

Rawa Mazowiecka, dnia 22.04.2009 r.

Protestujący Wykonawca:

STRABAG Sp. z o.o.
z siedzibą w Warszawie
ul. B. Brechta 7
03-472 Warszawa
Biuro Regionalne w Łodzi
ul. Milionowa 28
93-105 Łódź

Dotyczy: protestu złożonego przez Wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa Krytej pływalni wraz ze sztucznym lodowiskiem w Rawie Mazowieckiej z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie”.

Rozstrzygnięcie protestu

Zamawiający - *Burmistrz Miasta Rawa Mazowiecka*, po dokonaniu analizy protestu złożonego przez firmę *STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa, Biuro Regionalne w Łodzi, ul. Milionowa 23, 93-105 Łódź* w dniu 15.04.2009 roku wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie w/w zamówienia publicznego informuje, iż na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 223 z 2007 r., poz. 1655 z późn. zm.) **rozstrzyga protest w ten sposób, że:**

- oddala protest w zakresie: żądania wprowadzenia zmian w zapisach SIWZ dotyczących:

- a) **wykreślenia** z treści punktu 4.1.2 litera b Części I SIWZ postanowień dotyczących konieczności posiadania przez kierownika robót sanitarnych udokumentowanego pełnienia funkcji kierownika budowy lub robót minimum jednego basenu pływackiego o charakterze publicznym (**zarzut nr 1**),
- b) **szczególowego doprecyzowania** przedmiotu zamówienia oraz określenie wszelkich prac koniecznych do jego realizacji (**zarzut nr 3 – dotyczy punktu 7.14 i ostatniego zdania punktu 10**),
- c) **zmodyfikowania postanowień § 8 ust. 4 Części II (wzór umowy)** tak, aby nie ujawniały tajemnicy handlowej pomiędzy Wykonawcą i Podwykonawcami (**zarzut nr 5**),

- uwzględnia protest w zakresie: żądania wprowadzenia zmian w zapisach SIWZ dotyczących:

- a) **żądania wprowadzenia do umowy definicji „ serwisu on-line”** i określenie wynikających z tego dla Wykonawcy obowiązków (**zarzut nr 2**),
- b) **wykreślenia** z punktu 7.11 zdania ostatniego Części I SIWZ (**zarzut nr 3**)
- c) **wykreślenia** z punktu 7.16 zdania ostatniego Części I SIWZ (**zarzut nr 4**),
- d) **uzupełnienia brakującej dokumentacji:** Projektu Wykonawczego Architektury, projektu zagospodarowania terenu, projektu drogowego, inwentaryzacji zieleni

istniejącej oraz projektu zieleni przewidywanej, projektu technologii lodowiska, projektu górnej płyty lodowiska, projektu konstrukcji dachu.

Uzasadnienie

W dn. 15.04.2009 r. Zamawiający, w przedmiotowym postępowaniu, otrzymał protest firmy **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa, Biuro Regionalne w Łodzi, ul. Milionowa 23, 93-105 Łódź**. Protest został złożony na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia publicznego. Przedmiotem protestu było 6 zarzutów do postanowień przedmiotowej SIWZ.

Wg protestującego Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 223 z 2007 r., poz. 1655 z późn. zm.): art. 22 ust. 1 i 2, art. 14 w zw. z art. 353¹, art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 w zw. z art. 41 oraz naruszenie tajemnicy handlowej, poprzez konieczność ujawnienia projektów umów z Podwykonawcami wraz ze wskazaniem przewidzianego w nich wynagrodzenia dla Podwykonawców.

Protestujący - STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa, Biuro Regionalne w Łodzi, ul. Milionowa 23, 93-105 Łódź domaga się modyfikacji zaskarżonych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak aby odpowiadały wymogom regulacji zawartej w przepisach Prawa zamówień publicznych oraz uzupełnienie brakującej dokumentacji, tj. o:

1) wykreślenie z treści punktu 4.1.2 lit. B Część I SIWZ postanowień dotyczących konieczności posiadania przez kierownika robót sanitarnych udokumentowanego pełnienia funkcji kierownika budowy lub robót minimum jednego basenu pływackiego o charakterze publicznym;

2) wprowadzenie do umowy definicji „serwisu on-line” i określenie wynikających z tego dla Wykonawcy obowiązków;

3) szczegółowe doprecyzowanie przedmiotu zamówienia oraz określenie wszelkich prac koniecznych do jego realizacji;

4) wykreślenie z punktu 7.16 zdania ostatniego Części I SIWZ;

5) Zmodyfikowanie postanowień §8 ust. 4 Części II (wzór umowy) tak, aby nie ujawniały tajemnicy handlowej pomiędzy Wykonawcą i Podwykonawcami;

6) uzupełnienie brakującej dokumentacji: Projektu Wykonawczego Architektury, projektu zagospodarowania terenu, projektu drogowego, inwentaryzacji zieleni istniejącej oraz projektu zieleni przewidywanej, projektu technologii lodowiska, projektu górnej płyty lodowiska, projektu konstrukcji dachu.

względnie o:

unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli modyfikacja specyfikacji nie pozwala na usunięcie jej sprzeczności z przepisami Prawa zamówień publicznych.

Przedmiotem protestu są następujące postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

Zarzut nr 1: Wykonawca - **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa, Biuro Regionalne w Łodzi, ul. Milionowa 23, 93-105 Łódź** zarzuca, że postanowienia przewidziane w punkcie 4.1.2 litera b Części I SIWZ naruszają przepisy art. 22 ust. 1 i 2 Pzp, ponieważ narzucają wykonawcom obowiązek posiadania przez kierownika robót sanitarnych udokumentowanego pełnienia funkcji kierownika budowy lub robót minimum jednego basenu pływackiego o charakterze publicznym, pomimo tego, iż przepis art. 22 Pzp w

sposób wyczerpujący reguluje warunki jakie muszą spełniać wykonawcy aby móc ubiegać się o udzielenie zamówienia;

Zamawiający nie zgadza się z zarzutem Protestującego.

Wnoszący protest, pismem z dnia 15.04.2009r. oprotestował zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące obowiązku posiadania przez kierownika robót sanitarnych udokumentowanego pełnienia funkcji kierownika budowy lub robót minimum jednego basenu pływackiego o charakterze publicznym. Protestujący zarzucił Zamawiającemu w tym zakresie naruszenie przepisów art. 22 ust. 1 i 2 Ustawy Prawo zamówień publicznych. Z uzasadnienia protestu wynika, iż oprotestowanemu postanowieniu SIWZ wnoszący protest zarzuca także naruszenie zasad uczciwej konkurencji (brak wskazania podstawy prawnej zarzutu).

Odnosząc się do formułowanego zarzutu, Zamawiający oświadcza, że powyższe postanowienie w żadnym wypadku nie narusza warunków udziału w postępowaniu ani też nie ogranicza uczciwej konkurencji.

Stosownie do dyspozycji art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazać trzeba, iż Zamawiający jest uprawniony do postawienia takiego warunku w zakresie doświadczenia zawodowego wykonawców, który zagwarantuje, że przedmiot zamówienia zostanie wykonany prawidłowo, rzetelnie i zgodnie ze sztuką. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa postawiony warunek graniczny, który powinni spełniać wszyscy wykonawcy, winien być ściśle związany z przedmiotem zamówienia i nie może utrudniać uczciwej konkurencji.

Dalej stwierdzić należy, iż ugruntowana linia orzecznictwa wskazuje, iż sama okoliczność, iż protestujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub spełnia go ograniczona ilość wykonawców, nie uzasadnia twierdzenia o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu, w szczególności w sytuacji, gdy wymagania zamawiającego są uzasadnione jego potrzebami, które mogą nie zostać zaspokojone przy innym sformułowaniu wymagań.

Tym samym wymóg dysponowania przez kierownika robót sanitarnych doświadczeniem w zakresie pełnienia funkcji kierownika budowy lub robót minimum jednego basenu pływackiego o charakterze publicznym wynika wyłącznie z uwarunkowań i specyfiki przedmiotu zamówienia, a tym samym jest do niego adekwatny. Nadto, Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia oraz warunki udziału w tym postępowaniu w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom (por. wyrok ZA z 07.03.2007r., sygn.akt: UZP/ZO/0-207/07).

Nie wymaga szerszego uzasadnienia twierdzenie, iż z uwagi na specyfikę robót budowlanych na obiektach użyteczności publicznej wykonawca wyłoniony w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego bezsprzecznie powinien dawać rękojmię należytego wykonania zamówienia oraz dysponować doświadczeniem w zakresie wykonawstwa robót na takich obiektach. Zauważyć przy tym należy, iż roboty realizowane na obiektach użyteczności publicznej, jakim jest basen pływacki o charakterze publicznym wymagają o wiele szerszej wiedzy oraz doświadczenia aniżeli przy robotach wykonywanych na pływalniach o charakterze prywatnym.

W konsekwencji, z uwagi na charakter obiektu, sporny warunek uznać należy za obiektywny i usprawiedliwiony interesem Zamawiającego, albowiem w ten sposób możliwe jest zagwarantowanie udziału w postępowaniu przetargowym wyłącznie wykonawców dysponujących wiedzą i doświadczeniem w zakresie odpowiadającym indywidualnym uzasadnionym potrzebom Zamawiającego oraz warunkom proporcjonalnym i adekwatnym do przedmiotu zamówienia.

Zarzut nr 2: Wykonawca - STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa, Biuro Regionalne w Łodzi, ul. Milionowa 23, 93-105 Łódź zarzuca, że postanowienia przewidziane w ostatnim zdaniu punktu 7.10 Części I SIWZ naruszają przepis art. 14 Pzp w związku z przepisem art. 353¹ Kodeksu cywilnego, ponieważ nie zawierają definicji „serwisu on-line”, a co się z tym wiąże prowadzi do obciążenia Wykonawcy obowiązkami o nieokreślonym rodzaju, przedmiocie i zakresie, czym kształtuje treść umownego stosunku cywilnoprawnego w sposób sprzeciwiający się właściwości, naturze tego stosunku oraz zasadom współżycia społecznego.

Zamawiający zgadza się z zarzutem Protestującego.

Odnosnie zarzutu protestującego Wykonawcy w zakresie braku definicji „serwisu on-line” i braku określenia wynikających z tego dla Wykonawcy obowiązków, Zamawiający postanowił uwzględnić ten zarzut poprzez wprowadzenie do SIWZ wyjaśnienia (definicji) przedmiotowego pojęcia. I tak, Zamawiający wyjaśnia, iż przez „serwis on-line” rozumie się możliwość elektronicznego (zdalnego) naprawiania przez Wykonawcę wad i awarii, powstałych w oprogramowaniu systemu obsługi klienta i automatyki kontrolno-pomiarowej.

Zarzut nr 3: Wykonawca - STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa, Biuro Regionalne w Łodzi, ul. Milionowa 23, 93-105 Łódź zarzuca, że postanowienia przewidziane w punkcie 7.11, zdanie drugie Części I SIWZ oraz w punkcie 7.14 i w ostatnim zdaniu punktu 10, naruszają przepis art. 29 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie zapisu nakładającego na Wykonawcę obowiązek realizacji robót, także nie wymienionych w SIWZ.

Zamawiający nie zgadza się w części z zarzutem Protestującego.

Odnosnie zarzutu protestującego Wykonawcy w zakresie naruszenia art. 29 ust.1. ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wprowadzenie zapisu nakładającego na Wykonawcę obowiązek realizacji robót do (...) wykonania wszystkich robót koniecznych w sposób oczywisty do zrealizowania obiektu „pod klucz” tj. np. roboty stałe, pomocnicze (tymczasowe) (...), Zamawiający wskazuje, iż szczegółowe doprecyzowanie tych robót, z uwagi m.in. na specyfikę przedmiotu zamówienia, nie jest możliwe. Roboty te bowiem wynikają i zarazem mają swoje odzwierciedlenie w technologii wykonania przedmiotu zamówienia. Nadto potrzeba wykonania takich robót może wynikać także ze zmiany kolejności robót oraz niezbędności realizacji takich robót dla prawidłowego wykonania całego obiektu stanowiącego przedmiot zamówienia. Zamawiający wyjaśnia dodatkowo, iż przedmiary robót mają jedynie charakter orientacyjny, w związku z czym nie można wykluczyć konieczności realizacji takich robót dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Wszystkie roboty mają jednakowoż bezpośredni i ścisły związek z realizacją przedmiotu umowy i służyć będą wyłącznie należytemu wykonaniu przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ. W zakresie realizacji takich robót Zamawiający odwołuje się nadto do wiedzy i doświadczenia danego Wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana, w realizacji obiektów użyteczności publicznej o charakterze podobnym do obiektu będącego przedmiotem zamówienia.

Zamawiający postanawia wykreślić zawarty w punkcie 7.11. zdanie drugie Części I SIWZ zwrot : „również nie wymienione w SIWZ” .

Zarzut nr 4: Wykonawca - STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa, Biuro Regionalne w Łodzi, ul. Milionowa 23, 93-105 Łódź zarzuca, że postanowienia przewidziane w ostatnim zdaniu punktu 7.16. Części I SIWZ naruszają przepis art. 14 Pzp w związku z przepisem art. 353¹ Kodeksu cywilnego, ponieważ

w sposób nieuzasadniony obciążają Wykonawcę obowiązkiem uzyskania na własny koszt dodatkowych zezwoleń, których nie zapewnia Zamawiający w trakcie realizacji umowy, a co za tym idzie, kształtuje treść umownego stosunku cywilnoprawnego w sposób sprzeciwiający się właściwości (naturze) tego stosunku, a także zasadom współżycia społecznego.

Zamawiający zgadza się z zarzutem Protestującego.

Odnosząc się do formułowanego zarzutu protestującego Wykonawcy odnośnie treści postanowienia punktu 7.16 - zdanie ostatnie Części I SIWZ, Zamawiający wyjaśnia, iż uważa powyższy zarzut za zasadny i sporne postanowienie wykreśla z SIWZ.

Dotychczasowa treść punktu 7.16:

„7.16. Wykonawca zapewnia, że posiada wszelkie zezwolenia i koncesje niezbędne dla realizacji robót oraz że we wszelkich sprawach wynikających z realizacji niniejszej umowy będzie wypełniał żądania, przekazywał wszelkie zawiadomienia określone jako niezbędne w Pozwoleniu na Budowę, postanowieniach wszelkich przepisów, ustaw, rozporządzeniach lub innych regulacji, wydanych przez wszelkie ukonstytuowane władze publiczne posiadające jurysdykcję nad robotami budowlanymi.

Wykonawca, działając w imieniu i na rzecz Zamawiającego, uzyska wszelkie Zezwolenia, których konieczność uzyskania może pojawić się w trakcie prowadzenia robót.”

otrzyma brzmienie:

„7.16. Wykonawca zapewnia, że posiada wszelkie zezwolenia i koncesje niezbędne dla realizacji robót oraz że we wszelkich sprawach wynikających z realizacji niniejszej umowy będzie wypełniał żądania, przekazywał wszelkie zawiadomienia określone jako niezbędne w Pozwoleniu na Budowę, postanowieniach wszelkich przepisów, ustaw, rozporządzeniach lub innych regulacji, wydanych przez wszelkie ukonstytuowane władze publiczne posiadające jurysdykcję nad robotami budowlanymi.”

Zarzut nr 5: Wykonawca - STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa, Biuro Regionalne w Łodzi, ul. Milionowa 23, 93-105 Łódź zarzuca, że postanowienia §8 ust. 4 Części II (Wzór umowy) SIWZ stanowią naruszenie tajemnicy handlowej, poprzez konieczność ujawnienia projektów umów z Podwykonawcami wraz ze wskazaniem przewidzianego w nich wynagrodzenia dla Podwykonawców.

Zamawiający nie zgadza się z zarzutem Protestującego.

Odnosząc się do zarzutu protestującego wykonawcy, iż wymóg zawarty w §. 8 ust. 4 Części II (Wzór umowy) dotyczący ujawnienia projektów umów z Podwykonawcami wraz ze wskazaniem przewidzianego w nich wynagrodzenia dla Podwykonawców, narusza tajemnicę handlową, Zamawiający oświadcza, że uznaje ten zarzut za bezzasadny. Wskazać tylko należy, iż uprawnienie Zamawiającego do żądania ujawnienia przez Wykonawcę wartości wynagrodzenia Podwykonawcy wiąże się z ponoszeniem, w oparciu o art. 647 (1) § 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16 poz. 93 z późn. zm.), solidarnej odpowiedzialności Zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez Podwykonawcę w sytuacji spełnienia przesłanek warunkujących powstanie tej odpowiedzialności, a określonych w § 8 ust. 4 umowy załączonej do SIWZ.

Tak więc zdaniem Zamawiającego postanowienia §8 ust. 4 Części II (Wzór umowy) nie naruszają przepisu art. 647¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16 poz. 93 z późn. zm.).

Zarzut nr 6: Wykonawca - STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa, Biuro Regionalne w Łodzi, ul. Milionowa 23, 93-105 Łódź zarzuca Zamawiającemu brak zamieszczenia w dokumentacji dotyczącej przetargu: Projektu Wykonawczego Architektury, projektu zagospodarowania terenu, projektu drogowego, inwentaryzacji zieleni istniejącej oraz projektu zieleni przewidywanej, projektu technologii lodowiska, projektu górnej płyty lodowiska, projektu konstrukcji dachu, co narusza przepisy art. 7 ust. 1 Pzp w związku z przepisem art. 41 Pzp oraz art. 29 ust. 1 Pzp.

Zamawiający zgadza się z zarzutem Protestującego.

Uwzględniając powyższy zarzut Protestującego, Zamawiający dokonał zmiany w Części III dokumentacji przetargowej w dniu 20.04.2009 r., polegającej na uzupełnieniu wyżej określonej dokumentacji o:

1. Projekt Wykonawczy – Drogowy,
2. Projekt Wykonawczy – Architektura,
3. Instalacja mrożeniowa płyty lodowiska (Projekt technologii lodowiska),

Zamawiający przedłużył jednocześnie termin składania ofert.

Pozostałe dokumenty zostaną uzupełnione przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 183 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku uwzględnienia protestu /lub jego części/ Zamawiający powtórzy oprotestowaną czynność lub dokona czynności bezprawnie zaniechanej po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. O powtórzeniu lub dokonaniu czynności zamawiający poinformuje wszystkich wykonawców.

Pouczenie

Protestujący ma prawo do wniesienia odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zgodnie z art. 184 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 223 z 2007 r., poz. 1655 z późn. zm.) w terminie **10 dni** od dnia doręczenia niniejszego rozstrzygnięcia protestu.


/Podpis Zamawiającego/

Otrzymują:

- 1.adresat,
- 2.a/a

Protestujący Wykonawca proszony jest o niezwłoczne potwierdzenie otrzymania faksem przedmiotowego rozstrzygnięcia protestu na nr faksu Zamawiającego (46) 814 43 23 z podaniem ilości otrzymanych stron.