



ZAKŁAD WODOCIĄGÓW I KANALIZACJI Spółka z o.o. w Szczecinie

ul. Maksymiliana Golisza 10, 71-682 Szczecin

centrala telefon: 091 422 12 61; sekretariat telefon: 091 422 06 39, 422 54 64; fax: 091 422 12 58

NIP: 851-26-24-854

REGON 811931430

WG ROZDZIELNIKA

Szczecin, 07-01-2010r.

Nr dok. RIR/EJ//000680/10 Sprawa 001080/10

Dotyczy: wniesienia protestu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na:

**"Budowę zaplecza technicznego dla ZWiK Sp. z o.o.
na terenie działki 1/5 i 8/16 przy ul. Golisza w Szczecinie"**

Informujemy, że w dniu 06.01.2010r. wpłynął do Zamawiającego protest w postępowaniu na:

**"Budowę zaplecza technicznego dla ZWiK Sp. z o.o.
na terenie działki 1/5 i 8/16 przy ul. Golisza w Szczecinie"**

Zgodnie z art. 181 ust. 3 Zamawiający wzywa wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu, zgodnie z zasadami określonymi w Dziale VI (Środki ochrony prawnej) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych – (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn.zm.).

Kopię protestu przekazujemy w załączeniu.

DYREKTOR DS. ROZWOJU
PROKURENT

mgr inż. Tadeusz Dawid

Zarząd:

Prezes Zarządu - Dyrektor Generalny mgr Olgierd Geblewicz

Członek Zarządu - Dyrektor Ekonomiczno-Finansowy mgr Mieczysław Żywotko

Członek Zarządu - Dyrektor Techniczny inż. Ryszard Wójcik

Członek Zarządu - Dyrektor ds. Inwestycji Współfinansowanych z Funduszu Spójności mgr inż. Elżbieta Ostatek

Członek Zarządu - Pełnomocnik ds. Realizacji Projektu Funduszu Spójności (PRP) mgr inż. Stanisław Jankowski

P.E. / 15000048/08.01.10

R1R + DR

7.1.2010.

Szczecin, dnia 6 stycznia 2010r.

Protestujący: ERBUD S.A.
ul. Puławska 300A
02 – 819 Warszawa

Adres do doręczeń:
ERBUD S.A. Oddział Szczecin
ul. Mostnika 22
70 – 652 Szczecin
Faks: + 48 914 895 031

Zamawiający: Zakład Wodociągów
i Kanalizacji Sp. z o.o.
ul. M. Goliśza 10
71 – 682 Szczecin
Faks: +48 914 221 258

ZWiK Spółka z o.o.
w Szczecinie
KANCELARIA

Wpł. 06. 01. 2010

L.dz. 323 Podpis

Znak sprawy: BZP / 152 / 09

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego o wartości przekraczającej 5 150 000 EURO, którego przedmiotem jest „Budowa zaplecza technicznego dla ZWiK Sp. z o.o. na terenie działki 1/5 i 8/16 przy ul. Goliśza w Szczecinie”

PROTEST

Na podstawie art. 180 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2007r. nr 223, poz. 1655 ze zmianami – dalej: „ustawa PZP”), w imieniu własnym, składam

protest

na treść warunków udziału w postępowaniu zawartych w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), gdzie wskazano, między innymi, że:

„Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów: Wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia powinien spełnić również

następujące warunki:

1. Posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonania przedmiotowego zamówienia oraz dysponować potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,

przejawiające się:



R1R/000048/10

[...]

4) *Dysponowaniem we własnym zakresie, lub korzystając z osób udostępnionych przez inny podmiot – co najmniej wszystkimi poniżej wymienionymi osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia:*

a) *Kierownikiem budowy – osoba ta winna posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, a w sytuacji posiadania uprawnień budowlanych wydanych na podstawie przepisów obowiązujących przed wejściem w życie Rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28.4.2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 83, poz. 578 ze zm.) (dalej „Rozporządzenie MTiB”) – uprawnienia budowlane uprawniające do kierowania robotami budowlanymi w zakresie robót konstrukcyjno-budowlanych. Ponadto osoba wskazana jako Kierownik budowy winna posiadać **minimum 10 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy.**”*

W ocenie ERBUD S.A. (ul. Puławska 300A, 02 – 819 Warszawa) – dalej: „Protestujący”, wskazany wyżej opis jednego z warunków udziału w postępowaniu stanowi naruszenie wyrażonej w art. 7 ust. 1 oraz 22 ust. 2 ustawy PZP zasady nakazującej przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zbyt rygorystycznie określony warunek udziału w postępowaniu eliminuje z możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie wykonawców, którzy są w stanie je wykonać. Warunek ten opisany jest bowiem w sposób nie adekwatny do wielkości, zakresu, stopnia skomplikowania i przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na uwadze żądam zmiany wskazanego wyżej warunku udziału w postępowaniu poprzez opisanie go w sposób, który umożliwi wykonawcom zdolnym do wykonania robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia uzyskanie przedmiotowego zamówienia, poprzez określenie, że:

„Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów: Wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia powinien spełnić również następujące warunki:

1. Posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonania przedmiotowego zamówienia oraz dysponować potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, przejawiające się:



[...]

4) Dysponowaniem we własnym zakresie, lub korzystając z osób udostępnionych przez inny podmiot – co najmniej wszystkimi poniżej wymienionymi osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia:

a) Kierownikiem budowy – osoba ta winna posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, a w sytuacji posiadania uprawnień budowlanych wydanych na podstawie przepisów obowiązujących przed wejściem w życie Rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28.4.2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 83, poz. 578 ze zm.) (dalej „Rozporządzenie MTiB”) – uprawnienia budowlane uprawniające do kierowania robotami budowlanymi w zakresie robót konstrukcyjno-budowlanych.

Ponadto osoba wskazana jako Kierownik budowy winna posiadać minimum 5 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy.”

Zwięzłe przytoczenie zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu

1. Interes prawny:

Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. (M. Goliś 10, 71 – 682 Szczecin) – dalej: „Zamawiający” wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego poprzez przekazanie celem publikacji Ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 18.12.2009r. Wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5.150.000,00 euro. Ogłoszenie zostało ostatecznie opublikowane w dniu 23.12.2009r.

Interes prawny we wniesieniu pierwszego spośród dostępnych środków ochrony prawnej, w postaci protestu, (a w razie jego oddalenia lub odrzucenia – odwołania czy skargi do sądu okręgowego właściwego dla siedziby Zamawiającego), wynika z faktu, że w treści ogłoszenia o zamówieniu opisano jeden z warunków udziału w postępowaniu (przytoczony wyżej) w sposób, który uniemożliwia wzięcie w nim udziału przez Protestującego, pomimo, że jest on w stanie wykonać roboty budowlane, będące przedmiotem zamówienia.



Zgodnie z wyrokiem z dnia 9 stycznia 2009 r. Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (KIO/UZP 1493/08):

„Interes prawny może być rozumiany, bądź jako możliwość uznania oferty złożonej przez wykonawcę za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia przez wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego (interes prawny sensu stricto) lub mieć swe uzasadnienie we wnoszeniu środków prawnych w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia prowadzącym do skutku w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z prawem, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą (interes prawny sensu largo).”

W przedmiotowej sprawie Protestującemu przysługuje interes prawny. Bez wątpienia Protestujący ma prawo oczekiwać takiego sformułowania warunków udziału w postępowaniu, który da mu realną szansę na uzyskanie zamówienia w razie złożenia oferty. Aktualna treść ogłoszenia o zamówieniu uniemożliwia Protestującemu złożenie oferty i w konsekwencji uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

2. Odniesienie się do poszczególnych przesłanek odrzucenia protestu przez Zamawiającego na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy PZP:

2.1) Protest nie został wniesiony z uchybieniem terminów określonych w ustawie PZP:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23.12.2009r.

Zgodnie z art. 180 ust. 3 pkt 2) ustawy PZP:

„Protest dotyczący treści ogłoszenia, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie:

[...]

2) 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8

- przepisu ust. 2 zdanie pierwsze nie stosuje się.”

Protestujący wniósł protest w formie pisemnej (nieuzasadniony wymóg rozdziału XV. ust. 3 SIWZ) w dniu 6.01.2010r. (w 14. dniu po publikacji Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ), tym samym protest wniesiony jest w terminie przewidzianym w art. 180 ust. 2 ustawy PZP.

Ze względu na powyższe stwierdzić należy, że nie uchybiono terminom określonym w ustawie PZP na wniesienie protestu.

2.2) Protest został wniesiony przez podmiot uprawniony:

Protestujący załączył do niniejszego protestu dokument pełnomocnictwa oraz aktualny odpis z Krajowego Rejestru Sądowego. Z treści ww. dokumentów wprost wynika, że osoby podpisujące niniejszy protest umocowane są do dokonania tej czynności.

Tym samym, stwierdzić należy, że protest został wniesiony przez podmiot uprawniony.

2.3) Protest nie jest niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6 ustawy PZP:

W przedmiotowym postępowaniu nie zapadło ostateczne rozstrzygnięcie protestu po w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Tym samym nie zachodzi, określona w art. 180 ust. 7 (w związku z art. 181 ust. 6) ustawy PZP przesłanka odrzucenia niniejszego protestu, ze względu na fakt, że Protestujący powołuje się na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Tym samym nie zachodzą, określone w art. 180 ust. 7 ustawy PZP przesłanki odrzucenia niniejszego protestu.

3. Zarzuty oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie protestu:

3.1) Istota zarzutu sprowadza się do faktu, że Zamawiający opisał wymagania w zakresie jednego z warunków udziału w postępowaniu w sposób, który uniemożliwia uzyskanie zamówienia publicznego będącego przedmiotem postępowania wykonawcom, którzy są w stanie je wykonać. Takie działanie Zamawiającego narusza przepisy ustawy PZP nakazujące

prowadzenie postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 1 października 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 984/08):

„Jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.”

W ww. orzeczeniu stwierdza się także:

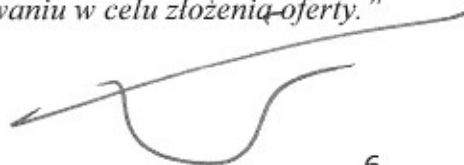
„Wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji...”

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, że postawienie wymogu wykazania się dysponowaniem kierownikiem budowy o kwalifikacjach i doświadczeniu opisanych przez Zamawiającego nie jest uzasadnione przedmiotem, wielkością, stopniem skomplikowania czy zakresem zamówienia. Na taki zaś związek postawionych warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia wskazuje się w doktrynie prawa i orzecznictwie. Dla przykładu wskazać można na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 25.05.2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 607/09), gdzie stwierdza się:

„Określenie warunków udziału w postępowaniu zależy od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego skomplikowania, zakresu wymaganych wiadomości czy umiejętności specjalnych i jest konkretyzowane przez zamawiających w poszczególnych postępowaniach. Warunki udziału w postępowaniu winny być formułowane w sposób odpowiadający co do wielkości, charakteru, złożoności oraz rodzaju przedmiotowi zamówienia, objętego postępowaniem.”

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 20 stycznia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 2/09) stwierdza się:

„Zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty.”



Wskazać jednocześnie należy, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek udowodnienia, że postawione przez niego warunki udziału w postępowaniu nie naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 18 listopada 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1240/08) stwierdza się:

„Odwołujący ma obowiązek uprawdopodobnić, że wymagania Zamawiającego odnoszące się do przedmiotu zamówienia mogą utrudnić uczciwą konkurencję, a na Zamawiającym ciąży obowiązek dowiedzenia, że albo nie utrudnił on uczciwej konkurencji, albo ograniczenia wprowadzone przez Zamawiającego w ramach postawionych wymagań mają uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego.”

Dla przykładu wskazać można także na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 18 listopada 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1240/08), w którym stwierdza się:

„Odwołujący ma obowiązek uprawdopodobnić, że wymagania Zamawiającego odnoszące się do przedmiotu zamówienia mogą utrudnić uczciwą konkurencję, a na Zamawiającym ciąży obowiązek dowiedzenia, że albo nie utrudnił on uczciwej konkurencji, albo ograniczenia wprowadzone przez Zamawiającego w ramach postawionych wymagań mają uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego.”

Zamawiający zdaje się nie przestrzegać zasad wynikających z ww. orzeczeń.

3.2) W pierwszej kolejności zauważyć należy, że wymóg wykazania się aż **dziesięcioletnim doświadczeniem** zawodowym osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy nie znajduje uzasadnienia. W ocenie Protestującego osoby, które posiadają krótszy okres doświadczenia zawodowego także są w stanie kierować jako kierownicy budowy wykonaniem przedmiotowego zamówienia. Po dokładnej analizie opisu przedmiotu zamówienia Protestujący uważa, że osoba z pięcioletnim doświadczeniem jest w stanie wykonać obowiązki kierownika budowy. Przeciwny dowód spoczywa zaś na Zamawiającym. W ocenie Protestującego Zamawiający nie jest w stanie podźwignąć ciężaru dowodowego w tym zakresie.



Do przedmiotu zamówienia wchodzi bowiem następujące prace:

- prace wyburzeniowe istniejących budynków,
- budowa zespołu budynków warsztatowo-biurowych z garażami, wiatami, portiernią i myjnią dla samochodów ciężarowych wraz z zagospodarowaniem terenu, pracami instalacyjnymi i wykończeniowymi w budynkach,
- budowa zespołu budynków warsztatowo-biurowych z garażami, wiatami, portiernią i myjnią dla samochodów ciężarowych,
- zagospodarowanie terenu,
- parking dla samochodów osobowych (ponad 60 stanowisk),
- parking dla samochodów ciężarowych,
- układ komunikacyjny ze zjazdami oraz niezbędną infrastrukturą techniczną.

Zakres i stopień skomplikowania opisanych wyżej prac nie uzasadnia tezy, że jedynie kierownik budowy posiadający minimum 10 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy (nie chodzi tu nawet o doświadczenie zawodowe, ale o doświadczenie w pełnieniu określonej funkcji) jest w stanie prawidłowo pełnić tę funkcję w trakcie wykonawstwa prac. Opisane wyżej prace oparte są o proste rozwiązania techniczne w każdej z branż i nie wymagają od kierownika budowy aż tak dużego doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy.

3.3) Ponadto, prawodawca, któremu przypisujemy przymioty racjonalności wszechwiedzy, przyznał w § 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. z 2006r., Nr 87, poz. 605 ze zmianami – dalej: „rozporządzenie”) zamawiającym możliwość stawiania warunków (weryfikowanych opisanymi w tym punkcie dokumentami) w zakresie doświadczenia, którym muszą wykazywać się sami wykonawcy, zawsze w odniesieniu do rodzaju i wartości wykonywanych robót budowlanych, a nie czasu funkcjonowania wykonawców na rynku w określonej branży. Dla prawodawcy nie ma znaczenia jak długo dany wykonawca prowadzi działalność, ale czym się w tej działalności zajmuje. Oczywistym jest bowiem, że okres pracy danej osoby nie musi być proporcjonalny do zakresu zdobytych przez nią doświadczeń, umiejętności czy kwalifikacji. Ważniejsze powinno być wykonywanie przez daną osobę określonych, konkretnych czynności, a nie czas pełnienia określonej funkcji. W przeciwnym razie można byłoby postawić tezę, że osoba będąca przez kilkadziesiąt lat swojej aktywności zawodowej

kierownikiem prostych robót budowlanych (przykładowo: domki jednorodzinne), ma wystarczające doświadczenie dla kierowania skomplikowanymi robotami budowlanymi związanymi z wykonawstwem, przykładowo nowoczesnych obiektów szpitalnych czy innych specjalistycznych obiektów o przeznaczeniu przemysłowym. Z przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2006r., Nr 156, poz. 1118 ze zmianami) wynika jedynie obowiązek posiadania uprawnień do kierowania robotami budowlanymi. Wymóg dodatkowego doświadczenia kierownika budowy jest więc warunkiem wykraczającym poza ustawowe minimum i jako taki winien mieć swoje konkretne uzasadnienie w zakresie i stopniu skomplikowania przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze zakres i stopień skomplikowania przedmiotowego zamówienia wymóg aż dziesięcioletniego doświadczenia kierownika robót nie jest uzasadniony. Zaproponowane przez Protestującego obniżenie tego wymogu z dziesięciu do pięciu lat podyktowane jest brzmieniem właśnie § 1 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia, w którym pozwala się zamawiającym weryfikować doświadczenie wykonawców z okresu nie dłuższego niż właśnie pięć lat.

3.4) Mając na uwadze ewentualną możliwość ubiegania się Zamawiającego o ubieganie się o refinansowanie przedmiotowej inwestycji ze środków Unii Europejskiej lub niepodlegających zwrotowi środków z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), wskazać należy, że określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu może skutkować nałożeniem na Zamawiającego przez kontrolerów instytucji zarządzającej **korekt finansowych** za naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych. Korekty te uregulowane są w dokumencie: „*Wymierzanie korekt finansowych za naruszenie prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków UE*” (dalej: „Wykaz korekt finansowych”), a do ich nałożenia uprawniona jest instytucja zarządzająca, która dokonując kontroli przedmiotowego projektu może posiłkować się kontrolerami Urzędu Zamówień Publicznych w ramach tzw. „kontroli doraźnej”, o której mowa w art. 165 ust. 4 ustawy PZP. Korekta ta przewidziana w punkcie nr 14 z tabeli zawartej w Wykazie korekt finansowych, zatytułowanym: „Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert” i wynosi aż 25% wartości przyznanego dofinansowania.

Mając powyższe na uwadze wnoszę jak w petitum pisma.



Z poważaniem

DYREKTOR ODDZIAŁU
PROKURENT
Grzegorz Krzywicki

W załączeniu:

1. Pełnomocnictwo do wniesienia protestu.
2. odpis z Krajowego Rejestru Sądowego.