

Dotyczy przetargu na bieżące utrzymanie dróg gminnych na terenie Gminy Łęczyca.

Na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, informuję Zamawiającego o dokonaniu niezgodnych z przepisami ustawy nw. czynności:

1. Naruszenie art. 36a ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy poprzez nieuprawnione ustanowienie obowiązku osobistego wykonania całości zamówienia przez Wykonawcę.
2. Naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy poprzez żądanie dokumentów i oświadczeń, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.
3. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy polegające na prowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji poprzez niejednoznaczne określenie spełniania warunku udziału w postępowaniu - wiedza i doświadczenie.

Uzasadnienie:

1. Ustawa w art. 36 ust. 2 pkt 10 przewiduje uprawnienie Zamawiającego do określenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia informacji o obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia i stanowi ograniczenie zasady określonej w art. 36a ust. 1 ustawy zezwalającej Wykonawcy na powierzenie części zamówienia podwykonawcy. Określenie części zamówienia, która nie może być powierzona podwykonawcom, jako element ograniczający konkurencję, jest dopuszczalne jedynie z uwzględnieniem zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy, zgodnie z którą zamawiający ma obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Określenie takie ma podobny skutek jak zapis dyrektyw. W rzeczywistości bowiem powoduje to, że zamawiający ma możliwość wskazania części zamówienia, która powinna być wykonana przez wykonawcę i nie może być powierzona podwykonawcy. Podkreślenia wymaga również, że wskazanie przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia części zamówienia, która nie może być powierzona wykonawcom, dotyczy etapu wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego i ma na celu zapewnienie, że ta część zamówienia - ze względu na swoje szczególne znaczenie - nie będzie realizowana przez podmiot, którego zdolność ekonomiczna czy finansowa do wykonania zamówienia nie podlegały ocenie spełniania warunków udziału na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wprowadzenie przez zamawiającego ograniczenia podwykonawstwa

może mieć miejsce wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, związanych z charakterem i zakresem zamówienia. W szczególności może to zostać zastosowane, gdy osobiste świadczenie wykonawcy jest niezbędne np. ze względu na właściwości świadczenia. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie prostych robót budowlanych polegających na uzupełnieniu ubytków nawierzchni dróg gruntowych kruszywem zatem nie może być mowy o spełnieniu przez zamawiającego warunku ograniczenia konkurencji ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia. Takie działanie Zamawiającego narusza ww. przepisy ustawy, jak również zasadę zachowania uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ustawy.

Nadmieniam również, że Zamawiający w siwz zawarł sprzeczne zapisy dotyczące podwykonawstwa, gdyż w pkt XXVIII zastrzegł obowiązek samodzielnego wykonania zamówienia przez Wykonawcę, a pkt XVI pkt 5 zawarł zapis „Dopuszczalna jest zmiana Podwykonawcy. Wykonawca może zmienić podwykonawcę na wniosek Zamawiającego lub na wniosek Wykonawcy” w uzgodnieniu za zamawiającym.

2. Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego może zgodnie z art. 25 ust 1 żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W formularzu oferty Zamawiający wymaga od wykonawców złożenia oświadczenia o treści: „Udzielam gwarancji rękojmi zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w siwz i projekcie umowy tj. Gwarancji na wykonane roboty – 12 miesięcy, gwarancja i rękojmia dotyczy zastosowanych przez Wykonawcę materiałów.”. Żądanie złożenia oświadczenia woli polegającego na udzieleniu gwarancji przez wszystkich wykonawców składających oferty stanowi naruszenie art. 25 ust. 1, gdyż takie oświadczenie nie jest niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenie takie, z woli zamawiającego powinien złożyć wybrany Wykonawca przed zawarciem umowy.
3. Zamawiający w sposób niejednoznaczny opisuje warunek wiedzy i doświadczenia, który zobowiązani są spełnić Wykonawcy wymagając doświadczenia, polegający na wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej o wartości co najmniej 80000zł netto podając dalej słownie, że wartość tej roboty winna wynosić osiem tysięcy złotych. Takie sformułowanie opisu sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Dodatkowo Zamawiający narusza rozporządzenie w sprawie dokumentów, których zamawiający może żądać od Wykonawców w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż ustanawiając warunek dotyczący dysponowania osobami, na potwierdzenie jego spełniania nie żąda wykazu tych osób a jedynie oświadczenia że osoby te posiadają wymagane ustawami uprawnienia.

Wobec powyższego Wykonawca żąda usunięcia ww. naruszeń w całości oraz dokonania związanych z tym faktem czynności przez Zamawiającego, polegających na zmianie treści siwz.

W odpowiedzi na uwagi wniesione w dniu 28.05.2016 r. /odebrane przez zamawiającego w dniu 30 maja 2016 r./ do postępowania przetargowego na bieżące utrzymanie dróg gminnych na terenie Gminy Łęczycza informuję, że:

Ad. 1

Zgodnie z art. 36a ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. /Dz. U. z 2015 r., poz. 2164/ oznaczonej dalej jako p.z.p. Zamawiający **może** zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę:

- 1) kluczowych części **zamówienia** na roboty budowlane lub usługi,
- 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach **zamówienia** na dostawy.

Powyższe wskazuje, że Zamawiający ma prawo nakazać, a Wykonawca zobowiązany jest do wykonania istotnej, kluczowej części zamówienia osobiście, w sposób określony w SIWZ. W przypadku robót budowlanych objętych niniejszym postępowaniem, brak możliwości wyodrębnienia branż /elektryczna, instalacyjna itp./, etapów robót /roboty murarskie, ciesielskie, wykończeniowe/ czy robót lub usług o innym charakterze /obsługa geodezyjna/, które umożliwiałyby wskazanie kluczowych oraz towarzyszących części zamówienia. Charakter zleconych robót uniemożliwia takie działanie, ponieważ są one nierozdzielnie z sobą związane. Kluczową częścią zamówienia jest naprawa ubytków nawierzchni dróg gruntowych kruszywem, co wyczerpuje całość robót będących przedmiotem zamówienia. Zgodnie z wyrokiem WSA we Wrocławiu nr III SA/Wr 886/14:

„Przesłanka zastosowania zakazu podwykonawstwa ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, może opierać się na zamiarze zamawiającego – w ramach zachowania przez niego zasad gospodarności i celowości wydatkowania środków publicznych – aby wykonawcy realizując zamówienie samodzielnie, to jest bez udziału podwykonawców, dali tym samym gwarancje spełnienia określonych standardów, niezbędnych do należytego wykonania kontraktu. Zamawiający ma prawo zapewnić sobie wykonanie usługi lub produktu odpowiedniej jakości, w planowanym terminie, czemu służy wyłonienie wykonawcy dysponującego odpowiednimi zasobami, wiedzą, doświadczeniem i potencjałem technicznym”.

Ustanowiony warunek nie jest niemożliwy do spełnienia dla szerokiego grona podmiotów wykonujących roboty drogowe i nie stanowi nadmiernego ograniczenia konkurencji, a gwarantuje natomiast należyte wykonanie umowy. Dopuszczenie do udziału w postępowaniu konsorcjum oznacza, że nawet jeśli wykonawca nie dysponuje możliwością samodzielnej realizacji całości przedmiotu zamówienia, to może skorzystać z potencjału konsorcjanta zdolnego do wykonania zamówienia. Zarówno podwykonawstwo, jak i udział w konsorcjum wymagają zgodnej woli stron w formie umowy i nie stanowią dodatkowego utrudnienia dla wykonawcy /wyrok NSA II GSK 1220/13 /.

Ad. 2

Zamawiający rezygnuje z pkt. 6 wzoru oferty / załącznik nr 1 do SIWZ/ tj. oświadczenia na etapie składania oferty, że wykonawca udziela gwarancji rękojmi zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ i projekcie umowy, tj. z zapisu: „Gwarancji na wykonane roboty – 12 miesięcy, rękojmi 12 miesięcy, gwarancja i rękojmia dotyczy zastosowanych przez Wykonawcę materiałów”.

Oświadczenie, że wykonawca zapoznał się z warunkami umowy, stanowić będzie wystarczające zabezpieczenie dla Zamawiającego.

Oferty z wykreślonym oświadczeniem w pkt 6 wzoru oferty będą równoważne w stosunku do ofert, które nie będą zawierać przedmiotowego oświadczenia.

Ad. 3

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 p.z.p. Zamawiający ma prawo żądać dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu /art. 26 ust. 2 p.z.p. /.

Dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamawiający zażądał na podstawie rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, następujących dokumentów:

1. wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej o prawidłowo ukończone,
2. wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług lub robót budowlanych w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami,
3. oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień

Wyżej wymienione dokumenty oraz oświadczenia są niezbędne do przeprowadzenia postępowania i stwierdzenia, czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Błąd pisarski między zapisem cyfrowym oraz słownym dotyczący konieczności udokumentowania realizacji robót budowlanych o wartości min. 80.000,00 zł netto /osiemdziesiąt tysięcy zł/ zostanie poprawiony w ogłoszeniu i ma przełożenie do zapisów rozdziału VI pkt 1 ppkt 2) Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wykaz narzędzi opisany w pkt. 2 oraz oświadczenie opisane w pkt 3 mieszczą się w wykazie dokumentów wymienionych w w/w rozporządzeniu, jakie Zamawiający może żądać od Wykonawcy w celu weryfikacji jego udziału w postępowaniu.