

POSTANOWIENÍ 1E

a B, OL 2010

Dnia 29 października 2009 roku

Sąd Okręgowy w Słupsku. VII Wydział Gospodarczy
w składzie następującym:

3SO Wanda Dumaiiowska (spr.)
Przewodniczący;

Sędrfowie: \$0 Małgorzata iianaś
 SC Mariusz Etruski

PratnkołanL; st, sokr. sąd. Karolina Mońko

po rozpoznaniu w dniu 29 października 2009 roku w Słupsku

na rozprawie

sprawy ze skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

z udziałem zamawiającego Gminy Dębica Kaszubska

**1 odwołującego Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej spółki 7,
ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy**

na wyrok Krajowej izby Odwoławczej

z dnia 21 wrześniu 2009 roku, sygn. aktKIO/UZF 296/09

postanawia:

przedstawić Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne w trybie
art. 390 § 1 k.p.O. następującej treści:

Czy w pojęciu „upis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w
postępowaniu”¹ użytym w przepisie art. 154 ust. 1a pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia
2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 233 poz. 165) z późn.
Zm.j. mieści się również prawo wniesienia odwołania od protestu dotyczącego opisu

warunków udziału w postępowaniu?

IJZASADNIFMb

Zamawiający - Gmina Dębica Kaszubska - wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługę „Nadzór inżynierski dla zadania: budowa sieci kanalizacyjnej i wodociągowej wraz z przyłączami do miejscowości KrTynią, Niemczewo, Kątowno. Włoszyno, Goszczyno” o szacunkowej wartości zamówienia 108 051,18 zł (równowartość kwoty 27 663,18 Euro) tj. poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa PZP, ej. Dz. U. z 20.] 1.20(17r. nr 223, poz. 1655 ze zna.).

W dniu 27 lipca 2009 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. w Bydgoszczy wniósł protest wobec czynności zamawiającego dotyczących specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) polegających na;

- zaniechaniu przez zamawiającego oświadczenia wysokości ubezpieczenia w zakresie prowadzonej działalności na potwierdzenie zdolności finansowej;
- żądaniu od wykonawców dokumentów stwierdzających, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają uprawnienia, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy PZP;
- zaniechaniu przez zamawiającego żądania wykazania się doświadczeniem przez osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia,
- zaniechaniu przez zamawiającego wymagania od wykonawców wykazania się doświadczeniem,

-bezzasadnym żądaniu biegłego w zakresie postępowań wodno-prawnych,

zarzucając tym samym naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 22. art. 36 ust. 1 pkt; i ust. 5 ustawy P/P.

Zamawiający nie uwzględnił protestu. Rozstrzygnięcie protestu (pismo z dnia 29 lipca 2009 roku uzasadnione jako Rozstrzygnięcie projektu) zostało przekazane odwołującemu drogą elektroniczną. Z uwagi na postanowienie zawarte w pkt 7.5 SIWZ dopuszczające przekazywanie wszelkich oświadczeń, wniosków i zawiadomień oraz informacji pisemnie i to: b za pomocą faksu, z zastrzeżeniem wyłączonej formy pisemnej dla protestu, wykonawca uznał, że wobec przekazania rozstrzygnięcia protestu bez zachowania wskazanych wyżej form, rozstrzygnięcie protestu nie nastąpiło w Terminie ustawowym, a zatem na mocy art. 183 ust. 1 ustawy PZP protest został oddalony.

W dniu 7 sierpnia 2009 roku wykonawca wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od oddalenia przedmiotowego protestu.

Postanowieniem z dnia 21 września 2009 roku Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie, wskazując na negatywną przesłankę procesową, o której mowa w art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy PZP. W uzasadnieniu postanowienia Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że skoro postępowanie jest postępowaniem o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP, to odwołanie od protestu może dotyczyć jedynie czynności zamawiającego wskazanych w art. 184 ust. 1a ustawy PZP. W oddalonym protestie wykonawca podniósł zarzuty dotyczące jedynie opisu warunków udziału w postępowaniu, nie zaś opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej w świetle obowiązującej zasady legalizmu odwołanie przysługuje tylko w takim zakresie, w jakim dopuszcza ustawodawca, a zatem odwołanie wykonawcy dotyczące czynności, niewskazanej expresse w przepisach

art. 184 ust. 1 a ustawy PZP, podlega odrzuceniu.

W uparciu o przepis art. 194 ust. 1 w zw. z art. 195 ust. 4 ustawy PZP Prezes Urzędu Zamówień Publicznych złożył skargę na wskazane wyżej postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając;

- naruszenie przepisu prawa materialnego tj. art. 184 ust. 1a ustawy PZP poprzez błędną wykładnię i uznanie, że odwołanie nie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego warunków udziału w postępowaniu (opisu warunków udziału w postępowaniu i 11 \

- naruszenie przepisu postępowania tj. art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy PZP poprzez, odizolowanie w całości odwołania wykonawcy, pomimo tego że odwołanie dotyczyło czynności określonej w art. 134 ust. 1 a ustawy PZP,

i wnosząc w konkluzji o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i o; zaniechanie cc- do istoty sprawy tj. co do zasadności odwołania wykonawcy Przedsiębiorstwa Obsługi Inwestycyjnej sp. z o.o. w Bydgoszczy z dnia 7 sierpnia 2009 roku.

Zdaniem skarżącego nieuprawnione jest stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej. Wymagania dotyczące warunków udziału w postępowaniu nie stanowią czynności zamawiającego ujętej w katalogu wskazanym w art. 184 ust. 1 a pkt 4 ustawy PZP. Literalne brzmienie przepisów art. 56 ust. 1 pkt 5 i art. 41 pkt 7 ustawy PZP, w których ustawodawca uściśla wymienia opis warunków udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków nie ma bowiem decydującego znaczenia dla wykładni przepisu art. 184 ust. 1 a pkt 2 ustawy PZP. W ocenie skarżącego wykładni tego przepisu należy dokonać przede wszystkim; uwzględnieniem podstawowych zasad obowiązujących w postępowaniu o

udzielenie zamówienia publicznego tj. zasady konkurencji i oraz i o w i e 10 traktowania wykonawców art. 7 ust. 1 ustawy PZP). Istota środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie PZP sprowadza się zaś do stworzenia instytucji Dualnych instrumentów ochrony interesów wykonawców w uzyskiwaniu zamówień publicznych i zapewniających realizację wskazanych wyżej zasad. Przewidziane prawem środki ochrony prawnej winny zatem stanowić realny i efektywny instrument ochrony wykonawców przed bezprawnym działaniem zamawiającego, a zawężenie katalogu czynności zamawiającego, których może dotyczyć odwołanie, do czynności mających fundamentalne znaczenie dla zachowania podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zmierza jedynie do zapewnienia szybkości i sprawności tego postępowania. W dalszej kolejności skarżący wskazał, że wraz z dokonaniem opisu warunków udziału w postępowaniu u słowa PZP wymaga od zamawiającego dokonania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania i lub warunków art. 36 ust. 1 pkt 5 i art. 41 pkt 7 ustawy PZP. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu odnosi się zaś do skonkretyzowanych przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu (opis warunków udziału w postępowaniu), co oznacza, że oba te pojęcia opis warunków i opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania - tworzą funkcjonalną całość i nie stanowią odrębnych kategorii normatywnych. W ocenie skarżącego dopiero oba te elementy łącznie mogą stanowić podstawę oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Ścisła wykładnia literalna przepisu art. 184- ust. 1 a pkt 2 ustawy PZP, dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą, prowadziłaby zaś do uznania, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu stanowi jedynie określoną formułę językową dokonywania oceny „spełnianie spełnia”, co z kolei godziłoby w istotę środków ochrony prawnej przewidzianych dla wykonawców w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP. Kierunek wykładni przedmiotowego przepisu przyjęty przez Krajową Izbę Odwoławczą jest zatem, zdaniem skarżącego, sprzeczny z celem regulacji zawartej w przepisie art. 184 ust. 1 a ustawy PZP, albowiem nie zapewnia wykonawcom prawa wnoszenia efektywnych środków ochrony prawnej dotyczących ich najistotniejszych interesów.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o jej oddalenie w całości, podziеляjąc argumenty przytoczone w zaskarżonym postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej, jak również w postanowieniach izby z dnia 17 lipca 2009 roku (sygn. KIO/LZP 84d/09) oraz z dnia 14 lipca 2009 roku (sygn. KIC/UZP SOS, 109).

Sąd Okręgowy zważył, co następuje;

Istotą sporu w niniejszej sprawie jest wykładnia przepisu art. 184 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP i rozstrzygnięcie, czy w pojęciu „opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu”¹ nie należy również czynność zamawiającego polegająca na opisie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wykładnia językowa i systemowa wskazanego przepisu prowadzi do wniosku, że czynność opisu warunków udziału w postępowaniu nie stanowi podstawy odwołania; w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy PZP. Należy bowiem mieć na uwadze, że przepisy art. 36 ust. 1 pkt 5 i art. 41 pkt 7 ustawy PZP, mające zastosowanie w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego, przewidują obowiązek zamieszczenia zarówno w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak i w ogłoszeniu o zamówieniu opisu warunków udziału w postępowaniu o opisie sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Podobną regulację zawiera przepis art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy PZP, znajdujący zastosowanie w postępowaniu w trybie przetargu ograniczonego oraz odpowiednio w trybie negocjacji z ogłoszeniem (art. 56 ust. 1 ustawy) oraz dialogu konkurencyjnego (art. 60 ust. 1 ustawy). Ponadto także w przepisach dotyczących innych trybów postępowań - zaproszenia do negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia w ramach licytacji elektronicznej ustawodawca, posługuje się odrębnymi pojęciami opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków (odpowiednio art. 63 ust. 2 pkt 5 i art. 75 ust. 2 pkt 9 ustawy). Skoro zatem ustawodawca w sposób konsekwentny posługuje się wskazanym wyżej rozróżnieniem obu pojęć, to, przy założeniu racjonalnego wykorzystywania językowych form wyrazu norm prawnych, istnieją podstawy do stwierdzenia, że opis warunków udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonywania oceny ich spełnienia stanowią odrębne czynności zamawiającego. Przyjmując taki kierunek wykładni za opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu należy określić sposób, w jaki zamawiający będzie ocenił, czy dany wykonawca poprzez przedłożenie wymaganych dokumentów lub oświadczeń spełnia warunki udziału w postępowaniu na zasadzie metody zero-jedynkowej („spełnienie / niespełnienie”). Z kolei opis warunków udziału w postępowaniu stanowić będzie konkretyzację wymogów ustawowych określonych w art. 22 ust. 1 ustawy PZP, dokonany w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia i nieuprzedzający zasad funkcjonowania konkurencji. Powyższe uwagi prowadzą z kolei do wniosku, że jeśli ustawodawca wskazał w przepisie art. 184 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP

tylko jedną ze wskazanych wyżej czynności tj. opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, poddany odwołaniu nie może stanowić inna czynność zamawiającego polegająca na opisie warunków udziału w postępowaniu (jak: Sąd Okręgowy w Katowicach w postanowieniu z dnia 30 czerwca 2009 roku w sprawie XIX Ga 207/001. W tym stanowiskiem wyrażonym przez Krajową Izbę Odwoławczą w zaskarżonym postanowieniu u przemawia również i to, że ustawodawca w sposób wyraźny określił podstawy odwołania w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy PZP co przepis art. 184 ust. 1 pkt 2 ustawy jest przepisem o charakterze wyjątkowym i jako taki nie powinien podlegać wykładni rozszerzającej.

Z drugiej strony istnieją także podstawy, by przyjąć, że oba elementy tj. opis warunków udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków stanowią funkcjonalną całość, będącą z kolei podstawą oceny spełnienia

warunków udziału w postępowaniu, o której mowa w art. 184 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Wobec

wskazanych na wstępie niniejszych rozważań przepisach ustawodawca co prawda wyraźnie rozróżnia te pojęcia, lecz jednocześnie używa ich zawsze łącznie, posługując się spójnikiem „oraz”, co z kolei prowadzi do wniosku, że elementy te są ze sobą ściśle związane. Za stanowiskiem tym przemawia również i to, że w każdym przypadku opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków odnosi się do skonkretyzowanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu (opisu warunków udziału w

postępowaniu). W konsekwencji opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków nie może funkcjonować bez opisu tychże warunków. Z tego też względu uprawniony wydaje się wniosek opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków nie stanowi samodzielnej, odrębnej kategorii normatywnej (tak również: Sąd Okręgowy w Opolu w wyroku z 9.09.2009r. w sprawie 11 Ca 59D/O9)-

Zauważyć ponadto należy, że literalna wykładnia przepisu art. 154 ust. 1 pkt 2 ustawy FZP stoi w sprzeczności z celem tejże regulacji, jasno sprecyzowanym w u/a sądnicznym w projekcie ustawy z dnia 4 września 2008 roku o zmianie Ustawy — Prawo zamówień publicznych i innych ustaw¹ (Dz. U. z 23.09. 2008 r., Nr 1 ■■■). po^.. 105S). W uzasadnieniu wskazano bowiem, że celem wprowadzonej regulacji jest zapewnienie skutków ochrony prawnej dla najistotniejszych decyzji mogących naruszać interes wy. (inawców.

Przyjęcie literalnej wykładni przepisu art. 154 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP prowadziłoby zatem do ograniczeniu prawa do wniesienia odwołania jedynie do kwesli stosowaniu określonej formuły językowej dokonywania oceny „spełnia/nie spełnia”. Należy przy tym zauważyć, że w przepisie art. 22 ust. 2 ustawy PZP ustawodawca wyraźnie podkreślił konieczność określania warunków udziału w postępowaniu zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji. Precyzyjne określenie warunków udziału w postępowaniu zapewnia zatem przejrzystość postępowania i umożliwia skuteczną kontrolę jego bezstronności. Pozbawienie wykonawców prawa kwestionowania sposobu opisu warunków udziału w postępowaniu o udzielone zamówienia publicznego godziłoby zatem w elementarne interesy wykonawców (zapewnienie konkurencyjności i bezstronności postępowania), a uregulowaną przepisami ustawy PZP ochronę prawną czyniłoby iluzoryczną. Ponadto należy mieć na uwadze, że co prawda do mniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na wartość przedmiotu zamówienia nie mają zastosowania przepisy dyrektywy Rady z dnia 21 stycznia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (59/665/EWG, Dz. L. -r. U? i. 1989.395.33), jednakże, jak wynika z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Państwa Członkowskie mają obowiązek zagwarantować wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedni poziom upublicznienia informacji umożliwiający konkurencję i kontrolę bezstronności procedur przetargowych (vids: wyrok ET§ z 13.10.2005r., sygn. C-45H.1/03,

Parking Brixen, Zb. Orz. 2006, sp. 1 - OSÓB5). Reasumując, w świetle wykładni funkcjonalnej przedmiotowego przepisu uwzględniającej podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazane w ustawie i orzecznictwie ETS niezasadne wydają się Ograniczenie podstaw odwołania jedynie do czynności opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu (tak również: Sąd Okręgowy w Świdnicy w wyroku z 25.09.2009r. w sprawie VI Ca 68/09).

Mając na uwadze wskazane wyżej odmienne rezultaty wykładni literalnej i systemowej oraz wykładni funkcjonalnej, rozbieżność stanowisk prezentowanych w orzecznictwie oraz żądanie praktyczne zagadnienia, będącego przedmiotem sporu w niniejszej sprawie, Sąd Okręgowy na podstawie art. 390 § 1 kpc postanowił przedstawić Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia następujące zagadnienie prawne:

„Czy w pojęciu „opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu”, użytym w przepisie art. 154 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 233, poz. 1655 ze zm.) mieści się również prawo wniesienia odwołania od protestu dotyczącego i. opis warunków udziału w postępowaniu?”¹

zgodność z oryginałem &

■y.

■y