



Dąbrowa Górnicza, dn. 07 września 2007r.

Rozstrzygnięcie protestu

Na podstawie art. 183 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych /Dz. U. z 2006r., Nr 164 poz. 1163 z późn. zmianami/ zwanej dalej Pzp oraz Zarządzeniem Nr 2198/06 Prezydenta Miasta Dąbrowy Górniczej z dnia 14 czerwca 2006 r. w sprawie: Regulaminu funkcjonowania zamówień publicznych w Urzędzie Miejskim, Jednostkach Organizacyjnych i Gminnych Osobach Prawnych w Dąbrowie Górniczej po rozpatrzeniu protestu wniesionego w dniu 29 sierpnia 2007r. przez **p. Halinę Kotuła** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą **ZAKŁAD USŁUG KOMUNALNYCH** z siedzibą w Będzinie, ul. Wolności 28 a na zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia /zwanej dalej SIWZ/ do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 Pzp dla dostaw i usług na zadanie pod nazwą:
„Gospodarka odpadami na terenie Gminy Dąbrowa Górnicza wraz z utrzymaniem czystości” oznaczonego nr ZP/154/WKM/07

postanawiam

o oddaleniu protestu.

Uzasadnienie

Protestujący we wniesionym w dniu 29 sierpnia 2007 r. proteście zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 Pzp w związku z „dyskryminującymi i naruszającymi zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”, które - zdaniem Protestującego - uniemożliwiają Protestującemu wzięcie udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Wobec powyższego Wnoszący protest, kierując się dyspozycją art. 38 ust. 5 Pzp wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp /szczegółowe zarzuty Protestującego wraz z ich uzasadnieniem przedstawione zostały wszystkim wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu poprzez zamieszczenie protestu na stronie internetowej Zamawiającego – www.bip.dabrowa-gornicza.pl/.

Zamawiający po przeanalizowaniu treści protestu postanawia jak w sentencji rozstrzygnięcia argumentując jak niżej.

Ustosunkowując się do zarzutu Protestującego w zakresie niezgodnego z unormowaniami Pzp, w tym zwłaszcza art. 7 ust. 1 powołanej Ustawy, sformułowania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8. 2 lit. b) SIWZ, a także w kontekście przytoczonego w proteście wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 14 czerwca 2004r. /sygn. akt UZP/ZO/0-836/04/ Zamawiający, posiłkując się zarówno stanowiskiem doktryny, jak i orzecznictwem sądów powszechnych oraz zespołów arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych pragnie podkreślić, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków jest nie tylko bezwzględny obowiązek ustawowy, którego niedochowanie stwarzałoby możliwość podejmowania przez zamawiających decyzji arbitralnych, ale stanowi również realizację zobowiązania nakazującego dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, a tym samym ograniczenia możliwości powstania sytuacji, w których wykonawca nie będzie w stanie wykonać



41-300 Dąbrowa Górnicza
ul. Graniczna 21

Centrala: tel. (+48 32) 295 67 00
Sekretariat: tel. (+48 32) 295 67 14
Fax (+48 32) 295 96 77

e-mail: prezydent@dabrowa-gornicza.pl
www.dabrowa-gornicza.pl

zamówienia publicznego lub wykona je bez zachowania należytej staranności /zob. A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, *Analiza Wyroków Sądów Okręgowych oraz analiza Orzeczeń Zespołów Arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006, s. 94 i następne/.*

Zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa arbitrażowego w tym zakresie /zob. m.in. wyroki ZA UZP, sygn. akt UZP/ZO/0-1907/06 oraz UZP/ZO/0-1881/06/ opis sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien być jednoznaczny, obiektywny, podyktowany np. zakresem czy też zaawansowaniem technologicznym zamówienia publicznego oraz koniecznością zweryfikowania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zależności od konkretnego zamówienia publicznego, jak również może być „warunkiem wysoko postawionym, jednakże uzasadnionym ze względu na zakres zamówienia pod względem organizacyjnym, finansowym, logistycznym i społecznym” /wyrok ZA UZP, sygn. akt UZP/ZO/0-2034/05/.

W świetle Wyroku Sądu Okręgowego w Świdnicy z dnia 20 grudnia 2005r., sygn. akt II Ca 587/05, o decydującym znaczeniu w spornej dla Stron postępowania protestacyjnej kwestii, „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 wprowadzania nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu”.

Zdaniem wielu autorów przedstawianym w literaturze przedmiotu /zob.m.in. M. Stachowiak (w:) M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo Zamówień publicznych. Komentarz, Zakamycze 2005/* **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.**

Mając na uwadze powyższe Zamawiający jednoznacznie stwierdza, że warunek określony w pkt. 8.2 lit. b SIWZ, również w odniesieniu do wymogu zrealizowania i udokumentowania max 2 usług polegających na pracach porządkowych na terenach miejskich w zakresie utrzymania czystości w okresach letnich i zimowych, nie narusza regulacji art.7 Pzp i wynikających z jego treści fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych.

Wbrew bowiem twierdzeniu Protestującego, warunek wykonania max 2 usług o łącznej wartości jak w treści pkt. 8.2 lit. b SIWZ, nie jest nadmiernie rygorystyczny, ponieważ został sformułowany w sposób, który pozwala na spełnienie warunku zarówno przez Wykonawcę, który wykonał jedno zadanie o wartości przekraczającej żadaną kwotę, jak i dwa zadania o wartości mniejszej lecz łącznie przekraczającej podane kwoty.

Komentując twierdzenie Protestującego, że „Zamawiający nie dopuszcza możliwości udokumentowania należytego wykonania 3 lub więcej usług na wskazaną przez niego kwotę minimalną” - co zdaniem Wnoszącego protest jest bezwzględnie sprzeczne z ustawą zaznaczyć należy, że warunek zostanie spełniony, gdy Wykonawca przedłoży referencje z wykonania 3 lub więcej usług, z których każda potwierdza wykonanie usług o wartości wyższej niż żadana, natomiast nie zostanie spełniony gdy Wykonawca przedłoży 3 lub więcej referencji o łącznej wartości wyższej niż żadana kwota.

Sformułowanie warunku, w sposób jak w SIWZ, służyło temu, by Wykonawca posiadał doświadczenie realizacyjne w zakresie zadań o dużej wartości, które swoim stopniem skomplikowania odpowiadają zadaniu będącemu przedmiotem postępowania, natomiast wykazanie się doświadczeniem realizacyjnym w szeregu zadań o małej wartości nie gwarantuje wyłonienia wykonawcy posiadającego praktykę w realizacji zadań odpowiadającym rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia.

Użyte w treści SIWZ sformułowanie „max. 2 usługi” należy interpretować w połączeniu ze zwrotem „o łącznej wartości minimalnej 6.500.000,00zł brutto”, co oznacza, że dla spełnienia rzeczzonego warunku Zamawiający dopuszcza wylegitymowanie się:

1. jedną usługą o wartości minimalnej 6.500.000,00zł brutto, lub
2. dwiema, których suma jest równa lub przekracza żadaną wartość.

Przedstawienie większej liczby referencji spełniających powyższy warunek jest oczywiście dopuszczalne, lecz niekonieczne, gdyż zgodnie z zasadą „brzytwy Ockhama” Wykonawca nie musi spełniać jednego warunku kilka razy.

Warunek nie zostanie spełniony, jeżeli dla osiągnięcia zadanej wartości minimalnej konieczne jest zsumowanie wartości trzech lub więcej usług.

Przytoczony przez Protestującego wyrok Zespołu Arbitrów dokładnie zgadza się z intencjami Zamawiającego w podobnym postawieniu warunku i potwierdza jego prawidłowe sformułowanie.

Cyt. „zamieszczenie(...) wymogu złożenia oświadczenia o wykonaniu minimum trzech zadań o wartości nie mniejszej niż 2.000.000 zł każde, odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia wykracza poza prawo do konkretyzacji warunków udziału w postępowaniu, bowiem wprowadza z góry założone ograniczenie udziału w postępowaniu wykonawcy, który wykonał mniejszą liczbę podobnych robót budowlanych o znacznie większej lub podobnej wartości.” Powyższe orzeczenie można uznać za potraktowane instruktażowo przez Zamawiającego, który postawił warunek dotyczący doświadczenia realizacyjnego w ten sposób, że Wykonawca, który może wylegitymować się jednym, ale o odpowiednio wysokiej wartości zadaniem spełnia warunek na równi z Wykonawcą, który zrealizował dwie usługi o sumarycznej wartości przekraczającej zadane minimum kwotowe.

Zamawiający nie podziela również stanowiska Wnoszącego protest, że za nieuzasadniony uznać należy obowiązek wykonania i udokumentowania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia usług, polegających na pracach porządkowych w zakresie utrzymania czystości na terenach miejskich w okresie zimowym. Zdaniem Protestującego, czynności związane z zimowym utrzymaniem znajdują się wyłącznie w zakresie zarządzania składowiskiem odpadów komunalnych i brak jest w niniejszym postępowaniu innych zadań, które obejmowałyby roboty dotyczące zimowego utrzymania terenów miejskich.

Ustosunkowując się do przedmiotowego zarzutu Zamawiający pragnie zwrócić uwagę, że Protestujący mylnie interpretuje faktyczny stan rzeczy, gdyż zimowe utrzymanie terenów miejskich nie znajduje się wyłącznie w zakresie zarządzania składowiskiem (pkt. 3.1.2.1 ppkt.6 SIWZ), ale ujęty jest także w zakresie robót w ramach utrzymania w czystości przystanków autobusowych i tramwajowych - 345 przystanków autobusowych i 36 przystanków tramwajowych (pkt. 3.5.1 ppkt 6 lit. d SIWZ) oraz bieżącego utrzymania w czystości przejść podziemnych - 8 przejść podziemnych (pkt. 3.7.1 ppkt. 12 SIWZ).

Z uwagi na specyfikę prac porządkowych dot. utrzymania czystości w okresie zimowym, w tym m.in. utrzymanie zimowe przejść podziemnych, przystanków autobusowych i tramwajowych polegające na odśnieżaniu, posypywaniu i likwidacji śliskości, usuwaniu skutków opadów śniegu, występującej gołoledzi i oczyszczaniu przejść ze śniegu i lodu, które mają na celu zapewnienie bezpieczeństwa i ochronę zdrowia mieszkańców Gminy, uznać należy, że wprowadzenie warunku o takiej treści do SIWZ było zasadne i celowe.

Oddalając wniesiony protest Zamawiający pragnie podkreślić, że warunek określony w pkt.8.1. lit.f SIWZ tj. wymóg posiadania decyzji zezwalającej na prowadzenie działalności w zakresie unieszkodliwiania lub odzysku odpadów zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001r. o odpadach (*tekst jednolity Dz.U. z 2007r., Nr 39, poz.251*) od wszystkich wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia posiada uzasadnienie zarówno faktyczne jak i prawne. Zgodnie z opiniami przedstawianymi w orzecznictwie /zob. wyrok ZA UZP, sygn akt UZP/ZO/ 0-44/05 „każdy uczestnik musi udokumentować, że posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności- art. 22 ust.1 pkt 1 Pzp, natomiast przy ocenie spełniania warunków, o których mowa w art.22 ust.1 pkt. 2-3 Pzp należy brać pod uwagę łączny potencjał techniczny i potencjał kadrowy oraz kwalifikacje, doświadczenie i sytuację ekonomiczną wykonawców”.

Cyt. wyrok znajduje również pełne odzwierciedlenie w literaturze przedmiotu /zob. B. Wysocka, *Kilka uwag o udziale konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamówienia Publiczne-Doradca, 2007/7 s.51-52/*, gdzie rozgranicza się warunki merytoryczne udziału w postępowaniu (tj. potencjał ekonomiczny, posiadana wiedza i doświadczenie, potencjał techniczny) w odniesieniu do których należy dopuścić możliwość łącznego ich spełnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, od warunków o charakterze formalnym (posiadanie wpisu do właściwego rejestru lub ewidencji działalności gospodarczej, czy uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień) które, co do zasady winien spełniać każdy z wykonawców odrębnie.

Zamawiający zwraca również uwagę, że wymóg posiadania decyzji zezwalającej na prowadzenie działalności w zakresie unieszkodliwiania lub odzysku odpadów od wszystkich wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, związany jest faktem, że dla realizacji zadania określonego w pkt.3.1 SIWZ tj. „Zarządzanie Miejskim Składowiskiem Odpadów Komunalnych Lipówka I” koniecznym jest posiadanie przedmiotowej decyzji przez cały czas realizacji usługi.

Z uwagi na priorytetowy charakter zadania i jego przeważający udział w ramach całego przedmiotu zamówienia (które w kryterium oceny ofert ma wagę 67 % całości kryterium) Zamawiający żąda, by powyższą decyzję posiadał każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Powyższe podyktowane jest faktem, że w przypadku posiadania decyzji wyłącznie przez jednego z wykonawców, może zaistnieć sytuacja, że na skutek jego ewentualnej upadłości lub likwidacji, Zamawiający narazi się na konieczność zamknięcia składowiska i znaczne straty z tego tytułu.

Wobec powyższego postanawiam jak we wstępie.

Pouczenie:

Zgodnie z art. 184 Pzp od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując jego kopie Zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem do Prezesa UZP.

PREZYDENT MIASTA
Zbigniew Podraza
Zbigniew Podraza

Otrzymują:

1. Protestujący
2. Wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego
3. Wydział Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej
4. Biuro Koordynacji Zamówień Publicznych i Opinii Prawnych -a/a.

09.03.
A. Golew
KIEROWNIK
Biura Koordynacji Zamówień Publicznych
i Opinii Prawnych

Jarosław Rokicki
mgr Jarosław Rokicki

NACZELNIK
WYDZIAŁU GOSPODARKI KOMUNALNEJ
I MIESZKANIOWEJ

Piotr Jedrusik
Piotr Jedrusik

Z-CA PREZYDENTA MIASTA

Paweł Gocyla
Paweł Gocyla