

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 czerwca 2009 r.

Sąd Okręgowy w Świdnicy Wydział VI Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący S.S.O. Alicja Chrzan (spr.)

Sędziowie 5.0, Agnieszka Terpitowska

S-O. Jerzy Dydo

Protokolant st. sekretarz sąd. Grażyna Pawlicka
po rozpoznaniu w dniu 23 czerwca 2009r, w Świdnicy
na rozprawie sprawy

wykonawcy: PRO-TRABUILDING Spółki z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

przeciwko zamawiającej mu: Gminie Wałbrzych - Zarządowi Dróg i Komunikacji
w Wałbrzychu

o zamówienie publiczne

na skutek skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2009 r.
sygnatura akt KIO/UZP 371/09

I. prostuje oznaczenie zamawiającego w zaskarżonym postanowieniu w ten sposób, że przed wyrazami w brzmieniu: „Zarząd Dróg i Komunikacji w Wałbrzychu” dopisuje wyrazy w brzmieniu: „Gmina Wałbrzych -

II. uchyla zaskarżone postanowienie i oddala odwołanie od rozstrzygnięcia protestu wykonawcy PRO-TRABUILDING Spółki z o.o. z siedzibą we Wrocławiu z dnia 18 marca 2009r;

III. nie obciąża wykonawcy kosztami postępowania.

Wykonawca: PRO-TRABUILDING Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

Przewodniczący: Alicja Chrzan
Sędziowie: Agnieszka Terpitowska, Jerzy Dydo

Protokolant: Grażyna Pawlicka

Sygnatura akt VI Ga 68/09

Sygnatura akt VI Ga 68/09

UZASADNIENIE

Wykonawca PRO-TRABUILDING sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniosł

odwołanie od rozstrzygnięcia zamawiającej - tyniny Wałbrzych ' Zarządu Dróg i Komunikacji w Wałbrzychu / dnia 11.0.12009 r. oddalającego w całości jego protestu w postępowaniu i u przetargowym pod nazwą: „Remont drogi gminnej nr 1 lóS.56 U AL Podwale w Wałbrzychu - etap I (remont nawierzchni je/drii lewej - wewnętrznej)¹.

Wykonawca zaskarżył postanowienie zawarte w pkt.6.1.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia {Swiz} określające wymóg doświadczenia wykonawcy w realizacji robót podobnych poprzez udokumentowanie wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na wykonaniu warstwy podbudowy z mieszanki MCE metodą recyklingu na powierzchni co najmniej L 5.000 m kw.

Zarządził, iż wymóg taki tworzy niezgodne z prawem warunku udziału w postępowaniu, w szczególności powoduje nadużycie prawa przyznanego zamawiającemu przepisem art. 41 pkt 7 i art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, iż dopuszczalne jest tworzenie podmiotowych i przedmiotowych kryteriów ograniczających konkurencję oraz narusza zasadę równości i powszechności zamówień publicznych,

Nadto wykonawca zarządził naruszenie art. 7 ust. 1 tej ustawy, który stanowi, że zamawiający obowiązany jest traktować na równych prawach wszystkie podmioty ubiegające się o zamówienia publiczne.

Wykonawca wniosł o zmianę zaskarżonego postanowienia swiz w ten sposób, że wymagane doświadczenie dotyczyłoby wykonania albo jednej roboty polegającej na wykonaniu warstwy podbudowy z mieszanki MCE, metodą recyklingu na powierzchni co najmniej 15 m kw, albo, dopuszczaloby możliwość udokumentowania robót na

powierzchni 15 (MIC m kw. jako luból wykonywanych przez różnych członków konsorcjum (suma robót).

Krajowa Izba Odwoławcza pisała wzywaniem z dnia 03 kwietnia 2009 r, w sprawie o sygn. akt KIO; IIZP 371/09 odrzuciła odwołanie wykonawcy PRO - TRA Ruiling Sp. z o.o. we Wrocławiu od rozstrzygnięcia zamawiającej Gminy Wałbrzych - Zarządu Dróg i Komunikacji w Wałbrzychu oddalającego protest oferenta z dnia 04.03.2009 r. i orzekła o kosztach postępowania.

Powyższe rozstrzygnięcie Krajowa Izba Odwoławcza wydała w oparciu o następujące ustalenia:

Zamawiająca Gmina Wałbrzych - Zarząd Dróg i Komunikacji w Wałbrzychu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w (rybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania inwestycyjnego pod nazwą t „Remont drogi gminnej nr 1 lóBSó D AL, Podwale w Wałbrzychu - etap I (remont nawierzchni jezdni lewej - wewnętrznej)¹, Ogłoszenie zostało Opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25.02.2009 r. nr ogłoszenia 406014 - 2 (09).

W sprawie przedmiotem zamówienia publicznego są roboty budowlane, których wartość została oszacowana na 6,271,71 .00 zł (co stanowi 1.517.63 f,22 euro).

Treść art. 154 ust 1 a ustawy o zamówieniach publicznych, który dotyczy postępowania w przedmiocie robót, budowlanych poniżej 5.150,00 euro, zawiera Hierarchy katalog czynności od których służy odwołanie od rozstrzygnięcia protestu i obejmuje ; wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia a. zamówienia z wolnej ręki i zapytania ofertę. Opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenie wykonawcy z postępowaniem lub odrzucenie oferty.

W ocenie Komisji, w katalogu tych czynności nie ujęto przypadków CytulóSci opisu warunków udziału przez zamawiającego, czy to w ogłoszeniu o zamówieniu. czy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Ujęto tylko czynności opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, co oznacza, że w tym pierwszym przypadku odwołanie nie przysługuje.

Zdaniem Izby opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu to określenia sposobu w jaki zamawiający będzie oceniał czy dany wykonawca będzie spełniał warunki udziału w postępowaniu na zasadzie metody zerojedynkowej.

Kam miał opis warunków udziału w postępowaniu stanowi konkretyzację blankietowych wymogów ustawowych, określonych w art. 22 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby jeśli wykonawca kwestionuje czynność opisu warunków udziału w postępowaniu czyli w tym przypadku postawiony przez zamawiającego warunek doświadczenia wymaganego od wykonawcy w realizacji robót podobnych - to czynność ta nie podlega zaskarżeniu w trybie odwołania dla zamówień publicznych poniżej progów unijnych.

Skargę na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej wywiódł Prezes L. rzędu Zamówień Publicznych zarzucając mu:

1) - naruszenie przepisu prawa materialnego tj. art. 184 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną jego wykładnię i uznanie, że odwołanie nie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego warunków udziału w postępowaniu (opisu warunków udziału w postępowaniu i tj.

2. naruszenie przepisu postępowania tj. art. 117 ust. 4 pkt 1 Pzp poprzez odrzucenie odwołania wykonawcy PKO - TRA Building Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, pniifiriLi, że odwohynie dotyczyło czynności określonej w art. 184 ust. 1 a pkt 2 ustawy Pzp.

Wskazując rta powyższe na psaisawię ark 1% ust. 1- w zw, z art- 198 ust, 2 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego jlosranowienia w całości i orzeczenie co do isLoly sprawy tj. co do oceny zasadności odwołania wykonawcy PKO - TKA lśni kling sp. z o.o. z dnia 14 marca 2009 r.

Sąd Okręgowy zważy], co następuje :

Skarga zasługiwała na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią art. 184 ust. 1 i 2 ustawy w brzmieniu obowiązującym od dnia 24 października 2008 r. Prawo zamówień publicznych, od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie, przy czym w postępowaniu o wab kiści niniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (to jest w postępowaniu o roboty budowlane o wartości poniżej 5.15-ChCO euro) odwołanie przysługuje od rozstrzygnięcia proledu dotyczącego: T) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapyłania o cenę, 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, 3) wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, 4) odrzucenia oferty.

W ocenie Sądu treść przytoczonemu przepisowi nie pozwala na zaakceptowanie zawężającej wykładni dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą w zaskarżonym postanowieniu.

Powołany przepis wprowadza ograniczenie w korzystaniu z instytucji odwołania w sytuacjach, gdy wartość przedmiotu zamówienia znajduje się poniżej dolnych progów unijnych właściwych dla poszczególnych rodzajów zamówień (dla robót budowlanych wartość progu UH wynosi 5.151),000 euro). Niemniej jednak w przedmiotowej sprawie odwołanie wykonawcy¹ mieści się w zakresie dyspozycji wyznaczonej przez treść art. 184 ust.

1 a pkt 2 Pzp.

Sąd Okręgowy podziela stanowisko skarżącego, w świetle którego nie sposób rozdzielić opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu od samych warunków udziału w tymże postępowaniu, albowiem nie stanowią one osobnej kategorii normatywnej.

Wbrew stanowisku Krajowej Izby Odwoławczej nie wskazuje na to treść art. 184 ust. 1 pkt 5 ani art. 41 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, które te przepisy wprowadzają co prawda rozróżnienie na opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, niemniej jednak traktować to należy jako całość pozostającą ze sobą w nierozdzielalnym związku.

lak słusznie wskazał przy tym skarżący, opis sposobu dokonywania oceny spełniania

warunków nie może istnieć bez uprzedniego określenia tychże warunków.

Dokonując wykładni faktu, że przepis art. 184 ust. 1 pkt 2 w połączeniu z treścią art. 36 ust. 1 pkt 5 i art. 41 pkt 7 ustawy oczywistą rzeczą jest, że opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnieść się musi do warunków jakie zostały wskazane przez zamawiającego, by wykonawca mógł uczestniczyć w postępowaniu.

Nadto zauważyć należy, że z datą przystąpienia do Unii Europejskiej Polska ma obowiązek implementacji Dyrektywy Rady 7 dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. UE - sp. 06-1 -24) mającej zastosowanie do zamówień, o których mowa w Dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu europejskiego i Rady z dnia 13 grudnia 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

Według art. 1 ust. 3 powyżej Dyrektywy z dnia 21 grudnia 1989 r. Państwa Członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

Rada Wspólnot Europejskich, uznając, że udostępnienie skutecznych i szybkich środków odwoławczych w przypadku naruszenia prawa Wspólnoty w dziedzinie zamówień publicznych lub też krajowych przepisów wykonujących to prawo, doprowadzi do wzrostu gwarancji przejrzystości i braku dyskryminacji podmiotów mających interes w uzyskaniu zamówienia,

Oznacza to, że treść art. 1 ust. 3 i pkt 2 prawa zamówień publicznych należy interpretować w sposób zapewniający wykonawcy prawo do skutecznego środka odwoławczego od decyzji zamawiającego

Dodać należy, że według art. 10 traktatu obowiązek podjęcia wszelkich właściwych środków, ogólnych lub szczególnych, dla zapewnienia wykonania powyższego zobowiązania, włącznie wszystkie organy władzy Rzeczypospolitej Polskiej włącznie z sądami, w zakresie spraw podlegających ich jurysdykcji -

Zatem, przy stosowaniu prawa zamówień publicznych, a w szczególności tych przepisów, które zostały przyjęte specjalnie do implementacji dyrektywy, sąd krajowy, a także Krajowa Izba Odwoławcza winna interpretować przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych « w świetle brzmienia oraz celu Dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. oraz dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu europejskiego i Rady tak aby osiągnąć rezultat tych dyrektyw - trzeci akapit art. 249 Traktatu (porównaj wyrok TS z dnia 16 kwietnia 1994 w sprawie I-4/94 - L. II. X Nr 131121 ECR. kP84/4/01 Sólj.

Z uwagi na powyższe Sąd uznał skargę za zasadną oraz rozpoznał merytorycznie odwołanie wykluczając zgodnie z treścią art. 19K ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący się wykonawca zarzucił, że zamawiający domagając się w opisie warunków udziału w postępowaniu, wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu warstwy podbudowy z mieszanki MCE- metoda jecyklingu na powierzchni co najmniej 15.000 m² (HK) nt. kw. tworzy niezgodne z prawem warunki udziału w postępowaniu i narusza treść art. 41 pkt 7, art. 22 ust. 1 pkt 2 w /w. z art. 22 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych,

W ocenie wykonawcy ogłoszenie o zamówieniu publicznym opracowane przez zamawiającego zawierające powyższe warunki udziału, eliminuje z rynku średnich wykonawców, a tym samym zamyka rynek dla konkurencji.

W tym miejscu wskazać należy, że dplinię Czynu nieuczciwej konkurencji zawiera art. 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 6 kwietnia 1995 r. (Dz. U. nr 47. póź. 211 z późn. zin.) zgodnie z którą czynem takim jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W szczególności jako czyn taki zostało uznane utrudnianie dostępu do rynku, które to zostało zarzucone zamawiającemu.

Zgodnie zaś z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający obowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, o w świetle art. 22 ust. 2 cytowanej ustawy nie może on określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Wykładania tych przepisów prowadzi do wniosku, że zamawiający powinien ukonstruować warunki udziału w postępowaniu przetargowym, aby był do niego dopuszczony

każdy wykonawca, który obiektywnie rzecz biorąc zdolny jest do wykonania zamówienia. Zapewnienie uczciwej konkurencji oznacza bowiem wyznaczenie takiego poziomu doświadczeniu, który uwzględnia przedmiot zamówienia, jego zakres czy wartość nie wykraczając ponad wymagane minimum,

.Tak wynika z akur sprawy przedmiotem zamówienia publicznego jest wykonanie remontu nawierzchni jezdni na powierzchni ok. 28.215 m². Kwestionowany zapis wymaga aby wykonawca wykonał w okresie krótszym niż 5 lat co najmniej jedną robotę polegającą na wykonaniu warstwy podbudowy z mieszanki MCii metodą recyklingu na pu wierzchni CO nąinniej 15.(11)0 n? - eo stanowi około 52% zamówionych robót.

W ocenie Sądu wymagania te nie jest zbyt, wysokie i nie ogranicza dostępu do udziału w przetargu średnim przedsiębiorcom, bowiem w myśl § 1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2004r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz ich, w jakich te dokumenty mogą być składane, w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcy niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać dokumentów na okoliczność wykonywanych dotychczas robót, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy niż 5 lat odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia.

Zauważyć należy, że w powyższy sposób określone obowiązki wykonawcy wykazania swojego potencjału technicznego, wiedzy i umiejętności wykonania przedmiotu zamówienia nie są sprzeczne z treścią art. 4N. ust 2 Dyrektywy 2(104) S/WIc Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, które jako dowód możliwości technicznych wykonawcy wskazuje wykaz robót budowlanych wykonanych w ciągu ostatnich pięciu lat wraz, z zaświadczeniami zadowolającego wykonania najważniejszych robót, wskazującymi wartość, datę i miejsce robót oraz określającymi, czy- roboty były wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej.

Ustawodawca poszerzył krąg wykonawców ubiegających się o uczestnictwo w realizacji zamówienia publicznego o wykonawców nie legitymujących się dowodem wykonania robót budowlanych w ciągu ostatnich pięciu lat pod warunkiem uprzedniego wykonania przez nich robót odpowiedniego rodzaju i wartości.

Żądanie wykonawcy; aby zamawiający, dopuścił możliwość udokumentowania wykonania robót na powierzchni 15.000 m² przez różnych członków konsorcjum nie jest zasadne, bowiem:

- po pierwsze: specyfikację istotnych warunków zamówienia sporządza i warunki

udziału w postępowaniu określa zamawiający, a nie wykonawca (art. 36 prawa zamówień publicznych);

- po drugie: konsorcjum (o jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości

prawnej, której członkowie jako wykonawcy zawarli umowę w sprawie zamówienia publicznego (art. 2 ust 11 prawa zamówień publicznych), której celem jest zmobilizowanie kapitałów wymaganych do realizacji określonej transakcji handlowej (vidc: Encyklopedia Powszechna tom V Wydawnictwo Zielona Sowa) i, wykonania przedmiotu zamówienia publicznego.

Oznacza to, że poszczególni wykonawcy z przyczyn technicznych, organizacyjnych, finansowych i innych są w stanie zrealizować przedmiot zamówienia publicznego we współdziałaniu z innymi członkami zawiązanego konsorcjum.

Zatem dokumentacja robót wykonanych w ramach konsorcjum niewątpliwie nie może stanowić przeszkody do przejrzystej oceny potencjału wykonawczego danego wykonawcy.

Z uwagi na powyższe na podstawie art. 385 k.p.c. w zw. z art. 195 UST 3 ustawy fi zamówieniach publicznych orzekł jak w punkcie I sentencji.

Sąd na podstawie art. 30 § 1 k.p.c. i 361 k.p.c. w zw. z art. 194 ust. 2 Pzp sprostował postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 03 kwietnia 2009 r. w zakresie oznaczenia zamawiającego, bowiem w przedmiotowej sprawie podmiotem, który ogłosił przetarg na remont drogi gminnej jest jednostka samorządu terytorialnego Gmina Wałbrzych - Zarząd Próg i Komunikacji w Wałbrzychu. Z uwagi zatem na to, że postanowienie zawiera oczywista niedokładność w oznaczeniu strony Sąd orzekł jak w punkcie I sentencji.

Na podstawie art. 102 k-p-c- w zw. z art. 194 ust 2 Pzp Sąd nie obciążył

przegrywającego wykonawcę kosztami postępowania, bowiem prowadzi się ono przede wszystkim do dokonania właściwej wykładni prawa