

# DLA

*DZP & Kaw. Protest*

*farell*  
03.12.09

Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o.  
ul. Długosza 60, 51-162 Wrocław  
tel. (071) 78 28 131, fax: (71) 78 28 133

Wrocław dnia 2 grudnia 2009 roku

*Di*

ZDiTM SZCZECIN	
WPLYNEŁO	2009 -12- 03
L. dz. <i>4444</i>	podpis <i>[signature]</i>

*godz. 14:44*

Gmina Miasto Szczecin  
Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego  
ul. Klonowica 5  
71-241 Szczecin  
fax: (91) 43 93 003

**Dotyczy:** przetargu nieograniczonego na usługi o wartości zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 na: „Wykonanie usług przewozowych w zakresie przewozu osób na liniach autobusowych w dziennej komunikacji miejskiej na obszarze działania Zamawiającego oraz świadczenie usług wynikających z realizacji umowy” Nr sprawy ZP/99/PN/09

Wykonawca Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. z siedziba we Wrocławiu, działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych ( tekst jednolity – Dz.U. Z 2007 roku Nr 223, poz 1655 z późn. zm. ), w załączeniu przesyła protest wobec czynności Gminy Miasto Szczecin – Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego podjętych oraz zaniechanych w toku powołanego na wstępie postępowania.

Prosimy o niezwłoczne potwierdzenie otrzymania niniejszego protestu na fax: 71 78 28 133

W załączeniu:

1. Protest – 12 stron
2. KRS Wykonawcy wnoszącego protest

*[signature]*  
PREZYS ZARZĄDU  
*[signature]*  
Mirosław Zieliński

*[signature]*

Spółka jest zarejestrowana w Sądzie Rejonowym dla M. St. wrocławia, KRS, gdzie przedmiotowa jest dokumentacja spółki pod numerem KRS: 0000027194

firma posiada certyfikaty:



solidna  
firma 2004

Wrocław, 2 grudnia 2009 r.

Zamawiający:

**Gmina Miasto Szczecin**  
**– Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego**  
**ul. Klonowicka 5**  
**71-241 Szczecin**  
**Tel. (91) 48 00 444**  
**Fax: (91) 43 93 003**

Protestujący:

**Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o.**  
**ul. Długosza 60**  
**51-162 Wrocław**  
**Tel. (71) 78 28 131**  
**Fax: (71) 78 28 133**

**PROTEST**

Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Protestujący”), działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity - Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), powoływana dalej jako „Ustawa”, **wnosi protest** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na **usługi o wartości zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 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”**- nr postępowania ZP/99/PN/09 (dalej: „Postępowanie”).

- I. Protest jest wnoszony wobec czynności Gminy Miasto Szczecin – Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego (dalej „Zamawiający”) podjętych oraz zaniechanych w toku

Postępowania, a polegających na:

- 1) określeniu przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, czym Zamawiający naruszył art. 22 ust. 2 Ustawy,
- 2) naruszeniu przez Zamawiającego zasady przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców, czym naruszył art. 7 ust.1 Ustawy,
- 3) naruszeniu przez Zamawiającego art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

II. Protestujący, w dniu 20 listopada 2009 r. powziął informację o wszczęciu Postępowania 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*”, tak więc, niniejszy protest składany jest z zachowaniem ustawowego, czternastodniowego terminu.

III. Powyższe działania i zaniechania Zamawiającego spowodowały uszczerbek w interesie prawnym Protestującego, ponieważ uniemożliwiły Protestującemu złożenie oferty zgodnej z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej” „SIWZ”), a tym samym uniemożliwiły uzyskanie zamówienia publicznego i jego realizację, na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach.

IV. W związku z powyższym, Protestujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie protestu,
- 2) modyfikację zapisów Ogłoszenia oraz SIWZ na podstawie art. 38 ust. 4 Ustawy w zakresie zarzucanych Zamawiającemu naruszeń przepisów prawa, tj. w odniesieniu do warunków udziału w przetargu w zakresie wiedzy i doświadczenia, umożliwiającym uczciwą konkurencję oraz w odniesieniu do terminu rozpoczęcia świadczenia usług, a tym samym do doprowadzenia treści SIWZ do zgodności z dyspozycją art. 22 ust. 2 Ustawy;



- 2.1. Protestujący wnosi o modyfikację warunku udziału w postępowaniu poprzez wykreślenie sformułowania „*minimum jedną pracę*” i dopuszczenie możliwości spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez wykazanie przez wykonawcę wykonania kilku umów o świadczenie usług transportowych;
  - 2.2. Protestujący wnosi o modyfikację warunków udziału w przetargu poprzez zmianę terminu rozpoczęcia usług z 1 stycznia 2010 na najwcześniej na pięć (5) tygodni od dnia, w którym wybór oferty najkorzystniejszej stał się prawomocny, tak aby umożliwić wykonawcom, którzy do tej pory nie świadczyli przedmiotowych usług na rzecz Zamawiającego, przygotowanie się do ich świadczenia,
- 3) zaprzestanie przez Zamawiającego naruszenia zasad zawartych w art. 7 Ustawy,
  - 4) zaprzestanie przez Zamawiającego naruszenia zasad zawartych w art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
  - 5) przedłużenie terminu składania ofert, stosownie do przepisu art. 12a ust. 2 ustawy Pzp.

## UZASADNIENIE

**1.** Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest do stosowania wszystkich unormowań Ustawy w sposób prawidłowy i kompleksowy. W Postępowaniu, Zamawiający pozbawił wykonawców posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponujących osobami zdolnymi do wykonania zamówienia możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia na skutek wprowadzenia nieadekwatnych i nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu, oraz poprzez wyznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług na dzień uniemożliwiający wykonawcom nie świadczącym dotychczas przedmiotowych usług przygotowanie się do ich świadczenia, czym naruszył dyspozycję art. 7 i art. 22 ust. 2 Ustawy.

**2.** W rozdziale V SIWZ pn.: „Wymagane dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, opis warunków oraz sposób oceny ich spełniania. Inne dokumenty wymagane w ofercie”, Zamawiający napisał:

„1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: (...)



5) spełniają następujące warunki dodatkowe:

- a. wykonali należycie w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, minimum **jedną** pracę podobną do objętych przedmiotem zamówienia.

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."

3. Z powyższego wynika, że tylko ci wykonawcy, którzy mogą wykazać się doświadczeniem wykonania co najmniej jednej umowy na 10.000.000 PLN lub 2.700.000 wozokm. (dla części 1) albo na 14.000.000 PLN lub 3.800.000 wozokm. (dla części 2) w ostatnich 3 latach swojej działalności, mogą skutecznie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Zdaniem Protestującego, w przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający naruszył dyspozycję art. 22 ust. 2 Ustawy, gdyż brak jest obiektywnych przesłanek, aby żądać od wykonawców by wykazali, iż wymagane doświadczenie nabyli w ramach jednej umowy. W celu sprawdzenia przez Zamawiającego możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia taki warunek nie jest konieczny, bowiem bezsprzecznie wykonawca posiada niezbędne doświadczenie do wykonania niniejszego zamówienia, o ile w ostatnich trzech latach świadczył usługi przewozowe na kwotę 10.000.000 PLN lub 2.700.000 wozokm (w odniesieniu do cz. 1), albo 14.000.000 PLN lub 3.800.000 wozokm (w odniesieniu do cz. 2) w ramach kilku wiążących go umów.

4. Zamawiający precyzując warunki udziału w Postępowaniu winien opierać się na obiektywnych przesłankach, tak aby dopuszczony do udziału w postępowaniu był każdy wykonawca zdolny do wykonania przedmiotowego zamówienia. Zatem, warunki udziału w postępowaniu powinny być sformułowane w granicach, jakie wyznacza przedmiot świadczenia wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z tym,



Zamawiający jest ściśle związany przedmiotem i wartością zamówienia. Innymi słowy, **Zamawiający powinien formułować warunki udziału w Postępowaniu w granicach, jakie wyznacza przedmiot świadczenia wykonawcy w sprawie zamówienia publicznego** (patrz. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 26 października 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1262/07). Wskazać zatem należy, że warunki udziału w postępowaniu nie mogą wykluczać wykonawców, którzy mając na uwadze obiektywne kryteria, posiadają wiedzę oraz doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia.

5. Z powyższego jasno wynika, że omawiany warunek jest warunkiem nadmiernym, i jako taki, w sposób nieuzasadniony dyskryminuje wykonawców. Określone przez Zamawiającego w SIWZ **warunki udziału w postępowaniu nie spełniają ustawowego celu, jakim jest weryfikacja** wiedzy i doświadczenia wykonawców, gdyż są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia. Jak się zaznacza w doktrynie, warunki udziału w postępowaniu oparte na obiektywnych przesłankach, gwarantują, że będą chronione oba interesy: interes publiczny, polegający na zapewnieniu, że wyłoniony wykonawca jest w stanie należycie i terminowo wykonać zamówienie, oraz interes prywatny, polegający na zapewnieniu, że każdy wykonawca, który faktycznie jest w stanie należycie i terminowo wykonać zamówienie zostanie dopuszczony do postępowania. Zatem, mając na uwadze powyższe, nie ma uzasadnienia, aby wykonawcy obowiązani byli wykazanie wymaganego doświadczenia w ramach jednej, a nie kilku umów. Warunek ten, jako nieuzasadniony, winien być zatem zmieniony.

6. Zgodnie z zapisem rozdziału VII SIWZ pn.: 'Termin wykonania zamówienia', „Termin wykonania zamówienia: od dnia zawarcia umowy lecz nie wcześniej niż od **01.01.2010 r.** do 31.12.2010 r.”

7. Z powyższego wynika, że jedynie Ci wykonawcy, którzy są w stanie w terminie od uprawomocnienia się wyboru oferty najkorzystniejszej – co nastąpi po terminie otwarcia ofert, przewidzianym na dzień 21 grudnia 2009 r. – do dnia 1 stycznia 2010 r. zorganizować rozpoczęcie świadczenia przedmiotowych usług mogą faktycznie ubiegać się o Postępowania. Przy założeniach, że czynność wyboru przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej nastąpi tego samego dnia co otwarcie ofert, oraz że na czynność tę nie



wpływie żaden protest, oznacza to, że przy uwzględnieniu wymogu z art. 94 ust 1 Ustawy, umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta przez Zamawiającego najwcześniej w dniu 1 stycznia 2010 r. Zatem, przy ziszczeniu się powyższych założeń, wykonawca którego oferta zostanie wybrana najkorzystniejszą jeszcze tego samego dnia będzie zobowiązany rozpocząć usługę. Jeżeli natomiast oferta najkorzystniejsza zostanie wybrana w dniu po dacie 21.12.2009 r. lub jeśli zostanie wniesiony protest na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, wówczas nawet teoretyczne **dotrzymanie przewidzianego w SIWZ terminu rozpoczęcia usługi nie będzie możliwe.**

**8.** Zgodnie z § 1 ust. 2 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. 2006 r., Nr 87. poz. 605), „[w] celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać następujących dokumentów: (...) 3) wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, którymi **dysponuje lub będzie dysponował** wykonawca; (...) 5) wykazu osób, którymi **dysponuje lub będzie dysponował** wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (...)”. Z powyższego jednoznacznie wynika, że ustawodawca dopuszcza, iż na etapie ofertowania wykonawca nie dysponuje niezbędnymi narzędziami i urządzeniami oraz osobami, lecz posiada pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia wskazanych narzędzi, urządzeń i osób (patrz § 1 ust. 2 pkt 3a i 5a cyt. rozporządzenia). W związku z powyższymi przepisami oraz art. 7 ust. 1 Ustawy, **ustawodawca nakłada na zamawiających obowiązek wyznaczenia terminu rozpoczęcia wykonywania zamówienia na dzień umożliwiający wszystkim wykonawcom, którzy złożą ważne oferty, przygotowanie się do wykonywania danego zamówienia.** Przy wyznaczaniu terminu należy wziąć pod uwagę nie tylko fakt, iż wykonawca, którego oferta zostanie wybrana ofertą najkorzystniejszą, może dysponować wyłącznie zobowiązaniami innych podmiotów, lecz również samą specyfikę zamówienia. Innymi słowy, wykonawcy muszą mieć możliwość podjęcia działań niezbędnych do rozpoczęcia faktycznego dysponowania wykazanymi osobami, narzędziami i urządzeniami. Przy tym logiczne jest, że czym bardziej złożone jest zamówienie tym



dłuższy winien być okres czasu przewidziany w SIWZ przez zamawiającego, niezbędny do rozpoczęcia wykonywania zamówienia.

9. W przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający nie przewidział ani jednego dnia na przygotowanie się przewoźników do rozpoczęcia okresu świadczenia usług. Mało tego, tak **sformułowana treść SIWZ zakłada, że:**

- i. **Zamawiający dokona w ciągu kilku godzin czynności badania i oceny ofert,**
- ii. **każda w ofertach będzie jasna i kompletna, w związku z czym Zamawiający nie będzie musiał wzywać wykonawców do wyjaśnień i uzupełnień,**
- iii. **tego samego dnia, w którym otworzy oferty dokona wyboru oferty najkorzystniejszej,**
- iv. **żaden wykonawca nie wniesie protestu,**
- v. **a następnie - po upływie ustawowych 10 dni - podpisze umowę w dniu 1 stycznia 2010 w godzinach nocnych, tak aby z samego rana tego samego dnia zwycięski wykonawca mógł zacząć przewozić osoby, zgodnie z rozkładem jazdy.**

Tak sformułowany warunek praktycznie wyklucza jakąkolwiek konkurencję w przedmiotowym Postępowaniu, gdyż jedynie przewoźnik, który do tej pory świadczy przedmiotowe usługi będzie w stanie dalej je świadczyć od 1 stycznia 2010 r. Przewidzenie rozpoczęcia świadczenia usług w dniu podpisania umowy uniemożliwiłoby wykonanie nawet prostego zamówienia. Tymczasem, usługa zbiorowego transportu drogowego osób jest usługą wymagającą wielu przygotowań wstępnych, **szczególnie uzyskania zezwolenia na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym którego uzyskanie zajmuje standardowo około 30 dni, a bez którego wykonanie zamówienia jest niemożliwe.** Z pewnością większość wykonawców posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonywania niniejszego zamówienia, dopiero po wygraniu przetargu zamierza zawrzeć umowy o pracę z kierowcami oraz stosowne umowy, które umożliwią im faktyczne dysponowanie niezbędną flotą. Zatem, zdaniem Protestującego, minimalny okres czasu niezbędny do przygotowania się wykonawcy do rozpoczęcia świadczenia usług wynosi pięć (5) tygodni od dnia, w którym wybór oferty najkorzystniejszej stał się prawomocny.





**10.** Abstrahując od realności spełnienia pozostałych ww. założeń, Protestujący podnosi, że w związku z bardzo częstą praktyką wnoszenia protestów na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, założenie Zamawiającego, że w przedmiotowym Postępowaniu nie wpłynie protest na omawianą czynność jest niezwykle optymistyczne, by nie rzec nierealne. Zatem, najprawdopodobniej **termin rozpoczęcia świadczenia usług zostanie niedochowany** również i z tego względu. Zgodnie bowiem z art. 182 ust 1 Ustawy, „do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu zamawiający nie może zawrzeć umowy”. Wobec powyższego, wskazany przez Protestującego termin uzależnia rozpoczęcie świadczenia usług od zdarzenia uprawomocnienia się wyboru oferty najkorzystniejszej. Tak oznaczony termin zagwarantuje wykonawcom niezbędny czas do podjęcia działań celem przygotowania się do świadczenia usług. Nadto, takie sformułowanie zabezpiecza Zamawiającego przed zawarciem nieważnej umowy, z uwagi na art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy. Termin zakończenia świadczenia usług może być wskazany poprzez odesłanie do terminu rozpoczęcia świadczenia usług, pn.: 12 miesięcy od rozpoczęcia świadczenia usług.

**11.** Doktryna jednoznacznie interpretuje art. 22 ust. 2 Ustawy, który stanowi, że „Zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. Wskazuje się, że „należy (...) pamiętać, iż stosunkowo łatwo jest naruszyć przepisy w tym zakresie. Wynika to z faktu, iż w art. 22 ust. 2 odwołano się nie do konkretnego naruszenia uczciwej konkurencji, lecz do sytuacji, w której **za sprzeczne z prawem zostanie uznane takie określenie warunków udziału w postępowaniu, które mogłoby utrudnić uczciwą konkurencję.** (...) Zamawiający, formułując warunki udziału w postępowaniu, powinien w razie potrzeby, dla ich obrony, posiadać przekonujące uzasadnienie.” (J. Pieróg: Prawo zamówień Publicznych; Komentarz, C.H.Beck, wydanie 9, Warszawa (2009), str. 108). Dalej, zacytować również warto fragment odnośnego komentarz, który wskazuje „Zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to, że zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, nie może naruszyć przepisów ZNKU, a w szczególności art. 15 ust. 1 pkt 3, który stanowi, iż **czynem nieuczciwej konkurencji jest rzeczowo nieuzasadnione traktowanie niektórych klientów. Preferując jednego**



wykonawcę (poprzez takie ustalenie warunków udziału w postępowaniu, które spełnia jedynie jeden wykonawca) zamawiający dopuszcza się naruszenia zasady udzielania zamówień publicznych wskazanej w art. 7 ust. 1 ustawy" (P. Granecki: Prawo zamówień Publicznych; Komentarz, C.H.Beck, wydanie 2, Warszawa (2009), str. 110).

12. Także w glosie do odnośnego wyroku Sądu Najwyższego wskazuje się, że celem unormowania zawartego w art. 22 ust. 2 Ustawy nie jest jakiegokolwiek zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców, lecz wyłącznie ochrona interesu publicznego (patrz: R. Sz. glosa do wyroku SN z dnia 13 grudnia 1999 r., III CKN 478/98, Samorząd Terytorialny 2001, nr 6, poz. 68, t. 4)

13. Również orzecznictwo jest zgodne w kwestii interpretacji art. 22 ust. 2 Ustawy. Tytułem przykładu Protestujący wskazuje kilka wyroków Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 13 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 402/08, Izba orzekła, że „stosownie do dyspozycji art. 22 pzp zamawiający jest uprawniony do postawienia takiego warunku podmiotowego w zakresie doświadczenia zawodowego wykonawców, który zagwarantuje, że przedmiot zamówienia zostanie wykonany prawidłowo, rzetelnie i zgodnie ze sztuką. **Istotne jest, aby postawiony warunek graniczny, który powinni spełniać wszyscy wykonawcy, był ściśle związany z przedmiotem zamówienia i nie utrudniał uczciwej konkurencji**”. Z kolei w wyroku z dnia 19 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 428/08, Izba orzekła, że „nie można uznać, że Zamawiający może w dowolny sposób określać warunek, byleby zachować możliwość konkurowania pomiędzy kilkoma wykonawcami. Sam fakt, że istnieją na rynku wykonawcy zdolni spełnić warunek określony przez Zamawiającego nie przesądza jeszcze o dopuszczalności tego warunku. **Proporcjonalność czy adekwatność warunku musi odnosić się do przedmiotu zamówienia i przekroczenie granic tego przedmiotu należy uznać za wygórowane wymaganie, nie znajdujące uzasadnienia potrzebami Zamawiającego**. Warunek nie może być postawiony w taki sposób, aby w oderwaniu od przedmiotu zamówienia stanowił barierę dostępu do postępowania”. Natomiast w wyroku z dnia 28 października 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1114/08 Izba orzekła, że „Zamawiający, poprzez postawiony w zakresie doświadczenia zawodowego warunek udziału w



postępowaniu, odmówił wykonawcom możliwości wykazywania doświadczenie zdobytego w realizacji usług na rzecz podmiotów prywatnych oraz gmin. Na rozprawie zamawiający uzasadniał to swoją specyfiką w stosunku do innych zamawiających, tj. różnicami pod względem struktury, liczebności i powierzchni. (...) **[S]kład orzekający Izby nie znalazł w argumentacji zamawiającego uzasadnienia dla ograniczenia** przy wykazywaniu doświadczenia wykonawców poprzednio realizowanych przez wykonawców usług do tych realizowanych na rzecz miasta, powiatu, województwa, czy regionu, nadto w sytuacji, gdy sposób rozumienia „regionu” przez zamawiającego nie daje możliwości, aby w tej grupie znalazły się gminy, uznał zatem, że **zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.**”

**14.** Przedstawiona powyżej linia orzecznicza KIO, była prezentowana również przez Zespół Arbitrów. W wyroku z dnia 29 grudnia 2003 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2163/03, Zespół orzekł, że **„z łamaniem zasady uczciwej konkurencji mamy do czynienia nie tylko wtedy, gdy w SIWZ ustala się warunki podmiotowe, które mógłby spełniać tylko jeden oferent, lecz również wówczas jest ona łamana, gdy Zamawiający ogranicza, bez ustawowo określonych przesłanek, dostęp do ubiegania się o zamówienie znacznemu gronu mogących się o nie ubiegać”.**

**15.** Z kolei w sentencji wyroku z dnia 26 lutego 2003 r., sygn. akt V Ca 221/03, Sąd Okręgowy w Warszawie stwierdził, że **„żądanie dokumentów w SIWZ nie może wykraczać poza zakres przedmiotu zamówienia i związanych z nim warunków wymaganych od dostawców lub wykonawców. Interes prawny w zmianie takiego zapisu ma każdy z oferentów, który przez ten warunek zostałby wykluczony z przetargu”.**

**16.** Również Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 września 2002 r. (CZP 52/05) stwierdził, że **„postępowanie ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych dostawców lub wykonawców bez uzasadnionej przyczyny”.**

**17.** Protestujący również wskazuje, że dyrektywy europejskie ustanawiają minimalne standardy w celu ochrony konkurencji na wspólnym rynku, w szczególności dotyczą one

równego traktowania wykonawców ubiegających się i biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie może w jakikolwiek sposób dyskryminować podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tak na etapie wszczynania ogłoszenia poprzez np. formułowanie warunków udziału w postępowaniu, jak i po upływie terminu składania ofert, poprzez odstąpienie od własnych zapisów ogłoszenia i SIWZ. Dlatego też, uprzednio Zespoły Arbitrów, a obecnie Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając wniesione odwołania, najczęściej nakazuje ponowną ocenę ofert z powodu nierównego traktowania stron. Jedną z najczęstszych przesłanek powodującą naruszenie tej fundamentalnej zasady, jest brak bezstronności Zamawiającego w toku prowadzonej procedury, w tym na etapie formułowania warunków udziału w postępowaniu.

**18.** W zakończeniu niniejszego uzasadnienia Protestujący wskazuje, że **ustawodawca w art. 146 ust. 1 Ustawy dokonał wyliczenia naruszeń postępowania skutkujących nieważnością umowy.** Nieważność, o której mowa w art. 146 ust. 1 Ustawy nie jest odrębnym rodzajem nieważności, lecz stanowi szczególny przypadek, określonej w art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, bezwzględnej nieważności czynności prawnej wynikającej ze sprzeczności z ustawą. **Umowa w sprawie zamówienia publicznego dotknięta sankcją nieważności nie wywołuje skutków prawnych.** Sankcja nieważności dotyka czynności od samego początku. Świadczenia wykonane na podstawie nieważnej umowy podlegają zwrotowi jako świadczenia nienależne, a rozliczenie przysporzeń dokonanych bez podstawy prawnej następuje w oparciu o przepisy dotyczące bezpodstawnego wzbogacenia. Zgodnie z art. 146 Ustawy, umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna jeśli wystąpi co najmniej jedna w wymienionych w nim przesłanek. Wśród takich przypadków jest opisana w art. 146 ust. 1 pkt 5 Ustawy sytuacja, kiedy w postępowaniu o zamówienie publiczne dokonano wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy. Natomiast w ustępie 6 tego artykułu ustawodawca przewiduje nieważność umowy w przypadku, gdy doszło do naruszenia przepisów Ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania. Jeżeli Zamawiający nie dokona stosownych zmian w treści ogłoszenia oraz w treści SIWZ, zawarta umowa z przewoźnikiem, który mógł zorganizować się w nielegalnie wyznaczonym przez Zamawiającego terminie będzie nieważna, gdyż będzie podlegała zarówno pod ustęp 5 jak i 6 art. 146 ust. 1 Ustawy.

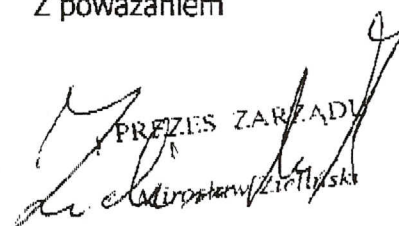




**19.** Zestawiając omawiane zapisy SIWZ z przepisami Ustawy, stanowiskiem doktryny oraz orzecznictwem, Protestujący podnosi, że kwestionowane warunki udziału w postępowaniu rażąco naruszają z art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 Ustawy. Naruszają one również dyspozycję art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2003 r. Nr 153, poz. 1503 (U) z późn. zm.), który stanowi, że „czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: (...) 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów”. Wobec powyższego, przedstawione w niniejszym proteście uchybienia Zamawiającego winny być niezwłocznie zaniechane, a równe traktowanie wykonawców oraz dochowanie zasady uczciwej konkurencji winny być przywrócone. Natomiast nie uwzględnienie niniejszego protestu i podtrzymanie przez Zamawiającego dotychczasowych warunków doprowadzi do zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia, która z mocy prawa będzie nieważna.

**20.** Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych wyżej przepisów Ustawy, naruszony został interes prawny wnoszącego protest, gdyż obecne zapisy Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ uniemożliwiają mu wzięcie udziału w postępowaniu, a tym samym uzyskanie przedmiotowego zamówienia do realizacji, pomimo posiadania możliwości zarówno w zakresie wiedzy jak i doświadczenia. Wykonawca posiada potencjał techniczny oraz doświadczenie w zakresie wykonywania usług takiej wielkości, o czym świadczy wykonanie oraz wykonywanie szeregu umów o usługi transportowe osób. Protestujący dysponuje lub będzie dysponował również niezbędnymi osobami, narzędziami oraz urządzeniami do wykonania przedmiotowego zamówienia. Zatem, niniejszy protest uznać należy za w pełni uzasadniony, a żądania określone w jego *petitum* za zasługujące na uwzględnienie.

Z poważaniem

  
PREZES ZARZĄDU  
Zielonka