

Sygn. akt KIO/UZP 1235/09

POSTANOWIENIE
z dnia 23 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Jankowska

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **21 września 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **Ekoinbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 80-180 Gdańsk, ul. Wielkopolska 5A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Muzeum Zamkowe w Malborku, 82-200 Malbork, ul. Starościńska 1**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie XXX.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania Ekoinbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 80-180 Gdańsk, ul. Wielkopolska 5A 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 uiszczonego przez **Ekoinbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 80-180 Gdańsk, ul. Wielkopolska 5A**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) przez **Ekoinbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 80-180 Gdańsk, ul. Wielkopolska 5A** na rzecz **Muzeum Zamkowego w Malborku, 82-200 Malbork, ul. Starościńska 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;

- 4) 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 **Ekoinbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 80-180 Gdańsk, ul. Wielkopolska 5A**

Uzasadnienie

Zamawiający – Muzeum Zamkowe w Malborku, ul. Starościńska 1, 82-200 Malbork – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na Roboty budowlane – prace konserwatorskie elewacji skrzydła zachodniego i północnego Zamku Średniego Muzeum Zamkowego w Malborku w ramach realizacji projektu współfinansowanego z priorytetu 2.3 Mechanizmu Finansowego Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Norweskiego Mechanizmu Finansowego pn. Zespół Rezydencjonalny Wielkich Mistrzów na Zamku Średnim w Malborku – Pałac wraz ze Skrzydłem Zachodnim – Kontynuacja prac. Znak sprawy Zp 09-2009.

Postępowanie prowadzone jest w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 7 sierpnia 2009 roku wykonawca Ekoinbud Sp. z o.o., 8-180 Gdańsk, ul. Wielkopolska 5a, wniósł protest na zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu, postanowień umowy zawartych w Załączniku Nr 5 do siwz – warunki umowne oraz na błędne zakwalifikowanie przedmiotu zamówienia, co doprowadziło do niewłaściwego zastosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 31 ust. 1 i 4, art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6, art. 37 ust. 2, art. 42 ust.1 ustawy Pzp oraz innych, wymienionych w treści uzasadnienia.

Pismem z dnia 12 sierpnia 2009 roku zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu stwierdził, iż na wykonanie prac objętych postępowaniem posiada decyzje – pozwolenie na budowę nr 233/2009 z dnia 29 czerwca 2009 roku wydaną przez Starostę Malborskiego, więc, w jego ocenie, zakwalifikowanie przedmiotu zamówienia do robót budowlanych jest prawidłowe w świetle ustawy Pzp i Prawa budowlanego.

Ponadto stwierdził między innymi, iż postawił warunki udziału w postępowanie według własnych oczekiwań w stosunku do wykonawców, a także, iż wykonawcy przy dokonywaniu wyceny prac samodzielnie powinni dokonywać kwalifikacji robót do robót budowlanych i prac konserwatorskich.

W dniu 17 sierpnia 2009 roku pismem złożonym w polskiej placówce operatora publicznego protestujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W odwołaniu odwołujący się zarzucił zamawiającemu, iż oddalenie protestu powoduje, iż postępowanie narusza podstawowe zasady Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający oddalił bowiem zarzut dotyczący opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, tj. zapisu w pkt 5 ppkt 5.1.3 siwz. Ze wskazanego zapisu wynika, że *o udzielenie zamówienia publicznego mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, określone w art. 22 ustawy Pzp. W szczególności zamawiający wymaga, aby wykonawcy wykazali, że (...) znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia; warunek ten będzie spełniony przez wykonawcę, jeżeli osiąga zysk oraz obrót na produkcji budowlano-konserwatorskiej nie mniejszy niż 4.000.000,00 zł rocznie w ostatnich latach obrotowych.* Sytuacja taka jest analogią do opisanej w postanowieniu Sądu Okręgowego z dnia 30 czerwca 2009 roku sygn. akt XIX Ga 207/09. Użyte przez zamawiającego w pkt 5 ppkt 5.1.3 siwz sformułowanie: „warunek ten będzie spełniony przez wykonawcę, jeżeli osiąga zysk...”, mieści się w pojęciu opisu sposobu oceny warunku udziału w postępowaniu, jako czynności poprzedzającej samą ocenę spełniania warunku (ograniczoną do ustalenia „spełnia – nie spełnia”). Zatem, opisana sekwencja czynności wypełnia dyspozycję art. 184 ust. 1a pkt 2 ustawy Pzp i upoważnia wykonawcę do złożenia odwołania.

Z uwagi na powyższe odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez działanie wbrew zasadom uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w uzyskaniu zamówienia publicznego oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 w zw. Z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp poprzez określenie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, tj. wskazanie, że warunek udziału w postępowaniu będzie spełniony przez wykonawcę, jeżeli wykaże, że osiąga zysk oraz obrót na produkcji budowlano-konserwatorskiej nie mniejszy niż 4.000.000 zł rocznie w ostatnich 3 latach obrotowych.

Ponadto odwołujący się podtrzymał zarzut podniesiony w proteście, dotyczący błędnego zakwalifikowania przedmiotu zamówienia do robót budowlanych, a nie do usług, czego konsekwencją jest przede wszystkim pominięcie przez zamawiającego obowiązków związanych z prowadzeniem postępowania o wartości zamówienia wyższej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 5 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 6 ust. 4 ustawy Pzp poprzez błędne zakwalifikowanie przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie – ograniczenie wykonawcom dostępu do środków ochrony prawnej, m.in. przez działanie zmierzające do uniemożliwienia wniesienia odwołania na podstawie art. 184 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący się wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu dokonania stosownych modyfikacji wadliwych elementów siwz, uniemożliwiających prawidłowe złożenie ważnej oferty w niniejszym postępowaniu;

- 2) względnie, w związku z błędnym zakwalifikowaniem przedmiotu zamówienia, w wyniku czego postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym z udziałem właściwie umocowanych pełnomocników stron, przeprowadziła dowody z dokumentacji akt sprawy, w tym: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nadto rozważyła stanowiska pełnomocników stron, ustaliła i zważyła co następuje:

Stosownie do art. 187 ust. 6 ustawy – Pzp Krajowa Izba Odwoławcza obowiązana jest każdorazowo badać, czy nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania. Katalog przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania zawarty jest w art. 187 ust. 4 ustawy.

W myśl art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp 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.

Istotą sporu było w pierwszej kolejności zakwalifikowanie przez zamawiającego przedmiotu niniejszego postępowania do robót budowlanych.

W myśl art. 2 pkt 8 *in principio* ustawy Pzp przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku – Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 roku Nr 156, poz. 1118). Z kolei poprzez roboty budowlane – w myśl art. 3 pkt 7 Prawa budowlanego rozumieć należy budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego.

W myśl art. 28 ust. 1 ustawy Prawo budowlane roboty budowlane można rozpocząć jedynie na podstawie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę, z zastrzeżeniem art. 29-31. Zgodnie zaś z art. 29 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo budowlane pozwolenia na budowę nie wymaga wykonywanie robót budowlanych polegających na remoncie istniejących obiektów budowlanych i urządzeń budowlanych, **z wyjątkiem obiektów wpisanych do rejestru zabytków.**

Zamawiający w niniejszym postępowaniu posiada decyzję nr 233/09 z dnia 29 czerwca 2009 roku – pozwolenie na budowę, wydaną przez Starostę Malborskiego. Decyzja ta jest decyzją ostateczną od dnia 14 lipca 2009 roku, o czym świadczy umieszczona na niej klauzula.

Niezależnie od faktu istnienia ostatecznej decyzji – pozwolenie na budowę, w ocenie Izby przedmiotowe postępowanie jest robotą budowlaną.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż przedmiotem rozpatrywanego zamówienia publicznego są roboty budowlane, których wartość, zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego, złożonymi w piśmie z dnia 25 sierpnia 2009 roku wynosi 5.828.865,31 zł, co zgodnie ze średnim kursem obowiązującym na podstawie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 241, poz.1762) stanowi równowartość 1.503.408,56 euro. Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia nie przekracza równowartości kwoty 5 150 000 euro.

W związku z powyższym oraz stosownie do przepisów 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) uznać należy, iż przepis art. 184 ust. 1a ustawy – Prawo zamówień publicznych znajduje zastosowanie w przypadku robót budowlanych o wartości niższej niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 5.150.000 euro.

Wskazując na powyższe zasadnym jest stwierdzenie, iż w przedmiotowym postępowaniu, na zasadzie art. 184 ust. 1a ustawy – Prawo zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego okoliczności wyraźnie w przytaczanym przepisie wymienionych, 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
- 4) odrzucenia oferty.

Odwołujący się podnosi, iż zarzutem odwołania jest opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu polegający na wymogu, by wykonawca znajdował się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, przy czym warunek ten będzie spełniony, jeżeli wykonawca osiąga zysk oraz obrót na produkcji budowlano-konserwatorskiej nie mniejszy niż 4.0000.000 zł rocznie w ostatnich 3 latach obrotowych.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska odwołującego się. W ocenie Izby wniesione odwołanie dotyczy *stricte* warunku udziału w postępowaniu, a więc czynności, która nie została wymieniona w art. 184 ust. 1a ustawy Pzp.

Wskazany w art. 184 ust. 1a pkt 2 ustawy Pzp opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz opis warunków udziału w postępowaniu to różne od

siebie pojęcia. Wskazuje na to między innymi art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nakazujący podanie w siwz zarówno opisu warunków udziału w postępowaniu jak i opisu sposobu dokonywania warunków udziału w postępowaniu. Podobne rozróżnienie znajduje się w art. 47 pkt 7 ustawy Pzp dotyczącym treści ogłoszenia o zamówieniu, a także w stosunku do innych trybów (np. art. 48 ust. 2 pkt 6, art. 63 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp).

Z powyższego wynika więc obowiązek obligatoryjnego zamieszczenia w SIWZ opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełnienia. Skoro bowiem o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się tylko ci wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 p.z.p., następnie uszczegółowione przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ, warunki te muszą być określone jednoznacznie i nie mogą wykraczać poza regulacje ustawowe, a więc zawarte w p.z.p. oraz aktach wykonawczych do przedmiotowej ustawy, w tym rozporządzeniu 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 (Dz. U. Nr 87, poz. 605 z późn. zm.). Zamawiający zobowiązany jest bowiem w SIWZ dokładnie określić, jakie oświadczenia i jakie dokumenty powinien złożyć wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz w jakiej formie je potwierdzić.

Ponadto zamawiający zobowiązany jest podać opis sposobu, w jaki będzie oceniał spełnianie postawionych wykonawcom warunków, a "ocena spełniania warunków powinna być dokonana na podstawie złożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów" (M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s. 175).

Istotnie opis sposobu spełnienia warunku jest powiązany z opisem warunku, nie oznacza to jednak, iż odwołanie w istocie przysługuje na opis warunku. Z treści przepisu wynika bowiem wyłączne 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, ale absolutnie nie może dotyczyć opisu samego warunku udziału. Skład orzekający podziela tu w pełni stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2009 roku (KIO/UZP 808/08).

Mając na uwadze powyższe odwołanie należało odrzucić na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a pkt 2, ust. 2 oraz ust. 4 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 ze zm.).

Stosownie do art. 194 ust. 1 i 195 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) na niniejsze postanowienie przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w terminie 7 dni od dnia doręczenia postanowienia, do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....