

Fundacja dla Ratowania Zwierząt Bezdomnych "EMIR"

Organizacja Pożytku Publicznego KRS 0000148346 NIP 529-16-64-172

tel.: (046) 857-88-27 0-601-300-726

Oddział ul. Słoneczna 4 96-321 Żabia Wola

www.fundacja-emir.org Numer konta: 88 1050 1924 1000 0022 6878 6056



„Jesteśmy ich głosem, ich wołaniem o godne traktowanie, o miłość i spokojne miejsce na Ziemi.”

Oddział, dnia 10.08.2009r.

Protestujący:

Fundacja dla Ratowania Zwierząt
Bezdomnych „EMIR”

Z siedzibą w miejscowości

Oddział, ul. Słoneczna 4

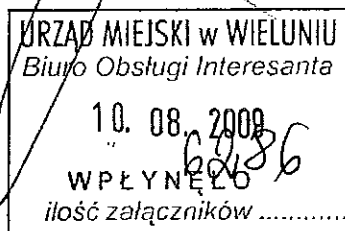
96-321 Żabia Wola

Zamawiający:

Gmina Wieluń

Plac Kazimierza Wielkiego 1

98-300 Wieluń



PROTEST

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 164, póź. 1163 z późn. zm. - ostatnia z 04 września 2008: zwany dalej „PZP”).

Protestujący wnosi protest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Prowadzenie Schroniska dla zwierząt przy ul. Zielonej 22A w Wieluniu”.

Protest dotyczy:

zapisów zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej - „SIWZ”), a przede wszystkim:

- warunków udziału w postępowaniu,

- sposobu oceny potwierdzenia spełnienia tych warunków,
- dokumentów i oświadczeń żądanych przez zamawiającego;
- opisowi przedmiotu zamówienia, i innych.

zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 PZP, art. 22 ust. 1 oraz ust. 2 PZP, art. 29 i 30.

Protestujący wnosi o dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wypełnienie treści art. 38, poprzez dostosowanie brzmienia SIWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu, do wymogów wynikających z przepisów prawa, w tym w szczególności postanowień PZP lub ewentualnie o unieważnienie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

UZASADNIENIE

W Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 265924-2009 z dnia 04.08.2009r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu na „**Prowadzenie Schroniska dla zwierząt przy ul. Zielonej 22A w Wieluniu**” w którym Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu, jakie muszą spełniać Wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego postępowania, w sposób sprzeczny z przepisami PZP, naruszając ustawowy zakaz określania warunków w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, a przez to naruszając podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych czyli zasadę równości wyrażaną w art. 7 ust. 1 PZP. Powyższe czynności Zamawiającego, jak zostało to przedstawione poniżej, zostały dokonane z naruszeniem przepisów PZP i aktów wykonawczych do tej ustawy, co skutkuje powstaniem uszczerbku w interesie prawnym Protestującego w uzyskaniu zamówienia

Zarzuty co do sformułowania warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny potwierdzenia spełnienia tych warunków

Warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz sposób oceny spełnienia tych warunków zostały opisane przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ w sposób :

- utrudniający uczciwą konkurencję (art. 22 ust. 2 PZP)
- naruszający zasadę równego traktowania Wykonawców (art. 7 ust. 1 PZP).

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, w Rozdziale 8, pkt 1, wymienił warunki udziału w postępowaniu poprzez zacytowanie art. 22 ust 1 ustawy PZP. W ust. 2 omawianego Rozdziału Zamawiający przedstawił opis sposobu w jaki dokona oceny spełnienia warunków przez Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Opis sposobu spełnienia tych warunków dotyczy tylko zapisów art. 22 ust 1 pkt 2, czyli warunku, że wykonawcy *posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia*. Brak wskazania przez Zamawiającego opisu w jaki sposób dokona oceny pozostałych warunków udziału w postępowaniu. Z uwagi na fakt, iż w Rozdziale 9 SIWZ, Zamawiający wymienia enumeratywnie oświadczenia oraz dokumenty jakie Wykonawcy winni załączyć do oferty.

Nie jest wiadomym w jakim zakresie dokona oceny treści tych dokumentów skoro nie zostały wcześniej określone warunki oceny.

Jeżeli Zamawiający opiera swoje żądania na podstawie **Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie z dnia 16 października 2008 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane**, to zasadnym jest aby swoje żądania odniósł do właśnie tych dyrektyw.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż:

Zamawiający naruszył art. 22 ust. 2 PZP poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencji oraz naruszający zasadę równego traktowania Wykonawców.

Zamawiający w SIWZ, Rozdział 8, pkt 2 zamieścił treść w brzmieniu:

*W przetargu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają szczegółowe warunki:
a/udokumentują wykonanie lub wykonywanie w ciągu ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi polegającej na*

prowadzeniu schroniska, w którym przebywa minimum 50 psów, z podaniem ich wielkości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie.

b/ dysponują osobami posiadającymi przeszkolenie w zakresie postępowania ze zwierzętami oraz przepisów o ochronie zwierząt – minimum 2 osoby.

Cytowany zapis wskazuje, że Zamawiający dokona oceny spełnienia warunku posiadania przez Wykonawców niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Opis spełnienia niniejszego warunku jest :sprzeczny z art. 22 PZP oraz narusza zasadę równego traktowania Wykonawców.

W przypadku gdy Wykonawca nie świadczył na rzecz podmiotów trzecich wymaganych usług, przy jednoczesnym prowadzeniu działalności w zakresie objętym zamówieniem, to poprzez analogię albo sam sobie wystawi referencje, lub nie może złożyć oferty w niniejszym postępowaniu, co czyni, iż zapisy SIWZ stanowią naruszenie art. 7 ustawy Pzp.

Powyższe dotyczy również zapisów w zakresie osób personelu oraz legitymowania się dokumentem potwierdzającym ukończenie przeszkolenia w temacie postępowania ze zwierzętami oraz przepisami o ochronie zwierząt. Zamawiający nie dokonuje wskazania przepisów prawa na podstawie których posiada dyspozycje do żądania takich dokumentów. Podkreślić należy, iż dla równego traktowania Wykonawców, Zamawiający powinien bezwzględnie wskazać Organ który jest uprawniony, wskazany ustawowo do prowadzenia szkoleń i wystawiania takich zaświadczeń.

W świetle powyższego zapisy zawarte w SIWZ – rozdział 8 oraz rozdział 9 stanowią o rażącym naruszeniu ustawy w zakresie art. 7 oraz art. 22 jak również dyrektyw Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 16 października 2008 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Przeprowadzenie przeszkolenia oraz wydanie

odpowiedniego zaświadczenia może wydać każdy podmiot prowadzący szkolenia pracownicze. Ukończenie takich szkoleń nie skutkuje nabyciem uprawnień w przedmiocie postępowania, co czyni, iż żądania Zamawiającego jest nieuprawnione i nie może stanowić o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Protestujący wnosi o wykreślenie wskazanych zapisów jako nieuprawnionych i naruszających zasadę równego traktowania Wykonawców.

Warunkiem wystarczającym byłoby wykazanie przez Wykonawcę że posiada minimum osób zatrudnionych, które będą bezpośrednio opiekowały się zwierzętami.

Podkreślenia wymaga także fakt, iż Zamawiający naruszył uprawnienia Wykonawców składających wspólnie ofertę, zamieszczając zapis w brzmieniu: ***W odniesieniu do warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 1 i pkt 4 ustawy każdy z wykonawców musi oddzielnie udokumentować spełnianie ustawowych warunków.***

Niniejsze stanowi ograniczenie w dostępie do ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz narusza zapisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcja warunkiem wystarczającym jest aby jeden z nich posiadał uprawnienia w zakresie działalności gospodarczej będącej przedmiotem sprawy. Zatem zapis SIWZ stanowi o naruszeniu praw podmiotów działających wspólnie co czyni iż Zamawiający po raz kolejny naruszył art. 7 ust 1 ustawy Pzp.

Posiadanie odpowiednich uprawnień do wykonywania działalności Zamawiający nie może utożsamiać z zakresem działalności uwidocznionym w dokumentach rejestrowych podmiotu, jak również posiadaniem odpowiednio wykwalifikowanego personelu. Dla potrzeb rejestracji używa się określenia działalności przez wskazanie klasy Polskiej Klasyfikacji Działalności, która służy głównie do celów statystycznych i nie stanowi podstawy do stwierdzenia czy wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania danej działalności, czy też nie. Wykonawca nie nabywa uprawnień do określonej działalności poprzez ujawnienie jej w rejestrze czy ewidencji.

Nie jest zatem uzasadniony pogląd, że jeśli wykonawca nie ujawni w rejestrze działalności w danym zakresie, to nie ma prawa jej wykonywać. Brak zapisu przy określeniu przedmiotu działalności Wykonawcy działalności związanej z

przedmiotem zamówienia nie może być postrzegany jako brak uprawnienia do wykonywania określonej działalności. W wyroku z dnia 24 sierpnia 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2256/05) Zespół Arbitrów potwierdził, że symbol PKD nie przesądza o możliwości wykonywania określonej działalności gospodarczej, a ma jedynie cechy informacyjne: *„Ewidencja działalności gospodarczej jest rejestrem uwidaczniającym określone, niezbędne dane identyfikujące przedsiębiorcę funkcjonującego w życiu gospodarczym. Przez wpis do ewidencji przedsiębiorca nie nabywa jakichkolwiek uprawnień wiążących się z prowadzona działalnością. Prowadzenie działalności w zakresie robót budowlanych (w tym także wykonywanie robót kanalizacyjnych, wodociągowych itp.) nie wymaga uzyskania koncesji, nie jest działalnością regulowaną, która stawia wymóg uzyskania stosownego zezwolenia [...]”. Tym samym ujęcie we wpisie do ewidencji działalności gospodarczej takiego, a nie innego symbolu PKD nie może przesądzić o istnieniu czy braku istnienia uprawnień do prowadzenia określonej działalności, bowiem sam wpis takich uprawnień nie statuuje”.*

Zamawiający opisując warunki oraz określając sposób ich spełnienia winien zachować kardynalną zasadę Zamówień Publicznych jaką jest równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzeczeniu Zespołu Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie. W wyroku z dnia 4 marca 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-374/05) Zespół Arbitrów stwierdził: *„Do naczelných zasad udzielania zamówień publicznych należą: zasada równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne i zasada prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Wskazane zasady zakazują Zamawiającym faworyzowania wykonawców i nakazują jednakowo traktować wszystkich uczestników postępowania na każdym jego etapie, tak by mieli oni jednakowe szansę uzyskania zamówienia. Warunki uczestnictwa w postępowaniu powinny być obiektywne, uzasadnione charakterystyką, czy też zakresem przedmiotu zamówienia. Przedmiotowe warunki powinny być ujawnione potencjalnym wykonawcom w sposób precyzyjny i nie mogą być zmieniane. Ustalane przez Zamawiającego warunki powinny mieć na celu*

ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia. Nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionego faworyzowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców"

Jednocześnie należy podkreślić, iż treść SIWZ, stanowi naruszenie ustawy poprzez nieuprawnione sformułowania mogące przyczynić się do rezygnacji z uczestnictwa podmiotów posiadających legitymacje do ubiegania się o udzielenie zamówienia. Przykładem takich zapisów może być treść zawarta w omawianym Rozdziale 9:

3/Ponadto wykonawca zobowiązany jest przedłożyć w ofercie:

*a) pełnomocnictwo do podpisania oferty, o ile prawo do podpisania oferty nie wynika z innych dokumentów złożonych wraz z ofertą, dotyczy to spółek cywilnych oraz konsorcjów. Przyjmuje się, że pełnomocnictwo do podpisania oferty obejmuje pełnomocnictwo do poświadczenia za zgodność z oryginałem wszystkich kopii dokumentów składanych wraz z ofertą. **Pełnomocnictwo winno być przedłożone w formie oryginału lub kserokopii poświadczonej notarialnie za zgodność z oryginałem.***

b) wypełniony druk „Oferta”, stanowiący załącznik nr 1 do niniejszej specyfikacji (treść oferty musi odpowiadać treści wzoru formularza ofertowego -załącznika nr 1 do SIWZ, wszystkie wykropkowane pola mają być wypełnione),

c) zaakceptowany poprzez parafowanie wzór umowy załącznik nr 3

Brak któregokolwiek z w/w dokumentów spowoduje odrzucenie oferty wykonawcy.

Zamawiający zapomina o treści art. 26 oraz nie stosuje art. 87. Przywoływanie sformułowania „odrzuci ofertę” nie znajduje zgodności brzmienia art. 89 z treścią zawartą w SIWZ.

Protestujący wnosi o dokonanie zmian w zakresie dokumentów jakich Zamawiający żąda na potwierdzenie spełnienia warunku, iż Wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy Pzp. Jeżeli zamawiający żąda przedłożenia zaświadczeń z ZUS oraz US to może zasadnym byłoby wskazanie konieczności przedłożenia zaświadczenia z KRK. W przypadku opieki nad zwierzętami celowym i zasadnym jest żądanie takiego dokumentu potwierdzającego, że osoby sprawujące opiekę nie były karane.

Zapisy zawarte w Rozdziale 9 SIWZ wskazują na zaniechanie Zamawiającego w należyтым sformułowaniu warunków, oceny oraz żądanych oświadczeń i dokumentów.

Jednocześnie należy podkreślić, iż zgodnie z zapisami zawartymi przez Zamawiającego w SIWZ – Rozdział 10, można domniemywać, iż Zamawiający dopuszcza składanie ofert za pośrednictwem faksu. W dalszej części specyfikacji jest zapis, iż oferta nie może być złożona drogę elektroniczną co nie wyklucza formy faksu na co w oparciu o art. 27 powołuje się Zamawiający.

W odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia, należy stwierdzić, iż niedopuszczalnym a przede wszystkim niezgodnym z ustawą Pzp jest określenie przedmiotu poprzez powołanie się na treść Regulaminu wewnętrznego Schroniska. Zakres przedmiotu zamówienia, Zamawiający określa: raz w ilości 70 szt. psów, raz odnoszony jest do ilość zwierząt – 50 szt., po czym określa się w umowie na nie więcej niż 80 szt. Czy oferty będą porównywalne cenowo (cena ryczałtowa) dla 50 szt. oraz dla 80 szt. Koszty przy wyliczaniu wartości oferty będą odmiennie kształtowane dla różnej ilości zwierząt będących pod opieką Schroniska. Zatem sam opis przedmiotu zamówienia wskazuje na nierówne traktowanie Wykonawców oraz stanowi o naruszeniu ustawy. Należy podkreślić, iż obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób określony przez ustawodawcę w art. 29 oraz art. 30 ustawy Pzp. Przywołanie w SIWZ kodu CPV nie jest tożsame z Regulaminem Schroniska. Przedmiot zamówienia nie może ulec zmianie a to nie dotyczy regulaminów wewnętrznych które w okresie obowiązywania umów mogą a niekiedy muszą być zmieniane. Zawarty w załączniku do SIWZ opis przedmiotu zamówienia nie odnosi się do przedmiotu a tylko określa zasady funkcjonowania Schroniska.

W przypadku, jeżeli Zamawiający dokonuje zapisów w SIWZ mających na celu pouczenie Wykonawców o prawach i obowiązkach stron, winien wyczerpać zapisy ustawy. Pouczenie zawarte w Rozdziale 11 dotyczące przedłużenia terminu związania ofertą winno wyczerpywać uprawnienia nadane przez ustawodawcę. Zamawiający po raz wtóry cytuje prawo w sposób fragmentaryczny, co skutkuje drastycznym wypaczeniem postępowania a w konsekwencji wydatkowaniem środków

publicznych nie zgodnie z obowiązującymi normami prawa oraz sugeruje iż w omawianej kwestii Wykonawcy nie posiadają uprawnień.

Jednocześnie składamy protest na zapisy Umowy stanowiącej integralną część SIWZ. Zamawiający żądając wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie jest uprawniony do zawierania zapisów zatrzymania i wykorzystania zabezpieczenia na poczet ewentualnych roszczeń z tytułu pogryzienia przez psy osób trzecich. Niniejsze stanowi naruszenie zapisów ustawowych określających zasady oraz przypadki zatrzymania ZNWU.

Składamy protest na zapis w zakresie zasad odstąpienia od umowy – wypowiedzenie umowy. Zamawiający nie określił w jakich przypadkach może nastąpić odstąpienie od umowy, co skutkuje dowolnością zerwania zawartej umowy bez podania przyczyn.

Składamy protest na zapisy dotyczące zamówienia uzupełniającego. Zamawiający winien zgodnie z art. 36 określić zakres jaki obejmuje zamówienie uzupełniające. Z treści SIWZ oraz ogłoszenia nie wynika jaki zakres obejmuje 50% zamówienia uzupełniającego. Czy zakres dotyczy zwiększenia świadczeń będącego przedmiotem zamówienia czy też okresu w jakim zamówienie będzie realizowane. Być może zamówienie uzupełniające ma obejmować zwiększenie ilości zwierząt co czyni zmianę przedmiotu zamówienia.

W przypadku unieważnienia postępowania, zgodnie z brzmieniem art. 93 ust 5 ustawy Pzp.

Protest wniesiono w dniu 10.08.2009r., czyli w szóstego dnia od dnia zamieszczenia ogłoszenia o wszczęciu postępowania, co skutkuje wniesieniem protestu w ustawowym terminie.

Od rozstrzygnięcia niniejszego protestu, Protestującemu przysługuje wniesienie odwołania na podstawie art. 184 ust 1a pkt 2.

PREZES ZARZĄDU
Fundacji EMIR
Kryśtyna Sroczyńska