

Zamawiający:

**Gmina Miasto Szczecin – Zarząd
Dróg i Transportu Miejskiego
ul. Klonowica 5
71- 241 Szczecin**

Protestujący:

**Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o.
ul. Długosza 60
51 – 162 Wrocław**

dotyczy: protestu wniesionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie usług przewozowych w zakresie przewozu osób na liniach autobusowych w dziennej komunikacji miejskiej na obszarze działania Zamawiającego oraz świadczenie usług wynikających z realizacji umowy. Znak sprawy: ZP/99/PN/09.

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

*Zamawiający – Gmina Miasto Szczecin – Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego z siedzibą w Szczecinie, ul. Klonowica 5 po rozpatrzeniu protestu wniesionego przez Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o., ul. Długosza 60, 51 – 162 Wrocław w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie usług przewozowych w zakresie przewozu osób na liniach autobusowych w dziennej komunikacji miejskiej na obszarze działania zamawiającego oraz świadczenie usług wynikających z realizacji umowy (znak sprawy: ZP/99/PN/09) – **ODDALA PROTEST W CAŁOŚCI.***

UZASADNIENIE

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji poprzez naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2009 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) – w skrócie „Pzp” oraz art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.) nie znajduje uzasadnienia.

Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków należy do wyłącznych praw i obowiązków zamawiającego. Ograniczenie w tym zakresie wprowadza jedynie art. 22 ust. 2 Pzp, który zakazuje zamawiającemu określania warunków

udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, które wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert.

Żądanie od wykonawców wykazania się że w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonali „minimum jedną pracę podobną do objętych przedmiotem zamówienia”, przy założeniu, że za pracę podobną zamawiający uzna wykonanie pracy przewozowej wyrażonej w wozokm lub o określonej wartości (*nie mniejszej niż określono poniżej*) dla każdej Grupy Obsługi:

- a.1) dla części 1 – Grupa Obsługi nr I – o wartości nie mniejszej niż 10.000.000 zł. brutto (*słownie złotych: dziesięć milionów*) lub wykonania 2.700.000 wozokm,
 - a.2) dla części 2 – Grupa Obsługi nr II – o wartości nie mniejszej niż 14.000.000 zł. brutto (*słownie złotych: czternaście milionów*) lub wykonania 3.800.000 wozokm.”
- nie stanowi naruszenia uczciwej konkurencji oraz jest uzasadnione ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, a w szczególności wielkość i zakres zamówienia.

W wyroku KIO/UZP 984/08 z dnia 1 października 2008 r. w którym Krajowa Izba Odwoławcza wprost stwierdziła, że „Jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.”.

Zważyć należy, że w przedmiotowym postępowaniu przedmiotem zamówienia są usługi przewozu osób na liniach autobusowych w dziennej komunikacji miejskiej na obszarze działania zamawiającego oraz świadczenie usług wynikających z realizacji umowy, a wykonawca, którego oferta zostanie wybrana, jako najkorzystniejsza będzie wykonywać zamówienie w miejscowości (w Szczecinie), w której zamieszkuje ponad 300.000 mieszkańców, tj. na znacznym obszarze.

Potwierdza to również wymagana przez zamawiającego liczba taboru, jaką wykonawca powinien dysponować, z uwzględnieniem zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia wykonawcy niezbędnego taboru do wykonania zamówienia. Specyfika przedmiotu zamówienia, a w szczególności wielkość i zakres zamówienia powodują, że zamawiający w celu ustalenia, czy wykonawca będzie w stanie wykonać należycie zamówienie jest nie tylko uprawniony, ale także powinien tak ukształtować warunek posiadania niezbędnej liczby taboru do wykonania zamówienia, w konsekwencji także wykazania się przez wykonawcę, że kiedykolwiek wykonał należycie co najmniej jedno zamówienie odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia.

Kwestionowanego przez protestującego warunku udziału w postępowaniu nie można więc uznać rygorystyczny i nieuzasadniony potrzebami zamawiającego. Jeżeli wykonawca sam nie spełnia postawionego przez zamawiającego warunku wykazania się „minimum jedną pracą podobną do objętych przedmiotem zamówienia”, przy założeniu, że za pracę podobną zamawiający uzna wykonanie pracy przewozowej wyrażonej w wozokm lub o określonej przez zamawiającego wartości, może skorzystać z uprawnienia, o którym mowa w art. 23 Pzp i wspólnie z innymi wykonawcami ubiegać się o udzielenie zamówienia.

To, że przetarg nieograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy (art. 39 Pzp) nie oznacza, że zamawiający powinien kształtować warunki zamówienia, w tym opis warunków udziału w postępowaniu tak, aby każdy zainteresowany mógł złożyć ofertę. Zamawiający jest bowiem uprawniony do takiego opisanie warunków udziału w postępowaniu, aby zapewnić realizację postawionego sobie celu, tzn. wyłonienie wykonawcy, który nie tylko złoży najkorzystniejszą ofertę, ale również będzie w stanie należycie wykonać zamówienie. Sama okoliczność, że wykonawca lub wykonawcy nie mogą spełnić opisanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu lub że warunki te może spełnić ograniczona ilość wykonawców, nie uzasadnia więc twierdzenia o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu, zwłaszcza, gdy wymagania zamawiającego są uzasadnione jego rzeczywistymi potrzebami. Zamawiający ma więc prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób zapewniający realizację jego potrzeb, a także opisać warunki udziału w sposób, który umożliwi ubieganie się o zamówienie wyłącznie wykonawcom, którzy będą w stanie zamówienie wykonać należycie. Zamawiający nie ma więc obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży (wyrok KIO/UZP 807/08 z 20 sierpnia 2008 r.).

Podkreślić także należy, że wynikający z zasady zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp) nakaz przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców nie jest nakazem bezwzględny. Naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji nie może obejmować sytuacji, gdy zamawiający formułuje warunki zamówienia trudne, ale możliwe do spełnienia i uwzględniające rzeczywisty interes zamawiającego oraz specyfikę przedmiotu zamówienia, a w szczególności wielkość i zakres zamówienia. Zamawiający, jako organizator publicznego przetargu, powinien określać (opisać) warunki udziału w postępowaniu zarówno w sposób, który nie może utrudniać uczciwej konkurencji, ale także z zachowaniem należytej staranności przy kształtowaniu warunków zamówienia, w tym również warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Określenie warunków udziału w postępowaniu jest bowiem jedną z najważniejszych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania. W trybach ofertowych wynikiem tym jest wprawdzie wybór najkorzystniejszej oferty, ale złożonej przez

wykonawcę, który wykona należycie zamówienie. Temu celowi służy właśnie opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Warto zauważyć, że w wyroku KIO/UZP 1024/08 z 9 października 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do zagadnienia naruszania uczciwej konkurencji stwierdziła, iż „Okoliczność o charakterze notoryjnym, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania zamawiającego opisane w SIWZ i mogą go zaoferować oraz że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji. Nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą zaoferować żądany przedmiot zamówienia wszyscy wykonawcy działający w danej branży, co nie jest równoznaczne z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Ograniczona liczba wykonawców mogących uczestniczyć w postępowaniu, z uwagi na określony przedmiot zamówienia, nie jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.”.

Za niezrozumiałe i nie znajdujące podstawy w przepisach uznać należy także stwierdzenie Protestującego, że na podstawie przepisów rozporządzenia 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. Nr 87, poz. 605, ze zm. w Dz. U. z 2008 r. Nr 188, poz. 1155) oraz art. 7 ust. 1 Pzp „ustawodawca nakłada na zamawiającego wyznaczenia terminu wykonywania zamówienia na dzień umożliwiający wszystkim wykonawcom, którzy złożą ważne oferty, przygotowanie się do wykonywania danego zamówienia” . Zgodnie z art. 41 pkt 6 oraz art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zamawiający określa termin wykonania zamówienia odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W postępowaniu termin wykonania zamówienia jest uzasadniony rzeczywistą potrzebą zamawiającego, wynikającą z realizacji zawartej przez niego umowy.

Wykonawca w chwili wszczęcia postępowania („Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej” – art. 40 ust. 1 Pzp) powinien mieć wiedzę, czy będzie stanie sprostać wymaganiom zamawiającego (warunkom zamówienia), w tym również w zakresie terminu wykonania zamówienia.

Ponadto określony przez zamawiającego termin wykonania zamówienia nie spowoduje zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe (umowy nieważnej – art. 387 § 1 K.c.).

Pouczenie:

Zgodnie z art. 184 ust. 1 Pzp od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie. Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując kopię treści odwołania zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (art. 184 ust. 2 Pzp).