

POSTANOWIENIE
z dnia 24 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Luiza Łamejko
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **24 kwietnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Henryka Króla prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlany inż. Henryk Król ul. Stanisława Staszica 25, 43-174 Łaziska Górne** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Gminy ul. Dąbrowszczaków 133, 43-175 Wyry** protestu z dnia **26 marca 2009 r.**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Henryka Króla prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlany inż. Henryk Król ul. Stanisława Staszica 25, 43-174 Łaziska Górne 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 **Henryka Króla prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlany inż. Henryk Król ul. Stanisława Staszica 25, 43-174 Łaziska Górne;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz 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 **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Henryka Króla prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlany inż. Henryk Król ul. Stanisława Staszica 25, 43-174 Łaziska Górne.**

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

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, rozpatrując odwołanie wniesione przez Odwołującego, tj. Zakład Budowlany inż. Henryk Król, ul. Stanisława Staszica 25, 43-174 Łaziska Górne i złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę i rozbudowę obiektu Zespołu Szkół w Wyrach przy ul. Puszkina wszczętym przez Zamawiającego tj. Gminę Wiry stwierdził, że zaistniała przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania na posiedzeniu, przewidziana w art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Zgodnie z tym 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 Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu będącym postępowaniem o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, złożone odwołanie dotyczy innego zakresu niż określony w art. 184 ust. 1 a Pzp. Z tego względu Izba ma obowiązek odrzucić odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 Pzp.

W niniejszej sprawie przedmiotem zamówienia publicznego są roboty budowlane, których wartość, zgodnie z informacją Zamawiającego zawartą w piśmie z dnia 15 kwietnia 2009 r., została oszacowana na 7.902.831,00 zł, co stanowi równowartość 2.038.335 euro. Zatem wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty 5 150 000 euro (wartość tzw. progu UE do robót budowlanych) wskazanej w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z

dnia 19.12.2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 241, poz. 1762).

Zgodnie z przepisem art. 184 ust. 1a Pzp, w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (czyli dla robót budowlanych o wartości poniżej 5 150 000 euro), odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego następujących czynności Zamawiającego: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia oferty. Ustawodawca określił więc w sposób enumeratywny czynności, w stosunku do których przysługuje prawo do wniesienia odwołania.

Opierając się na wykładni językowej, Izba stwierdziła, że w katalogu tych czynności nie ujęto przypadków czynności opisu warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiającego, czy to w ogłoszeniu o zamówieniu, czy to w SIWZ, lecz czynność opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, co oznacza, że odwołanie w tym pierwszym przypadku nie przysługuje. W przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący domagał się powtórzenie wadliwej czynności Zamawiającego dotyczącej określenia warunków, jakie winni spełniać Wykonawcy biorący udział w postępowaniu poprzez nakazanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez dopuszczenie w ramach wykazania doświadczenia zawodowego wykonawców robót polegających na budowie obiektu użyteczności publicznej oraz referencji i innych dokumentów zgodnych z rozporządzeniem 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. Żądaniem Odwołującego jest wykreślenie z pkt V 2 a) SIWZ części treści warunku udziału w postępowaniu, w której dokonano ograniczenia kręgu wystawców referencji do referencji wystawianych przez inwestora bezpośredniego oraz warunku wykazania posiadania doświadczenia w zakresie budowy i remontu obiektu szkolnego o określonej kubaturze i wartości.

W ocenie Izby opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, to określenie sposobu, w jaki Zamawiający będzie oceniał, czy dany Wykonawca będzie spełniał warunki udziału w postępowaniu, na zasadzie metody zero-jedynkowej („*spełnia – nie spełnia*”) poprzez przedłożenie wymaganego dokumentu lub oświadczenia na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy też, jak w przetargu ograniczonym, np. poprzez punktację mającą wyłonić 5 Wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu w stopniu najwyższym. Natomiast opis warunków udziału w postępowaniu stanowi konkretyzacje wymogów ustawowych, określonych

w art. 22 ust.1 Pzp. Opis ten ma być zgodnie z art. 22 ust. 2 Pzp dokonany przez Zamawiającego w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia w danym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego.

Ewentualne stanowisko, że w ramach opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zawiera się także opis warunków udziału w postępowaniu wobec wyraźnego i jednoznacznego rozróżnienia tych czynności Zamawiającego w obowiązujących przepisach Pzp, jest błędny.

Izba wskazuje, że tak art. 36 ust. 1 pkt 5, jak i art. 41 pkt 7 Pzp wyraźnie rozróżniają opis warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, stanowiąc o obowiązku wyraźnej regulacji tej materii w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu, w tym wypadku w ramach przetargu nieograniczonego. Podobną regulację zawiera art. 48 ust. 2 pkt 6 Pzp, stanowiąc o obowiązku zawarcie w ogłoszeniu o zamówieniu w ramach przetargu ograniczonego, opisu warunków udziału w postępowaniu wraz z podaniem ich znaczenia oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Powyższy przepis stosuje się również odpowiednio do negocjacji z ogłoszeniem (art. 56 ust.1 Pzp) oraz dialogu konkurencyjnego (art. 60c ust.1 Pzp). Także w ramach zaproszenia do negocjacji bez ogłoszenia, art. 63 ust. 2 pkt 5 Pzp posługuje się opisem warunków udziału w postępowaniu oraz opisem sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Podobnie art. 75 ust. 2 pkt 9 Pzp odnośnie ogłoszenia o zamówieniu w ramach licytacji elektronicznej.

Reasumując, tak wykładnia językowa, jak i wykładnia systemowa w ramach wskazanych przepisów Pzp wskazuje, że jeśli Odwołujący kwestionuje czynność opisu warunków udziału w postępowaniu, czyli - jak w tym wypadku - postawiony przez Zamawiającego warunek doświadczenia wymaganego od wykonawcy, czynność ta nie podlega zaskarżeniu w trybie odwołania dla zamówień poniżej progów unijnych.

W tym stanie rzeczy, Izba odrzuca odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 w związku z art. 184 ust. 1a Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....