

Budimex SA  
ul. Stawki 40  
01-040 Warszawa  
tel. (48) 22 623 60 00  
fax (48) 22 623 60 01

**B. PILNE**

*Kopia dla urzędu*



Warszawa, dnia 14 maja 2010 r.

**Zamawiający:**  
Muzeum Śląskie  
Al. W. Korfańskiego 3, 40-005 Katowice  
Tel. 032-2585661-3, fax 032 259-98-04  
l.dziabek@muzeumslaskie.pl

**Odwolujący:**  
BUDIMEX S.A.  
ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa,  
adres do korespondencji:  
BUDIMEX S.A.  
ul. Ujastek 7, 30-969 Kraków  
tel. 12 68 39 115 fax 12 643-46-81  
bh@budimex.pl

Muzeum Śląskie w Katowicach	
data wpływu	14.05.2010
znak sprawy	MS-JRP-40-333-6/10
ilość załączników	-

*Przyjmuję:*

- 1) P. L. Disbort, kier. JRP
- 2) P. J. Grawman, Adm. MKI.
- 3) P. R. Pardaun (JK)

2010.05.14

Urząd Zamówień Publicznych  
Prezes Krajowej Izby Odwoławczej  
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego nr 2010/S 87-130115 Wykonanie Nowej Siedziby Muzeum Śląskiego w Katowicach.

Budimex S.A., działając na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z 180 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2004 r. Nr 19 poz. 177 z późn. zm.), składa:

**Odwołanie**

Na podstawie art. 180 ust. 1, 3 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r., Prawo zamówień publicznych (dalej PZP), wnoszę odwołanie na opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego nr 2010/S 87-130115 na Wykonanie Nowej Siedziby Muzeum Śląskiego w Katowicach.

Odwolujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt. 2, oraz art. 31 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, § 1. ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

**Termin:** ogłoszenie o udzielenie zamówienia publicznego zostało opublikowane w TED w dniu 5 maja 2010r. dlatego też niniejsze odwołanie jest wnoszone z zachowaniem przewidzianego w ustawie terminu.

**Interes Prawny** Odwołującego Budimex S.A. w złożeniu niniejszego odwołania nie może budzić wątpliwości. Odwołujący wnosi o zmianę wskazanych w ogłoszeniu warunków udziału w postępowaniu, którego sformułowania prowadzą do naruszenia zasad i sposobu udzielania zamówień publicznych oraz przepisów prawa, przez co pozbawiają spółkę Budimex S.A. możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia.

Budimex SA, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego KRS 000001754, NIP 526 10 03 187, REGON 010722630, KOD JPK 851, NID 141-100-1037, 1111 0010 0980 1949, Portal Banki Państwa, rachunek nr 41 1600 1127 0000 0121 9975 9001, kapitał zakładowy 12 650 490 zł wpłacony w całości

**W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:**

zmianę w ogłoszeniu o zamówieniu opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego - zdolność techniczna pkt. 1 w następujący sposób:

„Wykonawca w ostatnich pięciu latach przed dniem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył: - co najmniej:

1. Dwa obiekty kubaturowe o wartości 200 mln złotych każdy,
2. jeden obiekt kubaturowy, którego najniższy podziemny poziom użytkowy znajduje się na głębokości - 10m poniżej poziomu terenu którego budowa wiązała się z pionowym zabezpieczeniem ścian wykopów.
3. jeden obiekt kubaturowy na terenach byłych lub istniejących kopalni węgla kamiennego.”

**Uzasadnienie**

Odwołujący wnosi o zmianę opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego- zdolność techniczna pkt. 1. Warunek postawiony przez Zamawiającego nakłada na Wykonawców obowiązek wykazania iż, w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie Wykonawca wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył: - co najmniej 2 budowy budynków użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych wskazanych inwestycji co najmniej 200 mln zł każda (bez podatku VAT), w tym co najmniej jednego, którego najniższy podziemny poziom użytkowy znajduje się na głębokości min. -10m poniżej poziomu terenu i którego budowa wiązała się z pionowym zabezpieczeniem ścian wykopów oraz posadowionego na terenach byłych lub istniejących kopalni węgla kamiennego, na których prowadzona była płytka i głęboka eksploatacja górnicza.

Zdaniem Odwołującego tak postawiony warunek ogranicza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji.

1. Jak wynika z orzeczenia KIO/UZP 126/07, Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2008 r., „Zamawiający, określając w tym zakresie szczegółowe warunki udziału, nie ma obowiązku żądania od wykonawców w każdym postępowaniu: konkretnej wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia jednocześnie. W każdym przypadku, określając warunki udziału w postępowaniu, powinien on wziąć pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia. Przy jednym przedmiocie zamówienia bowiem istotną funkcję dla prawidłowości wykonania zamówienia będą odgrywały osoby, przy innym sprzęt (potencjał techniczny).”

Stawiając warunek udziału w postępowaniu Zamawiający ograniczył doświadczenie, jakim musi się wykazać Wykonawca do budynków użyteczności publicznej, przy czym Zamawiający przyjął własną definicję budynku użyteczności publicznej znacząco węższą niż określona w stosownych przepisach, przez który rozumie budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, opieki zdrowotnej, opieki społecznej i socjalnej, obsługi bankowej, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym.

Natomiast rozporządzenie z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie w §3 pkt. 6 definiuje pojęcie budynku użyteczności publicznej jako budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny.

Porównanie tych definicji prowadzi do wniosku, że Zamawiający wykluczył, możliwość wykazania się doświadczeniem nabytym podczas realizacji obiektów: wychowania, handlu, gastronomii, usług, w tym

usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, budynków biurowych lub socjalny, a także innych budynków przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; Obiektywnie niczym nie uzasadnione zawężenie terminu - budynki użyteczności publicznej przez Zamawiającego powoduje znaczne ograniczenie konkurencji poprzez wykluczenie z udziału w postępowaniu przede wszystkim licznej grupy wykonawców, którzy realizowali powszechnie występujące duże - obiekty handlowe, gastronomiczne oraz biurowe.

Nadto zdaniem Odwołującego zgodnie z dyspozycją art. 31 ust. 1 Pzp oraz §1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, przez „rodzaj” robót budowlanych należy rozumieć roboty jak zdefiniowano w przepisach Prawa budowlanego, wobec tego definicja obiektu użyteczności publicznej użyty przez Zamawiającego winna odpowiadać, czy nawet być tożsama z definicją określoną przez przepisy prawa, których stosowanie Pzp wprost nakazuje.

2. Niemniej biorąc pod uwagę specyfikę i charakter zamówienia niezrozumiałe dla Wykonawcy jest zawężenie obiektów, przy realizacji których potencjalny Wykonawca mógł nabyć doświadczenie do obiektów użyteczności publicznej, a nie obiektów kubaturowych, w szczególności wobec dodatkowego zawężenia przez Zamawiającego pojęcie obiektów użyteczności publicznej. Doświadczenie nabyte przy realizacji obiektów kubaturowych o wartości proporcjonalnej do przedmiotu zamówienia pozwala na przyjęcie, że Wykonawca umiętnie będzie realizował roboty budowlane tak znacznych rozmiarów jak niniejsze zamówienie.

3. Zapewne charakter i specyfika zamówienia wymaga wykazania się doświadczeniem w zakresie realizacji co najmniej jednego zamówienia o wartości co najmniej 200 mln zł każdy, ale tak znaczna wartość zamówienia zdaniem Odwołującego nie ma znaczenia dla nabycia przez Wykonawcę doświadczenia przy realizacji trudniejszych we wznoszeniu i technicznie bardziej skomplikowanych obiektów: których najniższy podziemny poziom użytkowy znajduje się na głębokości min. -10m poniżej poziomu terenu jak i którego budowa wiązała się z pionowym zabezpieczeniem ścian wykopów oraz posadowionych na terenach byłych lub istniejących kopalni węgla kamiennego. Dla nabycia doświadczenia przy realizacji takich robót kluczowe znaczenie ma bowiem powtarzalność wykonywania takich prac, a nie wielkość inwestycji.

4. Ponadto wymaganie przez Zamawiającego wykonania w jednym obiekcie budowlanym i stanowiącym jedną robotę budowlaną - obiektu, którego najniższy podziemny poziom użytkowy znajduje się na głębokości min. -10m poniżej poziomu terenu, jak i którego budowa wiązała się z pionowym zabezpieczeniem ścian wykopów oraz posadowionego na terenach byłych lub istniejących kopalni węgla kamiennego, na których prowadzona była płytka i głęboka eksploatacja górnicza nie ma obiektywnego uzasadnienia. Zdaniem Odwołującego wystarczające jest doświadczenie Wykonawcy, który wymagane przez Zamawiającego prace realizował na kilku obiektach. Realizacja robót budowlanych o wymaganym przez Zamawiającego zakresie na podstawie kilku stosunków cywilnoprawnych nie skutkuje brakiem wymaganego doświadczenia. Ograniczenie w wykazaniu się doświadczeniem wyłącznie poprzez łączne wykonanie wszystkich wymaganych robót jest wymaganiem nadmiernym i godzi w zasadę uczciwej konkurencji.

5. Dodatkowo Zamawiający żąda spełnienia w/ w warunków w zakresie obiektów posadowionych na terenach byłych lub istniejących kopalni węgla kamiennego, na których prowadzona była płytka i głęboka eksploatacja górnicza, definiując iż, pod pojęciem płytkiej eksploatacji górniczej Zamawiający rozumie eksploatację prowadzoną na głębokości do 80m. Tymczasem Wykonawcy robót budowlanych realizowanych na terenach szkód górniczych nie posiadają wiedzy na temat głębokości wydobywania węgla stanowiących tajemnicę Zakładu Górniczego. Informacje dotyczące eksploatacji górniczej nie są publicznie dostępne. Zdaniem Odwołującego takie postawienie warunku utrudnia dostęp do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego poprzez brak możliwości uzyskania dodatkowych, niejawnych informacji.

Jak wynika z ogłoszenia Zamawiający zamierza udzielić zamówienia publicznego znacznych rozmiarów dla którego warunki udziału w postępowaniu winny być adekwatne, proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i z nim związane - jednakże nadmiernie wygórowane warunki i uszczegółowione

wymagania postawione w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego z góry eliminują z udziału w postępowaniu niektórych Wykonawców, stawiając barierę dostępu do postępowania, a także mogą stawać w uprzywilejowanej pozycji niektórych z nich.

W tym stanie rzeczy niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne.

Kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu, a wpis uiszczono na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Załączniki

- Dowód uiszczenia wpisu od Odwołania,
- Dowód przesłania kopi odwołania Zamawiającemu,
- pełnomocnictwo
- Odpis KRS,

W. RADCA PRAWNY  
Wojciech Iwańczyk

