



PN-EN ISO 9001:2001
AQAP 2120:2005

ROK ZAŁOŻENIA 1986

SIEDZIBA FIRMY:
40-282 KATOWICE
UL. STOKORSKIEGO 41
TEL.: +48/32/251 44 42
TEL.: +48/32/785 96 16-17
FAX.: +48/32/256 21 51

www.pboslask.com.pl
sekretariat@pboslask.com.pl
marketing@pboslask.com.pl

ZARZĄD FIRMY:
JAROSŁAW ŻELAZOWSKI – PRZES
RYSZARD NABORCZYK – V-CE PRZES
RAINER STEINDL - CZŁONEK ZARZĄDU

Kapitał Zakładowy:
295 200,00 PLN
Wysokość wpłaconych udziałów:
295 200,00 PLN

Bank Rozwoju Exportu o/Katowice
52 1140 1078 0000 3577 8200 1001

NIP 634-013-46-88
REGON 008134421
KRS 0000044978

Katowice, dnia 27 stycznia 2010 r.

L.dz. 265 /10

GMINA POCZESNA
ul. Wolności 2
42-262 Poczesna
pow. częstochowski
fax. (034) 32-74-116 w.48

PROTEST

Działając na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. 2007 r. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.), Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” Sp. z o.o. w Katowicach, wnosi niniejszym protest wobec czynności podjętej przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenia zamówienia publicznego tj. przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn.: „Budowa Szkoły Podstawowej i sali gimnastycznej dla Zespołu Szkół w Poczesnej”, polegającej na modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w ten sposób, że: *„W przypadku sygnalizowania przez Oferentów braku konkretnej roboty Zamawiający potwierdził, że należy dodać i wycenić, usunąć lub przyjąć zgodnie z dokumentacją projektową konkretną ilość jednostek do wykonania. Oferenci zobowiązani są pod rygorem odrzucenia oferty ująć w kosztorysie ofertowym pozycje robót wynikającą z modyfikacji SIWZ, tj. odpowiedzi Zamawiającego na pytania Oferentów.”*

W ocenie protestującego objęta protestem – przywołana wyżej modyfikacja SIWZ została sformułowana z naruszeniem:

- art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy PZP, poprzez utrudnienie uczciwej konkurencji, uniemożliwiając wzięcie udziału w postępowaniu większej ilości wykonawców, (w tym protestującemu), mających możliwości należytego wykonania zamówienia i posiadających niezbędną w tym celu wiedzę, doświadczenie, potencjał techniczny oraz dysponujących osobami zdolnymi do realizacji zamówienia;
- art. 632 Kodeksu cywilnego, poprzez zmianę charakteru ceny ryczałtowej poprzez wprowadzenie konieczności pod rygorem odrzucenia oferty - ujęcia w kosztorysie ofertowym wszystkich pozycji robót wynikających z modyfikacji SIWZ.

W związku z tymi naruszeniami Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” Sp. z o.o. w Katowicach powołując się na art. 38 ust. 4 ustawy PZP wnosi o anulowanie dokonanej w dniu 25.01.2010 r. modyfikacji treści SIWZ w zakresie przywołanego wyżej zapisu.

Protestujący zamierza ubiegać się o zamówienie.

W związku z tym, że interes prawny naszej Firmy może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego w/w przepisów ustawy PZP – niniejszy protest jest konieczny i uzasadniony, a protestujący ma w tym interes prawny.

UZASADNIENIE

W dniu 25 stycznia 2010 r. Zamawiający dokonał modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w toku postępowania o udzielenia zamówienia publicznego tj. przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn.: „Budowa Szkoły Podstawowej i sali gimnastycznej dla Zespołu Szkół w Poczesnej” poprzez wprowadzenie następującego zakresu: „W przypadku sygnalizowania przez Oferentów braku konkretnej roboty Zamawiający potwierdzi, że należy dodać i wycenić, usunąć lub przyjąć zgodnie z dokumentacją projektową konkretną ilość jednostek do wykonania. Oferenci zobowiązani są pod rygorem odrzucenia oferty ująć w kosztorysie ofertowym pozycje robót wynikającą z modyfikacji SIWZ, tj. odpowiedzi Zamawiającego na pytania Oferentów.”

Nadto Zamawiający w ramach modyfikacji treści SIWZ wyznaczył termin składania i otwarcia ofert na dzień 04.02.2010 r.

Modyfikacja treści SIWZ w zakresie terminu składania i otwarcia ofert nie jest przedmiotem niniejszego protestu.

Niniejszy protest wniesiony zostaje z zachowaniem 7-dniowego terminu, o którym mowa w art. 180 ust.3 ustawy PZP.

I.

Protestujący podnosi, iż zgodnie z zapisami art. 632 Kodeksu cywilnego, stanowiskiem doktryny prawa oraz orzecznictwem sądów powszechnych i orzecznictwem organów arbitrażowych (w tym Zespołów Arbitrów i KIO) - **istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac.**

Co prawda wśród definicji legalnych, zawartych w art. 2 ustawy PZP, brak jest definicji „ceny ryczałtowej” („wynagrodzenia ryczałtowego”), jednak przyjmuje się, że istotą tego rodzaju wynagrodzenia jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Zgodnie z Wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r. II CRN 913/97, ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego.

W tym miejscu należy przywołać wciąż aktualny wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 9 listopada 2007 r., UZP/ZO/0-1318/07, LexPolonica nr 2055412, www.uzp.gov.pl, w którym Zespół podniósł, iż wybór ceny ryczałtowej rzutuje na sposób oceny ofert, gdyż nie jest możliwe odrzucenie oferty zawierającej błędy w sporządzonym kosztorysie ofertowym, harmonogramie robót.

Tym samym dokonana przez Zamawiającego modyfikacja treści SIWZ, przy ryczałtowym charakterze ceny za przedmiot zamówienia jest niedopuszczalna.

Poniżej protestujący wskazuje orzeczenia KIO i ZA potwierdzające niedopuszczalność dokonania modyfikacji treści SIWZ w sposób dokonany przez Zamawiającego w piśmie z dnia 25.01.2010 r.

1. wyrok KIO z 2008-10-20 KIO/UZP 1077/08 www.uzp.gov.pl

Ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. W konsekwencji przyjęcia wynagrodzenia ryczałtowego wykluczona jest możliwość odrzucenia oferty z powodu nieścisłości pomiędzy kosztorysem ofertowym, a przedmiarem robót.

2. wyrok KIO z 2008-10-07 KIO/UZP 1011/08 www.uzp.gov.pl

Przy ustalonym wynagrodzeniu ryczałtowym uchybienia i rozbieżności między kosztorysem ofertowym a dokumentacją przedstawioną przez zamawiającego dotyczące różnic w ilości nakładów, numerach KNR czy robociznie nie stanowią o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, bowiem z istoty wynagrodzenia ryczałtowego wynika, że wykonawca będzie zobowiązany wykonać przedmiot zamówienia za cenę ryczałtową bez względu na rozmiar i zakres przyjętych przez siebie prac.

3. wyrok KIO z 2008-10-02 KIO/UZP 995/08 www.uzp.gov.pl

W przypadku ustalenia ryczałtowego wynagrodzenia, błędy w kosztorysie ofertowym (tabeli elementów rozliczeniowych) wykonawcy nie mają żadnego negatywnego skutku dla oceny oferty. Dla czynności porównania ofert liczy się bowiem cena całkowita brutto, podana w formularzu ofertowym.

4. wyrok KIO z 2008-04-16 KIO/UZP 295/08 www.uzp.gov.pl

1. W przypadku ryczałtowej formy wynagrodzenia zamawiający może zrezygnować z identyfikacji źródeł kosztów składających się na realizację poszczególnych robót budowlanych i ograniczyć się do żądania od wykonawcy przedstawienia w formularzu oferty łącznej ceny za wykonanie wszystkich robót określonych dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót oraz postanowieniami projektu umowy. Wykonawca będzie zobowiązany wykonać całość prac za stałą cenę, podaną w ofercie.
2. Brak jest podstaw do odrzucenia oferty jako nieodpowiadającej SIWZ, ze względu na podniesiony zarzut wyliczenia ceny wywozu nadmiaru ziemi z przyjęciem odległości 1 km zamiast podanej odległości 5 km w kosztorysie mającym charakter pomocniczy i przy ryczałtowym określeniu ceny.

5. wyrok KIO z 2008-01-22 KIO/UZP 93/07 www.uzp.gov.pl

1. W przypadku wynagrodzenia kosztorysowego załączone do kosztorysów ofertowych przedmiary robót są dla wykonawców wiążące. Ceny umieszczone przy poszczególnych pozycjach kosztorysowych oferty muszą obejmować koszty wszystkich następujących po sobie faz operacyjnych niezbędnych dla wykonania robót, zgodnie z dokumentacją, wiedzą techniczną i sztuką budowlaną. Jeżeli w kosztorysie nie uwzględniono pewnych faz związanych z wykonaniem robót ich koszty powinny zostać uwzględnione, jako dodatkowe pozycje kosztorysu, sporządzone metodą kalkulacji uproszczonej, wraz z wyjaśnieniami, pomiędzy którymi fazami operacyjnymi (pozycjami kosztorysu) winny się znaleźć i z czego to wynika.

2. Zamawiający, który chce wybrać wykonawcę na całość zamówienia przewidzianego dokumentacją projektową, bez ryzyka pominięcia jakiegokolwiek zakresu robót w kosztorysie, powinien ustalić wynagrodzenie ryczałtowe, w rozumieniu art. 88 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 632 KC, gdzie przedmiar pełni jedynie funkcję pomocniczą, a zaoferowane wynagrodzenie jest wiążące za całość przedmiotu zamówienia określonego umową i dokumentacją projektową oraz nie podlega zmianie.

6. Wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 11 października 2007r., UZP/ZO/0-1211/07, LexPolonica nr 2039110, www.uzp.gov.pl

W ocenie Zespołu Arbitrów cena ryczałtowa to cena ustalona za całość przedmiotu zamówienia na podstawie dokumentacji przetargowej, a przedmiary - zgodnie z wolą Zamawiającego - mają znaczenie tylko pomocnicze.

Z tego powodu, nawet gdy w kosztorysie szczegółowym nie ma niektórych robót, to nie można uznać, że wykonawca złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ.

II.

W niniejszym punkcie protestujący przedstawia poniżej wybrane pytania uczestników postępowania i odpowiedzi Zamawiającego na te pytania, w celu wykazania, iż Zamawiający przez nieprecyzyjne udzielanie odpowiedzi oraz wprowadzoną w dniu 25.01.2010 r. – stanowiącą przedmiot niniejszego protestu - modyfikacją treści SIWZ naraża wykonawcę na odrzucenie jego oferty.

Zarówno odpowiedzi sprzed modyfikacji jak i udzielone przez Zamawiającego po modyfikacji SIWZ w dniu 25.01.2010 r. są niejednoznaczne. Każdy wykonawca może w inny sposób zinterpretować ich treść i winny sposób, tj. np. w innych ilościach przedmiarowych, w innych jednostkach lub w innej pozycji przedmiarowej, ująć w kosztorysie ofertowym wprowadzane zmiany. Zamawiający w takiej sytuacji w sposób subiektywny będzie oceniał, który z wykonawców ujął w kosztorysie wprowadzane zmiany w sposób prawidłowy, a którego oferta podlega odrzuceniu. Narusza to zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców.

Odpowiedź z dnia 06.01.2010r.:

Pyt. 9 W związku z zapisem w punkcie f rozdziału 16 SIWZ mówiącym, że przedmiar robót jest materiałem pomocniczym oraz z uwagi na ryczałtowy charakter ceny ofertowej, prosimy o wyjaśnienie czy Wykonawcy mogą dowolnie zmieniać podstawy wyceny, opisy pozycji, ilości przedmiarowe oraz dopisywać lub usuwać pozycje w kosztorysie ofertowym.

Odp.9 Oferenci mogą zmieniać podstawy wyceny, opisy pozycji, ilości przedmiarowe, ale nie mogą dopisywać lub usuwać pozycji.

Odpowiedź z dnia 13.01.2010r.:

Pyt.1 W przedmiarach branży elektrycznej brak ujętej rozdzielni E2/1 pokazanej w projekcie Tom II/6 rys. 09/S

Odp.1 Ofertę należy sporządzić na podstawie dokumentacji projektowej, przedmiar robót jest materiałem pomocniczym.

Odpowiedź z dnia 13.01.2010r.:

Pyt.1 Na planie zagospodarowania widoczna jest stara szkoła podstawowa z przeznaczeniem do wyburzenia po zrealizowaniu projektowanego budynku szkoły. Nie zaznaczono jednoznacznie, w którym miejscu ma być usytuowana nowa sala gimnastyczna z zapleczem, ale domyślamy się, że w miejscu starej szkoły. Brak jest zatem robót rozbiórkowych i rozwiązań projektowo-kosztorysowych. Jeżeli rozbiórka szkoły wchodzi w zakres niniejszego przedmiotu zamówienia, to prosimy o uzupełnienie SIWZ o przedmiar robót na rozebranie istniejącego budynku szkoły podstawowej.

Odp.1 Zamawiający uzupełnił na stronie internetowej ogólną charakterystykę zespołu budynków starej szkoły podstawowej przeznaczonych do rozbiórki.

Odpowiedź z dnia 15.01.2010r.:

Pyt. 1 Z informacji zawartych na rysunku zagospodarowania terenu w projekcie szkoły podstawowej jak również w części opisowej projektu architektury dla sali gimnastycznej wynika, że sala gimnastyczna zostanie zlokalizowana w miejscu obecnie istniejącej szkoły podstawowej, która powinna zostać wyburzona po wybudowaniu nowej szkoły (Etap I inwestycji). Prosimy o informację czy w ofercie ma zostać ujęte wyburzenie istniejącej szkoły a jeżeli tak, to prosimy o zamieszczenie na stronie internetowej Zamawiającego dokumentacji dotyczącej wyburzenia szkoły oraz przedmiarów na w/w zakres robót (brak w aktualnych przedmiarach i dokumentacji)

Odp.1 Zamawiający w dniu 13.01.2010 r. zamieścił na stronie internetowej dotyczącą budynku starej szkoły przeznaczonych do rozbiórki.

Odpowiedź z dnia 15.01.2010r.:

Pyt.2 Prosimy o informację czy w ofercie należy wycenić wyposażenie, które nie zostało uwzględnione w załączonych przedmiarach a jest wyszczególnione w części opisowej projektu architektury dla szkoły podstawowej jak i Sali gimnastycznej oraz na rysunku technologii kuchni (rys. 22). Jeżeli należy wycenić wyposażenie nie uwzględnione obecnie w przedmiarze, prosimy o wydanie odpowiednich pozycji przedmiaru wraz z szczegółowym opisem (np. co ma się składać na sprzęt komputerowy stanowiący wyposażenie Sali lekcyjnej i komputerowej) gdyż zgodnie z odpowiedzią nr 9 z dnia 06.01.2009 r. oferenci nie mogą dopisywać ani usuwać pozycji przedmiarów.

Odp.2 Kuchnia

W przedmiarze ujęto jedynie wyposażenie montowane na stałe – jak zlewozmywaki, umywalki i wyposażenie zasilane na gaz (dotyczy dostawy, montażu oraz samego elementu). Elementy ruchome wyposażenia kuchni należy przyjąć w/g rys. 22 Tom II/1 część architektoniczna.

Salę lekcyjną i komputerowe

W przedmiarze ujęto gniazda komputerowe w salach komputerowych. Całe wyposażenie (oprócz komputerów) w salach lekcyjnych, salach komputerowych, salach konferencyjnych, bibliotece, czytelní, świetlicach, pokojach nauczycielskich zgodnie z rysunkami zamieszczonymi w projekcie architektury.

Wyposażenie w urządzenia PPOŻ i oznakowanie należy uwzględnić w ofercie.

Odpowiedź z dnia 15.01.2010r.:

Pyt. 4 Z uwagi na brak w przedmiarach robót pozycji dotyczących wyposażenia kuchni za wyjątkiem pozycji dot. zlewów i urządzeń gazowych prosimy o wyjaśnienie czy wykonawcy mają wycenić dostawę urządzeń (w tym zlewy i urządzenia gazowe) stanowiące wyposażenie kuchni i zaplecza kuchennego.

Odp.4 Należy przewidzieć dostawę, montaż oraz element wyposażenia kuchni.

W dniu 25.01.2010r. wprowadzono modyfikację treści SIWZ:

MODYFIKACJA treści SIWZ

Wójt Gminy Poczesna działając zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) modyfikuje treść Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia sporządzonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę Szkoły Podstawowej i sali gimnastycznej dla Zespołu Szkół w Poczesnej”.

Zakres modyfikacji jest następujący :

W przypadku sygnalizowania przez Oferentów braku konkretnej roboty Zamawiający potwierdzi, że należy dodać i wycenić, usunąć lub przyjąć zgodnie z dokumentacją projektową konkretną ilość jednostek do wykonania. Oferenci zobowiązani są pod rygorem odrzucenia oferty ująć w kosztorysie ofertowym pozycję robót wynikającą z modyfikacji SIWZ, tj. odpowiedzi Zamawiającego na pytania Oferentów.

Odpowiedź z dnia 25.01.2010r.:

Pyt.2 Zgodnie z załączonym wyjaśnieniem nr 9 Zamawiający z dnia 06.01.2010 r. oferty nie mogą dopisywać lub usuwać pozycji w kosztorysie ofertowym w porównaniu do przedmiarów robót załączonych przez zamawiającego. W związku z tym, że Zamawiający pomimo wielu pytań od wykonawców nie uzupełnił SIWZ o przedmiary na roboty dotyczące rozebrania istniejącego budynku szkoły, czy też dostawy wyposażenia kuchni z zapleczem i nie dał jednoznacznej odpowiedzi jak należy rozwiązać ten problem, pytamy: czy roboty wyburzeniowe i dostawę wyposażenia kuchni można ująć w kosztorysie budowlanym na salę gimnastyczną?

Odp.2 Roboty wyburzeniowe i dostawę wyposażenia kuchni można ująć w kosztorysie budowlanym na salę gimnastyczną.

Odpowiedź z dnia 25.01.2010r.:

Pyt.3 Z uwagi na brak w projekcie instalacji wod-kan dla szkoły i Sali gimnastycznej danych dotyczących brodzików natryskowych prosimy o wyjaśnienie czy oferowane brodziki mają zostać wyposażone w kabiny natryskowe?

Odp.3 W projektach nie zastosowano zamykanych kabin natryskowych, prysznice należy wyposażyć w zasłonki prysznicowe. Przy Sali gimnastycznej brodzik należy wykonać w posadzce (bez montażu gotowego elementu brodzika), natomiast projekt szkoły podstawowej zakłada użycie typowych brodzików.

W projekcie szkoły podstawowej w istniejącej Sali gimnastycznej przeznaczonej do remontu pomiędzy brodzikami należy zainstalować ścianki prysznicowe (2 szt. o wym. 180x140 cm) wykonane z płyty wiórowej gr. 13 mm odpornej na wilgoć i pokrytej obustronnie trwałym, wysokociśnieniowym laminatem w kolorze RAL 3013, mocowanie do sufitu lub z drążkiem poprzecznym na zasłonkę, elementy aluminiowe zabezpieczone metodą anodowania.

Przywołana w niniejszym protestie modyfikacja treści SIWZ utrudniają uczciwą konkurencję oraz powoduje nierówne traktowanie wykonawców jak również narusza postanowienia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa (art. 632 Kodeksu cywilnego).

Zasada równego traktowania znalazła wyraz również w dyrektywach unijnych. Przepisy art.3 ust. 2 dyrektywy 92/50/EEC, art.7 dyrektywy 93/36/EEC, art. 6 ust.6 dyrektywy 93/37/EEC *expressis verbis* nakładają na zamawiających obowiązek prowadzenia postępowań zamówieniowych w taki sposób, by wszyscy ubiegający się o zamówienie nie byli w jakikolwiek sposób dyskryminowani. Tę fundamentalną zasadę powtórzono w nowych dyrektywach (art. 2 dyrektywy Klasycznej i art. 10 dyrektywy Sektorowej).

Dlatego też zdaniem protestującego Zamawiający dokonując w dniu 25.01.2010 r. modyfikacji treści SIWZ naruszył także postanowienia art. 7 ust. 1 PZP, określającego fundamentalne zasady prawa zamówień publicznych t.j. zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców.

Podnieść w tym miejscu należy, iż art. 29 ust. 2 PZP stanowi, iż Zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a przywołane wyżej zapisy taką konkurencję utrudniają.

W tym stanie rzeczy złożenie protestu stało się niezbędne. Utrzymanie przez Zamawiającego oprotestowanych zapisów mogłoby naruszyć interes prawny i faktyczny naszej spółki i innych podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Załącznik:
KRS protestującego
Otrzymała:
1. Adresat
2. a/a

PROKURENT

Adam [Signature]

PREZES ZARZĄDU

mgr inż. [Signature] Zajączkowski