

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 S.O. Agnieszka Terpiłowska

S.O. Jerzy Dydo

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

wykonawcy: **PRO-TRA BUILDING Spółki z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**

**przeciwko zamawiającemu: 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 KIOUZP 371/00

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 -”;

fi. uchyla zaskarżone postanowienie i oddala odwołanie od rozstrzygnięcia protestu wykonawcy PRO-TRA BUILDING Spółki z o.o. z siedzibą we Wrocławiu z dnia 15 marca **2009r.**

MI. nie obciąża wykonawcy kosztami postępowania.

Sygnatura akt VI Ca

UZASADNIENIE

Wykonawca - PRO - TRA [1011-1)1X0 sp. 7. o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia zamawiającej ■■ Gminy Wałbrzych - Zarządu Dróg i Komunikacji w Wałbrzychu z dnia 11.02.2009 r, oddalającego w całości jego protest w postępowaniu przetargowym pod nazwą „Remont drogi gminnej nr 1 U5850 D Al, Podwałe w Wałbrzychu etap I (remont nawierzchni jezdni lewej wewnętrznej)”

Wykonawca zaskarżył postanowienie zawarte w pkt.6.1.4 specyfikacji i słownych warunków zamówienia (E-wiz) 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 15.1)00 m kw.

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

Nadm wykonawca zarzuca i 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 wniósł u zmianę zaskarżonego postanowienia 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 10.000 m kw, ulho, dopuszczałoby możliwość udokumentowania robót na powierzchni 15.1)00 m kw. jako robót. wykonywanych przez, różnych członków konsorcjum (suma robót).

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła z dnia 03 kwietnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt K10.01 UZP 3/1,09 odrzuciła odwołanie wykonawcy **PRO - TKA Building Sp. z o.o.** we Wrocławiu od rozstrzygnięcia zamawiającej. Gminy Wałbrzych - Zarządu Dróg i Komunikacji w Wałbrzychu oddalającego protest składany z dnia 04.03.2009 r. i orzekła o kosztach postępowania.

Powyższe rozstrzygnięcie Krajowa Izba Odwoławcza wydała w oparciu o następujące u^raicTia:

Zamawiająca Gmina Wałbrzych - Zarząd Dróg i Komunikacji w Wałbrzychu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania inwestycyjnego pod nazwą : „Remont drogi gminnej nr 1 U5850 D Al, Podwałe w Wałbrzychu - etap I (remont nawierzchni jezdni lewej wewnętrznej)”. Ogłoszenie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25.02.2009 r. (nr ogłoszenia 406014 - 2(109).

W sprawie przedmiotem zamówienia publicznego są roboty budowlane, których wartość została oszacowana na 6.271,71 zł (co stanowi 1.617.631,22 euro).

Treść art. 184 ust 1 a ustawy o zamówieniach publicznych, który dotyczy postępowania w przedmiotowych robotach budowlanych poniżej 5.150,00 euro, zawiera enumeracyjny katalog czynności od których służy odwołanie od rozstrzygnięcia protestu i obejmuje: wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zaproszenia. o cenę, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenie wykonawcy z postępowania: A lub odrzucenie oferty.

W ocenie Komisji, w katalogu tych czynności nie ujęto przypadków czynności 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 określenie sposobu w jaki zamawiający będzie ocenił czy dany wykonawca będzie spełniał warunki udziału w postępowaniu na zasadzie metody zero-jedynkowej.

Natomiast opis warunków udziału w postępowaniu stanowi konkretyzację blankietowych wymogów ustawowych, ujętych w art. 22 ust 1 Pzp,

W ocenie Izby jeśli wykonawca kwestionuje czynność opisu warunków udziału w postępowaniu w tym czy w tym przypadku postawiony przez zamawiającego w imieniu doświadczenia wymagający 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 Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając mu:

1, naruszenie przepisu prawa materialnego tj. art. 184 ust. 1 pkt 2 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).

2. naruszenie przepisu postępowania tj. art. 187 ust. 4 pkt 1 Pzp poprzez odrzucenie odwołania wykonawcy PRO - TRA Building Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, pomimo, że odwołanie dotyczyło czynności określonej w art. 18-1 ust 1 a pkt 2 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe na podstawie art. 196- ust. 1. w zw. z art. 198 ust. 2 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy. Li. cc do oceny zasadności odwołania wykonawcy TRA Building sp, z o.o. z dnia 14 marca 2009 r.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje :

Skarga zasługiwała na uwzględnienie.

Zgodnie z 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 wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp jest w postępowaniu o roboty budowlane

o wartości poniżej 5.150.00 euro) odwołanie przysługuje 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, 1) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, 4) odrzuceniu oferty.

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

Powołany przepis wprowadza różnicę w korzystaniu z instytucji odwołania w sytuacjach, gdy wartość przedmiotu zamówienia znajduje się poniżej dolnych progów uniijnych właściwych dla poszczególnych rodzajów zamówień (4 to i> bót budowlanyob wartość progu t.e wynosi 5.150.000 zł). Niemniej jednak w przedmiotowej sprawie odwołanie wykonawcy mieści się w zakresie dyspozycji wyznaczonej przez treść art. 184 ust. 1 pkt 2 Pzp.

5) Okręgowy podziela stanowisko skarżącego, w świetle którego nie sposób rozdzielić opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o o .setnych 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 6 ani treść art. 41 pkt 7 ustawy prawo zamówień publicznych, które to 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.

Jak słusznie wskazał przy tym skarżący, opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków nie może istnieć bez uprzedniego określenia tychże warunków.

Dokonując wykładni funkcjonalnej przepisu art. 184 ust. 1 pkt 2 w połączeniu z treścią art. 184 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 zamawiacza, by wykonała je mogła uczestniczyć w postępowaniu i j.

Nadto zauważyć należy, że z datą przystąpienia do Unii Europejskiej Polska ma obowiązek implementacji Dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych, w zakresie udzielania zamówień publicznych w dostawie i roboty budowlane (Dz.U. z 1990 r. nr 1 - sp. Orl - 246) mającej zastosowanie do zamówień, o których mowa w **Dyrektywie 2004/18/WE** Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

Według art. 184 ust. 3 powyżej Dyrektywy z dnia 21 grudnia 1989 r. **Państwa Członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych przy najmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes** w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia-

Rada Wspólnot Europejskich uznała, że udostępnienie skutecznych i szybkich **środków odwoławczych** w przypadku naruszenia prawa Wspólnoty w dziedzinie zamówień publicznych lub leżących w zakresie przepisów wykonujących to prawo, **doprowadzi do wzrostu przejrzystości i braku dyskryminacji** podmiotów mających interes w uzyskaniu **zamówienia**.

Oznacza to, że treść art. 184 ust. 1 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,

wiąże wszystkie organy władzy Rzeczypospolitej Polskiej włącznie z sądami, w zakresie spraw- podlegających ich jurysdykcji,

Zatem, przy stosowaniu prawa zamówień publicznych, u w szczególności tych przepisów, które zostały przyjęte specjalnie dla 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 -1 grudnia 1994 r. oraz **Dyrektywy** 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady tak aby osiągnąć rezultat tych Dyrektyw — Irz-sei akapit art. 249 Traktatu (porównaj wyrok **TS** z dnia 11 kwietnia 1994 w sprawie 14/93 **LEX Nr** 131121 1X1R 19f4/4,"CH891j,

Z uwagi na powyższe Sąd uznał skargę za zasadną oraz ru/poznał incydrycznie odwołanie wykonawcy zgodnie z treścią art. 198 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący się wykonawca zarzucił, że zamawiający domagając się w opisie warunków udziału w postępowaniu, wykonaniu co najmniej jednej inoty budowlanej polegającej na wykonaniu w-arshwy podbudowy z mieszanki MCE metodą re cyk linga na powierzchni co najmniej 1 m. kw. tworzy niezgodne z prawem warunki udziału w postępowaniu i narusza treść art. 41 pkt 7. art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych.

W ocenie w/konkurencji ogłoszenie o zamówienie publicznym opracowane przez zamawiającego zawierające powyższe warunki udziału, eliminuje z rynku średnich wykonawców. a tym samym zaniża rynek dla konkurencji.

W tym miejscu wskazać należy, że definicję czynu nieuczciwej konkurencji zawiera art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 15 kwietnia 1993 r. (Tł. E- to 47, puz. 2 i 1 7. późn. zm) zgodnie z którą czynem takim jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes 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, a 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.

Wykładnia tych przepisów prowadzi do wniosku, że zamawiający powinien określić 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 doświadczenia, który uwzględnia przedmiot zamówienia, jego zakres czy wartość nie wykraczając ponad wymagane minimum.

Jak wynika z akt sprawy przedmiotem zamówienia publicznego jest, wykonanie remontu nawierzchni jezdni na powierzchni ok. 28,2 i m². Kwestionowany zapis wymaga aby wykonawca wykonał w okresie krótszym niż 5 lat co najmniej jedną robotę polegającą na wykonaniu warstwy podbudowy z mieszanki MCE metodą recyklingu na powierzchni, co najmniej 1 d. 000 m² - co stanowi około 53% zamówionych robót.

W ocenie Sądu wymagania te nie są zbyt wysokie i nie ograniczają dostępu do udziału w przetargu średnim przedsiębiorcom, bowiem w myśl § 1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może **żądać dokumentów na okoliczność wykonywanych dotychczas robót**, w tym okres prowadzenia działalności w okresie krótszym niż 5 lat **odpowiadających swoim rodzajem i wartością robot budowlanych 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. 48. ust. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, do usług i usług, który jako dowód możliwości technicznych wykonawcy wskazuje wykaz robót budowlanych wyklinany ci 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 wykonawców⁷ nie Legitymujących się dowodem wykonania robót budowlanych w ciągu ostatnich pięciu lat pod warunkiem uprzedniego wykonania przez nich robót odpowiedniego rodzaju i wartości-

Zadanie wykonawcy, aby zamawiający, dopuścił możliwość udziału w wykonaniu robót na powyższym poziomie przez różnych członków konsorcjum nie jest zasadne, bowiem

- po pierwsze: specyfikację (Słownych warunków- zamówienia specyfikacji i warunki

udziału w⁷ postępowaniu określa zamawiający, a nie wykonawca
fakt, że prawa zamówień publicznych} :

- po drugie: konsorcjum to jednostka organizacyjno 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) tj. Encyklopedia Prawa Sześciu Tomów V Wydawnictwo Złota Kłosa
wykonania przedmiotu zamówienia publicznego.

Oznacza to, że poszczególni wykonawcy z przyczyn technicznych, organizacyjnych, finansowych i innych są w stanie zrealizować przedmiot zamówienia publicznego w sposób dzielący 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 Sąd na podstawie art. 355 k.p.c. w zw. z art. 198 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych orzekł jak w punkcie 11 sentencji.

Sąd na podstawie art. 350 § 1 k.p.c. i 361 k.p.c. w zw. z art. 194 ust. 3 Pzp sprostował postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 03 kwietnia 2009 r. w zakresie oznaczenia zamawiającego, trawia w przedmiotowej sprawie podmiotem, który ogłosił przed tym na remont drogi gminnej jest jednostka terytorialnego (gmina Wałbrzych - Zarząd Dróg i Komunikacji w Wałbrzychu. Z uwagi zatem na to, że postanowienie zawiera oczywistą niedokładność w oznaczeniu strony Sąd zmienił jak w punkcie 1 sentencji.

Na podstawie art. 102 k.p.c. w zw. z art. 194 ust. 1 Pzp Sąd nie obciążył przegranej wykonawcę kosztami postępowania, bowiem sprowadziło się ono przede wszystkim do dokonania właściwej wykładni prawa.