

Pątnów, dnia 6 lipca 2009 r.

**Zamawiający:****Gmina Władawa**ul. Rynek Kościuszki 10, 98-170 Władawa  
Fax 043 6721034**Wnoszący protest:****PROTEST**

Działając na podstawie art. 180 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwaną dalej „ustawą”,

wnosi protest na czynność dokonaną przez Zamawiającego polegającą na sporządzeniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) z naruszeniem przepisów ustawy, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Remont dróg dojazdowych w miejscowościach Wleś A – Etap I, Brzyków – Etap II, Rogóźno – Etap III, Chociw IV”, prowadzonym przez Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego. Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu, jak też warunki wykonania zamówienia naruszył w sposób rażący zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji. Naruszenie dotyczy w szczególności zapisów:

- pkt IV.1.3 i 5 SIWZ – Opis warunków jakie muszą spełniać wykonawcy oraz opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków – w zakresie w jakim Zamawiający jako warunek udziału w postępowaniu wymaga udzielenia minimum 4-letniej gwarancji na wykonany przedmiot zamówienia oraz wymaga akceptacji warunków umowy, podczas gdy ww. elementy wchodzą w zakres przedmiotu zamówienia i nie odnoszą się do sytuacji podmiotowej wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- pkt V.6 i V.11 – Wykaz dokumentów, jakie wykonawcy winni dołączyć z ofertą – w zakresie w jakim wymaga przedłożenia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia dokumentów stwierdzających, że osoby które będą wykonywać zamówienia posiadają wymagane uprawnienia oraz Wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń w sytuacji, gdy nie postawił w tym zakresie żadnych warunków;

- pkt III SIWZ – Termin realizacji zamówienia – poprzez ustalenie 90 dniowego terminu realizacji zamówienia;
- pkt VI.8 – Oczywiste omyłki – poprzez oświadczenie, iż odrzuci ofertę w sytuacji, gdy wykonawca w terminie 3 dni od otrzymania zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki rachunkowej;
- § 1 ust.2 Istotnych postanowień umowy – w zakresie w jakim Zamawiający wymaga przedłożenia umowy z podwykonawcą w terminie 3 dni od zawarcia umowy z Zamawiającym;
- § 5 ust.2 Istotnych postanowień umowy – w zakresie w jakim Zamawiający uzależnia dokonanie zmiany kierownika budowy od akceptacji tej osoby;
- § 11 ust.1 Istotnych postanowień umowy – w zakresie początku biegu terminu okresu gwarancji;
- § 13 ust.1 pkt 2 Istotnych postanowień umowy w zakresie w jakim Zamawiający ustalił 3 dniowy termin odbioru robót podlegających zakryciu wchodzący w termin realizacji zamówienia;
- § 15 ust.2 pkt 1 i 3 Istotnych postanowień umowy w zakresie w jakim Zamawiający zastrzegł kary umowne liczone od globalnej wysokości kontraktu;
- § 17 ust.1 Istotnych postanowień umowy w zakresie w jakim Zamawiający posłużył się starym brzmieniem art. 144 Pzp, odstępując od wskazania warunków dokonania zmian zawartej umowy.

Oprotestowanym czynnościom Zamawiającego zarzuca się naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22, 26, 144 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 647 Kc.

W związku z tym, iż interes prawny Wykonawcy – POL-DRÓG WIELUŃ SA może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wymienionych na wstępie przepisów, żądam dokonania zmiany niezgodnych z prawem postanowień SIWZ poprzez ich usunięcie lub zmodyfikowanie ich treści w sposób wskazany w treści protestu.

#### **Uzasadnienie**

W dniu 29 czerwca 2009 r. na stronach Internetowych Zamawiającego – [www.widawa.finn.pl](http://www.widawa.finn.pl) zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu. Tym samym, ustawowy termin na wniesienie protestu został przez Protestującego dotrzymany.

Protestujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie wskazanych na wstępie przepisów ustawy przy sporządzaniu treści SIWZ w następującym zakresie:



**pkt III SIWZ – Termin realizacji zamówienia.** Zamawiający ustalając 90 - dniowy termin realizacji zamówienia naruszył zasady uczciwej konkurencji. Protestujący wskazują, iż zakres robót stanowiących przedmiot zamówienia jest dosyć obszerny i zakresienie stosunkowo krótkiego okresu ich wykonania, ma na celu uprzywilejowanie dużych i silnych podmiotów działających na rynku. Jednocześnie ciężar robót stanowiących przedmiot zamówienia nie jest na tyle skomplikowany, aby mniejsi wykonawcy nie poddali wykonaniu przedmiotowych robót. Wobec czego zakresienie 90-dniowego terminu wykonania zamówienia ma na celu sztuczne ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców.

Ponadto należy zaznaczyć, iż w okres realizacji zamówienia wliczone zostały również okresy, w których wykonawcy nie mogą dalej wykonywać przedmiotu zamówienia bowiem muszą się z nim wstrzymać do czasu odbioru robót częściowych (np. ulegających zakryciu) przez Inspektora nadzoru. Wykonawcy nie mają żadnych środków przymusu wobec Inspektora nadzoru by dokonywał odbiorów w możliwie najkrótszym czasie, przez czas ten również nie ulega zawieszeniu termin realizacji zamówienia. Tym samym, faktycznie dochodzi do skrócenia czasu jaki może być wykorzystany do realizacji zamówienia.

Wobec powyższych uwag, Protestujący wnosi o wydłużenie terminu realizacji zamówienia do 120 dni.

**pkt IV.1.3 i 5 SIWZ – Opis warunków jakie muszą spełniać wykonawcy oraz opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków.** Protestujący wnosi o wykreślenie postanowień ppkt 3 i 5 SIWZ z uwagi na to, iż nie stanowią one warunków udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu służą weryfikacji zdolności podmiotowej wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w szczególności ich doświadczenia, potencjału technicznego oraz faktu niepodlegania wykluczeniu z postępowania. Zamawiający pomylił warunki podmiotowe z warunkami przedmiotowymi realizacji zamówienia, do których należy zaliczyć wymaganie by wykonawcy udzielili co najmniej 4 letniej gwarancji na wykonane roboty. Również wymóg akceptacji wzoru umowy jako wymóg udziału w postępowaniu nie odnosi się do sfery podmiotowej zamówienia, lecz do warunków przedmiotowych. Wymóg złożenia takiego oświadczenia przez wykonawców jest dopuszczalny, ale nie stanowi *stricte* o ich uczestnictwie w postępowaniu. W związku z powyższym, obydwa postanowienia należy usunąć z części mówiącej o warunkach udziału w postępowaniu.

**pkt V.6 i V.11 – Wykaz dokumentów, jakie wykonawcy winni dołączyć z ofertą.** Zamawiający wymaga załączenia do oferty dokumentów stwierdzających, że osoby które będą wykonywać zamówienia posiadają wymagane uprawnienia oraz Wykazu

niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń w sytuacji. Protestujący wskazuje, iż żądanie złożenia tych dokumentów jest nieuprawnione. Zgodnie z art. 25 ust.1 Pzp, Zamawiający uprawniony jest do żądania wyłącznie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Za niezbędne należy uznać te dokumenty, które potwierdzają spełnienie przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu. Protestujący wskazuje, iż Zamawiający nie postawił żadnych szczególnych warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia ani warunków w zakresie dysponowania potencjałem technicznym, przez który rozumie się narzędzia i urządzenia, przy pomocy których wykonywane będzie zamówienie. Skoro Zamawiający nie zdecydował się na postawienie w tym zakresie jakichkolwiek warunków, żądanie dokumentów na potwierdzenie ich spełnienia jest żądaniem nieuprawnionym i nadmiernym w świetle przywołanego przepisu ustawy. Co więcej, żądanie przedstawienia tych dokumentów prowadzić może do arbitralnej decyzji Zamawiającego w zakresie wykluczenia wykonawców z postępowania, jako że nie ma punktu odniesienia (czyli warunku podmiotowego), który jest przez Zamawiającego weryfikowany ww. dokumentami. W tym stanie rzeczy, Protestujący wnosi o wykreślenie ww. postanowień SIWZ jako sprzecznych z przepisami ustawy.

**pkt VI.8 – Oczywiste omyłki**. Protestujący wskazuje, iż zapowiedź Zamawiającego, iż odrzuci ofertę w sytuacji, gdy wykonawca w terminie 3 dni od otrzymania zawiadomienia nie zgodzi się na poprawienie omyłki rachunkowej, jest pozbawiona podstaw prawnych. Protestujący wskazuje, iż ustawa – w brzmieniu nadanym nowelizacją, która weszła w życie 24 października 2008 r. – nie przewiduje ww. sankcji w przypadku nie wyrażenia zgody przez wykonawcę, w którego ofercie dokonano poprawienia omyłki rachunkowej. Nie wyrażenie zgody na poprawienie omyłki, której skutkiem jest odrzucenie oferty, dotyczy wyłącznie sytuacji, w której Zamawiający dokonał poprawienia istotnej omyłki w rozumieniu art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp. Dlatego też działanie Zamawiającego będzie nieprawidłowe.

Na marginesie Protestujący wskazuje, iż o poprawieniu omyłek (pisarskich, rachunkowych, innych w rozumieniu art. 87 ust.2) zawiadamiany jest wyłącznie wykonawca, w którego ofercie tych poprawek dokonano, a nie wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty.

**§ 1 ust.2 Istotnych postanowień umowy**. Zgodnie z art. 647<sup>1</sup> Kc, Zamawiający jako inwestor uprawniony jest do żądania przedstawienia mu umowy lub projektu umowy, jaki wykonawca zamierza zawrzeć z podwykonawcą. Za żądanie nadmierne należy uznać wymóg, by umowa z podwykonawcą została zamawiającemu przedstawiona w terminie 3





dni od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawcy na etapie składania ofert muszą wskazać zakres robót, które zamierzają powierzyć podwykonawcom. Jednak samą umowę z podwykonawcą mogą mieć podpisaną w innym terminie i zależy to od samego wykonawcy. Zamawiający nie jest uprawniony do narzucania wykonawcom w jaki sposób powinni prowadzić działalność gospodarczą (ponadto art. 647 Kc nie uprawnia zamawiającego do stawiania takich wymogów). Dlatego też Protestujący wnioskuje o modyfikację zapisu w ten sposób, by wykonawca zobowiązany był okazać umowę zawartą w podwykonawcą w terminie 3 dni od dnia jej zawarcia.

**§ 5 ust.2 Istotnych postanowień umowy.** Wymaganie nadmiernym i nieuprawnionym w świetle przepisów prawa, jest uzależnienie dokonania zmiany kierownika budowy od akceptacji tej osoby przez Zamawiającego. Uprawnienie to nie zostało w żaden sposób doprecyzowane w szczególności poprzez wskazanie sytuacji, w których Zamawiający uprawniony byłby odmówić wyrażenia takiej zgody, jak również terminu w jakim zgoda/odmowa ta miała być wyrażona. Dlatego też, Protestujący wnosi o zmodyfikowanie § 5 ust.2 w ten sposób, by Zamawiający uprawniony był do niewyrażenia zgody na zmianę kierownika budowy wyłącznie w sytuacji, gdyby nowa osoba nie legitymowała się co najmniej równoważnymi uprawnieniami budowlanymi. Zgoda lub odmowa wyrażenia zgody powinna być dokonana niezwłocznie po powiadomieniu o planowanej zmianie.

**§ 11 ust.1 Istotnych postanowień umowy.** Zamawiający wskazał, iż bieg terminu gwarancji biegnie od daty odbioru końcowego. Protestujący wskazuje, iż w zakres zamówienia wchodzi wykonanie remontów dróg na 4 odcinkach, z których każdy stanowi *de facto* odrębną robotę budowlaną. Zasadnym jest zatem doprecyzowanie, iż wykonawca udziela gwarancji na wykonany przedmiot zamówienia na okres .... od daty odbioru końcowego **danego etapu zamówienia**. Nie sposób bowiem wykluczyć, iż roboty zakończone są w poszczególnych etapach w różnych datach.

**§ 13 ust.1 pkt 2 Istotnych postanowień umowy.** Zamawiający ustalił 3 dniowy termin odbioru robót podlegających zakryciu wchodzący w termin realizacji zamówienia. Protestujący wnosi o skrócenie tego terminu do 1 dnia. Ma to bezpośredni związek z ustalonym krótkim terminem realizacji zamówienia. Każda, nawet najmniejsza zwłoka ze strony Zamawiającego może spowodować niedotrzymanie terminu ukończenia robót stanowiących przedmiot zamówienia.



**§ 15 ust.2 pkt 1 i 3 Istotnych postanowień umowy.** Zamawiający skonstruował katalog kar umownych z tytułu niedotrzymania poszczególnych terminów realizacji zamówienia. Jednocześnie jako podstawę do obliczenia poszczególnych kar umownych Zamawiający wskazał § 4 ust.1 Istotnych postanowień umowy. Protestujący wskazuje, iż w § 4 ust.1 IPU, wskazana jest globalna wartość robót realizowanych w ramach poszczególnych etapów. Skoro z tytułu realizacji poszczególnych etapów wynagrodzenie wykonawcy jest różne, poszczególne etapy realizowane są niezależnie od siebie, niezależnie będą od siebie odbierane, to zasadnym jest naliczanie kar umownych z tytułu niedotrzymania terminów wskazanych w umowie odrębnie dla każdego etapu. Dlatego też Protestujący wnosi o doprecyzowanie zapisów § 15 w ten sposób, by podstawą do wyliczenia kary umownej było wynagrodzenie umowne brutto należne wykonawcy z tytułu realizacji Etapu, którego zdarzenie uzasadniające naliczenie kary umownej dotyczy.

**§ 17 ust.1 Istotnych postanowień umowy.** Pzp w brzmieniu nadanym nowelizacją, która weszła w życie z dniem 24 października 2009 r., wymaga dla możliwości dokonania zmian w umowie wskazania warunków dokonania tych zmian. Przez warunki, o których mowa w art. 144 Pzp, należy rozumieć wskazania okoliczności, w przypadku zaistnienia których, dopuszczalne będzie wprowadzenie konkretnych zmian; jak również wskazanie jakie zmiany będą wprowadzone, co sprowadza się do wskazania skutku wystąpienia wskazanych okoliczności. Nie spełnia tych wymogów konstrukcja jaką posłużył się Zamawiający odwołując się do brzmienia art. 144 Pzp. Komentarz przepisu jest w tym miejscu dość bezwzględny – niewskazanie warunków wprowadzanych zmian uniemożliwia późniejszą modyfikację umowy w nieprzewidzianym zakresie. Zamawiający nie wskazał jakichkolwiek okoliczności, których wystąpienie umożliwiłoby wprowadzenie zmian do umowy, co przekreśla możliwość ich dokonania na etapie realizacyjnym. Dlatego też Protestujący wnosi o rozważenie zasygnalizowania w IPU okoliczności, których wystąpienie może spowodować zmianę w zakresie np. terminu realizacji zamówienia, sposobu realizacji.

Mając na uwadze, argumentację przedstawioną powyżej, wnosimy o usunięcie wskazanych zapisów SIWZ lub dokonanie ich modyfikacji w sposób wskazany w protestie.

Niniejszy protest zostaje przesłany faxem i drogą listową.



W Imieniu Wykonawcy:

Załączniki:

1. KRS Protestującego