

Sygn. akt: KIO 515/10

POSTANOWIENIE
z dnia 26 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 26 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 26 marca 2010 roku przez **Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., 00-133 Warszawa, al. Jana Pawła II 24** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Instytut Energii Atomowej POLATOM, 05-400 Otwock-Świerk, ul. Budynek 39**

orzeka:

1. odrzuca odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., 00-133 Warszawa, al. Jana Pawła II 24 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczony przez **Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., 00-133 Warszawa, al. Jana Pawła II 24**, stanowiący koszty postępowania odwoławczego.
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., 00-133 Warszawa, al. Jana Pawła II 24** na rzecz **Instytut Energii Atomowej**

POLATOM, 05-400 Otwock-Świerk, ul. Budynek 39 stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

- 3) dokonać zwrotu kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćdziesiąt sześć złotych, zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., 00-133 Warszawa, al. Jana Pawła II 24**

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

Zamawiający, **Instytut Energii Atomowej POLATOM, ul. Budynek 39, 05-400 Otwock-Świerk** prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Ubezpieczenie grupowe na życie dla pracowników Instytutu Energii Atomowej POLATOM*.

W dniu 22 marca 2010 roku Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 80066-2010 (wydruk ogłoszenia w aktach sprawy).

W dniu 26 marca 2010 roku Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegającej na opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zamieszczonemu w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie poprzez jej dokonanie art. 29 ust. 1 i ust. 4, art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 805 § 1 Kodeksu cywilnego.

Uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska stron przedstawione na posiedzeniu, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 22 marca 2010 roku, tj po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia

2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji”.

Jak ustalono na podstawie akt sprawy – pisma Zamawiającego z dnia 1 kwietnia 2010 roku oraz oświadczenia zamawiającego na posiedzeniu, wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

Odwołanie w niniejszej sprawie dotyczyło czynności wprowadzenia do treści SIWZ postanowień zobowiązujących Wykonawcę do zawarcia – oprócz umowy ubezpieczenia grupowego na życie pracowników Zamawiającego – także umów cywilnoprawnych, których rolę zamawiającego/zleceniodawcy/ Zamawiający przypisał wykonawcy, a także jednostronnie ustalił przedmiot i wysokość wynagrodzenia, tj. umów, o których mowa w Warunkach Szczegółowego Przedmiotu Zamówienia, załącznik nr 5 do SIWZ, punkty 1.11.1-4. Zdaniem Odwołującego postanowienia SIWZ w sposób rażąco naruszają przepisy bezwzględnie obowiązującego prawa cywilnego i prawa zamówień publicznych poprzez niedopuszczalną czynność uzależniającą ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu od zobowiązania się wykonawcy do zawarcia dwóch dodatkowych umów cywilnoprawnych.

W tak potwierdzonym stanie faktycznym skład orzekający Izby stwierdził, iż zachodzi przesłanka skutkująca koniecznością odrzucenia odwołania na posiedzeniu.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy wskazano wyraźnie, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

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

Skład orzekający uznał, iż odwołanie dotyczy czynności, wobec których ustawodawca wyłączył prawo zaskarżenia decyzji zamawiającego. W przypadku wnoszenia środków ochrony prawnej na zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia odwołanie jest na

gruncie przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp dopuszczalne tylko w zakresie określenia przez zamawiającego sposobu oceny dokonywania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zarzuty dotyczące sposobu opisu przedmiotu zamówienia, czy też zapisów wzoru umowy zdecydowanie nie mieszczą się w sposobie oceny dokonywania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W szczególności, skład orzekający podejmując decyzję o odrzuceniu odwołania musiał rozstrzygnąć, czy zarzuty dotyczące obowiązków nałożonych na wykonawców biorących lub chcących wziąć udział w postępowaniu a znajdujące się w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia, rzutują na warunki udziału w postępowaniu i mogą być uznane za dotyczące opisu sposobu oceny dokonywania 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 4 powołanego artykułu jest istotny w kontekście ustaleń Izby, gdyż wskazuje na konieczność dookreślenia przez zamawiającego warunków wskazanych w ustępie 1 przez pryzmat związania warunków z przedmiotem zamówienia i jego proporcjonalnością do przedmiotu zamówienia. 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 dokonywania ich oceny w art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp. Sposób dokonywania 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 dokonywania oceny jego spełniania. Sposób dokonywania oceny spełniania warunku wskazany został przez zamawiającego w specyfikacji i będzie się on odbywał na podstawie dokumentów zgodnie z formułą „spełnia – nie spełnia” (strona 5 SIWZ, pkt 15.2.6). Nie ma w tym miejscu żadnych odniesień do warunków zawartych w opisie przedmiotu zamówienia i związanych już z samym zakresem realizacji świadczenia w przypadku zawarcia umowy z wybranym wykonawcą.

Biorąc pod uwagę powyższe wywody Izby oraz wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, z powodu braku tego typu czynności w katalogu pomieszczonym w art. 180 ust. 2 Pzp stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 180 ust. 2, ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiej czynności jak opis przedmiotu zamówienia czy opis sposobu spełnienia świadczenia wynikającego z umowy. Tym samym zasadne stało się odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie i art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp czyli stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) na niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga**.

Przewodniczący:

.....