

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 ogniów 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 ogniów złącznych do łańcuchów górniczych dla potrzeb zakładów górniczych Południowego Koncernu Węglowego S.A.”* przez Wykonawcę – Fabryki Sprzętu i Narzędzi Górniczych Grupa Kapitałowa FASING S.A., ul. Modelarska 11, 40-142 Katowice zwanego dalej „Protestującym”, który wpłynął do Zamawiającego w dniu 29.01.2008r. - **Zamawiający uznaje protest w części dotyczącej żądań wobec wymogów dla przedmiotu zamówienia oraz oddala protest w zakresie pozostałych żądań, uznając protest w tej części 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 i 4 do SIWZ stanowiącego projekt istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy, uwzględniających zastrzeżenia Protestującego;
2. Przedłużenie terminu składania ofert na podstawie art. 180 ust. 5 ustawy z uwagi na wniesienie protestu dotyczącego postanowień SIWZ

Ad.1.a

Zamawiający w „Opisie przedmiotu zamówienia” stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ w pkt II zawarł zapisy:

- tiret 2 „*obciążenie zrywające min. 180 kN po zabezpieczeniu przed korozją,*”
- tiret 3 „*wydłużenie przy obciążeniu rozrywającym min. 20% po zabezpieczeniu przed korozją*”

Protestujący wnosi o zmianę powyższych zapisów w następujący sposób:

- tiret 2 „*obciążenie zrywające min 180 kN dla łańcuchów w stanie naturalnym czarnym – przed konserwacją a dla łańcuchów z pokryciem antykorozyjnym min. 160 kN*”
- tiret 3 „*wydłużenie przy obciążeniu rozrywającym min. 20% dla łańcuchów w stanie naturalnym czarnym – przed konserwacją, a dla łańcuchów z pokryciem antykorozyjnym min. 16%*”

Zamawiający zgadza się z argumentacją Protestującego w tym zakresie, w związku z tym uwzględnia przedmiotowy protest w omawianym zakresie i dokonuje modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z żądaniem Protestującego.

Ad.1.b

W dalszej części protestu, Protestujący wnosi o zmianę w załączniku nr 1 do SIWZ w punkcie II i III „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 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 protestu¹. Ponadto istnienie interesu prawnego powinno być udowodnione, a nie tylko uprawdopodobnione². Fakt posiadania interesu prawnego wynika wprost z brzmienie 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...”³. 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 a możliwością uzyskania przedmiotowego zamówienia istnieje związek przyczynowy.”⁴ Ponadto

¹ 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)

² Wyrok SO w Lublinie z 15.06.2005 r. (sygn. akt II Ca 327/05)

³ J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 8 wydanie, Wydawnictwo C.H. BECK, Warszawa 2007, str. 483

⁴ W. Łysakowski, w: Pr. zbior. pod red. T. Czajkowskiego, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydanie drugie, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006, str. 384

M. Płużański stwierdza: „Do wniesienia środka ochrony prawnej nie wystarcza interes faktyczny”⁵.

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...”⁶ oraz „Przytoczenie okoliczności faktycznych oznacza podanie faktów potwierdzających zarzuty”⁷. Przedmiotowy protest w tej części nie zawiera wymaganych ustawą elementów oraz żądania w nim zawarte nie są przez Protestującego uzasadnione, dlatego też Zamawiający oddala protest w tym zakresie.

Ad.1.c

W dalszej części przedmiotowego protestu, Protestujący wnosi także o dokonanie zmiany zapisów projektu umowy stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ. Protestujący żąda zmiany § 1 pkt 2) Żądanie jest bezzasadne. Zamawiający celowo nie określił w projekcie umowy terminu realizacji zamówień cząstkowych, ponieważ dla poszczególnych części zamówienia termin realizacji jest różny, dokładnie określony w „Opisie przedmiotu zamówienia”. Po udzieleniu zamówienia w zależności od części zamówienia, termin realizacji zostanie szczegółowo określony w załączniku do umowy zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dalej Protestujący wnosi również o zmianę § 2 pkt 5), pkt 6), pkt. 7) pkt 8), § 3 pkt 3), pkt 4), pkt 6), § 5 pkt 1) oraz sekcji XI pkt 10.1 SIWZ. 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 w tym zakresie.

Ponadto Zamawiający pragnie nadmienić, że ma możliwość określać treść wzorca umowy działając we własnym interesie. Pogląd ten znalazł potwierdzenie w linii orzecznictwa zespołu arbitrów⁸. Żądania Protestującego w zakresie zmiany umowy są niezasadne. Zaakceptowanie propozycji Protestującego dotyczącej zmian wybranych zapisów umowy,

⁵ M. Płużański, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2 wydanie, Wydawnictwo C.H.BECK, Warszawa 2007, str. 588

⁶ W. Łysakowski, w: Pr. zbior. pod red. T. Czajkowskiego, Prawo...op.cit., str. 391

⁷ Tamże, str. 391

⁸ Por. Wyrok Zespołu Arbitrów z 25.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-79/05)

doprowadziłoby do nierówności stron umowy, poprzez nadmierne uprzywilejowanie wykonawcy w stosunku do zamawiającego.

Ad.1.d

Protestujący wnosi m.in. o 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 żadnych przesłanek do dokonania zmiany według żądań Protestującego.

Protestujący stwierdza również, 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, o które wnosi Protestujący jest niezasadne. 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 obowiązek⁹.

⁹ Por. J. Pieróg, Prawo...op. cit., str. 494

Reasumując, Zamawiający podkreśla, że „Protest” wniesiony w dniu 29 stycznia 2008 roku w części „pozatechnicznej” 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 protestem¹⁰. 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.

¹⁰ Por. Wyrok Zespołu Arbitrów z 28.10.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-3092/05)