



Gmina Kłodawa

ul. Gorzowska 40
66-415 Kłodawa
tel./ 0-95/ 7 216 660
fax / 0-95/ 7 216 660
www.klodawa.pl
sekretariat@klodawa.pl

Kłodawa dn. 06-10-2009 r.

RPI/341/9/09/Protest - 4

**Przedsiębiorstwo Robót
Instalacyjno – Budowlanych
„GOBUD” Tadeusz Kot
ul. Jagiełły 5a, 66-400 Gorzów Wlkp.**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Rozbudowa budynku Zespołu Szkół w Kłodawie o gimnazjum, łącznik oraz salę sportowo-rehabilitacyjną, przy ul. Szkolnej 1 w Kłodawie, Gmina Kłodawa, woj. lubuskie”.

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

Zamawiający, tj. Gmina Kłodawa ul. Gorzowska 40, 66-415 Kłodawa działając na podstawie art. 111 §1 i 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 183 ust. 2 i 4 Ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., (tekst jednolity Dz. U. z 2007r. nr 223 poz.1655 ze zm.) **po rozpoznaniu protestu** wniesionego w postępowaniu przetargowym pt. „Rozbudowa budynku Zespołu Szkół w Kłodawie o gimnazjum, łącznik oraz salę sportowo-rehabilitacyjną, przy ul. Szkolnej 1 w Kłodawie, Gmina Kłodawa, woj. lubuskie” pismem w dniu 28.09.2009r. przez Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno – Budowlanych „GOBUD” Tadeusz Kot ul. Jagiełły 5a, 66-400 Gorzów Wlkp.

POSTANAWIA

1. UZNAĆ ZARZUTY PRZEDSTAWIONE W PROTEŚCIE DOTYCZĄCE WARUNKÓW POSIADANIA PRZEZ WYKONAWCĘ DOŚWIADCZENIA ZA ZASADNE

UZASADNIENIE:

Wykonawca wniósł protest na postanowienia treści SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie treści art. 7 ust.1 oraz art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 nr 223, poz. 1655 ze zm.). 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 co najmniej jednej robocie oraz o wykonaniu ich na obiekcie użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 20 000 m³. Wprowadzenie w to miejsce warunku wykonania robót budowlanych podobnego rodzaju i wielkości zbliżonej do przedmiotu zamówienia.

Ustosunkowując się do zarzutów dotyczących warunków posiadania przez Wykonawcę doświadczenia, Zamawiający uznaje zarzuty zawarte w proteście za zasadne. Zamawiający przeanalizował rynek zamówień w ostatnich kilku latach stwierdził, iż większość do tej pory zrealizowanych inwestycji było realizowane w nieco innych realiach finansowych. Realizacja większych inwestycji (podobnych wielkością do przedmiotu zamówienia), rozpoczęła się w momencie, kiedy pojawiła się możliwość większej alokacji środków pozabudżetowych przez Zamawiających. Dotychczas były realizowane inwestycje o podobnym charakterze (np. budowa sal sportowych, szkół itp.) ale o znacznie mniejszych wartościach. Mając na uwadze zakres prac będących przedmiotem zamówienia, postawiony przez Zamawiającego warunek mógłby faworyzować jedynie duże podmioty, które posiadają doświadczenie w realizacji dużych obiektów, a utrudniałby dostęp do zamówienia podmiotom, które zrealizowały kilka zamówień o podobnym charakterze, ale o znacznie mniejszej wartości.

Wobec powyższego Zamawiający zmieni treść ogłoszenia oraz zapisy w rozdziale 6 pkt. 1 SIWZ dotyczące warunków udziału w postępowaniu w następujący sposób:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy niepodlegający wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.1 i 2 ustawy PZP, oraz spełniający warunki zawarte w art. 22 ust.1 pkt.1 - 3 ustawy PZP i spełniający poniższe warunki udziału:

1) wykonali w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną o wartości nie mniejszej niż 5 mln PLN netto w obiekcie użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 12.000 m³.

Przez robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia Zamawiający rozumie budowę obiektu użyteczności publicznej zdefiniowaną w art. 3 ust. 6 ustawy Prawo budowlane o wartości nie mniejszej niż 5 mln PLN netto i kubaturze nie mniejszej niż 12.000 m³.

Ponadto stosownie do art. 180 ust. 5 ustawy Zamawiający przedłuży termin składania ofert do dnia 26.10.2009r. Wobec powyższego Zamawiający zmieni treść ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu składania ofert oraz zmieni treść pkt. 1 i 2 w rozdziale 13 SIWZ, którym nadał brzmienie:

1. Ofertę należy złożyć w sekretariacie lub przesłać do siedziby Zamawiającego tj. Urząd Gminy Kłodawa ul. Gorzowska 40, 66-415 Kłodawa, do dnia **26.10.2009r. do godz. 9⁰⁰**,
2. Otwarcie ofert nastąpi w siedzibie Zamawiającego tj. Urząd Gminy Kłodawa ul. Gorzowska 40, sala nr 5 w dniu **26.10.2009r. o godz. 9¹⁵**.

Zamawiający informuje, że w wyniku dokonania zmiany warunków udziału w postępowaniu konieczna jest zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu jak również zmiana w treści SIWZ. Wobec powyższego Zamawiający zamieści w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zmianie ogłoszenia. Niezwłocznie po zamieszczeniu w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zmianie ogłoszenia, Zamawiający zamieści informację o zmianach w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej (www.klodawa.pl). Dokonaną zmianę SIWZ Zamawiający przekaże niezwłocznie wszystkim Wykonawcom, którym przekazano SIWZ i zamieści ją stronie internetowej (www.klodawa.pl).

2. UZNAĆ POZOSTAŁE ZARZUTY PRZEDSTAWIONE W PROTEŚCIE ZA BEZZASADNE

UZASADNIENIE:

Wykonawca ponadto w proteście zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 23 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 w związku z art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 nr 223, poz. 1655 ze zm.),
- b) §1 ust. 2 pkt. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane,
- c) art. 632 Kc, poprzez błędne zastosowanie go w §10 wzoru umowy i zupełną nieekwiwalentność świadczeń zapisaną we wzorze umowy (§11, §16, §17 czyli regulacji co do robót dodatkowych, kar umownych i prawa do odstąpienia od umowy), a ponadto zarzucił, iż Zamawiający błędnie żąda od Wykonawców harmonogramu rzeczowo – finansowego. Protestujący wniósł także o przedłużenie terminu na przygotowanie ofert do 40 dni wobec faktu nie udostępnienia przez Zamawiającego obmiaru robót.

Zamawiający odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 23 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2007 Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) uważa, że Protestujący nie rozumie na czym polega złożenie oferty wspólnej.

Zamawiający dopuścił w przedmiotowym postępowaniu przetargowym możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienia (Rozdział 8 SIWZ). Jest to bardzo korzystne zwłaszcza wtedy, gdy pojedynczo każdy z podmiotów nie mógłby sprostać warunkom wymaganym przez Zamawiającego. Art. 23 ustawy – Prawo zamówień publicznych stworzony został z możliwością wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne. Do podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne stosuje się te same przepisy co do pojedynczego Wykonawcy. Odpowiednie ich stosowanie oznacza, że każdy uczestnik wspólnej oferty musi udokumentować, iż posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności i nie podlega wykluczeniu z postępowania. Natomiast przy ocenie spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 2 i 3, należy brać pod uwagę łączny potencjał techniczny i kadrowy Wykonawców, ich łączne kwalifikacje i doświadczenie oraz łączną sytuację ekonomiczną i finansową. Tylko taki bowiem sens mogą mieć przepisy o wspólnym ubieganiu się o zamówienie. I tylko taki sens może mieć tworzenie wspólnych przedsięwzięć. Tak, więc zarzut postawiony przez protestującego jest bezzasadny, ponieważ Zamawiający nie naruszył art.23, poprzez ograniczenie uczestnictwa w postępowaniu przetargowym konsorcjum. Należy podkreślić, że poprzez przystąpienie do konsorcjum nie powstaje odrębny od jego uczestników samodzielny podmiot praw i obowiązków. Każdy z uczestników konsorcjum zachowuje samodzielność.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przepisów zawartych art. 29 ust. 1 i ust. 2 w związku z art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 nr 223, poz. 1655 ze zm.) Zamawiający informuje, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera SIWZ tj. projekty budowlane, projekty wykonawcze oraz specyfikacje wykonania i odbioru robót.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu opisał przedmiot zamówienia w sposób umożliwiający Wykonawcom podjęcie decyzji w zakresie przystąpienia do przetargu.

Biorąc pod uwagę specyfikę zamówienia (robota budowlana) Zamawiający kierował ogłoszenie do określonej grupy Wykonawców, tj. do Wykonawców, dla których pojęcia wynikające z Prawa Budowlanego są jasne i precyzyjne. Dlatego też, niezrozumiałym dla Zamawiającego jest zarzut naruszenia przepisu ustawy PZP zawartych w art.29 ust.1 i 2 „poprzez ustanowienie wymogów sposób niejasny, bowiem nie jest wiadomo co Zamawiający rozumie pod pojęciem roboty budowlanej oraz pod pojęciem obiekt i co to jest obiekt użyteczności publicznej i na czym ma polegać”.

Zamawiający stawiając określone warunki ma na celu wybór takiego Wykonawcy dla którego definicje zawarte w Prawie Budowlanym nie są obce. Zamawiający nie ma prawa przy ogłaszaniu zamówienia publicznego na robotę budowlaną interpretować inaczej niż Prawo Budowlane to przewiduje opisanych w nim tj. definicji, dlatego też nie przewiduje innego niż PB to przewiduje rozumienia zawartych tam określeń i tak: zgodnie z brzmieniem art.3

przywołanej ustawy budowa jest to - wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowa, rozbudowa, nadbudowa obiektu budowlanego; roboty budowlane: jest to budowa, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego; przebudowa – jest to wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego; Natomiast pod pojęciem remontu – należy rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a nie stanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym; Zarówno z nazwy postępowania „**Rozbudowa budynku Zespołu Szkół w Kłodawie o gimnazjum, łącznik oraz salę sportowo-rehabilitacyjną, przy ul. Szkolnej 1 w Kłodawie, Gmina Kłodawa, woj. lubuskie**” jak i z opisu zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ jednoznacznie wynika, że przedmiotem zamówienia nie jest remont czy przebudowa. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia jest to **budowa** nowych obiektów takich jak: gimnazjum, łącznik oraz sala sportowo – rehabilitacyjna, co wprost wynika z dokumentacji projektowej.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia §1 ust. 2 pkt. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane, Wykonawca nie wykazał w proteście żadnego żądania. Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego określa dla Wykonawców biorących w nim udział warunki, które Wykonawcy muszą spełnić. Na potwierdzenie ich spełnienia np. posiadania przez Wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia Zamawiający żąda od Wykonawców dokumentów określonych w przywołanym rozporządzeniu. Jednym z dokumentów jest m.in. wykaz wykonanych robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania. Na podstawie wykazu robót Zamawiający ocenia czy Wykonawca w/w warunek spełnił, zakładając, że załączył także dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił warunek wykazania się przez Wykonawców co najmniej jedną robotą o żądanej wartości i kubaturze. Reasumując, twierdzenie Protestującego, że przepis przytoczony na wstępie wymaga od Zamawiającego aby żądał od Wykonawców wykonania robót budowlanych o podobnym rodzaju i wartości („...wielu robót, które winny się w swej sumie składać na wielkość spełniającą warunek doświadczenia”) a nie jedynie roboty budowlanej, nie znajduje uzasadnienia.

Odnosnie zarzutu błędnego zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 632 Kc w §10 wzoru umowy, Protestujący nie ma racji. Umowa o roboty budowlane należy do umów zobowiązaniowych i zgodnie z zasadą swobody umów (art. 353¹ kc) może być uzupełniona lub zmieniona o elementy nieprzewidziane bezpośrednio w przepisach regulujących umowy o roboty budowlane. Stąd też możliwe było odwołanie się we wzorze umowy stanowiącym załącznik do SIWZ do art. 632 Kc.

Zarzut dotyczący nie ekwiwalentności świadczeń zapisanych we wzorze umowy (§11, §16, §17 czyli regulacji co do robót dodatkowych, kar umownych i prawa do odstąpienia od umowy), podnoszony przez Protestującego nie zasługuje na uwzględnienie. Regulacje, jakie wprowadził Zamawiający w §11, §16, §17 wzoru umowy zostały oparte na zasadzie swobody umów (art. 353¹ kc) i nie naruszają ekwiwalentności świadczeń, która to nie ma zastosowania do kwestii związanej z odstąpieniem od umowy. Wzór umowy zachowuje zasadę ekwiwalentności świadczeń albowiem w zamian za wykonanie obiektu Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie. Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Protestującego, że rozliczenia za przerwane roboty, winno odpowiadać faktycznie poniesionym nakładom a nie na wyliczonych według Sekocenbudu, gdyż sposób rozliczeń musi mieć podstawę obiektywizowaną.

Protestujący podnosi także, iż nie może być tak, że Wykonawca nie będzie miał zgody na wykonanie robót dodatkowych, które są konieczne do wykonania aby zakończyć obiekt i nie będzie mógł ich wykonać przez co nie wykona umowy (§11 ust.4 wzoru umowy). Taki wywód Protestującego prowadziłby do dowolności kształtowania ceny przez Wykonawcę i przeprowadzenia wszelkich robót nie objętych umową bez zgody Zamawiającego. Przecież to Zamawiający płaci Wykonawcy za wykonane roboty, więc nie dając zgody na ich wykonanie a nawet nie wiedząc o konieczności ich wykonania nie miałby podstaw do zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy. A mając na względzie ustawę o finansach publicznych Zamawiający ma obowiązek wydatkowania środków publicznych w sposób racjonalny i oszczędny. Zamawiający zatem nie podziela stanowiska Protestującego w tej kwestii.

Protestujący uważa, że kary umowne nie powinny być liczone od całej wartości zadania, skoro problem może dotyczyć jakiegoś elementu a zatem odpowiedzialność winna być adekwatna w relacji do tego do czego się odnosi. Zamawiający w tej kwestii stoi na stanowisku, iż zgodnie z swobodą umów (art. 353¹ kc) wysokość kar umownych określonych we wzorze umowy jest zgodna z art. 484 i art. 485 kc.

Protestujący wnosi o uzupełnienie wzoru umowy w §17 ust. 1 pkt. d) i pkt. e). Powyższe zapisy miałyby dotyczyć sytuacji wynikającej z winy Wykonawcy lub, że te postanowienia nie mają zastosowania gdy zdarzenia te nie wynikają z winy Wykonawcy.

Zamawiający nie widzi potrzeby uzupełniania zapisów we wzorze umowy w zakresie §17 ust. 1 pkt. d) i pkt. e), gdyż z zapisów zawartych we wzorze umowy wprost wynika, że odstąpienie od umowy wynika z winy Wykonawcy. Przyczyny odstąpienia przez Zamawiającego od umowy, za które Wykonawca nie odpowiada określone zostały m.in. w §17 ust. 4, w innych przypadkach będą miały zastosowanie odpowiednie przepisy kc.

Protestujący wnosi o zmianę zapisu w §17 ust. 2 dotyczącego przypadku kiedy Wykonawcy przysługuje prawo odstąpienia od umowy. Zamawiający w przywołanym paragrafie określił przykładowy katalog, kiedy Wykonawca może odstąpić od umowy, gdyż nie widział potrzeby wypisywania wszystkich przesłanek we wzorze umowy. Pozostałe przesłanki wynikają wprost z kc. Zatem Zamawiający nie widzi podstaw do zmiany zapisu w §17 ust. 2 wzoru umowy.

Zdaniem Protestującego, Zamawiający błędnie żąda od Wykonawców złożenia harmonogramu rzeczowo – finansowego. Zamawiający uważa, iż harmonogram, którego żąda stanowi istotny, merytoryczny element oferty, gdyż zawiera informacje co do tego, jakie czynności/etapy będą wykonywane we wskazanym czasie oraz jaka jest ich wartość, a nadto służyć ma kontroli prawidłowości realizacji zadania przez Wykonawcę oraz rozliczeń finansowych (§10 ust. 8 wzoru umowy). Ponadto Zamawiający żądając harmonogramu rzeczowo – finansowego miał na względzie również czas w jakim będzie realizowane zamówienie. Na jego podstawie Zamawiający będzie mógł zaplanować środki finansowe w poszczególnych okresach realizacji zadania.

W warunkach umowy przyjęto zasadę wynagrodzenia ryczałtowego, Zamawiający stosownie do §4 ust. 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego (Dz. U. z 2004r. nr 202 poz. 2072 ze zm.) nie miał obowiązku załączenia przedmiarów robót. Nie może to być również podstawą do żądania przedłużenia terminu składania ofert. Termin na składanie ofert jest terminem zgodnym z ustawą (art. 43 ust. 1 w/w ustawy).

POUCZENIE:

Zgodnie z art. 182 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r., (tekst jednolity Dz. U. z 2007r. nr 223 poz. 1655 ze zm.) protest jest ostatecznie rozstrzygnięty:

- 1) jeżeli nie przysługuje odwołanie – wraz z rozstrzygnięciem przez zamawiającego protestu lub z upływem terminu na jego rozstrzygnięcie;
- 2) jeżeli nie wniesiono odwołania – z upływem terminu do wniesienia odwołania;
- 3) w przypadku wniesienia odwołania – z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku Izby.”

Od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie z zastrzeżeniem art. 184 ust. 1a. Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując kopię treści odwołania Zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu.

Wójt Gminy Kłodawa
/-/ Anna Mołodziak

Prosimy o potwierdzenie odbioru niniejszego pisma faksem na numer telefonu: (95) 7 216 660. Potwierdzenie jest obowiązkiem ustawowym (art. 27 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych).

.....

/data, podpis, pieczęć/