



„ENERGOPOL – POŁUDNIE” S.A.
41 – 208 Sosnowiec, ul. Jedności 2

Tel: +48 32 294 40 11, Fax: +48 32 263 39 07

MU/916/09

Protestujący:

Energopol-Południe S.A.
ul. Jedności 2,
41-208 Sosnowiec



Sosnowiec, dnia 06.07.2009 r.

Zamawiający:

Gmina Miejski
ul. Graniczna 21
41-300 Dąbrowa Górnicza

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Kontrakt W1: Budowa infrastruktury wodociągowej i kanalizacyjnej w dzielnicy Strzemieszyce”.

PROTEST

Na podstawie art. 180 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz.1655, zc zm.) nazywanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, Protestujący wnosi protest wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, którego przedmiotem jest zamówienie publiczne pn.: „Kontrakt W1: Budowa infrastruktury wodociągowej i kanalizacyjnej w dzielnicy Strzemieszyce”.

Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w dniu 27.06.2009r. (nr ogłoszenia 2009/S 121-176187) w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zatem niniejszy protest został wniesiony do Zamawiającego w wymaganym ustawą terminie.

Protestujący wnosi protest wobec treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie:

1. określenia dwóch sprzecznych wartości przedmiotu zamówienia w punkcie II.2.1. : w zakresie między 55 000 000,00 a 80 000 000,00 EUR, a w punkcie VI.3 : szacunkowa wartość odcinka 1 bez VAT: pomiędzy 50 000 000 a 70 000 000 PLN, szacunkowa wartość odcinka 2 bez VAT: pomiędzy 5 000 000 a 10 000 000 PLN
2. określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
3. braku daty wysłania zaproszeń do składania ofert lub do udziału zakwalifikowanym wykonawcom (pkt IV.3.5),
4. braku wskazania okresu związania ofertą (pkt IV 3.7),
5. braku wskazania warunków otwarcia ofert (pkt IV 3.8),
6. niezamieszczenie przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówienie w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim.

Zdaniem Protestującego Zamawiający dokonał naruszenia następujących przepisów Pzp:

- 1) art. 7 ust 1 Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów,
- 2) art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy poprzez określenie kryteriów wiedzy i doświadczenia w sposób wykraczający ponad niezbędny poziom,
- 3) art. 22 ust.2 ustawy poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

- 4) art. 32 ust.1 ustawy poprzez niedopełnienie przez Zamawiającego obowiązku ustalenia wartości zamówienia z należytą starannością,
- 5) art. 48 ust 2 ustawy poprzez niezamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu:
 - daty wysłania zaproszeń do składania ofert lub do udziału zakwalifikowanym wykonawcom (pkt IV.3.5),
 - miejsca składania wniosków, w tym numeru pokoju,
 - wskazania okresu związania ofertą (pkt IV 3.7),
 - wskazania warunków otwarcia ofert
- 6) art. 40 ust 4 ustawy poprzez niezamieszczenie przez Zamawiającego ogłoszenia w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim przy wartości zamówienia przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000 000 EUR
- 7) Naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nierówne traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne.

UZASADNIENIE

Protestujący zarzuca naruszenie art. 7 Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów.

Analizując treść ogłoszenia o zamówieniu stwierdzić należy, że Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Zamawiający w ramach warunku posiadania zdolności technicznej (pkt. III.2.3 – Zdolność techniczna) tj. niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zażądał od wykonawców wskazania do uczestnictwa w wykonaniu przedmiotowego zamówienia min.

- Kierownika Robót Konstrukcyjno-Budowlanych mającego co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w kierowaniu robotami budowlanymi w sektorze środowiska, w tym co najmniej jednym zadaniu inwestycyjnym obejmującym rozbiórkę obiektów gospodarki wodno-ściekowej, posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów (...)
- Kierownika Robót Wyburzeniowych mającego co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w kierowaniu robotami wyburzeniowymi, w tym przy co najmniej jednym zadaniu inwestycyjnym obejmującym rozbiórkę oczyszczalni ścieków o średniej dobowej przepustowości co najmniej 10 000 m³/d (....)

Protestujący wskazuje, że Zamawiający bezzasadnie narzuca wymóg udziału przez Kierownika Robót Konstrukcyjno-Budowlanych w zadaniu inwestycyjnym obejmującym rozbiórkę obiektów gospodarki wodno-ściekowej.

Analogicznie niezrozumiały i bezpodstawny jest warunek, aby Kierownik Robót Wyburzeniowych kierował robotami wyburzeniowymi w co najmniej jednym zadaniu inwestycyjnym obejmującym rozbiórkę oczyszczalni ścieków.

Każda firma ogólnobudowlana posiada uprawnienia do wykonywania robót będących przedmiotem zamówienia oraz niezbędną wiedzę do wykonania przedmiotowego zamówienia. Zadanie Inwestycyjne nie wymaga żadnych szczególnych uprawnień w tym przewidzianych odrębnymi przepisami prawa poza ogólnobudowlanymi, które w obecnym stanie prawnym całkowicie wystarczą do wykonania opisanego w ogłoszeniu zadania inwestycyjnego.

Wobec powyższego przypuszczać można, że Zamawiający ustala warunki udziału w postępowaniu odpowiednio dla możliwości poszczególnych - konkretnych wykonawców. Nieuzasadnione zaostrzanie warunków udziału w postępowaniu w sposób rażąco narusza uczciwą konkurencję i ogranicza krąg wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia. Opisane warunki są nadmierne oraz uciążliwe dla wykonawców i zastały określone z naruszeniem art. 22 ust.2 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Jasno wynika więc z tego przepisu, że warunki udziału w postępowaniu muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia przy czym nie można ograniczać prawa wykonawcy do udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję (patrz art. 22 ust.2 Pzp) i łamiący zasadę równego traktowania wykonawców. Podkreśla to także wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2008 roku (sygnatura KIO/UZP 62/07), w którym czytamy: „Ocenę zasadności warunku udziału w postępowaniu i jego zgodności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy rozpatrywać w kontekście jego adekwatności do przedmiotu zamówienia, tj. warunek musi zagwarantować należyte wykonanie zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu niedyskryminującego charakteru, winien mieć na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, a nadto nie może prowadzić do faworyzowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców. Zamawiający musi mieć na względzie interes publiczny, który wymaga, aby zamówiony produkt (lub usługa) został wybrany, ale jednocześnie granicą tego interesu jest dyskryminacja, która może uniemożliwić uczciwym wykonawcom konkurowanie podczas postępowania. Dyskryminacja jest więc odwrotnością adekwatności warunków do przedmiotu zamówienia.”

W świetle powyższego trudno uznać postulowane przez Zamawiającego warunki za zgodne z obowiązującym prawem.

Ponadto Zamawiający w zapisach ogłoszenia pkt. III.2. ppkt.3 :

Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca :

- potwierdzenie wykonania w ciągu ostatnich 5-lat co najmniej 1 roboty której przedmiotem zamówienia były roboty budowlane obejmujące rozbiórkę oczyszczalni ścieków o średniej dobowej przepustowości co najmniej 15 000 m³/dobę.

Ocena spełnienia dokonana będzie na podstawie dołączonego do oferty: 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 z należytą starannością.

dopuszcza do wzięcia udziału w postępowaniu tych wykonawców, którzy wykazą się realizacją tożsamyh zadań w zakresie wykonywania robót objętych przedmiotem zamówienia.

Należy zważyć, że w Naszym Kraju rozbiórek oczyszczalni ścieków było w ostatnich 5 latach kilka, a o wskazanej przepustowości / z widczy Protestującego/ jedna.

Zamawiający określił warunek na realizację z tożsamych zadań jak jego zadanie – wszystkie elementy w jednej realizacji- ograniczając w ten sposób udział w tym przetargu do wąskiej grupy upatrzonych wykonawców/wykonawcy.

Tym samym Zamawiający odcina od postępowania tych wykonawców, którzy w okresie ostatnich 5 lat wykonywali podobne co do rodzaju roboty- zgodnie ze słownikiem CPV o nr wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia – na poziomie grupy lub robót obejmujących te same branże techniczne.

Takie stanowisko Zamawiającego zdaniem Protestującego jest sprzeczne z ustawą Pzp oraz przepisami n/w. Rozporządzenia wykonawczego z dnia 19.05.2006r..

O posiadaniu doświadczenia w danych robotach, zgodnie z kierunkowym Rozporządzeniem wykonawczym Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy:

„wykazu wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat robót budowlanych, 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;”

zezwała wykonawcy na wykazanie się realizacjami **wykonanymi** podobnymi z ostatnich pięciu lat, a nie **robotami tożsamymi z robotą Zamawiającego** wykonanymi w tym okresie.

W ustawie Ustawodawca w art. 91 ust. 3, zabronił stosowania podmiotowych kryteriów oceny ofert, a Zamawiający zastosował podmiotowe warunki całego zamówienia.

Należy stanowczo stwierdzić, że ustawa prawo zamówień publicznych, które szczegółowo i wyczerpująco określa wymogi stawiane wykonawcom nie przewiduje możliwości postawienia dodatkowego wymogu jak referencja z tożsamej roboty budowlanej, lecz danego rodzaju robót jak wskazuje grupa Słownika CPV.

Nie jest to bowiem, wbrew stanowisku Zamawiającego, warunek konieczny do uznania, że dany wykonawca nie spełnia przewidzianego w ustawie wymogu posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego, a także że nie dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, - a tym samym prezentowane stanowisko Zamawiającego stanowi dodatkowy niezgodny z ustawą warunek ograniczający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne.

Zgodnie z zapisami pkt. IV.1.2 Ograniczona liczba wykonawców – zamawiający w ppkt. 3 foruje tych wykonawców, którzy mieli unikatową możliwość wykonywać rozbiórkę oczyszczalni ścieków. W ppkt. 1-2 punktuje li tylko roboty kanalizacyjne sanitarne i wodociągowe, celowo pomijając roboty kanalizacji deszczowej, które technologicznie względem wykonania nie odbiegają od w/w, naruszając tym samym zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w ocenie wykonawców ubiegających się o to zamówienia publiczne.

Protestujący wskazuje na dotychczasowe orzecznictwo UZP w tej kwestii i stanowisko Departamentu Prawnego UZP z grudnia 2002r, które zachowały swoją aktualność także w świetle obowiązującej ustawy oraz szereg kolejnych orzeczeń Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej, Sądów Okręgowych, które utworzyły linie orzecznictwa w tym zakresie.

Zadania referencji z zadań tożsamych wykracza poza przepisy rozporządzenia wykonawczego o dokumentach a tym samym narusza przepis art. 25 ust. 2 ustawy.



Konsekwencją powyższego jest naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy w zakresie żądania zbędnych dokumentów dla przeprowadzenia danego postępowania.

Te zapisy Zamawiającego w zakresie danych warunków kierują dane zaproszenie przetargowe tylko do upatrzonego wykonawcy.

Protestujący stwierdza, iż dane zapisy ogłoszenia dotyczące istotnych warunków zamówienia dokonane zostały z obrazą przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazanego rozporządzenia wykonawczego oraz zapisów ustawy z 1993r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z wyrokiem ZA z 2006 – 08001 UZP/ZO -2169/06, www.uzp.gov.pl:

„ Zasada równego traktowania wykonawców oznacza dla Zamawiającego, iż obowiązany jest do jednakowego traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie. Stawiane im warunki nie mogą utrudniać uczciwej konkurencji i naruszać interesu poszczególnych potencjalnych wykonawców dlatego zakazane jest formułowanie warunków utrudniających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu celem złożenia oferty”

Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku ZA z 2006-06-13 UZP/ZO-1677/06 Legalis:

„Zasada równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie i zasada prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji dotyczy wszystkich faz postępowania. Odstąpienie od tych zasad postępowania poprzez sformułowanie warunków nadmiernych, nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia należy uznać za działanie niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych”.

Protestujący zwraca również uwagę na wyrok KIO z dnia 27.01.2009 KIO/UZP 51/09, lex nr 485621, zgodnie z którym, nieuprawnionym jest badanie doświadczenia na podstawie składanych referencji. Referencje nie służą potwierdzeniu warunków udziału w postępowaniu. Tymczasem w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający żąda referencji, a także żąda by referencje spełniały określone wymagania : wskazanie miejsca wykonania robót, czasu ich wykonywania, które są zdaniem protestującego zbędne.

Protestujący podnosi, iż Zamawiający naruszył art. 32 ust.1 ustawy poprzez niedopełnienie przez Zamawiającego obowiązku ustalenia wartości zamówienia z należytą starannością. W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający podał dwie sprzeczne wartości przedmiotu zamówienia w punkcie II.2.1. : w zakresie między 55 000 000,00 a 80 000000,00 EUR, a w punkcie VI.3 : szacunkowa wartość odcinka 1 bez VAT: pomiędzy 50 000 000 a 70 000 000 PLN, szacunkowa wartość odcinka 2 bez VAT: pomiędzy 5 000 000 a 10 000 000 PLN. Przy takiej rozbieżności, żaden z wykonawców nie jest w stanie prawidłowo ocenić swoje możliwości i ustosunkować się do ogłoszenia o zamówieniu.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 23.10.08 KIO/UZP 1073/08, lex nr 466646, każdy zamawiający musi podchodzić do swoich obowiązków wynikających z ustawy z należytą starannością i musi opracować treść ogłoszenia z w sposób jednoznaczny i dokładny, aby każdy odbiorca mógł wykonać właściwie wszystkie oczekiwane zachowania.

Dlatego, protestujący zarzuca również naruszenie przez Zamawiającego art. 48 ust 2 ustawy poprzez niezamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu:

- daty wysłania zaproszeń do składania ofert lub do udziału zakwalifikowanym wykonawcom (pkt IV.3.5),
- miejsca składania wniosków, w tym numeru pokoju,
- wskazania okresu związania ofertą (pkt IV 3.7),
- wskazania warunków otwarcia ofert

-miejsca udostępnienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym niewskazanie strony internetowej.

Mając na uwadze treść uzasadnienia i wnioski z niego płynące należy uznać, że warunki określone przez Zamawiającego w treści ogłoszenia naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji spowodowało to naruszenie interesu protestującego.

Zakreślone warunki zapisane w ogłoszeniu Zamawiającego forują tylko nielicznych wykonawców, którzy wykonywali roboty budowlane tożsame z robotą Zamawiającego. W ten sposób Zamawiający nie traktuje na równych prawach wszystkie podmioty ubiegające się o to zamówienie publiczne w sposób gwarantujący zasady uczciwej konkurencji. Narusza to zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy oraz narusza zasadę obiektywizmu i bezstronności.

Należy również wziąć pod uwagę, że z chwilą wejścia do Unii Europejskiej (UE) z dniem 01 maja 2004, władze Polski zobowiązały się do stosowania dyrektywy UE z dnia 21 grudnia 1989 r. nr 89/665/EWG dotyczącej koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Złożyły również deklarację, że polskie prawo jest zgodne z prawem UE. Z powyższego wynika, że dotychczasowa interpretacja interesu prawnego wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne w zakresie jego działań prowadzących do przeciwdziałania udzielenia zamówienia publicznego podmiotowi nieuprawnionemu w konsekwencji naruszenia przepisów PZP, musi ulec zmianie i nie może być ograniczana do interesu prawnego uzyskania zamówienia w danym postępowaniu.

Art. 1 ust 3 Dyrektywy nr 89/665/EWG

Państwa członkowskie zapewnią, że środki odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które państwa członkowskie mogą wprowadzić, są dostępne co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. W szczególności, państwa członkowskie mogą wymagać od takiego podmiotu uprzedniego powiadomienia zamawiającego o domniemanym naruszeniu przepisów i o zamiarze skorzystania ze środków odwoławczych.

Jak widać z treści powyższego artykułu dyrektywa nie ogranicza dostępu do środków odwoławczych tylko w przypadku naruszenia interesu prawnego, ale umożliwia taki dostęp przy naruszeniu każdego interesu.

Zamawiający w toku postępowania tego zamówienia publicznego naruszył następujące artykuły ustawy Prawo Zamówień Publicznych:

- art. 7 ust. 1, 3,
- art. 22 ust. 2,
- art. 33,
- art. 48,
- art. 25 ust. 1, ust. 2,

oraz art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i art. 17 ustawy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.



Żądania Protestującego:

- 1.) Żądamy uwzględnienia protestu
- 2.) Żądamy zmiany wskazanych zapisów ogłoszenia.
- 3.) Żądamy równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Zamawiający w toku postępowania tego zamówienia publicznego naruszył wskazane artykuły ustawy Prawo zamówień publicznych i zakreślił wadliwie opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, co doprowadza do ograniczenia w znacznym stopniu udział w tym przetargu wykonawców mogących wykonać przedmiotowe zamówienie publiczne oraz dając przesłanki do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania. Wskazane ogłoszenie zawiera szereg wad prawnych uniemożliwiających zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Narusza to interes prawny i finansowy Naszej Spółki poprzez uniemożliwienie nam wzięcia udziału w tym przetargu, nierównego traktowania oraz pozyskania tego zamówienia i pozbawia nas zamierzonego wypracowanego zysku

z poważaniem

PREZES ZARZĄDU
DYREKTOR NACZELNY
[Signature]
Janek Pazbirek

WICEPREZES
DYREKTOR ds. FINANSÓW I STRATEGII
[Signature]
Jerzy Gazda

otrzymują:

- adresat x 1
- a/a

ENERGOPOL-POŁUDNIE (1)
SPÓŁKA AKCYJNA
41-208 Sosnowiec, ul. Jaskółcei 2
tel. (32) 294 40 15, fax (32) 263 39 07
Kapitał Akcyjny 44 400 000 PLN
(w tym kapitał wpłacony 44 400 000 PLN)
KRS: 0000143061, Sąd Rejonowy w Katowicach
NIP: 644 001 18 38, REGON: 271122279



Kapitał Akcyjny: 44 400 000 zł, w tym wpłacony: 44 400 000 zł
Sąd Rejonowy w Katowicach; KRS: 0000143061
Regon: 271122279, NIP: 644-001-18-38
e-mail: marketing@energopolpoludnie.eu
www.energopolpoludnie.eu