

Legionowo, 27 .07.2007 r.

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na "Dostawę mięsa, wędlin i konserw mięsnych do Centrum Szkolenia Policji w Legionowie i Zakładu Kynologii Policyjnej w Sułkovicach" sprawa nr 28/07/ZŻ.

Informacja o wniesionym proteście

Powołując się na art. 181 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz.1163, Nr 170, poz. 1217 i Nr 227, poz. 1658) Zamawiający informuje, że w dniu 26.07.2007 r. wpłynął protest złożony przez Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „ARPOL” z siedzibą: 65-119 Zielona Góra, ul. Trasa Północna 14. Kopia niniejszego protestu stanowi załącznik do niniejszego pisma. W związku z tym wzywam Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Na podstawie art. 181 ust. 4 ustawy, uczestnikami postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu stają się Wykonawcy, którzy mają interes prawny w tym aby protest został rozstrzygnięty na korzyść jednej ze stron i którzy przystąpią do postępowania w terminie 3 dni od dnia opublikowania niniejszej informacji.

Wykonawca zgłaszając przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zobowiązany jest wskazać swój interes prawny w przystąpieniu i określić swoje żądania w zakresie zarzutów zawartych w proteście. Zgłoszenie przystąpienia wnosi się do Zamawiającego przekazując jednocześnie kopię Wykonawcy wnoszącemu protest.

Zamawiający rozstrzygnie protest działając w myśl art. 183 ustawy.

**KOMENDANT
CENTRUM SZKOLENIA POLICJI**

insp. Jacenty BAŃKIEWICZ

Zielona Góra, dnia 26.07.2007r.

Centrum Szkolenia Policji w Legionowie
ul. Zegrzyńska 121
05-121 Legionowo

Nr sprawy: 28/07/ZŻ

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę mięsa, wędlin i konserw mięsnych do Centrum Szkolenia Policji w Legionowie i Zakładu Kynologii Policyjnej w Sułkowicach.

Protestujący: Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „Arpol” Spółka z o.o., ul. Trasa Północna 14, 65-119 Zielone Góra.

Protest wobec czynności Zamawiającego

Działając w imieniu Przedsiębiorstwa Handlowo – Usługowego „Arpol” Spółkę z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177), składam protest na czynności **Zamawiającego** polegające na:

1. określeniu w SIWZ, że **Zamawiający** nie dopuszcza możliwości powierzenia wykonania zamówienia w całości lub w części podwykonawcy lub podwykonawcom i wymaga wykonania zamówienia publicznego przez Wykonawcę siłami własnymi;
2. umieszczeniu w SIWZ wymogu załączenia do oferty przez Wykonawcę zaświadczenia właściwej Państwowej Inspekcji Sanitarnej, z którego wynika, że Wykonawca podlega stałemu nadzorowi organu Państwowej Inspekcji Sanitarnej wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert

naruszających:

- zasadę równego traktowania Wykonawców
- zasadę przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji

oraz

3. sporządzeniu projektu umowy stanowiącego załącznik do SIWZ, który nie przewiduje możliwości waloryzacji ceny w trakcie wykonywania umowy, co narusza zasadę swobody umów.

W związku z powyższym zarzucam Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 2 ust 11 ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez błędną definicję „Wykonawcy”;
2. naruszenie art. 7, art. 22 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. naruszenie art. 353¹ KC i ustawy Kodeks Cywilny poprzez jego niezastosowanie.

W wyniku sporządzenia przez Zamawiającego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób naruszający przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych – **interes prawny** Przedsiębiorstwa Handlowo – Usługowego „**ARPOL**” Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, **doznał uszczerbku**, którego wyrazem jest uniemożliwienie złożenia ważnej oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego lub w przypadku nie wprowadzenia przez **Zamawiającego** zmian we wzorze umowy w razie złożenia oferty i uzyskania zamówienia **Protestujący** dozna uszczerbku interesu prawnego podpisując umowę, której postanowienia są dla niego krzywdzące.

Protestujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia protestu w dniu **20 lipca 2007r.** tj. w dniu publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

W związku z powyższymi zarzutami domagam się:

- uwzględnienia protestu,
- unieważnienia postępowania.

Uzasadnienie

Ad. 1

W dniu 20.07.2007r. **Zamawiający** zamieścił ogłoszenie o przetargu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz na swojej stronie internetowej.

W tym samym dniu na swojej stronie internetowej **Zamawiający** zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia do tego postępowania. W punkcie 9 ppkt. 3 SIWZ Zamawiający umieścił postanowienia dotyczące podwykonawstwa. **Zamawiający** nie dopuścił możliwości powierzenia części lub całości zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom i wymógł, aby wykonanie zamówienia publicznego, Wykonawca wykonał siłami własnymi.

Zdaniem **Protestującego** zapis SIWZ uniemożliwiający Wykonawcy korzystanie z usług Podwykonawcy narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania Wykonawców. Protestujący nie jest producentem mięsa, prowadzi jedynie w tym zakresie działalność logistyczną i handlową, w związku z tym, przy realizacji zamówień publicznych korzysta z pomocy podwykonawców będących producentami towaru stanowiącego przedmiot zamówienia. Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 2 ust 11 stanowi, że „wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego”. Ustawa w żaden sposób nie stanowi więc, że Wykonawca musi być jednocześnie producentem oferowanego towaru. Z

cytowanego wyżej zapisu wynika, że Wykonawcą może być praktycznie każdy podmiot prowadzący działalność gospodarczą.

Stanowisko Protestującego potwierdza także pisemna opinia Wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 31 lipca 2006r. sygn. UZP/DP/PE/WHA/83986/21725/06 w sprawie dopuszczalności ograniczenia podwykonawstwa przy udzielaniu zamówień publicznych w świetle prawa wspólnotowego.

Zgodnie z przytoczonym w tej opinii wyrokiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-314/01¹, w którym stwierdza się, że już w dyrektywie 92/50/EWG dopuszczono możliwość powierzenia podwykonawcy wykonania części zamówienia. W celu faktycznego umożliwienia wykonania zamówienia przez podwykonawcę dyrektywy unijne 2004/18/WE(art. 47 ust2 i art. 48 ust. 3) oraz 2004/17/WE(art. 53 ust. 4 i 5) przewidują możliwość powołania się przez wykonawcę na zdolności innych podmiotów (podwykonawców), potwierdzające możliwości finansowe, ekonomiczne oraz kwalifikacje techniczne lub zawodowe.

Obowiązująca ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 36 ust. 4 i 5 nakłada na **Zamawiającego** obowiązek żądania wskazania przez wykonawcę w ofercie **części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom** oraz **prawo określenia przez Zamawiającego w SIWZ, która część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom**. Przepis ten nie uprawnia jednak **Zamawiającego** do całkowitego zakazania udziału podwykonawców w realizacji zamówienia. Takie wskazanie może dotyczyć jedynie części zamówienia a nie całości. Określenie części zamówienia, która nie może być powierzona podwykonawcom, jako element ograniczający konkurencję, jest dopuszczalne tylko z uwzględnieniem zasady wyrażonej art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W stanowisku UZP podkreślono, że „wprowadzenie przez zamawiającego ograniczenia podwykonawstwa może mieć miejsce wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, związanych z charakterem i zakresem zamówienia (...) przy zachowaniu zasady uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności. Jako wyjątek od zasady ograniczenie powinno być interpretowane ściśle, a ciężar udowodnienia szczególnej sytuacji uzasadniającej takie ograniczenie powinien spoczywać każdorazowo na zamawiającym”.

W świetle powyższych wywodów **Protestujący** nie znajduje merytorycznego ani prawnego uzasadnienia dla zapisu SIWZ, który nie dopuszcza do udziału w realizacji zamówienia podwykonawców.

Ad. 2

W pkt 10 ppkt 9 SIWZ **Zamawiający** zażądał dla potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków szczegółowych załączenia do oferty zaświadczenia właściwej Państwowej Inspekcji Sanitarnej z którego wynika, że **Wykonawca** podlega stałemu nadzorowi organu Państwowej Inspekcji Sanitarnej wystawionego nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed dniem otwarcia ofert. Sformułowanie warunku w tej postaci oznacza, że **Zamawiający** dopuszcza do udziału w przedmiotowym postępowaniu tylko tych Wykonawców, którzy są producentami lub wprowadzają do obrotu żywność pochodzenia **niezwierzęcego lub wprowadzają do obrotu produkty pochodzenia zwierzęcego**.

Potwierdzeniem powyższego jest treść art. 61 ustawy o Bezpieczeństwie żywności i żywienia z dnia 25 sierpnia 2006r. (Dz.U. 06.171.1225), który stanowi, że:

„Państwowy powiatowy inspektor sanitarny jest organem właściwym w sprawach rejestracji (...) zakładów, które:

- 1) produkują lub wprowadzają do obrotu żywność pochodzenia niezwierzęcego,
- 2) wprowadzają do obrotu produkty pochodzenia zwierzęcego, nieobjętych urzędową kontrolą organów Inspekcji Weterynaryjnej...”

Tak formułując warunek udziału w postępowaniu, Zamawiający wyklucza z udziału w postępowaniu podmioty produkujące żywność pochodzenia zwierzęcego i będące pod nadzorem Inspekcji Weterynaryjnej, jednocześnie zaprzecza temu żądaniu żądając wcześniej w SIWZ aby Wykonawcy byli producentami tj. nie działali przez podwykonawców, a więc zgodnie z obowiązującymi przepisami byli podmiotami podlegającymi nadzorowi Inspekcji Weterynaryjnej. Formułując w ten sposób warunki udziału w postępowaniu **Zamawiający** spowodował, że nie jest możliwe złożenie ważnej oferty przez któregokolwiek z Wykonawców, gdyż albo będzie on producentem mięsa, więc z mocy prawa nie będzie podlegał nadzorowi Inspekcji Sanitarnej tylko Weterynaryjnej, albo nie będzie producentem, a jedynie podmiotem wprowadzającym mięso do obrotu, więc podlega nadzorowi Inspekcji Sanitarnej ale musi działać przez podwykonawców.

W związku z powyższym **Protestujący** nie znajduje prawnych powodów dla wspomnianych powyżej zapisów SIWZ, które nie dopuszczają do udziału w postępowaniu Wykonawców podlegających nadzorowi Inspekcji Weterynaryjnej, tym samym uniemożliwiają tym Wykonawcom udział w przedmiotowym postępowaniu.

Ad. 3

W projekcie Umowy załączonym do Specyfikacji istotnych warunków zamówienia **Zamawiający** nie zamieścił zapisu umożliwiającego waloryzację ceny, np. w oparciu o wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany przez Prezesa GUS . W ten sposób **Zamawiający** naraża interes prawny **Protestującego** w razie uzyskania zamówienia poprzez podpisanie niekorzystnej dla **Protestującego** umowy, tym samym wyklucza możliwość zabezpieczenia obu kontrahentów przed skutkami niespodziewanych zmian cen z przyczyn niezależnych od nich a także naruszył zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353¹ Kodeksu Cywilnego.

W związku z powyższym protest jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie, wobec czego wnoszę jak powyżej.