

ZP 341-8/05/2009

**Przedsiębiorstwo Budowlane Usługowo
Remontowe MURBET SP. Z O.O.
ul. Korczak 16A,
62-800 KALISZ**

**Dot.: rozstrzygnięcia protestu na treść Specyfikacji Istotnych Warunków
Zamówienia dot. zamówienia publicznego ZP 341-8-2009 w drodze przetargu
nieograniczonego na wykonanie zadania „Budowa Wielofunkcyjnego Ośrodka
Sportowo-Rekreacyjnego w Zakrzowie – etap I”.**

Oddalam jako nieuzasadniony protest zawarty w piśmie z dnia 24 grudnia 2009r. złożony przez Wasze Przedsiębiorstwo na treść niektórych postanowień SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania” Budowa Wielofunkcyjnego Ośrodka Sportowo-Rekreacyjnego w Zakrzowie – etap I”.

W dniu 24 grudnia 2009r., w przepisowym terminie Przedsiębiorstwo Budowlane Usługowo Remontowe MURBET sp. z o.o. w Kaliszu, zwane dalej **”Protestującym”**, złożyło protest na treść SIWZ dot. wyżej wymienionego zamówienia publicznego udzielanego przez Gminę Polska Cerekiew w trybie przetargu nieograniczonego.

Protestujący zarzucił, że treść postanowienia pkt III pakt 2 e SIWZ narusza :

1. art.25 ust.2 ustawy – Prawo Zamówień Publicznych, zwane dalej „PZP”, przez ustanowienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia i sposobu oceny spełnienia tych warunków z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, ustawy , tj. zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców,
2. art.29 ust.2 PZP – przez opis zamówienia utrudniający uczciwą konkurencję,
3. art.7 ust.1 PZP – przez naruszenie art.22 ust.2 i art.29 ust.2 PZP, a w konsekwencji naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
4. art.353.1 kodeksu cywilnego – przez sporządzenie istotnych postanowień umownych z naruszeniem PZP i zasad współżycia społecznego.

Protestujący zakwestionował postanowienie pkt III ppkt 2 E SIWZ ustanawiające warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu polegający na złożeniu przez wykonawców wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed wszczęciem tego postępowania , a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadającym swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających , że roboty te zostały wykonane należycie, dodatkowo należy wykazać wykonanie

przynajmniej jednego zadania o podobnym zakresie o wartości co najmniej 5 000 000 zł netto w ciągu ostatnich pięciu lat.

Próg 5 000 000 zł netto tych robót eliminuje – zdaniem Protestującego – z możliwości udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie wykonali w podanym okresie czasu minimum jednego zadania budowlanego w postaci budowy obiektu odpowiadającego swoim rodzajem niniejszemu zamówieniu o wartości netto minimum 5 000 000 zł, a wykonali natomiast kilkanaście lub kilka obiektów budowlanych odpowiadających swoim rodzajem niniejszemu zamówieniu sal sportowych, których wartość wykonania wyniosła mniej niż kwota netto minimum 5 000 000 zł, czyli np. o wartości 4 999 999 zł.

Protestujący oświadcza, że wykonał m.in. obiekt budowlany odpowiadający swoim rodzajem niniejszemu zamówieniu o wartości 4 995 000 zł, a ponadto wykonał kilkanaście obiektów, w tym hale sportowe, szkoły i obiekty o charakterze sportowym. Tymczasem zawarty w SIWZ wspomniany wymóg 5 000 000 zł dot. co najmniej jednego zadania eliminuje go z możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Protestujący wniósł o usunięcie kwestionowanego zapisu SIWZ.

Uzasadnienie faktyczne i prawne

Jak wynika z treści protestu Protestujący sprzeciwia się zapisowi zawartemu w pkt III ppkt 2 e, podczas gdy kwestionowany zapis znajduje w pkt 6 SIWZ. Nie ma to jednak istotnego znaczenia, gdyż Protestujący wyraźnie przytoczył treść postanowienia SIWZ przeciwko któremu protestuje odpowiadający wiernie pkt III ppkt 2 e ogłoszenia.

Zamawiający nie podziela zarzutów i wniosków Protestującego zawartych w przedmiotowym proteście.

Mając na uwadze treść przepisów art.25 ust.2 i 29 ust.2 UZP oraz podniesione przez Protestującego zarzuty nie można w żaden sposób uznać aby przepisy te zostały naruszone. Przepis art.25 ust. 2 PZP stanowi bowiem delegację dla Prezesa Rady Ministrów do wydania rozporządzenia określającego rodzaje dokumentów, których może żądać zamawiający od wykonawców. Natomiast art.29 ust.2 UZP zakazuje zamawiającemu opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję.

Opis przedmiotu zamówienia zawarty w części wstępnej SIWZ w najmniejszym stopniu nie uzasadnia tezy, że może on utrudnić uczciwą konkurencję. Opis przedmiotu zamówienia nie zawiera bowiem żadnych zapisów premiujących określonego wykonawcę lub określoną grupę wykonawców.

Zamawiający stanowczo odrzuca wyrażony przez Protestującego pogląd, iż SIWZ w części określającej wartość robót, jakimi musi wykazać się wykonawca, sprawia wrażenie, iż jest sporządzona pod jednego konkretnego oferenta.

W istocie w złożony protest ogranicza się do kwestionowania opisu warunków udziału w postępowaniu, które to warunki mają na celu udział w postępowaniu wykonawców posiadających określone doświadczenie w wykonywaniu robót odpowiadających rodzajem robotom będącym przedmiotem zamówienia zgodnie z SIWZ, które wyraża się w wykonaniu robót o określonej wartości.

Ustosunkowując się do zarzutu naruszenia art.22 ust.2 PZP zgodzić się oczywiście trzeba z Protestującym, że zgodnie z art.22 ust.2 ustawy – Prawo zamówień publicznych (PZP) zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję i zobowiązany jest do równego traktowania wykonawców.

Z drugiej strony nie można kwestionować prawa zamawiającego do określenia warunków udziału w postępowaniu, które pozwoliłyby na dopuszczenie do udziału w

postępowania a następnie wyłonienie wykonawcy zapewniającego, w omawianym przypadku z uwagi na doświadczenie, najlepsze wykonanie przedmiotu zamówienia. Już prawo zamawiającego do określenia takich warunków ogranicza konkurencję eliminując z góry wykonawców nie spełniających określonych warunków w zakresie doświadczenia. Ilekroć takie ograniczenie podyktowane jest tym, że w interesie publicznym leży aby przedmiot zamówienia był wykonywany przez wykonawcę mającego określone doświadczenie.

Zamawiający jest zatem zobowiązany w ramach normy art.22 ust.1 pkt 1 i 2 UZP do sprecyzowania swoich oczekiwań co do kwalifikacji i doświadczenia wykonawcy zapewniających zrealizowanie zadania. Nie mogą to być oczekiwania ogólnikowe lub bliżej nie sprecyzowane. W tym kontekście zamawiający ma prawo określić wartość robót, wykonaniem których winni wykazać się wykonawcy, a to w celu stwierdzenia czy mają oni dostateczne doświadczenie w wykonywaniu robót budowlanych, których postępowanie dotyczy, z tym że wartość robót, których wykonaniem winni legitymować się wykonawcy musi być odpowiednia do wartości robót, które zamawiający zamierza zlecić wyłonionemu w wyniku przetargu wykonawcy.

O naruszeniu zakazu określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób mogący utrudnić uczciwą konkurencję można mówić tylko wtedy, gdyby zamawiający wymagał od wykonawców udokumentowania wykonania o wartości wygórowanej, a więc nieodpowiedniej do wartości robót będących przedmiotem wyżej opisanego zamówienia.

Wartość minimalna co najmniej jednej roboty określona na 5 000 000 zł - w ramach wartości robót ogółem odpowiadających wartości robót, których wykonanie zamawiający zamierza zlecić - której wykonaniem wykonawcy mają się wykazać nie przekracza wartości robót będących przedmiotem niniejszego zamówienia. Wartość ta jest bowiem o wiele wyższa niż 5 000 000 zł.

Wymóg ten w ramach wykazania się przez wykonawców wartością robót odpowiadającą przedmiotowi zamówienia nakłada na wykonawców obowiązek udokumentowania co najmniej jednej roboty o takiej wartości.

Wymaganie udokumentowania wykonania jednej roboty o wartości 5 000 000 zł ma istotne znaczenie dla ustalenia czy wykonawca ma wystarczające doświadczenie w wykonywaniu rodzaju robót takich jak stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia. Doświadczenia tego nie można oceniać przez tylko przez pryzmat zwykłego sumowania wartości wielu poszczególnych robót.

Również liczba wymaganych robót nie jest wygórowana, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, jako że roboty dotyczące budowy ośrodków sportowo-rekreacyjnych są często wykonywanymi robotami w sektorze publicznym.

Uwzględnienie protestu w zakwestionowanej części pkt III pkt 2 e w istocie oznaczałoby modyfikację SIWZ w tym celu aby Protestujący mógł spełniać warunki udziału w postępowaniu. Wymóg wykazania się przez wykonawców wykonaniem robót określonej wartości wynika z prawa zamawiającego do określenia wartości robót odpowiadających wartości robót, które zamawiający zamierza powierzyć wyłonionemu wykonawcy. Tak więc ustalona przez zamawiającego wartość tych ostatnich robót limituje wartość robót, których wykonaniem winni wykazać się wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego.

Tak ustalone warunki w zakresie wykazania się doświadczeniem mieszczą się w dyspozycji przepisu § 1 ust.2 pkt 1 rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich dokumenty te mają być składane.

Tym samym prawidłowe ustalenie przez zamawiającego wartości robót, których wykonaniem winien wykazać się wykonawca oznacza, że sposób oceny spełnienia tego warunku przez złożenie wykazu wykonanych uprzednio robót odpowiadającej tej

wartości, której co najmniej jedna odpowiada wartości 5 000 000 zł, przy znacznie wyższej wartości robót objętych niniejszym zamówieniem, jest poprawny i nie może utrudnić uczciwej konkurencji.

Dodać przy tym należy, że nie spełnienie przez Protestującego tego warunku udziału w postępowaniu nie wyklucza go sam przez się z udziału w postępowaniu, gdyż ma on możliwość utworzenia konsorcjum, a o warunkach jakie ma spełnić konsorcjum mowa jest w dalszych postanowieniach SIWZ.

Protestujący stawiając zarzut naruszenia art.353. 1 Kodeksu cywilnego poprzez sporządzenie istotnych warunków umownych z naruszeniem ustawy i zasad współżycia społecznego nie sprecyzował na czym polegają owe naruszenia, czy zarzut ten dotyczy wzoru umowy będącej składnikiem SIWZ, ewentualnie w którym jej postanowieniu oraz jaka norma współżycia społecznego została naruszona i czy ma ona zastosowanie w stosunkach między przedsiębiorcami.

Z tego powodu zarzut naruszenia art.353.1 Kc , który dotyczyć mógłby tylko postanowień wzorca umowy, zamawiający uznał za nieuzasadniony.

Wartość robót budowlanych będących przedmiotem wymienionego na wstępie zamówienia nie przekracza kwot określonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007r. w sprawie kwot wartości zamówień i konkursów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Z tych powodów protest oddalono jako nieuzasadniony.

Z uwagi na wartość przedmiotu zamówienia nie przekraczającą równowartości kwot określonych w przepisach wydanych na podst. art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. dla robót budowlanych 5 150 000,00 EURO, od rozstrzygnięcia niniejszego protestu odwołanie nie przysługuje.

Wójt Gminy

inż. Krystyna Helbin

Otrzymują:

1. Adresat.
2. a/a