

Warszawa, dnia 15. 11. 2011 r.

UZPIDPIO-MSZIM051/11

Sąd Okręgowy w Poznaniu
X Wydział Gospodarczy Odwoławczy
ul. Szyperska 14, 61-754 Poznań

Przystępujący: Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Skarżący: 1. DHV Polska Sp. z o.o.
ul. Domaniewska 41, 02-672 Warszawa
2. Biuro Projektów Budownictwa
Komunalnego S.A.
ul. J. Uphagena 27, 80-237 Gdańsk

Zamawiający: Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg
Krajowych i Autostrad
Oddział w Zielonej Górze
ul. Bohaterów Westerplatte 31,
65-950 Zielona Góra
reprezentowany przez

Sygn. akt X Ga 509/11

Przystąpienie do postępowania toczącego się na skutek wniesienia skargi

Na podstawie art. 198b ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) przystępuję do postępowania w sprawie X Ga 509/11, toczącego się na skutek wniesienia przez wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia – DHV Polska S.A. oraz BPBK S.A. skargi z dnia 30 sierpnia 2011 r. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1664/11.

Na podstawie art. 61 § 1 w zw. z art. 198b ust. 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych wnoszę o oddalenie skargi.

UZASADNIENIE

I. Skarżący zarzucił Krajowej Izbie Odwoławczej naruszenie przepisu art. 22 ust. 1 i 4 oraz art. 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie dokonanego przez Zamawiającego opisu sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia za pozostający w związku z przedmiotem zamówienia oraz naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób nie utrudniający uczciwej konkurencji.

Powyższe zarzuty Skarżący oparł na twierdzeniu o niedopuszczalności zlecenia przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia, tj. usługi w zakresie nadzoru autorskiego nad wykonywaniem robót budowlanych, innemu podmiotowi niż autor projektu. Jego zdaniem, jedynie bowiem autor projektu posiada autorskie prawo osobiste w zakresie nadzoru autorskiego – a zatem jako jedyny może zgodnie z prawem taką usługę świadczyć. Fakt posiadania przez Skarżącego uprawnienia w tym zakresie w jego ocenie nakłada na Zamawiającego obowiązek wymagania od wykonawców, aby przy wykonywaniu zamówienia posługiwali się osobami będącymi autorami projektu, względnie powoduje konieczność istotnej zmiany przedmiotu zamówienia.

W ocenie Prezesa Urzędu, podniesione przez Skarżącego zarzuty nie są zasadne. Wbrew twierdzeniom Skarżącego, wskazywany przez niego jako podstawa prawna zarzutu przepis art. 22 ust. 1 nie obliguje bowiem zamawiającego do uszczegółowienia wszystkich warunków udziału w postępowaniu (tj. dokonywania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków), lecz jedynie tych, w zakresie których zamierza on zweryfikować wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. To do zamawiającego należy decyzja, które warunki zostaną opisane i sprawdzone w postępowaniu, gdyż to zamawiający jest podmiotem odpowiedzialnym za prowadzenie procedury i to w jego interesie leży

zapewnienie, aby wykonawca, którego oferta zostanie wybrana w postępowaniu, był zdolny do wykonania zamówienia.

Przy konstruowaniu szczegółowych warunków udziału w postępowaniu (opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków) zamawiający jest jedynie ograniczony treścią przepisu art. 22 ust. 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym takie uszczegółowienie (opis) musi być związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do niego. Powyższe oznacza, że zamawiający nie może opisywać sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, (np. poprzez wskazywanie wymogu posiadania doświadczenia albo wiedzy z zakresu zupełnie innej działalności niż przedmiot zamówienia). Natomiast wymóg zachowania proporcjonalności opisu wobec przedmiotu zamówienia oznacza zakaz formułowania przez zamawiającego warunków zbytnio wygórowanych, nadmiernie rygorystycznych w stosunku do przedmiotu zamówienia i daleko wykraczających poza poziom zapewniający możliwość właściwej realizacji zamówienia przez wykonawców (np. poprzez wymaganie doświadczenia w zakresie realizacji zamówień o znacznie wyższej wartości niż wartość zamówienia udzielanego lub wymagania od wykonawców posiadania środków finansowych, zdolności kredytowej lub ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej o wartości znacznie wyższej niż wymagana do wykonania zamówienia).

Tym samym, przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych wyznaczają jedynie maksymalny dopuszczalny poziom wymagań w zakresie oceny warunków udziału w postępowaniu, pozostawiając zamawiającemu swobodę co do ustalenia takich warunków na poziomie niższym – żaden z przepisów nie wyznacza natomiast poziomu minimalnego dla takich wymagań. W konsekwencji, kwestionowanie przez wykonawców opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest dopuszczalne jedynie w takim zakresie, w jakim opis ten określa wobec wykonawców wymagania nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia lub nie mające z nim związku. Nie jest natomiast możliwe domaganie się przez wykonawców sformułowania warunków bardziej rygorystycznych i w większym stopniu ograniczających konkurencję – brak jest bowiem podstaw prawny w tym zakresie.

Należy ponadto zauważyć, że wobec sformułowania przez Skarżącego zarzutów skargi dotyczących zbyt łagodnego uszczegółowienia warunków udziału w postępowaniu oraz domagania się wprowadzenia zapisów bardziej rygorystycznych, ograniczających krąg wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, brak jest możliwości skutecznego wniesienia przez skarżącego środka ochrony prawnej. Stosownie bowiem do art. 179 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, środki ochrony prawnej (w tym odwołanie oraz skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej) przysługują wyłącznie podmiotom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oznacza to, że możliwość kwestionowania czynności zamawiającego w postępowaniu w drodze wniesienia

środka ochrony prawnej istnieje jedynie wówczas, gdy czynność zamawiającego naruszająca prawo bezpośrednio powoduje po stronie danego wykonawcy uszczerbek w ramach prowadzonego postępowania – ograniczając po jego stronie możliwość uzyskania zamówienia będącego przedmiotem prowadzonego postępowania. Natomiast w niniejszej kwestionowana przez Skarżącego w niniejszej sprawie czynność Zamawiającego nie powoduje nawet potencjalnej możliwości powstania żadnego uszczerbku majątkowego po stronie Skarżącego – w żaden sposób nie ogranicza bowiem jego możliwości złożenia konkurencyjnej oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz nie generuje żadnych nadmiernych kosztów po jego stronie. Skarżący będzie bowiem miał możliwość złożenia w przedmiotowym postępowaniu prawidłowej oferty niezależnie od tego, czy żadne przez niego zapisy zastałyby wprowadzone do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy też pozostałyby ona bez zmian. Powyższe uzasadnia oddalenie Skargi z uwagi na brak istnienia przesłanki wskazanej w art. 179 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych (brak interesu Skarżącego).

II. Nie jest zasadny również zarzut dotyczący nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia polegającej na nieprawidłowym określeniu tego zamówienia jako nadzoru autorskiego, podczas gdy – zdaniem Skarżącego – Zamawiający powinien określić przedmiot zamówienia jako dowolne przeprojektowanie oraz sprawowanie nadzoru autorskiego nad wprowadzonymi zmianami w projekcie. Skarżący – żądając takiej zmiany w opisie przedmiotu zamówienia – podejmuje próbę ingerencji w sferę wyłącznej kompetencji zamawiającego do określenia przedmiotu udzielanego zamówienia zgodnie z jego potrzebami. Ingerencja taka nie jest dopuszczalna, albowiem żaden inny podmiot poza Zamawiającym nie ma prawa do decydowania, jaka konkretnie usługa w najwyższym stopniu odpowiada potrzebom tegoż zamawiającego.

Przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych dopuszczają ingerencję w dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia jedynie w takim zakresie, w jakim opis ten utrudnia uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych), jest dokonany w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, utrudniając wykonawcom zorientowanie się, jakie konkretnie dostawy, roboty budowlane lub usługi są w postępowaniu zamawiane i w konsekwencji utrudniając sporządzenie zgodnej z tym opisem oferty (art. 29 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych), albo wskazuje on na znaki towarowe, patenty lub pochodzenie przedmiotu zamówienia (art. 29 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych).

Wobec faktu, iż w przedmiotowym postępowaniu żadna z ww. okoliczności nie miała miejsca, zarzuty Skarżącego dotyczące nieprawidłowości opisu przedmiotu zamówienia nie mogą być uwzględnione.

III. Należy zwrócić uwagę, że kwestionując dokonane przez Zamawiającego zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące opisu sposobu dokonywania oceny

spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia Skarżący żąda dokonania w tym zakresie zmian *de facto* pozbawiających zamawiającego możliwości udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie konkurencyjnym. Wskazanie bowiem – zgodnie z żądaniem Skarżącego – w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wymagania, aby wykonawcy dysponowali osobami będącymi autorami projektu (posiadającymi w stosunku do niego osobiste prawa autorskie), w praktyce uniemożliwia udzielenie przedmiotowego zamówienia jakiegokolwiek innemu wykonawcy niż Skarżący (lub ewentualnie pozostającym we współpracy ze Skarżącym). Oczywistym bowiem jest, że obecnie tylko Skarżący dysponuje osobami posiadającymi takie uprawnienia. W praktyce zatem, wprowadzenie w przedmiotowym postępowaniu do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapisu żądanego przez Skarżącego w części III pkt 2 lit. a *petitum* skargi powodowałoby całkowitą niecelowość prowadzenia tego postępowania w konkurencyjnym trybie przetargowym – w którym co do zasady istnieje możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wielu wykonawców.

Uwzględnienie natomiast drugiej z postulowanych przez Skarżącego zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. zmiany w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (część III pkt 2 lit. b *petitum* skargi) prowadziłoby do bardzo istotnej zmiany usługi zamawianej przez Zamawiającego – zamiast usługi sprawowania nadzoru nad realizacją robót budowlanych zgodnie z projektem Zamawiający miałby zamówić usługę dokonania zmian w projekcie (wraz z usługą sprawowania nadzoru autorskiego w zakresie takich zmian).

W praktyce zatem Skarżący kwestionuje prawidłowość zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia celem ochrony przysługujących mu – jego zdaniem – praw autorskich poprzez zapewnienie, że przedmiotowe zamówienie zostanie udzielone wyłącznie Skarżącemu. Tymczasem, przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych nie przewidują rozwiązań pozwalających wykonawcom na kwestionowanie dopuszczalności udzielania określonych zamówień publicznych bądź domagania się wprowadzenia zapisów drastycznie ograniczających konkurencję w postępowaniu. Powodem takiego stanu rzeczy jest fakt, iż ochrona praw autorskich nie mieści się w katalogu celów, jakim służą przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych. Ochrona taka winna być dochodzona w trybach przewidzianych innymi przepisami – w szczególności przepisami ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Podpisano:

z aktami powołaniami Pana Jacek Sadowygo na stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

zobowiązani dla Stron;

PREZES
Urzędu Zamówień Publicznych
Jacek Sadowy