

14 LIP. 2009

L.dz. 1666 / 28 / zał. *ll*

Lublin, dnia 14 lipca 2009 roku

Zamawiający: Gmina Miasto Lublin, Pl. Łokietka 1
faks: +48 81 4663001

Skarżący: Radosław Ciołek-Poniatowski, prowadzący jednoosobową działalność
gospodarczą pod nazwą Architektura Zieleni HORTUS, 20-151, ul.
Stefczyka 38, fax +48 81 7409294

Dotyczy przetargu na: „utrzymanie, kompleksową konserwację i renowację zieleni
komunalnej w 9 rejonach miasta”

PROTEST**na ogłoszenie o udzieleniu zamówienia publicznego
oraz na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia publicznego**

Stosownie do treści art. 180 ust.1 ustawy prawo zamówień publicznych (Dz.u. z 2007 r. nr 233, poz. 1655 wraz ze zmianami) zwanej dalej „pzp” składam protest na ogłoszenie o udzieleniu zamówienia publicznego oraz treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest utrzymanie, kompleksowa konserwacja i renowacja zieleni komunalnej w 9 rejonach miasta ogłoszona w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 1.07.2009 roku.

Czynnościom zamawiającego zarzucam naruszenie art. 7 ust.1 pzp i art. 22 ust.2 pzp w zw. z art. 83 ust.2 i 3 pzp, a także art. 32 ust.4 pzp oraz art. 36 ust.1 pkt. 12 i 13 poprzez naruszenie, poprzez postanowienia pkt. 3.1 i 3.5 oraz pkt. 13:

- 1) zasad uczciwej konkurencji
- 2) zasad równego dostępu wykonawców do zamówienia publicznego
- 3) zakazu podziału zamówienia na części, jeżeli nie są one objęte jednym zamówieniem publicznym, nawet jeżeli są lub będą objęte odrębnymi postępowaniami
- 4) reguł określenia sposobu wyliczenia ceny i kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej

Wnoszę o unieważnienie przetargu.

UZASADNIENIE

Przetarg będący przedmiotem protestu odbywa się w pewnym kontekście historycznym, tzn. jego kształt jest konsekwencją poprzedniego przetargu ogłoszonego przez Zamawiającego na konserwację i utrzymanie terenów zieleni miejskiej na okres 2007-2009. Wówczas przetarg ogłoszony pierwotnie na 12 rejonów, w ostatecznym rozrachunku rozstrzygnięty został w kilku terminach. Z uwagi na unieważnienie przetargu w ramach 3 rejonów został ogłoszony kolejny przetarg. Efektem tego stało się rozwarstwienie w zakresie okresu obowiązywania umów na pierwsze 9 rejonów oraz kolejne trzy rejonu. Rozwarstwienie to jest sztuczne, albowiem w istocie zamówienie publiczne jest jedno (tj. 12 rejonów miasta Lublin), tylko podzielone jest na części. Zakres przedmiotowy zamówienia na 12 rejonów jest tożsamy, a jego roz-

Rll

bicie na 9 rejonów w jednym przetargu oraz 3 w odrębnych przetargach tworzy jedynie ryzyko zaburzenia uczciwej konkurencji i równego dostępu wykonawców do tak skonstruowanego zamówienia publicznego, jako całości.

Ogłoszenie zamówienia publicznego, którego dotyczy niniejszy protest utrzymuje nadal owo sztuczne rozwarstwienie. Ma to jednak dalej idące konsekwencje. Stwarza bowiem niebezpieczeństwo zakłócenia reguł uczciwej konkurencji na rynku oraz równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. Wynika to z następujących powodów:

- 1) wprowadzenie ograniczenia podziału zamówienia na części w tym konkretnym przetargu narusza zasady uczciwej konkurencji. Niewątpliwie art. 83 ust.2 i 3 pzp zezwala Zamawiającemu na dokonanie podziału zamówienia na części oraz ograniczenie ilości składnych ofert. W tej materii Zamawiający posiada autonomiczne prawo do podjęcia takiej decyzji. Nie oznacza to jednak, że art. 83 ust.2 i 3 pzp wyłącza zastosowanie art. 7 ust.1 pzp czyli obowiązek Zamawiającego zapewnienia równego dostępu do zamówienia publicznego. Oznacza to zatem, że wprowadzenie ograniczenia jest tylko wówczas usprawiedliwione gdy przeciwdziała nieuczciwej konkurencji. Tylko bowiem pozornie art. 83 ust. 2 i 3 pzp jest przepisem ustawowo ograniczającym konkurencję. Wprost przeciwnie, przepis ten ma wznagać ochronę przed działaniami zakłócającymi konkurencję. *Ratio legis* tego zapisu jest bowiem takie, aby chronić rynek przed zdominowaniem rynku przez jeden podmiot, a nie żeby ograniczać konkurencję na tym samym rynku. Stanowisko to znajduje wsparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy UZP¹. W realiach tego przetargu oznacza to, iż Zamawiający mógłby wprowadzić tego typu ograniczenie, o jakim mowa w pkt. 3.5 siwz jedynie wówczas, gdyby istniało zagrożenie uczciwej konkurencji, tj. zagrożenie zdominowania rynku przez jednego przedsiębiorcę. Tymczasem takie zagrożenie nie istnieje albowiem zamawiający wprowadził do siwz takie wymagania, które powinni spełnić wykonawcy, które nie stanowią istotnego ograniczenia dla ubiegania się o to zamówienie bardzo dużej grupy wykonawców. Przewidziane bowiem choćby w pkt. 5.1.1., 5.2., 6.1. obowiązki w zakresie posiadania określonego parku maszynowego oraz określonej liczby personelu jest tak zaprojektowane, że w istocie spełnia warunki udziału w przetargu osoba, która nie zatrudnia ani jednego pracownika, oraz nie posiada ani jednego wymaganego przez Zamawiającego urządzenia należącego do wymaganego parku maszynowego. Wystarczy bowiem, że wykonawca taki będzie miał teoretyczne prawo dysponowania takim sprzętem oraz zasobem ludzkim, czyli będzie dysponował oświadczeniem innego podmiotu o teoretycznym, bardzo ogólnym i nie rodzącym konsekwencji zobowiązaniu się jej do udostępniania parku maszynowego i pracowników, na potrzeby realizacji zamówienia. Zamawiający nie nakłada nawet żadnych obowiązków w zakresie legitymowania się określonymi kwalifikacjami zawodowymi przez personel. To sprawia, że bardzo duża liczba wykonawców spełnia warunki udziału w przetargu i tym samym nie istnieje żadne ryzyko zdominowania

¹ patrz wyrok KIO/UZP 126/07 z dnia 4.02.2008 r. opubl. LEX nr 374287 zgodnie z którym *Przepis art. 83 ust. 3 ustawy p.z.p. nie uzależnia możliwości wprowadzenia ograniczenia w zakresie ilości części, na które jeden wykonawca może złożyć swoją ofertę w postępowaniu, od zaistnienia jakichkolwiek okoliczności, dając w tym zakresie pewną swobodę zamawiającemu. Swoboda ta nie może jednak prowadzić do naruszenia podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. A także wyrok Zespołów Arbitrów UZP/ZO/0-1120/04, z dnia 2.08.2004 r. opubl. LEX nr 190174 zgodnie z którym *Dopuszczenie lub nie - składania ofert częściowych jest uprawnieniem Zamawiającego ograniczonym jedynie podzielnością przedmiotu zamówienia. Ograniczenie swobody Zamawiającego w tym zakresie możliwe jest również ze względu na ochronę uczciwej konkurencji.**

R.N.

rynku. Przekonuje to zatem, że ograniczenie co do ilości składanych ofert nie służy żadnemu celowi publicznemu, a w szczególności nie kreuje równego dostępu do zamówienia publicznego, a wręcz w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję pomiędzy podmiotami zaburzając naturalne mechanizmy rynkowe.

- 2) Wprowadzone ograniczenie co do ilości składanych ofert oraz ogłoszenie przetargu jedynie na 9 zamiast na 12 rejonów doprowadza do nierównego traktowania wykonawców znajdujących się w tej samej sytuacji. Otóż niewątpliwie Zamawiający będzie zmuszony ogłosić jeszcze kolejne postępowania publiczne na trzy kolejne rejony, których przedmiot będzie identyczny z niniejszym przetargiem. Ogłoszenie zatem kilku przetargów oraz wprowadzenie w pierwszym z nich ograniczenia co do ilości zgłoszonych ofert przez jednego wykonawcę prowadzić *de facto* może do tego, iż ograniczenie to zmieni się w preferencję jednego podmiotu. W efekcie końcowym, w wyniku tego, że będzie kilka oddzielnych przetargów, jeden wykonawca może łącznie uzyskać zamówienie w czterech, pięciu, a nawet sześciu rejonach, jeśli oprócz uzyskania zamówienia w przetargu niniejszym na trzy rejony wygra przetargi w następnych ogłoszonych przetargach. Nie będzie przy tym możliwe wprowadzenie w tych postępowaniach ograniczenia typu niemożliwości uzyskania zamówienia, przez osoby, które już uzyskały zamówienie w przetargu niniejszym, gdyż tego rodzaju ograniczenie ewidentnie będzie naruszało art. 7 ust. 1 i art. 22 ust.2 pzp. Taka sytuacja nie miałaby prawa powstać gdyby został ogłoszony, tak jak to miało miejsce trzy lata temu, jeden przetarg na 12 rejonów. Wówczas wszyscy wykonawcy mają prawo uzyskać na równych zasadach zamówienie publiczne. O uzyskaniu zamówienia decyduje wówczas nie decyzja Zamawiającego, który ogranicza ilość składanych ofert, jak to ma miejsce w przetargu niniejszym, lecz jakość tych ofert. Nie jest przeszkodą w ogłoszeniu przetargu na 12 rejonów fakt, iż na trzy z nich nadal obowiązują jeszcze umowy zawarte w roku 2007. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby nowa siwz określała, że umowy na te trzy rejony zostaną zawarte wprawdzie tuż po zakończeniu postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego, ale z mocą obowiązującą od daty wygaśnięcia umów zawartych w roku 2007. Data końcowego obowiązywania umowy byłaby wspólna dla wszystkich 12 rejonów. Oznacza to odejście od sztywnego zawierania umów „na trzy lata” na rzecz umów na okres „od daty jej podpisania do konkretnej daty (odpowiadającej trzyletniemu terminowi)”. Wówczas nie dochodzi do takiego „dziedziczenia” problemów z okresu poprzedniego postępowania przetargowego i kolejny przetarg odbywa się w warunkach braku balastu jakim są konsekwencje poprzedniego przetargu.

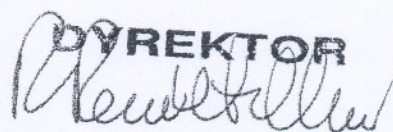
Ponadto zważyć należy, że *de facto* jednolity przedmiot zamówienia, tj. 12 rejonów, zostaje podzielony na dwa lub więcej odrębnych zamówień publicznych. Zamawiający może dokonać podziału zamówienia, ale tylko wówczas jeżeli przyznaje, że przedmiotem zamówienia jest całe zamówienie w tym przypadku 12 rejonów. Owszem, Zamawiający może teoretycznie ogłosić odrębne postępowania na poszczególne części zamówienia, ale powinien w ogłoszeniu i w siwz wskazać, że jest ono częścią większej całości, jaką jest 12 rejonów, a nie 9 rejonów. W tym kontekście ogłoszenie o zamówieniu jest wadliwe, albowiem powinno określać, iż przedmiotem zamówienia jest 12 rejonów oraz określać jego wartość jako sumę oszacowania wszystkich 12, a nie tylko 9 rejonów.

Kompletnie nieczytelny jest sposób wyliczenia ceny oraz kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Pkt. 13 i kolejne jego ustępy przewidują wzory matematyczne, w których jed-

0/1/1

nym ze składników jest waga kryterium. W siwz brak jest precyzyjnego określenia tego składnika. Jeżeli za „wagę kryterium” uznać liczbę procentową zawartą przy każdym ustępie to zastosowanie jej do wzoru matematycznego powoduje, że wynik nie jest daną liczbową określającą ilość punktów lecz liczbą wyrażoną w procentach, której rola nie jest określona.

Z pozostaniem

DYREKTOR

Radosław Clotek-Poniatowski