



GMINA TWARDOGÓRA

56 - 416 Twardogóra, ul. Ratuszowa 14

Twardogóra 15-01-2010r.

IT.0341-32.09-2/10

**Przedsiębiorstwo Budownictwa
Usług i Handlu
„WESTBUD” sp. z o.o.
Ligota Piękna, ul. Prostej 12-14,
55-114 Wisznia Mała**

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę Sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej nr 1 przy ul. Św. Jadwigi 7 w Twardogórze”

Protestujący: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Usług i Handlu „WESTBUD” sp. z o.o.
z siedzibą w Ligocie Pięknej, przy ul. Prostej 12-14, 55-114 Wisznia Mała**

Oprotestowany: **Gmina Twardogóra, ul. Ratuszowa 14, 56 – 416 Twardogóra**

Działając w oparciu o art. 183 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), Gmina Twardogóra informuje o **odrzućeniu protestu** wniesionego w dniu 07-01-2010r. w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę Sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej nr 1 przy ul. Św. Jadwigi 7 w Twardogórze” na zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Uzasadnienie

W dniu 07-01-2010r. Protestujący - **Przedsiębiorstwo Budownictwa Usług i Handlu „WESTBUD” sp. z o.o. z siedzibą w Ligocie Pięknej, przy ul. Prostej 12 - 14, 55-114 Wisznia Mała** wniósł protest na zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę Sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej nr 1 przy ul. Św. Jadwigi 7 w Twardogórze”. W treści protestu, Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych zwanego dalej PZP tj. art. 22 ust. 2 PZP – poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz art. 7 ust. 1 PZP – poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz w sposób powodujący naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Kierując się powyższymi zarzutami Protestujący wniósł o:

1. Wykreślenie lub zmianę na poprawne wszystkich zapisów SIWZ naruszających ustawę PZP w obecnym kształcie,

2. W przypadku nieuwzględnienia wniosków protestującego Wykonawcy, unieważnienie postępowania, gdyż wobec naruszeń PZP nie jest możliwe zawarcie umowy w niniejszym postępowaniu.

Uzasadniając swoje stanowisko Protestujący podnosił, że na mocy przepisu art. 22 ust. 2 PZP zamawiający powinien respektować zakaz określania warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, że w jego ocenie zakaz ten nie jest równoznaczny z koniecznością dopuszczenia do udziału wykonawców bez dokonania sprawdzenia ich wiarygodności i zdolności do należytego wykonania zamówienia i precyzując warunki udziału w postępowaniu, zamawiający powinien opierać się na obiektywnych przesłankach, tak aby do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca zdolny do wykonania zamówienia. W tym momencie Protestujący za ograniczający uczciwą konkurencję uznał zapis SIWZ wskazujący, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia przez co należy rozumieć wykonanie z należytą starannością w okresie ostatnich pięciu lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednego obiektu podobnego do przedmiotu zamówienia tj. budowa, przebudowa lub rozbudowa sali sportowej lub innego obiektu użyteczności publicznej typu szkoła, świetlica obiekty służby zdrowia itp. o powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 700m² lub wartości nie mniejszej niż 2 mln PLN (pkt 5.3 SIWZ). Dalej protestujący wyjaśnia, iż okoliczność, że wykonawca może wykazać się odpowiednim doświadczeniem przy realizacji dużych obiektów, co w przedmiotowej sytuacji odnosi się do protestującego wykonawcy, które jednak nie są obiektami użyteczności publicznej, nie powinna mieć wpływu na ocenę doświadczenia tego wykonawcy. „Nie ma znaczenia fakt, dla jakiego podmiotu wykonawca realizował swoje inwestycje, lecz sposób ich realizacji...”. Ponadto Protestujący w uzasadnieniu sygnalizuje, że „Zamawiający w załączniku nr 9 do SIWZ wskazał, że realizowane przez wykonawców prace powinny zostać potwierdzone protokołami, referencjami, nagrodami na targach i innymi. Ustalona linia orzeczenia KIO wyraźnie wskazuje, że Zamawiający nie może wskazywać referencji, jako dokumentu wskazującego na rodzaj wykonanych uprzednio robót stanowiących wymagania Zamawiającego. Jak wskazuje ustalona linia orzecznicza KIO: *„W dokumentach zwanych powszechnie referencjami potwierdza się jakość wykonanych usług, a nie wymaga się potwierdzenia ilości i rodzaju usług, co należy do obowiązku wykonawcy, aby uczynił to w wykazie usług”...*” Podsumowując swoje uzasadnienie Protestujący stwierdził, że „ Nie ma więc potrzeby takiego ustalania warunków udziału w postępowaniu, który znacznie przewyższa warunki, jakie powinien spełnić wykonawca w konkretnym postępowaniu, żeby należycie spełnić swoje ewentualne zobowiązanie po wyborze jego oferty...”

Odnosząc się merytorycznie do treści wniesionego protestu Zamawiający na wstępie zwraca uwagę na przytoczenie okoliczności prawnych, o których mowa w art. 180 ust. 8 ustawy PZP nie mających powiązania z okolicznościami faktycznymi, na które powołuje się Protestujący w uzasadnieniu protestu. Art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) w brzmieniu obecnym odnosi się bowiem do uprawnienia dla zamawiającego możliwości zastrzeżenia w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne. Warto w tym miejscu zauważyć, że brzmienie tego artykułu nie uległo zmianie na skutek nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 5 listopada 2009r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U z 2009r. Nr 206 poz. 1591). Zamawiający jednak nie korzystał z tego uprawnienia, co ma odzwierciedlenie w ogłoszeniu i SIWZ. Kwestie wniesione protestem o

„wykreślenie lub zmianę na poprawne wszystkich zapisów SIWZ naruszających ustawę w obecnym kształcie” nie można rozpatrywać bez konkretnego wskazania zapisu naruszającego interes prawny Wykonawcy, a unieważnienie postępowania z powodów podanych przez Protestującego nie uzasadniono merytorycznie, lecz ogólnikowym stwierdzeniem o naruszeniu przepisów ustawy.

Wnikliwa analiza podnoszonych okoliczności faktycznych w ocenie zamawiającego, również nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ:

1. Zgodnie z art. 22 ust. 1 PZP o zamówienie publiczne mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jak również warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej. Ustawodawca w ust. 4 tegoż artykułu wskazuje, że opis sposobu dokonania oceny spełnienia powyższych warunków powinien **być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.** Biorąc powyższe pod uwagę, nie można podzielić poglądu Protestującego i stwierdzić należy, że opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunku dotyczącego się posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawcy, o którym mowa w pkt. 5.3 SIWZ jest w zgodzie z przepisami ustawy, w tym z art. 22 ust. 4, bowiem zamawiający opisując sposób dokonania oceny, nie zamknął katalogu obiektów tylko do **budowy** obiektów sal gimnastycznych (do czego miał pełne prawo), lecz rozszerzył ten katalog o roboty polegające również na **rozbudowie i przebudowie** wskazując ponadto, że roboty te mogą dotyczyć też **innych** obiektów użyteczności publicznej typu: szkoła, świetlica, obiekty służby zdrowia itp., o określonej w SIWZ powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 700m² **lub** wartości nie mniejszej niż 2mln PLN. Zamawiający podziela pogląd Protestującego, że nie ma znaczenia fakt, dla jakiego podmiotu wykonawca realizował swoje inwestycje, lecz sposób ich realizacji. Warto zauważyć, że przy tak szeroko opisanym sposobie dokonania oceny spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia może brać udział również Wykonawca, który realizował jeden z wymienionych obiektów, a których zleceniodawcą nie koniecznie musiał być podmiot z sektora finansów publicznych, jak twierdzi Protestujący tj. np. realizacja obiektu oświaty czy służby zdrowia działającego poza sektorem finansów publicznych, w tym podmiotów prywatnych. Wykonawcą biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu może być również podmiot, który zrealizował obiekt podobny do przedmiotu zamówienia występując w charakterze podwykonawcy.
2. Zarzuty skierowane w uzasadnieniu protestu dotyczące się wymogu Zamawiającego wskazania referencji, jako dokumentu wskazującego na rodzaj wykonywanych uprzednio robót spełniających wymagania Zamawiającego, jest całkowicie bezpodstawny i nieuzasadniony. Zamawiający postępując zgodnie z rozporządzeniem z dnia 30 grudnia 2009r. Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz. 1817), zażądał w pkt. 6.1.2 SIWZ cyt. „**Wykaz** zawierający co najmniej jedną wykonaną (tj. rozpoczętą i zakończoną) z należytą starannością robotę budowlaną w okresie ostatnich pięciu lat przed wszczęciem postępowania (tj. od 30 grudnia 2004r. do 31 grudnia 2009r.), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, przy czym za roboty odpowiadające swoim rodzajem Zamawiający uważa roboty

budowlane polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie sali sportowej lub innego obiektu użyteczności publicznej typu: szkoła, świetlica obiekty służby zdrowia itp. o powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 700m² lub wartości nie mniejszej niż 2 mln PLN, wg wzoru załącznik nr 9 do SIWZ.” Załącznik nr 9 do SIWZ skonfigurowany jest w sposób pozwalający Wykonawcy na przygotowanie wykazu, o którym mowa powyżej z możliwością określenia przez Wykonawcę: nazwy zadania, terminu realizacji, wartości zamówienia, charakterystyki obiektu, oraz danych Zamawiającego. Wykaz ten przygotowany przez Wykonawcę, powinien być poparty referencjami, protokołami odbiorów, nagrodami na targach lub innymi dokumentami potwierdzającymi, jedynie w zakresie, że roboty te (zadanie) zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Reasumując zamawiający nie podziela zarzutów Protestującego w zakresie naruszenia przepisów art. 22 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), a wobec powyższego orzeczono jak na wstępie.

Pouczenie

Od niniejszego rozstrzygnięcia protestu, zgodnie z art. 184 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) nie przysługuje odwołanie.


BURMISTRZ
Jan Dzugaj