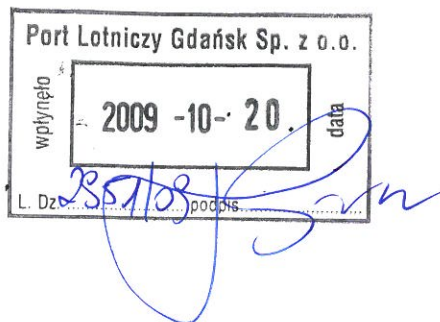




GRUPA PEG

HBP / DPK / 2009 / 398

Wysogotowo, dn. 19 października 2009 r.

**Zamawiający:****Port Lotniczy Gdańsk Sp. z o.o.**

Ul. Słowackiego 200

80-298 Gdańsk

Protestujący:**HYDROBUDOWA POLSKA S.A.**

Ul. Skórzewska 35

Wysogotowo, k. Poznania

62 - 081 Przeźmierowo

dot:

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na zadanie pn. „Budowa i doprojektowanie (w zakresie projektu wykonawczego) Drugiego Terminala pasażerskiego Portu Lotniczego im. Lecha Wałęsy w Gdańsku wraz z obiektami towarzyszącymi i infrastrukturą (zwana w dalszej części umowy „Zamówieniem”)

PROTEST

Działając w imieniu spółki HYDROBUDOWA POLSKA S.A. (dalej HBP), w oparciu o art. 180 ust. 1 i 4 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z dnia 14 września 2006r., nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) (zwanej dalej „PZP”), **składam protest** na czynności Zamawiającego w zakresie sformułowania treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SIWZ”) w postaci:

1. treści subklauzuli **1.8 Szczególnych Warunków Kontraktu (dalej SWK)** stosownie do której, Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z Dokumentacją Projektową Terenem Budowy i zweryfikował ich kompletność, dokładność i wystarczalność dla wykonania Robót i Dokumentów Wykonawcy oraz potwierdza taką kompletność, dokładność i wystarczalność Dokumentacji Projektowej dla wykonania Robót i Dokumentów Wykonawcy. Wykonawca akceptuje, że nie

- będą mu przysługiwały jakiegokolwiek roszczenia i zrzeka się wyraźnie wszystkich ewentualnych roszczeń przeciwko Zamawiającemu z tytułu wszelkich pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej, w tym jakichkolwiek roszczeń o wypłatę jakichkolwiek zwiększonych Kosztów lub płatności w dodatku Ceny Kontraktowej, lub o przedłużenie Czasu na Ukończenie wskutek takich pomyłek, niedokładności rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej.
2. treści **subklauzuli 7.9 SWK** w zw. z **subklauzulą 4.2 SWK**, stosownie do których, gwarancja zostaje udzielona na okres wskazany w ofercie, nie krótszy niż 5 lat od daty wystawienia Świadectwa Przejęcia i na cały ten okres Wykonawca zobowiązany jest wnieść Zabezpieczenie Wykonania Umowy w wysokości 10 % Zaakceptowanej Kwoty Umownej brutto,
 3. treści **subklauzuli 15.2 pkt e) SWK**, stosownie do której Zamawiający uprawniony będzie do odstąpienia od Kontraktu, jeżeli Wykonawca bankrutuje lub staje się niewypłacalny, przechodzi w stan likwidacji, ma ustanowionego administratora lub syndyka masy upadłości, układa się ze swoimi wierzycielami lub prowadzi przedsiębiorstwo z likwidatorem, kuratorem lub zarządcą w celu zabezpieczenia należności kredytodawców, lub jeżeli prowadzone jest jakiegokolwiek działanie lub ma miejsce jakiegokolwiek wydarzenie, które (według mających zastosowanie Praw) ma podobny skutek do któregośkolwiek z wyżej wymienionych czynów lub wydarzeń.
 4. braku zastrzeżenia w treści **subklauzuli 16.4 SWK**, iż w przypadku odstąpienia przez Wykonawcę od Umowy na podstawie subklauzuli 16.2 SWK, Wykonawca będzie uprawniony do żądania od Zamawiającego zapłaty kary umownej w wysokości 10 % Zaakceptowanej Kwoty Umownej, przy czym zastrzeżenie tej kary nie narusza uprawnienia Wykonawcy do dochodzenia odszkodowania za szkodę przewyższającą zastrzeżoną karę, na zasadach ogólnych.
 5. **Opisu technicznego, Pkt. 5.0 zdanie drugie:** „Rury poliestrowe wykonane zgodnie z Polską Normą PN-EN 14364, łączone za pomocą łączników spełniających ww. normę. Parametry rur mają być potwierdzone przez wykonawcę deklaracją zgodności z normą PN-EN14364. Dopuszcza się użycie materiałów równoważnych do opisanych w SIWZ.”

W związku z powyższym, Protestujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 29 ust. 1 PZP oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 139 § 1 PZP**, polegające niejednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia oraz ukształtowaniu stosunku prawnego, który jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i społeczno-gospodarczym celem umowy poprzez obciążenie Wykonawcy odpowiedzialnością za wszelkie wady dokumentacji projektowej.
2. **art. 387 § 1 KC oraz art. 353¹ KC w zw. z art. 139 § 1 PZP** poprzez określenie nierealnego, tj. uniemożliwiającego uzyskanie gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania umowy, okresu gwarancji jakości co powoduje, że zawarta na podstawie oferty zgodnej z SIWZ umowa o wykonanie zamówienia publicznego jako umowa o świadczenie niemożliwie, byłaby nieważna, a

nadto pozostawałaby w sprzeczności z celem i naturą umowy o udzielenie zamówienia oraz z zasadami współzycia społecznego.

3. **art. 147 ust. 4 PZP** poprzez zaniechanie odstąpienia od żądania wniesienia zabezpieczenia na cały okres gwarancji, mimo, że żądanie wniesienia zabezpieczenia w tym zakresie może uniemożliwić udzielenie zabezpieczenia lub spowodować znaczny wzrost cen ofert,
4. **art. 83 Prawa upadłościowego i naprawczego z dnia 28 lutego 2003r. (t.j.: Dz. U. z 2003r. Nr 60, poz. 535)**, polegające na umieszczeniu w SIWZ zapisów nieważnych z mocy prawa.
5. **art. 353¹ kc w zw. z art. 139 § 1 PZP** polegające na kształtowaniu stosunku prawnego, który jest sprzeczny z zasadami współzycia społecznego i społeczno-gospodarczym celem umowy, poprzez brak zastrzeżenia kary umownej w przypadku odstąpienia od umowy przez Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, przy jednoczesnym zastrzeżeniu analogicznej kary na rzecz Zamawiającego w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.
6. **art. 29 ust. 2 Ustawy** – poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający konkurencję;
7. **art. 30 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 1 Ustawy i §14.2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej. Specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U.04.202.2072, zwanego dalej: „Rozporządzeniem”)** – poprzez opisanie przedmiotu zamówienia sprzecznie z obowiązującą Polską Normą.

Mając na uwadze powyższe, protestujący domaga się :

1. usunięcia z treści subklauzuli 1.8 SWK. zastrzeżenia, stosownie do którego, Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z Dokumentacją Projektową Terenem Budowy i zweryfikował ich kompletność, dokładność i wystarczalność dla wykonania Robót i Dokumentów Wykonawcy oraz potwierdza taką kompletność, dokładność i wystarczalność Dokumentacji Projektowej dla wykonania Robót i Dokumentów Wykonawcy oraz akceptuje, że nie będą mu przysługiwały jakiegokolwiek roszczenia i zrzeka się wyraźnie wszystkich ewentualnych roszczeń przeciwko Zamawiającemu z tytułu wszelkich pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej, w tym jakichkolwiek roszczeń o wypłatę jakichkolwiek zwiększonych Kosztów lub płatności w dodatku Ceny Kontraktowej, lub o przedłużenie Czasu na Ukończenie wskutek takich pomyłek, niedokładności rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej,
2. wskazania w treści subklauzuli 7.9 SWK, iż termin gwarancji jakości wynosi 4 lata i 8 miesięcy od daty wystawienia Świadczenia Przejęcia,
3. usunięcia z treści subklauzuli 15.2 SWK pkt e), jako zapisu nieważnego z mocy prawa,
4. zastrzeżenia w treści subklauzuli 16.4 SWK, iż w przypadku odstąpienia przez Wykonawcę od Umowy na podstawie subklauzuli 16.2 SWK, Wykonawca będzie uprawniony do żądania od

Zamawiającego zapłaty kary umownej w wysokości 10 % Zaakceptowanej Kwoty Umownej, przy czym zastrzeżenie tej kary nie narusza uprawnienia Wykonawcy do dochodzenia odszkodowania za szkodę przewyższającą zastrzeżoną karę, na zasadach ogólnych,

5. zmianę opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ - Opis techniczny, pkt 5.0 zdanie drugie na następujący: „Rury poliestrowe wykonane zgodnie z Polską Normą PN-EN 14364, łączone za pomocą łączników spełniających ww. normę. Parametry rur mają być potwierdzone przez wykonawcę deklaracją zgodności z normą PN-EN14364. Dopuszcza się użycie materiałów równoważnych do opisanych w SIWZ.”

Uzasadnienie

I

O naruszeniu przez Zamawiającego ww. przepisów prawa protestujący dowiedział się w dniu otrzymania SIWZ, tj. w dniu 8 października 2009r. Fakt, iż ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wskazuje, że postępowanie niniejsze ma wartość wyższą od kwot wskazanych w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. 2006, Nr 87, poz. 604). Dlatego też, zgodnie z art. 180 ust. 4 pkt 2 PZP termin do wniesienia protestu dotyczący postanowień SIWZ upływa z 10 dniem od daty otrzymania SIWZ. Składając protest w dniu 19 października 2009r. (18 października 2009r. przypadat w niedzielę), protestujący dochował terminu do jego wniesienia.

Wystąpienie w niniejszym postępowaniu ze środkiem ochrony prawnej przewidzianym w PZP leży w interesie protestującego i stało się konieczne, ponieważ zaskarżone protestem postanowienia SIWZ sformułowane zostały w sposób uniemożliwiający złożenie przez protestującego oferty na realizację zamówienia. Złożenie oferty na wykonanie zamówienia zgodnie z zaproponowaną przez Zamawiającego umową w obecnym kształcie mogłoby bowiem narazić Wykonawcę na szereg niczym nieuzasadnionych roszczeń.

II

W treści subklauzuli 1.8 Szczególnych Warunków Kontraktu (dalej SWK), zobowiązano Wykonawcę do złożenia oświadczenia, iż zapoznał się z Dokumentacją Projektową i zweryfikował jej kompletność, dokładność i wystarczalność dla wykonania Robót i Dokumentów Wykonawcy oraz potwierdza taką kompletność, dokładność i wystarczalność Dokumentacji Projektowej dla wykonania Robót i Dokumentów Wykonawcy oraz, iż akceptuje, że nie będą mu przysługiwały jakiegokolwiek roszczenia i

zrzeka się wyraźnie wszystkich ewentualnych roszczeń przeciwko Zamawiającemu z tytułu wszelkich pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej, w tym jakichkolwiek roszczeń o wypłatę jakichkolwiek zwiększonych Kosztów lub płatności w dodatku Ceny Kontraktowej, lub o przedłużenie Czasu na Ukończenie wskutek takich pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej.

Powyższy zapis w sposób rażąco narusza normę art. 353¹ kc, nakazującą takie kształtowanie stosunku prawnego, który nie będzie sprzeczny z jego treścią, celem umowy i nie sprzeciwi się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, jak również jest sprzeczny z zapisem art. 29 ust. 1 PZP, stosownie do którego, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Wskazać bowiem należy, iż zgodnie z art. 12 ust. 1 pkt. prawa budowlanego z dnia 7 lipca 1994r. (Dz. U. z 2006r., Nr 156 poz. 1118) projektowanie, sprawdzanie projektów architektoniczno-budowlanych oraz sprawowanie nadzoru autorskiego stanowi odrębną samodzielną funkcję techniczną w budownictwie. W konsekwencji, odpowiedzialność za wady i braki projektowe spoczywa wyłącznie na projektancie, a Zamawiający nie powinien tej odpowiedzialności przerzucać na wykonawcę. Podniesienia wymaga fakt, iż wykonawca robót budowlanych nie ma możliwości samodzielnej oceny poprawności otrzymanego projektu, a jego gruntowna weryfikacja pod kątem jego poprawności i kompletności wymagałoby zatrudnienia przez Wykonawcę projektanta. Zważyć jednak należy, iż w treści rozdziału II SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia nie zawarto obowiązku weryfikacji projektu budowlanego i sprawdzenia jego poprawności i kompletności, a co za tym idzie, **weryfikacja projektu budowlanego nie stanowi przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu**. Przedmiotowy zapis jest zatem sprzeczny z cyt. treścią rozdziału II SIWZ. Mając na uwadze, obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, stwierdzić należy, iż wprowadzając przedmiotowy zapis w treści subklauzuli 1.8 SWK Zamawiający naruszył normę art. 29 ust. 1 PZP. Wykonawca podnosi również, iż zlecenie przez wykonawcę dokonania sprawdzenia projektu pociąga za sobą dodatkowe koszty, które zostaną uwzględnione przez wykonawców w cenie ofertowej. W konsekwencji zamawiający poniesie zarówno koszty związane ze sporządzeniem projektu przez projektanta jak i jego weryfikacji przez wykonawcę robót budowlanych.

Mając na uwadze powyższe, Protestujący wnosi o stosowną modyfikację przedmiotowego zapisu.

III

Zgodnie z treścią subklauzuli 7.9 SWK w zw. z subklauzulą 4.2 SWK, gwarancja jakości winna zostać udzielona na okres wskazany w ofercie nie krótszy niż 5 lat od daty wystawienia Świadectwa Przejęcie i na cały ten okres Wykonawca zobowiązany jest wnieść Zabezpieczenie Wykonania Umowy w

wysokości 10 % Zaakceptowanej Kwoty Umownej brutto, przy czym w przypadku wniesienia Zabezpieczenia Wykonania Umowy w innej formie niż w pieniądzu Wykonawca dostarczy je i będzie utrzymywał w wysokości określonej w niniejszej klauzuli na okres do upływu 30 dni od daty otrzymania Świadectwa Przejęcia. Na okres po upływie tego terminu do upływu 15 dni od zakończenia najdłuższego okresu gwarancyjnego lub okresu rękojmi, o których jest mowa w subklauzuli 7.9 SWK Wykonawca dostarczy Zabezpieczenie Wykonania Umowy w wysokości 30% tej kwoty. Stosownie do klauzuli 4.2 SWK, Zamawiający skorzysta z pierwszej gwarancji jeżeli wykonawca nie dostarczy przed tym terminem zabezpieczenia należytego wykonania na okres gwarancji i rękojmi.

Zapisy te winny ulec modyfikacji, zgodnie z wnioskiem protestującego.

Zważyć bowiem należy, iż przepis art. 148 PZP, wskazuje dopuszczalne formy zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia, jakie mogą być wnoszone przez Wykonawcę, stosownie do jego potrzeb. Stosownie do treści art. 148 ust. 1 PZP. Wykonawca może samodzielnie wybrać sposób zabezpieczenia należytego wykonania umowy spośród wariantów wskazanych w tym przepisie. W świetle powołanego wyżej przepisu oczywistym jest, iż intencją ustawodawcy było przyznanie Wykonawcy pełnej swobody co do wyboru sposobu zabezpieczenia. Zamawiający nie powinien zatem podejmować jakichkolwiek działań ograniczających uprawnienia Wykonawcy w tym zakresie.

W szczególności stwierdzić należy, iż Zamawiający nie jest uprawniony do podejmowania działań skutkujących dla Wykonawcy niemożnością uzyskania zabezpieczenia w formie gwarancji ubezpieczeniowej lub narzucających Wykonawcy wybór formy pieniężnej gwarancji należytego wykonania umowy. Zastrzegając zatem w treści SIWZ, iż Zamawiający skorzysta z pierwszej ustanowionej gwarancji jeżeli wykonawca nie dostarczy przed jej wygaśnięciem nowej gwarancji na okres gwarancji i rękojmi, Zamawiający formułuje warunek niemożliwy do spełnienia.

Wykonawca podnosi, iż na rynku usług ubezpieczeniowych nie jest możliwe uzyskanie gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania zamówienia na okres dłuższy niż 84 miesiące. Podnieść bowiem należy, iż swoboda działania zakładów ubezpieczeń na tym polu jest uzależniona od regulacji wewnętrznych towarzystw reasekuracyjnych. Te regulacje z kolei uniemożliwiają wyrażenie zgody na objęcie ubezpieczeniem gwarancji na okres przekraczający ww okres.

Zapis wskazujący, iż Zamawiający skorzysta z pierwszej ustanowionej gwarancji jeżeli wykonawca nie dostarczy przed jej wygaśnięciem nowej gwarancji na okres gwarancji i rękojmi, jest traktowany przez ubezpieczycieli jak ustanowienie jednej gwarancji na okres wykonania robót i okres gwarancji (ubezpieczyciel jest zobligowany do wystawienia kolejnej gwarancji pod rygorem utraty pierwszej). Tymczasem łączny okres wykonywania robót i okres gwarancji wynosi 88 miesięcy.

W tym stanie rzeczy, mając na uwadze powyższe wymogi Zamawiającego odnośnie zabezpieczenia należytego wykonania, Wykonawca jest faktycznie zmuszony do ustanowienia zabezpieczenia w formie

pieniężnej. To z kolei powoduje znaczące podniesienie kosztów realizacji zamówienia, które mają bezpośredni wpływ na wysokość ceny ofertowej. Podkreślenia wymaga okoliczność, że gwarancja ubezpieczeniowa jest najkorzystniejszą formą udzielenia zabezpieczenia, nie powoduje bowiem blokady środków pieniężnych Wykonawcy. W związku z tym protestujący stoi na stanowisku, że nie może złożyć oferty w niniejszym postępowaniu jeżeli w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej niemożliwe będzie złożenie gwarancji ubezpieczeniowej.

Stosownie do treści art. 147 ust. 4 PZP w wyjątkowych sytuacjach, w szczególności gdy żądanie wniesienia zabezpieczenia mogłoby uniemożliwić udzielenie zamówienia lub spowodować znaczny wzrost cen ofert, zamawiający może odstąpić od żądania wniesienia zabezpieczenia. Mając na uwadze powyższe twierdzenia, Zamawiający w niniejszym postępowaniu winien skorzystać z możliwości odstąpienia od żądania zabezpieczenia w zakresie gwarancji udzielanej na okres powyżej 84 miesięcy lub skrócić okres gwarancji do 4 lat i 8 miesięcy. Zamawiający nie powinien bowiem, poprzez stawianie nierealnych wymagań odnośnie treści gwarancji pozbawiać Wykonawcy możliwości wyboru jednej z form zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Wobec powyższego, Zamawiający wnosi o skrócenie terminu gwarancji do okresu 4 lat i 8 miesięcy, liczonych od dnia odbioru końcowego przedmiotu zamówienia lub odstąpienie od konieczności wnoszenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w okresie po upływie 4 lat i 8 miesięcy gwarancji.

IV

Stosownie do treści subklauzuli 15.2 pkt e) SWK, Zamawiający uprawniony będzie do odstąpienia od Kontraktu, jeżeli Wykonawca bankrutuje lub staje się niewypłacalny, przechodzi w stan likwidacji, ma ustanowionego administratora lub syndyka masy upadłości, układa się ze swoimi wierzycielami lub prowadzi przedsiębiorstwo z likwidatorem, kuratorem lub zarządcą w celu zabezpieczenia należności kredytodawców, lub jeżeli prowadzone jest jakiegokolwiek działanie lub ma miejsce jakiegokolwiek wydarzenie, które (według mających zastosowanie Praw) ma podobny skutek do któregokolwiek z wyżej wymienionych czynów lub wydarzeń.

Protestujący podnosi, iż przedmiotowy zapis jest sprzeczny z normą art. 83 Prawa upadłościowego i naprawczego z dnia 28 lutego 2003r. (t.j.: Dz.U. z 2003r. Nr 60, poz. 535), stosownie do którego nieważne są postanowienia umowy zastrzegające na wypadek ogłoszenia upadłości zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego, którego stroną jest upadły.

Oczywistym jest zatem, iż w przypadku ogłoszenia upadłości Wykonawcy, wypowiedzenie umowy na podstawie subklauzuli 15.2 e) SWK nie będzie możliwe.

V

Protestujący wskazuje, iż w treści subklauzuli 16.4 SWK, nie zastrzeżono kary umownej należnej Wykonawcy w przypadku odstąpienia przez niego od Umowy na podstawie subklauzuli 16.2 SWK. W ocenie protestującego, celem zachowania równości stron stosunku obligacyjnego Wykonawca winien uzyskać od Zamawiającego karę umowną w wysokości 10 % zaakceptowanej Kwoty Umownej, tak jak zastrzeżono to dla Zamawiającego w przypadku odstąpienie od niego od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Powyższy zapis w sposób rażący narusza normę art. 353¹ kc, nakazującą takie kształtowanie stosunku prawnego, który nie będzie sprzeczny z jego treścią, celem umowy i nie sprzeciwi się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Podnieść należy, iż w związku z przystąpieniem do przetargu, wykonawcy ponoszą cały szereg wydatków związanych z koniecznością ustanowienia wadium, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, ubezpieczenia robót, zawarcia umowy OC, etc. Zawierając umowę o udzielenie zamówienia, wykonawcy mobilizują siły przerobowe w celu realizacji kontraktu, podpisują umowy z podwykonawcami, dostawcami materiałów budowlanych, pracownikami, a także ubezpieczycielami i bankami, między innymi w celu ubezpieczenia inwestycji, ustanowienia gwarancji należytego wykonania umowy lub ewentualnego kredytowania inwestycji. Część tych umów zawiera klauzule, o możliwości nałożenia kary umownej w razie odstąpienia od jej realizacji przez którąkolwiek ze stron. Tym samym odstąpienie od umowy przez Zamawiającego, powoduje odstąpienie przez wykonawcę od umów powiązanych z zamówieniem, a co za tym idzie skutkuje obciążeniem wykonawcy karami umownymi.

W świetle powyższego, za niezgodny z zasadami współżycia społecznego oraz zasadą równowagi stosunku obligacyjnego należy uznać zapis pozbawiający wykonawcę należytej rekompensaty finansowej w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z przyczyn go obciążających

W tym stanie rzeczy, wobec zasadności twierdzeń Wykonawcy, protest niniejszy zasługuje na uwzględnienie.

VI

Protestujący podnosi, iż z opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ, Opis Techniczny do projektu budowlanego zbiornika retencyjnego przy budynku terminala wraz z pompownią wód deszczowych pkt. 5 wynika, iż do wykonania przedmiotowego zadania mają zostać użyte następujące rury: „Rury powinny być wykonane wyłącznie z żywicy poliestrowej, włókna szklanego o **podwyższonej odporności na korozję np. ECR i piasku kwarcowego. Bez żadnych dodatkowych wypełniaczy np. korodującego**

węglanu wapnia, o klasie sztywności SN10000 N/m², ciśnieniu nominalnym PN1 łączonych za pomocą łączników systemowych producenta z uszczelkami EPDM."

Ww. opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy prawa zamówień publicznych - art. 29 ust. 2 Ustawy, poprzez naruszenie zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Protestujący podnosi, iż SIWZ preferuje – poprzez wyraźny zapis – użycie do zbrojenia rur włókna ECR oraz piasku kwarcowego. SIWZ zakazuje również użycia w rurach wypełniacza w postaci węgla wapnia. Powyższe zapisy wykluczają zatem ofertę producentów, którzy oferują w swojej podstawowej ofercie, rury produkowane metodą odśrodkową, z żywic poliestrowych zbrojonych włóknem szklanym, piasku kwarcowego oraz z innym rodzajem wypełniacza (w tym z węglanem wapnia) zgodnie z PN-EN 14364.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zdefiniował metodę produkcji rur (skład surowcowy, włókno E CR), zakazując dostawy rur z wypełniaczem w postaci węgla wapnia. Podkreślić przy tym należy, iż zastosowany przez Zamawiającego opis specyficznych cech przedmiotu zamówienia nie ma żadnego uzasadnienia z punktu widzenia jego funkcji.

Protestujący podnosi, iż opis przedmiotu zamówienia powinien obejmować cechy techniczne i jakościowe istotne ze względu na funkcję przedmiotu zamówienia. W tym wypadku funkcją, jaką mają spełnić rury zastosowane przy wykonaniu zamówienia jest funkcja rury kanalizacyjnej (zbiornika). W niniejszej sprawie Zamawiający opisał przedmiot zamówienia przy użyciu cech, które nie mają istotnego znaczenia ze względu na funkcję jaką mają pełnić rury np. w sposób nieuzasadniony dopuszczono zastosowanie jedynie rur z włókna szklanego o podwyższonej odporności na korozję, nie dopuszczono wypełniacza w postaci węgla wapnia. Przytoczone, wymagane cechy rur nie są w żadnym wypadku uzasadnione zobiektywizowanym interesem Zamawiającego.

W odniesieniu do poliestrowych rur kanalizacyjnych w Polsce obowiązuje norma PN-EN 14364. Norma PN-EN jest Polską Normą przenoszącą europejskie normy zharmonizowane. Wymieniona norma zawiera wymagania jakim powinny sprostać rury do kanalizacji. W przeciwieństwie do SIWZ, norma PN-EN 14364 nie stawia ograniczeń w zakresie składu surowcowego (możliwość zastosowanie węgla wapnia lub nie), sposobu wykonania rury (skład surowcowy rury, włókno E CR, metoda nawojowa czy odśrodkowa). Norma pozostawia swobodę w zakresie powyższych cech pod warunkiem spełnienia wymogów normy w zakresie parametrów technicznych i użytkowych związanych z ich funkcją: np. odporność chemiczna, sztywność obwodowa, odporność na ciśnienie wewnętrzne. **Z punktu widzenia wymagań normy PN-EN 14364 dopuszczenie przez Zamawiającego możliwości zastosowania tylko i wyłącznie rur spełniających „specyficzne” wymagania zawarte w SIWZ jest całkowicie nieuzasadnione.**

Zamawiający może opisać przedmiot zamówienia zgodnie z jego zobiektywizowanym interesem¹. Opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie specyficznych cech rur nie może jednak być arbitralny. Jeżeli Zamawiający zdecydował się spośród rur spełniających wszystkie wymagania do wykonania zamówienia wybrać te szczególne, to powinien być uzasadnić z jakich obiektywnych względów użycie tych rur jest szczególnie wskazane. W niniejszym przypadku żadne takie obiektywne okoliczności nie występują.

Protestujący wskazuje, iż Krajowa Izba Odwoławcza w wielu swoich orzeczeniach jednoznacznie wskazywała, że praktyki takie są niedopuszczalne:

a) Wyrok KIO z dnia 20 listopada 2008 r. (KIO/UZP 1273/08):

„1. Zasadę uczciwej konkurencji narusza zbył **rygorystyczne określenie wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia, jeżeli nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.**

2. Zamawiający ma prawo żądać produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, w tym także o najwyższych dostępnych standardach jakościowych. Obowiązany jest przy tym uwzględnić obowiązujące przepisy prawa. (LEX nr 479198).

b) wyrok KIO z dnia 1 października 2008r. (KIO/UZP 984/08):

„1. Dyskryminacja wykonawców może wynikać z użycia przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń konkretnego producenta lub konkretnego produktu (dyskryminacja bezpośrednia) lub posługiwania się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt (dyskryminacja pośrednia). Jako **formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.**

2. W przypadku określenia wymagań odnoszących się do potrzeb zamawiającego, mogących ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, zamawiający powinien wykazać, że wyłączenie produkty o parametrach granicznych wyznaczonych w specyfikacji umożliwia mu realizację celu założonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

3. Wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. LEX nr 463183”

Prawo zamówień publicznych zakazuje takiego sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, aby mógł on naruszać uczciwą konkurencję. W orzecznictwie wypracowano stanowisko, że dla stwierdzenia naruszenia prawa zamówień publicznych wystarczającym jest wskazanie możliwości utrudnienia w ten sposób uczciwej konkurencji. Wykonawca nie musi natomiast udowodnić, że określenia zawarte w specyfikacji rzeczywiście tę uczciwą konkurencję uniemożliwiają². W niniejszej sprawie Zamawiający

¹ Wyrok zespołu arbitrów z dnia 04.04.2003r. UZP/ZO/0-348/03.

² Wyrok zespołu arbitrów z dnia 10.11.2006 UZP/ZO/0-2748/06.

opisał przedmiot zamówienia w sposób arbitralny, narzucając warunki nieuzasadnione jego zobiektywizowanym interesem. Powyższe działanie w sposób jednoznaczny utrudniło uczciwą konkurencję. Nie ulega zatem, żadnym wątpliwościom, że opis przedmiotu zamówienia narusza art. 29 ust. 2 Ustawy.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, iż działanie takie jest również sprzeczne z zasadą racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi. **Zamawiający narzucając wykonanie zamówienia rurami o właściwościach opisanych w SIWZ powoduje znaczny wzrost kosztów wykonania zamówienia.**

Na marginesie wskazać należy, iż rury produkowane zgodnie z PN-EN 14-364 I wypetnierzem węglanem wapnia niektórych producentów posiadają parametry zdecydowanie przewyższające wymagania normy lub nawet posiadają dodatkowe właściwości świadczące o wysokiej jakości rur.

Protestujący podnosi, iż stosownie do dyspozycji art. 31 ust. 1 Ustawy zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Treść specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych reguluje Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (dalej zwane Rozporządzeniem). Zgodnie z Rozporządzeniem specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych zawiera m.in. „wymagania dotyczące właściwości wyrobów budowlanych”. Wymagania te odnosi się do postanowień norm (§ 14. ust. 2 Rozporządzenia). Ustawodawca nie wskazał jednoznacznie do postanowień jakich norm należy odnieść wymagania wyrobów budowlanych. W związku z czym

„1. Dla podważenia w drodze środków ochrony prawnej nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia należy wskazać jedynie na możliwość utrudniania w ten sposób uczciwej konkurencji. Wykonawca nie musi natomiast udowodnić, że określenia zawarte w specyfikacji co do przedmiotu zamówienia, rzeczywiście tę uczciwą konkurencję uniemożliwiają. W świetle powyższego, jak również wobec ogólnej zasady rozkładu ciężaru dowodów wynikającej z art. 6 k.c., obowiązkiem Zamawiającego było wykazanie, że wprowadzony warunek, ograniczający krąg podmiotów mogących zrealizować zamówienia, był niezbędny dla osiągnięcia celu tego zamówienia i wynikał z usprawiedliwionych potrzeb Zamawiającego.

2. Przy założeniu, iż oferowany przez Odwołującego się sprzęt spełnia wszystkie parametry techniczne przewidziane w zapisach SIWZ i jest przystosowany do współpracy z systemem operacyjnym wymaganym przez Zamawiającego, koniecznym staje się wykazanie, że sam fakt pochodzenia sprzętu i oprogramowania od różnych producentów stanowi przeszkodę dla sprawnego funkcjonowania systemu. Sama tylko potencjalna możliwość wystąpienia awarii systemu, wywołanej brakiem współpracy sprzętu i systemu operacyjnego, nie stanowi dostatecznej podstawy do tak istotnego ograniczenia kręgu podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia.” [LEX nr 213555]

Zob. M.Stachowiak Komentarz do art. 29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.06.164.1163), LEX/EI. 2007

Wyrok KIO z dnia 07.07.2008 KIO/UZP 624/08 „(...) Wadą w rozumieniu przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. jest nieusuwalna wada samego postępowania, która wywiera istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia tak, że powoduje jej bezwzględną nieważność. Wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. Przykładem wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób **utrudniający uczciwą konkurencję.**

(...) Przepis art. 29 ust. 2 p.z.p. nie wymaga faktycznego wykazania, lecz uznaje za wystarczające uprawdopodobnienie utrudnienia uczciwej konkurencji.” [LEX nr 443437]

analogicznie do postanowień art. 30 ust. 1 Ustawy należy odnieść je do Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy.

Jak wyżej wskazano w odniesieniu do poliesterowych rur kanalizacyjnych w Polsce obowiązuje norma PN-EN 14364. Norma ta przenosi normy europejskie (oznaczenie PN-EN).

Opisu przedmiotu zamówienia w niniejszej sprawie należało zatem dokonać przy uwzględnieniu normy PN-EN 14364. Uwzględnienie normy oznacza, że opis przedmiotu zamówienia nie może być niezgodny z właściwą normą³. Tymczasem Zamawiający w sposób nieuzasadniony „wykroił” na własne potrzeby tylko część normy i dopuścił do zastosowania arbitralnie przez niego określone produkty. Takie działanie narusza art. 30 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 1 Ustawy i § 14.2 Rozporządzenia i jest niedopuszczalne.

Mając powyższe na uwadze wnoszę jak na wstępie.

Z poważaniem



Andrzej Szultka
Prokurent
Dyrektor ds. przygotowania kontraktów

³ Wyrok zespołu arbitrów z dnia 26.01.2006r. UZP/ZO/0-200/06: „Przedmiot zamówienia opisuje się za pomocą cech technicznych i jakościowych przy przestrzeganiu polskich norm. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób sprzeczny z właściwymi normami, nie oznacza to jednak, że Zamawiający nie może ustalić takich wymagań co do przedmiotu zamówienia, których norma nie przewiduje. Nie jest podstawą do uznania, że przedmiot zamówienia został określony w sposób sprzeczny z zasadami ustawowymi oraz to, że wypełnienie wymagań technicznych jest trudne do spełnienia dla oferenta” [LEX nr 181816]

Wyrok zespołu arbitrów z dnia 23.03.2005r. UZP/ZO/0-494/05: „Zgodnie z brzmieniem art. 30 ust. 1 p.z.p. zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, przy przestrzeganiu Polskich Norm przenoszących europejskie normy zharmonizowane. Użyte przez ustawodawcę wyrażenie „przy przestrzeganiu” sugeruje pomocniczy charakter ww. norm, pewne warunki minimalne lub maksymalne, którym przedmiot zamówienia powinien odpowiadać. Pojęcia tego nie można natomiast utożsamiać z dokonywaniem opisu przedmiotu ściśle za pomocą tych norm. Postawienie przez zamawiającego wymagań co do przedmiotu zamówienia nieprzewidzianych przez normę jest dopuszczalne, o ile nie godzi w zasadę uczciwej konkurencji. Podobnie brak doprecyzowania w SIWZ wszystkich elementów zamawianego produktu, które są regulowane odpowiednią normą nie może być traktowane w kategorii uchybienia przepisowi art. 30 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Art. 30 p.z.p. nie pozwala natomiast na określenie przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z właściwą normą lub normami.” [LEX nr 180017]