

W P Ł Y N Ę Ł O
KANCELARIA OGÓLNA
Dz. 488/09
16 GRU. 2009
Ilość załączników
Podpis

Zamawiający:
Gmina Kazimierza Wielka
ul. Kościuszki 12
28-500 Kazimierza Wielka
fax (041) 352 19 56

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Szkolenie z zakresu technik komputerowych zakończonych egzaminem ECDL z 3 modułów, dla 3 grup w wymiarze 120 h/grupę, dodatkowo komponent e-learningowy min. 5h/osobę”

PROTEST WYKONAWCY

..... (dalej Protestujący), działając zgodnie z art. 180 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 ze zm - dalej pzp), jako podmiot, który pobrał dokumentację na realizację zadania pn. „Szkolenie z zakresu technik komputerowych zakończonych egzaminem ECDL z 3 modułów, dla 3 grup w wymiarze 120 h/grupę, dodatkowo komponent e-learningowy min. 5h/osobę” i zamierza złożyć w postępowaniu ofertę, a którego interes prawny może doznać uszczerbku wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów pzp, **składa protest** na czynności Zamawiającego polegające na wadliwym ustaleniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez:

1. naruszenie art. 7 ust 1 w związku z art. 22 ust. 2 pzp, tj nierówne traktowanie podmiotów wyłączające uczciwą konkurencją poprzez opis warunków udziału w postępowaniu,
2. naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 23 ust. 3 ustawy poprzez żądanie by każdy z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia złożył oddzielnie oświadczenie o spełnieniu warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1, 2, 3 pzp
3. naruszenie art. 7 ust. 1 pzp w związku z art. 29 ust 1 i ust 2 pzp, tj. nierówne traktowanie podmiotów wyłączając uczciwą konkurencję, poprzez zamieszczenie w siwz niejednoznacznego i nieszczegółowego opisu przedmiotu zamówienia

W związku z powyższym wnosimy o:

1. uwzględnienie protestu,
2. uszczegółowienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego oświadczenia, poprzez wskazanie wartości usług do której mają odnosić się Wykonawcy (pkt 1.2 siwz),
3. zmianę treści oświadczenia wykonawcy (zał. nr 1), poprzez wykreślenie z niego pkt d oraz jednocześnie przygotowanie oświadczenia wykonawcy z art. 24.
4. uszczegółowienia opisu przedmiotu zamówienia poprzez określenie ile godzin dziennie będzie trwało przedmiotowe szkolenie.

UZASADNIENIE

Dnia 08.12.2009 r. Zamawiający, zamieścił na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej siwz). Przedmiotem zamówienia jest przeprowadzenie szkoleń z zakresu technik komputerowych zakończonych egzaminem ECDL z 3 modułów, dla 3 grup w wymiarze 120 h/grupę, dodatkowo komponent e-learningowy min. 5h/osobę. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu

nieograniczonego, czyli w trybie, zapewniającym uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców.

1.

SIWZ jest jednym z podstawowych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i jednym z głównych dokumentów, na podstawie którego Wykonawca przygotowuje swoją ofertę. Stanowi szczegółowy wykaz istotnych warunków zamówienia, które Wykonawca musi spełnić, aby złożyć w postępowaniu ważną ofertę - uznał Arbitrzy w wyroku z 4 lutego 2005 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-170/05. Bardzo ważnym elementem jest opis warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w pkt 1 siwz opisał warunki udziału i m.in. zawarł warunek o następującym brzmieniu:

„Aby wykonawca mógł wziąć udział w postępowaniu, musi wykazać, że w ciągu ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał usługi szkoleniowe z zakresu technik komputerowych zakończonych egzaminem ECDL, dodatkowo z komponentem elearningowym, odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie”

W związku tym, iż Zamawiający nie wskazał do jakiej kwoty mają odnosić się Wykonawcy składając ofertę, to wpłynęło zapytanie, na które Zamawiający dnia 11.12.2009, udzielił następującego wyjaśnienia:

„Zgodnie z art 86 ust 3 ustawy z dnia 29.01.2009 r. Prawo Zamówień Publicznych kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podawana jest bezpośrednio przed otwarciem ofert. Natomiast jeżeli chodzi o doświadczenie Wykonawcy powinien on wykazać, iż w okresie trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania wykonał usługi szkoleniowe z zakresu technik komputerowych zakończonych egzaminem ECDL, dodatkowo z komponentem elearningowym, odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia zawarty w s/w.”

Protestujący nie kwestionuje wyjaśnienia odnośnie kwestii, kiedy Zamawiający zobowiązany jest podać kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, ale zarzuca, iż warunek powyższy w sposób rażący narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców, ponieważ Zamawiający nadal nie skonkretyzował o jaką wartość w przedmiotowym postępowaniu chodzi.

Warunek porównywalności określonych dostaw, usług, czy też robót budowlanych w kontekście przepisów p.z.p. (art. 22) oraz przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów odnosi się do przedmiotu zamówienia, w tym do wartości przedmiotu zamówienia, a nie treści oferty, czy ofert wykonawców. Z uwagi na ogólny i niedookreślony charakter przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2 i pzp, na zamawiającym spoczywa obowiązek sprecyzowania swoich oczekiwań odnoszących się do kwalifikacji i doświadczenia wykonawcy, niezbędnych do wykonania zamówienia, jak również dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, zapewniającej zrealizowanie zamówienia (sygn. akt KIO/UZP 678/08). Zakres oczekiwań powinien określić dokładnie sam zamawiający w opisie warunku udziału w postępowaniu, aby w tym zakresie nie pozostał żadnych wątpliwości. Jeśli tego nie uczyni, jak w niniejszym postępowaniu, nie może w sposób arbitralny określać zakresu tej wartościowej porównywalności dopiero na etapie badania i oceny ofert. Nie można dokonywać oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, biorąc pod uwagę ofertowy przez wykonawcę w danym postępowaniu przedmiot zamówienia, czy też wartość oferty (cenę ofertową). W takim przypadku bowiem Zamawiający dokonywałby oceny ofert w kontekście nie przedmiotu i wartości przedmiotu zamówienia na co wskazują przepisy przywołanego rozporządzenia w sprawie dokumentów, lecz w kontekście każdej indywidualnej oferty, złożonej w postępowaniu. Takie zachowanie Zamawiającego prowadziłoby bowiem do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców

w postępowaniu - każda oferta oceniana byłaby w oparciu o inne mierniki, uzależnione od samego wykonawcy i jego oferty. Mielibyśmy zatem w tym zakresie do czynienia z kreowaniem (opisem) warunków udziału w postępowaniu de facto przez samych wykonawców, a opis warunków udziału w postępowaniu - stosownie do art. 22 ust. 2 ustawy p.z.p. winien być dokonywany przez zamawiającego, a nie wykonawców. Usługi odpowiadające przedmiotowi zamówienia należy rozumieć, zgodnie z literalnym znaczeniem tego sformułowania jako usługi adekwatne, porównywalne do przedmiotu zamówienia, zatem mogą być one równie wyższe, ale też i niższe od wartości przedmiotu zamówienia, byleby tylko można było stwierdzić, że dają się w jakiś sposób porównać. (sygn. akt KIO/UZP 578/09).

Natomiast, Zamawiający w siwz sformułował warunek adekwatności wykazywanej w ramach doświadczenia usług do wartości przedmiotu zamówienia, nie doprecyzowując konkretnie o jaką wartość w tym przypadku chodzi. Oznacza, że tak naprawdę Zamawiający szczególnych wymogów w tym zakresie nie przedstawił, a nie jest dopuszczalne odnoszenie spełniania tego warunku do wartości ceny ofertowej, których na etapie opisu warunków Zamawiający w żaden sposób nie przywoływał. Zauważyć należy, iż Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku skonkretyzowania warunku udziału w postępowaniu przez zamawiającego, a także subiektywnej oceny jego spełniania. (sygn. akt KIO/UZP 1301/09)

Zatem zarzut Protestującego odnośnie tak postawionego warunku jest w pełni uzasadniony i zasługuje na uwzględnienie przez Zamawiającego.

2.

Zamawiający do siwz dołączył druk oświadczenia wykonawcy, którego treść zawiera m.in. poniższe zapisy:

- a) Oświadczenie, że Wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień;
- b) Oświadczenie, że Wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawi pisemnie zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia;
- c) Oświadczenie, że Wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia;
- d) Oświadczenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 Ustawy Prawo zamówień publicznych

a następnie w pkt. 3.9 c siwz zaznaczył, iż przedmiotowe oświadczenie powinno zostać podpisane oddzielnie przez każdego z Wykonawców.

Zamawiający sporządzając przedmiotowe oświadczenie, powinien mieć na względzie treść art. 23 ust. 3 pzp, w którym to Ustawodawca nie ustawił wymogu, aby każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia spełniał, co najmniej jeden warunek udziału w postępowaniu wskazany w art. 22 ust. 1 pzp (sygn. akt KIO/UZP 1224/09). Zatem w przypadku konsorcjum, w celu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1, 2, 3 pzp, należy brać pod uwagę łączny potencjał, jaki wykazują podmioty tworzące konsorcjum. Dlatego też dla wykonania zamówienia, będącego przedmiotem postępowania, wystarczające jest spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez jednego z członków konsorcjum bądź przez kilku z nich łącznie.

Z powyższego wynika, że zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy również oświadczenie o spełnianiu warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 ustawy może złożyć tylko pełnomocnik konsorcjum w imieniu wszystkich jego członków, natomiast oświadczenia takiego nie może złożyć pojedynczy członek konsorcjum, jeżeli samodzielnie warunków tych nie spełnia.

Co do zasady bowiem konsorcjum tworzą podmioty, które samodzielnie nie spełniają warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 1, 2 i 3 pzp i dlatego też wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia. Złożenie oświadczenia o spełnieniu warunków z art. 22 ust. 1 pkt. 1, 2 i 3 pzp przez członka konsorcjum, który samodzielnie warunków tych nie spełnia, byłoby niezgodne ze stanem faktycznym i groziłoby sankcją, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp

W świetle powyższego, żądanie by każdy z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia złożył oświadczenie o spełnieniu warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1, 2, 3 ustawy pzp, jest sprzeczne z istotą i celem tworzenia konsorcjum i stanowi naruszenie art. 23 ust. 3 ustawy pzp.

Zatem zarzut protestującego odnośnie zaskazania oddzielnych oświadczeń dot. spełnienia warunków z art. 22 ust 1 pkt 1, 2, 3 przez wykonawców występujących wspólnie, jest pełni uzasadniony i zasługuje na uwzględnienie przez Zamawiającego.

3.
Protestujący zarzuca, iż rozdział B, zawiera niedookreślony przedmiot zamówienia. Zamawiający zaznaczył w nim tylko, iż realizacja szkoleń odbywać się wg harmonogramu dostarczonego Wykonawcy po zawarciu umowy. Składając ofertę Wykonawcy jedynie posiadają wiedzę, iż w ramach zamówienia należy przeprowadzić 120 godzin kursu/na grupę dodatkowo wzbogaczonego 5 godz. /osobę komponentu e-learningowego i zakończy realizację zamówienia do dnia 31.08.2010 r.

Opis przedmiotu zamówienia w sww wpływa na przebieg całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o istotnych postanowieniach późniejszej umowy. Stąd też, na Zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie wykorzystania do jego opisanie standardowych określeń technicznych, które są zwykle używane w danej dziedzinie. Zgodnie z art. 29 ust. 1 pzp na Zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 pzp. Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 pzp, zgodnie, z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określenia zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Przepis art. 33 ust. 1 pkt. 7 pzp nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z treści tego przepisu koresponduje wyliczenie naruszeń postępowania skutkujące nieważnością umowy, dokonane art. 146 ust. 1 prawa zamówień publicznych, co pozwala na wskazanie m.in. przypadków, w których zachodzi bezwzględna konieczność unieważnienia postępowania. Wśród takich przypadków jest opisana art. 146 ust. 1 pkt. 6 prawa zamówień publicznych sytuacja, kiedy w postępowaniu o zamówienie publiczne doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, a następnie naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, oraz sytuacja określona art. 146 ust. 1 pkt. 5, kiedy odwołuje się do dokonania wyboru oferty z narazem naruszeniem ustawy. Takie stanowisko odnajdujemy w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 10.07.2007 r. sygn. akt UZP/ZCO-806/07, w którym czytamy, iż naruszenie zasad odnośnie opisu przedmiotu zamówienia, powoduje, że zamówienie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, bowiem naruszone zostały przepisy prawa, które mają wpływ na wybór wykonawcy i jego ofertę. Z tej przyczyny, na podstawie art. 91 ust 1 pkt 7 pzp w związku z art. 146 ust 1 pkt 6 pzp, będzie należało unieważnić postępowanie.

W oparciu o powyższe argumenty, stwierdza się, iż niedookreślony opis przedmiotu zamówienia narusza rażąco przepisy pzp. Brak informacji, ile godzin dziennie może być prowadzone szkolenie, nie pozwala na przygotowanie oferty porównywalnej z innymi. Przygotowany opis zamówienia nie gwarantuje, iż zaproponowana cena przez każdego Wykonawcę obejmuje ten sam zakres przedmiotu zamówienia np.

- pierwszy Wykonawca policzył: 4 godziny dziennie przez okres 30 dni,
- drugi wykonawca policzył: 8 godzin dziennie przez okres 15 dni.

W związku z tym, iż za zrealizowane zamówienie przysługuje Wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe, to olbrzymie znaczenie ma przy jego wyliczaniu informacja o ilości godzin szkolenia przypadającego na jeden dzień. Potwierdza to powyższy przykład, ponieważ drugi Wykonawca ponosząc o połowę niższe koszty (m.in. mniejsza ilość dojazdów trenera do szkół) proponuje do tego adekwatnie niższą cenę.

Reasumując, należy stwierdzić, iż sprecyzowanie przedmiotu zamówienia, zapewni, iż każdy z Wykonawców poda cenę obejmującą wykonanie dokładnie tego samego przedmiotu zamówienia. Natomiast, Zamawiający będzie mógł dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o jedyne kryterium, jakim jest cena

Zatem zarzut Protestującego odnośnie niejednoznacznego i nieszczegółowego opisu przedmiotu zamówienia jest w pełni uzasadniony i zasługuje na uwzględnienie przez Zamawiającego.

ma interes prawny we wniesieniu niniejszego protestu, ponieważ w wyroku zaniechania czynności przez Zamawiającego, Protestując, przy tak sformułowanych zapisach w przedmiocie zamówienia, nie ma możliwości złożenia porównywalnej oferty.