

POSTANOWIENIE
z dnia 26 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Andrzej Niwicki
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 26 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **POLCOURT Spółka Akcyjna, 01-510 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 11 lok C7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Oława, 55-200 Oława, Plac Zamkowy 15**, protestu z dnia 15 września 2009 r.

orzeka:

- 1. Odrzuca odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża **POLCOURT Spółka Akcyjna, 01-510 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 11 lok C7** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **POLCOURT Spółka Akcyjna, 01-510 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 11 lok C7**;
 - 2) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **POLCOURT Spółka Akcyjna, 01-510 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 11 lok C7**.

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *budowę boiska sportowego o nawierzchni syntetycznej przy ul. Sportowej w Oławie* (numer sprawy DU/713/09 ZP/17a), ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 września 2009 roku, pozycja 153055.

Na treść ogłoszenia o zamówieniu w dniu 16 września 2009 r. protest do zamawiającego wniósł wykonawca ubiegający się o zamówienia publiczne POLCOURT S.A., żądając zmiany treści ogłoszenia w zakresie warunku udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny jego spełniania, jako naruszającej art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (pismo z dnia 15.09.2009r.). W proteście zakwestionowano postawiony warunek dotyczący wymaganego doświadczenia w realizacji co najmniej dwóch robót polegających na budowie boiska z trawy syntetycznej trzeciej generacji wraz z podbudową i odwodnieniem o powierzchni min. 7200 m² **wraz z oświetleniem sportowym**, o wartości nie mniejszej niż 3 mln brutto każda z czego jedna zakończona certyfikacją FIFA. Tak postawiony warunek oceniony został jako ograniczający konkurencyjność postępowania, stawiający w uprzywilejowanej pozycji firmy, które go spełniają. W proteście wnoszono o obniżenie wymaganej wartości robót do 2,5 mln zł. brutto każda i jej odniesienie wyłącznie do roboty certyfikowanej przez FIFA, a także rezygnację z warunku w zakresie wymaganej realizacji oświetlenia sportowego na obiektach certyfikowanych przez FIFA, jako zbyt wygórowanych. Wskazano również na możliwość wykazania się doświadczeniem w realizacji oświetlenia w ramach innego zadania, jako nie powiązanego funkcjonalnie ściśle z budową boiska jako płyty, z odpowiednią podbudową i odwodnieniem.

Zamawiający oddalił protest w całości pismem z dnia 21 września 2009 roku. Wobec takiego rozstrzygnięcia, wykonawca wniósł w dniu 25 września 2009 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (data nadania przesyłki listownej w urzędzie pocztowym operatora publicznego), przekazując jego kopię zamawiającemu w tym samym dniu. W treści odwołania wykonawca podtrzymał w całości podniesione w proteście zarzuty wraz z argumentacją i żądaniami, wskazując dodatkowo na naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy w związku z brzmieniem § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów (...).

W niniejszej sprawie skład orzekający Izby ustalił, że wartość szacunkowa niniejszego zamówienia publicznego ustalona przez Zamawiającego na podstawie kosztorysów inwestorskich – zgodnie z treścią protokołu z postępowania (Część ogólna pkt 2 Druku ZP – 2) i wyjaśnieniami Zamawiającego udzielonymi w trakcie posiedzenia – wynosi:

2 733.830,00 zł, co stanowi równowartość 705 122,39 euro. Wskazana wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia oraz okoliczność, że postępowanie prowadzone przez jednostkę samorządu terytorialnego dotyczy robót budowlanych, świadczą o tym, że postępowanie prowadzone jest na zasadach określonych dla zamówień o mniejszej wartości, tj. zamówień poniżej wartości progów unijnych. Wartości tych progów zostały określone w przepisach rozporządzenia 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), które zostało wydane na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie z § 1 pkt 2 przywołanego rozporządzenia dla zamówień na roboty budowlane, udzielanych przez zamawiających z podsektora samorządowego, wartość tego progu wynosi równowartość kwoty 5 150 000 euro.

Powyższa okoliczność wskazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym znajduje zastosowanie art. 184 ust 1a ustawy Pzp, określający ograniczenie prawa do wnoszenia odwołań od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, dotyczącego czynności enumeratywnie wskazanych w punktach od 1 do 4 przepisu, tj.:

- 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 publicznego;
- 4) odrzucenia oferty wykonawcy.

Treść protestu dotyczy ustalonego przez zamawiającego warunku opisanego w sekcji III pkt 2 ogłoszenia, dotyczącego wymaganego od wykonawców doświadczenia w wykonaniu co najmniej dwóch robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości nie mniejszej niż 3 000 000 zł. brutto każda z czego jedna zakończona certyfikacją FIFA 1 STAR lub FIFA 2 STAR. Zamawiający określił, jako odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, robotę polegającą na budowie kompletnego boiska sportowego o nawierzchni z trawy syntetycznej trzeciej generacji wraz z podbudową i odwodnieniem o powierzchni min. 7200 m² wraz z oświetleniem. W związku z tak ustalonym warunkiem, postawiono zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 ustawy pzp., poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz sposobu oceny spełniania tych warunków w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

W tak ustalonych okolicznościach, skład orzekający Izby stwierdził, iż wystąpiła przesłanka określona przepisem art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy i odrzucił to odwołanie na posiedzeniu bez merytorycznego rozpoznania zarzutu.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 184 ust. 1a, odwołanie przysługuje wyłącznie na opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem KIO, zawarcie w treści protestu odniesienia się przez odwołującego do sposobu oceny spełniania warunku nie oznacza, iż wykonawca kwestionuje ustalony sposób oceny spełniania warunku. Zamawiający w sekcji III ogłoszenia opisał sposób oceny spełniania warunku nr 2 (dot. doświadczenia), wskazując na skalę punktów, na podstawie której będzie przyznawać wykonawcom punkty, w zależności od ilości robót spełniających warunek udziału w postępowaniu – *Wykonawca, który wykaże się największą ilością wykonanych robót budowlanych odpowiadających przedmiotowi zamówienia, otrzyma 100 pkt. Pozostali wykonawcy będą oceniani odpowiednio proporcjonalnie mniej w skali 0-100 pkt..* Te zapisy ogłoszenia nie były oprotestowane przez odwołującego, a zatem zarzuty dotyczyły jedynie ustalonego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, jako zbyt wygórowanego zarówno co do wartości robót, jak i ich zakresu i ograniczającego w ten sposób konkurencję w postępowaniu. Wskazanie dodatkowo dopiero w treści odwołania na naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy pzp., w związku z żądaniem wykazania się doświadczeniem w wykonaniu identycznych robót, jak przedmiot zamówienia publicznego, nie zmienia zakresu zarzutów, które sprowadzają się nie do sposobu oceny spełniania warunku, lecz do samego warunku ustalonego przez zamawiającego. Oczywistym jest, iż opis sposobu oceny spełniania warunku musi pozostawać w związku z określonym warunkiem, co jednak nie oznacza, iż warunek oraz sposób jego oceny są pojęciami tożsamymi.

W ocenie KIO, zastosowanie wykładni rozszerzającej przepisu art. 184 ust. 1a pkt 2 ustawy pzp, przez uznanie dopuszczalności wniesienia odwołania wobec opisu warunku, naruszałoby zasadę legalizmu. Podobne stanowisko zaprezentował Sąd Okręgowy w Katowicach w postanowieniu z dnia 30 czerwca 2009r. (sygn. akt XIX Ga 207/09).

Uwzględniając powyższe i działając na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 oraz art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....