

Sygn. akt: KIO/UZP 526/09

POSTANOWIENIE
z dnia 14 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Andrzej Niwicki
Izabela Kuciak

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 14 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Centrum Zaopatrzenia Energetyki Eltast Sp. z o.o., 26-600 Radom, ul. Toruńska 9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich, 00-801 Warszawa, ul. Chmielna 120** protestu z dnia 14 kwietnia 2009 r.

~~przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego xxx po stronie odwołującego się oraz xxx – po stronie zamawiającego.~~

orzeka:

1 Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Centrum Zaopatrzenia Energetyki Eltast Sp. z o.o., 26-600 Radom, ul. Toruńska 9** 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 **Centrum Zaopatrzenia Energetyki Eltast Sp. z o.o., 26-600 Radom, ul. Toruńska 9;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Centrum Zaopatrzenia Energetyki Eltast Sp. z o.o., 26-600 Radom, ul. Toruńska 9** na rzecz **Miasta Stołecznego Warszawy – Zarząd Dróg Miejskich, 00-801 Warszawa, ul. Chmielna 120**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- ~~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 **2 926 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Centrum Zaopatrzenia Energetyki Eltast Sp. z o.o., 26-600 Radom, ul. Toruńska 9.**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *wykonanie projektu wykonawczego oświetlenia: Część I – ul. Wólczyńska na odcinku od ul. Arkuszowej do ul. Estrady, Część II – Al. Piłsudskiego na odcinku ul. Trakt Brzeski do granic miasta* (numer referencyjny NDZP/19/PN/14/09), ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 kwietnia 2009 r., poz. 98844-2009.

W toku posiedzenia prowadzonego z udziałem stron, skład orzekający ustalił, iż odwołanie dotyczy treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 14 kwietnia 2009 r. Wobec jej postanowień, w dniu 14 kwietnia 2009 roku wpłynął do zamawiającego protest od Centrum Zaopatrzenia Energetyki Eltast Sp. z o.o., w którym zakwestionowano kryteria podmiotowe oraz przedmiotowe wskazane w siwz. W szczególności zakwestionowano warunki dotyczące:

- 1) doświadczenia zawodowego przez żądanie wykazania zrealizowania co najmniej 5 dokumentacji projektowych sieci, instalacji i urządzeń oświetlenia ulicznego lub zewnętrznego,
- 2) potencjału kadrowego przez określenie doświadczenia zawodowego osób wskazywanych na stanowiska projektantów i odwołanie się do okresu stażu (3 lata) lub ilości prac (5) oraz potencjału ekonomiczno – finansowego,
- 3) potencjału ekonomiczno finansowego przez określenie średniego przychodu za ostatnie 3 lata obrotowe w wysokości nie mniejszej niż 100.000,00 zł.

W konsekwencji tak ustalonych warunków podmiotowych zarzuty dotyczą również dokumentów żądanych na okoliczność spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie kryteriów przedmiotowych w proteście zakwestionowano dopuszczalność powoływania się jednocześnie na wymagania normatywne oraz różne rozwiązania techniczne, które faktycznie oznaczają wariantowość rozwiązań, chociaż siwz nie dopuszcza rozwiązań wariantowych. Ponadto, protestujący wskazał na zaistniałą sprzeczność z normą opisaną strefy konfliktowej, która odwołuje się do kryteriów luminacyjnych, gdy zgodnie z normą PN-EN 13201 stosuje się kryteria natężeniowe, a co za tym idzie klasy oświetleniowe CE0 do CE5, a także opisany sposób pomiaru redukcji luminacji w strefach konfliktowych. Jako naruszające art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp, protestujący wskazał określenie innych wymagań niż wskazane w normie PN-EN 13201, a także brak precyzyjnego opisu przedmiotu w zakresie oprav drogowych.

Dalsze zarzuty podniesione w proteście dotyczyły podania nieistniejącego kodu CPV – 74232310-0, wprowadzenia w błąd co do przysługującego wykonawcom prawa do wniesienia odwołania oraz treści umowy (możliwości jej zmiany na okoliczność ograniczenia środków budżetowych przeznaczonych na realizację zamówienia oraz ustawowych zmian stawki podatku od towarów i usług VAT).

Opisane powyżej wady siwz stanowiąc mają o naruszeniu art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 oraz ust. 2, art. 25 ust. 1 oraz ust. 2, art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1, 2 i 4, art. 40 ust. 6 w zw. z art. 2 ust. 7 ustawy pzp.

Zamawiający rozstrzygając protest pismem z dnia 17 kwietnia 2009 roku (doręczonym protestującemu w tym samym dniu faksem) uwzględnił część zarzutów dotyczących kodu CPV oraz pouczenia o przysługującym prawie do wniesienia odwołania, a w pozostałym zakresie protest oddalił.

Wobec takiego rozstrzygnięcia protestu wykonawca wniósł w dniu 22 kwietnia 2009 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jednocześnie jego kopię zamawiającemu faksem.

W odwołaniu podtrzymane zostały wszystkie zarzuty oddalone przez zamawiającego oraz żądania zawarte w proteście dokonania zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w przypadku braku możliwości dokonania korekty, unieważnienia postępowania.

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 odwołania 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. 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 przez zamawiającego i wskazana na druku ZP-2 opiewa na kwotę 151 639,34 zł, stanowiącą równowartość 39 111,54 euro i jest mniejsza 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, ustalonej dla zamawiających z sektora finansów publicznych w wysokości równoważnej kwocie 133 tys. euro – dla dostaw i usług.

Skład orzekający uznał, iż odwołanie dotyczy 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. 1a dopuszczalne tylko w zakresie określenia przez zamawiającego sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zarzuty dotyczące sposobu opisu przedmiotu zamówienia, czy też zapisów wzoru umowy zdecydowanie nie mieszczą się w sposobie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. W szczególności, skład orzekający podejmując decyzję o odrzuceniu odwołania musiał rozstrzygnąć, czy zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu, w zakresie w jakim rzutują na wymagane, w celu potwierdzenia ich spełnienia, 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 pzp stanowią blankietowe określenie warunków, od których spełnienia warunkowane 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 jego 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 pod szczególną uwagą 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 spotkania w art. 36 ust. 1 pkt 5 pzp dotyczącym wymaganej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Sposób oceny spełniania określonych przez zamawiającego warunków jest szczególnie widoczny w przetargu ograniczonym, w którym zamawiający często dokonują opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku w celu przyznania punktacji według ustalonego przez zamawiającego znaczenia warunków. Z całą pewnością, nie można postawić znaku równości pomiędzy opisem warunku, a sposobem oceny jego spełniania. Odwołanie się pośrednio w treści odwołania do wskazanych przez zamawiającego dokumentów, mających służyć ocenie warunków, nie zmienia przedmiotu zaskarżenia, którym są warunki podmiotowe ustalone przez zamawiającego w zakresie poziomu zdobytego doświadczenia zawodowego, koniecznego potencjału kadrowego oraz osiągniętego przychodu. Potwierdza to sam odwołujący swoim stwierdzeniem na stronie 4 odwołania, iż „Cały rozdział poświęcony dokumentom jakie mają przedstawić wykonawcy na okoliczność spełniania warunków jest konsekwencją tych warunków i zawiera te same uchybienia co warunki podmiotowe uczestnictwa. Zarzuty dotyczące warunków automatycznie przenoszą się zatem na dokumenty”. Sposób oceny spełniania warunku wskazany został przez zamawiającego i będzie się on odbywał na podstawie oświadczeń i dokumentów wg formuły „spełnia – nie spełnia”, na co zwrócił uwagę sam odwołujący, powołując się na treść ogłoszenia sekcja III.2 ppkt 1.7.

Na tej podstawie skład orzekający uznał, iż odwołanie podlega odrzuceniu, jako niedopuszczalne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), kosztami zamawiającego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z przedłożonym rachunkiem), Izba obciążyła odwołującego.

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....