

Warszawa, dnia 2009-10-07



*Szanowna Pani
Teresa Białoch*
SL

Urząd Miasta Łodzi
Wydział Sportu
ul. Ks. Bp. W. Tymienieckiego 5
90-365 Łódź

Dotyczy postępowania przetargowego pn.: „Modernizacja Treningowego Stadionu Lekkoatletycznego w Łodzi przy ul. Lumumby nr 22/26 Etap I”.

Protestujący Wykonawca („Protestujący”): POLCOURT S.A., ul. Generała Zajęcza 11, lok. C7, 01-510 Warszawa.

Zamawiający: Miasto Łódź.

PROTEST

Na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2007 r. nr 223 poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej PZP - Protestujący (POLCOURT S.A. z siedzibą w Warszawie), reprezentowany przez Prezesa Zarządu Marka Piotrowicza, wnosi protest dotyczący treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), a mianowicie wobec następujących czynności Zamawiającego dotyczących sporządzenia SIWZ:

- 1) opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję, w tym określenie cech wskazujących na jednego producenta, a także opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, bezprawny, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia,
- 2) opisanie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz sposobu oceny spełniania tych warunków w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,

i żąda:

- 1) zmiany przez Zamawiającego SIWZ poprzez zmianę warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny spełniania tych warunków, zgodnie z uzasadnieniem protestu,
- 2) zmiany przez Zamawiającego SIWZ poprzez dopuszczenie do zaoferowania wszystkich nawierzchni poliuretanowych z certyfikatem IAAF.

PREZES ZARZĄDU

Marek Piotrowicz

Podstawą niniejszego protestu jest naruszenie przez Zamawiającego postanowień PZP, w szczególności:

- 1) art. 7 ust. 1 PZP – poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przestrzegania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 29 ust. 1-3 PZP - poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję, w tym określenie cech wskazujących na jednego producenta, a także opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, bezprawny, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia,
- 3) art. 22 ust. 2 PZP - poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz sposobu oceny spełniania tych warunków w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
- 4) § 1 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605 ze zm.).

Uzasadnienie

I. Protestujący posiada interes prawny w podejmowaniu środków ochrony prawnej ponieważ jego interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku, gdyż zaskarżone postanowienia SIWZ sformułowane zostały w ten sposób, że nie jest możliwe złożenie przez Protestującego oferty spełniającej wymagania Zamawiającego. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego Protestujący mógłby ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Protestujący pobierając SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, liczy na uzyskanie zamówienia, a w tym stanie faktycznym w związku z naruszeniem przepisów PZP przez Zamawiającego, nie jest możliwe uzyskanie przez Protestującego przedmiotowego zamówienia.

II. Zamawiający w pkt. 6.2.1 i 7.2.1 SIWZ określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy oraz dokument potwierdzający spełnienie tego warunku. Zamawiający zażądał wykazu robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie wskazanych robót. Przede wszystkim Zamawiający nie ma prawa żądać doświadczenia w realizacji, dwóch zamówień **o wartości 3 mln zł każde**, ponieważ Zamawiający określił jednocześnie w warunku minimalną powierzchnię wykonanej bieżni syntetycznej jako 3500m². W świetle powyższego wymagana minimalna wartość budowy lub przebudowy stadionu jest zbyt wysoka. Protestujący wskazuje przykład inwestycji

PREZES ZARZĄDU

zrealizowanej dla MOSiR w Toruniu, której wartość wynosiła ok. 2,7 mln zł., a która polegała m.in. na ułożeniu nawierzchni syntetycznej o powierzchni 8000m², czyli znacznie więcej niż wymagane przez Zamawiającego minimum. W świetle powyższego Zamawiający powinien zmniejszyć minimalną wartość jednej budowy lub przebudowy do min. 2,7 mln. Ponadto Zamawiający w warunku wymaga doświadczenia w realizacji bieżni syntetycznych „**w technologii zgodnej z dokumentacją projektową przedmiotowego zamówienia**”. Taki zapis jest niedopuszczalny, ponieważ nie jest zgodny z § 1 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605 ze zm.). Zgodnie z tym zapisem Zamawiający może żądać doświadczenia w robotach **odpowiadających swoim rodzajem** robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Tymczasem Zamawiający zażądał doświadczenia w robotach **tożsamyh z przedmiotem zamówienia**. Taka praktyka jest niezgodna z PZP, potwierdza to także orzecznictwo KIO. Zamawiający powinien zatem dopuścić w warunku doświadczenie ogólnie w realizacji bieżni syntetycznych poliuretanowych, zamiast wyłącznie „w technologii zgodnej z dokumentacją projektową przedmiotowego zamówienia”.

Zamawiający określił zatem warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz sposób oceny spełniania tego warunku w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Protestujący domaga się zatem stosownej zmiany SIWZ we wskazany powyżej sposób. **W obecnym kształcie SIWZ, treść warunków sformułowana została w sposób, który uniemożliwia Protestującemu ubieganie się o przedmiotowe zamówienie. Tymczasem Protestujący posiada bez wątpienia odpowiednie doświadczenie do jego zrealizowania. Świadczy o tym chociażby fakt, że Protestujący wykonał stadion, który ma być obecnie modernizowany.**

III. Ponadto Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, bezprawny, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający ograniczył przez to ilość wykonawców, którzy mogą złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu. W dokumentacji projektowej Zamawiający określił parametry i technologię wykonania bieżni poliuretanowej. **Zamawiający powinien dopuścić także inne nawierzchnie poliuretanowe, o ile posiadają one certyfikat IAAF.** Certyfikat taki daje Zamawiającemu gwarancję uzyskania produktu najwyższej jakości. Nawierzchni sportowej nie wolno opisywać za pomocą parametrów, które ograniczają konkurencję (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15.12.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2926/06). **Należy jednak podkreślić, że naruszeniem przepisów PZP jest opisywanie przedmiotu zamówienia, w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg**

PREZES ZARZĄDU

wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Jeżeli Zamawiający stawia wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione jego potrzebami, to takie działania Zamawiającego stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

- IV. Działania Zamawiającego godzą w fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych – zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ustawa zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. **Zamawiający ma zatem obowiązek dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia.** Dlatego bardzo istotną czynnością Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla Zamawiającego kluczowe znaczenie, jednakże katalog tych cech powinien być obiektywnie uzasadniony.
- V. Regulacje prawne wyrażone w art. 29 PZP nakładają wyraźny obowiązek na Zamawiającego by przedmiotu zamówienia nie opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych w art. 7 ust. 1 PZP. Przywołany artykuł brzmi: "zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców" i należy go pojmować jako pewnego rodzaju klauzulę generalną, z której wynika konieczność przestrzegania zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców. **Ochrona tych dwóch zasad leży w interesie nie tylko samych ubiegających się o zamówienia wykonawców, lecz również w interesie publicznym, a ich realizacja niewątpliwie stanowi też swoistą gwarancję przejrzystości i kontroli wydatków publicznych.** Realizacja zasad przejawia się oczywiście w czynnościach, jakie Zamawiający podejmuje w postępowaniu. **Do najbardziej istotnych możemy zliczyć tutaj czynność opisu przedmiotu zamówienia, czyli ogólnie mówiąc konstruowania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niejednokrotnie na tym etapie wykonywanych czynności występują sytuacje "patologiczne" dla systemu zamówień.** Mając na uwadze tak treść art. 7 ust 1 PZP jak i pozostałych przepisów tej ustawy odnoszących się do zagadnienia zasady uczciwej konkurencji można stwierdzić, że działania Zamawiającego podejmowane w toku przygotowania postępowania oraz jego przeprowadzenia powinny być ukierunkowane zasadniczo w następujących obszarach: nie ograniczania i nie utrudniania konkurencji, a także zapewnienia konkurencji. Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 PZP, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie **zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej**

PREZES ZARZĄDU

konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w SIWZ, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.

VI. Mając na uwadze przedstawioną argumentację, Protestujący stwierdza, iż wniesienie protestu jest uzasadnione oraz konieczne i wnosi o jego uwzględnienie w całości. **Protestujący zwraca także uwagę, iż udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot został określony w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, a także w sytuacji określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, jest naruszeniem dyscypliny finansów publicznych określonym w ustawie z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.).** Wskazane regulacje podkreślają wagę, jaką przykłada ustawodawca do problematyki prawidłowego określania przedmiotu zamówienia ustalania warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny tych warunków. Protestujący ma zatem nadzieję, że przedstawiona w niniejszym proteście argumentacja zostanie rozważona szczególnie uważnie.

Załączniki:

- 1) odpis KRS Protestującego;
- 2) referencje dla MOSiR w Toruniu z dnia 14 lipca 2005 r.

W imieniu Protestującego,

POLCOURT
SPÓŁKA AKCYJNA
01-510 Warszawa, ul. Gen. Zajączka 11, lok. C7
Tel. (22) 314 66 50/8
NIP 525-240-82-17, Regon 141085487

PREZES ZARZĄDU

Marek Piotrowicz

PREZES ZARZĄDU

Marek Piotrowicz