



**PROGRAM  
REGIONALNY**  
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



Łódzkie

UNIA EUROPEJSKA  
EUROPEJSKI FUNDUSZ  
ROZWOJU REGIONALNEGO



GMINA RZAŚNIA  
ul. Kościuszki 16  
98-332 RZAŚNIA  
NIP 508-00-14-460

Rzaśnia 21.12.2009r

UG/ ZP/341/19/2009

**„WADROX” S.A.,  
ul. Bór 180,  
42-200 Częstochowa**

**Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone dla robót budowlanych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie budowy, przebudowy i rozbudowy drogi Rzaśnia- Brutus – Marcelin**

Odpowiadając na protest dotyczący treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wniesiony w dniu 14.12.2009 roku przez „WADROX” S.A, ul. Bór 180, 42-200 Częstochowa zamawiający wobec braku przyłączenia się do protestu rozstrzyga protest w sposób opisany poniżej. Protest dotyczy następujących czynności Zamawiającego dotyczących sporządzenia SIWZ:

1) rozdziału 2 ust 2 pkt c z którego wynika, iż przedmiot zamówienia obejmuje między innymi budowę ścieżki rowerowej z mas bitumicznych w kolorze czerwonym o długości 5.300,94mb i szerokości 3 m wraz z okrawężnikowaniem na całej długości jezdni i obrzeżem na całej długości od strony pobocza w związku z obowiązkiem wynikającym z rozdziału 10 ust1 pkt 2 ppkt a zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie tj: wykonali w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, co najmniej 2 roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu oraz daty i miejsca wykonania, z tym że muszą to być roboty budowlane polegające na budowie dróg wraz ze ścieżkami rowerowymi



z masy asfaltowej kolorowej innej niż czarna o minimalnej wartości każdej z tych robót 10.000.000,00zł brutto

We wniesionym proteście Protestujący wnoszą o zmodyfikowanie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:

- 1) dostosowanie wysokości żądanych referencji do przewidywalnej wartości zamówienia.
- 2) rozdzielenie zakresu i wartości żądanych referencji odrębnie dla robót drogowych i robót z tym związanych oraz odrębnie dla budowy ścieżki rowerowej.

**Zamawiający na podstawie art. 183 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, postanowił:**

**Protest oddalić jako bezzasadny w zakresie wszystkich żądań protestującego**

### **UZASADNIENIE**

**Ad 1)** Zgodnie z treścią art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, na który to artykuł powołuje się protestujący to zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Z treści tego przepisu wprost wynika, że to Zamawiający określa jakie warunki muszą spełniać oferenci przystępując do postępowania a nie Wykonawcy dostosowując je subiektywnie do swojej sytuacji. To Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z dyspozycją art. 22 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazał, którzy wykonawcy mogą się ubiegać o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca zgodnie z art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych ma obowiązek posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponować potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia... Obowiązkiem Zamawiającego jest określenie warunków udziału w postępowaniu w taki sposób by w postępowaniu mogli brać udział Wykonawcy posiadający ww. przymioty – co też Zamawiający w odniesieniu do niniejszego postępowania uczynił. Zamawiający przeprowadzając postępowanie musi mieć na uwadze fakt że nie wolno mu określać warunków udziału w postępowaniu w sposób zbyt otwarty tzn: w taki sposób aby wybrany przez niego wykonawca nie dawał rękojmi należytego wykonania umowy, ponieważ mogło



by to się wiązać z wydatkowaniem przez Zamawiającego środków finansowych w sposób nieracjonalny skutkujący ponoszeniem np. dodatkowych kosztów związanych z usunięciem wad czy usterek w zrealizowanym zamówieniu. Zbyt niskie warunki spowodują, że przez selekcję przeszliby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia. Takie stanowisko przyjęła również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku nr KIO/UZP857/09. Wykonawca w przypadku jeśli sam nie jest w stanie sprostać wymaganiom Zamawiającego może przecież ubiegać się o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi podmiotami np. w konsorcjum lub jako podwykonawca. W wyniku ostatniej nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca dał wykonawcy możliwość przedstawienia pisemnego zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Przed wszczęciem postępowania Zamawiający ustala wartość szacunkową zamówienia, która to w niniejszym postępowaniu zgodnie z dyspozycją art. 33 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) została ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego. Do tak ustalonej wartości zamówienia odnosi się Zamawiający ustalając warunki udziału w postępowaniu a nie do przewidywalnej wartości zamówienia (ponieważ zamawiający nie ma nadprzyrodzonej zdolności jasnowidzenia i nie może przewidzieć czy wartość najkorzystniejszej oferty będzie niższa czy wyższa od kosztorysu inwestorskiego). Zamawiający zgodnie z prawem nie może ustalać wartości szacunkowej jak tego żąda protestujący na podstawie przewidywalnej jego wartości ponieważ przedmiotem zamówienia nie są dostawy czy usługi tylko roboty budowlane gdzie ich wartość szacunkową ustala się na podstawie kosztorysu inwestorskiego. Bezpodstawnym jest twierdzenie protestującego, że dokumenty potwierdzające doświadczenie i możliwości techniczne do wykonania zamówienia nie są dostosowane do wartości zamówienia. Przecież tylko Zamawiający a nie Wykonawca zna wysokość kosztorysu inwestorskiego, który posłużył do ustalenia wartości szacunkowej zamówienia więc zupełnie bezpodstawne i zupełnie niezrozumiałe jest twierdzenie, że wysokość kosztorysu inwestorskiego jest niższa niż żądane referencje. Zamawiający nie może upublicznić na tym etapie postępowania dokładnej kwoty szacunkowej zamówienia ale zapewni że jest ona dużo większa niż żądane referencje. Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający zażądał jego zdaniem tylko niezbędnych do przeprowadzenia postępowania dokumentów i oświadczeń. Wszystkie żądane przez Zamawiającego dokumenty i oświadczenia są zgodne z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów



dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 24 maja 2006 roku). W ocenie Zamawiającego żaden zapis określonych przez niego warunków udziału w postępowaniu (które wynikają wprost z ustawy) ani żaden dokument żądany przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie narusza zasad uczciwej konkurencji. Poszanowanie zasad uczciwej konkurencji jest jedną z naczelnych zasad jakimi kieruje się Zamawiający. Zamawiający oczekuje aby w drodze niniejszego postępowania został wybrany oferent gwarantujący prawidłową realizację przedmiotu zamówienia co jest szczególnie ważne w przypadku realizacji inwestycji dofinansowanych ze środków UE. Wyłonienie wykonawcy doświadczonego, który będzie realizował inwestycję dofinansowaną ze środków UE o dość dużej wartości jest gwarancją dobrze i terminowo wykonanych robót a co za tym idzie braku zagrożenia utraty przez Zamawiającego dofinansowania w przypadku niewykonania lub nieterminowego wykonania robót. W rozeznaniu Zamawiającego na rynku tego typu usług jest bardzo wielu Wykonawców spełniających warunki zamawiającego – zarówno krajowych jak i zagranicznych.

Z wyżej przytoczonych powodów zamawiający nie może uznać zarzutu protestującego, iż określił warunki udziału w postępowaniu o udzielenia zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Przecież to sam Zamawiający, a nie Wykonawca wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zna własne potrzeby odnośnie przedmiotu zamówienia i wie jakie funkcje przedmiot zamówienia ma spełniać. Wykonawca w żaden sposób nie może decydować o potrzebach Zamawiającego.

**Ad 2)** Jak już wcześniej argumentował Zamawiający zgodnie z treścią art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, na który to artykuł powołuje się protestujący to zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Jednym z elementów przygotowania postępowania jest określenie warunków udziału w postępowaniu oraz określenie rodzaju dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia tych warunków. Protestujący wyjątkowo nietrafnie na potwierdzenie swoich argumentów powołuje się na wyrok KIO/UZP (nr 438/09) z 17 kwietnia 2009 roku cytując tylko fragment tego wyroku. W wyroku tym jednoznacznie stwierdzono fakt, iż okoliczność, że nie wszyscy wykonawcy spełniają wymagania opisane w SIWZ oraz, że wymagania nie są łatwe do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o



udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji. Zamawiający winien mieć na uwadze, aby warunki postawione zostały równo dla wszystkich wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty, w sposób umożliwiający uczestnictwo w postępowaniu tym z nich, którzy są w stanie prawidłowo i terminowo wykonać przedmiotowe zamówienie. W pierwszej kolejności zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu, a następnie w nawiązaniu do skonkretyzowanych warunków wymaga przedłożenia dokumentów, na podstawie których dokona oceny ich spełnienia (...). Nawet cytowany przez protestującego fragment wyroku potwierdza że treść dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału musi korespondować z konkretnym zamówieniem, jego przedmiotem, zakresem i wartością ... Warunki postawione przez zamawiającego idealnie korespondują przedmiotem, zakresem i wartością z robotami stanowiącymi przedmiot zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest przecież budowa drogi wraz z ścieżką rowerową wykonaną z kolorowego asfaltu (nie z kostki brukowej) i wykazania się doświadczeniem w takim samym zakresie żąda zamawiający, nigdzie nie wychodząc poza zakres zamówienia. Gdyby np. zamawiający żądał wykazania się np. budową wyłącznie autostrady, czy budową drogi o długości minimum 15 km, lub budową 4 dróg o wartości przekraczającej wartość zamówienia np. 20 milionów każda droga to mogło by to rzeczywiście zostać uznane jako utrudnianie uczciwej konkurencji. Zamawiający przykładowo nie będzie uznawał za spełnienie warunku wykazanie się budową chodnika z kostki brukowej bo przecież nie taki zakres obejmuje przedmiot zamówienia. Przykładem wyjątkowej dbałości o zachowanie uczciwej konkurencji jest określenie tak minimalnych warunków udziału w postępowaniu bo przecież Zamawiający nie żąda wykazania się konkretną długością drogi np. 5km i szerokością jezdni min 6 m co mogło by zawyżyć zdecydowanie krąg potencjalnych wykonawców – a zamawiający mógł tak zgodnie z prawem postąpić, mógł zażądać wykazania się budową ścieżki odpowiadającej zakresowi projektu to znaczy o szerokości 3 metrów ale dbając o poszanowanie zasad uczciwej konkurencji tego nie zrobił. W przedmiotowym postępowaniu żaden zapis SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu nie jest oderwany od zakresu i wartości zamówienia ani od realnych potrzeb zamawiającego. Stanowisko zamawiającego ma również potwierdzenie w orzecznictwie np. wyrok KIO/UZP nr 111/09 z dnia 05.02.2009 roku gdzie skład orzekający stwierdził „ iż formułując warunek doświadczenia zamawiający musi mieć na uwadze jego cel, jakim jest wybór wykonawcy posiadającego umiejętności w realizacji zamówień



„odpowiadających swoim rodzajem i wartością” przedmiotowi zamówienia ugruntowane w praktyce, tak bowiem należy rozumieć doświadczenie w danej dziedzinie”.

Argumenty protestującego w zakresie zmiany koloru nawierzchni ścieżki rowerowej i rozdzielenia referencji odrębnie dla budowy ścieżki rowerowej i robót drogowych jest na dzień rozstrzygnięcia protestu są bezprzedmiotowe z uwagi na fakt, że zamawiający już wcześniej dostrzegł zasadność części argumentów i z własnej inicjatywy dokonał modyfikacji treści specyfikacji istotnych i ogłoszenia. W dokonanej dnia 18.12.2009 roku modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia Zamawiający określił, że w przypadku jeśli zrealizowane roboty drogowe nie zawierały w swoim zakresie ścieżek rowerowych dopuszcza się możliwość odrębnego wykazania się budową minimum jednej ścieżki rowerowej z masy bitumicznej bez określenia jej długości, szerokości i koloru określając tylko minimalną powierzchnię ścieżki w metrach.

### POUCZENIE

Zamawiający informuje, iż zgodnie z art 184 ustawy Prawo zamówień publicznych od rozstrzygnięcia niniejszego protestu przysługuje odwołanie. Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 5 dni od rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując jego kopię Zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

**WOJT**  
*mgr Tomasz Stolarczyk*