

POSTANOWIENIE

Dnia 30 czerwca 2009 r

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Maria Kozubska - Maciaga (spr.)

Sędziowie: SSO Blanka Zorębska

SSO Grażyna Jeziorowska

Protokolant: Patrycja Żgoł

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2009 r. w Katowicach

sprawy z odwołania **Henryka Króla - Zakład Budowlany w Łaziskach
Górnych**

przeciwko Gminie Wiry

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień
Publicznych w Warszawie

sygn. akt UZP/KIO 462/Ś

z dnia 24 kwietnia 2009r.

postanawia:

uchylić zaskarżone postanowienie i umorzyć postępowanie skargowe

Anna SKrz

UZASADNIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie postanowieniem z dnia 24 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 462/09 odrzuciła odwołanie Henryka Króla, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlany inż. Henryk Król w Łaziskach Górnych, wniesione od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego - Urzędu Gminy Wyry protestu z dnia 26 marca 2009 r., w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego, którego przedmiotem była przebudowa i rozbudowa obiektu Zespołu Szkół w Wyrach przy ulicy Puszkina. W uzasadnieniu orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej skład orzekający stwierdził, iż w przedmiotowej sprawie zaistniała przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania na posiedzeniu niejawnym, 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.), dalej jako Pzp. Stosownie do treści powołanego przepisu, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wykonawczych, wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a Pzp. Jako, że odwołanie zarzuca naruszenie zasad opisu warunków udziału w postępowaniu, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, zarzut ten nie mieści się w katalogu czynności wyszczególnionych w powołanym przepisie, w szczególności opis warunków udziału w postępowaniu nie może być utożsamiany z opisem sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Jeden z członków składu orzekającego złożył zdaniem odrębne do postanowienia Izby, wskazując, iż nie może zgodzić się ze stanowiskiem pozostałych członków składu orzekającego, co do braku merytorycznego rozpoznania odwołania. Zdaniem arbitra, zgłaszającego zdanie odrębne, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 184 ust. 1a pkt. 2 Pzp powinien być utożsamiany z opisem warunków udziału w postępowaniu, na który powołuje się wykonawca w proteście i odwołaniu rozpatrywanym przez Izbę, a co za tym idzie odwołanie Wykonawcy winno być rozpoznane merytorycznie.

Od opisanego wyżej postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej skargę do Sądu Okręgowego wniósł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zaskarżając w całości postanowienie Izby i zarzucał naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 184 ust. 1a pkt. 2 ustawy Pzp, poprzez błędną wykładnię i uznanie, że odwołanie nie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego opisu warunków udziału w postępowaniu, a także naruszenie przepisów postępowania, a to art. 187 ust. 4 pkt. 8 Pzp, poprzez odrzucenie odwołania wykonawcy, pomimo, że odwołanie dotyczyło czynności określonej w art. 184 ust. 1a pkt. 2 Pzp. Wskazując na powyższe uchybienia, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy, tj. co do zasadności odwołania Wykonawcy. W uzasadnieniu skargi Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał na istotę środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp, które winny stanowić gwarancję przestrzegania fundamentalnych zasad zamówień publicznych, tzn. zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców. Zdaniem Skarżącego, opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu odnosi się do warunków udziału w postępowaniu, opisanych przez zamawiającego, zatem należy uznać, iż opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie stanowi odrębnej, samodzielnej - od opisu tych warunków - kategorii, a stanowi funkcjonalną całość. Dopiero oba te elementy, tj. opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz opis warunków udziału w postępowaniu mogą stanowić podstawę oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Skarżący zarzuca ponadto, iż gdyby przyjąć za słuszne stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie wykładni przepisu art. 184 ust. 1a pkt. 2 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej, przewidziane dla wykonawców w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, stałyby się iluzoryczne, wykonawcy tacy nie mieliby bowiem prawnej możliwości weryfikacji warunków udziału w postępowaniu, które determinują możliwość ubiegania się o udzielenie danego zamówienia. Taki stan rzeczy pozostaje zdaniem skarżącego w sprzeczności z celem regulacji art. 184 ust. 1a pkt. 2 ustawy Pzp. Ponadto

Skarżący w uzasadnieniu skargi stwierdził, iż w istocie zarzut zawarty w odwołaniu Wykonawcy z dnia 8 kwietnia 2009 r. dotyczy opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Skarżący wskazał również na rozbieżności w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie oceny dopuszczalności odwołania od rozstrzygnięcia protestu, dotyczącego określenia przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wykonawczych, wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Na rozprawie przed Sądem Okręgowym w dniu 25 czerwca 2009 r. pełnomocnik procesowy wykonawcy przyłączył się do stanowiska skarżącego podtrzymując odwołanie i wnosząc o zmianę orzeczenia KIO także w części dotyczącej kosztów postępowania odwoławczego.

Pełnomocnik procesowy zamawiającego oświadczył, że postępowanie w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego zostało unieważnione, na dowód czego przedłożył ogłoszenie Urzędu Gminy Wiry podpisane przez Wójta Gminy, gdzie jako podstawę unieważnienia postępowania wskazano przepis art.93 ust.1 pkt.6 i 7 ustawy Prawo zamówień Publicznych.

Zamawiający wnosil o umorzenie postępowania skargowego z uwagi na jego bezzprzedmiotowość, ewentualnie o utrzymanie w mocy zaskarżonego postanowienia i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania. Z ostrożności procesowej złożył także wnioski o nieuwzględnienie odwołania z przyczyn wskazywanych w odpowiedzi na protest ewentualnie o odrzucenie skargi jako dotkniętej brakiem formalnym w postaci niewskazania wartości przedmiotu zaskarżenia.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył co następuje:

Bezspornym w sprawie pozostaje, że zamawiający - Gmina Wiry - wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Przebudowa i rozbudowa obiektu Zespołu Szkół w Wyrach” o szacunkowej wartości poniżej 5.150.000 euro (czyli poniżej tzw. „progu unijnego”).

Wykonawca - Henryk Król prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlany Henryk Król wniósł do zamawiającego w terminie protest dotyczący postanowień SIWZ, a w szczególności w pkt. V.2a, o brzmieniu:

„wykonawca winien posiadać następujące doświadczenie: zrealizować w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (lata 2004, 2005, 2006, 2007 i 2008)... minimum 2 roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia (tzn. wykonawca winien wykazać się budową min. 1 obiektu szkolnego o kubaturze min. 9.000 m³ i wartości nie mniejszej niż 4.000.000 zł brutto oraz remontem lub przebudową min. 1 obiektu szkolnego o wartości nie mniejszej niż 500.000 zł brutto). Wymienione przez wykonawcę roboty budowlane winny być potwierdzone odpowiednimi referencjami. Referencje winny być wystawione przez inwestora bezpośredniego, a referencje wystawione wykonawcy przez generalnego wykonawcę będą odrzucone w przypadku, gdy składający ofertę pracował jako podwykonawca”.

Zarzucił temu postanowieniu naruszenie art.25 Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu niezgodnie z obowiązującym Rozporządzeniem Rady Ministrów z 19.05.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane oraz art. 7 i art.22 ust.2 Pzp poprzez ograniczenie kręgu podmiotów uprawnionych do wystawiania referencji wyłącznie do inwestorów bezpośrednich oraz wymaganie wykazania się odpowiednim doświadczeniem przy budowie i remoncie budynku szkolnego (a nie budynków użyteczności publicznej). Domagał się modyfikacji SIWZ.

Po oddaleniu protestu przez zamawiającego wykonawca złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, powtarzając zarzuty zawarte w proteście i domagając się nakazania zamawiającemu unieważnienia postępowania, gdyż określenie nadmiernych warunków udziału w postępowaniu nieuzasadnionych specyfiką zamówienia stanowi wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy albo nakazanie modyfikacji SIWZ poprzez dopuszczenie w ramach wykazania doświadczenia zawodowego wykonawców robót budowlanych (budowy, remontu) obiektów użyteczności publicznej oraz referencji i innych dokumentów bez ograniczania kręgu ich wystawców.

Krajowa Izba Odwoławcza uznając, że odwołujący kwestionuje wyłącznie postanowienia SIWZ dotyczące opisu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a więc czynność zamawiającego nie mieszczącą się w katalogu czynności od których przysługuje odwołanie wymienionych w art. 184 ust.1a Pzp - odwołanie odrzuciła.

Zgodzić się należy ze stanowiskiem KIO wyrażonym w pisemnych motywach rozstrzygnięcia, że skoro przepis art.184 ust.1 „a” PZP zawęża zakres czynności zamawiającego podlegających zaskarżeniu nie tylko protestem, ale także odwołaniem do następujących przypadków:

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

to, zgodnie z brzmieniem tego przepisu, odwołanie nie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego innych, nie wymienionych w nim czynności zamawiającego. Gdy jednak takie odwołanie zostanie wniesione podlega odrzuceniu na podstawie art.187 ust.4 pkt.8 Pzp.

Tu na marginesie wskazać należy, że aktualnie obowiązujące przepisy (tj. art. 184 ust. 1a i art. 187 ust.4 pkt.8) i tak stanowią pewien „postęp” w zakresie korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w stosunku do poprzedniej regulacji, gdzie przy zamówieniach o wartości mniejszej od tzw. „progów unijnych” wykonawcom przysługiwał wyłącznie protest na wszystkie czynności zamawiającego bez prawa wnoszenia odwołań.

Niewątpliwie więc argumentacja skarżącego bardziej odnosi się do poprzedniego stanu prawnego niż do obecnie obowiązujących przepisów, aczkolwiek trudno nie przyznać mu racji co do pewnej iluzoryczności ochrony wykonawców ograniczającej możliwość wniesienia przez nich odwołania tylko od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w oderwaniu od samego opisu warunków udziału.

Są to dwie odmienne czynności zamawiającego znajdujące swoje uzewnętrznienie w ogłoszeniu o zamówieniu (art.41 pkt.7 Pzp) i w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art.36 ust.1 pkt.7) i połączone spójnikiem „oraz”, co jednak - zdaniem Sądu Okręgowego - nie oznacza wg literalnego brzmienia art. 184 ust.1a Pzp, iż odwołanie dotyczące opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu automatycznie obejmuje również postanowienia ogłoszenia czy specyfikacji dotyczącego samego opisu warunków udziału.

Wykładnia rozszerzająca co do katalogu czynności, które podlegają zaskarżeniu odwołaniem nie jest uprawniona w świetle obowiązującej zasady legalizmu oznaczającej w tym przypadku możliwość wnoszenia środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, tylko w takim zakresie jak dopuszcza to ustawodawca.

Niemniej, w okolicznościach rozpoznawanego przypadku, w ocenie Sądu Okręgowego, odwołanie nie powinno zostać odrzucone. Składający protest i następnie odwołanie wykonawca skarżył bowiem ten zapis SIWZ, który nie tylko dotyczył opisu

warunku posiadanego doświadczenia, ale także opis czynności zamawiającego w przypadku niezłożenia żądanego przez niego dokumentu tj. referencji.

Użyte sformułowanie „referencje... będą odrzucone...” mieści się w pojęciu opisu sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu, jako czynności poprzedzające samą ocenę spełnienia warunku (ograniczoną do ustalenia „spełnia - nie spełnia”).

Z tych zatem względów odrzucenie przez KIO odwołania wykonawcy uznać należało za naruszające przepis art. 187 ust.4 pkt.8 Pzp, jak to trafnie skarżący zarzucał.

Postanowienie to podlegało zatem uchyleniu przez Sąd Okręgowy na podstawie art. 198 Pzp.

Zważyć przy tym należy, że zachodziła przeszkoda do orzeczenia przez Sąd Okręgowy co do istoty sprawy. Niezależnie bowiem od tego, że skarżący wnosząc o merytoryczne rozpoznanie odwołania nie wskazywał kierunku ewentualnego rozstrzygnięcia, ani też nie przytoczył merytorycznych zarzutów odnoszących się do decyzji zamawiającego wydanej w następstwie rozpoznania protestu, to - jak wynika ze złożonych na rozprawie przed Sądem Okręgowym dokumentu i oświadczenia zamawiającego -- postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało unieważnione.

Postępowanie to utraciło zatem swój byt, co sprawia, że postępowanie skargowe stało się beprzedmiotowe i podlegało umorzeniu (art.355 k.p.c. w zw. z art.391 §1 k.p.c. i art.194 ust.2 Pzp).

Na uwzględnienie nie zasługiwały wnioski zamawiającego i wykonawcy o zasądzenie kosztów postępowania, a to z uwagi na treść art. 106 k.p.c. w zw. z art. 195 ust.3 Pzp.

Na oryginale własnościs

ZGODNOŚĆ Z O

st wierci
SEKRET