

Jaworzno, dnia 13 lutego 2008

**Wykonawcy zainteresowani udziałem
w postępowaniu o udzielenie zamówienia**

Sprawa 50/2007/EZP/MN

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Dostawę łańcuchów przeznaczonych do zawieszania i stabilizacji trasy jezdnej kolejek podwieszanych, łańcuchów górniczych oraz ogniw złącznych do łańcuchów górniczych dla potrzeb zakładów górniczych Południowego Koncernu Węglowego S.A.”*

ROZSTRZYGNĘCIE PROTESTU

Działając na podstawie art. 183 ust. 1 i art. 183 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2007 roku, Nr 223 poz.1655 z późn. zm) dalej zwanej „ustawą”, Zamawiający - Południowy Koncern Węglowy S.A. w Jaworznie niniejszym informuje o rozstrzygnięciu protestu wniesionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Dostawę łańcuchów przeznaczonych do zawieszania i stabilizacji trasy jezdnej kolejek podwieszanych, łańcuchów górniczych oraz ogniw złącznych do łańcuchów górniczych dla potrzeb zakładów górniczych Południowego Koncernu Węglowego S.A.”* przez Wykonawcę –Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo- Handlowe ANIMA, Plac Pokoju 18/3, 44-253 Rybnik zwanego dalej „Protestującym”, który wpłynął do Zamawiającego w dniu 29.01.2008r. - **Zamawiający oddala protest w całości, uznając protest za bezzasadny.**

Uzasadnienie

W otrzymanym proteście Protestujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 ustawy oraz wnosi o:

1. Dokonanie zmiany zapisów w treści SIWZ oraz w treści załączników nr 1 do SIWZ stanowiącego opis przedmiotu zamówienia, uwzględniających zastrzeżenia przedstawione przez Protestującego;
2. Przedłużenie terminu składania ofert na podstawie art. 180 ust. 5 ustawy z uwagi na wniesienie protestu dotyczącego postanowień SIWZ

Ad.1.a

Protestujący wnosi o podział części nr 2 zamówienia na „2 oddzielne zadania łańcuchy górnicze oraz ogniwa złączne. Ponadto w związku z faktem, iż jak na przykład w przypadku ogniwa złącznych istnieje tylko jeden producent ogniwa 18x64 proponujemy również dodatkowy podział zadań na poszczególne rozmiary tak łańcuchów górniczych jak i ogniw złącznych co umożliwi zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”.

Żądanie Protestującego nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zgodnie z brzmieniem art. 83 ust. 2 ustawy, Zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej. Oznacza to, że zamawiający ma uprawnienie, a nie obowiązek dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych. Podział zamówienia na części leży w gestii zamawiającego.

Ponadto argumentacja protestującego, że producentem ogniw Ø 18x64 jest jeden producent nie znajduje żadnego uzasadnienia. Zamawiający bowiem nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że Wykonawcą może być jedynie producent przedmiotu zamówienia. Wykonawcą może być zarówno producent jak i dostawca przedmiotu zamówienia. Zamawiający pragnie zaznaczyć, że ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W związku, z czym potencjalnych dostawców nie należy ograniczać do tylko i wyłącznie rynku krajowego, ale należy rozpatrywać globalnie. Dlatego też, argumentacja ta jest niezasadna.

Zamawiający nadmienia, że zgodnie z art. 23 ustawy wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Oznacza to, że jeżeli Protestujący nie posiada w swoim asortymencie

produktów wymaganych przez zamawiającego, zawsze ma prawo ubiegać się o zamówienie wspólnie z innym wykonawcom.

Zamawiający pragnie podkreślić, że żądanie zawarte w proteście nie jest możliwe do spełnienia, ponieważ w przypadku dokonania dalszego podziału części nr 2 zamówienia, wiązałoby się to z koniecznością zmiany warunków udziału w postępowaniu, co stanowiłoby naruszenie art. 38 ust 5 ustawy.

Stanowisko Zamawiającego znajduje odzwierciedlenie w szeregu wyroków Zespołu Arbitrów. W orzeczeniu wydanym 22 października 2007 r. Zespół Arbitrów stwierdził: „*Odnosząc się do zarzutu wadliwego podziału zamówienia na części Zespół Arbitrów zauważa, iż Zamawiający skorzystał tu z możliwości, jakie daje obowiązująca ustawa Pzp. SIWZ daje jedynie możliwość złożenia oferty w jednym z pakietów, na jakie zostało podzielone zamówienie przez Zamawiającego. Oznacza to, że każdy z wykonawców może złożyć ofertę na całość zamówienia, bądź jedynie możliwość złożenia oferty w jednym z pakietów, na jakie zostało ono podzielone. Sposób podziału zamówienia na części nie ogranicza konkurencji. Należy zauważyć, że o niniejsze zamówienie ubiegać się mogą wykonawcy nie tylko z Polski, ale też z poza jej granic, zarówno producenci jak i dostawcy*”¹. Podobne stanowisko wyraził Zespół Arbitrów w orzeczeniu wydanym 8 lutego 2006 r., w którym stwierdzili, że zamawiający ma prawo sam decydować czy chce dzielić zamówienie na części, a jeśli tak to na ile². Ponadto Sąd Okręgowy w Lublinie doszedł do wniosku, że dopuszczenie składania ofert częściowych jest prawem, a nie obowiązkiem Zamawiającego³. Określenie przedmiotu zamówienia jest zawsze decyzją zamawiającego⁴. J. Pieróg stwierdza: „...*dopuszczenie oferty częściowej to wyłącznie uprawnienie zamawiającego*”⁵. Dlatego, też zamawiający oddał protest w tej części. Proponowany przez Prostującego zgodnie z żądaniami podział zamówienia, doprowadziłby do powstania kilku części o niskiej wartości, co może spowodować, że Zamawiający uzyska mniej korzystne pod względem ekonomicznym oferty.

¹ Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 22.10.2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1238/07)

² Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 08.02.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-303/06)

³ Wyrok SO w Lublinie z dnia 9.11.2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05)

⁴ Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 06.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-592/05)

⁵ J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 8 wydanie, Wydawnictwo C.H.BECK, Warszawa 2007, str. 279

Ad.1.b

W dalszej części protestu, Protestujący wnosi o zmianę w załączniku nr 1 do SIWZ w punkcie II „Opisu przedmiotu zamówienia” stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, poprzez wydłużenie terminu realizacji zamówienia z 14 dni kalendarzowych od dnia otrzymania zamówienia częściowego przez wykonawcę, do 21 dni.

Zamawiający nie uwzględnił protestu również w tym zakresie. Protestujący przedstawia żądania zmiany „Opisu przedmiotu zamówienia”, ale nie przytacza żadnych argumentów uzasadniających tą zmianę. Ponadto protestujący nie wykazał interesu prawnego w tym zakresie protestu. W tym stanie rzeczy Protestujący nie dochował zasady określonej w art. 179 ust 1 ustawy oraz art. 180 ust 8 ustawy.

Jednym z najważniejszych zagadnień związanych z korzystaniem ze środków ochrony prawnej jest pojęcie interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, w którym to doznanie uszczerbku warunkuje możliwość skutecznego wnoszenia protestów i innych środków ochrony przewidzianych w Dziale VI ustawy. Zgodnie z przyjętą linią orzecznictwa, interes prawny stanowi materialnoprawną przesłankę skuteczności środka ochrony prawnej. Wobec tego nie wskazanie tej przesłanki skutkuje oddaleniem protestu⁶. Ponadto istnienie interesu prawnego powinno być udowodnione, a nie tylko uprawdopodobnione⁷. Fakt posiadania interesu prawnego wynika wprost z brzmieniem art. 179 ust 1. Za słuszny należy uznać pogląd wyrażony przez J. Pieróg: „...warunkiem skutecznego wniesienia takich środków jest wykazanie przez niego uszczerbku w interesie prawnym...”⁸. Poprawność powyższych rozważań potwierdza stwierdzenie „Środki ochrony prawnej przysługują podmiotom uprawnionym do ich wnoszenia pod warunkiem wykazania, że ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oznacza to utrzymanie przyjętego już wcześniej w polskim systemie zamówień publicznych rozwiązania, według którego korzystający z każdego ze środków ochrony prawnej jest obowiązany wykazać, że: (a) zamawiający naruszył przepisy komentowanej ustawy, (b) w wyniku tego naruszenia jego interes prawny doznał lub mógł doznać uszczerbku, (c) między obu wymienionymi wyżej przesłankami

⁶ Por. Wyrok SO w Warszawie z 21.02.2005 r. (sygn. akt V Ca 3072/04), wyrok SO w Lublinie z 16.06.2005 r. (sygn. akt II Ca 327/05), wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 18.01.2005 (sygn. akt UZP/ZO/0-6/05), wyrok Zespołu Arbitrów z 15.04.2005 (sygn. akt UZP/ZO/0-697/05)

⁷ Wyrok SO w Lublinie z 15.06.2005 r. (sygn. akt II Ca 327/05)

⁸ J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 8 wydanie, Wydawnictwo C.H. BECK, Warszawa 2007, str. 483

a możliwością uzyskania przedmiotowego zamówienia istnieje związek przyczynowy."⁹ Ponadto M. Płużański stwierdza: „Do wniesienia środka ochrony prawnej nie wystarcza interes faktyczny”¹⁰.

Ponadto w art. 180 ust. 8 ustawy został zawarty katalog elementów, które protest powinien zawierać. Protest powinien zawierać m.in. okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie protestu. Z komentarza do ustawy pod redakcją T. Czajkowskiego wynika, że: „Przepis ust. 8 określa minimum warunków formalnych, jakim powinien odpowiadać protest. Jest to konieczne, gdy się zważy, że stanowi on oświadczenie woli protestującego wobec oprotestowanej czynności...”¹¹ oraz „Przytoczenie okoliczności faktycznych oznacza podanie faktów potwierdzających zarzuty”¹². Przedmiotowy protest nie zawiera wymaganych ustawą elementów oraz żądania w nim zawarte są bezzasadne, dlatego też Zamawiający oddala protest w tym zakresie.

Ad.1.c

W przedmiotowym proteście Protestujący wnosi także o dokonanie zmiany zapisów projektu umowy stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ. Protestujący żąda zmiany § 2.

W tym zakresie protest również nie spełnia art. 179 ust 1 ustawy oraz art. 180 ust 8, dlatego też argumentacja oddalenia protestu jest identyczna jak wyżej. Zamawiający oddala protest również w tym zakresie.

Ponadto Zamawiający ma pełne prawo określać treść wzorca umowy działając we własnym interesie. Pogląd ten znalazł potwierdzenie w linii orzecznictwa zespołu arbitrów¹³. Żądania Protestującego w zakresie zmiany umowy są bezzasadne. Zaakceptowanie propozycji dotyczącej zmian wybranych zapisów umowy, doprowadziłoby do nierówności stron umowy poprzez nadmierne uprzywilejowanie wykonawcy w stosunku do zamawiającego.

⁹ W. Łysakowski, w: Pr. zbior. pod red. T. Czajkowskiego, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydanie drugie, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006, str. 384

¹⁰ M. Płużański, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2 wydanie, Wydawnictwo C.H.BECK, Warszawa 2007, str. 588

¹¹ W. Łysakowski, w: Pr. zbior. pod red. T. Czajkowskiego, Prawo...op.cit., str. 391

¹² Tamże, str. 391

¹³ Por. Wyrok Zespołu Arbitrów z 25.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-79/05)

Ad.1.d

Protestujący wnosi o zmianę zapisu w sekcji XI pkt 10.1 SIWZ poprzez zmianę terminu płatności. Zamawiający przypomina, że zapisy zawarte w SIWZ oraz projekcie umowy dotyczące terminu płatności są w pełni zgodne z ustawą z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, a w szczególności z art. 5 przywołanej ustawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający nie ma przesłanek do dokonania zmiany według żądań Protestującego.

Protestujący stwierdza, że Zamawiający złamał zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określone w art. 7 ust. 1 ustawy. Jednakże ponownie Protestujący nie przytacza argumentów potwierdzających słuszność tego twierdzenia, czym narusza zasadę określoną w art. 6 kodeksu cywilnego. Zamawiający nie naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ wymogi są identyczne wobec wszystkich potencjalnych wykonawców. Dlatego też spełnienie żądań Protestującego doprowadziłoby do patologii, polegającej na modyfikacji treści projektu umowy zgodnie z oczekiwaniami jednego z wykonawców. Taka sytuacja skutkowałaby złamaniem przez Zamawiającego fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych.

Ad.2

Żądanie przedłużenia terminu otwarcia ofert jest bezprzedmiotowe.

Zamawiający pragnie przypomnieć brzmienie art. 180 ust.5 ustawy: „*W przypadku wniesienia protestu dotyczącego treści ogłoszenia lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający może przedłużyć termin składania oferty*”. Brzmienie tego art. jest jednoznaczne. Zamawiający może przedłużyć termin składania ofert. Jest to zatem jego uprawnienie, a nie obowiązek¹⁴.

¹⁴ Por. J. Pieróg, Prawo...op. cit., str. 494

Reasumując, Zamawiający podkreśla, że „Protest” wniesiony w dniu 29 stycznia 2008 roku w części dotyczącej propozycji zmian w umowie i terminu płatności nie spełnia wymogów protestu określonych ustawą Prawo zamówień publicznych. Jeżeli zatem nie spełnia on wymogów protestu, to należy przyjąć, że nie mamy do czynienia z protestem¹⁵.

Jednakże Zamawiający zajmuje stanowisko, co do żądań zawartych w proteście, rozstrzygając go jak na wstępie.

POUCZENIE

Zgodnie z art. 184 ust. 1 i ust. 2 Ustawy prawo zamówień publicznych- od powyższego rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 5 dni od doręczenia niniejszego rozstrzygnięcia, jednocześnie przekazując kopię Zamawiającemu.

¹⁵ Por. Wyrok Zespołu Arbitrów z 28.10.2005 r. (sygn. Akt UZP/ZO/0-3092/05)