

Mika sp. z o.o.  
26-670 Pionki ul. Debowa 1  
Fax nr 486121493

Urząd Gminy w Magnuszewie

wpłynęło dn. 2/1/12 2012-01-26  
(podpis)

*Selrefore*

Prezes  
Krajowej Izby Odwoławczej  
ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa

Zamawiający  
URZĄD GMINY MAGNUSZEW  
GMINNY OSRODEK POMOCY SPOŁECZNEJ  
ul. Saperów 24  
26-910 Magnuszew  
Fax nr. 48 621 7025

### Odwołanie

Wnosimy o

- unieważnienie czynności Zamawiającego i powtórzenie czynności wyłonienia wykonawcy w Przetargu na w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zakup z dostawą gorących posiłków jednodaniowych do czterech szkół na terenie Gminy Magnuszew, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości mniejszej od kwot ogłoszonych na podstawie art. 11 ust. 8.,
- kosztami odwołania obciążyć Zamawiającego

Zarzucamy;

naruszenie przez Zamawiającego ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych ( Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505, z 2009 r. Nr 19, poz. 101, to jest:

1. art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy i 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.), przez wymaganie aby wykonawca dla uczestniczenia w przetargu wykazał się doświadczeniem przez wykonanie usługi minimum wyżywienia 250 osób dziennie przez okres 6 m-cy
2. art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), przez różnicowanie traktowania wykonawców,
3. art. 5 i art. 58 K.c. w związku z art. 14 Pzp, przez sformułowanie warunków podmiotowych w sposób naruszający ustawę, a więc skutkujący nieważnością tych postanowień, przy uwzględnieniu, że mają one na celu niezgodne ze społeczno gospodarczym przeznaczeniem, korzystanie z prawa,

4. art. 7 ust. 1 ustawy, przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
5. art. 8 ust. 2 Konstytucji RP, przez nieuzasadnione ograniczanie wolności działalności gospodarczej.

Odwołujący podaje, że jego interes prawny we wniesieniu protestu sprowadza się do ochrony prawa do ubiegania się o zamówienie oraz zażądał skreślenia cytowanego wyżej zdania . w pkt.1.2. w rozdziale VIII SIWZ.

#### **Uzasadnienie**

Odwołujący podnosi, że wyznaczenie progu wykazania żywienia 250 osób w jednym kontrakcie, których wykonaniem ma się legitymować wykonawca, dla wykazania zdolności technicznej i doświadczenia zawodowego, powoduje, że oferenci którzy wykonywali usługi żywienia zbiorowego o dużej wartości w ramach kilku kontraktów, a nie jednego nie mogą wskutek wyznaczonego warunku złożyć ważnej oferty. Ponadto wskazujemy, że wymóg wykazania realizacji o jednostkowym charakterze pozostaje w dysproporcji z warunkami odnoszącymi się do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, określonej kwotą przychodu za ostatnie lata obrotowe w realizacji usług żywienia zbiorowego, albowiem wykonawca, który zrealizowałby zadanie w częściach nie może być postrzegany jako nie posiadający potencjału do realizacji zamówienia większego w jego przedmiocie. Takie postrzeganie byłoby nieuzasadnione z uwagi na techniczne aspekty realizacji (np. brak naczyń , brak pomieszczeń, brak środków transportu, brak pracowników, brak środków finansowych w odpowiedniej wielkości) i nijak nie może takie kryterium stanowić o możliwościach wykonawcy – brak wskazań proporcjonalności potencjału do wielkości zadania.

Podstawowym zadaniem ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest informacja, która dla potencjalnego wykonawcy powinna być wystarczająca do podjęcia decyzji o jego możliwościach związanych z uczestnictwem w danym postępowaniu, a na ten aspekt wskazuje również piśmiennictwo, "szybki, tani i skuteczny dostęp do informacji o potencjalnym zamówieniu jest jedną z podstawowych gwarancji jawności i przejrzystości systemu zamówień publicznych wspomagających efektywną realizację zasady równego traktowania wszystkich uczestników postępowania. Jego waga wynika z potrzeby zapewnienia równych szans wszystkim przedsiębiorcom już na samym początku postępowania" (A. Sołtysińska: Europejskie Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Zakamycze 2006, s. 287-288). Zgodnie bowiem z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie. Ustawodawca nie określił sposobu zdobywania wiedzy czy doświadczenia. To zależy od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego skomplikowania, zakresu wymaganych wiadomości czy umiejętności specjalnych i jest konkretyzowane przez zamawiających w poszczególnych postępowaniach. Jednocześnie ustawodawca w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp nałożył na zamawiających obowiązek, że nie można określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Paragraf 1 ust. 2 pkt. 1 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.) określa, że w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia zamawiający może żądać wykazu wykonanych usług w okresie kilku lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Zatem, ani z art. 22 ustawy Pzp, ani z cytowanego rozporządzenia nie da się wywieść prawo zamawiającego do decydowania o tym, że będzie preferował wykonawców, którzy wykonali minimum wskazane przez Zamawiającego w ramach jednego kontraktu. W

SIWZ, zamawiający wprawdzie nie wskazał wprost nazwy wykonawcy, nie oznacza to jednak, iż nie doszło do uprzywilejowania jednego z potencjalnych wykonawców. Odwołujący powołuje tu wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., w którym Sąd ten wyjaśnił, iż "Zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. Oznacza to konieczność eliminacji z warunków udziału w postępowaniu wszelkich sformułowań, które mogłyby eliminować konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych". Jako formę dyskryminacji pośredniej, przyjmuje się ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ograniczających krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (wyrok z dnia 1 października 2008r. Krajowej Izby Odwoławczej KIO/UZP 984/08). Z naruszeniem bowiem zasady uczciwej konkurencji będziemy mieli do czynienia wówczas, gdy zamawiający określi warunki udziału w postępowaniu tak, że będzie je mógł spełnić tylko jeden wykonawca lub gdy będzie stawiał określonych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do pozostałych.

Przez dokonany opis warunków udziału w postępowaniu, zamawiający uchybił postanowieniom art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w jego ocenie treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, narusza zasady równego traktowania wykonawców oraz zakazu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Wskazane przez odwołującego informacje w piśmie z dn20-01-2012, że zapisy SIWZ determinują wymagania podmiotowe, jakim sprostać muszą wykonawcy. Przekładają się one na dostępność przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z art. 7 ust 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 19, poz. 177 ze zm.) zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców jest powtórzeniem tej samej co do istoty zasady zawartej w dyrektywach unijnych dotyczących zamówień publicznych (art. 3 ust. 2 Dyrektywy 92/50, art. 5 ust. 7 Dyrektywy 3/36, art. 6 ust. 2 Dyrektywy 93/37, art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/38). Zakazuje ona nierównego traktowania, dyskryminowania czy też faworyzowania jednego wykonawcy w stosunku do innych.

Postulowane jest skreślenie z warunków udziału w postępowaniu w części dotyczącej wymogu wykazania pojedynczego wykonania kontraktu na żywienie co najmniej 250 osób jednocześnie . Twierdzimy, że jest to kryterium nieobiektywne i nie dające żadnej pewności Zamawiającemu, że tylko taki wykonawca zdolny jest wykonać zamówienie.

Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinny być określone w sposób obiektywny i podyktowany charakterem danego zamówienia. Zamawiający winien jest zachować równowagę pomiędzy swoim interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno Zamawiającemu, drogą ustalania nadmiernych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu.

Do naczelnych zasad wynikających z prawa zamówień publicznych należą zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Znaczenie tych zasad podkreśla Sąd Najwyższy w uchwale z 18 września 2002r. (Sygn. III CZP 52/02): „Z przepisów tych wynikają dwie podstawowe zasady prawa zamówień publicznych: zasada równości (konkurencyjności) i zasada uczciwej konkurencji. Zdecydowanym celem powyższej regulacji jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny. Można uznać, iż postępowanie ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych dostawców lub wykonawców bez uzasadnionej przyczyny”.

Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 11 lutego 2005r. (sygn. akt UZP/ZO/0-225/05) „Z łamaniem zasad uczciwej konkurencji mamy do czynienia, gdy Zamawiający ustala warunki podmiotowe bez ustawowo określonych przesłanek ograniczając dostęp do ubiegania się o zamówienie znacznemu gronu wykonawców mogących ubiegać się o nie, gdyby zamawiający nie wyznaczał zbyt wygórowanych kryteriów ekonomicznych” W przedmiotowej sprawie Zamawiający ewidentnie określił nazbyt wygórowane kryteria dotyczące doświadczenia, które wielu potencjalnym wykonawcom uniemożliwiają udział w przetargu.

Natomiast w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 13 czerwca 2006r. (sygn. Akt UZP/ZO/0-1677/06) można przeczytać:

„Ustalone przez Zamawiającego warunki określone w SIWZ powinny mieć na celu jedynie ustalenie faktycznej zdolności danego wykonawcy do wykonania zamówienia, nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców. Odstąpienie od w/w zasad poprzez sformułowanie warunków nadmiernych, nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia należy uznać za działanie niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów ustawy PzP.”

Faktyczną zdolność danego wykonawcy potwierdza już wykaz pracowników z wymaganymi uprawnieniami i doświadczeniem oraz zrealizowanie przez wykonawcę jednej podobnej usługi w sposób prawidłowy.

Zamawiający sam wskazał podejrzenie co do ukierunkowania zamiaru zawarcia umowy z jednym z wykonawców. Wskazują na to dotychczasowe ogłoszenia przetargów zarówno z grudnia 2011 roku jak i z lat poprzednich. Tamte kryteria pomimo tożsamości Zamówienia nie zawierały tak wygórowanych kryteriów wyboru, które właśnie są przedmiotem odwołania. Dowodem na potwierdzenie nieuzasadnionej czynności ogłoszenia warunków zawartych w SIWZ jest eliminacja z udziału pozostałych, startujących wcześniej wykonawców i

wykluczenie skarżącego jako jedyne konkurenta do uzyskania Zamówienia. Dobitnie wskazuje na to wybrana cena Zamówienia przekroczonej od rzeczywistej możliwej do uzyskania o około 30% (30 tys. zł). Tym sposobem zniweczono interes publiczny i cel dla którego Ustawa o Zamówieniach Publicznych powstała tj. Uzyskanie najniższych kosztów publicznych przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji. Jednocześnie poniżej wyjaśniamy sposób postępowania Zamawiającego w całej tej sprawie.

1. *wpis do swiz w warunkach udziału w postępowaniu pkt.1.2.doswiadczenie w realizacji umowy iz w ciągu 3 lat przed upływem terminu składania ofert ,minimum jedno zlecenie na min.obstugę 250 osób dziennie przez okres minimum pół roku.*

*Czynność ta może być zrozumiała jednak w tym przypadku Zamawiający jest niekonsekwentny w swoim postępowaniu i zarzucamy mu preferowanie jednego z Wykonawców. Znajomość ofert i doświadczenia wykonawców startujących w przetargu z dn 06-12-2011 nr ZP.272.36.2011 jakie Zamawiający posiadał poprzez rostrzygnięcie poprzedniego przetargu ZAWIADOMIENIE O WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY Z DN 19-12-2011/zal.3/ na takie samo zadanie. Firma nasza przetarg ten wygrała/swiz i ogłoszenie o wyborze Wykonawcy Jednak na wskutek wadliwie skonstruowanego zamówienia przez Zamawiającego. Zamawiający umowy nie podpisał z naszą firmą/zal/ Następnie ogłosił zamówienie z wolnej ręki na okres do 13.01.2012. Zamówienie te nasza firma wygrała w konkursie ofert/zal/. Zadanie te zostało wykonane. Następnie w miesiącu styczniu ogłosił przetarg nieograniczony na to samo zadanie. Zaostrzając jednocześnie kryteria jakie ma spełniać Wykonawca. Jak nadmieniliśmy na wstępie mając dokumenty przetargowe Wykonawców starających się o wykonanie zadania wg nas zaostrzyła kryteria by jeden z Wykonawców spełniał tylko te warunki. Przed rostrzygnięciem powiadomiliśmy Zamawiającego pismem nr 19/01/2012 z dn. 20-01-2012, iz wg nas narusza art. 7 ustawy PZP.*

Niniejszym uważamy iż przetarg winien być unieważniony a czynności powtórzone.

W ZAŁĄCZENIU:

- aktualny odpis z Krajowego Rejestru Sądowego rejestru przedsiębiorców potwierdzający sposób reprezentacji Spółki

Proszę o potwierdzenia otrzymania odwołania na numer FAXU 48-6121493

**„MIKA”** Sp. z o.o.  
26-670 PIONKI, ul. Dębowa 1  
NIP 796-25-28-191  
KRS 0000134715  
**SPRZEDAŻ USŁUG**

**PREZES ZARZĄDU**

*Bartosz Wybych*