

Jaworzno, dnia 25.08.2008 r.

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

Sprawa nr 20/2008/EZP/AP

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Ochronę osób i mienia, transport i konwojowanie wartości pieniężnych dla Południowego Koncernu Węglowego S.A.”.*

ROZSTRZYGNĘCIE PROTESTU

Niniejszym informujemy, że po rozpatrzeniu wniesionego w dniu 18.08.2008 r. przez Wykonawcę – Konsorcjum Ochrony Kopalń Sp. z o.o. w Zabrze protestu z dnia 13.08.2008 roku, Zamawiający - Południowy Koncern Węglowy S.A. w Jaworznie, działając na podstawie art. 183 ust. 1 pkt 2 i art. 183 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz.1655), dalej zwanej „ustawą” – uwzględniła protest w części dotyczącej zarzutów nr 1 i 2 oraz oddała protest w części dotyczącej zarzutów nr 3 i 4 jako bezzasadny.

Uzasadnienie:

Protest został wniesiony w terminie i przez podmiot uprawniony.

Zamawiający po szczegółowej analizie treści protestu oraz wszystkich czynności dokonanych w toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia nie znalazł podstaw do uwzględnienia wszystkich zarzutów Wykonawcy zawartych w proteście dotyczących projektu umowy załączonego do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Elementy, które powinien zawierać protest, będący pierwszym ze środków ochrony prawnej, zostały zawarte w art. 180 ust. 8 ustawy. Zgodnie ze wskazanym artykułem „*Protest powinien wskazywać oprotestowaną czynność lub zaniechanie zamawiającego, a także zawierać żądanie, zwięzłe przytoczenie zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu*”. Przedmiotowy protest nie spełnia cech wymaganych w/w artykułem. Przede wszystkim Protestujący nie wskazał okoliczności zarówno prawnych jak i faktycznych uzasadniających wniesienie protestu oraz czynności dokonanej przez Zamawiającego w toku postępowania, której protest by dotyczył. Wniesienie protestu pociąga za sobą duże konsekwencje dla Zamawiającego oraz podejmowanych przez niego decyzji, dlatego tak istotne jest precyzyjne określenie żądań, ale także argumentów je uzasadniających. Literatura przedmiotu nadaje szczególne znaczenie brzmieniu art. 180 ust. 8 ustawy. W komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych pod redakcją T. Czajkowskiego czytamy: „*Z treści ust. 8 wynika, że wymagania jakim powinien odpowiadać protest są, pomimo niezbyt wielkiego sformalizowania tego środka odwoławczego, znaczące*”¹. Zamawiający pragnie zwrócić uwagę, iż Zespół Arbitrów, a obecnie Krajowa Izba Odwoławcza uznaje, iż w przypadku, gdy protest nie zawiera wszystkich elementów wymaganych art. 180 ust. 8 ustawy, to w takim przypadku nie należy traktować go jako protestu. W sytuacji, gdy z analizy pisma wynika, iż nie spełnia ono wymogów protestu, niezależnie od tego, czy zostało ono oznaczone jako protest, to należy przyjąć, że nie mamy do czynienia z protestem².

Oprócz elementów określonych w art. 180 ust. 8 ustawy niewątpliwie 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. Ponadto istnienie interesu prawnego powinno być udowodnione, a nie tylko uprawdopodobnione³. Fakt posiadania interesu prawnego wynika wprost z brzmienia art. 179 ust. 1 ustawy. Za słuszny należy uznać pogląd wyrażony przez J. Pieróg: „*...warunkiem skutecznego wniesienia takich środków jest*

¹ Por. zbiór pod red. T. Czajkowskiego, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Wydanie drugie, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006, str. 391.

² Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 28.10.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-3092/05).

³ Wyrok SO w Lublinie z 15.06.2005 r. (sygn. akt II Ca 327/05).

wykazanie przez niego uszczerbku w interesie prawnym... ”⁴. 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 przestankami a możliwością uzyskania przedmiotowego zamówienia istnieje związek przyczynowy.”⁵ Ponadto M. Płużański stwierdza: „Do wniesienia środka ochrony prawnej nie wystarcza interes faktyczny”⁶.

Jednakże Zamawiający kierując się profesjonalizmem działania argumentuje swoje stanowisko co do treści protestu, i wobec powyższego postanawia:

- 1) uwzględnić protest w części dotyczącej zarzutu nr 1, dotyczącego zapisów § 4 ust. 1 pkt 2 projektu umowy, i w związku powyższym Zamawiający dokona modyfikacji SIWZ poprzez usunięcie zapisów pkt 2 z projektu umowy.
- 2) uwzględnić protest w zakresie zarzutu nr 2, dotyczącego zapisów § 4 ust. 1 pkt 13 projektu umowy, i w związku powyższym Zamawiający dokona modyfikacji SIWZ poprzez usunięcie zapisów pkt 13 z projektu umowy.
- 3) oddalić protest w zakresie zarzutu nr 3, dotyczącego zapisów § 7 ust. 2 projektu umowy. W prawie polskim brak przepisów, które nakazywałyby stosować takie same terminy płatności w sytuacji w której obie strony umowy są wzajemnie dłużnikami i wierzycielami.
- 4) oddalić protest w zakresie zarzutu nr 4 dotyczącego zapisów § 11 ust. 1 projektu umowy. Niezasadny jest w ocenie Zamawiającego zarzut rażącego wygórowania kar umownych przewidzianych w § 11 ust. 1 projektu umowy. Wymienione w tym ustępie przypadki nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę są równocześnie istotnymi uchybieniami w realizacji planów ochrony Zamawiającego, mogącymi skutkować szkodą majątkową po stronie Zamawiającego. Należy ponadto nadmienić, że wysokość kar

⁴ J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 8 wydanie, Wydawnictwo C.H. BECK, Warszawa 2007, str. 483.

⁵ W. Łysakowski, w: Pr. zbior. pod red. T. Czajkowskiego, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydanie drugie, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006, str. 384.

⁶ M. Płużański, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2 wydanie, Wydawnictwo C.H. BECK, Warszawa 2007, str. 588.

umownych naliczonych w konkretnym przypadku podlega zgodnie z art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego ocenie sądu, co dostatecznie zabezpiecza interes Wykonawcy. Niezasadny jest również zarzut, że przyczyna wskazana w § 11 ust. 1 lit. a) projektu umowy zawiera się w § 11 ust. 1 lit. b) projektu umowy, co umożliwiłoby podwójne obciążanie karami umownymi za to samo naruszenie. Przypadek określony w § 11 ust. 1 lit. a) projektu umowy dotyczy sytuacji, w której obsada jest zgodna z planem ochrony Zamawiającego co do liczby pracowników ochrony, natomiast w obsadzie tej brak pracowników z odpowiednimi licencjami. Przypadek określony w § 11 ust. 1 lit. b) projektu umowy dotyczy sytuacji, w której liczba pracowników ochrony nie jest zgodna z planem ochrony Zamawiającego.

Pouczenie:

Od niniejszego rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie. Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując jego kopię Zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem do Prezesa Urzędu.