

Margonin, 08.11.2009 r.

Wnoszący protest:

**Usługowy Zakład Murarski**

**Józef Kądziołka**

**ul. Słowackiego 23**

**64-830 Margonin**



*P. J. Pennek*

Zamawiający:

**Gmina Wysoka**

**ul. Kościelna 4**

**89-320 Wysoka**

### **Protest**

Na podstawie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.) składam protest w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „**Budowa hali sportowej w miejscowości Wysoka**” (ZPP-3412-9/2009) wszczętego w dniu 02.11.2009 r.

**Czynnościami objętymi niniejszym protestem są:**

- zapisy zawarte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a w szczególności:
  - w części X **Informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i dokumentach jakie musi zawierać oferta pkt d)**

**Protestujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:**

- art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawcy,
- art. 22 ust. 2 ww. ustawy poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
- art. 29 ust. 2 ww. ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- oraz naruszenie art. 4 ust. 2 Dyrektywy 2004/18/WE PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

W związku z powyższymi zarzutami wnoszę o uwzględnienie protestu oraz dostosowanie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia do treści

przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) poprzez:

- zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które wpływają na utrudnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców;
- dostosowanie wygórowanych w ocenie Protestującego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia do przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 2655 z późn. zm.).

#### UZASADNIENIE:

Protestujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia protestu w dniu 02.11.2009 roku, kiedy to Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: „**Budowa hali sportowej w miejscowości Wysoka**”. Zgodnie z brzmieniem art. 180 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) protest dotyczący treści ogłoszenia, a jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, także dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie: 7 dni od daty zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. W związku z zamieszczeniem przez Zamawiającego ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 02.11.2009 r. przedmiotowy protest wnoszony jest w ustawowym terminie.

Według Protestującego treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niezgodna i nie spełnia podstawowych warunków określonych w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn.).

Protestujący pragnie zwrócić Zamawiającemu uwagę na fakty, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia biorąc pod uwagę, chociaż etymologiczne znaczenie wyrazu specyfikacja oznacza wyliczenie (w sensie „wymienienie”) szczegółów, na które trzeba zwrócić uwagę, opracowanie szczegółów, szczegółowy wykaz. W doktrynie Prawa zamówień publicznych podkreśla się, iż chodzi przede wszystkim o szczegółowe opracowanie (szczegółowy wykaz) istotnych warunków zamówienia, których spełnienia Zamawiający oczekuje od Wykonawców (potencjalnych Wykonawców) w składanych przez nich ofertach. Jest to niewątpliwie dokument o charakterze technicznym, bowiem stanowi szczegółowy wykaz istotnych warunków, które potencjalny Wykonawca powinien spełnić w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, aby złożyć ważną ofertę.

Zamawiający w części **X Informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i dokumentach jakie musi zawierać oferta pkt d)** sprecyzował warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wymagania określone przez Zamawiającego w zakresie doświadczenia wykonawcy zostały określone niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) oraz w sposób wyłączający uczciwą konkurencję w postępowaniu i równe traktowanie wszystkich Wykonawców. Formułując takie wymagania Zamawiający

naruszył treść art. 7, art. 22 ust. 2, ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2005 r. Nr 75, poz. 664).

Protestujący kwestionuje zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące:

- wymogu wykazania się przez Wykonawcę doświadczeniem „wykonanych w ostatnich pięciu latach lub aktualnie wykonywanych jako generalny wykonawca co najmniej dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia opisany w pkt. IV.1 niniejszej specyfikacji o łącznej wartości minimum 5000000 zł, z podaniem ich odbiorców. Warunki te muszą być spełnione łącznie- załącznik nr 3 do SIWZ”.

Zamawiający pragnie zaznaczyć, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w jego ocenie jest robotą budowlaną, więc żądanie przez Zamawiającego wykonania dwóch **usług** należy traktować, jako omyłkę pisarską.

Zgodnie z § 1 ust 2 powołanego wyżej rozporządzenia, w celu potwierdzenia opisanego przez Zamawiającego warunku posiadania przez Wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający może żądać następujących dokumentów:

- 1) wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należyście;

Zgodnie z doktryną opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być obiektywny, jednoznaczny podyktowany koniecznością zweryfikowania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zależności od konkretnego zamówienia publicznego. Innymi słowy, niezgodne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców jest opisywanie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który będzie uniemożliwiał dostęp do udziału w postępowaniu lub stawiał wybranych Wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do pozostałych. W takie właśnie reguły wpisuje się przepis art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) rozumiany jako zakaz opisywania sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zamawiający jest obowiązany zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego a interesem potencjalnych Wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Określone przez Zamawiającego kryteria powinny rzeczywiście świadczyć o tym, iż wszystkie podmioty je spełniające dają rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego, natomiast w stosunku do podmiotów nie spełniających tych kryteriów zachodzi prawdopodobieństwo, iż nie będą w stanie zrealizować danego zamówienia publicznego.

Podkreślić jednak należy, iż wspomniany wyżej nakaz zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców nie może być utożsamiany z nakazem dopuszczenia do udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do wykonania zamówienia w sposób należyty. Co więcej, Zamawiający jest obowiązany opisać sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu tak, że Wykonawcy, którzy nie są zdolni do należytego wykonania zamówienia publicznego zostaną wykluczeni.

Ponadto, zgodnie z treścią art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) Zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Mając powyższe na uwadze Protestujący jest zdania, że Zamawiający stawiając wymogi, o których była mowa powyżej znacznie i w sposób całkowicie nieuzasadniony zawęził krąg potencjalnych Wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o realizację przedmiotowego zamówienia publicznego. Tak określone warunki nie znajdują uzasadnienia ani w obowiązujących przepisach ani też w specyficie realizowanego zadania. Takie twierdzenia Protestującego potwierdza fakt, że w przypadku gdy Zamawiający określi dokładną kubaturę stanowiąc, iż ma ona wynosić 10 676,80 m<sup>3</sup> z jednoczesnym wskazaniem, że wszystkich pozostałych precyzyjnych danych dotyczących hali sportowej to Zamawiający już dokładnie wskazuje adresata przedmiotowego zamówienia publicznego. Albowiem nie każdy Wykonawca jest w stanie wykazać się: po pierwsze wykazać budową hali sportowej a po drugie o takich parametrach. Wymóg kwotowy 5 000 000,00 określony przez Zamawiającego jest barierą wygórowaną biorąc pod uwagę chociażby fakt, iż w dzisiejszych czasach ceny materiałów budowlanych znacznie spadły niż w latach 2000, a po drugie rok 2008-2009 jest rokiem w którym to jednostki samorządowe zaczęły pozyskiwać środki na tzw. Program Orlik. Obecne realia wskazują, iż budowa hali sportowej o podobnej kubaturze jak i pozostałych parametrach jest to koszt mniej więcej wynoszący ok. 3 000 000,00 zł. A więc wystarczającym było by wskazaniem przez Zamawiającego wymogu, iż Wykonawca dołączy do swojej oferty wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należyście. Z jednoczesnym wskazaniem, iż Zamawiający duży nacisk kładzie na kubaturę oraz na fakt, iż Wykonawca musi wykazać się budową hali sportowej.

Zasada równego traktowania Wykonawców, która została naruszona przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, stanowi o konieczności jednakowego traktowania Wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących.

Protestujący podkreśla, iż równość w traktowaniu Wykonawców oznacza jednakowe warunki podmiotowe, jak i przedmiotowe dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o dane zamówienie, którzy są zdolni je wykonywać. Preferowanie i faworyzowanie Wykonawcy, jak również stosowanie nierównych miar oceny wobec Wykonawców są przywilejami łamania tej zasady.

Zamawiający naruszył wskazanie wyżej fundamentalne zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym, zaskarżone postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia naruszają zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców.

Mając powyższe na uwadze Protestujący wnosi o uwzględnienie protestu i dokonanie wskazanych zmian w opisie przedmiotu zamówienia. Tak aby treść opisu przedmiotu zamówienia umożliwiła przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji uczestników oraz równe traktowanie, a w konsekwencji będzie pozostawała w zgodzie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2004 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Warto nadmienić, iż zgodnie ze stanowiskiem Zespołu Arbitrów, „dla podważenia w drodze środków ochrony prawnej nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia należy wskazać jedynie na możliwość utrudnienia w ten sposób uczciwej konkurencji. Wykonawca nie musi natomiast udowadniać, że określenia zawarte w specyfikacji, co do przedmiotu zamówienia, rzeczywiście tę uczciwą konkurencję uniemożliwiają” (wyrok z dnia 10 października 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-2748/06).

Protestujący posiada interes prawny do złożenia niniejszego protestu, gdyż jego interes prawny może doznać uszczerbku w uzyskaniu zamówienia, a stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) Wykonawca może korzystać ze środków ochrony prawnej jeżeli jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku. Interes prawny Protestującego, jak słusznie wskazuje orzecznictwo sądów powszechnych musi doznać uszczerbku w konkretnym przetargu, w którym Protestujący uczestniczy i musi polegać na tym, iż traci on możliwość jego wygrania (np. wyrok SO w Warszawie z dnia 10 kwietnia 2003 r., sygn. V Ca 165/03).

Ponadto Protestujący pragnie zwrócić Zamawiającemu uwagę na treść art. 146 ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), który rodzi daleko idące konsekwencje odnośnie dalszego etapu zawarcia umowy.

W świetle powyższych wyjaśnień uważam, iż protest jest w zupełności zasadny a zarzuty w nim podniesione są w pełni uzasadnione. W związku z powyższym wnoszę, jak na wstępie.

**Usługowy Zakład Murarski**

*Janek Kideroska*

ul. Skwackiego 23

64-830 MARGONIN

NIP 766-000-22-85, REGON 157027048

(czytelny podpis lub pieczęć inkrustowa i podpis osoby umocowanej do dokonywania czynności w imieniu Wykonawcy)