

Jaworzno, dnia 28.07.2008

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

Sprawa 17/2008/EZP/MZ

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę siatki okładzinowej zgrzewanej do opinki obudowy wyrobisk korytarzowych dla potrzeb Południowego Koncernu Węglowego S.A.”

**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 siatki okładzinowej zgrzewanej do opinki obudowy wyrobisk korytarzowych dla potrzeb Południowego Koncernu Węglowego S.A.” przez Wykonawcę – Przedsiębiorstwo CARBOMASZ Sp. z o.o., ul. Ligonia 30/1, 40-036 Katowice- zwanym dalej „Protestującym”, który wpłynął do Zamawiającego w dniu 24.07.2008r. - **Zamawiający oddala protest w całości jako bezzasadny.**

**Uzasadnienie**

Protestujący w wystosowanym do Zamawiającego proteście wnosi o dokonanie zmian w § 5 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ.

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.

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/wym 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 szczególnie znacznie 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*”<sup>1</sup>. 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 protestem<sup>2</sup>. *Expressis verbis* świadczy to o tym, że rozstrzygnięcie przedmiotowego Protestu może jedynie polegać na jego oddaleniu. Jednakże Zamawiający kierując się profesjonalizmem działania argumentuje swoje stanowisko co do treści Protestu.

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. Wobec tego nie

---

<sup>1</sup> Pr. zbior pod red. T Czajkowskiego, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Wydanie drugie, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006, str. 391

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

wskazanie tej przesłanki skutkuje oddaleniem protestu<sup>3</sup>. Ponadto istnienie interesu prawnego powinno być udowodnione, a nie tylko uprawdopodobnione<sup>4</sup>. 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...”<sup>5</sup>. 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.”<sup>6</sup> Ponadto M. Płużański stwierdza: „Do wniesienia środka ochrony prawnej nie wystarcza interes faktyczny”<sup>7</sup>.

Zamawiający zwraca uwagę, iż Protest dotyczy tylko rozszerzenia projektu umowy o zapis proponowany przez Protestującego. Zamawiający pragnie nadmienić, że ma możliwość kształtowania treści wzorca umowy działając we własnym interesie. Pogląd ten znalazł potwierdzenie w linii orzecznictwa zespołu arbitrów<sup>8</sup>. Żądania Protestującego w zakresie zmiany umowy są niezasadne.

Protestujący wnosi o to, aby katalog zdarzeń określanych mianem „siły wyższej”, zwalniających z obowiązków określonych w umowie, rozszerzyć o „wzrost cen surowców (stali) przekraczający czterokrotną wartość inflacji”. Po pierwsze wprowadzenie takiego zapisu jest niedopuszczalne, ponieważ jest on dalece nieprecyzyjny, a po wtóre zmiana cen surowców nie jest zdarzeniem, które można sklasyfikować jako siłę wyższą. Z siłą wyższą mamy do czynienia

---

<sup>3</sup> 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)

<sup>4</sup> Wyrok SO w Lublinie z 15.06.2005 r. (sygn. akt II Ca 327/05)

<sup>5</sup> J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 8 wydanie, Wydawnictwo C.H. BECK, Warszawa 2007, str. 483

<sup>6</sup> W. Łysakowski, w: Pr. zbior. pod red. T. Czajkowskiego, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydanie drugie, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006, str. 384

<sup>7</sup> M. Płużański, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2 wydanie, Wydawnictwo C.H. BECK, Warszawa 2007, str. 588

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

gdy zdarzenie pochodzi z zewnątrz ma charakter nadzwyczajny i nie da się go przewidzieć, a zmiana cen surowców takim zdarzeniem nie jest. Pojęcie siły wyższej nie zostało zdefiniowane w powszechnie obowiązujących przepisach prawa. Najogólniej siła wyższa definiowana jest jako zdarzenie zewnętrzne, niemożliwe do przewidzenia i zapobieżenia. Dla ustalenia, czy dane zdarzenie nosi znamiona siły wyższej, należy odwołać do przepisów kodeksu cywilnego dotyczących deliktów, które wskazują siłę wyższą jako jedną z okoliczności egzoneracyjnych wyłączających odpowiedzialność za wyrządzoną szkodę. W świetle poglądów przedstawicieli doktryny prawa cywilnego popartych orzecznictwem Sądu Najwyższego, m.in. wyrokiem SN z dnia 9 kwietnia 1952 r., C 962/51, OSN z 1954 r.; nr 1, poz. 2, wyrokiem SN z dnia 9 lipca 1962 r., I CR 34/62, OSNCP z 1963 r., nr 12, poz. 262, siłą wyższą jest zdarzenie, które spełnia następujące kryteria: zdarzenie musi mieć charakter zewnętrzny, a więc jego źródło musi znajdować się poza urządzeniem, z którego działaniem związana jest odpowiedzialność odszkodowawcza; zdarzenie musi być niemożliwe do przewidzenia w tym sensie, że stopień jego pojawienia się jest mało prawdopodobny w określonej sytuacji przy zachowaniu obiektywnych kryteriów dla oceny, czy możliwe było przewidzenie zdarzenia; zdarzenie musi być niemożliwe do zapobieżenia. Jeśli wszystkie wyżej wymienione przesłanki są spełnione, można mówić o wystąpieniu siły wyższej, a tym samym wyłączeniu odpowiedzialności za szkodę. Siłę wyższą stanowią takie zdarzenia, jak powódź, zamieszki, trzęsienie ziemi, wojna, strajk itp. Zmienna sytuacja cen na rynku surowców, a w szczególności na rynku stali jest historycznie znana, a więc wszyscy potencjalni wykonawcy mogą przy przygotowywaniu oferty przetargowej zabezpieczyć się przed niekorzystnymi zmianami rynkowymi.

Zamawiający pragnie podkreślić, iż w polskim systemie prawnym występuje instrument, który zabezpiecza strony przed wystąpieniem okoliczności, które spowodowałyby, że dalsza realizacja umowy naraża stronę na rażącą stratę. Art. 357<sup>1</sup> Kodeksu Cywilnego, stanowi bowiem, że *„Jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniu stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym”*. Zgodnie z powyższym w sytuacji niekorzystnych zmian rynkowych ustawodawca dopuszcza możliwość rozwiązania umowy, ale w wyniku prawomocnego wyroku sądowego. Biorąc pod uwagę, iż w

przedmiotowym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert jest cena, to wprowadzenie proponowanego przez Protestującego zapisu doprowadziłoby do naruszenia fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych.

Opierając się na argumentacji przytoczonej powyżej Zamawiający rozstrzyga protest 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.