

Białystok, dnia 2007.04.05

GDDKiA-O/BI.ZR.R-2/284/5/U/2007

Protestujący:

**Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe
„CZYŚCIOCH” Spółka z o.o.
15-691 Białystok, ul. Kleberga 20**

Przystępujący do protestu:

- 1. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe
„MPO” Sp. z o.o.
15-950 Białystok, ul. 27 Lipca 62**
- 2. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych
„Czyścioch bis” Sp. z o.o.
16-400 Suwałki, ul. Hubala 18**

Na podstawie art. 183 ust.1, 4 Ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (tekst jednolity Dz.U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163) **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku**, po rozpatrzeniu protestu wniesionego w dniu 21 marca 2007 r. przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „CZYŚCIOCH” Spółka z o.o. w Białymstoku, do którego przystąpiło Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „MPO” Sp. z o.o. w Białymstoku oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Czyścioch bis” Sp. z o.o. w Suwałkach w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na:

Wykonanie usługi odśnieżania i zwalczania śliskości nawierzchni Dróg Krajowych oraz usuwania oblodzeń i odśnieżania nawierzchni chodników w miejscowościach na terenie Rejonu w Augustowie, Białymstoku, Bielsku Podlaskim, Łomży, Suwałkach i Zambrowie w sezonie 2007-2010

(opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 14.03.2007 r. pod numerem 2007/S 51-063417)

informuje, że protest dotyczący naruszenia przez Zamawiającego zdaniem protestujących przepisów ustawy pzp, w szczególności art. 22 ust.2, art. 7 ust.1, art.5 kc w zw. Z art. 14 pzp

o d d a l a jako niezasadny.

UZASADNIENIE

Protestujący, a następnie przystępujący do protestu zarzucili naruszenie przez zamawiającego art.22 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ustalenie warunków udziału w postępowaniu /tom II specyfikacji istotnych warunków zamówienia - istotne postanowienia umowy § 2 ust. 2, § 4 ust.3 i § 10 lit.a oraz formularz 2.1 – kosztorys ofertowy kolumna 7/ w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Zarzut ten zamawiający uznaje za całkowicie niezasadny. Istotne postanowienia umowy oraz formularz 2.1 – kosztorys ofertowy nie stanowią warunków udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu zostały określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Rozdział 1 – Instrukcja dla Wykonawców, pkt. 7- Warunki udziału w postępowaniu. Są to: warunki formalne (pkt 7.1 Instrukcji dla Wykonawców), które dotyczą posiadania wymaganych prawem uprawnień do wykonywania określonej działalności oraz warunki merytoryczne udziału w postępowaniu (pkt 7.2 Instrukcji dla Wykonawców), dotyczące posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia a także znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Warunki te zostały określone zgodnie z wymaganiami art. 22 ust.1 Pzp, w sposób gwarantujący równe traktowanie wszystkich potencjalnych uczestników postępowania, poprzez określenie takich samych warunków udziału w postępowaniu dla wszystkich Wykonawców, ocenę spełnienia stawianych warunków według tych samych, podanych do wiadomości kryteriów. Art. 22 ust.2 Pzp stanowi, że zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, który to zapis odnosi się do **podmiotowych warunków udziału w postępowaniu**, zdefiniowanych w art.22 ust.1, a nie do warunków **przedmiotowych zamówienia**, do których odnoszą się protestujący.

Żądanie protestujących dotyczące zmiany SIWZ, tom II- istotne postanowienia umowy, §2 ust.2 całkowicie kłóci się z postanowieniami art.35 ust.3 pkt.1 i 2 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. z dnia 20 grudnia 2005 r.), który nakazuje wydatki publiczne dokonywać w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz w sposób umożliwiający terminową realizację zadań. Zamawiający zobligowany do celowego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych nie może ponosić nieuzasadnionych kosztów wynikających z przyczyn niezależnych od zamawiającego, tj. np. z warunków atmosferycznych. Z tych samych powodów zamawiający nie może zagwarantować minimalnej ilości godzin pracy sprzętu do zimowego utrzymania dróg. Ilość godzin pracy sprzętu musi wynikać z realnej, rzeczywistej potrzeby. W celu zapewnienia określonych standardów utrzymania dróg w okresie zimowym zamawiający musi też mieć pewność, że zaproponowany przez wykonawcę sprzęt do zimowego utrzymania dróg będzie charakteryzował się małą awaryjnością, a w razie awarii wykonawca natychmiast zapewni sprzęt zastępczy. Absolutnie nie do przyjęcia jest propozycja protestującego wydłużenia czasu podstawienia sprzętu do 4 i 3 godzin, gdyż spowodowałoby to naruszenie wytycznych zimowego utrzymania dróg. Podkreślić należy, że to zamawiający, a nie wykonawca ustala zasady zimowego utrzymania i ma to związek tylko i wyłącznie z ustawowym obowiązkiem GDDKiA właściwego utrzymania dróg na określonym poziomie i zapewnienia bezpieczeństwa ruchu, a nie z nierównym traktowaniem wykonawców i naruszeniem zasad uczciwej konkurencji. Jeśli protestujący twierdzi, że dojazd kierowców ma trwać 1,5 godziny, to oznacza, że nie

rozumie istoty zamówienia i jego znaczenia. Wykonawca musi tak zorganizować swoją pracę, aby spełnić wymagania zamawiającego dotyczące przedmiotu zamówienia, a w szczególności w zakresie jakości i terminowości robót. Stwierdzić należy, że są to wymagania już sprawdzone w poprzednich latach, a więc możliwe do spełnienia.

Kolejny zarzut stawiany przez Protestującego, dotyczący naruszenia przez zamawiającego art.7 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opracowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, również należy uznać za chybiony. Art.7 ust.1 stanowi, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wymóg równego traktowania oznacza konieczność stawiania wszystkim potencjalnym uczestnikom postępowania takich samych warunków udziału w postępowaniu, ocenę spełnienia stawianych warunków według tych samych wcześniej podanych kryteriów oraz nie używanie przy opisie przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę. Protestujący nie wykazali na czym ich zdaniem polega nierówne traktowanie wykonawców przez zamawiającego. Zgodnie z wyrokiem ZA UZP nr UZP/ZO/0-121/05 z dnia 28.01.2005 „SIWZ w postępowaniu o zamówienie publiczne tworzona jest przez zamawiającego po to, aby otrzymać w wyniku zamówienia dobra lub usługę, które będą odpowiadać ściśle jego potrzebom.[...] Specyfikacja ma chronić interes zamawiającego i gwarantować mu, iż otrzyma towar (usługę), który rzeczywiście był przedmiotem zamówienia”. Wynika zatem z tego, iż określenie przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień zamawiającego. Wykonawcy, o ile zamawiający nie naruszył ustawy, winni podporządkować się decyzjom zamawiającego. Biorąc zatem powyższe argumenty pod uwagę stwierdzić należy, iż sposób ustalenia warunków umowy przez zamawiającego nie stanowi przejawu nieuczciwej konkurencji, wynika natomiast ze specyfiki przedmiotu zamówienia, konieczności utrzymania dróg w określonym standardzie oraz konieczności celowego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych.

Odnosząc się natomiast do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez korzystanie przez zamawiającego z prawa do ustalania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, tj. wykorzystywanie swojej pozycji do nierównego traktowania stron stosunku cywilnoprawnego, uznać należy za całkowicie bezzasadny. Pozycja Zamawiającego jest już z samej istoty udzielania zamówienia publicznego uprzywilejowana, bowiem tylko i wyłącznie zamawiający ma prawo kształtować warunki zamówienia, takie które jak najlepiej oddają istotę danego zamówienia i są zgodne z przepisami Ustawy – Prawo zamówień publicznych. Również w wyroku ZA UZP z dnia 14.09.2004 r. (UZP/ZO/0-1462/04) zostało jednoznacznie stwierdzone, iż „Określanie przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień Zamawiającego. Wykonawcy, o ile Zamawiający nie naruszył ustawy, winni podporządkować się decyzjom Zamawiającego i nie mają uprawnień do samodzielnego modyfikowania tak ustalonego przedmiotu zamówienia (...)”. Postawienie zatem cytowanego zarzutu wynikało, zdaniem Zamawiającego, z niezrozumienia istoty zamówienia polegającego na wykonywaniu usług odśnieżania i zwalczania śliskości nawierzchni dróg oraz z nieznaomości podstawowych standardów dotyczących zasad zimowego utrzymania dróg krajowych. Powszechnie wiadomo, iż nawet niewielkie opóźnienie w wykonywaniu usług odśnieżania powoduje paraliż na drogach oraz karambole z nieodwracalnymi w skutkach następstwami. Dlatego też zostały ogólnie opracowane standardy zimowego utrzymania dróg, które wymagają od zarządcy drogi całkowitej gotowości w wykonywaniu swoich obowiązków, dotyczących zwłaszcza odśnieżania oraz usuwania oblodzeń. Zatem, zamieszczenie przez Zamawiającego zapisu § 10 lit.a istotnych

postanowień umowy jest jedynie konsekwencją zabezpieczenia się przez Zamawiającego przed uniknięciem sytuacji, iż w momencie awarii sprzętu zarządca drogi nie dopełnia swoich obowiązków, a w rezultacie dochodzi do zawinionego zaniedbania ze strony zarządcy drogi. Wobec powyższego stwierdzić należy, iż zapis § 10 lit.a istotnych postanowień umowy nie ma na celu wykorzystanie przez Zamawiającego uprzywilejowanej pozycji w kształtowaniu warunków umowy i postępowania, a jedynie wypełnienie podstawowych zadań i obowiązków, jakie zostały nałożone na zarządcę dróg krajowych.

Od rozstrzygnięcia protestu przysługuje protestującemu i przystępującym do protestu odwołanie do Prezesa Urzędu w terminie 5 dni od dnia doręczenia niniejszego rozstrzygnięcia.

DYREKTOR ODDZIAŁU

mgr inż. Tadeusz Topczewski