

Radom 17 04 2008 r.

Składający protest:

**Centrum Zaopatrzenia Energetyki**  
**ELTAST Sp. z o.o.**  
**26-600 Radom**  
**ul. Toruńska 9**  
**tel. +48 360 83 44**  
**fax. +48 331 40 23**  
**e-mail: sekretariat@eltast.pl**

**W P Ł Y N Ę Ł O**  
**URZĄD GMINY POMIECHÓWEK**

18. KWI. 2008

nr ew. rej. ..... 2426 .....  
 ilość załączników .....  
 podpis .....

*Jan H. Hobs - Niemcewicz*  
*14*

**Zamawiający:**

**Gmina Pomiechówek z siedzibą**  
**w Brody Parcele**  
**ul. Szkolna 1A**  
**05-180 Pomiechówek**  
<http://www.pomiechówek.pl>  
 tel. 022 765 27 24  
 fax. 022 765 27 10

**PROTEST**

na podstawie Art.179 ust. 1 oraz Art. 180 ust. 1 Prawa o zamówieniach publicznych (Ustawa zamówieniach publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku Dz. U. z dnia 9 lutego 2004 r Nr 19, poz. 177) wnosimy protest ze względu na istotne wady w dokumentacji przetargowej na oświetlenie Gminy Pomiechówek naruszających nasz interes prawny w uzyskaniu zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 206.000 euro ogłoszonego na stronie internetowej <http://www.pomiechówek.pl> w dn. 11.04.2008 r. ogłoszenie Nr 74995 w nomenklaturze urzędu ZP.341/3/2008.

W dniu 11.01.2008 r. zapoznaliśmy się ze **Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia** dotyczącą przetargu na „Modernizację i rozbudowę oświetlenia drogowego na terenie Gminy Pomiechówek”. Na podstawie art. 111 kc § 2 ustaliliśmy, że termin na wniesienie skutecznego protestu mija dnia 18.04.2008 r.

Po szczegółowej analizie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na wykonanie modernizacji oświetlenia drogowego na terenie Gminy Pomiechówek, zmuszeni jesteśmy do skorzystania z przewidzianych w w/w. ustawie środków ochrony prawnej w postaci protestu ze względu na bardzo poważne naruszenia pzp skutkujące naruszeniem naszego interesu prawnego poprzez to, że zgodnie z wyrokami SN nie będzie mogła być zawarta skuteczna umowa o roboty budowlane. Postępowanie obarczone jest ponadto innymi poważnymi wadami uniemożliwiającymi złożenie ważnej oferty.

Zdaniem Protestującego Zamawiający swoim postępowaniem naruszył następujące przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

1. **art. 2 ust. 7** Pzp poprzez sprzeczność treści ogłoszenia o zamówieniu publicznym a treścią SIWZ oraz stanem faktycznym wykazany w SIWZ w zakresie, że ogłoszenie nie dopuszcza rozwiązań wariantowych natomiast specyfikacja wskazuje wyraźnie na możliwość przedstawienia w ofercie rozwiązań wariantowych modernizacji.

*PH*

2. **art. 7 ust. 1** Pzp tj. prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
3. **art. 29 ust. 1** Pzp tj. określenie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, wewnątrznie sprzeczny.
4. **art. 29 ust. 2** Pzp tj. określenie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
5. **art. 30 ust.2 pkt. 3** Pzp poprzez opis przedmiotu będący w sprzeczności z właściwymi normami.
6. **art. 31 ust. 1, 2 i 4** Pzp poprzez to, że jest brak dokumentacji na roboty budowlane wymagane aktem wykonawczym do tego artykułu. W szczególności brak jest obliczeń fotometrycznych,
7. **art. 91 ust. 2** Pzp poprzez ustalenie kryteriów oceny nie związanych z przedmiotem zamówienia.

Ponadto zachodzą naruszenia innych aktów prawnych wskazane poniżej:

1. Prowadzenia postępowania w sposób skutkujący naruszeniem ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych [Dz. U. Nr 249 poz. 2104 z dnia 20.12.2005 r.]
  - 1.1 **Art. 35 pkt. 3 ppkt. 1** czyli bez zachowania : " oszczędności oraz zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów"
  - 1.2 **Art. 35 pkt. 4** czyli zawierania umów z naruszeniem przepisów określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych
2. Prowadzenia postępowania w sposób naruszający ustawę z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych [Dz.U.2003.139.1323 ze zm.]
  - 2.1 **art. 5 oraz art. 9** poprzez ustalenie w umowie na roboty budowlane terminu płatności w ratach przekraczających 30 dni jak stanowi ustawa.

## U Z A S A D N I E N I E

SIWZ jest wewnętrznie niezborna, gdyż:

1. **Naruszenie art. 2** - w ogłoszeniu [ II.1.6 ] i specyfikacji SIWZ nie jest dopuszczane składanie ofert wariantowych. Natomiast na skutek całkowitego braku w dokumentacji obliczeń fotometrycznych związanych z obiektem budowlanym podlegającym modernizacji należy rozumieć, że zamawiający w taki sposób określił minimalne wartości wymagane przez rozwiązania wariantowe. Wprowadza to w błąd potencjalnych wykonawców jakoby projekt spełniał wymagania art. 30, art. 31 oraz rozporządzenia wydanego do niego. Jak również Rozporządzenia nr 430 Min. Gosp. Morskiej i transportu z 3 marca 1999 r. wydanego do art. 7 pb. Nie przedstawiono żadnych obliczeń fotometrycznych odcinków dróg wskazanych z nazwy dla Gminy Pomechówek. Załączono zaledwie oderwane od obiektu podlegającego modernizacji obliczenia fotometryczne, które można rozumieć jako minimalne wymagania dla rozwiązań wariantowych. Naruszono art. 30 oraz cytowane poniżej rozporządzenie poprzez to, że wcale nie wykazano, że planowane roboty spełniają Polskie Normy przenoszące normy europejskie w szczególności normę PN-EN 13201. Świadczą o tym takie fakty, że obliczenia dokonano bez wskazania nazwy obiektu dla kąta nachylenia oprawy 5° natomiast w specyfikacji domaga się od opraw możliwości regulacji aż co najmniej 15° [ Rozdział 4 punkt 4.4 A) podpunkt 4 SIWZ strona 6 ]. Realizacja będzie wyraźnie przebiegała inaczej niż w założeniu sugeruje specyfikacja. Analizując sposób realizacji zadania zamawiający ma do wyboru dwa sposoby:
  - a. Wariantowy

- b. Nie wariantowy oparty o konkretne wskazane rozwiązanie a w szczególności równoważne w myśl art. 29 ust. 3 Pzp.  
Specyfikacja nie dopuszcza rozwiązań wariantowych jak wskazaliśmy wcześniej, a jednocześnie nie wskazuje konkretnych rozwiązań i rozwiązań równoważnych.

Czyli, albo sama sobie zaprzecza, albo autor, który, nota bene, bardzo się ukrywa i nie ujawnia, ani imienia, ani nazwiska, ani firmy, nie wie o co mu chodzi i jakie rozwiązania chce dopuścić. Domyślam się, że chodzi w szczególności o rozwiązania na sprzęcie Thom, które są tym trzecim rozwiązaniem pozaustawowym. [ wyrok ZA z dnia 31 maj 2006 r. Sygn. Akt 0-1533-06 ], [wyrok ZA z dnia 1 sierpnia 2006 r. Sygn. Akt 0-2162-06] oraz [wyrok ZA z dnia 18 sierpnia 2006 r. Sygn. Akt 0-2290-06]

**2. Naruszenie art. 29-** Zamawiający korzysta bezprawnie z wyjątku określonego w art. 29 ust. 3 pzp gdyż nie przywołał znaków towarowych [ z wyłączeniem jednej oprawy typu Oracle marki Thom] lecz tylko podał wartości minimalne wymagane w stosunku do opraw. Czyli wymagania minimalne dotyczące wariantu wykonania zadania. Wcześniej wykazano, że jednocześnie zabronił rozwiązań wariantowych. Jest to całkiem niezrozumiałe. Skoro, idąc tokiem rozumowania autora dokumentacji, nie dopuszcza rozwiązań wariantowych to dopuszcza równoważne jeśli jest to uzasadnione specyfiką zamówienia. Takiej specyfiki zamawiający w SIWZ wcale nie wykazał. Ponadto zgodnie z opinią biura prawnego przy Prezesie UZP opublikowaną na stronach internetowych UZP [opinia 15] nie jest wystarczające przywołanie nazwy własnej i uzupełnienie „równoważne” lecz należy precyzyjnie opisać kryteria równoważności. Zamawiający tego nie dokonał. W specyfikacji Protestujący nie doszukał się terminu „ lub równoważne”. Nie określone zostały też dopuszczalne tolerancje dla rozwiązań równoważnych. Jednoznacznie w ten sposób wskazując na wyłączne rozwiązanie na oprawach marki Thom tylko i wyłącznie

**3. Naruszenie art. 31 pzp** - Autor dokumentacji " Projektowej" opisany we właściwościach dokumentów jako „Jacek” nie legitymuje się uprawnieniami budowlanymi w wymaganym zakresie oraz nie jest członkiem Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa. Dokumentacja „Projektowa” nie jest Projektem ani programem funkcjonalno użytkowym ponieważ nie spełnia żadnym kryteriów określonych dla tego rodzaju dokumentacji budowlanej w stosownych rozporządzeniach. Właściwie nie wiadomo co to jest? W podobnej sytuacji w postępowaniu na modernizację oświetlenia w Oleśnicy Sąd Okręgowy we Wrocławiu Sygn. Akt. X Ga 12/07 nakazał wykonanie i załączenie wymaganych rozporządzeniem Ministra infrastruktury wydanego na podstawie art. 31 ust. 4 pzp w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz programu-funkcjonalno użytkowego.

**4. Naruszenie art. 91-** Art. 91 ust. 2 stanowi, że cyt. :” kryteriami oceny może być cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia.”

Wspólny Słownik Zamówień (CPV) zamawiający określił na 45 31.61.10-9 czyli roboty budowlane polegające na instalowaniu urządzeń elektrycznych na obiektach budowlanych.

Kryterium oceny w specyfikacji SIWZ na stronie 2 zamawiający określił na :

1. cena waga 80%
2. Warunki spłaty- wysokość oprocentowania- 20%

Kryteria te pozostają w rażącej sprzeczności z przedmiotem zamówienia jakim są wskazujące kodem CPV roboty budowlane. Nie pozostają w żadnym związku przyczynowo skutkowym z przedmiotem zamówienia.

Analizując Uchwałę Sądu Najwyższego, z dnia 18 września 2002 r., III CZP 52/02 dotycząca zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy w Warszawie postanowieniem z dnia 23 maja 2002 r., wyroku dotyczącego sprawy, która rozpoczęła się przed nowelizacją ustawy pzp w 18 czerwca 2001 roku ale zapadał już po jej noweli, w której dokonano zmiany art. 91 pzp wiążąc kryteria oceny z przedmiotem zamówienia. Wyrok ten jest o tyle interesujący gdyż Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku:

1. Podał definicję i znaczenie prawne terminu płatności ( tu nazywanym warunkami spłaty)
2. Ustosunkował się czy termin płatności ( warunki spłaty) może być kryterium oceny po nowelizacji ustawy prawo zamówień publicznych, która to nowela związała kryterium oceny z przedmiotem zamówienia [ wcześniej tak nie było].

Sąd Okręgowy w uzasadnieniu wyroku, do którego przychylił się Sąd Najwyższy postanowił cyt. Istotne dla sprawy fragmenty:

1. Wyraźne stwierdzenie, że chodzi o kryteria „odnoszące się do przedmiotu zamówienia”, nie pozostawia wątpliwości, iż z jednej strony decydujące znaczenie dla uznania oferty za niekorzystniejszą mają kryteria przedmiotowe, z drugiej zaś wykluczone są kryteria podmiotowe. Istota zagadnienia prawnego sprowadza się zatem do pytania, czy „termin płatności” jako kryterium oceny oferty może być zaliczony do kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Podejmując tę kwestię, Sąd Okręgowy odniósł określenie „przedmiot zamówienia”, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 8 u.z.p., do pojęcia „przedmiot zobowiązania” (rozumianego jako świadczenie) i wskazał, że termin płatności jest elementem przedmiotu zobowiązania (świadczenia) **zamawiającego, a nie oferenta**, a zatem **nie powinien stanowić kryterium oceny oferty**.
2. „Sąd Okręgowy zwrócił uwagę na to, że termin płatności mógł, jak przedmiot specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowić kryterium oceny oferty **przed nowelizacją** ustawy dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 113, poz. 1208). **Obecnie** zaś, w związku ze zwężeniem przez ustawodawcę kryteriów oceny do przedmiotu zamówienia, **nie jest to dozwolone**.

Rozłożenie płatności na raty tak jak stanowi to specyfikacja rodzi kolizję z Ustawą o terminach płatności w transakcjach handlowych, która nakłada obowiązek określenia terminu płatności na 30 dni a potem okresie naliczać odsetki ustawowe [ art. 9] stanowi, że inne uregulowanie umowne sprzeczne z ustawą nie ma mocy prawnej

Konkludując, przedmiot zamówienia w ten sposób został całkowicie nieprecyzyjnie określony co stanowi kolizję z **art. 29 ust. 1** pzp. Taki opis z kolei spełnia kryteria określone w **ust. 2 art. 29** ustawy pzp, gdyż utrudnia uczciwą konkurencję.

Zamawiający załączając dokumentację projektową sprzeczną z normą wymaganą Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku Dz. 202 poz. 2072, a wydanym na podstawie Art. 31 pkt 4 Ustawy Prawo zamówień publicznych, **nie opisał prawidłowo, jednoznacznie i wyczerpująco przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 31 ust. 1 Pzp.**

Podobne stanowisko w identycznej sprawie wyraził zespół arbitrów przy Prezesie UZP w wyroku Sygn. Akt UZP/ZO/0-262/06.

Wyrok zaskarżony przez Zamawiającego do Sądu Okręgowego w Olsztynie (Sygn. akt IX Ca 222/06) z dnia 26 kwietnia 2006 r został obroniony w całości przez Wykonawcę i apelacja została odrzucona w całości jako bezzasadna.

Kolejny niezwykle precyzyjny wyrok arbitrów w całkowicie analogicznej sprawie zapadł w dniu 31.05.2006 r. Sygn. akt: UZP/ZO/ 0-1533/06.

Stanowi to również czyn nieuczciwej konkurencji ( Art. 29 ust. 2), ponieważ nie mogą być zaproponowane urządzenia równoważne do nie istniejących fotometrii związanych z oporami z projektu.

Podobne stanowisko wyraził zespół arbitrów przy prezesie UZP w wyroku Sygn. Akt UZP/ZO/0-262/06 jak również wcześniej przywoływany Sygn. akt: UZP/ZO/ 0-1533/06

Opisane powyżej wady SIWZ naruszają **art. 7 ust. 1** ustawy Prawo zamówień publicznych tj. prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców ubiegających się o ww. zamówienie.

W protestowanej sprawie jest bogate orzecznictwo zespołów arbitrów przy UZP reprezentujące podobne poglądy i tworzące spójną linię orzecznictwa w tego typu sprawie. Podajemy sygnatury akt:

- a. Wyrok z dnia 13 lipca 2005 r. Sygn. akt UZP/ZO/0-1688/05.
- b. Wyrok z dnia 28 lipca 2005 r. Sygn. akt UZP/ZO/0-1890/05.
- c. Wyrok z dnia 03 lutego 2006 r. Sygn. Akt. UZP/ZO/ 0-262/06 w identycznej sprawie dotyczącej modernizacji oświetlenia ulicznego
- d. Wyrok z dnia 24 lutego 2006 r. Sygn. akt: UZP/ZO/ 0-492/06 dot. modernizacji oświetlenia w zakresie przestrzegania Polskich Norm przenoszących normy europejskie.
- e. Wyrok z dnia 31.05.2006 r. Sygn. akt: UZP/ZO/ 0-1533/06. Wydany w zakresie naruszenia art. 30 ust. 2 pkt. 3 normy PN-EN 13201 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zakresie odbłyśnika oprawy.
- f. Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 30 stycznia 2007 r. Sygn. Akt X Ga 12/07
- g. Wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 25 kwietnia 2006 r. Sygn. Akt IX Ca 222/06
- h. Wyroki Sądu Najwyższego

Słuszność werdyktów Arbitrów został potwierdzony jednocześnie wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie Sygn. Akt IX Ca 222/06 z dn. 26.04.2006. w zakresie przestrzegania norm PN-EN 13 201 oraz opisu przedmiotu zamówienia za pomocą cech technologicznych a nie technicznych i jakościowych.

W każdych okolicznościach nie będzie możliwe zawarcie prawnie skutecznej umowy na roboty budowlane przy tak sporządzonej specyfikacji.

Zważywszy na powyższe składamy niniejszy protest.

#### **Żądamy:**

1. skorygowania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na zgodne z Ustawą o Zamówieniach Publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. Dz. U. dnia 9 lutego 2004 r. Nr 19 poz. 177, przy przestrzeganiu obowiązujących norm oświetleniowych PN-EN 13 201.

2. usunięcie sprzeczności w dokumentacji przetargowej uniemożliwiających złożenie oferty.
3. przesunięcie terminu składania ofert do momentu opublikowania prawidłowej dokumentacji przetargowej lub unieważnienia postępowania przetargowego, jeżeli wady projektu nie mogą zostać usunięte w ciągu 14 dni od daty przestania niniejszego protestu
4. W przypadku braku możliwości korekty specyfikacji, [ z powodu ograniczenia występującego w art. 38 ust. 5 Pzp] unieważnienia postępowania.

W razie braku uznania naszych zażądań zmuszeni będziemy do wniesienia odwołania.

Z poważaniem:

CENTRUM ZAOPATRZENIA ENERGETYKI  
„ELTAST” Sp z o o  
23-600 RADOM, ul. Toruńska 9  
NIP 948-22-41-384, REGON 005108370  
tel. 048 360 83 44, tel/fax 048 331 72 30

PREZES ZARZĄD  
*Stefan Tatarek*

Niniejszy protest wnoszę faksem na nr. Zamawiającego wysyłając jednocześnie w dniu 18.04.2008 r. listem poleconym z placówki Polskiego Urzędu Pocztowego. Powołując się na art. 27 ust. 2 pzp proszę o niezwłoczne zwrotne potwierdzenie otrzymania pisma w dn. dzisiejszym faksem na nr tel/fax. 048/ 331-40-23.