

Lubuski Teatr im. Leona Kruczkowskiego
w Zielonej Górze
ul. Aleja Niepodległości 3/5
65-048 Zielona Góra,
zwany dalej Zamawiającym

Zielona Góra, dnia 13.02.2019 r.

Znak sprawy: 1/DA/ZP/P/2019

P.T. WYKONAWCY

Dotyczy: **Informacja o wniesieniu protestu.**

W trybie Art. 185 ust. 1. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku *Prawo zamówień publicznych* (jedn. tekst Dz. U. z 2018 roku nr 1086 z późn. zm.), Zamawiający informuje, że dnia 11.02 2019 roku na ręce Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało złożone odwołanie odnoszące się do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotowego zamówienia. W tej sytuacji załączając treść odwołania, Zamawiający jednocześnie wzywa Wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W załączeniu treść odwołania.

Dyrektor
Lubuskiego Teatru
im. L. Kruczkowskiego
w Zielonej Górze
Zup. *Robert Czechowski*
Robert Czechowski

Zielona Góra, 2019-02-11

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

Odwołujący:

Exalo Drilling S.A. z siedzibą w Pile
Plac Stanisława Staszica 9, 64-920 Piła
KRS: 0000428139

reprezentowany przez:

Janusza Popiela – Dyrektora Oddziału „Diament” w Zielonej Górze

adres pełnomocnika do korespondencji:

Exalo Drilling S.A. Oddział „Diament” w Zielonej Górze,
ul. Naftowa 3a,
65-705 Zielona Góra
tel. 68 329 54 71, fax 68 324 31 73
e-mail: przetargi.diament@exalo.pl

Zamawiający:

Lubuski Teatr im. L. Kruczkowskiego w Zielonej Górze
krajowy numer identyfikacyjny 27995300000
ul. Niepodległości 3/5, 65-048 Zielona Góra,
tel. 68 452 72 72, faks 68 452 72 52
e-mail: lubuski@teatr.zgora.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przebudowa i rozbudowa budynku Lubuskiego Teatru im. Leona Kruczkowskiego w Zielonej Górze na działkach o nr ewid. 198, 196/12, 201/4 obręb 18 przy ul. Aleja Niepodległości 3/5 w Zielonej Górze w ramach zadania "Modernizacja Lubuskiego Teatru im. Leona Kruczkowskiego w Zielonej Górze"”
Nr referencyjny 1/DA/ZP/2019

Ogłoszenie nr 511026-N-2019 z dnia 2019-02-06

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Exalo Drilling S.A. z siedzibą w Pile, na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2018.1986 ze zm.) wnoszę odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ)

Exalo Drilling S.A.
Pl. Staszica 9
64 – 920 Piła

T: (+48) 67 215 13 00
F: (+48) 67 215 13 59
www.exalo.pl

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „**Przebudowa i rozbudowa budynku Lubuskiego Teatru im. Leona Kruczkowskiego w Zielonej Górze na działkach o nr ewid. 198, 196/12, 201/4 obręb 18 przy ul. Aleja Niepodległości 3/5 w Zielonej Górze w ramach zadania "Modernizacja Lubuskiego Teatru im. Leona Kruczkowskiego w Zielonej Górze"**”, nr referencyjny 1/DA/ZP/2019, bowiem opis przedmiotu zamówienia jest niezgodny z przepisami ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 06.02.2019 r. pod numerem 511026-N-2019.

Zamawiającemu zarzucam:

- I. Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 632 i art. 651 Kodeksu cywilnego (w zw. z art. 14 ustawy Pzp), poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w szczególności w zakresie:

- 1.1. W odniesieniu do Rozdziału III pkt. 4 ppkt 1b) SIWZ (str. 3), w którym Zamawiający wymaga aby:

„b) wszystkie omyłki i błędy ujawnione w Dokumentacji projektowej (w tym na rysunkach), w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz w przedmiarach Wykonawca zgłosił pisemnie Zamawiającemu przed terminem składania ofert.”

- 1.2. W odniesieniu do Rozdziału III pkt. 4 Załącznik nr 2 Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót (STWiOR) ppkt d), e) i i) SIWZ (str. 5), z których wynika, że:

„d) kosztorysy należy wykonać w oparciu o załączone do przetargu przedmiary robót”,

„e) wszystkie elementy należy wycenić zgodnie z dokumentacją, pozycje „Rampa przeładunkowa” należy dopisać”,

„i) wszystkie roboty budowlane należy wycenić zgodnie z dokumentacją projektową tj. opisem technicznym i częścią graficzną i ujmować w pozycjach przedmiaru. Wymiaru należy dobierać w oparciu o wymiar otworu. Roleta p.poz. EI30 przy pomieszczeniu 0.11 szatnia została opisana rzucie rys A-02”,

Ww. zapisy są niespójne z zapisami Rozdziału III pkt. 4 Załącznik nr 2 Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót (STWiOR) ppkt a) i c) SIWZ (str. 5), zgodnie z którymi:

„a) elementem, na podstawie którego należy wyceniać inwestycję jest dokumentacja projektowa: projekt budowlany i projekty wykonawcze. Elementy nie ujęte w przedmiarach załączonych do przetargu należy ujmować w odrębnych pozycjach”,

„c) elementem, na podstawie którego należy wyceniać inwestycję jest dokumentacja projektowa: projekt budowlany i projekty wykonawcze. Elementy nie ujęte w przedmiarach załączonych do przetargu należy ujmować w odrębnych pozycjach”.

- 1.3. Opis przedmiotu zamówienia Etapu I niewyczerpujący (liczne braki) i niejednoznacznie stanowi, czy w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi:

ustroje akustyczne na ścianach, panele dźwiękochłonne, sufit sali teatru lalek, rampa przeładunkowa (nie została uwzględniona w przedmiarach), modułowa scena letnia (punkt 5.1.), wyposażenie meblowe – pkt 5.5. „Widownia” (str. 26) opis branży architektonicznej mówi: Szczegółowy opis w specyfikacji wyposażenia meblowego – w SIWZ brak takiej specyfikacji, brak w zestawieniu stolarki lub opisie technicznym rolety p.poz EI30 przy pomieszczeniu 0.11. szatnia, nie określono wysokości i szerokości dla ściany mobilnej rozkładanej modułowo przy scenie teatru lalek oraz scenie letniej, nie określono odporności ogniowej dla ścian mobilnych, na rys. Aw-01 ściana mobilna przy scenie letniej oznaczona jest jako EI60, brak sprecyzowania sposobu otwierania bramy harmonijkowej zewnętrznej (np. elektryczne, ręczne), brak określenia standardu wykończenia wewnętrznego windy, brak określenia zakresu prac w części istniejącej (na rysunku AW-02 w części istniejącej zaznaczono „projektowany szacht pod rozbudowę instalacji” – brak projektu budynku istniejącego, brak określenia rodzaju dwuteowników stalowych do wzmocnienia stropu w budynku istniejącym i brak rysunku dla poz. 2.7. oraz 6.5.), brak w opisie Projektu Wykonawczego branży sanitarnej wewnętrznej informacji na temat kanalizacji deszczowej do odprowadzania wód opadowych z dachu budynku, brak sprecyzowania zakresu zagospodarowania terenu wokół teatru od strony Placu Teatralnego; brak w projekcie

wykonawczym wewnątrznych instalacji sanitarnych całego przebiegu istniejącego wodociągu wody zimnej DN 80 przewidzianego do wymiany – przebieg rurociągu od zestawu wodomierzowego do węzła cieplnego, brak przebiegu przyłącz cieplnego w Projekcie zagospodarowania terenu stanowiącego część projektu wykonawczego zewnętrznych instalacji sanitarnych.

- II. Naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób łamiący zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez utrudnienie dostępu do zamówienia oraz uniemożliwienie złożenia prawidłowej oferty, w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikację treści SIWZ poprzez:

- 1.1. Wykreślenie z Rozdział III punktu 4 ppkt 1b) SIWZ, w którym Zamawiający wymaga aby:

„b) wszystkie omyłki i błędy ujawnione w Dokumentacji projektowej (w tym na rysunkach), w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz w przedmiarach Wykonawca zgłosił pisemnie Zamawiającemu przed terminem składania ofert.”

- 1.2. Zmianę w Rozdziale III pkt. 4 Załącznik nr 2 Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót (STWiOR) ppkt d), e) i i) SIWZ (str. 5) poprzez doprecyzowanie zapisu ppkt d), e) i i) w sposób korespondujący z zapisami ppkt a) i c), tj. poprzez dodanie w każdym z tych punktów zadania w brzmieniu *„Elementy nie ujęte w przedmiarach załączonych do przetargu należy ujmować w odrębnych pozycjach”*.

- 1.3. Uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymienionych poniżej braków oraz jednoznaczne i wyczerpujące określenie, czy w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi:

ustroje akustyczne na ścianach, panele dźwiękochłonne, sufit sali teatru lalek, rampa przeładunkowa (nie została uwzględniona w przedmiarach), modułowa scena letnia (punkt 5.1.), wyposażenie meblowe – pkt 5.5. „Widownia” (str. 26) opis branży architektonicznej mówi: Szczegółowy opis w specyfikacji wyposażenia meblowego – w SIWZ brak takiej specyfikacji, brak w zestawieniu stolarki lub opisie technicznym rolety p.poż EI30 przy pomieszczeniu 0.11. szatnia, nie określono wysokości i szerokości dla ściany mobilnej rozkładanej modułowo przy scenie teatru lalek oraz scenie letniej, nie określono odporności ogniowej dla ścian mobilnych, na rys. Aw-01 ściana mobilna przy scenie letniej oznaczona jest jako EI60, brak sprecyzowania sposobu otwierania bramy harmonijkowej zewnętrznej (np. elektryczne, ręczne), brak określenia standardu wykończenia wewnętrznego windy, brak określenia zakresu prac w części istniejącej (na rysunku AW-02 w części istniejącej zaznaczono „projektowany szacht pod rozbudowę instalacji” – brak projektu budynku istniejącego, brak określenia rodzaju dwuteowników stalowych do wzmocnienia stropu w budynku istniejącym i brak rysunku dla poz. 2.7. oraz 6.5.), brak w opisie Projektu Wykonawczego branży sanitarnej wewnętrznej informacji na temat kanalizacji deszczowej do odprowadzania wód opadowych z dachu budynku, brak sprecyzowania zakresu zagospodarowania terenu wokół teatru od strony Placu Teatralnego; brak w projekcie wykonawczym wewnątrznych instalacji sanitarnych całego przebiegu istniejącego wodociągu wody zimnej DN 80 przewidzianego do wymiany – przebieg rurociągu od zestawu wodomierzowego do węzła cieplnego, brak przebiegu przyłącz cieplnego w Projekcie zagospodarowania terenu stanowiącego część projektu wykonawczego zewnętrznych instalacji sanitarnych.

Interes Odwołującego został w tym postępowaniu naruszony z uwagi na fakt, że opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia z naruszeniem przepisów utrudnia Odwołującemu dostęp do zamówienia i sporządzenie prawidłowej oferty w sytuacji, gdy Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia. *Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu (wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2013 r., KIO 2933/12).*

Wnoszę o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U.2018.972)

Termin do wniesienia odwołania został zachowany, bowiem odwołanie zostało wniesione w terminie 5 dni od 06.02.2019 r.

Kopia odwołania została zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 ustawy Pzp przesłana zamawiającemu, na dowód czego składam potwierdzenie jej przestania.

UZASADNIENIE

I.

W treści SIWZ w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia zawartego w Rozdziale III pkt. 4 ppkt 1b SIWZ, Zamawiający wymaga aby:

„b) wszystkie omyłki i błędy ujawnione w Dokumentacji projektowej (w tym na rysunkach), w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz w przedmiarach Wykonawca zgłosił pisemnie Zamawiającemu przed terminem składania ofert.”

Ww. wymóg Zamawiającego dotyczący weryfikacji dokumentacji projektowej przez wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia publicznego, jeszcze przed terminem złożenia ofert narusza przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 29 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 632 i art. 651 Kodeksu cywilnego (w zw. z art. 14 ustawy Pzp).

Zamawiający nie może nakładać na wykonawcę, obowiązku sprawdzenia dokumentacji projektowej, jeszcze przed upływem terminu składania ofert przetargowych. Takie działanie Zamawiającego prowadzi do rozszerzenia przedmiotu zamówienia, którym jest realizacja inwestycji w oparciu o projekt przekazany przez zamawiającego, bowiem każdy wykonawca składający ofertę miałby obowiązek wykonania na rzecz Zamawiającego nieodpłatnie usługi weryfikacji projektu, jeszcze przed złożeniem oferty i nie mając pewności, że uzyska zamówienie i podpisze umowę.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 marca 2000 r., III CKN 629/98, podósł, że „z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku, że wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania”.

W wyroku z dnia 18 kwietnia 2016 r., I ACa 1502/15, Sąd Apelacyjny w Krakowie przyłączył się do utrwalonego już poglądu orzecznictwa i doktryny wyrażonego na kanwie przepisu art. 651 k.c., zgodnie z którym wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzania dostarczonej mu przez inwestora dokumentacji w celu wykrycia jej wad (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 r., III CKN 629/98, OSNC 2000/9/173). Do obowiązków wykonawcy nie należy specjalistyczne badanie projektu budowlanego. Wykonawca jest jedynie obowiązany odczytać projekt i wykonać roboty budowlane zgodnie z jego założeniami oraz zasadami sztuki budowlanej. W wyroku z dnia 27 grudnia 2011 r., KIO 2649/11, Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do obowiązku sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad, w sytuacji gdy zamawiający wymagał, aby wykonawca złożył oświadczenie, że zapoznał i upewnił się co do „prawidłowości i kompletności przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej oraz złożonej przeze mnie (przez nas) oferty i dokumentów do niej załączonych oraz zobowiązujemy się wykonać wszelkie roboty niezbędne

do należytej realizacji przedmiotu zamówienia", przychyliła się do stanowiska wyrażonego w wyroku z dnia 23 sierpnia 2010 r., KIO/UZP 1698/10, że: „nawet złożenie oświadczenia o prawidłowości i kompletności przekazanej dokumentacji projektowej nie oznacza, że obowiązek weryfikacji dotyczy merytorycznej kontroli projektu przez wykonawcę oraz że zgłoszenie uwag czy wad ograniczone być może jakimś czasookresem. Zawsze może zdarzyć się sytuacja, że jakieś usterki nie zostaną przez kogokolwiek zauważone na etapie sprawdzania projektu i ujawnią się dopiero na etapie jego realizacji. Tym bardziej nie można uznać, iż niezgłoszenie jakichś uwag traktowane może być jako działanie zawinione ze strony Wykonawcy”.

II.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp). Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (art. 31 ust. 1 ustawy Pzp).

KIO 2030/18, wyrok Krajowej Izby odwoławczej z dnia 22 października 2018 r.:

W przepisie art. 29 ust. 1 p.z.p. in fine ustawodawca wyraźnie wskazał, że zamawiający obowiązany jest w ramach opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić wszystkie wymagania i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym oczywiście w zakresie oferowanej ceny. Zaniechanie przekazania wykonawcom wszystkich informacji mających znaczenie dla sporządzenia oferty na ogół skutkuje zaburzeniem konkurencji. Trudno bowiem mówić o występowaniu uczciwej konkurencji, jeżeli oferty składane w postępowaniu nie odnoszą się do tego samego przedmiotu zamówienia, ale częściowo do wyobrażeń wykonawcy odnośnie tego przedmiotu, które to wyobrażenia mogą się w przypadku poszczególnych wykonawców znacząco różnić. W świetle regulacji art. 29 ust. 1 p.z.p. opis przedmiotu zamówienia powinien zostać sporządzony w taki sposób, aby wykonawcy nie tylko pozyskali niezbędną wiedzę w zakresie przedmiotu świadczenia, do którego będą zobowiązani na mocy zawartej z zamawiającym umowy, ale również otrzymali niezbędne informacje potrzebne do sporządzenia oferty, w tym zakresie jej wyceny (KIO 2030/18, wyrok KIO z dnia 22 października 2018 r.).

KIO 1146/18, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2018 r.:

Opis przedmiotu zamówienia podlega wykładni w sposób wskazany w art. 65 § 1 k.c., zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W odniesieniu do zamówień publicznych "ustalone zwyczaje" należy odnosić do powszechnego rozumienia danego pojęcia przez ogół profesjonalnych uczestników rynku danej branży.

KIO 1023/18, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2018 r.:

Art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. zobowiązuje do opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje.

Niepełny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty narusza ustawę z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, a zarazem narusza zasady uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 29 ust. 2 p.z.p.. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ.

W rozpatrywanej sprawie kwestionowane zapisy SIWZ, jako sprzeczne z przepisami, utrudniają Odwołującemu dostęp do zamówienia oraz uniemożliwiają prawidłowe sporządzenie oferty, co narusza zasadę konkurencyjności postępowania.

III.

W tym stanie rzeczy odwołujący wnosi i wywodzi jak na wstępie.

DYREKTOR ODDZIAŁU DIAMENT

Janusz Zapiel

Podpis odwołującego

Załączniki:

- dowód uiszczenia wpisu w kwocie 10.000 zł
- dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu
- pełnomocnictwo wraz z dowodem opłaty skarbowej i informacją z KRS odwołującego.