

Sygn. akt: KIO/UZP 698/09

KIO/UZP 700/09

POSTANOWIENIE
z dnia 15 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

**Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **15 czerwca 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **8 czerwca 2009 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW Piotr Kalemba, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW Przemysław Kalemba, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW Żaneta Kalemba – Kaczor, 62-065 Grodzisk Wielkopolski, Zdrój 6 (sygn. akt KIO/UZP 698/09)

B. Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno – Wiertniczych Grażyna Janik, Roman Kuś Sp. j., 41-260 Sławsków, ul. 23 Stycznia 15(sygn. akt KIO/UZP 700/09)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie, 70-415 Szczecin, al. Jana Pawła II 42** protestów:

A. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW Piotr Kalemba, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW Przemysław Kalemba, Przedsiębiorstwo

**Wielobranżowe FRANSŁAW Żaneta Kalemba – Kaczor, 62-065 Grodzisk Wielkopolski,
Zdrój 6 z dnia 8 maja 2009 r.**

**B. Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno – Wiertniczych Grażyna Janik, Roman Kuś
Sp. j., 41-260 Sławsków, ul. 23 Stycznia 15 z dnia 13 maja 2009 r.**

orzeka:

1. Odrzuca oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża:

**A. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW Piotr Kalemba,
Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW Przemysław Kalemba, Przedsiębiorstwo
Wielobranżowe FRANSŁAW Żaneta Kalemba – Kaczor, 62-065 Grodzisk Wielkopolski,
Zdrój 6**

**B. Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno – Wiertniczych Grażyna Janik, Roman Kuś
Sp. j., 41-260 Sławsków, ul. 23 Stycznia 15**

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 wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW Piotr Kalemba, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW Przemysław Kalemba, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW Żaneta Kalemba – Kaczor, 62-065 Grodzisk Wielkopolski, Zdrój 6,**
 - B** koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno – Wiertniczych Grażyna Janik, Roman Kuś Sp. j., 41-260 Sławsków, ul. 23 Stycznia 15,**

- 2) 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 odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 7 713 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW Piotr Kalemba, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW Przemysław Kalemba, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW Żaneta Kalemba – Kaczor, 62-065 Grodzisk Wielkopolski, Zdrój 6,**
- B** kwoty 7 713 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno – Wiertniczych Grażyna Janik, Roman Kuś Sp. j., 41-260 Sławsków, ul. 23 Stycznia 15.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *wykonanie robót budowlanych na zadaniu pn. „Bielinek – Osinów Dolny. Odbudowa (modernizacja) wału przeciwpowodziowego zadanie 2, 3, 4 w km 3+100 - 9+800. Zadanie 2, km 3+100 - 6+700, zadanie 3, km 6+700 - 8+100.”*, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 maja 2009 r., poz. 134188-2009.

Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „FRANSŁAW” Piotr Kalemba (Lider), Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „FRANSŁAW” Przemysław Kalemba i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „FRANSŁAW” Żaneta Kalemba zwane dalej konsorcjum „FRANSŁAW” wniosło protest wobec treści ogłoszenia o zamówienia oraz dotyczący treści postanowień SIWZ zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 oraz art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej ustawą Pzp) oraz § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. (Dz. U. Nr 87, poz 605 ze zm.) poprzez wadliwy opis warunków stawianych wykonawcom w zakresie doświadczenia oraz potencjału technicznego naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców, oraz przekroczenie uprawnień Zamawiającego w zakresie żądania od wykonawców dokumentów, a tym samym dobrych obyczajów, norm moralnych i obyczajowych w stosunkach gospodarczych,

- art. 30 ustawy Pzp poprzez brak wskazania o dopuszczeniu rozwiązań równoważnych z opisywanym, a spełniających określone wymagania.

Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno – Wiertniczych G. Janik, R. Kuś sp. j. w Sławkowie wniosło protest wobec treści ogłoszenia oraz wobec postanowień SIWZ zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji przygotowanie postępowania w sposób wadliwy oraz nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- art. 29 ust. 2 oraz art. 30 ust. 4 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wadliwy, który utrudnia uczciwą konkurencję, gdyż przedmiot ten został opisany za pomocą specyfikacji technicznych dopuszczających tylko jedną metodę wykonania przegrody przeciwiłtracyjnej, bez dopuszczenia metod równoważnych,
- art. 22 ust. 2 w zw z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia niezbędnego do prawidłowego wykonania zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz art. 25 ust. 1 w zw. z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez żądanie przedłożenia wykazu wykonanych robót budowlanych tożsamy z przedmiotem zamówienia tj. polegających na uszczelnieniu wału przeciwpowodziowego poprzez wykonanie przegrody przeciwiłtracyjnej metodą wglębnego mieszania gruntu bez jego wydobywania z zastosowaniem zawiesziny wiążącej, podczas gdy zamówienie w sposób prawidłowy mogą wykonać także podmioty, które mają doświadczenie w wykonywaniu analogicznych prac w inny sposób przy pomocy innych metod.

W ocenie wykonawcy takie działanie Zamawiającego prowadzi do niezasadnego, nieusprawiedliwionego i sprzecznego z prawem określenia wymogów w zakresie doświadczenia wykonawcy.

Wskazując zarzuty wykonawca wniósł o modyfikację opisu przedmiotu zamówienia i analogiczną zmianę warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia.

Zamawiający rozstrzygając protesty oddalił je uznając zarzuty i żądania za nieuzasadnione.

Wobec takiego rozstrzygnięcia protestów wykonawcy wnieśli odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Na podstawie zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania podlegają łącznemu rozpoznaniu.

W odwołaniach podtrzymane zostały wszystkie zarzuty oraz żądania zawarte w protestach.

Odwołujący Konsorcjum „FRANSŁAW” wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków w zakresie wymaganego doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia tak, aby był on zgodny z prawem i adekwatny do zmodyfikowanego opisu przedmiotu zamówienia, dokonanie zmiany warunków w zakresie dysponowania potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania zamówienia oraz o nakazanie modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia poprzez dopuszczenie obok metody wgłębnego mieszania gruntu bez jego wydobywania z zastosowaniem zawiesiny wiążącej równoważnej metody (technologii) np. metody szczeliny ciągłej albo bez wskazywania metod (technologii), oparcie się wyłącznie na wymaganiach funkcjonalnych przegrody zgodnie z art. 30 ust. 6 Pzp tj. współczynnika wodoprzepuszczalności, wytrzymałości, grubości i głębokości wykonanej przegrody.

Odwołujący Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno – Wiertniczych G. Janik, R. Kuś sp. j. wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany opisu sposobu oceny warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia oraz nakazanie modyfikacji SIWZ jako bezpośredniej konsekwencji zmiany opisu sposobu oceny warunku udziału poprzez dopuszczenie równoważnej metody (technologii) wykonania przegrody przeciwfiltracyjnej do wymaganej obecnie przez Zamawiającego. Alternatywnie Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia postępowania z uwagi na to, iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W tak potwierdzonym stanie faktycznym skład orzekający Izby stwierdził, iż zachodzi przesłanka z art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), skutkująca odrzuceniem odwołań na posiedzeniu. Zgodnie z powołanym 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. Powołany artykuł 184 w ustępie 1a zakreśla granice zaskarżenia rozstrzygnięcia protestu w postępowaniach, których wartość nie wywołuje obowiązku przekazania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich i są nazywane postępowaniami „podprogowymi”. W postępowaniach tych 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.

Wniesienie odwołania w postępowaniach „podprogowych” na inne niż wskazane wyżej czynności skutkuje odrzuceniem odwołania.

Wartość zamówienia ustalona w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego opiewa na kwotę 8.938.747,86 zł, stanowiącą równowartość 2.305.524,20 euro i jest niższa od kwoty wynikającej z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 roku 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), ustalonej dla zamawiających zobowiązanych do stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych w wysokości równoważnej kwocie 5.150.000. euro – dla robót budowlanych.

Skład orzekający uznał, iż obydwie odwołania dotyczą czynności, wobec których ustawodawca wyłączył prawo zaskarżenia decyzji zamawiającego co do sposobu rozstrzygnięcia protestu. W przypadku wnoszenia środków ochrony prawnej na zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia odwołanie jest na gruncie przepisu art. 184 ust. 1 a, w odniesieniu do okoliczności rozpoznawanej sprawy, dopuszczalne tylko w zakresie określenia przez zamawiającego sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zarzuty dotyczące sposobu opisu przedmiotu zamówienia, jak również warunków udziału w postępowaniu, w tym wymaganego doświadczenia zawodowego i potencjału technicznego, zdecydowanie nie mieszczą się w sposobie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. W szczególności skład orzekający podejmując decyzję o odrzuceniu odwołań musiał rozstrzygnąć, czy zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu, w zakresie w jakim rzutują na wymagane, w celu potwierdzenia ich spełniania, dokumenty mogą być uznane za dotyczące opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ustalenia tego nie można było dokonać bez analizy zapisów ustawy, w szczególności artykułów 22 oraz 36 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp. Przepisy art. 22 ustawy Pzp stanowią blankietowe określenie warunków, od których spełnienia uwarunkowane jest ubieganie się o udzielenie zamówienia. W szczególności ustęp 2 powołanego artykułu jest istotny w kontekście ustaleń Izby, gdyż wskazuje na konieczność dookreślenia przez zamawiającego warunków wskazanych w ustępie 1. Oznacza to, iż to zamawiający dokonuje opisu warunków udziału w postępowaniu uwzględniając przedmiot zamówienia i swoje oczekiwania co do wykonawców, którzy zostaną dopuszczeni do

postępowania. Znaczenie ma przede wszystkim sposób określenia warunków w zakresie wymaganego doświadczenia, potencjału technicznego i osobowego, a także sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. To te warunki są szczególnie analizowane wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, gdyż mogą ograniczać konkurencję i z tego tytułu podlegają często zaskarżeniu. Ustawodawca rozróżnia same warunki od sposobu oceny ich spełnienia w art. 36 ust. 1 pkt 5 pzp dotyczącym wymaganej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z całą pewnością nie można postawić znaku równości pomiędzy opisem warunku, a sposobem oceny jego spełnienia.

W tym miejscu należy stwierdzić, że omawianej różnicy nie niweluje użycie w odwołaniu przez Odwołującego Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno – Wiertniczych G. Janik, R. Kuś sp. s.j. sformułowania żądania nakazania Zamawiającemu zmiany opisu sposobu oceny warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia, gdyż w istocie rzeczy nadal jest to żądanie nakazania zmiany opisu warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy Pzp, a nie opisu sposobu oceny spełnienia warunków, o którym mowa w art. 184 ust. 1 a pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołanie się w treści odwołań do wskazanych przez zamawiającego dokumentów mających służyć ocenie warunków nie zmienia przedmiotu zaskarżenia, którym są to warunki ustalone przez zamawiającego w zakresie poziomu zdobytego doświadczenia.

Jednocześnie rozpatrując zarzut Zamawiającego o wniesieniu odwołania w sprawie sygn. akt KIO/UZP 700/09 przez inną spółkę niż wnoszącą protest Izba uznaje zarzut za nieuzasadniony. Skład orzekający stwierdza, że z treści obydwu dokumentów oraz załączonego odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego wynika, że oba środki ochrony prawnej wniósł ten sam podmiot tj. Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno – Wiertniczych Grażyna Janik, Roman Kuś Sp. j. Oznaczenie tej spółki jako spółka z o. o. w jednym miejscu treści protestu Izba uznała za oczywistą omyłkę pisarską.

Na podstawie dokonanych z urzędu ustaleń skład orzekający uznał, iż odwołania podlegają odrzuceniu, jako niedopuszczalne.

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

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 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....