

Myślenice, dnia 19.05.2010r.

KOMUNIKAT NR 1

JRP/341/05/10

Dotyczy odpowiedzi na zapytanie z dnia : 18.05.2010r.

„Zamawiający działając w trybie art. 38 ust 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.) w związku z zapytaniami dotyczącymi postanowień SIWZ dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: **„Usługi Nadzoru Inwestorskiego nad Kontraktami:**

- **„Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Jawornik, Bęczarka- Kontrakt nr 3”**,
 - **„Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Borzęta (zlewnia Krzyszkowice), Zawada- Kontrakt nr 4”**,
 - **„Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Osieczany, Borzęta (zlewnia Myślenice) oraz budowa wodociągu w ul. Górnej w Myślenicach- Kontrakt nr 5”**,
 - **„Budowa wodociągu w Trzemeśni, budowa kanalizacji i wodociągu w Łękach, budowa wodociągu w Bulinie- Kontrakt nr 6”**
 - **„Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Głogoczów- Kontrakt nr 7”**
- po dokonaniu analizy przedstawionych pytań, przedstawia następujące wyjaśnienia:

Pytanie 1:

Działając w trybie art 38 ust.1 Ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2004 nr 19 póź. 177) niniejszym zwracamy się o wyjaśnienie treści warunku wskazanego w pkt 9.1.2) IDW. Czy Zamawiający uzna za równoważne do doświadczenia „w terenie górskim” doświadczenie usług Nadzoru Inwestorskiego nad odpowiednimi inwestycjami realizowanymi np. w trudnym terenie miejskim. Rodzaj terenu na jakim realizowane są roboty ma bezpośredni wpływ na zakres i poziom trudności robót budowlanych. W przypadku robót realizowanych w trudnym terenie istnieje ryzyko występowania większej ilości problemów (kolizje z istniejącą infrastrukturą, uciążliwość dla mieszkańców, kwestie terenowo-prawne itp.), oraz ew. sporów z wykonawcami, co rzeczywiście wymaga specyficznego doświadczenia za strony podmiotu sprawującego nadzór. W związku z powyższym wnioskujemy, iż intencją Zamawiającego było wyeliminowanie z udziału w przetargu wykonawców nie posiadających doświadczenia w nadzorowaniu inwestycji obciążonych ryzykiem wystąpienia ww. trudności, co należy uznać za słuszne i uzasadnione. Niemniej jednak podobne problemy związane ze specyfiką prowadzenia nadzoru inwestorskiego występują także w przypadku inwestycji prowadzonych w warunkach innych niż górskie, a uznawanych za „trudne”.

W świetle powyższego, naszym zdaniem wymaganie od wykonawców doświadczenia w nadzorowaniu robót tylko w terenie górskim można uznać za warunek dyskryminujący wykonawców posiadających doświadczenie równoważne.

Zgodnie z załącznikiem 10 pt. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” do „Wytycznych w zakresie kontroli realizacji POIS” naruszenie art. 7 ust. 1 i art 22 ust 2 Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz nie zapewnia równego traktowania wykonawców, skutkuje wymierzeniem korekty dofinansowania ze środków UE (wskaźnik korekty przy tego typu naruszeniu Pzp. wynosi 25%),

Odpowiedź:

Zamawiający **nie wyraża** zgody na zmianę warunków określonych w pkt. 9.1.2) SIWZ w zakresie doświadczenia polegającego na świadczeniu usług Nadzoru Inwestorskiego nad realizacją odpowiednich inwestycji w terenie górskim. Zmiana zaproponowana przez Wykonawcę, polegająca na uznaniu doświadczenia w nadzorze w trudnym terenie miejskim, w żadnym wypadku nie odpowiada wymogom Zamawiającego. Warunki określone przez Zamawiającego związane są z nadzorem nad robotami, które mają być wykonane **w terenie skalistym, trudnym, a jednocześnie na terenie gdzie występują znaczne spadki i różnice wysokości terenu na danych odcinkach**, nie zaś z trudnościami natury prawnej, czy logistycznej, jakie pojawiają się w przypadku nadzorowania robót w centrum miasta. Prowadzenie robót w terenie górskim, wymaga nie tylko od wykonawcy robót, ale także od Inspektorów Nadzoru, odpowiedniego doświadczenia w nadzorowaniu tego typu prac.

Jednocześnie Zamawiający podkreśla, iż postawienie warunków, odnoszących się bezpośrednio do specyfiki realizowanego zamówienia, nie może być traktowane jako ograniczanie konkurencji i dyskryminację Wykonawców. Postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia są przez Zamawiającego jasno sprecyzowane, kierowane do kręgu Wykonawców, specjalizujących się w przedmiocie zamówienia oraz nie faworyzują żadnego z potencjalnych Wykonawców, a jednocześnie w żaden sposób nie ograniczają kręgu oferentów zamierzających wziąć udział w niniejszym postępowaniu przetargowym, bowiem wymagania Zamawiającego zostały określone jednolicie w stosunku do wszystkich Wykonawców.

Stanowisko Zamawiającego potwierdza również orzecznictwo KIO:

„Wskazanie w SIWZ wymogów technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia trudnych do spełnienia przez Odwołującego lub innego oferenta nie stanowi dostatecznej podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia określony został w sposób naruszający zasady wynikające z art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 oraz 29 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.” (wyrok ZA z dnia 07.02.2005, sygn. UZP/ZO/0-175/05).

„1. Wymagania podmiotowe nie mogą być nadmierne, ale również nie mogą być niewystarczające.

2. Przez niezbędne doświadczenie należy rozumieć potwierdzone w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania danego rodzaju zamówienia.” (wyrok KIO z dnia 27.08.2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 1056/09 publ. LEX nr 515899).

*„Zamawiający **nie może dostosowywać SIWZ do warunków technicznych wygodnych dla poszczególnych wykonawców, obniżając wymagania techniczne w odniesieniu do swoich potrzeb.** Przyjęcie takiej tezy prowadziłoby do konieczności ciągłej zmiany wymagań i w konsekwencji dopuszczenia do postępowania wykonawców, którzy nie oferują usług lub dostaw odpowiedniej (wcześniej zaplanowanej) jakości. Próba bowiem ustalania wymagań technicznych zawartych, w SIWZ przez Wykonawców a nie przez Zamawiającego prowadzi do zachwiania równowagi pomiędzy poszczególnymi wykonawcami i w konsekwencji naruszenia przepisu art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. (...) **Wymóg równego traktowania oznacza konieczność stawiania wszystkim potencjalnym uczestnikom postępowania takich samych warunków udziału w postępowaniu, ocenę spełnienia stawianych warunków według tych samych wcześniej podanych do wiadomości kryteriów”.*** (wyroku ZA z 3 lutego 2005, sygn. UZP/ZO/0-1535/05).

„1. Wymagania zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia - ani zbyt wysokie, gdyż mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, **ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję przeszlubiły wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia.**

2. Mówiąc o warunkach udziału w postępowaniu wymaganych od wykonawców ustawodawca użył zwrotu "posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie (...) do wykonania zamówienia. Warunki te powinny dotyczyć potencjału wykonawcy tylko **w zakresie możliwości zrealizowania przez niego danego zamówienia.**" (wyrok KIO z dnia 17.07.2009 r. sygn. akt; KIO/UZP 857/09 LEX nr 509934)

Zamawiający ma prawo opisać wymogi udziału w postępowaniu adekwatnie do swoich potrzeb, co potwierdzają następujące tezy orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych:

„1. Zamawiający, formułując warunki udziału w postępowaniu, **ma obowiązek uwzględnić charakter przedmiotu zamówienia i osiągnięcie celu gospodarczego przedsięwzięcia tak, aby w wyniku realizacji zamówienia uzyskać produkt wysokiej jakości.**

2. Wymóg posiadania odpowiedniej wiedzy wiąże się bezpośrednio z dysponowaniem przez wykonawców odpowiednim know-how, znajomością technologii czy metodologii, w jakiej wykonane ma być zamówienie itp., oraz wiedzą (kwalifikacjami) osób, które bezpośrednio będą wykonywać zamówienie. Przez odpowiednie kwalifikacje należy rozumieć zarówno niezbędne uprawnienia do dokonywania danych czynności (gdy ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, np. uprawnienia biegłego rewidenta), **jak i posiadanie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia osób wykonujących określone czynności.**" (wyrok KIO z dnia 03.08.2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 950/09 publ. LEX nr 512934).

„**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." (wyrok KIO z dnia 27.05.2009 r. sygn. akt; KIO/UZP 607/09 publ. LEX nr 508198)

„2. W praktyce zamówień publicznych, za wyjątkiem prostych zamówień, prawie nigdy nie jest możliwe określenie znaczenia warunków udziału w postępowaniu czy to opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwią części wykonawców w ogóle złożenie oferty, a niektórych postawią w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję." (wyrok KIO z dnia 28.05.2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 641/09; KIO/UZO 646/09 publ. LEX nr 508626).

Z poważaniem