje z ogłoszeniem, w których zamawiający oprócz samego potwierdzania spełniania lub niespełniania warunków udziału w postępowaniu kwalifikuje wykonawców przyznając im punkty za „lepsze” spełnianie warunków w oparciu o kryteria ustalone w ogłoszeniu o zamówieniu – art. 51 i art. 57 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Okoliczność, iż sposób oceny spełniania warunku jest ściśle powiązany z opisem warunku, nie oznacza, iż odwołanie przysługiwać będzie na opis warunku. W ocenie Izby z treści przepisu wynika wyłącznie prawo wykonawców do wniesienia odwołania od sposobu oceny spełniania warunków, który podlega kontroli pod kątem adekwatności np. żądanych dokumentów lub oświadczeń, na podstawie których zamawiający zamierza potwierdzić spełnianie warunku.

Brzmienie przepisu art. 184 ust. 1a pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest jasne i nie ma podstaw, by z jego treści wywodzić inne skutki niż wynikające bezpośrednio z wykładni literalnej, gdyż mogłoby to prowadzić do obejścia tego przepisu.

Założenie, iż wykonawcy powinni mieć wpływ na rzetelność postępowania, nie zmienia faktu, iż w art. 184 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca radykalnie ograniczył możliwość wnoszenia odwołań – wyłączył np. możliwość wnoszenia odwołań na opis przedmiotu zamówienia – dla potencjalnych oferentów równie ważny jak warunki udziału w postępowaniu. W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania. Izba nie przyznała Zamawiającemu zwrotu kosztów według zestawienia kosztów, zgodnie z § 4 ust. 1 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 2008 r. Nr 182, poz. 1122) zwrot taki przyznaje się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, których Zamawiający nie przedłożył.

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 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Toruniu.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....