

STAROSTWO POWIATOWE
w Poddębicach
WPLYNEŁO 15.07.09
ilość załączników
342
Frankowski
podpis
Gala

Łódź, dnia 14.07.2009 r.

Protestujący:

P.P.H.U. "NATALIA" Paweł Frankowski
Ul. Wojska Polskiego 190
91-726 Łódź

BI
Gala

Zamawiający:

Powiat Poddębicki
w imieniu którego działa Zarząd Powiatu
w Poddębicach
99 – 200 Poddębice, ul. Łęczycka 16.

Nr sprawy: ZP.343-10/BI/2009.

PROTEST

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), dalej zwanej „ustawą”, niniejszym wnoszę protest wobec czynności Zamawiającego polegającej na zmianie treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 211360 z dnia 26.06.2009 r. oraz postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dotyczących postępowania o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na:

„Wykonanie robót budowlano – instalacyjnych w bloku „A” wraz z dostawą i montażem odbiorników pary technologicznej dla potrzeb pralni szpitalnej i kuchni w ramach zadania pn.: „Rozbudowa i modernizacja Szpitala Powiatowego w Poddębicach”

Protestujący zarzuca, iż na skutek wprowadzonej zmiany warunki udziału w postępowaniu zostały określone w sposób ograniczający konkurencję, naruszający zasadę równego traktowania, uniemożliwiający ubieganie się o zamówienie Protestującemu.

Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 38 ust. 4 ustawy oraz inne wskazane w uzasadnieniu.

W związku z powyższym Protestujący wnosi o:

1. unieważnienie czynności z dnia 08.07.2009 r. w zakresie zmiany warunku dotyczącego posiadanego doświadczenia w związku z tym, że nie było uzasadnionych powodów do takiej zmiany, lub
2. dokonanie ponownej zmiany ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu i nadanie punktowi 1.1.1) ppkt b) tiret pierwsze SIWZ oraz odpowiednio ogłoszeniu o zamówieniu, następującego brzmienia: *wykazują się wykonaniem robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym*

Fla

przedmiot zamówienia, to jest robotami budowlanymi w zakresie budowy lub rozbudowy trzech lub więcej obiektów kubaturowych o wartości nie mniejszej niż 6.000.000 PLN brutto każde i łącznej wartości nie mniej niż 18.000.000 zł brutto. Co najmniej dwa z wykazanych obiektów muszą zawierać budowę lub rozbudowę szpitala lub obiektów rehabilitacyjnych.

Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia zostało zamieszczone w BZP w dniu 08.07.2009 r. (nr 229480) zatem protest jest wniesiony z zachowaniem 7 dniowego terminu.

Protestujący posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego protestu gdyż obecne warunki przystąpienia do przetargu uniemożliwiają mu ubieganie się o przedmiotowe zamówienie.

UZASADNIENIE

Zamawiający pierwotnie określił, że o zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy, którzy wykażą się w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonaniem robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, to jest budową lub rozbudową szpitala (lub jego zorganizowanej części - oddział, klinika, itp.), lub obiektów o charakterze rehabilitacyjnym o wartości nie mniejszej niż 6 000 000 zł brutto.

Powyższy warunek został ustalony adekwatnie do zakresu zamówienia, w sposób, który pozwalał zweryfikować posiadane przez wykonawców doświadczenie, a jednocześnie nie blokujący dostępu do zamówienia firmom z odpowiednim potencjałem wykonawczym, zdolnym zrealizować umowę rzetelnie i terminowo. Nie budził zastrzeżeń zainteresowanych oferentów czego dowodem jest fakt, że w ustawowym terminie 7 dni od daty zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu nie zostały wniesione żadne protesty. Jednak w dniu 08.07.2009 r. Zamawiający zmienił postanowienia SIWZ i ogłoszenia. Decyzja ta była o tyleż zaskakująca, że Zamawiający nie złagodził warunków, lecz je istotnie wyśrubował, ograniczając wykonawcom, w tym Protestującemu, dostęp do zamówienia. Jednocześnie czynność ta została podjęta z naruszeniem obowiązujących przepisów, a to art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 2 i art. 38 ust. 4 ustawy, i dlatego nie może się ostać.

Zamawiającemu nie można odebrać prawa aby sprawdzał doświadczenie i wiedzę wykonawców jeszcze przed zawarciem umowy. Zgodzić się również można, że wykonawcy powinni się legitymować więcej niż jedną realizacją podobnych robót. **W całości należy jednak zaoponować przeciwko praktyce sprowadzającej się do żądania od wykonawców aby legitymowali się trzema robotami analogicznymi do tych, które stanowią przedmiot zamówienia.**

Przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi, że o zamówienie publiczne mogą się ubiegać wykonawcy, którzy m.in. posiadają **niezbędną** wiedzę i doświadczenie. Na potwierdzenie tego warunku, zgodnie z §1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze

zm.) zamawiający mogą żądać od wykonawców wykazu **wykonanych robót budowlanych** w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, **odpowiadających swoim rodzajem i wartością** robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania. Z tych regulacji wynika, że w postępowaniu nie można wymagać, aby jego uczestnicy legitymowali się realizacjami dokładnie takich obiektów, jakie są przedmiotem danego zamówienia. Wystarczy, jeśli potwierdzą swoje umiejętności w wykonywaniu podobnych robót budowlanych. Takie stanowisko jest ugruntowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, co potwierdzają następujące wyroki:

- wyrok KIO z dnia 03.02.2009 r. (KIO/UZP 108/09): *Zakres usług przedstawianych jako doświadczenie zawodowe wykonawcy, **nie musi być tożsamy z przedmiotem zamówienia**. Ma natomiast odpowiadać swoim rodzajem temu zakresowi;*
- wyrok KIO z dnia 27.01.2009 r. (KIO/UZP 51/09): *Zamówienie odpowiadające rodzajem przedmiotowi zamówienia to **zamówienie nie identyczne, ale o zbliżonym charakterze**;*
- wyrok KIO z dnia 08.08.2008 r. (KIO/UZP 768/08): *Co do zasady, wymaganie udokumentowania doświadczenia przez wykazanie robót budowlanych, dostaw lub usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia (tożsamy, identyczny) jest warunkiem nadmiernie ograniczającym uczciwą konkurencję, naruszającym art. 22 ust. 2 p.z.p. (...) Skoro usługa odpowiada co do rodzaju przedmiotowi zamówienia i została wykonana należyście, to brak jest podstaw do odmowy jej uznania za potwierdzającą posiadanie doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego;*
- wyrok KIO z dnia 19.05.2008 r. (KIO/UZP 428/08): *Nie można uznać, że zamawiający może w dowolny sposób określać warunek, byleby zachować możliwość konkurowania pomiędzy kilkoma wykonawcami. Sam fakt, że istnieją na rynku wykonawcy zdolni spełnić warunek określony przez zamawiającego nie przesądza jeszcze o dopuszczalności tego warunku. (...) Proporcjonalność czy adekwatność warunku musi odnosić się do przedmiotu zamówienia i przekroczenie granic tego przedmiotu należy uznać za wygórowane wymaganie, nie znajdujące uzasadnienia potrzebami zamawiającego. Warunek nie może być postawiony w taki sposób, aby w oderwaniu od przedmiotu zamówienia stanowił barierę dostępu do postępowania;*
- wyrok ZA z dnia 16.08.2006 r. (UZP/ZO/0-2255/06): *Określenie nadmiernych warunków udziału w postępowaniu, które nie są uzasadnione specyfiką zamówienia stanowi wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy i skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania (wyrok zapadł pod rządami starej ustawy, a więc część tezy jest nieaktualna).*

W ramach zmienionej SIWZ i ogłoszenia Zamawiający żąda aby wykonawcy wybudowali lub rozbudowali trzy lub więcej obiektów kubaturowych o wartości nie mniejszej niż 6.000.000 PLN brutto każdy i łącznej wartości nie mniej niż 18.000.000 zł brutto. Co najmniej trzy

z wykazanych obiektów muszą zawierać budowę szpitala lub obiektów rehabilitacyjnych. Takie sformułowania **świadczą o niekonsekwencji Zamawiającego i nieproporcjonalności warunku** w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zważyć należy, że Zamawiający wymaga doświadczenia w budowie trzech szpitali lub obiektów rehabilitacyjnych, pomimo że przedmiot niniejszego postępowania jest wykonanie robót budowlano – instalacyjnych w bloku „A”, czyli na już wzniesionym obiekcie. Niekonsekwencja polega na tym, że najpierw Zamawiający powiada o budowie lub rozbudowie (odnosząc to do jakiegokolwiek obiektu kubaturowego), a następnie stwierdza, że w przypadku szpitali lub obiektów rehabilitacyjnych liczy się tylko budowa. Takie wymaganie wykracza zaś poza granice zamówienia. Zgodnie z dyrektywą nr 2004/18/WE warunki udziału w postępowaniu muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. **Zatem skoro przedmiotem zamówienia jest rozbudowa szpitala (bloku „A”) to nie ma żadnego powodu, aby żądać doświadczenia wyłącznie w budowie szpitali.**

Ponadto stoimy na stanowisku, że wystarczą dwie roboty polegające na budowie lub rozbudowie szpitala lub obiektów rehabilitacyjnych. Zamawiający ma obowiązek wymagania od oferentów wykazania się doświadczeniem jako pewną umiejętnością zdobytą i ugruntowaną w trakcie praktyki, nabyciem wprawy w określonych działaniach. Dlatego przyjąć należy, że wystarczą do potwierdzenia koniecznego doświadczenia dwie podobne realizacje (tak J. Dolecki, „Niezbędna wiedza i doświadczenie oferenta”, w: Zamówienia Publiczne Doradca, Nr 5 z 2003 r. s. 57).

Należy również zwrócić uwagę na brzmienie art. 38 ust. 4 ustawy, który stanowi, że treść SIWZ można zmieniać tylko w uzasadnionych przypadkach. Nie ma zaś uzasadnienia dla zaostżenia warunków podmiotowych po ogłoszeniu postępowaniu. Zawsze prowadzi to bowiem do ograniczania kręgu wykonawców, którzy będą mogli wziąć udział w postępowaniu. W rezultacie do zmniejszenia konkurencji, a tym samym do zminimalizowania rywalizacji cenowej, co zawsze następuje ze szkodą dla Zamawiającego i finansów publicznych.

W związku z powyższym celowe jest żądanie postawione na wstępie protestu, tj. powrotu do pierwotnego warunku lub też, jeśli Zamawiający chce pozostać przy obecnym - doprecyzowanie go i nadanie mu brzmienia:

wykażą się wykonaniem robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, to jest robotami budowlanymi w zakresie budowy lub rozbudowy trzech lub więcej obiektów kubaturowych o wartości nie mniejszej niż 6.000.000 PLN brutto każde i łącznej wartości nie mniej niż 18.000.000 zł brutto. Co najmniej dwa z wykazanych obiektów muszą zawierać budowę lub rozbudowę szpitala lub obiektów rehabilitacyjnych.

W tym stanie wnoszę jak na wstępie.

PPHU NATALIA
Paweł Frankowski
91-726 Łódź, Wojska Polskiego 190
REG. 470954764 NIP 729-000-40-03

Frankowski