

URZĄD GMINY

Goczalkowice-Zdrój

Data wpływu.....2008.-08.-04 4.02

L. dz. 2159/08....., dnia 4 sierpnia 2008 roku

**Urząd Gminy
Goczalkowice- Zdrój
ul. Szkolna 13
43-230 Goczalkowice- Zdrój****Protest**

wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o zamówienie publiczne
w trybie przetargu nieograniczonego p.n. „Wykonanie sieci kanalizacji sanitarnej do nowych
budynków w gminie Goczalkowice-Zdrój”

Wnoszę protest na następujące czynności Zamawiającego:

1. brak określenia w ogłoszeniu jak i SIWZ warunków udziału w postępowaniu,
2. zamieszczenie przez Zamawiającego w ogłoszeniu oraz SIWZ dokumentu, który nie pozwala na prawidłową weryfikację doświadczenia wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia publicznego poprzez brak doprecyzowania założeń zamawiającego, co w świetle PZP jest niedopuszczalne,

Zamawiający dokonując zaskarżonych czynności naruszył w prowadzonym postępowaniu następujące przepisy PZP: art. 7 ust. 1 art. 22 ust. 1 pkt 2) art. 25 ust. 1, 36 ust. 1 pkt 5), 41 ust. 1 pkt 7.

W związku z powyższym wnoszę o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 PZP.

Na skutek błędów popełnionych przez Zamawiającego w zamieszczonym ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ dotyczących bezpośrednio warunków udziału w postępowaniu, zdaniem Protestującego zaistniała przesłanka do unieważnienia przedmiotowego postępowania. W interesie protestującego jest niedopuszczenie do przeprowadzenia procedury w sposób uniemożliwiający zawarcie ważnej umowy.

Informacje stanowiące podstawę do wniesienia przedmiotowego protestu zostały opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 lipca 2008 roku.

Uzasadnienie

Zamawiający w trybie przetargu nieograniczonego ogłosił o zamówieniu p.n. „Wykonanie sieci kanalizacji sanitarnej do nowych budynków w gminie Goczałkowice-Zdrój” w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 28 lipca 2008 roku, ogłoszenie o numerze 172547 - 2008 (ogłoszenie).

W wyżej powołanym ogłoszeniu Zamawiający w zakresie warunków udziału w postępowaniu wskazał jedynie ogólną regulację artykułu 22 PZP z jednoczesnym określeniem dokumentów, które mają zostać w tym celu dołączone do oferty. Nie opisując warunków udziału w postępowaniu oraz błędnie wskazując wymagane dokumenty, Zamawiający naruszył postanowienia PZP.

Art. 41 ust. 1 PZP zawiera katalog elementów, które każdy Zamawiający ma obowiązek zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu. Jak podkreśla się w literaturze jest to tzw. „minimalna treść obligatoryjna” (patrz Komentarz do Ustawy Prawo zamówień publicznych po redakcją Tomasza Czajkowskiego, UZP, Warszawa 2007 rok str. 189) czy też tzw. „niezbędne elementy” (patrz Komentarz do Ustawy Prawo zamówień publicznych, publicznych. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Wydanie III, LEX 2007). Zamawiający, jeżeli wyniknie taka potrzeba mogą zamieścić również dalsze informacje, o ile nie godzą w zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Art. 41 PZP jednak nie przewiduje możliwości zawężenia wskazanego w nim wyliczenia. Tak samo wzory ogłoszeń zawierają co najmniej treść wskazaną w art. 41 PZP (porównaj treść Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 5 czerwca 2007 roku w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz Rozporządzenie Komisji (WE) NR 1564/2005 z dnia 7 września 2005 roku ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady).

Jak powyżej wykazano Zamawiający ma bezwzględny obowiązek określenia w treści zamieszczanego ogłoszenia o zamówieniu wszystkich elementów wskazanych w art. 41 ust.1 PZP. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający tego jednak nie uczynił. Tak w ogłoszeniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych, jak i ogłoszeniu opublikowanym na własnej

stronie internetowej i SIWZ brak jest wypełnienia obowiązku wynikającego z pkt. 7) wskazanego artykułu. Zgodnie z nim, ogłoszenie o zamówieniu zawiera co najmniej: **opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków**. W obu ogłoszeniach o zamówieniu Zamawiający nie wskazał warunków udziału ani sposobu ich oceny.

Pkt III.2). ogłoszenia oraz odpowiednia treść SIWZ zawiera następujące zapisy:

Wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne musi spełnić niżej wymienione warunki:

1. posiadać uprawnienia do wykonywania działalności lub czynności objętych niniejszym zamówieniem,
2. posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny, a także dysponować osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia;
3. znajdować się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie niniejszego zamówienia;
4. nie podlegać wykluczeniu z postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia na podstawie przesłanek zawartych w art. 24 ust. 1-2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r.Nr 223 poz 1655).

Jak widać Zamawiający wskazuje tylko ogólną zasadę wyrażoną w art. 22 ust. 1 PZP. Czytając te punkty trzeba odnieść wrażenie, że Zamawiający nie stawiając żadnych wymagań wykonawcom żąda od nich złożenia jakichś dokumentów zawartych w SIWZ (poniżej). Nie budzi najmniejszych wątpliwości teza, że stan taki jest niezgodny z obowiązującymi w tym zakresie regulacjami prawa.

Art. 41 ust. 1 pkt 7) wprost stanowi o obowiązku opisu warunków udziału w postępowaniu. W wyżej wskazanych ogłoszeniach takich zapisów nie ma. Ogólne odwołanie się do art. 22 ust. 1 PZP nie wypełnia wymagań nałożonych ustawą. Do obowiązku zamawiającego należy doprecyzowanie warunków udziału ogólnie opisanych w tym artykule, tzn. określenie, jakie doświadczenie, potencjał techniczny czy też potencjał ekonomiczny lub finansowy wykonawcy uzna za wystarczający, aby ocenić, że jest on zdolny do wykonania konkretnego zamówienia. W przedmiotowym stanie faktycznym treść ogłoszeń nie wskazuje nawet na minimalne wymagania stawiane wykonawcom.

Dodatkowo należy wskazać, że nigdzie Zamawiający nie wskazał w jaki sposób dokonywana będzie ocena spełniania warunków, które nie zostały wyartykułowane, co stanowi kolejne naruszenie obowiązujących przepisów (art. 36 ust. 1 pkt 5 i art. 41 pkt 7).

Kuriozalnym jest to, że pomimo braku wskazania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający zażądał przedłożenia wraz z ofertą dokumentów. Dokumenty te wskazano tak w ogłoszeniu jak i treści SIWZ.

Zamawiający zażądał dokumentu, niezgodnie z treścią Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.5.2006 w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Rozporządzenie).

Zgodnie z treścią § 1 ust. 2 pkt 1 w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia (przy czym warunek ten nie został w ogóle postawiony) zamawiający może żądać następującego dokumentu

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 należycie;

W zakresie wyżej wskazanym Zamawiający zażądał, aby wykonawcy dołączyli do oferty:

wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich dwóch lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, daty, miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie

Po pierwsze, zapisowi temu należy zarzucić fakt, że ustawodawca przewidział okres doświadczenia w czasie 5 lat, nie jak zażądał Zamawiający lat 2, czym bezprawnie ograniczył prawo wykonawców wynikające z obowiązujących w tym zakresie przepisów.

Po drugie, zapisowi temu należy zarzucić fakt, że nie pozwala na prawidłową weryfikację doświadczenia wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia publicznego poprzez brak doprecyzowania żądań zamawiającego, co w świetle PZP jest niedopuszczalne i umożliwia Zamawiającemu zakazaną subiektywną ocenę spełniania domniemanego warunku udziału w postępowaniu. Powoduje to również naruszenie zasady obowiązku równego traktowania

wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 PZP.

Protestujący wskazuje na brak dostatecznego określenia powyższego warunku udziału w postępowaniu w zakresie:

1. określenia definicji pojęcia robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem,
2. określenia wartości zamówień,

które mają być wskazane przez Wykonawców w wymaganym przez Zamawiającego wykazie.

Art. 22 PZP oraz treść Rozporządzenia nakłada na Zamawiającego obowiązek doprecyzowania jakie według niego roboty budowlane będą odpowiadać **rodzajem i wartością** przedmiotowi zamówienia. Z analizy tak ogłoszenia, jak i SIWZ wynika, że Zamawiający nie wskazał co będzie dla niego odpowiadać rodzajowo przedmiotowi zamówienia oraz jaka dla niego wartość robót będzie odpowiednia co do wartości tego przedmiotu. Tenże artykuł ma charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznacza, iż zamawiający nie może zawęzić ani rozszerzać określonego art. 22 ust. 1 ustawy katalogu warunków udziału w postępowaniu oraz ich treści, bowiem to sam ustawodawca zdecydował, iż uprawnionymi do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego są wyłącznie wykonawcy posiadający **odpowiedni** potencjał ekonomiczny, techniczny, finansowy, czy wiedzę i doświadczenie, dające rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego. Innymi słowy, Zamawiający musi wskazać minimalne wymagania związane z przedmiotem i wartością wykonanych robót budowlanych, po spełnieniu których uzna, iż wykonawca spełnia warunek, o którym mowa w przepisie art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, co w przedmiotowym postępowaniu nie nastąpiło.

Nie precyzując w tym zakresie „zamówień odpowiadających rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia” Zamawiający czyni obowiązek wpisania tych informacji w wykazie zupełnie bezprzedmiotowym, a co za tym idzie nieuprawnionym przepisami PZP. Co będzie przedmiotem oceny Zamawiającego zupełnie nie wiadomo. Tak naprawdę dokument ten będzie oceniany w kategoriach „został załączony/nie został załączony”.

Zamawiający żądając dokumentu który jest zbędny, narusza postanowienia art. 25 ust. 1 PZP, który nakłada obowiązek żądania tylko tych dokumentów, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Taka treść ogłoszenia i SIWZ stoi także w sprzeczności z nakazem racjonalnego i oszczędnego dysponowania środkami publicznymi oraz niebezpieczeństwem zawarcia umowy z wykonawcą, który nie będzie w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia.

Protestujący pragnie podkreślić, że umowa zawarta na warunkach opisanych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ z mocy prawa będzie nieważna na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 – w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie,

które miało wpływ na wynik postępowania. Nie budzi najmniejszych wątpliwości, że brak określenia warunków udziału w postępowaniu oraz błędny w żądanych dokumentach mają wpływ na wynik postępowania.

Działania Zamawiającego mogą uzasadnić zaistnienie przesłanki określonej art. 17 ust. 1 pkt 3) ustawy o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych - naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.

Wskazane powyżej wady ogłoszenia i SIWZ powodują, że w świetle art. 38 ust. 5 PZP, tj. zakazu modyfikacji SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania, zastosowanie ma przesłanka unieważnienia postępowania wynikająca z art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, wnosimy jak na wstępie.