

MZB KIELCE

Miejski Zarząd Budynków w Kielcach

NZ.260.00.2.2020.MK

Znak sprawy: MZB/M 224- etap III/2020

Kielce, dnia 15.06.2020 r.

L.Dz. 4977/2020

Pytania od Wykonawców i odpowiedzi Zamawiającego

Zamawiający Gmina Kielce – Miejski Zarząd Budynków w Kielcach, działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz.1843 ze zm.), przekazuje treść pytań, które wpłynęły od Wykonawców oraz odpowiedzi Zamawiającego.

Pytanie 1

Dotyczy: Budowa zespołu lokali mieszkalnych przy ulicy 1 Maja 224 w Kielcach- III etap" Znak sprawy: MZB/M 224- etap III/2020

Działając na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), zwanej dalej w skrócie- Pzp wnoszę o dokonanie stosownych modyfikacji w zakresie wadliwie opisanego przedmiotu zamówienia i opisanego warunku podmiotowego w zakresie wymaganego doświadczenia.

Wskazane nieprawidłowości w naruszają postanowienia art. 29 ust. 2 i art. 22 ust. 1a w związku z art. 7 Pzp.

1. Należy wskazać iż zapisy w specyfikacji jednoznacznie są ukierunkowane na możliwość zaoferowania modułów żelbetonowych prefabrykowane (moduły) o wymiarze który jest w projekcie 3,00 x 6,00 m lub 3,00 x 2,97 m wysokości budynku 3m. Moduły o takich wymiarach są produkowane tylko przez firmę „GB Garaże”, która to firma po rozstrzygnięciu postępowania decyduje komu zechce je sprzedać. Tak sporządzona dokumentacja projektowa i przyjęta przez Zamawiającego jest w świetle zapisów Pzp niedopuszczalna i w sposób nieuzasadniony wskazuje produkty tylko jednego producenta. Inni producenci na rynku to PEPEBE Włocławek i Probud z Poręby wykonują wskazane moduły ale w rozmiarach zbliżonych (a nie takich samych) co uniemożliwia zastosowanie ich produktów gotowych. Możliwe jest przez tych producentów i innych na rynku wykonanie modułów o wymiarach wskazanych w dokumentacji ale na indywidualne zamówienie gdzie koszt zakupu takich modułów w stosunku do gotowych wzrasta dwukrotnie co uniemożliwia ich zastosowania i konkurowanie na rynku. Należy zaznaczyć iż zastosowanie modułów nawet w nieznacznych odstępstwach wymiarowych wiąże się ze zmianą projektu. A przecież odpowiedzialnym w rozumieniu art. 31 Pzp za opis przedmiotu Zamówienia jest Zamawiający.

Biorąc powyższe pod uwagę informuje Zamawiającego że gotowe moduły żelbetonowe prefabrykowane o wymiarach 3,00 x 6,00m lub 3,00 x 2,97m wysokości budynku 3m oferuje na rynku tylko GB Garaże z Częstochowy. Biorąc pod uwagę że pozostali producenci modułów wykonują je tylko na zamówienie proszę o zmianę w dokumentacja projektowej rozwiązań równoważnych umożliwiającym równy dostęp do zamówienia.

Ponadto wskazuję że brak jest uzasadnienia logicznego prawnego i technicznego który ogranicza zamówienia tylko do tej jednej technologii.

2. Również Zamawiający w opisanym warunku podmiotowym wymaga aby Wykonawca wykazał się doświadczeniem co najmniej 1 robotę budowlaną o wartości brutto nie mniejszej niż 1 500 000,00 zł, polegającą na wykonaniu i montażu prefabrykowanych żelbetonowych lokali mieszkalnych i/lub użytkowych wraz z wykonaniem instalacji wod-kan., instalacji c.o., instalacji elektrycznych. Przywołany zapis wskazuje wprost na posiadanie doświadczenia w wykonaniu lokali tylko technologii z prefabrykatów gotowych – Dlaczego Zamawiający ograniczenie dostęp do zamówienia Wykonawcom którzy wykonywali budowle bardziej skomplikowane niż te wskazane w opisanym warunku np.

25-004 Kielce, ul. Paderewskiego 20

www.mzb.kielce.pl, e-mail: biuro@mzb.kielce.pl, tel. 41 36 - 76 - 720 fax. 41 36 - 76 - 917

wykonywaniu inwestycji w technologii monolitycznej czyli wykonawstwo całych budowli z płyt żelbetonowych wytworzonych na budowie. Doświadczenie ograniczone jest w zasadzie tylko do wykonawstwa z gotowych prefabrykatów, które w obecnym czasie są nie do zdobycia i ograniczające się do wykonawcy wybranego z zamówienia w przetargu który był realizowany przez Zamawiającego. Należy zaznaczyć, że wymagane doświadczenie odnosi się do technologii przestarzałej i nie stosowanej powszechnie, technologia ta to budynki z wielkiej płyty której nie stosuje się w budownictwie obecnie. Natomiast należy zaznaczyć, że Firma GB Garaże opiera się na referencjach z poprzednich etapów budowy w Kielcach.

Jeszcze raz zaznaczę, że sama budowa nie jest skomplikowana, są to moduły które przywozi samochód- platforma, potem dźwig ustawia moduł (jak z klocków LEGO). Referencji w regionie nikt takich nie posiada, nie posiadają ich również producenci modułów wskazani powyżej.

Dodatkowo zapis zawarty w pkt.3.9 SIWZ wskazujący na obowiązek osobistego montażu prefabrykatów przez Wykonawcę wskazuje wprost na możliwość złożenia oferty tylko przez Wykonawcę który posiada doświadczenie nabyte u Zamawiającego.

Jest wysoce zadziwiające że poprzednie dwa etapy zamówienia wykonywała ta sama firma a co więcej budowa osiedla przy ul. Tartacznej również była wykonywana przez tą samą firmę. Osiedle było podzielone na etapy i w żadnym z postępowań firma „GB Garaże” nie miała konkurencji.

Uzasadnienie

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia jest zobowiązany dokonać niezbędnej modyfikacji w sposób zapewniający równy dostęp do zamówienia, opisując produkt równoważny w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, gdyż dokumentacja projektowa narusza art. 29 ust 2 i 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy- poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego zaś art. 29 ust. 2 poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę neutralnego opisu tj. opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie na znaki towarowe, które spełniają tylko produkty wskazane przez zamawiającego i uniemożliwiają na złożenie ofert konkurencyjnych.

Przedstawiony w dokumentacji opis przedmiotu zamówienia narusza fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców.

W świetle art. 29 ust.1 Ustawy, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, przy uwzględnieniu wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jednocześnie Ustawa w sposób wyraźny zakazuje dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust 2 Ustawy). Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych w art. 7 ust. 1 Ustawy.

Zgodnie z obowiązującą na gruncie prawa zamówień publicznych zasadą neutralności opisu przedmiotu zamówienia, zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. Oznacza to między innymi konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę bądź też, które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych (por. orzeczenie Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. Akt II Ca 587/05 sygn. Akt. I GSK 1612/18 NSA 10 stycznia 2018r.).

W doktrynie wskazuje się, iż naruszenie zasady neutralności opisu przedmiotu zamówienia może przybierać dwojaką formę, a mianowicie formę bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji, bądź uprzywilejowania.

Bezpośrednia dyskryminacja (lub uprzywilejowanie) wykonawcy polega na użyciu przy opisie przedmiotu zamówienia określeń wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt zaś pośrednia dyskryminacja bądź uprzywilejowanie sensu largo ma miejsce wtedy, gdy zamawiający wprowadza nie opisuje przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ale posługuje się parametrami, wskazującymi na konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą ZA i KIO dla stwierdzenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji nie jest bowiem wymagane nazwanie konkretnego produktu, wystarczy że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt (por. Wyrok ZA z dnia 12 kwietnia 2005r., sygn. Akt UZP/ZO/0-651/05; wyrok z dnia 14 listopada 2012r. sygn.. akt. KIO 2421/12, KIO 2519/19 z dnia 23

grudnia 2019r., KIO 36/20 z dnia 22 stycznia 2020r.), Pośrednia dyskryminacja ma również miejsce wtedy, gdy wymagania, jakie powinien spełniać przedmiot zamówienia, są na tyle rygorystyczne, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, prowadząc jednocześnie do ograniczenia kręgu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia.

Opis przedmiotu zamówienia publicznego następuje z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, jeżeli zamawiający stawia wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione potrzebami zamawiającego. Na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że wyłącznie produkt o parametrach granicznych wyznaczonych w specyfikacji umożliwia mu realizację celu założonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (por. Wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006r., sygn.. akt II Ca 693/5, Wyrok Zespołu Arbitrów Sygn. Akt UZP/ZO/0-913/07, UZP/ZO/0-943/07 z dnia 2 sierpnia 2007r.; wyrok z dnia 09 listopada 2012r. sygn.. akt. KIO 2334/12, KIO 2437/19 z dnia 17 grudnia 2019r.)

Zwrócić przy tym należy uwagę, że przepis art. 29 ust. 2 Ustawy nie wymaga faktycznego wykazania, a jedynie uprawdopodobnienia utrudnienia konkurencji poprzez przyjęty przez zamawiającego sposób opisu przedmiotu zamówienia. Do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym jego sprzeczności z prawem wystarczające jest zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Narusza zasady neutralności opisu przedmiotu zamówienia nie tylko zapis wprost utrudniający uczciwą konkurencję, ale również taki, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku.

Przedmiotem zamówienia w ramach niniejszej dokumentacji (kluczowym) była możliwość dostępu do modułów o określonych wymiarach, gdzie wskazano na konkretnego producenta przez opisane cechy, parametry wymiarów modułów w standardzie produkowane jedynie przez Firma GB Garaże.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie, w szczególności od 2016t. kiedy to zasada proporcjonalności została wprost wprowadzona do regulacji Prawa zamówień publicznych, wypowiadała się o proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu zawartych w treści ogłoszenia o zamówieniu czy w zapisach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym dokonując opisu warunków udziału w postępowaniu w zgodzie z zasadą proporcjonalności, należy kierować się pewnymi wytycznymi, które w tym zakresie dają zarówno aktualne, jak i wcześniejsze orzecznictwo KIO czy też sądów okręgowych rozpoznających skargi orzeczenia KIO.

Odnosząc się do wymaganego doświadczenia jako warunku podmiotowego należy odwołać się do orzecznictwa KIO w sposób jednoznaczny wynika, że warunki udziału w postępowaniu nie powinny być tożsame- przede wszystkim co do zakresu rzeczowego- z zamawianym przedmiotem zamówienia. Zasadniczo w orzecznictwie przyjmuje się, że jeżeli zamawiający opisuje dany warunek zamówienia, w szczególności dotyczący wiedzy i doświadczenia (zdolność techniczna i zawodowa) nie powinien w ramach wyżej wymienionych warunków udziału w postępowaniu stawiać wymogów – zwłaszcza co do zakresu rzeczowego zamówienia. Warunki bowiem mają być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a nie z nim tożsame(np.; wyrok KIO z 8.06.2017r., KIO 1030/17, czy wyrok KIO z 1.03.2018r., KIO 171/18.).

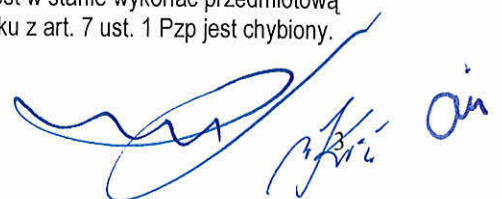
Zamawiający opisując warunek powinien dopuścić do realizacji Wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia a nie ograniczać dostęp do niego przez wskazanie w wykonaniu określonej technologii który nie służy niczemu innemu niż ograniczenie dostępu do zamówienia.

Biorąc powyższe wnoszę o zmianę zapisów co do obowiązku zastosowania modułów o określonych wymiarach i zmodyfikowanie warunku doświadczenia przez dopuszczenie wykazania się doświadczeniem bardziej skomplikowanym ale powszechnie wykorzystywanym- w technologii jak monolityczna oraz nie ograniczenie osobistego montażu modułów przez Wykonawcę. Zmiana opisu przedmiotu zamówienia oraz warunku podmiotowego doświadczenia umożliwi dostęp do zamówienia innym niż Firma GB Garaże.

Odpowiedź:

pkt.1 Zamawiający nie zmienia treści SIWZ i nie zmodyfikuje warunków przedmiotu zamówienia. Integralną częścią opisu przedmiotu zamówienia jest projekt budowlany, który określa charakter architektoniczny i konstrukcyjny budowanych lokali mieszkalnych w przyjętej technologii prefabrykatów żelbetowych.

Przyjęta w projekcie technologia prefabrykacji procesu budowy pozwala szybko i niezależnie od warunków atmosferycznych wybudować lokale socjalne i a tym samym zrealizować cel Zamawiającego, którym jest szybka realizacja inwestycji ze względu na brak mieszkań na terenie miasta. Zamawiający posiada wiedzę na temat podmiotów mogących wykonać przedmiot zamówienia. Zatem insynuacje, że tylko jedna firma jest w stanie wykonać przedmiotową inwestycję są nieprawdziwe i tym samym zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp jest chybiony.



Dokumentacja projektowa nie narusza art. 29 ust.2 i 3 w zw. z art. 7 ust.1 pzp. Zgodnie z art.30 ust.4 i 5 Pzp Zamawiający umieścił w punkcie 3.7 SIWZ zapis:

„Jeżeli w SIWZ oraz jej załącznikach (dokumentacji projektowej, przedmiarach robót, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót) w opisie przedmiotu zamówienia wskazana została nazwa producenta, nazwy własne, znaki towarowe, patenty lub pochodzenie w stosunku do określonych materiałów, urządzeń, itp., to ma to na celu wyłącznie określenie parametrów technicznych i jakościowych materiałów wymaganych do realizacji zadania. Wykonawca może w tych wypadkach zaoferować materiały „równoważne” tj. posiadające parametry techniczne i jakościowe nie gorsze niż wskazane. Ciężar udowodnienia, że materiał (wyrób) jest „równoważny” w stosunku do wymogu określonego przez Zamawiającego spoczywa na Wykonawcy składającym ofertę. W takim wypadku Wykonawca musi przedłożyć Zamawiającemu (do zaakceptowania) odpowiednie dokumenty pozwalające jednoznacznie stwierdzić, że dany materiał (wyrób) jest rzeczywiście równoważny ze wskazanym w SIWZ.”

Stanowisko Zamawiającego potwierdzają wyroki, które pytający sam przytoczył i tak:

- Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005r. sygn. akt II CA 587/05 uchylił decyzję zespołu Arbitrów z dnia 3 sierpnia 2005 r., sygn. akt UPZ/ZO/0-1955/05 i oddalił odwołanie Wykonawcy, dokonując oceny merytorycznej: „Przed wszystkim należy stwierdzić, iż określenie przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia jest zawsze decyzją własną zamawiającego. To bowiem zamawiający decyduje o tym co ma być przedmiotem określonego zamówienia”
- jak wskazano w uzasadnieniu wyroku KIO 36/20 z dnia 22 stycznia 2020r.: „Proces udzielenia zamówienia, zgodnie z przepisami p.z.p., nie może służyć wyłącznie abstrakcyjnemu zapewnieniu uczciwej konkurencji. Proces udzielenia zamówienia musi służyć także temu, aby zamawiający zrealizował swój cel, czyli doprowadził do realizacji zamówienia. Nie chodzi przy tym o to, aby doszło do realizacji zamówienia w jakikolwiek sposób, ale o to, by realizacja tego zamówienia zapewniła osiągnięcie przez zamawiającego jego uzasadnionych potrzeb”.
- zgodnie z uzasadnieniem wyroku KIO 2347/19 z dnia 17 grudnia 2019r.: „Nie ma podstaw do twierdzenia, że warunki udziału w postępowaniu zamawiający powinien ukształtować zgodnie z oczekiwaniami potencjalnego wykonawcy zainteresowanego złożeniem najkorzystniejszej oferty i uzyskaniem zamówienia. Teza taka jest sprzeczna z zasadą ustawy, iż przedmiot zamówienia opisuje się w sposób umożliwiający spełnienie uzasadnionych potrzeb zamawiającego i osiągnięcie przez niego założonych celów. Fakt, iż opis utrudnia niektórym wykonawcom dostęp do zamówienia jest często spotykaną w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego okolicznością, lecz nie musi i nie oznacza, niezgodności z przepisami prawa. Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do określenia przedmiotu zamówienia w taki sposób, który zabezpiecza jego potrzeby. Zamawiający jest uprawniony do stawiania wymogów wobec zamawianego sprzętu i usług, o ile nie narusza to konkurencji w sposób nieuprawniony. W sytuacji, gdy potrzeby zamawiającego są obiektywnie uzasadnione, zamawiający jest uprawniony do wprowadzenia wymogów, nawet jeśli one zawężają krąg potencjalnych wykonawców. Zawężenie to nie może mieć na celu preferowania określonego Wykonawcy, ale uzyskanie produktu jak najbardziej odpowiadającego potrzebom zamawiającego. Jednocześnie, zamawiający nie jest zobowiązany do takiego formułowania wymagań, aby umożliwić wszystkim wykonawcom funkcjonującym na rynku złożenie oferty”.

- pkt.2 Zamawiający nie zmieni warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zgodnie z art. 22 ust.1 pkt 1a Pzp określił warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W zakresie warunków udziału zdolności technicznej Zamawiający wymaga aby Wykonawca wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną o wartości brutto nie mniejszej niż 1 500 000,00 zł polegającą na wykonaniu i montażu prefabrykowanych żelbetowych lokali mieszkalnych i/lub użytkowych wraz z wykonaniem instalacji wod-kan, instalacji c.o., instalacji elektrycznych (robota powinna być zrealizowana w ramach jednego zamówienia, które zostało zakończone). Zamawiający w pkt 3.9 SIWZ zgodnie z art.36 a ust 2 pkt1 Pzp umieścił zapis o obowiązku osobistego montażu prefabrykatów przez Wykonawcę, co niejako stanowi gwarancję prawidłowego, zgodnego z wymaganiami producenta prefabrykatu montażu oraz ich bezpiecznego transportu. Określony przez Zamawiającego Wykonawca nie oznacza, że Wykonawca musi być producentem prefabrykatów. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku II GSK 1334/15 z dnia 27 października 2016 r. Naczelnego Sądu Administracyjnego: „Z przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p. nie należy wywodzić obowiązku legitymowania się przez potencjalnego wykonawcę dowodami posiadania wiedzy i doświadczenia w oderwaniu od przedmiotu zamówienia. Warunki, którymi ma się wykazać wykonawca, muszą dotyczyć wyłącznie przedmiotu zamówienia, pozostawiając doświadczenie zdobyte na innych polach działania lub w innych warunkach poza zainteresowaniem zamawiającego.”

Pytanie 2

Zwracamy się z prośbą o zmianę zapisów SIWZ odnośnie wymagań zdolności technicznych ponieważ obecne rażąco naruszają zasady konkurencyjność - tylko jedna firma w Polsce spełnia zawarte w SIWZ kryteria. Przedmiot Inwestycji składa się powtarzalnych prac więc zdecydowanie bardziej pro konkurencyjnym zapisem było by sformułowanie wymagania jako:

wykonał roboty budowlane na maksymalnie 3 budowach o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 1 500 000 zł polegające na wykonaniu i montażu prefabrykowanych żelbetowych lokali mieszkalnych lub użytkowych wraz z wykonaniem instalacji wo-kan, C.o., instalacji elektrycznych.

Jeżeli Zamawiający obawia się skali przedsięwzięcia może dodatkowo umieścić w wymaganiach:

wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną obiektów kubaturowych wraz z zagospodarowaniem terenu o wartości brutto nie mniejszej niż 1 500 000 zł

Odpowiedź:

Jak powyżej w pkt. 2 .

Otrzymują:

1. Adresat
2. a/a

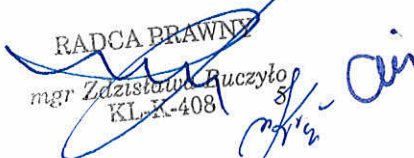
p.o. DYREKTORA

Krzysztof Miernik

Klauzula informacyjna z zakresu ochrony danych osobowych znajduje się na tablicy ogłoszeń w Miejskim Zarządzie Budynków w Kielcach ul. Paderewskiego 20; 25-004 Kielce oraz na stronie internetowej www.mzb.kielce.pl

KIEROWNIK
Zespołu zamówień publicznych

Małgorzata Klusakiewicz

RADCA PRAWNY

mgr Zdzisław Buczyński
KL-K-408