

### *Uczestnicy postępowania*

Dotyczy: wniesienia protestu do postępowania przetargowego ZP341/16/08 pn. „Wymiana i rozbudowa sieci wodociągowej w rejonie ul. Braci Dudów w sołectwie Bestwinka”

Informuję, że w dniu 07 listopada 2008 roku wpłynął protest dotyczący ww. postępowania przetargowego.

Zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 roku Nr 223 poz. 1655 ze zm.) przekazuję w załączeniu kopię złożonego protestu, wzywając do wzięcia udziału w toczącym się postępowaniu.

Informacja została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego: [www.bestwina.pl](http://www.bestwina.pl) w dniu 12.11.2008r.

  
w/z WÓJTA  
mgr Artur Beniowski  
ZASTĘPCA WÓJTA

**Wójt Gminy Bestwina**  
**ul. Krakowska 111**  
**43-512 Bestwina** **Urząd Gminy**  
**W BESTWINIE**

Wpłynęło dnia 07 LIS. 2008  
L.Dz. 2679 zał. podk. 1340

## Protest

wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego p.n. „Wymiana i rozbudowa sieci wodociągowej w rejonie ul. Braci Dudów w sołectwie Bestwinka”

W imieniu Wykonawcy „INSTAL-BRATEK” s.c. Katarzyna i Jerzy Bratek, 43-211 Piasek, ul. Magnolii 3 (zwanym dalej Protestującym) na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. ( Dz. U. nr 19 poz. 177 ze zm.) zwanej dalej PZP, składam protest wobec czynności podjętych przez Wójta Gminy Bestwina, ul. Krakowska 111, 43-512 Bestwina (Zamawiającego) w toku prowadzonego postępowania.

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 obowiązku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia poprzez brak doprecyzowania żądań zamawiającego, w stosunku do osób, które mają znaleźć się w wykazie, co w świetle PZP jest niedopuszczalne,
3. zamieszczenie przez Zamawiającego w ogłoszeniu oraz SIWZ dokumentu, który nie pozwala na prawidłową weryfikację zdolności finansowej wykonawców i powoduje uch nierówne traktowanie poprzez określenie różnych warunków udziału w zależności od ceny oferty, co w świetle PZP jest niedopuszczalne,
4. zamieszczenie w SIWZ zapisów niezgodnych z treścią aktualnie obowiązującej ustawy PZP.

Zamawiający dokonując zaskarżonych czynności naruszył w prowadzonym postępowaniu następujące przepisy PZP: art. 7 ust. 1 art. 22 ust. 1 pkt 2) i 3) art. 25 ust. 1, 36 ust. 1 pkt 5), 41 ust. 1 pkt 7, 87 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 zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

oraz ogłoszenia na podstawie art. 38 ust. 4, 4a i 6 PZP celem niedopuszczenia do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 PZP.

W interes prawnym protestującego, wniesienie niniejszego protestu jest w pełni uzasadnione, gdyż służy zapewnieniu równego traktowania wykonawców i niedopuszczeniu do przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wbrew rygorom PZP oraz zawarcia nieważnej z mocy prawa umowy na podstawie art. 146 ust. 6 PZP.

Informacje stanowiące podstawę do wniesienia przedmiotowego protestu zostały opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 października 2008 roku.

### **Uzasadnienie**

Zamawiający w trybie przetargu nieograniczonego ogłosił o zamówieniu p.n. „Wymiana i rozbudowa sieci wodociągowej w rejonie ul. Braci Dudów w sołectwie Bestwinka” w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 31 października 2008 roku, ogłoszenie o numerze 294679 - 2008 (ogłoszenie).

W wyżej powołanym ogłoszeniu oraz SIWZ 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 wyczerpania. 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 spełniani tych warunków.**

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.

Jak widać Zamawiający wskazuje tylko ogólna zasadę wyrażoną w art. 22 ust. 1 PZP, do tego niezgodnie z obowiązującym stanem prawnym (treść art. 22 ust, 1 pkt 2 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 wymogi stawiane wykonawcom.

**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 m.in. wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie lub będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, wg zał. nr 5,

Zapisowi temu należy zarzucić fakt, że nie pozwala na prawidłową weryfikację wymogu dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia przez wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia publicznego poprzez brak **doprecyzowania żądań zamawiającego w zakresie ilości wymaganych osób, wymaganych kwalifikacji oraz wymaganego zakresu wykonywanych przez nich czynności**, 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.

Przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp zawiera zwroty niedookreślone "niezbędna wiedza i doświadczenie", "potencjał techniczny", czy "osoby zdolne do wykonania zamówienia publicznego". Zamawiający jest obowiązany wskazać, w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jaki potencjał kadrowy uzna za wystarczający by ocenić, że wykonawca jest zdolny do należytego wykonania zamówienia publicznego. Innymi słowy, zamawiający jest obowiązany wskazać kryteria, którymi będzie się kierował dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający może wskazać minimalne wymagania związane i odnoszące się do przedmiotu zamówienia publicznego, po spełnieniu których uzna, iż wykonawca spełnia warunek, o którym mowa w przepisie art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający nie ma w tym względzie nieograniczonej swobody, granicami tej swobody są granice pasa nieostrości zwrotów "osoby zdolne do wykonania zamówienia publicznego", granice, które wyznaczają postanowienia Traktatu oraz przepisy Pzp, tj. w szczególności art. 7 ust. 1, art. 22, oraz przepisy rozporządzenia wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp. Podobnie E. Elżanowska "Warunki udziału w postępowaniu, dostawy i usługi okresowe. Dyżur redakcyjny", Doradca nr 7/2005 r.

Art. 22 PZP oraz treść Rozporządzenia nakłada na Zamawiającego obowiązek doprecyzowania jakie według niego osoby będą niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia. Tenże artykuł ma charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznacza, iż zamawiający nie może

zawęzać 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 dysponujący **odpowiednimi** osobami, dającymi rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego. Innymi słowy, Zamawiający musi wskazać minimalne wymagania osób, którymi musi dysponować wykonawca, 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 wymagań w stosunku do osób, którymi musi dysponować wykonawca, 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.

Mając powyższe na uwadze, Protestujący wnosi również bądź o dookreślenie, czy też wykreślić kolumny 3 załącznika nr 6 SIWZ, gdyż jego wypisywanie nie ma żadnego znaczenia i nie wiadomo, co miałyby podlegać ocenie przez Zamawiającego, tym bardziej, że nie wiadomo do jakich parametrów konkretnego sprzętu należy odnieść sformułowanie „ wydajność/wielkość” np. (koparko-ładowarki, mini koparki). Wykonawcy podając opis, tj rodzaj, nazwa producenta, model (kolumna 1) wskazują jednocześnie wszystkie parametry sprzętu, którym zamierzają wykonywać przedmiotowe zamówienie.

W prowadzonym postępowaniu Zamawiający dopuścił się również niezachowania zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 PZP poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu, który narusza zasadę równego traktowania wykonawców. W ogłoszeniu i SIWZ sformułowany został wymóg załączenia do oferty dokumentu dotyczącego sytuacji finansowej wykonawców - Informację banku, w którym Wykonawca posiada podstawowy rachunek bankowy, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy (**na sumę stanowiącą co najmniej wartość brutto kosztorysu ofertowego Wykonawcy**) - dokument wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Takie sformułowanie warunku jest niedopuszczalne. By uzasadnić to twierdzenie trzeba wskazać wyżej powołaną zasadę równego traktowania wykonawców. Zasada ta oznacza nakaz jednakowego traktowania przez zamawiającego wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów i dyskryminowania jakichkolwiek z nich (m.in. wyrok ZA z 03.02.2005r.

sygn. akt UZP/ZO/0-153/05). Postawiony warunek udziału w brzmieniu **na sumę stanowiącą co najmniej wartość brutto kosztorysu ofertowego Wykonawcy** nie wypełnia tego nakazu. Określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający powinien opierać się na obiektywnych przesłankach, tak aby dopuszczony do udziału w postępowaniu był każdy wykonawca zdolny do wykopania zamówienia. W żadnym wypadku nie jest dopuszczalna sytuacja, w której postawiony przez zamawiającego warunek może wskazywać różne progi dla wykonawców w zależności od określonej sytuacji danego wykonawcy, czy tym bardziej kwoty, za jaką zamierza zrealizować przedmiot zamówienia. Przykładowo można zobrazować błąd zamawiającego w następujący sposób. W postępowaniu oferty złożyło 2 wykonawców X i Y. Wykonawca X złożył ofertę na kwotę 12 000 000,00 zł, wykonawca Y na kwotę 15 000 000,00 zł. Składając wraz z oferta dokumenty potwierdzające posiadanie wymaganej zdolności finansowej, Wykonawca X będzie się musiał wykazać posiadanymi środkami finansowymi lub zdolnością kredytową na kwotę 12.000.000,00, zaś wykonawca Y już na kwotę 1 500 000,00 zł. Jak widać, ten sam warunek określa różne wymagania w stosunku do wykonawców biorących udział w tym samym postępowaniu. Formułując warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający ma obowiązek takiego określenia progów, żeby wykonawcy spełniający ten sam warunek w tym samym zakresie (stopniu) byli traktowani w ten sam sposób, bez znaczenia, na jaką kwotę złożyli ofertę. Protestujący podkreśla, że kwoty, na które opiewają oferty nie mają najmniejszego związku z badaniem zdolności w zakresie możliwości wykonania zamówienia na podstawie art. 22 ust. 1 PZP.

Powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie wskazano, że warunek w swej istocie nie jest powiązany z przedmiotem zamówienia, jak powinno to wynikać z samej jego treści i rozporządzenia. Powyższa wielkość de facto jest zależna od Wykonawcy, a nie Zamawiającego. W swej istocie podana wartość powinna odnosić się do wartości zamówienia, a nie wartości oferty. Inaczej mówiąc stanowić wartość szacunkową zgodą z protokołem, albo kwotę adekwatną do przedmiotu zamówienia, która nie jest równa temu zamówieniu tylko umożliwia wykazanie, w przedmiotowym wypadku zdolności finansowej wykonawców (Sygn. akt. KIO/UZP 254/08 z dnia 7 kwietnia 2008 roku).

W tym zakresie wskazano również, że warunek, który de facto jest inny dla każdego wykonawcy (uzależniony od wysokości ceny oferty), jest niezgodne z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp. Narusza bowiem zasadę równego traktowania wykonawców. W ten sposób zamawiający, niezgodnie z prawem, przenosi na wykonawcę obowiązek, który ciąży na nim, a który obliguje go do skonkretyzowania warunku udziału w postępowaniu. Takie właśnie stanowisko KIO zaprezentowała w wyroku (sygn. akt: KIO/UZP 250/08 z dnia 3 kwietnia 2008 roku).

Tak więc zamawiający jest zobowiązany wprost wskazać jakiej wymaga zdolności finansowej poprzez określenie jednej wartości pieniężnej dla wszystkich wykonawców, odpowiedniej ze względu na wartość szacunkową przedmiotu zamówienia.

Powyższe uchybienia PZP w zakresie treści ogłoszenia i SIWZ stoją 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.

Protestujący pragnie również zwrócić uwagę na treść Rozdziału XI pkt 4 SIWZ. Wskazany zapis jest niezgodny z PZP w brzmieniu ustalonym nowelizacją, która obowiązuje od dnia 24 października 2008 roku, jednocześnie wnosząc o poprawę zapisów SIWZ w tym zakresie.

Wskazane powyżej wady ogłoszenia i SIWZ powodują, konieczność modyfikacji ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia celem dostosowania ich treści do wymogów stawianych ustawą PZP

Mając powyższe na uwadze, wnosimy jak na wstępie.

Z poważaniem

PEŁNOMOCNIK

Jerzy Brąpek