

Jaworzno, dnia 29.01.2007 r.

***Wykonawcy zainteresowani  
udziałem w postępowaniu***

Sprawa nr 50/2006/RZP

Dotyczy: zawiadomienie o wniesieniu protestu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Najem kombajnu ścianowego wraz z obsługą serwisową gwarancyjną w całym okresie najmu dla potrzeb ZG SOBIESKI”.

Działając zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz.U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177, z późn. zmianami), Zamawiający - Południowy Koncern Węglowy S.A. w Jaworznie zawiadamia o wniesieniu w dniu 26.01.2007 r. przez Wykonawcę: Fabryka Maszyn FAMUR S.A., protestu o treści i zarzutach jak w załączeniu do niniejszego zawiadomienia oraz wzywa wykonawców do udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesionego protestu w oparciu o art. 181 ust. 4 w/w ustawy.

Uczestnikami postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu stają się wykonawcy, którzy mają interes prawny w tym, aby protest został rozstrzygnięty na korzyść jednej ze stron, i którzy przystąpili do postępowania w terminie 3 dni od dnia otrzymania niniejszego wezwania.

W związku z wniesieniem protestu, Zamawiający na podstawie art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych przedłuża termin składania ofert.

Termin składania ofert upływa w dniu **09.02.2007 r. o godz. 09.00.**

Otwarcie ofert odbędzie się w dniu **09.02.2007 r. o godz. 10.30.**

Miejsca składania ofert i otwarcia ofert pozostają bez zmian.

Załącznik – Treść protestu

26/01 07 FRI 12:11 FAX 48 32 3596677

F.M. FAMUR S.A.

001

FABRYKA MASZYN FAMUR S.A.  
40-698 Katowice, ul. Armii Krajowej 51  
tel. +48 32 359 63 00, fax +48 32 359 66 77  
www.famur.com.pl, e-mail: famur@famur.com.pl

Sąd Rejonowy w Katowicach, Wydział VIII Gospodarczy KRS 0000048716  
Regon: 270641528, NIP: 634-012-62-46  
Konto PLN: Raiffeisen Bank Polska S.A. 37 1750 1035 0000 0000 0638 4862

**FAMUR**

GRUPA FAMUR



Katowice, dnia 22 stycznia 2007 r.

**Południowy Koncern Węglowy S.A.**  
**Ul. Grunwaldzka 37**  
**43-600 Jaworzno**

Wydział Zamówień Publicznych  
Południowy Koncern Węglowy S.A.  
w Jaworznie  
Wpłynęło dn. 26.01.07 L. dz. 71

Składający protest:

**Fabryka Maszyn „FAMUR” S.A.**  
**ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice**

Data powzięcia wiadomości: 18.01.2007

### PROTEST

wobec czynności podjętej przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Najem kombajnu ścianowego wraz z obsługą serwisową gwarancyjną w całym okresie najmu dla potrzeb ZG SOBIESKI tj. na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) Sprawa nr 50/2006/RZP

Działając w imieniu Fabryki Maszyn „FAMUR” S.A., na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2004, nr 19, poz. 177 ze zm.), niniejszym składamy protest wobec czynności podjętej przez Zamawiającego, tj. na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie nieuprawnionej zmiany warunków udziału w postępowaniu, której dopuścił się Zamawiający a tym samym naruszył on dyspozycję art. 38 ust 5 ustawy prawo zamówień publicznych.

Protest dotyczy następujących fragmentów specyfikacji:

- a) punktu C.1 Warunki udziału w zakresie zdolności technicznej na stronie 5 Zamawiający pierwotnie wymagał, by uczestnicy postępowania wylegitymowali się wykonaniem zamówień kombajnów ścianowych o wartości min. 10 mln. zł., następnie zmodyfikował On specyfikację istotnych warunków zamówienia wskazując, że ww. wymóg kwoty zrealizowanych zamówień dotyczy kombajnów ścianowych wyłącznie o napięciu zasilania 3,3 kV.
- b) punktu C.2 Dokumenty i oświadczenia, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu – w zakresie zdolności

GRUPA FAMUR  
40-698 Katowice, ul. Armii Krajowej 51  
tel. +48 32 359 63 00, fax +48 32 359 66 77



technicznej na stronie 5 specyfikacji. Zamawiający pierwotnie jako warunek udziału w postępowaniu wskazał dołączenie wykazu wykonanych dostaw sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ. Następnie dokonał w tym miejscu niedopuszczalnej modyfikacji warunków udziału w postępowaniu i wskazał, że należy ująć we wskazanym załączniku jedynie kombajny ścienne na napięcie zasilania 3,3 kV. Odmienne jak miał to miejsce w pierwotnej wersji specyfikacji.

Wskazany powyżej zapisom SIWZ Protestujący zarzuca następujące naruszenia ustawy prawo zamówień publicznych:

1. naruszenie art. 38 ust. 5 poprzez dokonanie zakazanej przez ustawę modyfikacji specyfikacji w zakresie warunków udziału w postępowaniu.  
Co w konsekwencji spowodowało naruszenia dalszych przepisów tj.
2. naruszenie art. 7 poprzez nie zapewnienie przez Zamawiającego zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
3. naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 1, 2, 3 oraz art. 22 ust. 2 poprzez nieuzasadnione ograniczenie dostępu do zamówienia szerokiemu gronu wykonawców,
4. naruszenie art. 29 poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję.

Protestujący wnosi o:

1. uwzględnienie protestu,
2. dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez wykreślenie zakwestionowanych przez Protestującego zapisów, wprowadzonych do specyfikacji w ramach modyfikacji jej treści i powrotu do pierwotnej treści specyfikacji w protestowanym zakresie,
3. ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia protestu, unieważnienie postępowania jako naruszającego dyspozycję art. 38 pkt 5 ustawy p. z. p., wobec bezprawnej modyfikacji specyfikacji w zakresie warunków udziału w postępowaniu, która to wada jest niekonwalidowalną i powoduje bezwzględną nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego.

### UZASADNIENIE

Zamawiający w trybie art. 38 ust. 4 ustawy dokonał modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z przyjętą linią orzecniczą zespołów arbitrow przekazane uczestnikom postępowania wyjaśnienia stanowiły zarazem modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (Patrz chociażby wyrok ZA z dnia 18.01.2005 roku sygn. akt UZP/ZO/0-41/05).

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał sprzecznej z prawem modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia naruszającej zakaz inkorporowany w przepisie artykułu 38 ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie zmiany warunków udziału w postępowaniu w trakcie jego trwania. Konsekwencją takiego

zachowania Zamawiającego wprost naruszającego przepisy ustawy jest wada postępowania mająca wpływ na wynik tego postępowania. Zakaz takiej modyfikacji jest również poparty szeregiem wyroków Zespołu arbitrów patrz chociażby wyrok z dnia 29 marca 2005 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-518/05. Przepis art. 38 ust. 5 ustawy stanowi dyspozycję ustawową typu ius cogens, co powoduje, że żadne powody nie stanowią podstawy do modyfikacji specyfikacji w zakresie warunków udziału w postępowaniu w trakcie jego trwania tj. w protestowanym zakresie. Jedną z konsekwencji takiej modyfikacji specyfikacji jest brak możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie części Wykonawców, a tym samym naruszenia art. 7 ustawy p.z.p., wykładnię taką takiej modyfikacji potwierdza również wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 22 listopada 2005 roku. Dokonanie zmiany w treści warunków udziału w postępowaniu skutkują wadą przedmiotowego postępowania polegającą na braku możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego co ex lege w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania. Patrz wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 10 czerwca 2005 roku (Sygn. akt. X Ga 109/05/P1). Interes prawny protestującego jest podyktowany możliwością pozyskania przedmiotowego zamówienia i dbałością o przestrzeganie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych.

Reasumując wskazanym przez Protestującego po literą C.1 i C. 2 zapisom specyfikacji w brzmieniu po zmianach Wykonawca zarzuca naruszenie dyspozycji art. 38 ust. 5 ustawy p.z.p., tym samym zapisy takie stanowią rażące naruszenie art. 29 ust. 2, art. 22 ust. 2 i art. 7 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji, a taki obowiązek spoczywa na Zamawiającym. Można stwierdzić, że Zamawiający który zreflektował się już po uruchomieniu procedury, że o zamówienie może ubiegać się większa liczba podmiotów, a tym samym wybór preferowanego wykonawcy byłby utrudniony dokonuje zakazanej prawem modyfikacji specyfikacji w celu ograniczenia możliwości udziału w tym postępowaniu potencjalnych nie preferowanych Wykonawców. Determinacja w tej kwestii jest tak wielka, że Zamawiający dokonuje tych modyfikacji nawet za cenę naruszenia jednoznacznej dyspozycji ustawy prawo zamówień publicznych inkorporowanej w art. 38 ust. 5 ustawy jako kryteriów constans przez cały czas trwania zamówienia.

Wady specyfikacji są tak poważne i dotyczą one warunków udziału w postępowaniu, że o ile Zamawiający nie powróci do pierwotnej treści specyfikacji bez wskazanych wyżej wad, wówczas przedmiotowe postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego będzie obciążone wadą i będzie musiało zostać przez Zamawiającego unieważnione.

Mając powyższe na względzie uważamy protest za uzasadniony i wnosimy o jego uwzględnienie jak w petitum.



WICEPREZES ZARZĄDU

Tomasz Jakubowski

WICEPREZES ZARZĄDU



Beata Zawiszowska