

Jaworzno, dnia 07.08.2008

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

Sprawa 12/2008/EZP/MZ

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na
*„Dostawę elementów do ulepszenia przenośnika zgrzeblowego ścianowego dla potrzeb
ZG SOBIESKI”*

ROZSTRZYGNIĘCIE 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 elementów do ulepszenia przenośnika zgrzeblowego ścianowego dla potrzeb ZG SOBIESKI”* przez Wykonawcę – GWARANT Grupa Kapitałowa S.A., ul. Fabryczna 15, 40-611 Katowice- zwanym dalej „Protestującym”, który wpłynął do Zamawiającego w dniu 01.08.2008r. - **Zamawiający oddala protest w całości jako bezzasadny.**

Uzasadnienie

Protestujący w wystosowanym proteście zarzuca Zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych poprzez:

1. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadą równego traktowania wykonawców;
2. Naruszenie art. 29 ust. 2 poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, który uniemożliwia uczciwą konkurencję.

Jednocześnie Protestujący wnosi o unieważnienie przedmiotowego postępowania.

Zamawiający po szczegółowej analizie treści protestu oraz wszystkich czynności dokonanych w toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia nie znalazł podstaw do uwzględnienia żądań zawartych w proteście.

W pierwszej kolejności Zamawiający pragnie podkreślić, iż każdy protest musi zawierać okoliczności przemawiające za istnieniem interesu prawnego wykonawcy w jego wniesieniu. 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 ustawy. 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 M. Płużański stwierdza: „Do wniesienia środka ochrony prawnej nie

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

wystarcza interes faktyczny”⁵. Interes prawny musi odnosić się do uzyskania zamówienia będącego przedmiotem toczącego się postępowania, a więc legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej posiada podmiot, który nie uzyskał lub może nie uzyskać zamówienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Poprawność powyższego stwierdzenia potwierdza jednolita linia orzecznictwa Zespołu Arbitrów, a także Krajowej Izby Odwoławczej. Arbitrzy wydając wyrok w dniu 05.12.2005 r.⁶ stwierdzili, że dążenie do unieważnienia postępowania nie mieści się w pojęciu interesu prawnego definiowanego jako dążenia do uzyskania zamówienia. *Expressis verbis* świadczy to o tym, że sama możliwość uczestnictwa w następnym postępowaniu przez wykonawcę, nie jest wystarczającą podstawą do skutecznego wnoszenia środków ochrony prawnej. Dlatego też, żądanie unieważnienia postępowania nie może być uznane.

Ponadto Zamawiający nie może dowolnie, w sposób uznaniowy, unieważniać postępowania o udzielenie zamówienia. Szczegółowo przesłanki powodujące konieczność unieważnienia postępowania zostały określone w art. 93 ust. 1 ustawy. Konstrukcja tego przepisu jest taka, że stanowi on zamknięty katalog przesłanek powodujących unieważnienie postępowania. Oznacza to, że Zamawiający unieważnia postępowanie opierając się na jednej z przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 ustawy. Protestujący wnosi o unieważnienie postępowania, jednakże nie wspomina co stanowiłoby podstawę tego unieważnienia. Dlatego też spełnienie żądania Protestującego, paradoksalnie, spowodowałoby działanie niezgodne z fundamentalnymi zasadami udzielania zamówienia publicznego.

Jednakże pomijając fakty przytoczone powyżej, Zamawiający stwierdza, iż argumentacja przytoczona na poparcie stanowiska Protestującego jest całkowicie błędna.

Zamawiający przygotowując przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego celowo określił przedmiot zamówienia jako ulepszenie obecnie funkcjonującego przenośnika, a nie zakup nowego, ponieważ taki sposób przeprowadzenia postępowania spowoduje znaczące ograniczenie kosztów po stronie Zamawiającego. Zamawiający dysponuje szeregiem elementów składowych przenośnika, które zostaną połączone z dostarczonymi przez Wykonawcę elementami i utworzą cały kompletny przenośnik. Taki sposób przygotowania postępowania przetargowego jest korzystny dla Zamawiającego z finansowego punktu widzenia,

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

⁶ Por. Wyrok Zespołu Arbitrów z 05.12.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-3620/05)

ponieważ Zamawiający nie musi ponosić kosztów zakupu elementów, które już posiada. Protestujący sam potwierdza słuszność rozumowania Zamawiającego, ponieważ stwierdza: „Zamawiający natomiast zapewnia dostawę: łańcucha, zgrzebeł, przewodnic kablowych oraz silników”, a następnie pisze: „Przeciętna ilość zgrzebeł, dostarczanych wraz z przenośnikiem wynosi ok. 480 szt. co stanowi ok. **185 000,00 zł netto**”. Stanowi to dowód, że działanie Zamawiającego jest uzasadnione, a co więcej nie łamie zasad określonych w ustawie. Dla Protestującego być może suma 185 000,00 zł nie jest znacząca, jednakże dla Zamawiającego jest to suma niebagatelna. Ponadto Protestujący stwierdza: „Inni Wykonawcy, którzy chcieliby uczestniczyć w przetargu, będą zmuszeni zaprojektować nowe przenośniki (zgrzebła, gwiazdy napędowe) i uruchomić ich produkcję wyłącznie dla jednej kopalni, co wiąże się z bardzo dużymi kosztami, co w efekcie wpłynie na wzrost ceny przenośnika...”. Oznacza to, że Zamawiający nie złamał zasad określonych w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy, ponieważ Protestujący sam potwierdza, że jest w stanie wykonać zamówienie według specyfikacji Zamawiającego. Zamawiający nie może narażać się na poniesienie dodatkowych kosztów związanych z zakupem nowego przenośnika, tylko po to, aby dostosować opis przedmiotu zamówienia do procesu produkcyjnego stosowanego przez protestującego. Działanie polegające na unieważnieniu postępowania, uruchomieniu nowej procedury, według żądania protestującego, na zakup zupełnie nowego przenośnika, co spowodowałoby poniesienie przez Zamawiającego niewspółmiernie wysokich kosztów, tylko po to, aby dostosować opis przedmiotu zamówienia do oczekiwań Protestującego, jest niczym nieuzasadnione.

Poza powyższym Protestujący bezpodstawnie wyciąga wniosek, że zarówno zgrzebła jak i łańcuch, które są w posiadaniu Zamawiającego są fabrycznie nowe. Zamawiający podtrzymuje założone w SIWZ wymiary profilu rynny trasowej oraz rozstawu nitek łańcucha (200mm) ze względu na brak konieczności zakupu nowych zgrzebeł, ponieważ posiadane zgrzebła spełniają parametry techniczne, a zakup nowych jest finansowo nieuzasadniony. Sugerowany przez Protestującego profil członu trasowego o szerokości 850mm dodatkowo uniemożliwiłby podmianę członów w trakcie eksploatacji ściany oraz zwiększyłby „otwarcie stropu”, co w warunkach geologiczno-górnich pokładu 304/2 partii Podłże jest szczególnie niekorzystne.

Argumentacja zawarta w proteście podważająca słuszność działania Zamawiającego tj. polegająca na ulepszeniu przenośnika ścianowego w etapach podczas eksploatacji ściany, jest chybiona.

Zakład górniczy przewidział wymianę poszczególnych elementów przenośnika ścianowego podczas eksploatacji ściany zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Zamawiający nie złamał zasad określonych w art. 7 oraz art. 29 ustawy, ponieważ opisał przedmiot zamówienia kierując się własnymi potrzebami, ale z zachowaniem zasad określonych w ustawie. Wyroki Zespołu Arbitrów oraz Sądów Okręgowych jednoznacznie wskazują, iż ograniczenia zawarte w art. 29 ustawy nie mogą naruszać samej istoty zasady, iż określenie przedmiotu zamówienia jest zawsze decyzją własną Zamawiającego. To Zamawiający decyduje o tym, co ma być przedmiotem określonego zamówienia⁷. Z przepisów ustawy wynika, iż Zamawiający samodzielnie dokonuje oceny swoich potrzeb i stosowanie do tych potrzeb opisuje przedmiot danego zamówienia⁸. Zasada ta nie tylko obowiązuje w polskim prawie, ale także ma ona zastosowanie w doktrynie niemieckiej, w której określana jest mianem „zasady swobody określania przedmiotu zamówienia”⁹.

Jak słusznie podkreśla UZP, *„określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem, ale także uprawnieniem zamawiającego. Oznacza to, że obowiązek przestrzegania reguł opisywania przedmiotu zamówienia nie stoi w sprzeczności z określaniem przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający potrzeby zamawiającego. Zachowując, bowiem zasady ustawowe zamawiający może tak opisać przedmiot zamówienia, by mu odpowiadał, a jednocześnie nie godził w zasadę uczciwej konkurencji. Wymogu takiego opisanie, żeby nie utrudniało to uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z koniecznością istnienia zdolności do realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży”*¹⁰. Tezy te znajdują potwierdzenie w orzeczeniach Zespołu Arbitrów, z których wynika, że jeśli co najmniej dwie oferty spełniają postawione w SIWZ wymagania związane z parametrami przedmiotu zamówienia, to nie można przyjąć, że zamawiający postawił zbyt wygórowane żądania¹¹.

Opierając się na argumentacji przytoczonej powyżej Zamawiający rozstrzyga protest jak na wstępie.

⁷ Wyrok Sądu Okręgowego z dnia 09 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05)

⁸ Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 31 stycznia 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-215/06)

⁹ por. Marc Opitz, „Das Legislativpaket: Die neue Regelungen zur Berücksichtigung umwelt- und sozialpolitischer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge”, VergabeR 4/2004, str. 422

¹⁰ „Opis przedmiotu zamówienia w zakresie zakupu pojazdów sanitarnych przez stacje pogotowia ratunkowego”, www.uzp.gov.pl

¹¹ Np. Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 28 stycznia 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-135/05)

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.