

Jaworzno, dnia 2007-02-02

**Wykonawcy zainteresowani
udziałem w postępowaniu**

Sprawa nr 50/2006/RZP

Rozstrzygnięcie

*w sprawie protestu Wykonawcy – Fabryka Maszyn FAMUR S.A. na czynności
Zamawiającego podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
którego przedmiotem jest:*

**„Najem kombajnu ścianowego wraz z obsługą serwisową gwarancyjną w całym okresie
najmu dla potrzeb ZG SOBIESKI”- sprawa nr 50/2006/RZP**

Zamawiający po zapoznaniu się z treścią protestu, doręczonego dnia 26 stycznia 2007r.
postanawia:

odrzuć protest w całości

na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień
Publicznych zwanej dalej „ustawą” w związku z art. 180 ust. 2 i ust. 3 ustawy

UZASADNIENIE

W otrzymanym proteście Protestujący zarzuca Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 38 ust. 5 poprzez dokonanie zakazanej przez ustawę modyfikacji specyfikacji w zakresie warunków udziału w postępowaniu;
2. naruszenie art. 7 poprzez nie zapewnienie przez Zamawiającego zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców
3. naruszenie art. 22 ust. pkt 1, 2, 3 oraz art. 22 ust. 2 poprzez nieuzasadnione ograniczenie dostępu do zamówienia szerokiemu gronu wykonawców

W związku z powyższym Protestujący wniósł o:

1. uwzględnienie protestu

2. dokonanie zmian treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez wykreślenie zakwestionowanych przez Protestującego zapisów, wprowadzonych do specyfikacji w ramach modyfikacji jej treści i powrotu do pierwotnej treści specyfikacji w protestowanym zakresie;
3. ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia protestu, unieważnienie postępowania jako naruszającego dyspozycję art. 38 ust 5 ustawy, wobec bezprawnej modyfikacji specyfikacji w zakresie warunków udziału w postępowaniu, która to wada jest niekonwalidowalną i powoduje bezwzględną nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego

Zamawiający po szczegółowej analizie wszystkich dotychczasowych czynności stwierdza ponad wszelką wątpliwość, że wszystkie czynności przeprowadzone w toku przedmiotowego postępowania, a w szczególności wyjaśnienia treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej „SIWZ” z dnia 17.01.2007 r., umieszczone na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 18.01.2007 r. zostały dokonane zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 180 ust. 7 ustawy Zamawiający odrzuca protest wniesiony po terminie, wniesiony przez podmiot nieuprawniony lub protest niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6. W przypadku przedmiotowego protestu zastosowanie ma pierwsza część przytaczanego artykułu. Ponadto zgodnie z delegacją art. 180 ust. 2 ustawy protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu. Protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy dotarł on do Zamawiającego w taki sposób, że mógł się zapoznać z jego treścią. Zgodnie z zapisem zawartym na pierwszej stronie protestu Wykonawca powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia przedmiotowego protestu w dniu 18.01.2007 r. („Data powzięcia wiadomości: 18.01.2007”). Protest w postaci faksu wpłynął w dniu 26.01.2007 r., czyli w ósmym dniu od dnia powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia niniejszego protestu. Oznacza to, że protest został wniesiony po terminie przysługującym do jego wniesienia. Zamawiający pragnie podkreślić, że zgodnie z art. 180 ust 2 Zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie do odrzucenia protestu wniesionego po terminie.

Poza tym protestujący błędnie określił termin wniesienia protestu, ponieważ w badanym przypadku zastosowanie ma zapis art. 180 ust. 3 pkt 2, który to określa, iż protest dotyczący treści ogłoszenia i SIWZ wnosi się w terminie 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej.

Zamawiający umieścił SIWZ na stronie internetowej w dniu 27.12.2006 r., czyli Protestujący zobowiązany był wnieść protest do dnia 10.01.2007 r. Protestujący, bowiem pozornie tylko wnosi protest na wyjaśnienia do SIWZ udzielone przez Zamawiającego, ponieważ protest de facto dotyczy treści SIWZ. Treść argumentów przytaczanych przez Protestującego na poparcie wnoszonych środków odwoławczych nie pozostawia wątpliwości, że mógł on powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu już w dniu zapoznania się z treścią SIWZ, a więc termin do wniesienia protestu winien być liczony od chwili opublikowania ogłoszenia.

Protestujący zarzuca Zamawiającemu jakoby wyjaśnieniami z dnia 17.01.2007r. opublikowanymi na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 18.01.2007 dokonał bezprawnej modyfikacji zapisów SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu, czym, zadaniem Protestującego, naruszył zapisy art. 38 ust. 5 ustawy. Zamawiający pragnie podkreślić, iż w przedmiotowym postępowaniu warunki udziału w postępowaniu zostały precyzyjnie określone już w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ. W wyjaśnieniach z dnia 17.01.2007 r. Zamawiający jedynie potwierdził to co wynika z przepisów ustawy oraz zapisów zawartych w SIWZ. Zgodnie z zapisem: „Wykaz wykonanych dostaw kombajnów ścianowych odpowiadających swym rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia.....” zawartym w sekcji C punkt C.2. Zamawiający jednoznacznie określił, iż żąda wykazania się dostawom kombajnów ścianowych odpowiadających pod każdym względem kombajnowi stanowiącemu przedmiot zamówienia. Zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 17.01.2007 r. Zamawiający tylko potwierdził, że warunek ten dotyczy również napięcia zasilania. Dlatego też Zamawiający nie złamał zapisów zawartych w art. 38 ust.5 ustawy.

Zamawiający przypomina Protestującemu, że zgodnie z brzmieniem art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Dlatego też, zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ- Opis przedmiotu zamówienia stanowiącym jej integralną część, wszyscy potencjalni Wykonawcy w momencie opublikowania SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego, znali lub mogli poznać parametry, jakie wymaga Zamawiający wobec kombajnu ścianowego stanowiącego przedmiot zamówienia, a tym samym wiedzieli, dostawą, jakiego kombajnu będą musieli się wykazać. Przedmiotowy protest stanowi tylko i wyłącznie próbę sztucznego zaniżenia warunków udziału w postępowaniu. Z jednolitej linii orzecznictwa wynika, że jeśli do wykonania zamówienia jest niezbędny konkretny sprzęt to trzeba go wymagać od

wykonawców. W przeciwnym razie przetarg może wygrać Wykonawca, który nie będzie w stanie wykonać powierzonego mu zamówienia¹.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy jednoznacznie stwierdzić, że Zamawiający nie złamał delegacji zawartej w art. 38 ust.5 ustawy. Ponadto Wykonawca błędnie interpretuje znaczenie tego artykułu, uznając, że odnosi się on także do dokumentów żądanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy zwrócić uwagę, iż w art. 36 ustawy kwestia dokumentów składanych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu jest uregulowana osobno (ust. 1 pkt 6) od kwestii opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków (ust. 1 pkt 5). Do tego należy dodać, że modyfikacja SIWZ w zakresie oświadczeń i dokumentów nie jest objęta zakazem sformułowanym w art. 38 ust. 5 ustawy chociażby z tego powodu, iż ten w ogóle się do niej nie odnosi. Co więcej taka modyfikacja w żaden sposób nie narusza przepisów ustawy, w tym art. 7 ust.1 ustawy. W przypadku dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu każdy z wykonawców ma wiedzę, jakich dokumentów może żądać zamawiający- katalog tych dokumentów jest zamknięty i określony rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów.

Fakt, że Protestujący nie jest w stanie spełnić warunków udziału w postępowaniu nie oznacza, że Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Zamawiający zobowiązany jest do takiego ustalenia warunków udziału w postępowaniu, które dopuszczą do postępowania wyłącznie wykonawców spełniających warunki, a tym samym ograniczenia powstania sytuacji, w której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia publicznego lub wykonać go z należyłą starannością². Podkreślić należy, że wspomniany w proteście 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 należyty³. Co więcej, Zamawiający jest zobowiązany opisać warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, że Wykonawcy, którzy nie są zdolni do należytego wykonania zamówienia publicznego, zostaną wykluczeni z postępowania. Niezgodne, zatem z art. 22 ust. 1 ustawy będzie takie opisanie warunków udziału w postępowaniu, które nie pozwoli Zamawiającemu zweryfikować posiadania przez Wykonawców wymaganych uprawnień czy

¹ Np. Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 5 lipca 2006 r. (sygn. akt (UZP/ZO/0-1909/06)

² Por. J. Sadowy, „Warunki stawiane wykonawcom”, Prawo Zamówień Publicznych nr 2/2004

³ Por. M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz” Zakamycze 2005

też niezbędnego do należytego wykonania zamówienia publicznego potencjału technicznego, kadrowego, finansowego oraz wiedzy i doświadczenia⁴.

Ponadto należy uznać, iż fakt niemożności spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Protestującego, nie oznacza, że zostały złamane zasady określone w ustawie, ponieważ na rynku jest wielu potencjalnych Wykonawców, którzy są w stanie spełnić postawione przez Zamawiającego warunki. Zgodnie z utrwalonym w tym zakresie orzecznictwem zarówno Zespołów Arbitrów jak i Sądów Okręgowych, Zamawiający ma pełne prawo żądać, aby Wykonawca wykazał się realizacją kombajnów odpowiadających swym rodzajem przedmiotowi zamówienia. Argumentacja, że takie sformułowanie wyłącza podmioty od udziału w postępowaniu w szerszym zakresie, niż to przewidział ustawodawca, a zatem w sposób sprzeczny z ustawą jest w ocenie sądów uchybiona. Podkreślić należy, że zaostrenie wymagań, co do kwalifikacji, wiedzy i doświadczenia wykonawców powinno być adekwatne do przedmiotu zamówienia. Zapis ten w żaden sposób nie ogranicza potencjalnych wykonawców. Wręcz przeciwnie, działanie takie odnosi się do wszystkich potencjalnych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w jednakowym stopniu⁵.

Ponadto jednym z najważniejszych zagadnień związanych z korzystaniem ze środków ochrony prawnej jest pojęcie interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, w którym to doznanie lub możliwość doznania uszczerbku warunkuje możliwość skutecznego wnoszenia protestu i innych środków prawnych określonych w ustawie. Istnienie interesu prawnego powinno być udowodnione a nie tylko uprawdopodobnione⁶. Protestujący nie wykazał w proteście, że jego interes prawny w przedmiotowym postępowaniu doznał uszczerbku.

Dlatego też, należy uznać, iż w sytuacji gdyby protest został wniesiony w terminie to i tak podlegał by oddaleniu jako całkowicie bezzasadny. Zarzut: „Wady specyfikacji są tak poważne i dotyczą one warunków udziału w postępowaniu, że o ile Zamawiający nie powróci do pierwotnej treści specyfikacji bez wskazanych wyżej wad, wówczas przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia będzie obarczone wadą i będzie musiało zostać przez Zamawiającego unieważnione” zawarty w proteście nie został poparty żadnymi dowodami a zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

W związku z powyższym Zamawiający rozstrzyga protest jak na wstępie.

⁴ Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 5 lipca 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1909/06) oraz por. Rzeczpospolita z dnia 10 lipca 2006 roku

⁵ Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 08 sierpnia 2005 r. (sygn. akt III Ca 642/05)

⁶ Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 16 czerwca 2005 r. (sygn. akt II Ca 327/05)

POUCZENIE

Zgodnie z art. 184 ust. 1 i ust. 2 Ustawy prawo zamówień publicznych- od powyższego rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 5 dni od doręczenia niniejszego rozstrzygnięcia, jednocześnie przekazując kopię Zamawiającemu.

Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu.