

Pułtusk, 04.11.2008 r.

OR. 3421 – 10/08

**UCZESTNICZY  
POSTĘPOWANIA PRZETARGOWEGO**

**Informacja o złożonym proteście**

Na podstawie art. 181 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. DzU z 2007 r. Nr 164, poz. 1655 z późn. zm.) w imieniu Zarządu Powiatu w Pułtusku informuję, że w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Dostawa i montaż wyposażenia gastronomicznego kuchni głównej w budowanym szpitalu w Pułtusku* został wniesiony protest wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym na podstawie art. 181 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wzywa Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

W załączeniu


- kopia protestu z dnia 04.11.2008 r.

  
STAROSTA  
inz. ANDRZEJ DOLECKI

Lublin, dnia 3 listopada 2008 r.

Starostwo Powiatowe w Pułtusk

04 LIS. 2008

L.dz. 18143 .....  
Podpis ..... 

Protestujący:  
GILDIA Sp. z o.o.  
ul. Rudnicka 26  
20 - 140 Lublin

Zamawiający:  
Powiat Pułtuski  
Reprezentowany przez Zarząd Powiatu  
ul. Białowieska 5  
06-100 Pułtusk

#### PROTEST

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę i montaż wyposażenia gastronomicznego kuchni głównej w budowanym szpitalu w Pułtusk” *Znak sprawy: OR.3421-10/08*

1. Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „Pzp”, wnoszę protest wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jako niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz 1655 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” lub „ustawą”.

2. Czynnościom Zamawiającego zarzucam naruszenie przepisów:



1) art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

2) art. 7 ust. 1 oraz art. 139 w związku z art. 353<sup>1</sup> oraz art. 481 Kodeksu cywilnego, poprzez sformułowanie postanowień wzoru umowy z naruszeniem Kodeksu cywilnego,

3) art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 ustawy poprzez zaniechania uwzględnienia przy opisywaniu przedmiotu zamówienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

3. Na skutek powyższych czynności Zamawiającego interes prawny Protestującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, Protestujący mógłby złożyć ofertę i uzyskać zamówienie. Powyższe niezbitie dowodzi naruszenia interesu prawnego Protestującego w uzyskaniu zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Protestującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 Pzp.

4. Protestujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia środka ochrony prawnej, tj. zamieszczenia ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 25 października 2008 r. Niniejszy protest jest wnoszony do Zamawiającego w dniu 3 listopada 2008r., co oznacza, że Protestujący uczynił zadość wymaganiom art. 180 ust. 3 pkt 2 Pzp.

5. Wskazując na powyższe, wnoszę o uwzględnienie protestu oraz doprowadzenie postępowania do jego zgodności z przepisami Pzp poprzez modyfikację treści ogłoszenia oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zgodnie z wnioskiem Protestującego.

## UZASADNIENIE

1. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 22 ust. 2 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy podnieść, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem I Instrukcja dla Wykonawców pkt 1 SIWZ Opis przedmiotu zamówienia, przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu stanowi dostawa i montaż wyposażenia gastronomicznego kuchni głównej w budowanym szpitalu w Pułtusku.

Przedmiot zamówienia został sprecyzowany w Rozdział II SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, zgodnie z którym przedmiot zamówienia stanowi dostawa i montaż wyposażenia gastronomicznego kuchni głównej w bloku K, parter w budowanym szpitalu w Pułtusku wraz z rozruchem urządzeń technologicznych, oraz szkoleniem personelu w zakresie obsługi i eksploatacji.

W związku z tak określonym przedmiotem zamówienia, Zamawiający - w Rozdziale I SIWZ pkt 9 - określił warunki udziału w postępowaniu wraz z oceną spełniania warunków oraz dokumentami i oświadczeniami wymaganymi przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania tych warunków. W ppkt 1 lit. B Zamawiający określił, jakie dokumenty należy przedłożyć w celu potwierdzenia spełniania następującego warunku udziału w postępowaniu - posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W celu potwierdzenia spełniania tego warunku, Wykonawca w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwie dostawy odpowiadające swoim rodzajem i wartością dostawie stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia, oraz potwierdzi dokumentami Zamawiających, że wykonał je z należytą starannością. Przez dostawę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością dostawie stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia, należy rozumieć dostawę

*Yorndu*

wyposażenia gastronomicznego dla kuchni szpitalnych o wartości nie mniejszej niż cena ofertowa.

Z porównania powyższego wynika, że Zamawiający określił sposób dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu nieadekwatnie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulega bowiem wątpliwości, że przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż wyposażenia gastronomicznego w stołówce. Innymi słowy, przedmiotem zamówienia jest więc dostawa urządzeń gastronomicznych, przeznaczonych do używania w kuchni. Opisane w dalszej części SIWZ urządzenia są urządzeniami gastronomicznymi użytku ogólnego. Mogą więc być one wykorzystywane zarówno w restauracji, jak i stołówce wojskowej, szkolnej czy też stołówce szpitalnej. Przedmiotem zamówienia nie są bowiem urządzenia specyficzne pod względem swojego przeznaczenia w tym znaczeniu, że mogą to być wyłącznie urządzenia przeznaczone do używania w stołówkach szpitalnych i przez to spełniające odrębne, surowsze wymagania i parametry, określone z uwagi na ich specyficzny sposób wykorzystania w jednostkach opieki zdrowotnej, a nie w innych jednostkach zbiorowego żywienia.

Powyższe potwierdza treść Rozdziału II SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, w którym wyraźnie wskazano wymagania odnośnie do wyposażenia kuchni - przedmiot zamówienia musi być nowy, sprawny technicznie i spełniać wymogi HACCP oraz norm CE.

Tym samym Zamawiający - poprzez sformułowanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu - w sposób niedopuszczalny i nieuzasadniony ograniczył liczbę wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu, zawężając ich krąg wyłącznie do podmiotów, które mogą wykazać się dostawą wyposażenia kuchni szpitalnych.

W tym miejscu należy podnieść, iż, cyt.: „warunki udziału w postępowaniu nie mogą być ustalone w oderwaniu od specyfiki przedmiotu zamówienia. Nie można żądać od wykonawcy spełnienia ostrzejszych kryteriów, niż te, które są niezbędne do wykonania zamówienia. Wymóg ten dotyczy również poziomu niezbędnego doświadczenia wykonawcy,

które powinno być adekwatne zamówienia będącego przedmiotem przetargu." (tak Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 5 maja 2005 r. UZP/ZO/0 855/05).

W innym orzeczeniu Zespołu Arbitrów – wyrok ZA UZP z dnia 21 grudnia 2006 r. UZP/ZO/0 2969/06 – podkreślono, iż, cyt.: „Nie ulega wątpliwości, iż w odniesieniu do warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp Zamawiający może wskazać minimalne wymagania związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, tym niemniej obowiązany jest zachować niezbędną równowagę pomiędzy jego interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem poszczególnych wykonawców, których nie wolno, w drodze wprowadzania nadmiernych, wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu.”

Dalej można powołać pogląd, wyrażony w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 20 grudnia 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2953/06), zgodnie z którym, cyt.: „Już z samego brzmienia powołanego wyżej przepisu (§ 1 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia) [chodzi tutaj o rozporządzenie 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] wynika, iż wolą ustawodawcy było objęcie jego dyspozycją usług i dostaw, niekoniecznie tożsamy z przedmiotem zamówienia. Sformułowanie „odpowiadających swoim rodzajem” oznacza, iż wykazywane usługi lub dostawy powinny być jedynie zbieżne z przedmiotem zamówienia w podstawowym zakresie czy charakterze”.

Uwzględniając powyższe należy wskazać, iż postawione przez Zamawiającego wymagania wobec referencyjnych dostaw nie są adekwatne do przedmiotu zamówienia, albowiem z jednej strony zawężają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, z drugiej zaś wykraczają poza osiągnięcie celu Zamawiającego, jakim jest dokonanie wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający opisując sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu obowiązany jest respektować przepisy ustawy, w tym w szczególności art. 7 ust. 1 ustawy, wprowadzający fundamentalną zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Oznacza to, że opis

*Gmdu*

sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi być obiektywny i podyktowany koniecznością zweryfikowania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zależności od konkretnego zamówienia publicznego.

Niezgodne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest uniemożliwianie dostępu do udziału w postępowaniu lub stawianie wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do pozostałych (por. wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05). Zamawiający jest bowiem zobowiązany zachować niezbędną równowagę pomiędzy jego interesem, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu (por. wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy z dnia 20 grudnia 2005 r., sygn. akt II Ca 584/05).

W przedmiotowej sprawie Zamawiający wykroczył poza powyższe ograniczenia w ten sposób, iż określił minimalne wymagania przekraczające to, co jest konieczne do osiągnięcia zamierzonego celu – to jest należytego wykonania zamówienia publicznego. Jest tak z tej przyczyny, iż przedmiot niniejszego zamówienia może wykonać każdy wykonawca legitymujący się wykonaniem podobnego zamówienia – a więc należywym wykonaniem zamówienia, obejmującego dostawę oraz montaż wyposażenia gastronomicznego kuchni. Nie jest w tym przypadku konieczne – z uwagi na charakter zamówienia – legitymowanie się doświadczeniem polegającym na dostawę wyposażenia gastronomicznego dla kuchni szpitalnych, albowiem co do zasady jest to wyposażenie spełniające identyczne wymagania.

2. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 139 ustawy oraz art. 353<sup>1</sup> oraz art. 481, art. 483 § 1 oraz art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego poprzez sformułowanie postanowień umowy, której wzór załączono do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia

*C. Świd*

1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964r. Nr 16, poz. 93 ze zm.), należy zauważyć, co następuje:

2.1. Zgodnie z zamieszczonym w Rozdziale III SIWZ wzorem umowy - § 13 ust. 1 wzoru umowy - Zamawiający określił przypadki, stanowiące podstawę do naliczenia kar umownych oraz sposób ich naliczania. Jednocześnie Zamawiający nie określił maksymalnej wysokości kar umownych, które mogą zostać przezeń naliczone.

Zgodnie z art. 139 ustawy, do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 Nr 16, poz. 93 ze zm.). Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Dlatego wzór umowy w tym zakresie może być kwalifikowany jako narzucanie Wykonawcom uciążliwych warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego, co jest niezgodne z ustawą. Zastrzeżenie kary umownej bez określenia maksymalnej jej wysokości - np. poprzez zastosowanie formuły, że wysokość kar umownych nie może przekroczyć określonej wysokości wynagrodzenia Wykonawcy - może być bowiem uważane za zastrzeżenie kary rażąco wygórowanej w rozumieniu art. 484 § 2 k. c. Jak słusznie zauważył Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 24 czerwca 2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-924/04), zamawiający we wzorach umów w sprawach zamówień publicznych nie mogą stosować postanowień zastrzegających dysproporcjonalne kary umowne dla określonej strony, a ponadto strony układając przyszły stosunek prawny, muszą pamiętać o jego celu i treści oraz o zasadach współżycia społecznego - art. 5 k. c.

Skoro więc Zamawiający nie określił maksymalnej wysokości kar umownych, które może naliczyć w stosunku do Wykonawcy, określone kary umowne mają charakter kar wygórowanych i wprowadzają dla Wykonawcy istotne ryzyko kontraktowe. Ma to tym większe znaczenie w sytuacji, gdy Zamawiający nie wskazał terminu, w którym Wykonawcy będzie uprawniony do rozpoczęcia realizacji

*G. Szmal*



przedmiotu umowy, natomiast w sposób sztywny został wyznaczony termin realizacji przedmiotu umowy przez Wykonawcę – do dnia 30 czerwca 2009 r.

2.2. Należy podnieść, iż Zamawiający - w § 13 ust. 2 wzoru - przyznał Wykonawcy prawo naliczenia od Zamawiającego kary umownej za zwłokę w uregulowaniu należności za zrealizowanie zakresu objętego umową, w wysokości ustawowych odsetek. Jednakże prawo to zostało określone w sposób sprzeczny z art. 481 § 1 Kodeksu cywilnego, który przyznaje prawo żądania odsetek za czas opóźnienia, a nie za zwłokę. Wierzyciel ma bowiem prawo żądania odsetek chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Pojęcia „opóźnienie” oraz „zwłoka” – stosownie do art. 476 k. c. - nie mają jednakowego znaczenia. Opóźnienie oznacza bowiem uchybienie terminowi bez względu na przyczynę tego uchybienia, podczas gdy zwłoka (tzw. kwalifikowane opóźnienie) oznacza uchybienie terminowi spowodowane przyczynami, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność.

W tej sytuacji Wykonawca wnosi o zastąpienie pojęcia: „zwłoki” pojęciem „opóźnienia”.

Należy zaznaczyć, iż prawo dochodzenia przez wierzyciela odsetek za czas opóźnienia z tytułu spełnienia świadczenia pieniężnego nie wynika z zastrzeżenia kary umownej, w rozumieniu art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, ale znajduje swoje oparcie wprost w art. 481 Kodeksu cywilnego. Kara umowna służy natomiast zabezpieczeniu roszczeń z tytułu naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego.

3. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia i uwzględnienia przy opisywaniu przedmiotu zamówienia wszystkich wymagań

i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty należy podnieść, co następuje:

Zamawiający określił w SIWZ termin, do upływu którego ma nastąpić realizacja przez Wykonawcę przedmiotu umowy (30 czerwca 2009 r.). Jednocześnie Zamawiający dopuszcza możliwość przesunięcia tego terminu, w przypadku opóźnień w wykonaniu robót budowlano-montażowych, warunkujących wykonanie montażu wyposażenia (§ 2 ust. 3 wzoru umowy). Od razu należy zaznaczyć, iż po pierwsze możliwość ta ma charakter fakultatywny, po drugie zaś Zamawiający nie określa okresu czasu, o który nastąpi przesunięcie terminu realizacji przedmiotu umowy. Co więcej, Zamawiający nie wskazał terminu, w którym roboty te - zgodnie z przyjętym harmonogramem powinny zostać planowo wykonane.

Skoro tak, to w sytuacji opóźnienia wykonania robót budowlano-montażowych, Zamawiający może nie tylko nie przesunąć terminu wykonania montażu wyposażenia, lecz nadto nałożyć na Wykonawcę karę umowną za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy. Tylko określenie terminu przeznaczonego na realizację przedmiotu umowy - w postaci precyzyjnie wskazanego okresu liczonego od daty umożliwienia przez Zamawiającego wykonywania przedmiotu umowy przez Wykonawcę - na przykład poprzez wskazanie, że jest to jeden miesiąc od wydania pomieszczeń, pozwoli złożyć ofertę, przy opracowaniu której zostaną uwzględnione wszystkie elementy mające wpływ na sposób jej sporządzenia oraz cenę. W przeciwnym przypadku Wykonawca nie może wykluczyć sytuacji, w której wydanie pomieszczeń nastąpi na kilka dni przed dniem 30 czerwca 2009 r., zaś zdaniem Zamawiającego nie doszło do opóźnienia wykonania robót budowlano-montażowych.

Ponadto - zgodnie z § 1 ust. 4 wzoru umowy, Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmniejszenia zakresu rzeczowego; w tym przypadku cena zostanie pomniejszona o wartość zakresu niewykonanego wynikającą z oferty. Zamawiający nie jest uprawniony do zastrzeżenia na swoją rzecz prawa jednostronnej zmiany zakresu zamówienia po udzieleniu zamówienia. Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 25 stycznia 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-79/05) uznał za niedopuszczalne zastrzeżenie przez

Gorski

zamawiającego możliwości ograniczenia zakresu rzeczowo-finansowego oraz prawa wyłączenia z zakresu umownego niektórych robót, względnie przesunięcia w czasie robót ujętych w harmonogramie bez podania przyczyn i bez żadnych skutków prawno finansowych. Podobnie Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 13 września 2005 r. (sygn. akt V Ca 1110/04) krytycznie odniósł się do postanowień projektu umowy, które przyznawały zamawiającemu nieograniczone prawo do zmniejszenia lub zwiększenia ilości zamówienia w poszczególnych pozycjach asortymentów w okresie miesiąca. Zdaniem Sądu, brak określenia procentowej granicy takiego zmniejszenia lub zwiększenia może spowodować znaczne trudności dla dostawcy.

Powyższe postanowienia wzoru umowy powodują, iż przedmiot zamówienia oraz zakres prac Wykonawcy nie zostały określone w sposób wyczerpujący i umożliwiający sporządzenie prawidłowej oferty.

W tej sytuacji wniesienie protestu jest konieczne i uzasadnione.

W załączeniu:

1) odpis z KRS,

Wiceprezes Zarządu  
  
Marcin Górnicki

GILDIA sp. z o.o.  
20-140 Lublin, ul. Rudnicka 26  
tel. (081) 747 44 06  
tel./fax 747 22 16