

POSTANOWIENIE

z dnia 7 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Andrzej Niwicki

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 7 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Piotra Kalembę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „FRANSLAW”, Zdrój 6, 62-065 Grodzisk Wielkopolski

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Województwo Zachodniopomorskie – Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie Al. Papieża Jana Pawła II 42, 70-415 Szczecin

protestu z dnia 13 października 2009 r.

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Piotra Kalembę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „FRANŚLAW”, Zdrój 6, 62-065 Grodzisk Wielkopolski i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Piotra Kalembę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „FRANŚLAW”, Zdrój 6, 62-065 Grodzisk Wielkopolski,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Piotra Kalemby prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „FRANŚLAW”, Zdrój 6, 62-065 Grodzisk Wielkopolski.**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych o nazwie: *Bielinek – Osinów Dolny. Odbudowa (modernizacja) wału przeciwpowodziowego zadanie 2, 3, 4 w km 3+100 ÷ 9+800. Zadanie 2, km 3+100 ÷ 6+700* prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 7 października 2009 r. pod numerem 349862. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego tego samego dnia. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1.267.986,02 zł, tj. 327.044,96 euro).

13 października 2009 r. Odwołujący wniósł protest, a po jego oddaleniu przez Zamawiającego, 23 października 2009 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 oraz art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. przejawiające się określeniem warunków udziału w postępowaniu i oceny spełniania tych warunków w zakresie doświadczenia niezbędnego do prawidłowego wykonania zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz przejawiające się przekroczeniem uprawnień Zamawiającego w zakresie żądania od Wykonawców dokumentów, a tym samym naruszenie dobrych obyczajów, czyli norm moralnych i obyczajowych w stosunkach gospodarczych co skutkuje oczywistym naruszeniem interesu prawnego wykonawcy składającego odwołanie,

2. naruszenie art. 30 ust. 4 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wskazania o dopuszczeniu rozwiązań równoważnych opisywanemu przedmiotowi zamówienia, a spełniających określone wymagania, co również ogranicza uczciwą konkurencję.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu ich oceny w zakresie doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia tj. dopuszczenie do udziału wykonawców legitymujących się w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres wykonywania działalności jest krótszy, to w tym okresie, doświadczeniem w wykonywaniu robót odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, a w ich ramach wykonanie przynajmniej jednego zamówienia polegającego na uszczelnieniu wału przeciwpowodziowego poprzez wykonanie przegrody przeciwfiltracyjnej jedną z uznanych metod, gwarantujących uzyskanie wymaganej wytrzymałości i ciągłości o parametrach odpowiadających przedmiotowi zamówienia,

2. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji przedmiotu zamówienia jako bezpośredniej konsekwencji zmiany opisu warunków udziału i sposobu ich oceny poprzez dopuszczenie równoważnej metody (technologii) wykonania uszczelnienia wału przeciwpowodziowego polegającego na wykonaniu przegrody przeciwfiltracyjnej do metody wymaganej obecnie przez Zamawiającego (metody głębokiego mieszania) tj. takich metod jak metoda

wibracyjna i metoda szczeliny kopanej albo bez wskazywania metody (technologii), oparcie się wyłącznie na wymaganiach funkcjonalnych uszczelnienia wału przeciwpowodziowego zgodnie z art. 30 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. współczynnika wodoprzepuszczalności, wytrzymałości, grubości i głębokości przedmiotowej przegrody przeciwfiltracyjnej,

3. alternatywnie – nakazanie Zamawiającemu unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści odwołania oraz oświadczeń złożonych podczas posiedzenia Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega odrzuceniu.

Wartość zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 1.267.986,02 zł, tj. 327.044,96 euro, a więc nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli rozporządzeniu 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), w którym wartość tę dla robót budowlanych określono na 5.150.000 euro.

Zgodnie z art. 184 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie, z zastrzeżeniem ust. 1a. Z kolei ust. 1a art. 184 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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.

Pomimo stwierdzenia Odwołującego, iż przedmiotem protestu, a później odwołania jest m.in. „opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu” z treści protestu i odwołania wynika jednoznacznie, że przedmiotem zaskarżenia jest postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim Zamawiający wskazuje na wybraną przez siebie metodę wykonania przegrody przeciwfiltracyjnej, a także, w odniesieniu również do tej metody, opis przedmiotu zamówienia. Jest to więc zakres zaskarżenia, który nie został wskazany w art. 184 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Opis przedmiotu zamówienia w ogóle nie został wymieniony w art. 184 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, tak samo jak warunki udziału w postępowaniu. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż ustawodawca rozróżnił w ustawie warunki udziału w postępowaniu od sposobu oceny ich spełniania, na co wyraźnie wskazuje art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazujący podanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarówno opisu warunków udziału w postępowaniu, jak i opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Podobne rozróżnienie znajduje się w art. 41 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczącym treści ogłoszenia o zamówieniu w przetargu nieograniczonym, a także, dla innych trybów, w art. 48 ust. 2 pkt 6, art. 63 ust. 2 pkt 5, art. 75 ust. 2 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podział taki znajdował się także w art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, uchyloną ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) dotyczącym zakazu modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie m.in. warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania.

Przy czym pojawiający się pogląd, iż warunki udziału w postępowaniu zostały wskazane przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zamawiający ustala tylko sposób ich oceny w danym postępowaniu nie znajduje potwierdzenia w ustawie, gdyż art. 22 ust. 2

ustawy Prawo zamówień publicznych jednoznacznie przesądza, iż to zamawiający, na gruncie punktów wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, określa warunki udziału w postępowaniu: „zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. Art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi więc przepis blankietowy zawierający tzw. często „warunki ogólne”, w ramach którego zamawiający określają konkretne warunki dla danego postępowania, tzw. „warunki szczegółowe”.

Poza tym, gdyby przez „warunki udziału w postępowaniu” rozumieć wyłącznie te określone przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawodawca nie kładłby takiego nacisku na informowanie wykonawców o ich brzmieniu w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia – skoro jest to brzmienie ustawowe. Nie zakazywałby także ich zmiany przywołany powyżej uchylony obecnie art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie byłoby zresztą możliwe zmienić brzmienia przepisu postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zatem „opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” to opis metody, za pomocą której zamawiający będzie badał, czy postawione przez niego warunki zostały spełnione. W przedmiotowej specyfikacji istotnych warunków zamówienia został on opisany na końcu rozdziału V: „Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonana zostanie zgodnie z formułą „spełnia/nie spełnia” w oparciu o informacje zawarte w oświadczeniach i dokumentach wyszczególnionych powyżej, które to postanowienie nie zostało przez Odwołującego oprotestowane i nie stanowi przedmiotu niniejszego odwołania.

Jest to powszechnie stosowany opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w przetargu nieograniczonym, jednak teoretycznie można przyjąć, iż zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia mógłby oświadczyć, iż ocenę warunków przeprowadzi na podstawie np. rozmowy kwalifikacyjnej (dla usług prawniczych,

doradczych itp.) lub oględzin (wykonanych robót budowlanych, usług) i na takie postanowienie przysługiwałyby pełne środki ochrony prawnej.

Sposób oceny jest również widoczny w postępowaniach dwuetapowych, jak przetarg ograniczony i negocjacje z ogłoszeniem, w których zamawiający oprócz samego potwierdzenia spełniania lub niespełniania warunków udziału w postępowaniu kwalifikuje wykonawców przyznając im punkty za „lepsze” spełnianie warunków w oparciu o kryteria ustalone w ogłoszeniu o zamówieniu – art. 51 i art. 57 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Okoliczność, iż sposób oceny spełniania warunku jest ściśle powiązany z opisem warunku, nie oznacza, iż odwołanie przysługiwać będzie na opis warunku. W ocenie Izby z treści przepisu wynika wyłącznie 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.

Brzmienie przepisu art. 184 ust. 1a pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest jasne i nie ma podstaw, by z jego treści wywodzić inne skutki niż wynikające bezpośrednio z wykładni literalnej, gdyż mogłoby to prowadzić do obejścia tego przepisu.

Założenie, iż wykonawcy powinni mieć wpływ na rzetelność postępowania, nie zmienia faktu, iż w art. 184 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca radykalnie ograniczył możliwość wnoszenia odwołań – wyłączył np. możliwość wnoszenia odwołań na opis przedmiotu zamówienia – dla potencjalnych oferentów równie ważny jak warunki udziału w postępowaniu. Należy także zwrócić uwagę na fakt, iż, jako że powyższa kwestia wywołała rozbieżności w orzecznictwie sądowym, swoje stanowisko w tej sprawie, zbieżne ze stanowiskiem Izby, zajął również Sąd Najwyższy w uchwale z 10 grudnia 2009 r. (sygn. Akt III CZP 110/09) stwierdzając, iż odwołanie, które przysługuje na podstawie art. 184 ust. 1a pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie obejmuje rozstrzygnięcia protestu dotyczącego opisu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223 z późn. 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:

.....

.....