

POSTANOWIENIE
z dnia 3 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Stanisław Sadowy
Małgorzata Stręciwilk
Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **3 kwietnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **PRO – TRA BUILDING Sp. z o. o., ul. Betonowa 1, 51 – 504 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg i Komunikacji, ul. Armii Krajowej 35, 58 – 302 Wałbrzych** protestu z dnia **04.03.2009 r.**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **PRO – TRA BUILDING Sp. z o. o., ul. Betonowa 1, 51 – 504 Wrocław** 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 uiszczonego przez **PRO – TRA BUILDING Sp. z o. o., ul. Betonowa 1, 51 – 504 Wrocław**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł XXX gr** (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX

- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **PRO – TRA BUILDING Sp. z o. o., ul. Betonowa 1, 51 – 504 Wrocław**

Uzasadnienie

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, rozpatrując odwołanie, wniesione przez Odwołującego, tj. PRO-TRA BUILDING Sp. z o.o., ul. Betonowa 1, 51-504 Wrocław i złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Remont drogi gminnej nr 116856D Al. Podwale w Wałbrzychu - etap I (remont nawierzchni jezdni lewej - wewnętrznej)*”, wszczętym przez Zamawiającego tj. Zarząd Dróg i Komunikacji w Wałbrzychu, ul. Armii Krajowej nr 35, 58-302 Wałbrzych”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 40614 – 2009 z dnia 25.02.2009 r., stwierdził, że zaistniała przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania na posiedzeniu, przewidziana w art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Zgodnie z tym przepisem, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu będącym postępowaniem o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, złożone odwołanie dotyczy innego zakresu niż określone w art. 184 ust. 1 a Pzp. Z tego względu Izba ma obowiązek odrzucić odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 Pzp.

W niniejszej sprawie przedmiotem zamówienia publicznego są roboty budowlane, których wartość, zgodnie z wnioskiem o wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne oraz informacją Zamawiającego zawartą w piśmie z dnia 25.03.2009 r., została oszacowana na 6.271.718,00 zł, co stanowi 1.617.631,22 euro. Zatem wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty 5 150 000 euro (wartość tzw. progu UE do robót budowlanych) wskazanej w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.12.2007 r. w sprawie kwot

wartości zamówień oraz konkursów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 241, poz. 1762).

Zgodnie z przepisem art. 184 ust. 1a Pzp, w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (czyli dla robót budowlanych wartość poniżej 5 150 000 euro), odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego następujących czynności Zamawiającego: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia oferty. Ustawodawca określił więc w sposób enumeratywny czynności, w stosunku do których przysługuje prawo do wniesienia odwołania.

Opierając się na wykładni językowej, Izba stwierdziła, że w katalogu tych czynności nie ujęto przypadków czynności opisu warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiającego, czy to w ogłoszeniu o zamówieniu, czy to w SIWZ, lecz czynność opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, co oznacza, że odwołanie w tym pierwszym przypadku nie przysługuje. W przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący domagał się powtórzenie wadliwej czynności Zamawiającego dotyczącej określenia warunków, jakie winni spełniać Wykonawcy biorący udział w postępowaniu poprzez usunięcie z ogłoszenia zaskarżonego zapisu i ustalenie warunku doświadczenia-warunków technicznych na poziomie zapewniającym uczciwą konkurencję Wykonawców w zakresie ubiegania się o zamówienie publiczne, tj. określenie tych warunków na uprzednio wnioskowanym przez Odwołującego poziomie.

W ocenie Izby opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, to określenie sposobu, w jaki Zamawiający będzie oceniał, czy dany Wykonawca będzie spełniał warunki udziału w postępowaniu, na zasadzie metody zero-jedynkowej („spełnia – nie spełnia”) poprzez przedłożenie wymaganego dokumentu lub oświadczenia na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy też, jak w przetargu ograniczonym, np. poprzez punktację mającą wyłonić 5 Wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu w stopniu najwyższym. Natomiast opis warunków udziału w postępowaniu stanowi konkretyzację blankietowych wymogów ustawowych, określonych w art. 22 ust.1 Pzp. Opis ten ma być zgodny z art. 22 ust. 2 Pzp dokonany przez Zamawiającego w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W przedmiotowym postępowaniu okoliczność, że sporny zapis ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający umiejscowił w Sekcji III pkt 2) Warunki udziału,

w ramach: „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, w której stwierdza się również, że: „Ocena, czy Wykonawca spełnia przedstawione warunki udziału w postępowaniu, zostanie dokonana zgodnie z kryterium spełnia/nie spełnia na podstawie analizy załączonych do oferty dokumentów (określonych w pkt 7 SIWZ) potwierdzających spełnienie ww. warunków udziału w postępowaniu” dodatkowo potwierdza zasadność przedstawionej argumentacji.

W tym wypadku w ramach - Informacji o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu - Zamawiający wyraźnie wskazał, że na potwierdzenie warunku nr 4 (określonego w pkt 6.1.4 SIWZ) istnieje konieczność złożenia stosownego wykazu.

Powyższym zapisom ogłoszenia o zamówieniu odpowiadały analogiczne zapisy SIWZ na stronie 2 (pkt 6.1.4 oraz 6.2), jak również na stronie 3-4 (7.1.4).

Ewentualne stanowisko, że w ramach opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zawiera się także opis warunków udziału w postępowaniu wobec wyraźnego i jednoznacznego rozróżnienia tych czynności Zamawiającego w obowiązujących przepisach Pzp, jest błędny. Środki ochrony prawnej są regularnie składane w równym stopniu tak wobec opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i wobec opisu warunków udziału w postępowaniu.

Izba wskazuje, że tak art. 36 ust. 1 pkt 5, jak i art. 41 pkt 7 Pzp wyraźnie rozróżniają opis warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, stanowiąc o obowiązku wyraźnej regulacji w tej materii w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu, w tym wypadku w ramach przetargu nieograniczonego. Podobnie regulację zawiera art. 48 ust. 2 pkt 6 Pzp, stanowiąc o obowiązku zawarcie w ogłoszeniu o zamówieniu w ramach przetargu ograniczonego, opisu warunków udziału w postępowaniu wraz z podaniem ich znaczenia oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Powyższy przepis stosuje się również odpowiednio do negocjacji z ogłoszeniem (art. 56 ust.1 Pzp) oraz dialogu konkurencyjnego (art. 60c ust.1 Pzp). Także w ramach zaproszenia do negocjacji bez ogłoszenia, art. 63 ust. 2 pkt 5 Pzp posługuje się opisem warunków udziału w postępowaniu oraz opisem sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Podobnie art. 75 ust. 2 pkt 9 Pzp odnośnie ogłoszenia o zamówieniu w ramach licytacji elektronicznej.

Reasumując, tak wykładania językowa, jak i wykładania systemowa w ramach wskazanych przepisów Pzp wskazuje, że jeśli Odwołujący kwestionuje czynność opisu warunków udziału w postępowaniu, czyli - jak w tym wypadku - postawiony przez Zamawiającego warunek doświadczenia wymaganego od wykonawcy w realizacji robót

podobnych, czynność ta nie podlega zaskarżeniu w trybie odwołania dla zamówień poniżej progów unijnych.

W tym stanie rzeczy, Izba odrzuca odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 w związku z art. 184 ust. 1a Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, dokonał rozliczenia wpisu faktycznie uiszczonego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych w wysokości 20 000 zł, zamiast wpisu należnego w sprawie tego odwołania, tj. kwoty 10 000 zł.

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 w **Wałbrzychu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*