

Żyrardów, dnia 5 listopada 2009r.

Nr postępowania OR.342-16/09

**Przedsiębiorstwo
PASS-BUD Sp. z o.o.
ul. Koszykowa 70/2
00-671 Warszawa
fax: (0-22) 622 41 28**

Na podstawie art. 183 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm. – zwanej dalej „ustawą PZP”) po zapoznaniu się przez Zamawiającego z treścią protestu Przedsiębiorstwa PASS-BUD Sp. z o.o., złożonego dnia 28 października 2009 r. w siedzibie Zamawiającego tj. Starostwo Powiatowe w Żyrardowie ul. Limanowskiego 45, wobec czynności polegających na wykluczeniu Protestującego z postępowania przetargowego oraz odrzuceniu jego oferty, zaniechaniu wykluczenia i odrzucenia ofert firm KAL - FAM Zakład Remontowo- Budowlany Wojciech Kalinowski oraz Zakład Remontowo- Budowlany ELLA Bronisław Gawrylczyk, wyborze oferty firmy KAL - FAM Zakład Remontowo- Budowlany Wojciech Kalinowski jako najkorzystniejszej, w postępowaniu Nr OR.342-16/09 o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia nie przekraczającej kwotę 5.150.000 euro na wykonanie zadania pn.: **„Przebudowa I piętra oraz budowa windy wewnętrznej w budynku Starostwa Powiatowego w Żyrardowie przy ul. Limanowskiego 45 - etap I”**, postanawia:

protest uwzględnić w zakresie:

1. **bezpodstawnego wykluczenia Protestującego z postępowania, mimo że złożył prawidłową gwarancję wadium;**
2. **bezpodstawnego wykluczenia Protestującego na podstawie przesłanki art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, bez podania uzasadnienia faktycznego dla tej przesłanki;**
3. **bezpodstawnym uznaniu oferty Protestującego za odrzuconą;**
4. **wyboru jako najkorzystniejszej oferty KAL - FAM Zakład Remontowo – Budowlany Wojciech Kalinowski;**

protest oddalić w zakresie:

1. **zaniechania czynności wykluczenia Wykonawcy KAL - FAM z postępowania oraz zaniechania odrzucenia jego oferty;**
2. **zaniechania czynności wykluczenia Wykonawcy Zakład Remontowo- Budowlany ELLA Bronisław Gawrylczyk.**

UZASADNIENIE

Zamawiający pismem z dnia 21 października 2009 r. wykluczył ofertę Protestującego a następnie odrzucił ofertę z prowadzonego postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP Zamawiający wyklucza wykonawcę (wykonawca w wadium określił błędnie

termin ważności wadium), zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy PZP ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą;

Protestujący został poinformowany 22 października 2009 r., w związku z tym protest złożony został zgodnie z przepisami ustawy PZP.

Protestujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy PZP oraz czynności podjętych przez Zamawiającego:

1. art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust 2 pkt 4, art. 24 ust 4 ustawy PZP poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z bezpodstawnym wykluczeniem;
2. art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1 ustawy PZP, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy KAL - FAM, pomimo, że podlega on wykluczeniu;
3. art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust 2 pkt 4, art. 24 ust 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez nie zapewnienie zachowanej uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem wykluczenia Wykonawcy KLA - FAM z postępowania oraz zaniechania odrzucenia jego oferty;
4. art.7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art.89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem wykluczenia Wykonawcy ELLA z postępowania, oraz zaniechania odrzucenia jego oferty.

Zamawiający stwierdza, że Protestujący posiada interes prawny.

- uwzględnienie protestu

Zamawiający przyznaje, że naruszył przepisy ustawy PZP, a w szczególności art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4.

Zamawiający przychylił się do stanowiska przedstawionego w proteście i stwierdza, że wadium wniesione przez Protestującego zostało wniesione w sposób prawidłowy.

Gwarancja ubezpieczeniowa dołączona do oferty (strona 116) potwierdza, że okres gwarancji upływa dnia 14 listopada 2009 r., co oznacza, że gwarancja ta zabezpiecza cały okres związania ofertą.

Należy jednak zwrócić uwagę, że Protestujący nie powinien złożyć do oferty dokumentu (strona 117 - polisa) lub złożyć aneksu do polisy.

Konsekwencją uwzględnienia protestu w części dotyczącej wykluczenia Protestującego będzie przywrócenie Protestującego do toczącego się postępowania przetargowego, a następnie przeprowadzenie ponowne badanie ofert.

W związku z tym Zamawiający unieważni wybór najkorzystniejszej oferty Wykonawcy KAL-FAM.

- oddalenie protestu

Wbrew błędnemu stanowisku Protestującego nie można dopatrzeć się uchybień po stronie Zamawiającego co do zarzutu odnoszącego się do zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy KAL- FAM oraz wykonawcy ELLA.

Wykonawca KAL-FAM prawidłowo złożył wadium w formie wymaganej w SIWZ. Wykonawca zwrócił się pismem do Zamawiającego przed terminem składania ofert tj. dnia 7 października 2009 r., w którym prosił o przeksięgowanie kwoty 33.000,00 PLN z faktury obciążającej Zamawiającego na poczet wadium na przetarg np.: Przebudowa I piętra oraz budowa windy wewnętrznej w budynku Starostwa Powiatowego w Żyrardowie przy ul. Limanowskiego 45 - etap I", co Zamawiający uczynił dnia 8 października 2009 r.. Potwierdzeniem wykonania

operacji jest załączony wygenerowany elektronicznie wydruk potwierdzenia przelewu, który nie wymaga podpisu ani stempla, zgodnie z Prawem bankowym (DZ.U. nr 140 z 1997 roku, poz. 939 z późn. zm.).

Referencje przedstawione przez Wykonawcę KAL - FAM spełniają wymagania stawiane oferentom w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wykonawca przedstawił referencje, z treści których wynika, że prace które wykonywał wcześniej są analogiczne do prac, jakie będą do wykonania w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, w związku z tym Zamawiający uważa ten zarzut podniesiony w proteście za bezzasadny.

Protestujący wskazał w proteście, że Wykonawca KAL - FAM nie złożył oświadczenia (załącznik nr 2 do SIWZ). Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia oświadczenia pismem z dnia 16 października 2009 r., stosowny dokument Wykonawca złożył dnia 16 października 2009r., w którym oświadcza, że dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności, znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 i 2 ustawy PZP, w związku ze stanem faktycznym Zamawiający uznaje zarzut za bezzasadny.

Zamawiający w SIWZ określił rodzaj dokumentów jakich wymaga od oferentów, jednym z nich była opinia z banku.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 maja 2006 r. (Dz.U. Nr 87, poz. 605) określa, że informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert – Zamawiający wydłużył ten termin dla wszystkich oferentów, więc nie można zarzucić Zamawiającemu, że nie odrzucił oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2.

W trakcie prowadzonego postępowania nie złożono zapytania do Zamawiającego dlaczego wydłużył termin wystawionego dokumentu, w związku z tym Zamawiający nie naruszył zasad określonych w art. 7 ustawy PZP.

Protestujący zarzuca Zamawiającemu, że nie odrzucił oferty Wykonawcy ELLA z powodu załączonego kosztorysu uproszczonego branży sanitarnej, Zamawiający w SIWZ określił, że dokument ten jest tylko dokumentem pomocniczym, ponieważ wynagrodzenie jest wynagrodzeniem ryczałtowym, w związku z tym Zamawiający nie wzywał do uzupełnienia dokumentu, który jest dokumentem pomocniczym tylko dla Zamawiającego. Protestujący podnosi również okoliczność nie złożenia przez Wykonawcę ELLA oświadczenia (załącznik nr 2 do SIWZ).

Wykonawca ELLA złożył oświadczenie z którego wynika, że posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności, posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie, znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia oraz, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 i 2 ustawy PZP. Z oświadczenia nie wynika czy posiada potencjał techniczny i osoby zdolne do wykonania zadania czy też będzie korzystać z innych podmiotów.

Należy jednak zwrócić uwagę na załącznik nr 3 do SIWZ złożony do oferty (strona 15), gdzie Wykonawca przedstawia potencjał kadrowy z którego wynika, że jest w stanie wykonać zamówienia, do oferty załączone został oświadczenie Pana Macieja Piecka, który oświadcza, że w imieniu firmy PUHP „INST-EL” Maciej Piecka, że podejmie się pełnienia obowiązku kierownika robót elektrycznych w przypadku wyboru oferty Wykonawcy ELLA.

Wykonawca ELLA złożył również dokument, w którym przedstawia sprzęt jakim dysponuje firma.

Załączone przez Wykonawcę dokumenty do złożonej oferty w sposób jasny i przejrzysty wykazują, że jednocześnie dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, oraz jednocześnie składa pisemne zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Wyrok Zespołu Arbitrów przy UZP 2006-07-18, UZP/ZO/0-2033/06

W przypadku, gdy zamawiający zażąda załączenia do oferty wzoru karty gwarancyjnej, załączenie przez wykonawcę dokumentu o innej nazwie, ale w swej treści odpowiadającego wszystkim wymogom zamawiającego, nie jest uchybieniem na tyle istotnym, aby mogło stanowić podstawę do odrzucenia oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający nie widzi podstaw do odrzucenia ofert Wykonawcy KAL-FAM oraz Wykonawcy ELLA zgodnie z ustawą PZP.

W wyniku uwzględnienia protestu w wyżej wymienionym zakresie, Zamawiający w terminie określonym w art. 185 ust 5 pkt 2 ustawy PZP powtórzy oprotestowane czynności oraz unieważni dokonane bezprawnie czynności polegające na:

1. przywróceniu do postępowania Protestującego,
2. dokonaniu ponownej oceny ofert,
3. dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pouczenie o środkach ochrony prawnej:

Na podstawie art. 184 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) Protestującemu nie przysługuje odwołanie do Prezesa Zamówień Publicznych.

POSTANOWIENIE z dnia 21 stycznia 2009 r. Sygn. akt KIO/UZP 39/09

Wskazując na powyższe zasadnym jest stwierdzenie, iż w przedmiotowym postępowaniu, na zasadzie art. 184 ust. 1a ustawy – Prawo zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego okoliczności wyraźnie w przytaczanym przepisie wymienionych, tj.

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;*
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;*
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia*
- 4) odrzucenia oferty.*

Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż możliwość wniesienia odwołania została ograniczona tylko do wskazanych przypadków, a więc przypadków, w których czynności zamawiającego dotyczą bezpośrednio wykonawcy składającego odwołanie (np. wykluczenia go z postępowania czy odrzucenia jego oferty) nie zaś innych wykonawców. U podstaw ratio legis przepisu legło bowiem to, by wykonawca miał zagwarantowane prawo do wnoszenia efektywnych środków ochrony prawnej dotyczących jego najistotniejszych interesów. Taka teza wynika z uzasadnienia projektu ustawy o zmianie ustawy – Pzp oraz niektórych innych ustaw, która to nowelizacja uchwalona została w dniu 4 września 2008 roku i wprowadzona w życie w dniu 24 października 2008 roku.