

Krotoszyn, dnia 29.01.2008r.

**Wykonawca:**

Gembiak – Mikstacki spółka jawna  
ul. Transportowa 3,  
63-700 Krotoszyn

**Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad**

**Oddział w Poznaniu**

ul. Siemiradzkiego 5a  
60-763 Poznań  
fax. /061/ 864 02 37

dot.: *postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Rozbudowa ul. Ostrowskiej w ciągu drogi krajowej nr 36 w m. Krotoszyn wraz z przebudowa skrzyżowań ostrowska – Rolnicza i Ostrowska – Pszenna, Etap II część 2, odcinek od km 2+431 do km 3+150”*

**PROTEST**

Działając na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 i ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku *Prawo Zamówień Publicznych* (tekst. jedn. Dz. U. z 2007r. nr 223, poz. 1655) – zwanej dalej *PZP* - składamy protest na czynności Zamawiającego – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu – podjęte w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: *Rozbudowa ul. Ostrowskiej w ciągu drogi krajowej nr 36 w m. Krotoszyn wraz z przebudowa skrzyżowań ostrowska – Rolnicza i Ostrowska – Pszenna, Etap II część 2, odcinek od km 2+431 do km 3+150.*

**DYREKTOR NACZELNY**  
WŁAŚCICIEL  
*Wiesław Gembiak*

Czynnościami objętymi protestem są:

1. Określenie w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) – w pkt. 8.2.1 ppkt. 1 wymogu posiadania przychodu za ostatni rok obrotowy w wysokości nie mniejszej niż 18.900.000 zł oraz odniesienie tego wymogu do roku 2007.
2. Zamieszczenie w treści SIWZ w pkt. 8.2.1 w uwagach oraz w pkt. 9.2.1 wymogu przedstawienia dokumentu w postaci Sprawozdania Finansowego za rok 2007 – na potwierdzenie spełniania przesłanki określonej powyżej.

Protestujący żąda:

1. zmiany treści SIWZ w powołanym powyżej zakresie, poprzez zmianę:
  - a. tego wymogu adekwatnie do przedmiotu zamówienia,
  - b. oraz odniesienie tego wymogu na obowiązek przedstawienia sprawozdania finansowego za rok 2008 (poprzez zmianę pkt. 9.2.1 SIWZ oraz uwag do pkt. 8.2.1 SIWZ)

Protestujący zarzuca Zamawiającemu:

naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. *Prawo Zamówień Publicznych*, a w szczególności: 22 ust. 1 pkt. 3 ustawy PZP, art. 7 ust. 1 ustawy PZP – poprzez określenie warunków udziału w niniejszym postępowaniu z naruszeniem zasady wyrażonej w tym przepisie, oraz § 1 ust. 3 pkt. 1 ROZPORZĄDZENIE PREZESA RADY MINISTRÓW z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006r. nr 87, poz. 605 ze zm.).

Wskazanie interesu prawnego

Gembiak – Mikstacki spółka jawna ma interes prawny we wniesieniu niniejszego protestu, ponieważ - gdyby Zamawiający nie naruszył wyżej wskazanych przepisów Ustawy, Gembiak – Mikstacki spółka jawna mogłaby wziąć udział w niniejszym postępowaniu a jej oferta mogłaby być wybrana jako najkorzystniejsza.

## Uzasadnienie

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zamawiający w pkt. 9.2.1 żąda od wykonawców w celu potwierdzenia opisanego przez Zamawiającego znajdowania się przez wykonawców w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia dokumentu w postaci sprawozdania finansowego za rok 2007. Jednocześnie w pkt. 8 w zakresie warunków udziału w niniejszym postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego zamawiający określił w pkt. 8.2.1 w zakresie potencjału ekonomiczno-finansowego, wymóg posiadania przychodu za ostatni rok obrotowy w wysokości nie mniejszej niż 18.900.000 zł, a w uwagach nakazał przedstawienie sprawozdania finansowego za rok 2007.

Z takim działaniem zamawiającego nie sposób się zgodzić, jak również narusza ono przepisy wskazane w zarzutach do niniejszego protestu.

Otóż po pierwsze zamawiający błędnie określił dokumenty jakie może żądać od wykonawców w niniejszym postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. W pkt. 8.2.1 SIWZ w ppkt. 1 ustanawia on w zakresie warunków jakie muszą spełniać wykonawcy w niniejszym postępowaniu – warunek co do posiadania przychodu za ostatni rok obrotowy w kwocie 18.900.000 zł. Jednocześnie jednak w tym samym punkcie żąda on okazania sprawozdania finansowego za rok 2007. Przypomnieć należy, że niniejsze postępowanie zostało wszczęte (za którą to datę powszechnie uznaje się ogłoszenie oraz zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych – tak orzecznictwo oraz opinie prawne Urzędu Zamówień Publicznych) w dniu 22.01.2008r. Tak więc zgodnie z wykładnią językową, która to ze względu na postulat stabilności i jasności prawa i zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego winna mieć pierwszeństwo przed wykładnią funkcjonalną oraz celowościową, wynika następująca teza. Skoro niniejsze postępowanie zostało wszczęte w roku 2009, to stąd w sposób oczywisty dla każdego wynika że wymóg posiadania przychodu za ostatni rok obrotowy należy odnieść do roku 2008. Rok 2008 jest bowiem rokiem poprzednim, inaczej mówiąc ostatnim w stosunku do roku wszczęcia postępowania tj. roku 2009. Trudna do obrony byłaby teza, że ostatnim rokiem w stosunku do roku 2009 byłby rok 2007, który jest z kolei rokiem przecież przedostatnim do roku 2009. Stwierdzenia te należy kwalifikować, chyba jako oczywiste w stosunku do dysponującego przeciętną wiedzą czytelnika SIWZ.

**DYREKTOR NACZELNY  
WŁAŚCICIEL**  
*Wiesław Gembia*



Tym bardziej więc dziwi, że zamawiający w tym postępowaniu żąda aby wykonawcy okazywali sprawozdanie finansowe za rok 2007. Taki zapis w SIWZ pojawia się co najmniej dwukrotnie, raz w uwagach do pkt. 8.2.1; następnie po raz drugi w wyliczeniu dokumentów jakie muszą dostarczyć wykonawcy w tym postępowaniu tj. w pkt. 9.2.1 SIWZ. Tak więc działanie zamawiającego nie można traktować jako omyłki pisarskiej, lecz jako działanie celowe i świadome – co uzasadnia nie zapytanie lecz protest na treść SIWZ.

Powyższy zapis w SIWZ, który z jednej strony wymaga w zakresie warunków udziału przychodu za rok 2008 w kwocie podanej w specyfikacji, z drugiej zaś strony żąda się aby na dowód spełnienia tego wymogu wykonawcy przedstawili sprawozdanie finansowe za rok 2007 – można kwalifikować w zależności od celu takiego działania jako naruszające przepisy rozporządzenia powołanego w zarzutach albo naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 tj. równości i uczciwej konkurencji.

Po pierwsze działanie zamawiającego w oczywisty sposób narusza § 1 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia wskazanego w zarzutach do niniejszego protestu. Gdyż zamawiający nie może żądać od wykonawców dokumentów dowolnych, ale tylko takich które po pierwsze mają potwierdzić opisany przez zamawiającego (tutaj w SIWZ w pkt. 8.2.1) warunek znajdowania się w określonej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Po wtóre oczywiście muszą być to dokumenty wyłącznie określone w tym rozporządzeniu. *A contrario* zamawiający nie może ustanawiać warunków jak w tym postępowaniu, co do przychodu za ostatni rok obrotowy czyli rok 2008 – a następnie żądać na potwierdzenie spełniania tego kryterium sprawozdania nie z roku 2008, a z roku 2007. Jest to działanie nie tylko w oczywisty sposób sprzeczne w prawem, lecz rozszerza także pośrednio kryterium określone w pkt. 8.2.1 SIWZ nie tylko na rok 2008, lecz także na rok 2007.

Tym samym działanie zamawiającego narusza następną zasadę określoną w art. 7 ustawy PZP. Zamawiający nie ma bowiem pełnej swobody co do określania warunków udziału w postępowaniu, lecz jego działanie ma granice w postaci zasady uczciwej konkurencji, równości do dostępu do zamówień publicznych jak i adekwatności do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może określać potencjału ekonomicznego i finansowego wymaganego od wykonawców, który byłby całkowicie oderwany od przedmiotu zamówienia i nie pozostawały w nim w adekwatnym związku. Tak Wyrok Zespołu Arbitrów o sygnaturze UZP/ZO/0-1407/06 (LexPolonica – 19004377): „*Za oczywiste należy uznać, że warunki zamówienia (określone w SIWZ), które muszą spełniać wykonawcy winny być obiektywne i nie mogą utrudniać uczciwej konkurencji i muszą być związane z przedmiotem zamówienia, co oznacza, że wymogi dotyczące oceny potencjału ekonomicznego i sytuacji*

**DYREKTOR NACZELNY**  
**WŁAŚCICIEL**  
  
**Wiesław Gembiak**

*finansowej muszą zapewniać wykonanie danego zamówienia". Tym bardziej więc ustanawianie takich kryteriów jest niedozwolone: tak Wyrok Zespołu Arbitrów w sprawie o sygnaturze UZP/ZO/0-838/06 (LexPolonica 1888694) „Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, a określanie warunków udziału utrudniające uczciwą konkurencję, jest niedozwolone”.*

Konkludując, wykonawca stoi na stanowisku że ustanowione w pkt. 8.2.1 SIWZ kryterium co do przychodu w kwocie 18.900.000 za rok 2008 oraz za rok 2007 stoi w oczywistej sprzeczności z wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy SIWZ zasadą równości i zachowania uczciwej konkurencji. Tak określony przychód w relacji do wartości tego zamówienia, nie ma żadnego uzasadnienia oraz nie pozostaje w związku z wartością oraz przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu. Czym bowiem wytłumaczyć, że przedsiębiorstwo które może brak udział w tym przetargu musi posiadać przychód za kolejne dwa lata lub w roku 2007 w kwocie ponad dwukrotnie większej w relacji do wartości przedmiotu zamówienia. W opinii wykonawcy, również przedsiębiorstwo posiadające mniejszy przychód za okres wskazany w SWIZ gwarantuje wykonanie niniejszego zamówienia. A ustanowione przez zamawiającego kryteria finansowe i ekonomiczne nie mają wobec tego związku z przedmiotem zamówienia lecz wywołują skutek w postaci utrudniania dostępu do tego zamówienia innym wykonawcą – którzy również mogliby zrealizować to postępowanie.

Działanie zamawiającego jest też sprzeczne z powołanymi przepisami rozporządzenia, gdyż ustanawia on warunki co do przychodu za rok 2008 na określonym poziomie – żąda natomiast dokumentów również sprzed tego okresu tj. roku 2007.

*Biorąc powyższe pod uwagę należy uznać, iż Zamawiający naruszył powołane powyżej przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Z tego względu wniesienie protestu jest zasadne.*

*Gembiak – Mikstacki spółka jawna ma interes prawny we wniesieniu niniejszego protestu, ponieważ - gdyby Zamawiający nie naruszył wyżej wskazanych przepisów Ustawy oferta Gembiak – Mikstacki spółka jawna mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza*

**DYREKTOR NACZELNY  
WŁAŚCICIEL**

*Wiesław Gembiak*

**GEMBIAK-MIKSTACKI sp. j.**  
63-700 KROTOSZYN, ul. Transportowa 3  
tel. (062) 722-66-90  
NIP 621-00-38-354 Regon 250446498