

Warszawa, dn. 11 września 2007 r.

Zamawiający:

Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych „Stary Las” sp. z o.o.
ul. Gdańska 6
83-200 Starogard Gdański

Wnoszący protest:

Mostostal Warszawa S.A.,
zwany dalej „Wnoszącym protest” lub „Mostostal”
ul. Konstruktorska 11A
02 – 673 Warszawa
faks (022) 54 85 619

GT/Z/ak/110907/0105

PROTEST

Działając na podstawie art. 180 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2006 r., Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, składam protest dotyczący postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej SIWZ), sporządzonej przez Zamawiającego – Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych „Stary Las” sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Roboty budowlano – montażowe ujęte w projekcie Racjonalizacja gospodarki odpadami poprzez budowę Zakładu Utylizacji Odpadów Komunalnych „Stary Las”*.

Wnoszący protest podnosi, iż postanowienia SIWZ:

- 1) pkt 12.3.5) – zakres zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego,
 - 2) pkt 12.2 – termin wniesienia zabezpieczenia,
- naruszają w szczególności art. 7 ust. 1 oraz art. 147 Pzp.

W związku z tym, że ww. postanowienia SIWZ naruszają przepisy Pzp, żądamy modyfikacji SIWZ i dostosowania jej treści do stanu zgodnego z przywołaną ustawą.

Uzasadnienie

W dniu 30 sierpnia 2007 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (Nr 2007/S 166 – 205514) ukazało się Ogłoszenie o zamówieniu, na realizację zamówienia pn. *„Roboty budowlano – montażowe ujęte w projekcie Racjonalizacja gospodarki odpadami*



Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11 A, 02-673 Warszawa, tel.: +48 022 548 50 00, fax: +48 022 548 56 66
konto: BRE BANK S.A., Nr 04 1140 1977 0000 2964 0700 1006, Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, Nr KRS 0000008820, NIP: 526-020-49-95
Regon: 012059053, Kap. zakładowy 20 000 000 zł, Kap. wpłacony 20 000 000 zł, www.mostostal.waw.pl

A. Kuciel-Kozłowski

poprzez budowę Zakładu Utylizacji Odpadów Komunalnych „Stary Las”. W tym też dniu Zamawiający miał obowiązek zamieścić na swojej stronie internetowej SIWZ. Po dokonaniu analizy sporządzonej przez Zamawiającego SIWZ, Wnoszący protest stwierdził, iż zawiera ona postanowienia niezgodne z ustawą Pzp.

Zamawiający w pkt. 12.3.5) SIWZ wymaga aby zabezpieczenie należytego wykonania umowy składane w formie poręczenia bankowego, gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej lub poręczenia udzielanego przez podmioty, o których mowa w art. 6 ust. 3 pkt 4 lit. b (nieaktualna podstawa prawna, powinno być „art. 6b ust. 5 pkt 2”) ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości zobowiązywało Poręczyciela lub Gwaranta do zapłaty kwoty pieniężnej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy lub **zerwania umowy przez Wykonawcę lub rozwiązania umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy.**

Zgodnie z art. 147 ustawy Pzp zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, a jeżeli wykonawca jest jednocześnie gwarantem, zabezpieczenie służy także pokryciu roszczeń z tytułu gwarancji jakości. Ustawowe zakreślenie celu zabezpieczenia wskazuje, iż zabezpiecza ono wszelkiego rodzaju roszczenia służące zamawiającemu w związku z niewykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. Zabezpieczenie będzie zatem służyć w szczególności pokryciu następujących roszczeń o zapłatę:

- 1) odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (art. 471 k.c.),
- 2) odszkodowania z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy wzajemnej (art. 491 § 1 k.c.),
- 3) odszkodowania z tytułu niemożności świadczenia, za którą wykonawca ponosi odpowiedzialność (art. 493 § 1 k.c.),
- 4) odszkodowania z tytułu szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania z umowy wzajemnej (art. 494 k.c.),
- 5) kary umownej (art. 483 § 1 k.c.),
- 6) kary stanowiącej określoną kwotę pieniężną zastrzeżonej przez strony na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania niezależnie od powstania szkody¹.

Zgodnie z doktryną funkcją instytucji "zabezpieczenia" jest umożliwienie zamawiającemu zaspokojenia jego roszczeń wynikłych z niewłaściwego wywiązania się wykonawcy z zobowiązania określonego treścią umowy w sprawie zamówienia publicznego, poprzez pokrycie tych roszczeń z kwoty zabezpieczenia bez konieczności

¹ **Dzierżanowski W.** ... Komentarz do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.06.164.1163), Lex komentarz do art. 147 ustawy Prawo zamówień publicznych

występowania na drogę sądową². Tym samym, nieuprawnione jest żądanie zamawiającego, aby przysługiwało mu prawo do zatrzymania wniesionego zabezpieczenia w sytuacji gdy wykonawca korzysta z uprawnień przysługujących mu na mocy kontraktu, np. z możliwości rozwiązania umowy w przypadkach w nim przewidzianych. Jednocześnie wskazać należy, iż użyte przez Zamawiającego pojęcie „zerwanie” jest pojęciem nie występującym w polskim prawie cywilnym, w związku z tym nie można stwierdzić w jakich dokładnie przypadkach zamawiający może zatrzymać wniesione przez wykonawcę zabezpieczenie.

Jednocześnie wskazać należy, iż niezasadne jest wskazywanie dodatkowej przesłanki zatrzymania zabezpieczenia w przypadku rozwiązania umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy, gdyż przesłanka ta zawiera się w nienależytym wykonaniu umowy.

W związku z powyższym wnosimy o zmianę pkt. 12.3.5) SIWZ i pozostawienie jako przesłanek zatrzymania zabezpieczenia przesłanek określonych w art. 147 ust. 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie należy wskazać, iż z załączonego do SIWZ wzoru gwarancji należytego wykonania kontraktu nie wynikają wymagane przez Zamawiającego przesłanki zatrzymania zabezpieczenia określone w pkt 12.3.5) SIWZ, w związku z tym wykonawca składając gwarancję zgodną z wymaganym wzorem nie uczyni zadość wymaganiu zamawiającego określonemu w pkt 12.3.5) SIWZ.

Odnosnie terminu określonego w pkt 12.2.SIWZ tj. wymagania aby wykonawca wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy przed zawarciem Kontraktu, w terminie 21 dnia od otrzymania zawiadomienia o wyborze oferty (...) wskazać należy, iż jest to wymaganie nie racjonalne i narażające wykonawcę na być może niepotrzebne koszty. Zamawiający zawiadomienie o wyborze oferty przekazuje wszystkim wykonawcom, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. Na tę decyzję Zamawiającego wykonawcom przysługuje prawo wnoszenia środków ochrony prawnej. Wskazać należy, iż procedura odwoławcza (protest oraz ewentualne odwołanie) przy założeniu, że zamawiający rozstrzygnie protest w ciągu 1 dnia trwa co najmniej 23 dni, w tym czasie wykonawca zobowiązany jest już wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy, przy czym wskazać należy, iż w konsekwencji ostatecznego rozstrzygnięcia protestu możliwe jest rozstrzygnięcie nakazujące zamawiającemu odrzucenie oferty, którą uznał on za najkorzystniejszą, a w konsekwencji narażenie wybranego wykonawcy na niepotrzebne koszty związane z uzyskaniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz de facto wydłużenie jego ważności ponad czas niezbędny tj. od zawarcia umowy do wystawienia Świadectwa Wykonania oraz upływu okresu rękojmi za wady. W opinii Wnoszącego protest, termin na wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy powinien być liczony od momentu, w

² Opinia UZP pt. „Należności jakie mogą być pokryte środkami z zabezpieczenia należytego wykonania umowy”, www.uzp.gov.pl

którym wykonawcom nie przysługują już środki ochrony prawnej dotyczące czynności wyboru oferty (czyli decyzja zamawiającego w tym zakresie jest ostateczna).

Oprotestowane postanowienia SIWZ, w opinii Wnoszącego protest, naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców i nosi, zgodnie z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 późn. zm.) znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. W myśl powołanej powyżej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zakwestionowane przez Wnoszącego protest postanowienia SIWZ (wskazane w proteście) jako sprzeczne z ustawą Pzp naruszają interes prawny Wnoszącego protest i uniemożliwiają mu dostęp do realizacji przedmiotowego zamówienia.

W związku z powyższym protest jest konieczny i zasadny.

W imieniu Wnoszącego protest:

 Jerzy Binkiewicz Członek Zarządu Dyrektor ds. Rozwoju i Budownictwa	 Grzegorz Owczarski Członek Zarządu Dyrektor ds. Rozwoju i Infrastruktury
---	---

Załącznik:

- aktualny odpis z Krajowego Rejestru Sądowego