

Sygn. akt: KIO/UZP 1912/09

POSTANOWIENIE
z dnia 15 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Sylwester Kuchnio
Członkowie:	Luiza Łamejko Emil Kuriata
Protokolant:	Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 12 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A., ul. Ceynowy 27, 83-200 Starogard Gdański** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gdańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., ul. Beniowskiego 5, 80-382 Gdańsk** protestu z dnia 9 grudnia 2009r.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A., ul. Ceynowy 27, 83-200 Starogard Gdański.**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A., ul. Ceynowy 27, 83-200 Starogard Gdański**

- 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 **Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A., ul. Ceynowy 27, 83-200 Starogard Gdański.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, Gdańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na:

Część 1. Budowa budynku mieszkalnego-usługowego nr 11 zlokalizowanego w Gdańsku-Ujeścisku wraz z kompletem instalacji wewnętrznych, uzbrojeniem i zagospodarowaniem terenu.

Część 2 Budowa budynku biurowego nr 11a zlokalizowanego w Gdańsku-Ujeścisku wraz z kompletem instalacji wewnętrznych, uzbrojeniem i zagospodarowaniem terenu.

Postępowanie wszczęto w dniu 02.12.2009 r.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

Uwzględniając dokumentację postępowania oraz oświadczenia stron złożone w trakcie posiedzenia Izba ustaliła, co następuje.

W dniu 02.12.2009 r. zamawiający zamieścił w BZP pod poz. 228185 ogłoszenie o zamówieniu, w którym w Sekcji III.1).2 sformułował warunek udziału w postępowaniu uzależniający możliwość udziału w postępowaniu od posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia polegającego na należyтым wykonaniu w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu, co najmniej jednego budynku mieszkalnego, co najmniej trzykondygnacyjnego, w zakresie wszystkich branż ujętych w niniejszym zamówieniu o wartości wykonanych robót nie mniejszej niż 7 000 000 zł brutto.

Zamawiający wymagał załączenia dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie.

W dniu 09.12.2012 r. Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A. wniosła protest wobec powyższego sformułowania warunku udziału w postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 i 2 i art. 25 ustawy oraz przepisu pkt 1 ust. 2 i 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r (Dz. U. Nr 87 poz. 605 ze zm.). Według protestującego zamawiający sprecyzował swoje wymagania względem wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia w sposób niezgodny z art. 22 ust. 2 Pzp, tj. nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i przez to ograniczający konkurencję poprzez nadmierne ograniczenie podmiotów kwalifikowanych jako zdolne do wykonania zamówienia.

W dniu 15.12.2009 r. zamawiający ww. protest w całości oddalił

W dniu 21.12.2009 r. Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A. wniosła odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu.

Uwzględniając powyższe Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy.

Zgodnie z powołanym przepisem Izba z urzędu odrzuca odwołanie, jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a.

Natomiast zgodnie z art. 184 ust. 1a ustawy w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

- 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.

W wyżej przytoczonym, zamkniętym katalogu nie wskazano jako przedmiotu protestu warunków udziału w postępowaniu czy opisu takich warunków.

Przedmiotowy protest i odwołanie dotyczą bezpośrednio warunku udziału w postępowaniu sformułowanego przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków udziału w postępowaniu, w ramach którego zamawiający domagał się od wykonawców legitymowania się określonym doświadczeniem w wykonywaniu robót budowlanych. W rzeczywistości brak tam jakichkolwiek zarzutów (poza formalnym wskazaniem naruszonych przepisów) odnoszących się do nieprawidłowego katalogu dokumentów żądanych na potwierdzenie spełniania ww. warunku, którą to nieprawidłowość można byłoby zakwalifikować jako naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy lub przepisów ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (w brzmieniu obowiązującym w trakcie wszczynania przedmiotowego postępowania). Protestujący w żaden sposób nie kwestionował tego w jaki sposób wykonawcy na podstawie sformułowanego warunku udziału w postępowaniu będą następnie kwalifikowani i oceniani jako podmioty, które wykazały spełnianie warunków, ale kwestionował jako ograniczające konkurencję postanowienia siwz stanowiące podstawę takiej kwalifikacji czyli samo sformułowanie warunku, a więc określenie zakresu czy przedmiotu potwierdzającej doświadczenie wykonawców roboty budowlanej.

Wobec braku definicji legalnych projektujących nowe znaczenie językowe pojęć używanych w przepisach, stwierdzić należy, iż opis cech wykonawcy, który warunkuje jego dopuszczenie i udział w postępowaniu w żadnym razie nie może zostać zakwalifikowany jako „opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu”. Warunki udziału w postępowaniu są bowiem materialnymi wymaganiami, co do cech podmiotowych wykonawców, precyzowanymi i wyrażanymi zgodnie z art. 22 ust. 2 Pzp przez zamawiającego, mieszczącymi się w zakresie unormowań określonych przez dyspozycje norm art. 22 ust. 1 Pzp, a nie opisem procesu potwierdzania i weryfikowania warunków. Zakwalifikowanie powyższego jako „opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” byłoby jawnie niezgodne z normami znaczeniowymi języka polskiego oraz regułami logicznego językiem się posługiwania.

Powyższe stanowisko i rozróżnienie opiera się przede wszystkim na analizie i wykładni samego tekstu ustawy, w którym zgodnie z zasadami techniki ustawodawczej znaczenia dwóch różnych pojęć nie można utożsamić.

W odniesieniu do powyższego należy wskazać, iż ustawa 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 ... etc) „opis warunków udziału w postępowaniu” od „opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”.

Zasady wykładni językowej i systemowej, które powinny znajdować pierwszeństwo w trakcie rekonstrukcji i stosowania norm prawnych, jednoznacznie wskazują, iż ustawodawca wykreował dwa różne pojęcia, które wypełnił odmienną, normatywną treścią. Pomieszczanie 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*.

Redakcja przepisów przesądza o przeciwnym – co zostało inaczej nazwane (zwłaszcza w jednej frazie), nie może być tym samym. Nie można więc traktować dwóch różnych pojęć prawnych zamiennie i wypełniać ich taką samą normatywną treścią.

W przypadku gdy dane postanowienie ogłoszenia czy 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 pomieszczenia 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 ocenę, ale stanowi jedynie o punkcie dojścia i odniesienia oceny (podając graniczne parametry warunków, np. wymaganą ilość robót, personelu, środków... etc.). Rozpatrywanie i rozstrzygnięcie 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... etc...) mogą być w nieprawidłowy sposób oceniane (np. na podstawie niewłaściwych dokumentów, niewłaściwego zakresu wymaganych danych... etc.) i *vice versa*.

Jeżeli więc 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 Pzp, jedno z nich pomija, wniosek może być tylko jeden – zakres regulacji niniejszego przepisu nie obejmuje opisu warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji zgodnie z jasną i precyzyjną regulacją ustawy w tym zakresie, odwołanie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego opisu warunków udziału w postępowaniu, nie przysługuje. *Clara sunt non interpretanda* - tylko w przypadku braku jasnych sformułowań ustawowych, na podstawie których nie możliwe jest

rozdzielenie zakresu unormowania poszczególnych okoliczności (niejako ich delimitacji) możliwe jest sięgnięcie do środków wykładni abstrahujących od dosłownego brzmienia przepisów, a opierających się na ogólnych zasadach czy celach unormowań prawnych.

Kres rozbieżnościom i kontrowersjom interpretacyjnym w tym zakresie spowodowanym stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a następnie znajdującym odbicie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych w tym przedmiocie, kłaść winna uchwała Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2009 r. (sygn. akt III CZP 110/09), w której wyraźnie stwierdzono, iż odwołanie, które przysługuje na podstawie art. 184 ust. 1a pkt 2 ustawy, nie obejmuje rozstrzygnięcia protestu dotyczącego opisu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym stwierdzić należy, iż odwołanie od rozstrzygnięcia przedmiotowego protestu, w świetle art. 184 ust. 1a Pzp, nie przysługuje.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 i art. 187 ust. 4 pkt 8 w zw. z art. 184 ust 1a ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....