

, gn. akt VIII Ga 98/09

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 listopada 2009 r.

Sąd Okręgowy w Bydgoszczy VIII Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Leszek Tyliński

Sędzia SO Halina Lewandowska

Sędzia SO Marek Tauer (spr.)

Protokolant: stażysta Marzena Piasecka
po rozpoznaniu w dniu 22 października 2009 r. w Bydgoszczy
na rozprawie

sprawy z odwołania POLCOURT S.A. w Warszawie

przeciwko zamawiającemu: Urzędowi Gminy w Gąsawie

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie

oraz skargi POLCOURT S.A. w Warszawie

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień
Publicznych w Warszawie
z dnia 17 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 840/09

I. . Oddała obie skargi;

II. Zasądza od Skarbu Państwa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie na rzecz
zamawiającego - Urzędu Gminy w Gąsawie kwotę 1200.00 zł. (tysiąc dwieście
złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

III. Zasądza od odwołującego - POLCOURT S.A. w Warszawie na rzecz
zamawiającego - Urzędu Gminy w Gąsawie kwotę 1200.00 zł. (tysiąc dwieście
złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

Na oryginale trzy właściwe podpisy

Uzasadnienie

Zaskarżonym postanowieniem z dnia 17 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 840/09 Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Zamówień Publicznych w Warszawie, odrzuciła odwołanie POLCOURT Spółki Akcyjnej w Warszawie, wniesione od rozstrzygnięcia przez zamawiającego (Urzędu Gminy Gąsawa) protestu z dnia 12 czerwca 2009 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem była „budowa boiska sportowego ze sztucznej trawy wodnej wraz z przebudową i rozbudową budynku szatniowo - sanitarnego na stadionie w Gąsawie”. W uzasadnieniu skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, iż w przedmiotowej sprawie zaistniała przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania przewidziana w art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej UZP). 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 UZP, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a UZP. Z uwagi na fakt, że odwołanie zarzuca naruszenie zasad opisu warunków udziału w postępowaniu, zdaniem KIO, 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 oceny spełniania warunków w postępowaniu. KIO podkreśliła, że oddalony protest, w części będącej następnie przedmiotem odwołania, *de facto* formułuje tylko jeden konkretny zarzut w stosunku do postanowień SIWZ (Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) w przedmiocie warunków udziału w postępowaniu - zarzut zbyt wygórowanej liczby (3) wymaganych robót potwierdzających doświadczenie wykonawcy. Zdaniem składu orzekającego KIO, postanowienie SIWZ o wymaganym wykonaniu co najmniej 3 robót budowlanych, z pewnością takim opisem nie jest. Przeciwnie, mieści się w „drugim” pojęciu występującym w innych przepisach ustawy, mianowicie w „opisie warunków udziału w postępowaniu. Ponadto, KIO wyjaśniła, iż UZP w szeregu przepisów (np. w art. 36 ust. 1 pkt 5, w art. 41 pkt 7, w art. 48 ust. 2 pkt 6) wyraźnie rozróżnia pojęcia (instytucje, kategorie, konstrukcje) „opis warunków udziału w postępowaniu” od „opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”. Zasady wykładni językowej i systemowej, które powinny znajdować pierwszeństwo w trakcie rekonstrukcji i stosowania norm prawnych, jednoznacznie wskazują, zdaniem Izby na to, że ustawodawca wykreował dwa różne pojęcia, które wypełnił odmienną, normatywną treścią. Zamieszczenie przez ustawodawcę ww. instytucji obok siebie, w tych samych jednostkach redakcyjnych przepisów z użyciem spójnika koniunkcji, wskazuje przede wszystkim na fakt semantycznej odrębności tych dwóch różnych, chociaż zestawianych i faktycznie powiązanych ze sobą instytucji. Rzeczowe powiązanie oceny spełniania warunków z samymi warunkami nie jest kwestionowane. Jednak z faktu, iż sposób oceny spełniania warunków zawsze musi odnosić się do konkretnych warunków, w żadnym razie nie wynika, iż regulacje wskazujące na same warunki, niejako automatycznie dotyczą również oceny ich spełniania lub *vice versa*. Nie można traktować dwóch różnych pojęć prawnych zamiennie i wypełniać ich taką samą normatywną treścią. W przypadku, gdy dane postanowienie SIWZ zostanie uznane za warunek udziału w postępowaniu (opis warunku udziału w postępowaniu), nie może jednocześnie stanowić opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Przesądza o powyższym zarówno fakt zamieszczenia obu pojęć/instytucji w koniunkcji w tym samym przepisie, jak również ich treść referująca do innych aspektów powiązanych faktycznie i prawnie kwestii - przedmiot oceny (tu: opisane warunki udziału w postępowaniu) nie jest samą oceną, czy sposobem jej dokonania, w szczególności nie określa środków i zasad, według jakich dokonuje się oceny, ale stanowi jedynie o punkcie dojścia i odniesienia oceny (podając graniczne parametry warunków, np. wymaganą ilość robót, personelu, środków). Rozpatrywanie i rozstrzyganie prawidłowości (zgodności z przepisami ustawy) warunków wyrażających się poprzez ich opis, w oderwaniu od prawidłowości sposobu dokonania oceny ich spełniania jest jak najbardziej możliwe. Prawidłowe warunki udziału w postępowaniu (adekwatne, zapewniające konkurencję) mogą być w nieprawidłowy sposób ocenianie (np. na podstawie niewłaściwych dokumentów, niewłaściwego zakresu wymaganych danych.) i *vice versa*. Jeżeli więc, zdaniem KIO, ustawodawca, z założenia racjonalnie wykorzystujący językowe formy wyrazu norm prawnych, konsekwentnie posługujący

się wskazanym wyżej dualistycznym zestawieniem dwóch różnych pojęć, w przepisie art. 184 ust. 1a pkt 2 UZP, jedno z nich pomija, wniosek może być tylko jeden - zakres regulacji niniejszego przepisu nie obejmuje opisu warunków udziału w postępowaniu.

Od powyższego rozstrzygnięcia skargę do tutejszego Sądu złożyli - Prezes Urzędu Zamówień Publicznych oraz odwołujący - POLCOURT Spółka Akcyjna. Pierwszy skarżący zarzucił orzeczeniu KIO naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 184 ust. 1a pkt 2 UZP poprzez błędną jego wykładnię i uznanie, że odwołanie nie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego warunków udziału w postępowaniu (opisu warunków udziału w postępowaniu), jak również naruszenie przepisu postępowania tj. art. 187 ust. 4 pkt 8 UZP poprzez oddalenie w całości odwołania wykonawcy POLCOURT S.A. z siedzibą w Warszawie, pomimo że odwołanie dotyczyło czynności określonej w art. 184 ust. 1a pkt 2 UZP. W tych okolicznościach Prezes Urzędu Zamówień Publicznych domagał się zmiany zaskarżonego postanowienia w całości oraz orzeczenia, co do istoty sprawy, tj., co do zasadności odwołania wykonawcy POLCOURT S.A. z dnia 9.06.2009r. W uzasadnieniu podkreślił, że istota środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych sprowadza się do stworzenia instytucjonalnych instrumentów ochrony interesów wykonawców w uzyskiwaniu zamówień publicznych. Stanowią one gwarancje zachowania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców. Ochrona interesu prawnego wykonawcy naruszonego w danym postępowaniu musi być efektywna i zapewniać możliwość przywrócenia stanu zgodnego z prawem. Wyrazem powyższej zasady jest art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 UZP. Zgodnie z tym przepisem Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając odwołanie może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. Rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej uwzględniającej odwołanie zmierza, zatem do przywrócenia stanu zgodnego z prawem, tj. stanu sprzed naruszenia UZP. Powyższa zasada, zdaniem skarżącego, nie ulega w żadnym stopniu ograniczeniu w odniesieniu do postępowań o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy UZP. Fakt, iż ustawodawca określił w art. 184 ust. 1a UZP pozytywny katalog czynności zamawiającego, których może dotyczyć odwołanie wykonawcy, nie wpływa na ocenę, iż przewidziane prawem środki ochrony prawnej winny stanowić realny i efektywny instrument ochrony wykonawców przed bezprawnym działaniem zamawiającego. Pozytywne określenie katalogu czynności zamawiającego, których może dotyczyć odwołanie, zmierza jedynie do zapewnienia szybkości i sprawności postępowania poprzez ograniczenie możliwości wnoszenia odwołań od tych czynności postępowania, które mają fundamentalne znaczenie dla zachowania, w jego toku, podstawowych zasad zamówień publicznych (zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady jawności zamówień publicznych - art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy). Tylko taki kontekst interpretacyjny przepisów art. 184 ust. 1a ustawy pozwala, zdaniem Prezesa, na właściwe odczytanie sensu normatywnego tych przepisów.

W dalszej części uzasadnienia skargi skarżący wywiódł, iż w myśl postanowień UZP opis warunków wymaganych od wykonawców winien zostać zamieszczony

zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w SIWZ. Powyższe nie oznacza jednak, iż w przypadku opisu warunków udziału w postępowaniu mamy do czynienia z inną kategorią normatywną aniżeli z samym określeniem warunków udziału w postępowaniu. Opis ten oznacza, bowiem jedynie skonkretyzowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego oraz dysponowania określonymi osobami, na potrzeby danego postępowania. Wraz z dokonaniem opisu warunków udziału w postępowaniu UZP wymaga od zamawiającego dokonania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu odnosi się do skonkretyzowanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu (opisu warunków udziału w postępowaniu). Oznacza to, iż w każdym przypadku opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w

postępowaniu musi się odnosić do konkretnego opisu tych warunków. Innymi słowy opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie funkcjonuje bez określenia samych warunków udziału w postępowaniu (opisu tych warunków). W tym zakresie należy, zatem uznać, iż opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie stanowi samodzielnej - od opisu tych warunków - kategorii normatywnej. Zdaniem skarżącego, twierdzenie Krajowej Izby Odwoławczej o odrębności pojęć warunków odmiennej treści normatywnej „opisu warunków udziału w postępowaniu” oraz „opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” nie znajduje potwierdzenia w żadnym z przepisów prawa. Wykonawca podnoszący zarzut wobec opisu warunków udziału w postępowaniu, kwestionuje tym samym automatycznie również sposób oceny spełniania tych warunków oraz zakres dokumentów, które są wymagane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przyjęciu powyższego stanowiska nie sprzeciwia się literalne brzmienie przepisów art. 36 ust. 1 pkt. 5 oraz art. 41 pkt. 7 UZP. Ponadto skarżący argumentował, że twierdzenia Izby, iż z jednej strony ustawodawca wykreował dwa różne pojęcia wypełnione odmienną treścią normatywną, a z drugiej, iż nieprawidłowy sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu może obejmować w szczególności ocenianie na podstawie niewłaściwych dokumentów lub niewłaściwego zakresu wymaganych danych, są wzajemnie sprzeczne. Nadto, skarżący przywołał w skardze postanowienia komunikatu wyjaśniającego Komisji Europejskiej dotyczącego prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (2006/C 179/02). Na koniec skarżący powołał się na rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 czerwca 2009 r. (sygn. akt XIX Ga 207/09) oraz Sądu Okręgowego w Świdnicy z dnia 25 czerwca 2009 r. (sygn. akt VI Ga 68/09).

Spółka POLCOURT w swojej skardze zarzuciła zaskarżonemu postanowieniu naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 184 ust. 1 a pkt. 2 UZP poprzez błędną jego wykładnię i użycie, iż odwołanie nie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego opisu warunków udziału w postępowaniu oraz naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 187 ust. 4 pkt. 8 UZP poprzez odrzucenie odwołania, pomimo że odwołanie dotyczyło czynności określonej w art. 184 ust. 1 a pkt. 2 UZP. Skarżący podniósł, iż od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, określone w rozp. wyk. do art. 11 ust. 8 z zastrzeżeniem art. 184 ust. 1 UZP. Stwierdził jednocześnie, że stosowanie tej regulacji w praktyce wywołało wątpliwości w zakresie opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Skarżący powołał się przy tym na treść skargi złożonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na postanowienie KIO z dnia 3.04.2009 r., (sygn. akt KIO/UZP 371/09). Ponadto wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy z dnia 25.06.2009 r., sygn. akt VI Ga 68/09. Zdaniem Spółki, nie można zasadnie twierdzić, że ustawodawca przyznał możliwość wniesienia odwołania od opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu rozumianej jako stosowanie formuły językowej dokonywania tej oceny - spełnia/niespełnia. Przyjęcie takiego stanowiska powoduje, że środki ochrony prawnej w postaci odwołania/skargi nie pozwalają skutecznie chronić praw wykonawców w zakresie tak podstawowym jak warunki udziału w postępowaniu. Skarżący argumentował, iż opis warunków udziału w postępowaniu wraz z opisem sposobu dokonywania oceny tych warunków tworzą dopiero opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem skarżącego, przepis art. 184 ust. 1 UZP należy interpretować zgodnie z uzasadnieniem do projektu zmiany UZP, z którego wynika, że nowelizacja ma zapewnić ochronę prawną w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane poniżej progu 5.150.000 €, z wyłączeniem „prawa do wniesienia środków ochrony prawnej na czynności nie godzące bezpośrednio w interes wykonawcy, który z nich korzysta”. Bezsprzecznie, zdaniem Spółki, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu godzi bezpośrednio w interes wykonawcy w sytuacji, gdy niezgodna z prawem konkretyzacja warunków udziału w postępowaniu skutkuje wykluczeniem go z postępowania, a w konsekwencji pozbawieniem możliwości uzyskania zamówienia. Ponadto w skardze podniesiono, że żądanie zamawiającego dotyczące wykazania się aż trzema realizacjami jest

nieuzasadnione. Zgodnie, bowiem z przyjętą linią orzecniczą realizacja jednej inwestycji podobnej do przedmiotu zamówienia, gwarantuje posiadanie doświadczenia.

W odpowiedziach na skargi zamawiający (przeciwnik skargi) wniósł o ich oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.

Na rozprawie w dniu 22 października 2009 r. obaj skarżący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:

Obie skargi podlegają oddaleniu.

Bezspornym w przedmiotowej sprawie było, iż zamawiający - Urząd Gminy Gąsawa - wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem była „budowa boiska sportowego ze sztucznej trawy wodnej wraz z przebudową i rozbudową budynku szatniowo-sanitarnego na stadionie w Gąsawie”.

Nie ulega ponadto wątpliwości, że postępowanie wszczęte zamieszczeniem ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 czerwca 2009r., pod poz. 88837-2009 oraz na stronie internetowej pod adresem przez Gminę Gąsawa w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie wskazanym wyżej, dotyczy zamówienia o wartości szacunkowej mniejszej niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych (poniżej tzw. „progu unijnego”), tj. w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (dalej zwanym RozpUOPWE), Dz.U.07.241.1762, w którym wartość tę dla robót budowlanych określono na kwotę 5.150.000 € (§ 1 pkt. 2 lit. b Rozporządzenia).

Wykonawca - POLCOURT Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wniosła do zamawiającego w terminie protest „dotyczący treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), a mianowicie wobec czynności zamawiającego dotyczących sporządzenia SIWZ: opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję, w tym określenie cech wskazujących na jednego producenta, a także opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami zamawiającego, bezprawny, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, opisanie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz sposobu oceny spełniania tych warunków w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, żądanie dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania oraz niedopuszczalnych na podstawie obowiązujących przepisów, co doprowadziło w szczególności do naruszenia zasad przestrzegania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”. Wskazując na powyższe, wykonawca POLCOURT S.A. żądał: „zmiany SIWZ poprzez zmianę warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny spełniania tych warunków, zgodnie z uzasadnieniem protestu, modyfikacji przez zamawiającego SIWZ poprzez dopuszczenie do przetargu wszystkich nawierzchni typu sztuczna trawa, które posiadają certyfikat FIH co świadczy o ich najwyższej jakości lub wskazanie, że oferowana nawierzchnia „sztuczna trawa” będzie uznana za spełniającą wymagania zamawiającego, jeżeli będzie spełniała następujące parametry: Wysokość włókna: min. 13 mm, Kompozycja włókna runa nawierzchni: 100% włókien monofilowych, 100% polietylen, Warstwa elastyczna zintegrowana z nawierzchnią w formie pianki PU o grubości 5 mm lub układana na macie elastycznej wykonywanej na placu budowy, Ciężar całkowity min. 3900 gr/m², Metoda produkcji

dziane, Rozstaw ściegów 3/16, Szerokość rolki min. 400 cm, DTEX: min. 5 600, Odporność na promieniowanie UV - TAK, Wypełnienie - BRAK, Kolor nawierzchni zielony, Linie wklejone w nawierzchnię - białe, modyfikacji przez zamawiającego SIWZ poprzez rezygnację z wymogów: aby zaproponowany system nawadniania zastosowany był na minimum trzech obiektach do hokeja na trawie oraz, aby zaoferowana tablica wyników była zainstalowana na trzech obiektach do hokeja na trawie”.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu uwzględnił zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia, zmienił warunek udziału w postępowaniu, oddalił zaś protest w pozostałej części wskazując na brak podstaw prawnych do zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Po rozstrzygnięciu protestu wykonawca złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wnosząc o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści ogłoszenia i SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanego doświadczenia oraz brzmienia pkt. 5.3 SIWZ, jako warunków naruszających zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w sposób wskazany w treści protestu i uzasadnieniu.

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

Sporną w rozpoznawanej sprawie kwestią była okoliczność, czy w świetle art. 184 ust. 1a UZP, dopuszczalne jest odwołanie dotyczące „opisu warunków udziału w postępowaniu”, jak również okoliczność, czy wykonawca podnosząc zarzut wobec opisu warunków udziału w postępowaniu, kwestionuje tym samym automatycznie również sposób oceny spełniania tych warunków, jak twierdzili skarżący. Zdaniem Sądu Okręgowego, na tak postawione pytania, odpowiedź jest negatywna.

Zgodnie z treścią art. 184 ust. 1 pkt. 1a UZP, w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, a zatem w przedmiotowej sprawie, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego 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 o udzielenie zamówienia, odrzucenia oferty. W przedmiotowej zatem sprawie, uwzględnivszy zastosowany tryb przetargu nieograniczonego oraz etap postępowania, wykonawca mógł wnieść odwołanie tylko od opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wprawdzie odwołujący sformułował w proteście oraz odwołaniu ogólny zarzut niewłaściwego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jednak zauważyć należy, iż nigdzie nie podał, na czym polega ów niewłaściwy opis i żądanie, jakich dokumentów przez zamawiającego narusza przepisy ustawy i § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zarówno w proteście jak i odwołaniu Spółka POLCOURT nie wskazała, w jaki sposób należy zmienić sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i jakie żądane dokumenty są zbędne i niedopuszczalne.

Bezspornie zarzutami wniesionymi przez odwołującego były zarzuty dotyczące określenia warunków udziału w postępowaniu, a w szczególności zarzut zbyt wygórowanej liczby (3) wymaganych robót i ich wartości (5 mln zł). Odwołanie Spółki dotyczyło, bowiem brzmienia pkt. 5.3 SIWZ, w którym to punkcie zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegający na wymaganiu od wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie wykonania w ostatnich 5 latach przed dniem wszczęcia postępowania, tj. przed terminem zamieszczenia ogłoszenia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 3 robót budowlanych w zakresie wykonania: boisk, systemu nawadniania boiska, tablicy

wyników, robót ogólnobudowlanych odpowiadających swym zakresem przedmiotowi zamówienia.

Opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia został natomiast zamieszczony przez zamawiającego w pkt. 5.6, który stanowił, że „Zamawiający oceni spełnienie warunków udziału w postępowaniu na podstawie złożonego oświadczenia według formularza nr 2 i 2a oraz dokumentów określonych w rozdziale 6. Ocena spełniania warunków zostanie dokonana na podstawie przedstawionych dokumentów według formuły spełnia/nie spełnia”. Tego zapisu odwołujący zaś nie oprotestował, nie stanowił on również przedmiotu odwołania. Ogólnie sformułowany zarzut „niewłaściwego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu”, bez wskazania, na czym owa niewłaściwość polega oraz żądanie, jakich dokumentów przez zamawiającego jest zbędne i niedopuszczalne, nie może zostać uznane za wystarczające sformułowanie zarzutu w świetle treści art. 184 ust. 1 pkt. 1a UZP.

Niemniej jednak należy stwierdzić, iż opis warunków udziału w postępowaniu nie jest pojęciem tożsamym z pojęciem "opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu". Ustawodawca rozróżnił, bowiem w UZP warunki udziału w postępowaniu od sposobu oceny ich spełniania, na co wyraźnie wskazuje art. 36 ust. 1 pkt 5 UZP nakazujący podanie w SIWZ zarówno opisu warunków udziału w postępowaniu, jak i opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Podobne rozróżnienie znajduje się w art. 41 pkt 7 UZP, dotyczącym treści ogłoszenia o zamówieniu w przetargu nieograniczonym, a także, w stosunku do innych trybów, w art. 48 ust. 2 pkt 6, art. 63 ust. 2 pkt 5, art. 75 ust. 2 pkt 9 UZP. Przyjąć zatem należy, zdaniem Sądu Okręgowego, że są to dwie odmienne czynności zamawiającego znajdujące swoje odzwierciedlenie w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia (art. 41 pkt. 7 UZP) i w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt. 5 UZP) i połączone spójnikiem „oraz”, co jednak nie oznacza - według literalnego brzmienia art. 184 ust. 1a UZP, że odwołanie dotyczące opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu automatycznie obejmuje również postanowienia ogłoszenia, czy specyfikacji dotyczącego samego opisu udziału warunków.

Jedynie na marginesie przedmiotowych rozważań, gdyż kwestia merytorycznej oceny sprawy nie była przedmiotem postępowania skargowego, Sąd Okręgowy nadmienia, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 UZP, przy czym opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków należy do wyłącznych praw i obowiązków zamawiającego. Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokonywana jest na podstawie informacji zawartych w oświadczeniu o spełnianiu tych warunków oraz dokumentach potwierdzających nie spełnianie tych warunków, na zasadzie: wykonawca „spełnia” albo „nie spełnia” poszczególne warunki. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach RozpUOPWE, zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach RozpUOPWE, zamawiający może - a zatem nie musi - odstąpić od żądania składania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nadto podkreślić warto, że celem art. 22 ust. 1 UZP jest umożliwienie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego tylko tym wykonawcom, którzy w przypadku uzyskania zamówienia publicznego zdolni będą do należytego wykonania zamówienia, a tym samym wydatki publiczne będą wydatkowane zgodnie z treścią art. 35 ust. 3 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U.05.249.2104 ze zm.), tj. w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, w sposób umożliwiający terminową realizację zadań. Zamawiający nie może zatem odstąpić od żądania spełnienia warunków określonych w tym przepisie, a także rozszerzać lub zawężać określonego w art. 22 ust. 1 UZP katalogu warunków udziału w postępowaniu.

W świetle obowiązującej zasady legalizmu, brak jest podstaw do zastosowania

wykładni rozszerzającej, co do katalogu czynności, które podlegają zaskarżeniu odwołaniem. Oznacza to możliwość wnoszenia odwołania, środka przysługującego wykonawcom i innym podmiotom legitymowanym wobec czynności i zaniechań zamawiającego, tylko w takim zakresie, w jakim dopuszcza to ustawodawca (por. postanowienie Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 czerwca 2009 r., sygn. akt XIX Ga 207/09).

Zasady wykładni językowej i systemowej, które powinny znajdować pierwszeństwo w trakcie stosowania norm prawnych jednoznacznie wskazują, że ustawodawca wykreował dwa różne pojęcia, którym nadał odmienną, normatywną treść. Zamieszczanie przez ustawodawcę tych instytucji obok siebie, w tych samych jednostkach redakcyjnych przepisów z użyciem spójnika koniunkcji wskazuje przede wszystkim na fakt znaczeniowej odrębności tych dwóch różnych pojęć.

Powyższe nie oznacza wprawdzie, że pojęcia, o których mowa, nie są rzeczowo powiązane, jednak z okoliczności, iż sposób oceny spełniania warunków zawsze musi odnosić się do konkretnych warunków, nie wynika, że regulacje wskazujące na same warunki, niejako automatycznie dotyczą również oceny ich spełnienia i odwrotnie. W przypadku, gdy dany zapis SIWZ zostanie uznany za opis warunku udziału w postępowaniu, nie może jednocześnie stanowić opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Należy przyjąć, iż skoro racjonalny ustawodawca zasadnie wykorzystujący językowe formy wyrazu norm prawnych, konsekwentnie posługujący się opisanym wyżej dualistycznym zestawieniem dwóch pojęć, w przepisie art. 184 ust. 1a pkt. 2 UZP jedno z nich pomija, to zakres regulacji wskazanego przepisu nie obejmuje warunków udziału w postępowaniu. Brzmienie wskazanej normy, jest w ocenie Sądu Okręgowego, jasne i nie ma podstaw, aby z jego treści wywodzić skutki inne niż te wynikające bezpośrednio z wykładni językowej.

Na marginesie nadmienić należy, iż w doktrynie podkreśla się pierwszeństwo wykładni językowej nad innymi rodzajami wykładni. Można ją sformułować w następujący sposób. Interpretator powinien oprzeć się na rezultacie wykładni językowej. Dopiero, gdy ta prowadzi do niedających się usunąć wątpliwości wolno mu przejść do wykładni systemowej. Dopiero, jeśli również wykładnia systemowa nie wyjaśnia wszystkich wątpliwości, to należy odwołać się do wykładni funkcjonalnej. Jeżeli, wykładnia funkcjonalna nie wyjaśnia wszystkich wątpliwości, to pozostają rozwiązania instytucjonalne. Jeśli, wykładnia językowa wyjaśnia wszystkie wątpliwości, to zgodnie z regułą wykładni kończy się, gdy tekst staje się jasny. Tylko w przypadku braku jasnych sformułowań ustawowych, na podstawie, których niemożliwe jest rozdzielenie zakresu unormowania poszczególnych okoliczności, możliwe jest sięgnięcie do środków wykładni nie uwzględniających dosłownego brzmienia przepisów. (*Clara sunt non interpretanda*)

W szczególności Sąd Okręgowy nie podziela stanowiska skarżącego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, iż każde odwołanie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego opisu warunków udziału w postępowaniu, musi jednocześnie z natury rzeczy dotyczyć także opisu sposobu oceny spełniania tych warunków. Możliwe jest przecież zakwestionowanie warunków udziału w postępowaniu bez kwestionowania sposobu oceny spełniania tych warunków, co wynika nader wyraźnie z zapisów ustawy.

Zdaniem skarżących, stanowisko prawne zaprezentowane przez skład orzekający KIO nie daje się pogodzić z podstawową funkcją środków ochrony prawnej przewidzianych w UZP. Na poparcie swego stanowiska skarżący odsyła do uzasadnienia projektu nowelizacji ustawy prawo zamówień publicznych oraz powołuje postanowienia Komunikatu wyjaśniającego Komisji Europejskiej dotyczące prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień publicznych. Zauważyć w tym miejscu należy, iż nowelizacja ustawy - Prawo zamówień publicznych ma na celu implementację do prawa krajowego postanowień dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11.12.2007 r. zmieniającej

dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/12/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007 r., s.31) . Termin wdrożenia wynosi 24 miesiące i upływa w dniu 20.12.2009 r. W tym terminie konieczne jest przeniesienie do polskiego prawa uregulowań przewidzianych w dyrektywie odwoławczej dotyczących zapewnienia wykonawcom prawa do korzystania z efektywnego systemu środków ochrony prawnej, skutecznego mechanizmu sankcjonowania przypadków naruszeń przez zamawiających przepisów o zamówieniach publicznych poprzez określenie zasad i warunków unieważniania umów albo nakładania kar alternatywnych.

Bezsprzecznie projekt nowelizacji wprowadza zasadnicze zmiany w zakresie środków ochrony prawnej wynikające z konieczności implementacji dyrektywy odwoławczej. Zwrócić jednak uwagę należy na fakt, iż w planowanej nowelizacji UZP nie dokonano zmiany zapisu art. 36 UZP. Pozostał w swej treści również art. 184 (otrzymał jedynie nową numerację - art. 180). W nowelizacji podtrzymuje się, bowiem regulację ograniczającą prawo do korzystania z odwołania poniżej progów unijnych tylko do niektórych czynności określonych w art. 180 ust. 2 UZP (por. projekt nowelizacji- Druk sejmowy nr 2310).

Na koniec stwierdzić należy, iż Komisja Europejska, na którą powołuje się skarżący Prezes, w komunikacie wyjaśniającym dotyczącym prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (2006/C 179/02; Dz.U.UE C z dnia 1 sierpnia 2006 r.) skupia się na tym, że ochrona sądowa wykonawców powinna przysługiwać przy zamówieniach o małej wartości w sytuacji, gdy dochodzi do wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty. Przepis art. 184 ust. 1a UZP przewiduje możliwość odwołania się wykonawcy w przypadku wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Podsumowując dotychczasowe rozważania stwierdzić należy, iż okoliczność, że sposób oceny spełniania warunku jest ściśle powiązany z opisem warunku, nie oznacza, iż odwołanie przysługiwać będzie na opis warunku. Z treści przepisu art. 184 ust. 1a pkt 2 UZP wynika bowiem wyłącznie prawo wykonawców do wniesienia odwołania od sposobu oceny spełniania warunków, który podlega kontroli pod kątem adekwatności np. żądanych dokumentów lub oświadczeń na podstawie, których zamawiający zamierza potwierdzić spełnianie warunku. Skoro przedmiotowe odwołanie dotyczyło brzmienia warunków udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia, a więc czynności, które nie zostały wymienione w art. 184 ust. 1a UZP, tym samym zarzuty te nie mogły zostać rozpatrzone przez Izbę.

W konsekwencji przedmiotowe skargi podlegały oddaleniu przez Sąd Okręgowy jako bezzasadne stosownie do treści art. 198 ust. 2 zd. 1 UZP, o czym orzeczono jak w pkt. I sentencji.

Oddalenie skarg powoduje, iż zbędne jest orzekanie, co do istoty sprawy, co wynika jednoznacznie z art. 198 ust. 2 zdanie 2 UZP (a contrario).

O kosztach skargi orzeczono na podstawie art. 98 kpc, w zw. z art. 194 ust. 2 UZP jak w pkt II i III sentencji.

W sprawie zamawiający nie przedłożył zestawienia kosztów. W tej sytuacji należało zastosować § 10 ust. 1 pkt 4 w zw. z § 5 i § 12 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych przy uwzględnieniu, iż to właśnie stawki przyjęte w sprawach o uchylenie wyroku sądu polubownego należy zastosować do rozpoznanej sprawy jako najbardziej zbliżone rodzajowo.

Zważywszy na rodzaj i stopień złożoności sprawy oraz nakład pracy pełnomocnika zamawiającego, Sąd Okręgowy przyznał wynagrodzenie w wysokości dwukrotnej stawki minimalnej (§ 2 ust. 2, § 13 ust. 1 pkt 1 rozp. Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych).

Sąd Okręgowy w Bydgoszczy
VIII Wydział Gospodarczy
ul. Wały Jagiellońskie 2
85-128 Bydgoszcz
tel.(052) 32-53-151

Data 25 listopada 2009

amówiGń PulV Cli

Sygn.akt. VIII Ga 98/09/T

Pr- i/ A

**Prezes Urzędu Zamówień
Publicznych
ul. Postępu 17 A
02-676 Warszawa**

DORĘCZENIE

Sąd Okręgowy w Bydgoszczy VIII Wydział Gospodarczy
w sprawie z odwołania POLCOURT S.A w Warszawie przeciwko zamawiającemu: Urzędowi
Gminy w Gąsawie o udzielenie zamówienia publicznego, doręcza Panu odpis wyroku z dnia
5.11.2009 wraz z uzasadnieniem.

*Na zarządzeniejsęuócc^*
st. sekretarz lądowy
J. BeresAńska

POUCZENIE

Od powyższego wyroku skarga kasacyjna nie przysługuje

--.X~ - '1 ••' .

/VWt

s'4.. '' • ■

■;«RU.

PfiZJ

ODBIORU . ,. Breżes^ft@gin Zamówień

'b\ ■

UBŻAWA

tooy

-5yuu1 ■■'

■:Ofe