

POSTANOWIENIE
z dnia 7 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Anna Packo

Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 7 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wojciecha Ferencę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno–Melioracyjnych z siedzibą w Ozimku, ul. Gen.Wł. Sikorskiego 5/2, 46-040 Ozimek** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Lublinie, ul. Karłowicza 4, 20-027 Lublin** protestu z dnia 28 października 2009 r.

orzeka:

1.odrzuca odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża Wojciecha Ferencę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno–Melioracyjnych z siedzibą w Ozimku, ul. Gen.Wł. Sikorskiego 5/2, 46-040 Ozimek i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Wojciecha Ferencę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno–Melioracyjnych z siedzibą w Ozimku, ul. Gen.Wł. Sikorskiego 5/2, 46-040 Ozimek,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wojciecha Ferenc** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Usług Hydrotechniczno–Melioracyjnych z siedzibą w Ozimku, ul. Gen.Wł. Sikorskiego 5/2, 46-040 Ozimek.**

U z a s a d n i e

Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Lublinie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Rozbudowę wału przeciwpowodziowego rzeki Wisły w dolinie Puławsko-Parchacko-Bochotnickiej w km 0+000-4+580, ob. 1 w km 3+203-4+580, gm. i m. Kazimierz Dolny, pow. Puławy”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 października 2009 r.

W dniu 28 października 2009 r. (pismem z tej samej daty) Wojciech Ferenc prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno–Melioracyjnych z siedzibą w Ozimku, zwany dalej „Odwołującym” złożył protest na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ” oraz na treść ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, który Zamawiający rozstrzygnął, poprzez jego oddalenie (pismem z dnia 4 listopada 2009 r., które Odwołujący otrzymał w tej samej dacie).

Odwołujący w dniu 9 października 2009 r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście, a następnie w odwołaniu, Odwołujący kwestionował treść pkt IV.2.1 SIWZ oraz III.2 ogłoszenia o udzielenie zamówienia, stosownie do którego wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia winni wykazać się wykonaniem w ciągu pięciu lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, dwóch robót budowlanych związanych z wykonaniem, modernizacją lub rozbudową wałów przeciwpowodziowych lub zapór zbiorników wodnych o łącznej długości nie mniejszej niż 3,5 km i łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 3.000.000,00 zł, wnosząc o jego modyfikację.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 w związku z art. 184 ust. 1a ustawy Pzp. Stosownie do wyżej przywołanego przepisu odwołanie podlega odrzuceniu na posiedzeniu niejawnym, bez

merytorycznego rozpoznania podniesionych w nim zarzutów, jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (tzw. „progi unijne”) odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a ustawy Pzp.

Wartość szacunkowa niniejszego zamówienia zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego udzielonymi do akt sprawy na piśmie (pismo z dnia 13 listopada 2009 r.) wynosi 7.632.642,42 zł, co stanowi równowartość 1.968.647,29 euro. Nadto przedmiot zamówienia objęty niniejszym postępowaniem stanowią roboty budowlane, co potwierdza opis przedmiotu zamówienia zawarty w postanowieniach SIWZ oraz treść ogłoszenia o zamówieniu, zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych

Wskazana wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia oraz okoliczność, że postępowanie dotyczy robót budowlanych, świadczą o tym, że postępowanie prowadzone jest na zasadach określonych dla zamówień o mniejszej wartości, tj. zamówień poniżej wartości progów unijnych, a których wartości zostały określone w przepisach rozporządzenia 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 (Dz. U. Nr 241, poz. 1762) wydanego na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Bezspornie zatem ustalona przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia na poziomie 1.968.647,29 euro mieści się poniżej wartości progów unijnych, określonych w przepisach przywołanego rozporządzenia.

Zgodnie z art. 184 ust. 1a ustawy Pzp, w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (czyli dla robót budowlanych wartość poniżej 5 150 000 euro), odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego czynności Zamawiającego enumeratywnie wymienionych w tym przepisie, tj.: 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 lub odrzucenia oferty. Oznacza to więc, że ustawodawca ograniczył prawo do odwoływania się w postępowaniach o mniejszej wartości wyłącznie do opisu przez zamawiającego sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Opierając się na wykładni językowej, Izba stwierdziła, że w katalogu tych czynności nie ujęto przypadków czynności opisu warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiającego, czy to w ogłoszeniu o zamówieniu, czy to w SIWZ, lecz czynność opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, co oznacza, że odwołanie w tym pierwszym przypadku nie przysługuje. W przedmiotowym stanie faktycznym

Odwołujący domagał się powtórzenia wadliwej czynności Zamawiającego dotyczącej określenia warunków, jakie winni spełniać wykonawcy biorący udział w postępowaniu, poprzez modyfikację zaskarżonego zapisu w treści SIWZ i treści ogłoszenia.

Opis warunków udziału w postępowaniu nie jest pojęciem tożsamym z pojęciem „opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu”. Ustawodawca rozróżnił bowiem w ustawie Pzp warunki udziału w postępowaniu od sposobu oceny ich spełniania, na co wyraźnie wskazuje art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp 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 ustawy Pzp 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 ustawy Pzp.

Opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, to określenie sposobu, w jaki Zamawiający będzie oceniał, czy dany wykonawca będzie spełniał warunki udziału w postępowaniu, na zasadzie metody zero-jedynkowej („spełnia – nie spełnia”) poprzez przedłożenie wymaganego dokumentu lub oświadczenia na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy też, jak w przetargu ograniczonym, np. poprzez punktację mającą wyłonić 5 wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu w stopniu najwyższym. Natomiast opis warunków udziału w postępowaniu stanowi konkretyzację blankietowych wymogów ustawowych, określonych w art. 22 ust.1 ustawy Pzp. Opis ten ma być - zgodnie z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp - dokonany przez Zamawiającego w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Reasumując, tak wykładania językowa, jak i wykładania systemowa w ramach wskazanych przepisów ustawy Pzp wskazuje, że jeśli Odwołujący kwestionuje czynność opisu warunków udziału w postępowaniu, czyli - jak w tym wypadku - postawiony przez Zamawiającego warunek doświadczenia wymaganego od wykonawcy w realizacji robót budowlanych, czynność ta nie podlega zaskarżeniu w trybie odwołania dla zamówień poniżej progów unijnych. Powyższe jest zgodne ze stanowiskiem wyrażonym m.in. w wyroku SO w Bydgoszczy w sprawie o sygn. akt VIII Ga 98/09 oraz postanowieniami KIO m.in. w sprawach o sygn. akt: KIO/UZP 371/09, KIO/UZP 462/09 i KIO/UZP 840/09. Nadto podnieść należy, iż SN w uchwale z dnia 10 grudnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 110/09 jednoznacznie stwierdził, iż „odwołanie, które przysługuje na podstawie art. 184 ust. 1a pkt 2 ustawy z dnia 25 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), nie obejmuje rozstrzygnięcia protestu dotyczącego opisu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”, a ponieważ odwołanie wniesione przez Odwołującego dotyczy opisu warunku udziału w postępowaniu, a więc innego zakresu niż określone w art. 184 ust. 1a ustawy Pzp Izba uznała, iż

przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 w związku z art. 184 ust. 1a ustawy Pzp.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Lublinie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....