

Irg 341/11/2009

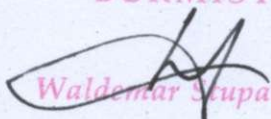
**ZAWIADOMIENIE O WPLYNIĘCIU PROTESTU
WRAZ Z WEZWANIEM DO WZIĘCIA UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU
TOCZĄCYM SIĘ NA SKUTEK WNIESIENIA PROTESTU**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie o nazwie „Budowa hali widowiskowo-sportowej w Sępólnie Krajeńskim”.

Działając na podstawie art. 181 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) Zamawiający:

- 1) informuje, iż w dniu 06.10.2009 r. Wykonawca: Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Budowlanych „GOBUD” Tadeusz Kot, ul.Jagiełły 5a, 66-400 Gorzów Wlkp., wniósł protest dotyczący zapisów zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) wzywa Wykonawców -zgodnie z art. 181 ust. 4 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych- do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu w terminie 3 dni od dnia otrzymania niniejszego wezwania,
- 3) zamieszcza poniżej kopię ww. protestu.

BURMISTRZ


Waldemar Stupałkowski

Proszę o niezwłoczne potwierdzenie otrzymania wiadomości faxem zgodnie z art. 27 ust.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2007 r., Nr 223 poz. 1655 ze zm.) oraz pkt 17 SIWZ.



**PRZEDSIĘBIORSTWO ROBÓT
INSTALACYJNO-BUDOWLANYCH**

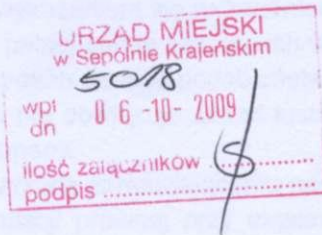
"GOBUD" TADEUSZ KOT

NIP 599-010-36-05

66-400 Gorzów Wlkp., ul. Jagiełły 5a, tel./fax: (0-95) 722-83-06; 720-68-48; fax: 720-82-12, e-mail: gobud@op.pl
Bank PKO S.A. Grupa PeKaO I/O Gorzów Wlkp. 71 1240 3549 1111 0000 4431 2147

Znak: 08/10/TK

Gorzów Wlkp. 06.10.2009r.



Gmina Sępólno Krajeńskie
ul. Tadeusza Kościuszki 11
Sępólno Krajeńskie 89-400

Dotyczy: protestu na zapisy zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przetargu nieograniczonym na udzielenie zamówienie publiczne którego przedmiotem jest Budowa Hali Widowiskowo – Sportowej w Sępólnie Krajeńskim

P R O T E S T

Działając na podstawie art. 179 i art. 180 Ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych zwanej dalej ustawą Pzp, Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Budowlanych „GOBUD” Tadeusz Kot w Gorzowie Wlkp. ul. Jagiełły 5a składa protest wobec treści zapisów zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na roboty budowlane dla zadania Budowa Hali Widowiskowo-Sportowej w Sępólnie Krajeńskim

Zamawiający postanowieniami zawartymi w powyższym siwz naruszył następujące przepisy ustawy Pzp oraz kodeksu cywilnego;

- I. Art. 22 ust. 1 poprzez ustanowienie wymagań zupełnie sprzecznych z prawem, poprzez ustanowienie wymogu wykonania 1 zamówienia, czyli zamówienia publicznego na roboty budowlane o wartości minimum 8 mln zł i tylko tego, co oznacza, iż wykonawca który wykonywał roboty poza zamówieniami publicznymi chociaż odpowiadające rodzajem i wartością robotom które są przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego jest całkowicie wyłączony z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
- II. Art. 22 ust. 1 Pzp poprzez ustanowienie wymagań zupełnie nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia, bowiem zamawiający wymaga legitymowaniem się robotami budowlanymi na jednym obiekcie o wartości minimum 8 mln zł co jest kwotą nie znajdującą żadnego uzasadnienia skoro wartość przedmiotu zamówienia wynosi około 4-5 mln zł.
- III. Art. 7 ust. 1 poprzez postawienie warunku kompleksowego wykonania obiektu kubaturowego w zakresie budownictwa mieszkaniowego, oświatowego, hal widowiskowo-sportowych to oznacza wymóg wykonania wszystkich dokładnie prac budowlanych na danym obiekcie, co dalej oznacza, iż wykonanie robót na obiektach przedstawianych przez wykonawcę ale nie w formie kompleksowego wykonania czyli wykonania wszystkich jego elementów, wyklucza wykonawcę z postępowania, pomimo tego, że wykonał na obiekcie prawie wszystkie roboty budowlane, co zostanie zapisane w referencji jednakże nie będzie w niej zapisu o kompleksowym wykonaniu obiektu. Jednakże zakres wykonanych robót kwalifikuje wykonawcę do uznania, iż wykonywał on roboty odpowiadające swoim rodzajem robotom, które będą wykonywane przy realizacji przedmiotu zamówienia. Przez co zamawiający narusza zasadę równego traktowania wykonawców.
- IV. Art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 22 ust. 2 Pzp poprzez ustanowienie wymogu w sposób niejasny, bowiem nie jest wiadomo co zamawiający rozumie pod pojęciem „zamówienie”, można przypuszczać, iż zamawiający ma na myśli zamówienie publiczne, posługując się terminologią z art. 3 Pzp gdzie w ust. 1 stwierdza się, że ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych, zwanych dalej „zamówieniami.”
- V. Naruszenie regulacji z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakie może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te

dokumenty mogą być składane, a to paragrafu 1 ust. 2 pkt. 1, poprzez to, że przepis ten nakazuje zamawiającemu, że może żądać wykazu wykonanych robot budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania, natomiast nie ma prawa zamawiający żądać legitymowania się przez wykonawcę wykonaniem „zamówienia” czyli umowy zawartej w trybie zamówień publicznych ani kompleksowego wykonania obiektu kubaturowego.

- VI. Naruszenie powyższej przywołanego rozporządzenia poprzez żądanie przez zamawiającego od wykonawców wykazaniem się wykonaniem robót wręcz identycznych w porównaniu do przedmiotu zamówienia w pełnej gamie zakresu ich wykonawstwa na obiekcie od początku do końca realizacji, łamiąc w ten sposób zasadę podobieństwa rodzajowego robót budowlanych. Należy wskazać, iż w tym przypadku nie obowiązuje zasad lustrzanego odbicia w relacji przedmiot zamówienia – obiekt wcześniej wykonany.
- VII. Protestujący zarzuca zamawiającemu naruszenia art. 632 kodeksu cywilnego poprzez odniesienie się do tej regulacji prawnej przy ustalaniu zasad wynagradzania wykonawcy pomimo tego, że przepis ten do umów o roboty budowlane zastosowania nie ma zgodnie z art. 656 kc. Powyższe wynika z tego, że tak rygorystyczne ujmowanie w siwz oraz w umowie przez zamawiającego kategorii wynagrodzenia ryczałtowego, narzucające w sposób bezwzględny na wykonawcę ponoszenie kosztów za wszystko co jest mu wiadome i co nie jest mu wiadome w odniesieniu do tej budowy, nie może być inaczej odniesione jak do regulacji z art. 632 kc.
- VIII. Protestujący zarzuca zamawiającemu zupełną nie ekwiwalentność świadczeń zapisaną w umowie.

Protestujący wnosi o zmianę zapisów w siwz, co do wymogu w zakresie warunków udziału w postępowaniu w ten sposób, aby wymogi te były adekwatne do przedmiotu zamówienia, czyli doświadczenie winno dotyczyć wykonania robót odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia z wykreśleniem zapisu o zamówieniu oraz o wykonaniu ich w sposób kompletny na obiekcie wskazanym przez zamawiającego. Wprowadzenie w to miejsce warunku wykonania robót budowlanych o podobnego rodzaju i wartości zbliżonej do przedmiotu zamówienia. Nadto o usunięcie wszystkich niezgodności z prawem zapisów zawartych we wzorze umowy zawartej w siwz.

Zamawiający dokonując zapisów o treści jak wyżej naruszył interes prawny wykonawcy, poprzez to, że ustanawiając wymóg co do legitymowania się wykonaniem co najmniej jednego zamówienia, polegającego na kompleksowym wykonaniu obiektu kubaturowego o wartości minimum 8 mln zł pozbawia możliwości protestującego dalszego udziału w postępowaniu i uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, pomimo tego, że ubiegając się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, posiada on wiedzę i doświadczenie oraz potencjał pozwalający na wykonanie takiego zamówienia publicznego jak przedmiotowe.

U z a s a d n i e

Protestujący na uzasadnienie zarzutów przedstawionych w proteście podnosi następujące argumenty.

Ad. I. Zamawiający dopuszcza tylko i wyłącznie do przetargu tych wykonawców którzy mogą legitymować się wykonaniem zamówienia. Należy sądzić, iż użyte przez zamawiającego określenie „zamówienie” to oznacza zamówienie publiczne. Jeżeli tak, to chodzi o odpłatną umowę zawieraną między zamawiającym a wykonawcą której przedmiotem są między innymi roboty budowlane. Należy zdać sobie sprawę, iż wymóg ten spełni wykonawca który zawarł i wykonał taką umowę. Oczywiście w takim ujęciu staje się to, jak bardzo tak skonstruowany wymóg ogranicza możliwość udziału w postępowaniu potencjalnym wykonawcom. Należy zważyć, iż podawany przez zamawiającego zakres budownictwa mieszkaniowego jako spełniający wymóg, tylko w ułamkowym procencie jest wykonywany w ramach zamówień publicznych. Można stwierdzić, iż prawie wszędzie budownictwo to jest realizowane przez osoby prywatne, w mniejszym stopniu przez spółdzielnie mieszkaniowe. Natomiast gminy epizodycznie realizują budownictwo mieszkaniowe. Zatem można być dużym wykonawcom budowlanym, realizować tysiące mieszkań i nie spełniać wymogu postawionego przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Nadto można też być wykonawcą który realizuje obiekty znacznie większe niż przedmiot zamówienia ale nie realizować zamówienia w ramach podpisanej przez siebie umowy, czyli nie być bezpośrednim kontrahentem zamawiającego, stroną umowy z nim, przez co nie spełniać warunku postawionego przez

zamawiającego. Pomimo tego, że wykonawca dysponuje i doświadczeniem i potencjałem niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia z mniejszego postępowania przetargowego.

Ad. II. Zamawiający stosownie do art. 22 ust.1 Pzp zobligowany jest do przedstawienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcom, które mają być adekwatnie odniesienie do przedmiotu zamówienia. Muszą one być ściśle powiązane z przedmiotem zamówienia, by doprowadzić do tego, że żądanie wiedzy i doświadczenia jak i potencjału technicznego nie przekraczało granicy tego co jest niezbędne do wykonania zamówienia. Przekroczenie tych wymagań czyli stawianie wymagań większych aniżeli jest to niezbędne z punktu widzenia pewności wykonania przedmiotu zamówienia jest działaniem ograniczającym konkurencję, bowiem ogranicza krąg wykonawców którzy mogą przystąpić do postępowania o uzyskanie danego zamówienia publicznego. Rzecz tą celnie zdefiniowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 lipca 2008 r. sygn. KIO/UZP 702/08 gdzie stwierdza się że „Zamawiający ma nie tylko prawo, ale obowiązek tak określać warunki udziału, aby do udziału w postępowaniu dopuścić tylko takich wykonawców, którzy mają doświadczenie w realizacji robót podobnych do przedmiotu zamówienia – ani zbyt wysokie (utrudni to uczciwa konkurencję), ani zbyt niskie (przez selekcje przeszliby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia). W takim odniesieniu nie znajduje żadnego uzasadnienia żądanie zamawiającego aby wykonawca legitymował się wykonaniem obiektu na wartość 8 mln zł brutto, skoro jest to około połowy większa kwota aniżeli wartość przedmiotu niniejszego zamówienia.

Ad. III. Warunek kompleksowego wykonania obiektu kubaturowego. Zrozumiała jest jakby chęć zamawiającego co do tego, że jeżeli znajdzie wykonawcę który wykonał budynek czy obiekt w sposób jak to nazywa kompleksowy, to wtedy jakby ma pełną gwarancję tego, że ten właśnie wykonawca na pewno wykona przedmiot zamówienia. Natomiast należy wskazać, iż przepisy Pzp mają także na względzie inne kwestie jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Uznając, że podstawowym elementem gospodarki rynkowej jest wolna konkurencja, która przynosi wymierne korzyści także inwestorom, to działania podejmowane przez zamawiających przy przetargach prowadzonych zgodnie z przepisami Pzp muszą przestrzegać tego podstawowego kanonu. W tym konkretnym przypadku zamawiający tego nie dochował. Ograniczył dostęp do przetargu tym wykonawcom którzy są zdolni do wykonania zadania, legitymują się wykonaniem robót rodzajowo podobnych i o podobnej wartości, ale nie przy wykonawstwie kompleksowym. Zachodzi pytanie skoro jest tak, że w ramach jednej umowy roboty wykonuje wielu wykonawców i wcale nie jest tak, że najwięcej robót wykonuje ten który jest generalnym wykonawcą, to w imię jakiej zasady gorzej mają być traktowani ci wykonawcy którzy faktycznie roboty wykonywali w stosunku do tego, który występował jako kontrahent umowy z inwestorem, który jako firma zaliczył całość wykonanych robót. Nie ma po temu żadnego uzasadnienia.

Ad. IV. Obowiązkiem zamawiającego jest opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Zamawiający może także używać określeń potocznych, jednakże muszą one tak użyte, by nie przedstawiały jakiegokolwiek problemu ze zrozumieniem ich znaczenia. Użyte przez zamawiającego określenie „zamówienie” ze względu na cały kontekst można identyfikować za równoznaczne z określeniem zamówienie publiczne. Jednakże w potocznym użyciu funkcjonuje też określenie zamówienie, bowiem można zamówić jakiś towar czy usługę. Zamówić można też jakieś dzieło i w tym skojarzeniu można doszukać się możliwości zamówienia wykonania robót budowlanych niekoniecznie w ramach zamówień publicznych. Jednakże to nie może być kwestią domysłów wykonawców przystępujących do postępowania przetargowego ale winno wprost jasno i dokładnie wynikać z zapisów warunków udziału w postępowaniu w siwz.

Ad. V. Zapisanie warunku jako wykonanie „zamówienia” stanowi naruszenie przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakie może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane, a to paragrafu 1 ust.2 pkt.1, poprzez to, że przepis ten nakazuje zamawiającemu, że może żądać wykazu wykonanych robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca ich wykonania. I niczego więcej. Bardzo daleko od tego jest żądanie zamawiającego przedstawienia przez wykonawców tego, że wykonali jedno zamówienia czyli konkretny obiekt przy warunku, że ma to być kompleksowe wykonanie obiektu kubaturowego. Stawianie żądania przez zamawiającego aby wykonawcy przedstawiali dokumenty na okoliczność wykonania „zamówienia” jest niedopuszczalne.

Ad. VI. Naruszeniem tego przepisu jest też żądanie wykazaniem się wykonaniem roboty identycznej do przedmiotu zamówienia w sytuacji gdy rozporządzenie dopuszcza jedynie roboty odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Przy czym przepis powyżej

powołanego rozporządzenia w paragrafie 1 ust.2 traktuje roboty nie zaprzeczalnie w liczbie mnogiej. Zatem odnosi się do kwestii doświadczenia wykonawcy w ten sposób, iż winien się on legitymować wykonaniem wielu robót, które winny się w swej sumie składać na wielkość spełniającą warunek doświadczenia.

Ad. VII. W odniesieniu do kwestii braku możliwości zastosowania przez zamawiającego art. 632 kc. Protestujący nie będzie czynił dłuższego wywodu prawnego. Protestujący wskaże jedynie zamawiającemu, iż stwierdzenia swoje opiera na uchwale Sądu Najwyższego z 11 stycznia 2001r sygn. III CZP 63/2001, wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2004 r. sygn. II CK 315/2003, wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 października 2000 r. sygn. II CKN 417/2000. Należy dodać, iż zamawiający jest zobowiązany przestrzegać przepisów Pzp czyli także do umów stosować na podstawie art. 139 ust 1 Pzp przepisy kodeksu cywilnego. Czynności sprzeczne z prawem są nieważne na podstawie art. 58 & 1 i 3 kodeksu cywilnego oraz na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp . Droga sądowa jest w pełni dopuszczalna zarówno stosownie do trybu skargi w trybie art. 194 Pzp jak i w trybie art. 189 kpc.

Ad. VIII. Brak symetrii w umowie, co wyraża się sytuowaniem relatywnie znacznie gorszej sytuacji prawnej wykonawcy, bez uzasadnionej po temu przyczyny. To winno zostać zmienione z uwagi chociażby na zasadę lojalnego postępowania kontrahentów umów, a nie tworzenia pola dla przyszłych sporów, a dotyczy to następujących kwestii :

- zamawiający podkreśla, iż wynagrodzenie jest wynagrodzeniem ryczałtowym, po co zatem zamawiającemu szczegółowy kosztorys na wykonanie całego przedmiotu umowy w terminie 7 dni od dnia zawarcia umowy pod rygorem tak strasznych kar/ dotyczy to &2 pkt g) umowy/, skoro służyć ma tylko do określenia wartości robót w zleceniu dodatkowym lub do wyceny robót zamiennych
- zamawiający żąda od wykonawcy harmonogramu rzeczowo finansowego, po podpisaniu umowy pod rygorem strasznych kar umownych. Stwierdzić należy jednakże , że żądanie ma sens wątpliwy skoro jest to tylko projekcja wykonawcy co do realizacji poszczególnych etapów robót objętych zamówieniem. Do jego sporządzenia jest potrzebny przede wszystkim preliminarz finansowy przedstawiony przez zamawiającego /vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.08.2009r. sygn. KIO/UZP 1059/09/,
- roszczenia z tytułu rękojmi i gwarancji nie mogą być dochodzone jednocześnie w odniesieniu do danych wad/ vide &8 pkt 3 umowy /,
- ujawnienie jakiegokolwiek usterki podczas dokonywania odbioru nie może doprowadzać do wstrzymania odbioru, mogą być podstawą do wstrzymania odbioru jedynie wady istotne mające znaczenie dla możliwości prawidłowego funkcjonowania przedmiotu odbioru,
- nie może być tak aby kary umowne były liczone od całej wartości zadania skoro problem może dotyczyć jakiegoś elementu, zatem odpowiedzialność winna być adekwatna w relacji do tego do czego się odnosi,
- w & 13 ust. 1 pkt 9 wpisana została instytucja wstrzymania robót przez zamawiającego, należy to uzupełnić, czego to dotyczy, w jakich sytuacjach zamawiający będzie mógł z niej skorzystać, jakie będą tego następstwa i kogo w jaki sposób będą one obciążały.

Zdaniem protestującego zamawiający nie spełnił warunku jasnego precyzyjnego określenia warunków udziału w postępowaniu dla wykonawców, dlatego uzasadnione są zarzuty postawione przez protestującego wraz z wnioskami co do koniecznych zmian w treści zapisów w siwz.

PRZEDSIĘBIORSTWO ROBÓT
INSTALACYJNO-BUDOWLANYCH
"GOBUD" - Tadeusz Kot
ul. Jagiello 5a, tel./fax 722-83-06
66-400 Gorzów Wlkp.

(3)

WŁAŚCICIEL

Tadeusz Kot