

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 8 sierpnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 8 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2013 r. przez wykonawcę **Stalprodukt S. A. z siedzibą w Bochni** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa: Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu**

**orzeka:**

- 1. odrzuca odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Stalprodukt S. A. z siedzibą w Bochni i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Stalprodukt S. A. z siedzibą w Bochni** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa: Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Montaż barier ochronnych przy dk nr 36*”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 28 czerwca 2013 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod poz. 250900.

Wykonawca - Stalprodukt S. A. z siedzibą w Bochni (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 26 lipca 2013 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec treści SIWZ, w związku z dokonaną przez Zamawiającego modyfikacją postanowień SIWZ oraz ogłoszenia z dnia 22 lipca 2013 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 31 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- nakazanie unieważnienia ogłoszenia,
- nakazanie unieważnienia czynności ogłoszenia w zakresie jakim narusza ono przepisy Ustawy o zamówieniach publicznych,
- nakazanie prawidłowego sformułowania treści SIWZ z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz przepisów ustawy poprzez określenie takich warunków udziału, aby nie faworyzowały one jedyne go producenta barier linowych spełniających pierwotne wymagania SIWZ, zwłaszcza w zakresie podziału uczestników na zobowiązanych do sporządzenia projektu, i tego jedyne go który ze sporządzenia projektu jest zwolniony z uwagi na zgodność z opisem przedmiotu zamówienia barier linowych o poziomie powstrzymywania L.
- zasądzenie kosztów postępowania od strony przeciwnej.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał podziału potencjalnych oferentów na tych, którzy zobowiązani są do realizacji przedmiotu zamówienia w trybie zaprojektuj i wybuduj, oraz tego jednego, który od samego początku jako bezkonkurencyjny podmiot spełnia wymagania określone pierwotnie w SIWZ i z tej racji uprawniony jest do złożenia jedynie oferty na wykonanie robót budowlanych. Przy czym Zamawiający: nie określił, żadnych wymagań szczególnych, jakim odpowiadać winien projekt, posługując się przy tym wytycznymi określonymi w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, nie wskazał w jaki sposób dokona porównania dwóch różnych przedmiotów zamówienia tj. wybuduj (jedynego) oraz drugiego, zaprojektuj i wybuduj, dla produktów innych niż bariery linowe.

W ocenie Odwołującego stworzenie przez Zamawiającego takowego podziału powoduje, że koniecznym jest określenie takich kryteriów wyboru, aby uwzględniały, w przypadku oferentów zobowiązanych do przedłożenia projektu, koszty przygotowania takowego projektu, tak aby ostatecznie oferty te mogły być porównywalne. Oferty takie – zdaniem Odwołującego - są nieporównywalne. Tym samym powoduje to uprzywilejowanie oferenta, który jako jedyny spełnia pierwotne wymagania SIWZ, z pokrzywdzeniem tych którzy spełniają jedynie wymagania określone przez Zamawiającego jako równoważne. Odwołujący zaznaczył również, że wyznaczenie obecnie tak krótkiego terminu do złożenia oferty po dokonanej zmianie, stanowi istotne naruszenie przepisów umożliwiając złożenie oferty jedynie podmiotowi, który nie jest zobowiązany do rozpoczęcia prac projektowych. Przy czym Odwołujący zauważył, że sformułowanie w SIWZ jest na tyle ogólne, iż nie jest wiadomym czy oferta ma być już z projektem przedłożona Zamawiającemu, czy projekt ma być dołączony po zawarciu umowy. W tym drugim przypadku koniecznym staje się zatem również wydłużenie terminu wykonania, skoro Zamawiający przewiduje konieczność sporządzenia projektu, który ma być zgodny z prawem budowlanym. Wątpliwości Odwołującego zrodziło także zgodność tego projektu z pozwoleniem na budowę i koniecznością ewentualnego pozyskania zamiennego pozwolenia na budowę na skutek projektu przedłożonego przez oferenta. Nie bez znaczenia dla powyższych wątpliwości jest okoliczność, iż sposób kotwienia oraz usytuowania barier liniowych i barier stalowych jest zgoła odmienny. Zastosowanie zatem barier stalowych, w miejsce linowych skutkować może koniecznością zmian w projekcie budowlanym, stanowiącym podstawę uzyskania pozwolenia

na budowę. To zaś – w ocenie Odwołującego - wymaga uzgodnień z autorem projektu, kierownikiem budowy, które na tym etapie postępowania nie są możliwe do zrealizowania.

W ocenie Odwołującego niezrozumiałym jest stwierdzenie Zamawiającego w zmienionych warunkach SIWZ z 22 lipca 2013, zgodnie z którym "*Zamawiający może posługiwać się jedynie istniejącym projektem barier linowych*". Odwołujący informował, że Zamawiający na etapie rozstrzygnięcia przetargu na Budowę drogi dk 36 i S5 odc. Kaczkowo - Korzeńsko, a także na etapie jego realizacji przez firmę Alpine Bau, dysponował projektem budowlanym oraz projektem wykonania barier, który jest zgodny z obowiązującymi przepisami w zakresie stosowania barier. Dodatkowo dodał, że w 2010 roku Ministerstwo Infrastruktury, mając na uwadze ujednoczenie przepisów w zakresie stosowania barier, wydało stosowne rozporządzenia zmieniające dotychczasowe przepisy, m.in. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. 2010.65.407) i analogiczne w odniesieniu do warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. 2010.65.408), przepisów techniczno-budowlanych dotyczących autostrad płatnych (Dz. U. 2010.65.409) oraz szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach (Dz. U. 2010.65.411). W ocenie Odwołującego we wszystkich tych Rozporządzeniach znalazły się postanowienia mówiące, że: do realizacji inwestycji drogowych, dla których przed dniem wejścia w życie niniejszego rozporządzenia zostało rozstrzygnięte postępowanie o udzielenie zamówienia na projekt, wykonawstwo lub projekt i wykonawstwo, stosuje się przepisy dotychczasowe z zastrzeżeniem ust. 2, który mówi o możliwości stosowania nowych przepisów za zgodą Inwestora. Zdaniem Odwołującego wprowadzenie przez Zamawiającego projektu zamiennego na bariery linowe może spowodować konieczność zmiany projektu budowlanego, a tym samym konieczność uzyskania certyfikacji dla nowego projektu budowlanego, zamiennego pozwolenia na budowę oraz przebudowy już wykonanych robót, czego Zamawiający nie uwzględniła formułując zmodyfikowane warunki zawarte w SIWZ. Jednocześnie sam Zamawiający w Zarządzeniu Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 23 kwietnia 2010 stwierdził, że Wytycznych nie stosuje się do realizacji inwestycji drogowych, dla których przed dniem wejścia w życie niniejszego Zarządzenia zostało rozstrzygnięte postępowanie o udzielenie zamówienia na opracowanie projektu budowlanego, wykonawstwo lub opracowanie projektu budowlanego i wykonawstwo. Ponadto w piśmie z dnia 18 maja 2010 GDDKiA, po konsultacjach z Głównym Urzędem Nadzoru Budowlanego, wyraziła opinię, że w fazie wykonawstwa należy stosować bariery określone w projekcie budowlanym, które zostały dopuszczone do stosowania w budownictwie zgodnie z Ustawą z 16 kwietnia 2010 o wyrobach budowlanych niezależnie od

dokumentu odniesienia. W opinii Odwołującego w praktyce oznacza to, że można stosować takie same bariery jak w projekcie budowlanym, pod warunkiem posiadania znaku CE, dla którego dokumentem odniesienia zamiast Aprobaty Technicznej, na podstawie której wprowadzono do tej pory bariery do obrotu jest obecnie norma PN:EN1317. Mając na uwadze powyższe przepisy, Zamawiający – według Odwołującego - nie może więc twierdzić, że projekt barier linowych, którym dysponuje jest jedynym, którym w chwili obecnej może się posługiwać, gdyż dysponuje również Projektem budowlanym z etapu przetargu na budowę drogi 36 i S5 ode. Kaczkowo - Korzeńsko. Odwołujący wskazał zatem, iż dopiero po wyjaśnieniu tych wątpliwości oraz prawidłowym określeniu przedmiotu zamówienia z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji Zamawiający będzie gotowy do przeprowadzenia przetargu. Obecne próby jego przeprowadzenia w zakresie dotychczasowym w istotny sposób zmierzają jedynie do tego, aby prace były kontynuowane przez dotychczasowych wykonawców, a to stanowi nie tylko naruszenie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, ale narusza normy prawa karnego oraz przepisy prawa europejskiego.

Odwołujący do odwołania załączył dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu z dnia 26 lipca 2013 r. Ponadto Zamawiający odpowiedział na odwołanie. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający pokreślił, iż nie zgadza się z zarzutami Odwołującego, wnosząc o oddalenie odwołania.

**Biorąc pod uwagę powyższe, na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:**

Izba ustaliła, iż w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający w dniu 28 czerwca 2013 r. opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 1 z dnia 28 czerwca 2013 r. ogłoszenia o zamówieniu pod pozycją 250900.

Izba ustaliła również, - co nie jest sporne pomiędzy stronami - iż przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są roboty budowlane.

Ponadto Izba ustaliła, iż szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że Odwołujący uiścił na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych i zero groszy).

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron ustalono także, iż przedmiotem niniejszego odwołania jest - sporządzony przez Zamawiającego - opis przedmiotu zamówienia.

Ponadto istotnym w tym zakresie było stanowisko Odwołującego przedstawione w trakcie posiedzenia. Odwołujący poproszony przez Izbę o wskazanie elementów, części ogłoszenia, które są przez niego kwestionowane, udzielił odpowiedzi, że kwestionuje postanowienia zaczynające się od słów „*dla przykładu w projekcie zostały opisane wymagane parametry barier ochronnych(...)*” do pkt 5 „*zmiana treści SIWZ nr 5*”, jak również kwestionuje zbyt krótki termin składania ofert wyznaczony przez Zamawiającego. De facto Odwołujący zaskarżył postanowienia dotyczące równoważności i dokonanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia (tom III „*Opis przedmiotu zamówienia*”).

Ponadto Odwołujący – na co Izba zwróciła uwagę - w swoim odwołaniu zarzucił naruszenie przepisów art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 31 ust. 2 ustawy Pzp, które to przepisy odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym podstawą faktyczną i prawną zarzutu jest czynność Zamawiającego polegająca na sporządzeniu ogłoszenia i SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Na wstępie należy wskazać, że Izba z urzędu zobligowana jest ustalić, czy zostały spełnione przesłanki skutkujące odrzuceniem odwołania.

Rozpatrując odwołanie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, na podstawie załączonych do akt dokumentów oraz oświadczeń stron, Izba ustaliła, że w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Należy w tym miejscu wskazać, iż na wartość szacunkową zamówienia wskazują nie tylko informacje przekazane przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego, ale również zapisy ogłoszenia o zamówieniu oraz miejsce i sposób jego publikacji.

Jak wynika z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- odrzucenia oferty odwołującego.

Zatem w odniesieniu do postępowań, których wartość nie przekracza kwot, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, ustawodawca w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp określił enumeratywny katalog czynności, od których przysługuje odwołanie. Przywołany przepis nie wymienia czynności opisu przedmiotu zamówienia, a jedynie opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Należy zauważyć, że czym innym są warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania ich oceny zawarte w art. 22 ustawy Pzp, a czym innym jest opis przedmiotu zamówienia sporządzany przez Zamawiającego (art. 29 ustawy Pzp). Warunki udziału dotyczą strony podmiotowej wykonawcy (t.j. np. jego sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdobytego doświadczenia), zaś opis przedmiotu zamówienia dotyczy m. in. przedmiotu, który ma być przez wykonawcę świadczony w przyszłości, a oferta wykonawcy powinna być w tym zakresie zgodna z SIWZ co do ilości, jakości, warunków realizacji oraz innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia – w takim stopniu w jakim oczekiwał tego Zamawiający w ogłoszeniu i SIWZ.

Wobec powyższego, iż Ustawodawca nie dopuścił możliwości zaskarżenia postanowień ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, rozpoznanie odwołania wobec ww. czynności jest zatem niedopuszczalne w postępowaniach o wartości nie przekraczającej kwot, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zatem w niniejszym stanie faktycznym, zarzuty odwołania, wobec brzmienia art. 180 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp nie mogą być przedmiotem rozpoznania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Tym samym odwołanie należało odrzucić na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp (podobnie: postanowienie KIO z dnia 12 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 37/12).

Na marginesie Izba dodaje, że dla postawienia zarzutu niewystarczające jest ogólne wskazanie, że przedmiotem zaskarżenia są warunki udziału oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Za zarzuty należy uznać oświadczenia wykonawcy, w których wykazuje on istnienie konkretnych okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość czynności Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie



zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. Użycie ogólnego sformułowania, że „*Odwołujący wnosi odwołanie od treści SIWZ, wobec rażącego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które przejawiają się w szczególności w niezgodnym z prawem opisem sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (...)*”, nie upoważnia Odwołującego do twierdzenia, że postawiono zarzut dotyczący warunków udziału i opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału - powołując się jednocześnie w tym zakresie na bliżej nieskonkretyzowaną część ogłoszenia i SIWZ. Za zarzut należy uznać konkretne okoliczności faktyczne i prawne wymienione w odwołaniu, a w niniejszym stanie faktycznym dotyczą one opisu przedmiotu zamówienia i naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 31 ust. 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz ust. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....