

POSTANOWIENIE

Dnia 21 września 2009 r.

Sąd Okręgowy w Toruniu Wydział VI Gospodarczy
w składzie następującym:

Przewodniczący SSO Jerzy P. Naworski
Sędziowie SO Zbigniew Krepski

SO Jakub Rusiński (spr.)

Protokolant st.sekr. sądowy Dorota Kwiatkowska ś
po rozpoznaniu w dniu 21 września 2009 r. w Toruniu

na rozprawie

sprawy z odwołania Hydrobudowa S.A. w Gdańsku

przeciwko Miejskim Wodociągom i Oczyszczalni sp. z o.o. w Grudziądzu

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie od postanowienia
Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 03 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 779/09

postanawia

przedstawić Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne budzące poważne
wątpliwości:

„czy w ramach podstawy odwołania od rozstrzygnięcia protestu z art. 184 ust. 1 a pkt.
2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity
Dz.U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 ze zm.) mieści się również kwestionowanie opisu
warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego?”.

'W^sKiero wnika Sekretariatu

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnia Sp. z o. o. z siedzibą w Grudziądzu -
wszczał postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na: „ *Przebudowę Stacji
Uzdatniania Wody oraz rozbudowę i przebudowę Ujęcia Wody wraz z infrastrukturą
towarzystwą w Grudziądzu*” o szacunkowej wartości zamówienia 10.872.750,84 zł, co
stanowi równowartość 2.804.351,41 euro (łącznie z dostawami 12.391.040,84 zł, co stanowi

3.195.955,96 euro), tj. o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 ze zm. zwanej dalej „ustawą PZP”).

W dniu 02.06.2009 r. wykonawca HYDROBUDOWA S.A. wniósł do zamawiającego protest dotyczący postanowionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do doświadczenia, opisanego w rozdziale VII pkt 2 ppkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), zarzucając mu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy PZP. Zamawiający nie uwzględnił protestu w powyższym zakresie. Rozstrzygnięcie protestu zostało doręczone wykonawcy w dniu 5.06.2009 r. Wykonawca w dniu 10.06.2009 r. wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia przedmiotowego protestu. Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 3 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 779/09 odrzuciła odwołanie wskazując, iż zaistniała negatywna przesłanka procesowa, o której mowa w art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy PZP.

W uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza wskazała iż zgodnie z przepisem art. 187 ust. 1a ustawy PZP, w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP (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 spełnienia 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. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie w niniejszej sprawie dotyczy jednego z warunków udziału w postępowaniu więc przedmiotu, który nie został wskazany w art. 184 ust. 1a ustawy PZP. Zdaniem ustawodawcy rozróżnił warunki udziału w postępowaniu od sposobu oceny ich spełnienia,

co wskazuje m. in. brzmienie przepisów art. 36 ust. 1 pkt 5 oraz art. 41 pkt 7 ustawy PZP-

nakazuje podanie w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu zarówno opisu warunków udziału w postępowaniu, jak i opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Izba nie zgodziła się z poglądem, iż warunki udziału w postępowaniu zostały wskazane przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 ustawy - PZP, a zamawiający ustala tylko sposób ich oceny w danym postępowaniu, wskazując, że przepis ten jest jedynie przepisem blankietowym zawierającym tzw. „warunki ogólne”, w ramach którego zamawiający określają konkretne warunki dla danego postępowania, tzw. „warunki szczególne”. W ocenie Izby, „opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu” to jedynie opis metody, za pomocą której zamawiający będzie badał, czy postawione przez niego warunki zostały spełnione, przy czym w przedmiotowej specyfikacji istotnych warunków zamówienia został on opisany na końcu rozdziału VII: „zamawiający dokona oceny spełnienia warunków na podstawie złożonych oświadczeń i dokumentów opisanych w pkt VIII SIWZ, według formuły <spełnia/nie spełnia>”, które to postanowienie nie zostało przez Odwołującego oprotestowane i nie stanowi przedmiotu niniejszego odwołania. Izba wskazała, że okoliczności, iż sposób oceny spełnienia warunku jest ściśle powiązany z opisem warunku, nie oznacza, aby odwołanie miało przysługiwać na opis warunku, gdyż w treści przepisu wynika wyłącznie prawo wykonawców do wniesienia odwołania od sposobu oceny spełnienia warunków, który podlega kontroli pod kontem adekwatności np. żądanych dokumentów lub oświadczeń, na podstawie których zamawiający zamierza potwierdzić spełnienie warunku. Zdaniem Izby nie ma podstaw, aby z treści przepisu art. 184 ust. 1a pkt 2 wywodzić inne skutki, niż wynikające z wykładni literalnej, gdyż mogło by to prowadzić do obejścia tego przepisu.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 194 ust. 1 w zw. z art. 195 ust. 4 ustawy PZP złożył skargę na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając:

1) naruszenie przepisu materialnego, tj. art. 184 ust. 1a pkt 2 ustawy PZP, poprzez błędną wykładnię i uznanie, że odwołanie nie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego warunków udziału w postępowaniu (opis warunków udziału);

2) naruszenie przepisu postępowania, tj. art. 187 ust.4 pkt 8 ustawy PZP poprzez odrzucenie odwołania wykonawcy HYDROBUDOWA S.A. w Gdańsku, pomimo że odwołanie dotyczyło czynności określonej w art.184 ust. 1a pkt 2 ustawy PZP.

Wskazując na powyższe na podstawie art. 196 ust.1 w zw. z art. 198 ust.2 zd.2 ustawy PZP
•Ł.!, ;)skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty

sprawy, tj. co do zasadności odwołania wykonawcy HYDROBUDOWA S.A. w Gdańsku z dnia 10 czerwca 2009 r.

Zdaniem skarżącego przepisy art.36 ust.1 pkt 5 i art.41 pkt 7 ustawy PZP, które wymieniają obok warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków, nie decydują o wyniku interpretacji przepisu art.184 ust.1a pkt 2 ustawy PZP dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą. Wraz z dokonaniem opisu warunków udziału w postępowaniu ustawa PZP wymaga od zamawiającego dokonania opisu sposobu dokonywania ocen spełnienia tych warunków. Przy czym, opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnosi się do skonkretyzowanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu (opis **warunków** udziału w postępowaniu). Oznacza to, że w każdym przypadku opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu musi się odnosić do konkretnego opisu tych warunków. Innymi słowy opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie funkcjonuje bez określenia samych warunków udziału w postępowaniu (opis tych warunków). W tym zakresie należy zatem uznać zdaniem skarżącego, że opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie stanowi samodzielnej - od opisu tych warunków - kategorii normatywnej. Przyjęcie takiego stanowiska nie sprzeciwia się literalne brzmienie art.36 ust.1 pkt 5 oraz art.41 pkt 7 ustawy PZP w którym mowa jest odrębnie o opisie warunków udziału w postępowaniu oraz o sposobie dokonywania ocen tych warunków. Użyte w tych przepisach pojęcie „opis sposobu dokonywania ocen spełnienia warunków” nie jest tożsamy z użytym w **art.184** ust.1a pkt 2 ustawy PZP określeniem „opis sposobu oceny spełnienia warunków”. **Ścisłe** trzymanie się reguł wykładni literalnej prowadzi do wniosku, że przepis art. 184 ust.1a **pkt 2** ustawy PZP tworzy nową odrębną kategorię normatywną zaś desygnat użytego w **nim** sformułowania powinien być ustalony w oparciu o podstawowe zasady systemu zamówień publicznych (wykładnia systemowa) oraz o cel, któremu służy regulacja polegająca na ograniczonym prawie do odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 ustawy PZP (wykładnia celowościowa).

Skarżący stwierdził, że w każdym przypadku sposób dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnosi się do konkretnych warunków udziału, tworząc wraz z opisem tych warunków funkcjonalną całość. Opis warunków udziału w postępowaniu[^] wraz z opisem sposobu dokonywania oceny tych warunków tworzą zatem dopiero opis ocen spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art.184 ust.1a pkt 2 us

PZP. Przyjęcie odmiennego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej sprowadzającego „opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu” z art. 184 ust.1a pkt 2 ustawy PZP jedynie do kwestii stosowania określonej formuły językowej dokonywania oceny „spełnia/ nie spełnia” prowadzi do sytuacji, w której środki ochrony prawnej przewidziane dla wykonawców w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 ustawy PZP, stają się iluzoryczne

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o oddalenie skargi, podzielając argumenty przytoczone w zaskarżonym postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej co do wykładni art.194 ust.1a pkt 2 ustawy PZP.

Hydrobudowa S.A. w Gdańsku zgasiła swój udział w sprawie w charakterze interwenienta ubocznego, popierając stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i wnosząc o zmianę zaskarżonego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej i orzeczenie przez Sąd w zakresie zasadności zarzutów podniesionych w proteście i odwołaniu.

Sąd dopuścił do udziału w sprawie ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej składającego odwołanie - Hydrobudowa S.A. w charakterze uczestnika postępowania, a nie interwenienta ubocznego. Uwzględnienie skargi w zakresie orzeczenia o zasadności odwołania dotyczy bezpośrednio tego podmiotu, a zatem ma on w tym postępowaniu samodzielną pozycję procesową.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Zasadniczy spór w sprawie sprowadzał się wykładni art. 184 ust. 1a pkt 2 ustawy PZP i zagadnienia, czy w ramach podstawy odwołania od rozstrzygnięcia protestu z art. 184 ust. 1a pkt 2 ustawy PZP mieści się również kwestionowanie opisu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Pośrednio problem dotyczył tego, czy opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu stanowi samodzielną - od opisu tych warunków - kategorię normatywną.

Według zamawiającego prawidłowe jest stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, iż 'J. wykładnia językowa i systemowa wskazuje, że jeżeli wykonawca kwestionuje czynność opisu \ y/ warunków udziału w postępowaniu, czynność ta nie podlega zaskarżeniu w trybie odwołania

i

g' . i ' dla zamówień publicznych poniżej progów unijnych. Istotnym argumentem jest to, że art. 36

/

ust. 1 pkt 5, jak i art. 41 pkt 7 ustawy 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

-

ustawy PZP, stanowiąc o obowiązku zawarcia w ogłoszeniu o zamówieniu w ramach ograniczonego, opisu warunków udziału w postępowaniu wraz z podaniem ich

enia oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Powyższy stosuje się również odpowiednio do negocjacji z ogłoszeniem (art. 56 ust. 1 ustawy oraz dialogu konkurencyjnego (art. 60c ust. 1 ustawy PZP). Także w ramach lia do negocjacji bez ogłoszenia, art. 63 ust. 2 pkt 5 ustawy PZP posługuje się

j warunków udziału w postępowaniu oraz opisem sposobu dokonywania oceny ia tych warunków. Podobnie art. 75 ust. 2 pkt 9 ustawy PZP odnośnie ogłoszenia o leniu w ramach licytacji elektronicznej.

się na wykładni językowej i systemowej istnieją zatem podstawy dla stwierdzenia,

sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. to określenie sposobu.

...
[jaki zamawiający będzie oceniał, czy dany wykonawca będzie spełniał warunki udziału w postępowaniu, na zasadzie metody zero-jedynkowej ("spełnia - nie spełnia") poprzez
łożenie wymaganego dokumentu lub oświadczenia na potwierdzenie spełniania
sów udziału w postępowaniu, czy też, jak w przetargu ograniczonym, np. poprzez
cję mającą wyłonić kilku wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu
iu najwyższym. Natomiast opis warunków udziału w postępowaniu stanowi
icje wymogów ustawowych, określonych w art. 22 ust. 1 ustawy PZP. Opis ten ma

ie z art. 22 ust. 2 ustawy PZP dokonany przez zamawiającego w sposób adekwatny

iotu zamówienia w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
jwyższe na uwadze, okoliczność, że sposób oceny spełniania warunków jest ściśle
z opisem warunku, nie oznacza, iż odwołanie przysługiwać będzie na opis

iw. .

a rozszerzająca co do katalogu czynności, które podlegają zaskarżeniu odwołaniem
uprawniona (pór. wyrok SO w Katowicach z dnia 30.6.2009 r. sygn. XIX Ga 207/09).
ma charakter -wyjątkowy, a jego znaczenie polega na istotnym ograniczeniu
ści wnoszenia ^o^ołań w postępowaniach, w których z uwagi na realizację
ji dotyczącyóltz

ifeń publicznych (także skutecznego ich finansowania), istotną

SBgrywa czas jafct^zWtanie wybrany wykonawca.

.....

£ :7

'W-

/.W

(w

w

Podobne stanowisko jest prezentowane w wielu orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej
(m.in. postanowienie z dnia 14.5.2009 r. KIO/ UZP 526/09, z dnia 14.7.2009 r. KIO/UZP
808/09, z dnia 17.7.2009 r. KIO/UZP 840/09).

Z drugiej jednak strony można bronić odmiennego poglądu, że przepisy art.36 ust.1 pkt 5 i
art.41 pkt 7 ustawy PZP, które wymieniają obok warunków udziału w postępowaniu o
udzielenie zamówienia publicznego, opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków,
nie decydują o wyniku interpretacji przepisu art.184 ust.1a pkt 2 ustawy PZP. Wraz z
dokonaniem opisu warunków udziału w postępowaniu ustawa PZP wymaga od

zamawiającego dokonania opisu sposobu dokonywania ocen spełnienia tych warunków. Przy czym opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu odnosi się do skonkretyzowanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu (opis warunków udziału w postępowaniu). Oznacza to, że w każdym przypadku opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu musi się odnosić do konkretnego opisu tych warunków. W rezultacie opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie funkcjonuje bez określenia samych warunków udziału w postępowaniu (opis tych warunków). W tym zakresie można więc uznać, że opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie stanowi samodzielnej - od opisu tych warunków - kategorii normatywnej.

Poza tym, analiza treści art. 184 ust. 1a ustawy PZP oraz uzasadnienia projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, która to nowelizacja została uchwalona w dniu 4 września 2008 r. i wprowadzona w życie w dniu 24 października 2008 r. pozwala na wniosek, że wprowadzić możliwość wniesienia odwołań została ograniczona tylko do wskazanych przypadków, ale *ratio legis* przepisu było to, aby wykonawca miał zagwarantowane prawo do wnoszenia efektywnych środków ochrony prawnej dotyczących jego najistotniejszych interesów. Przyjęcie stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, że „opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” z art. 184 ust. 1a pkt 2 ustawy PZP sprowadza się do kwestii stosowania określonej formuły językowej dokonywania oceny „spełnia/ nie spełnia” może spowodować, że środki ochrony prawnej przewidziane dla wykonawców w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP, staną się iluzoryczne. W wielu przypadkach opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, praktycznie nie funkcjonuje bez określenia samych warunków udziału w postępowaniu (opis tych warunków).

Podsumowując, z uwagi na wątpliwości związane z wykładnią wymienionych unormowań oraz duże znaczenie praktyczne zagadnienia, którego wyjaśnienie ma decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, Sąd Okręgowy na podstawie art. 390 § 1 k.p.c. postanowił przedstawić Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia następujące zagadnienie prawne: „Czy w ramach podstawy odwołania od rozstrzygnięcia protestu z art. 184 ust. 1a pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst, jedn. Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 ze zm.) mieści się również kwestionowanie opisu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.

-a'e włośćWe pe#fey

<1tu

X""

Sąd Okręgowy w Toruniu
VI Wydział Gospodarczy
ul. Piekary 51
87-100 Toruń

Sygn. akt: VI Ga 79/09

Pan

POLECONY ZA ZWROTNYM
POTWIERDZENIEM ODBIORU

Prezes Urzędu Zamówień
Publicznych w Warszawie
Jacek Sadowy
ul. Postępu 17 A
02-676 WARSZAWA

