

Bytom, dnia 24 listopada 2008 r.

**Dyrektor Miejskiego Domu Kultury  
w Mikołowie  
Rynek 19  
43 - 190 Mikołów**

**Skarżący:** *FHU Fischer z siedzibą w Bytomiu, Rynek 11 (41 - 902)  
reprezentowana przez Pana Andrzeja Fischera*

**PROTEST w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego  
w trybie przetargu nieograniczonego  
na usługi drukarskie ( KOD CPV 79810000-5) - druk miesięcznika „Gazeta  
Mikołowska”**

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r, Nr 223 póź. 1655, dalej zwanej „ustawą”) niniejszym składam protest na postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w zakresie:

- a. pkt. 8.4 oraz 9.4. - zarzucając jej naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt. 2) i ust. 2 oraz art. 29 ustawy,
- b. pkt. 20 - pouczenie o środkach ochrony prawnej - zarzucając naruszenie art. 36 ust. 1 pkt. 17 ustawy p.z.p.

Wobec powyższego skarżący wnosi o:

1. modyfikację SIWZ przez wykreślenie w postanowieniu pkt. 8.4. oraz 9.4. SIWZ wymogu dysponowania maszyną drukarską formatu B I z rokiem produkcji nie wcześniejszym niż 2001 r.,

2. ewentualnie unieważnienie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 93 ust. 1 pkt. 7) ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego i wszczęcie nowego postępowania w oparciu o uzupełnione i sporządzone zgodnie z przepisami SIWZ.

Protest zgodnie z art. 180 ust. 3 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych został złożony w terminie 7 dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej, które nastąpiło w dniu 18 listopada 2008 r.

**Uzasadnienie**

Zamawiający ustalając warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia opisał je w sposób wykluczający uczciwą konkurencję- i równe traktowanie wykonawców, czym naruszył art. 1 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt. 2) i ust. 2 ustawy.

Zamawiający w pkt. 8.4 oraz 9.4 SIWZ ustalił, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy posiadają maszynę drukarską dla formatu B I,

która została wyprodukowana nie wcześniej niż w 2001 roku, lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia takiej maszyny, O ile skarżący może się zgodzić, że żądanie spełnienia kryterium wartościowego jest zasadne, gdyż pozwala na ocenę doświadczenia i zdolności do wykonania prac, o tyle wymaganie posiadania takich urządzeń, mimo, że równie dobrą jakość można uzyskać używając także maszyn o formatach B2 i B3, jest zupełnie nieusprawiedliwione.

W piśmie z dnia 17 listopada 2008 roku Zamawiający podnosił, że określenie roku produkcji maszyny ma na celu uzyskanie maksymalnej gwarancji niezawodności wykonania usługi (szybkości wykonania). Skarżący podnosi, że Zamawiający w treści SIWZ nie wskazywał na kryterium szybkości, z jaką wykonywane mają być druki „Gazety Mikołowskiej”, Istotnym jest bowiem, by dostawa nakładu miesięcznika była realizowana terminowo, tj. raz w miesiącu, Co więcej, Zamawiający w powołanym, piśmie wskazuje, że wykonywanie druku na maszynie typu B I Jest relatywnie tańsze, Nie powinno mieć to jednak znaczenia, skoro kryterium oceny ofert jest najniższa cena. W gestii zatem wykonawców startujących w przetargu winno być zaproponowanie konkurencyjnej względem innych wykonawców ceny za wykonane usługi. I to winno być jedynym kryterium Zamawiającego przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wprost w piśmie z dnia 17.11.2008 r, wskazuje, że określenie wymagań względem maszyn, którymi dysponują wykonawcy, nie ma na celu uzyskanie lepszej jakości wydruku, a jedynie szybkość i tańsze wykonanie wydruków. To jednak powoduje wykluczenie znacznej części wykonawców z toczącego się postępowania, mimo braków merytorycznego uzasadnienia takiego stanowiska. To na wykonawcach spoczywa obowiązek terminowego wykonywania usług, Skoro, po przeanalizowaniu SIWZ, zgłaszają się do przetargu, oznacza to, że są w stanie zrealizować zamówienie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający określa parametry maszyny tylko dlatego, że w jego mniemaniu wykonanie usługi będzie szybsze i tańsze. Jednakże szybkość maszyny nie powinna mieć znaczenia, skoro wykonanie wydruku odbywać się ma w ciągu miesiąca, a to umożliwi także maszyna typu B2 i B3. Nie ma też pewności czy wykonawcy dysponujący maszyną typu B I zaproponują niższą ceną niż wykonawcy posiadający maszyny typu B2 i B3. Ograniczając zatem dostęp innych wykonawców do przetargu, zamawiający ogranicza także sobie możliwość swobodnego porównania ofert i wybrania najtańszej oferty. Uzasadnienie zamawiającego, wskazane w piśmie z dnia 17 listopada 2008 r. udowadnia, że działania Zamawiającego przy przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zapewniają zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co uzasadnia żądanie skarżącego modyfikacji SIWZ. Co prawda, pismo z dnia 17 listopada 2008 roku nie jest owiązane bezpośrednio z aktualnym postępowaniem, jednakże wskazuje wprost na intencję Zamawiającego przy określaniu warunków udziału w postępowaniu dotyczącym druku miesięcznika „Gazeta Mikołowska” w postaci wymogów względem urządzeń drukarskich.

W/w wymaganie Zamawiającego nie ma żadnego uzasadnienia merytorycznego, a to ze względu na fakt, że prace, które są przedmiotem przetargu mogą być wykonane prawidłowo oraz z jakością oczekiwaną przez Zamawiającego, także na maszynach drukarskich o formatach B2 oraz B3, niezależnie od wieku maszyny.

Wobec powyższego podane przez Zamawiającego kryterium jest sztuczne, bowiem nie ma powodu, dla którego miałby on nie dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców posiadających wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, a nie posiadających, wybranych bez jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego przez Zamawiającego, urzędzeń drukarskich. Takie wymagania stawiane przez Zamawiającego nie są uzasadnione jego potrzebami, a inne sformułowanie wymogów nie spowoduje braku możliwości ich zaspokojenia. Skarżący stanowczo podnosi, że formułując w/w wymogi techniczne dot. zamówienia, Zamawiający zmierzał do takiego ich określenia, by umożliwić wygranie przetargu jednemu przedsiębiorstwu, które takim sprzętem dysponuje, a jednocześnie wykluczyć pozostałych wykonawców, w tym Skarżącego. Powyższe warunki SIWZ stawiane przez Zamawiającego są tak ukształtowane, że sugerują wybór konkretnego jednego wykonawcy działającego na obszarze Mikołowa, co w połączeniu z niezasadnością wymagań pkt. 8.4, i 9.4. SIWZ, przesądza o naruszeniu przez zamawiającego art. 7 i 22 ust. 2 ustawy.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 14.01.2008 r. (KIO/UZP 62/07, LEX nr 393517) *warunek udziału w postępowaniu musi zagwarantować należyte wykonanie zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu niedyskryminującego charakteru. Warunek taki winien mieć na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia i tym samym nie może prowadzić do faworyzowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców,*

Zasada uczciwej konkurencji ma szczególne znaczenie przy ustalaniu określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przedmiotu i warunków zamówienia. Powinny być one sprecyzowane przez zamawiającego w taki sposób, który nie eliminuje i góruje pewnego kręgu podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, tzn. powinny być obiektywne, niedyskryminacyjne i nieograniczające konkurencji (tak w piśmie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 1 stycznia 2000 roku „Zasada równości i uczciwej konkurencji”, S, Podat, 2003.12.19). Nie sposób odnaleźć sensownego uzasadnienia tak postawionych warunków przez Zamawiającego, dlatego też zasadnym staje się złożenie niniejszego protestu. Skarżący chciałby również stanowczo podkreślić, że to wykonawca odpowiada za jakość i terminowość świadczonych przez siebie prac, a Zamawiający winien raczej oczekiwać wylegitymowania się doświadczeniem w realizacji prac, będących przedmiotem zamówienia, niż posiadaniem konkretnego sprzętu. Na maszynach o formatach B2 i B3 można wykonywać te same prace jak na maszynach o formacie B1, bez jakiegokolwiek uszczerbku jakościowego, technologicznego, terminowego i cenowego dla wykonanych zadań,

Co więcej, wymagania postawione w pozostałej części SIWZ gwarantują należyte i terminowe wykonanie prac, co dodatkowo przemawia przeciwko

tworzeniu przez Zamawiającego niczym nieuzasadnionych barier w postaci ścisłego określania rodzaju maszyn, jakie mają być wykorzystywane podczas realizacji zadania. Działania Zamawiającego prowadzą niewątpliwie do ograniczania uczciwej konkurencji.

Skarżący nie kwestionuje prawa zamawiającego do określania wymagań jakie muszą spełnić wykonawcy, jednak powinny być one uzasadnione i racjonalne. Zamawiający ma prawo do takiego opisanie warunków udziału w postępowaniu, aby zapewnić realizację postawionego sobie celu, tzn. wyłonienie wykonawcy, który będzie w stanie należycie wykonać zamówienie. Granicę kompetencji Zamawiającego w tym zakresie określają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które w tym przypadku zostały przez Zamawiającego przekroczone,

Wobec powyższego skarżący stoi na stanowisku, że kwestionowany zapis powoduje bezpodstawne zawężenie grona wykonawców, a tym samym narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz ze względu na naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt. 2) i ust. 2 ustawy uniemożliwia zawarcie ważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego (art. 146 ust. 1 pkt. 6 ustawy).

W przedmiocie kolejnych uchybień Zamawiającego występujących w SIWZ, skarżący podnosi, że zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie dominuje pogląd, że dyspozycji art. 36 ust. 1 pkt 17 ustawy nie spełnia jedynie wymienienie Środków prawnych przysługujących wykonawcom oraz podanie ustawowej regulacji. Niezbędnym minimum w tym zakresie jest wskazanie terminu i podmiotu, do którego są wnoszone środki prawne (zob. wyrok KIO z dnia 11 lutego 2008 roku, KIO/UZP 56/08, KIG/UZP 64/08). W tym przypadku Zamawiający ograniczył się wyłącznie do powołania działu ustawy p.z.p., w którym wyliczone są środki prawne, co nie spełnia wymagań określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, a zatem stanowić może podstawę do unieważnienia toczącego się postępowania. Co więcej, takie pouczenie na temat przysługujących środków ochrony prawnych, bez wskazania wartości zamówienia, powoduje powstanie niepewności w zakresie terminów wnoszenia poszczególnych środków. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 3 ustawy p.z.p, terminy wniesienia protestu uzależnione są od wartości zamówienia, które w niniejszym przypadku nie zostało nawet szacunkowo wskazane.

Reasumując należy uznać, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez brak jednoznacznego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie Wykonawców. Co więcej, braki formalne w treści SIWZ mogą mieć wpływ na ważność całego postępowania, jako przeprowadzonego niezgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy p.z.p., a w konsekwencji także na ważność zawartej w wyniku przetargu umowy,

Tym samym skarżący podnosi, że sformułowanie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w wyżej opisany sposób jest sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji i narusza jego interes prawny pozbawiając go możliwości złożenia oferty dot. tego zamówienia, ewentualnego wygrania przetargu i zawarcia kontraktu z Zamawiającym.

W tym stanie rzeczy skarżący wnosi jak na wstępie.

Za skarżącego  
Andrzej Fischer

Wzywam Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu , który wpłynął do MDK dnia 25 listopada 2008 r. (art.181 ust.3).

Damiaris Stencel

Dyrektor Miejskiego Domu Kultury w Mikołowie