

Nowy Tomyśl, dnia 08.06.2007r.

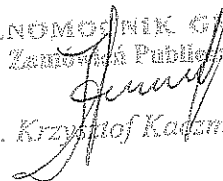
KIRiOŚ 7020/38/1/SPE/2007

Dotyczy: protestu wniesionego przez jednego z wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Bieżące utrzymanie czystości ulic, parkingów, chodników, rynsztoków oraz placów na terenie miasta Nowy Tomyśl (Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich z dnia 23.05.2007r. poz. 2007/S 97 - 119618).

Na podstawie art. 181 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późniejszymi zmianami) – Burmistrz Nowego Tomyśla z a w i a d a m i a o wniesieniu przez jednego z uczestniczących w tym postępowaniu Wykonawców protestu na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (treść protestu w załączeniu). Zamawiający jest zobowiązany na mocy powołanego na wstępie art. 181 ust. 3 i 4 tejże ustawy podjąć czynności związane z jego zbadaniem i rozstrzygnięciem.

Na tejże podstawie informujemy, iż każdy z Wykonawców ma prawo przystąpienia do postępowania protestacyjnego w terminie, o którym mowa w art. 180 ust. 3 pkt 2 w związku z art. 181 ust. 4 pkt 2 - ustawy Prawo zamówień publicznych - otrzymania niniejszego pisma (art. 181 ust. 3 i 4), ewentualne przystąpienie odbywa się na zasadach określonych w art. 181 ust. 5, 6 i 7),

Z poważaniem

PEŁNOMOCNIK GŁÓWNY
ds. Zamówień Publicznych

inż. Krzysztof Kaczmarek

W załączeniu :

- odpis protestu

KoK/KK

Nowa Sól, dnia 4 czerwca 2007r.

Nr 38/2007

URZĄD MIEJSKI
W NOWYM TOMYŚL

2007-06-04

Zamawiający: Gmina Nowy Tomyśl, ul. Poznańska 33, 64-300 Nowy Tomyśl

Protestujący: TEW – Gospodarowanie Odpadami sp. z o.o. ul. Przyszłości 7 b, 67-100
Nowa Sól

PROTEST

na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia na „Bieżące utrzymanie czystości ulic, parkingów, chodników, rynsztoków oraz placów na terenie miasta Nowy Tomyśl” organizowanego przez Gminę Nowy Tomyśl w trybie przetargu nieograniczonego nr 38/2007

Działając w imieniu Protestującego, na podstawie art. 180 w zw. z art. 179 ustawy – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 06.164.1163 z późn. zm., zwanej dalej: „ustawą”) niniejszym wnosimy protest na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwaną dalej: „SIWZ”) na wykonanie zamówienia publicznego na „Bieżące utrzymanie czystości ulic, parkingów, chodników, rynsztoków oraz placów na terenie miasta Nowy Tomyśl”.

Wyżej wymienionej SIWZ zarzucamy naruszenie **art. 2 pkt. 13, art. 7, art. 29, art. 36, art. 140 ustawy oraz art. 58§2 kc w zw. z art. 139 ustawy**, poprzez:

- a) nieprawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia;
- b) nieprawidłowe określenie warunków udziału w postępowaniu;
- c) nieprawidłowe określenie sposobu określania ceny;
- d) nieprawidłowe sporządzenie wzoru umowy o wykonanie zamówienia publicznego.

Niniejszym wnosimy o:

- 1) powtórne sporządzenie całej SIWZ;
- 2) w przypadku nieuwzględnienia żądania z pkt. 1 wnosimy o:
 - a) sprecyzowanie brzmienia pkt. 3.1., 3.1a), 3.1b), 3.1.c), 3.1.d), 3.1e), 3.1f), 3.1.g)SIWZ w sposób opisany w uzasadnieniu protestu;

Denia

flor

- b) doprecyzowanie załącznika nr 1 wskazanego w pkt.3.3. SIWZ – w sposób opisany w uzasadnieniu protestu;
 - c) wykreślenie pkt. 3.4, pkt. 5.4.b), pkt. 21 SIWZ;
 - d) wyjaśnienie skrótów użytych w pkt. 9.4 SIWZ;
 - e) wykreślenie §4, §7, §9.ust. 1 w zakresie dotyczącym nienależytego wykonania prac objętych umową oraz §10 umowy;
- 3) przedłużenie terminu do składania ofert do 05.08.2007r.
- 4) unieważnienie całego postępowania - w przypadku nierozstrzygnięcia protestu do czasu upływu terminu do składania ofert.

Protestujący zamierza złożyć ofertę na wykonanie zamówienia publicznego na „Bieżące utrzymanie czystości ulic, parkingów, chodników, rynsztoków oraz placów na terenie miasta Nowy Tomyśl”. Błędy w SIWZ powodują brak możliwości prawidłowego złożenia oferty. Wykonawca nie wie jaki jest dokładny przedmiot zamówienia, nie może zatem prawidłowo określić środków potrzebnych na jego wykonanie. W związku z czym interes prawny Protestującego w złożeniu niniejszego protestu jest oczywisty.

Niniejszy protest jest protestem na treść SIWZ. Stosownie do dyspozycji art. 180 ust 3 ustawy protest na treść SIWZ wnosi się w terminie 14 dni od dnia zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. próg unijny. W niniejszej sprawie termin do wniesienia protestu został zatem zachowany.

UZASADNIENIE

I. Nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia

Art. 29 ust. 1 ustawy nakazuje opisać przedmiot zamówienia „w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.” Z całą stanowczością podkreślić należy, iż opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego nie spełnia powyższych wymagań. W opisie przedmiotu zamówienia znajduje się szereg niejasności i braków uniemożliwiających prawidłowe stwierdzenie, jaki jest zakres zamówienia.

Z pkt. 3.1 SIWZ wynika, że przedmiotem zamówienia jest „Zakres prac obejmujących bieżące utrzymanie w czystości ulic, parkingów, chodników, rynsztoków oraz placów na terenie miasta Nowy Tomyśl.” Zamawiający nie podaje jednak jakie czynności wchodzi w

Mawia *Ador*

skład prac składających się na „utrzymanie w czystości ulic, parkingów itp.” Zamawiający nie podaje czy prace mają polegać np. na ręcznym albo mechanicznym zmiataniu ulic. Zamawiający nie podaje również częstotliwości wykonywanych prac. Czy ewentualne usuwanie nieczystości z ulic ma następować raz, dwa lub trzy razy w tygodniu.

Uwagi poczynione powyżej odnoszą się również do pkt. 3.1a) SIWZ. W punkcie tym Zamawiający nie wskazał na czym polega i jaka powinna być częstotliwość prac polegających na „*utrzymaniu czystości ulic...*”.

W pkt. 3.1b) SIWZ Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest m.in. „*likwidacja zmiotek ulicznych przy krawężnikach*”. Zamawiający nie wskazał przy tym czym są „zmiotki uliczne”. „Zmiotki uliczne” nie jest pojęciem zdefiniowanym. Prawdopodobnie chodzi tu o jakiś skrót myślowy użyty przez Zamawiającego. Wykonawcy muszą domyślać się o co chodzi, przy czym nie wiedzą np. czy zmiotki uliczne to szczotki omyłkowo pozostawione przez zmiatających przy krawężnikach. Niezależnie od powyższego Zamawiający nie wskazał ani długości ani położenia ulic posiadających krawężniki, co do których istnieje obowiązek usuwania „zmiotek”.

W pkt. 3.1c) SIWZ Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest m.in. „*opróżnianie z nieczystości koszy ulicznych, ich remont i konserwacja na terenie miasta i gminy Nowy Tomyśl*”. Zamawiający nie wskazał jednak ilości koszy ulicznych, ich pojemności, lokalizacji, częstotliwości opróżniania, ani zakresu remontu koszy.

W pkt. 3.1d) SIWZ Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest m.in. „*w okresie opadów śniegu i gołoledzi odśnieżanie i posypywanie piaskiem parkingów, chodników, rynsztoków, placów na terenie miasta oraz umieszczanie skrzyń z piaskiem w sezonie zimowym na terenie miasta*.” Zamawiający nie określił standardów utrzymania zimowego parkingów, chodników, rynsztoków itp. Zamawiający powinien był wskazać co najmniej częstotliwość wykonywanych prac, rodzaj narzędzi, miejsce położenia parkingów, chodników, rynsztoków, placów oraz ich powierzchnię. Zamawiający powinien był również wskazać ilość i lokalizację skrzyń z piaskiem.

W pkt. 3.1e) SIWZ Zamawiający wskazuje, iż przedmiotem zamówienia jest m.in. „*zakup, montaż, utrzymanie i opróżnianie pojemników do gromadzenia psich odchodów na terenie miasta*”. Zamawiający nie wskazuje przy tym ile sztuk pojemników ma zakupić Wykonawca, gdzie pojemniki mają być umieszczone, jaka ma być częstotliwość ich opróżniania.

Monet *Ador*

W pkt. 3.1f) SIWZ Zamawiający wskazuje, iż przedmiotem zamówienia jest m.in. „*odpłatne udostępnianie mieszkańcom gminy Nowy Tomyśl piasku do posypywania nawierzchni w sezonie zimowym*”. Zamawiający nie wskazuje jednak ilość piasku, jaką Wykonawca ma przedstawić do dyspozycji mieszkańców.

W pkt. 3.1g) SIWZ Zamawiający wskazuje, iż przedmiotem zamówienia jest m.in. „*utrzymanie i obsługa jarmarku chmielno – wikliniarskiego na terenie Parku Kultury oraz na stadionie (3 dni)*”. Zamawiający nie wskazuje na czym ma polegać utrzymanie i obsługa jarmarku (czy zamówieniem objęte jest np. dostawa napojów i przekąsek). Zamawiający powinien zatem wskazać na czym polega utrzymanie i obsługa jarmarku, jakie przewiduje w tym zakresie standardy (ilość kubłów, częstotliwość ich opróżniania itp.). Jeśli chodzi o wywóz odpadów to powinien wskazać jaka jest szacunkowa ilość odpadów (jaka ilość odpadów jest objęta umową, a za jaką ilość Zamawiający dopłaca). Zamawiający powinien również dokładnie zaznaczyć powierzchnię objętą „jarmarkiem”, poprzez wskazanie granic na odpowiedniej mapie. Niewystarczającym dla sporządzenia oferty jest bowiem dookreślenie terenu jako „Park Kultury” oraz „stadion”.

W tym miejscu podkreślić należy, iż załącznik nr 1 do SIWZ, o którym mowa w pkt. 3.3 SIWZ, w żaden sposób nie eliminuje wątpliwości co do treści przedmiotu zamówienia. W załączniku tym wskazano wykaz ulic, chodników, palców i parkingów. W wykazie tym nie wskazano jednak, gdzie kończy się, a gdzie zaczyna dana ulica, chodnik itp. Nie wskazano granic parkingów, placów itp. Protestujący wskazuje na konieczność załączenia do SIWZ stosownej mapy obrazującej położenie przedmiotu umowy. Niezależnie od powyższego wspomniany wykaz zawiera szereg nieścisłości np. ścieżka rowerowa (bez podania jej położenia), droga do hali sportowej (bez podania położenia), droga do PRID (bez określania położenia i o jaką drogę chodzi), mały deptak przy PKO (bez wskazania położenia) itp.

Wskazać również należy, iż Zamawiający w pkt. 3.4 SIWZ zalecił wykonawcom aby dokonali „*wizji lokalnej na terenie, gdzie mają być wykonywane prace oraz uzyskali na swoją odpowiedzialność i ryzyko wszelkie istotne informacje, które mogą być konieczne do przygotowania oferty*”. Z całą stanowczością podkreślić należy, iż powyższy zapis SIWZ nie może prowadzić do konwalidowania wadliwej SIWZ. W powyższej sprawie wypowiadał się już Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 29.06.2004r. (UZP/ZO/0-952/04 LEX nr 190220), w którym stwierdził, że „*Za niewystarczający dla opisu przedmiotu zamówienia należy uznać zapis SIWZ, iż „zaleca się, aby wykonawca zdobył wszelkie informacje, które mogą być konieczne do przygotowania oferty, oraz realizacji zamówienia”*. Podobnie należy ocenić

J. Democh *P. Polak*

odpowieź na pytanie, w której Zamawiający podaje, iż wykonawca powinien dokonać wizji lokalnej w terenie, skalkulować cenę oferty biorąc pod uwagę całą powierzchnię zasobu."

Ponadto wskazać należy, iż analogiczne zarzuty do zarzutów objętych niniejszym protestem były już przedmiotem rozpoznania przez Zespół Arbitrów. W wyroku z dnia 11.05.2006r. (UZP/ZO/0-1320/06 LEX nr 202849) Zespół Arbitrów wskazał, że „usługa sprzątania ma określoną specyfikę. Sprzątanie polega nie tylko na zmywaniu powierzchni, ale także na dezynfekcji, przy zachowaniu określonych standardów. Przy tym istnieje zróżnicowanie co do **częstotliwości** dokonywania określonych czynności i rodzaju użytych środków w zależności od rodzaju pomieszczenia szpitalnego (biura, sale operacyjne). **Bardzo istotna jest powierzchnia** poszczególnych pomieszczeń podlegających sprzątaniu oraz ich odstępność, a także rodzaj powierzchni. Wszystkie te czynniki mają wpływ na liczbę pracowników potrzebnych do wykonania zamówienia, koszty sprzętu i materiałów. Co za tym idzie – **zaniechanie podania wymienionych danych w SIWS, w sposób na tyle szczegółowy, na ile jest to możliwe, nie pozwala prawidłowo sporządzić oferty.**” W podobnym tonie Zespół Arbitrów wypowiedział się również w orzeczeniu z dnia 29.06.2004r. (UZP/ZO/0-952/04 LEX nr 190220).

Z powyższego wynika, że opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ sporządzonej przez Zamawiającego zawiera szereg wad, nieścisłości. Opis przedmiotu zamówienia nie zawiera ponadto podstawowych danych niezbędnych do prawidłowego sporządzenia oferty (np. rodzaj i częstotliwość prac, miejsce wykonania prac, ilość kubłów itp.). Nie ulega zatem wątpliwości, iż opis przedmiotu zamówienia nie odpowiada warunkom przewidzianym w art. 29 ustawy.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, iż sporządzenie wykazu ulic, chodników, parkingów itp. w sposób nieścisły i niejednoznaczny narusza również przepis art. 7 ustawy. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż zdawkowe dookreślenie przedmiotu umowy preferuje wykonawców miejscowych, którzy potrafią zlokalizować np. enigmatyczną ścieżkę rowerową.

II. Nieprawidłowe określenie warunków udziału w postępowaniu;

Punkt 5 SIWZ zawiera opis warunków wymaganych od Wykonawców. W pkt. 5.4b) zamawiający wskazał, iż warunkiem udziału w postępowaniu jest posiadanie przez Wykonawców co najmniej: „dostatecznej ilości pojemników do wykonania przedmiotu zamówienia”.

7 Pecunia *pdor*

SIWZ nie zawiera określenia ilości pojemników do wykonania przedmiotu zamówienia.

Powyższe daje Zamawiającemu możliwość swobodnego eliminowania Wykonawców poprzez dowolne „dookreślenie” „dostatecznej” ilości pojemników.

Art. 36 ustawy wyraźnie wskazuje, iż SIWZ powinna zawierać opis warunków udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu powinny być na tyle czytelne i jednoznaczne aby Wykonawcy wiedzieli do czego są zobowiązani. Wskazany wyżej warunek udziału w postępowaniu nie spełnia tego kryterium. Warunek ten nie może zatem stanowić podstawy do oceny „zdolności” wykonawcy do udziału w postępowaniu.

Art. 7 ustawy stanowi zobowiązanie Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Umieszczenie przez Zamawiającego w SIWZ warunku nieprecyzyjnego nasuwa wątpliwości co do równego traktowania wykonawców. W niniejszej sprawie powstaje nieodparte wrażenie, że „niektórzy” wykonawcy mogliby wiedzieć jaka jest „dostateczna ilość pojemników” i tym samym ci „niektórzy” wykonawcy mogliby spokojnie przygotować swoje oferty licząc na to, że nie zostaną odrzuceni na podstawie pkt. 5.4b) SIWZ.

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, iż pkt. 5,4 b) SIWZ narusza zarówno art. 36 jak i art. 7 ustawy.

III. Nieprawidłowy opis sposobu określania ceny

Pkt. 9 SIWZ zawiera opis sposobu określenia ceny oferty. W pkt. 9.4 Zamawiający stanowi, iż *„Podatne stawki muszą zawierać koszty wykonania wszystkich czynności związanych z realizacją zamówienia. Stawki miesięczne będą stawkami ryczałtowymi, bez względu na częstotliwość wykonywania prac. **Stawki te muszą zawierać w sobie wszystkie składniki R + S (w tym koszty transportu) + K_o + Z.** Stawki nie mogą zawierać podatku VAT.”*

SIWZ nie zawiera wyjaśnienia co oznaczają użyte przez Zamawiającego skróty R + S + K_o + Z.

Art. 36 ustawy nakazuje aby w SIWZ znalazł się opis sposobu obliczania ceny. Opis sposobu obliczania ceny powinien być jasny i klarowny. Wykonawcy nie powinni się domyslać co Zamawiający miał na myśli sporządzając taki a nie inny sposób obliczania ceny. Jeżeli Zamawiający zdecydował się na użycie skrótów to powinien wyjaśnić co te skróty oznaczają. Jednym słowem sposób obliczania ceny nie może budzić wątpliwości co do jego treści.

Wskazany przez Zamawiającego sposób obliczania ceny jest niejasny. Na podstawie tego sposobu wykonawcy nie mogą dowiedzieć się w jaki sposób ustalić cenę. Wykonawcy nie wiedzą zatem w jaki sposób ukształtować swoją ofertę. Nie ulega zatem najmniejszym wątpliwościom, że Zamawiający poprzez ww. opisanie sposobu określania ceny naruszył dyspozycję art. 36 ustawy.

IV. Nieprawidłowe sporządzenie wzoru umowy o wykonanie zamówienia publicznego

Zamawiający korzystając z dyspozycji art. 36 ustawy uczynił częścią SIWZ wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W §4 umowy Zamawiający wskazał, iż „*Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmniejszenia ilości powierzchni powierzonego do utrzymania terenu, bez odszkodowania z tytułu zmniejszenia się należnego Wykonawcy wynagrodzenia*”. Powyższy zapis stanowi próbę wprowadzenia do umowy postanowienia umożliwiającego zmianę treści zobowiązania umownego w stosunku do przedmiotu zamówienia wskazanego w SIWZ. Z całą stanowczością stwierdzić należy, iż wprowadzenie takiego zapisu stoi w sprzeczności z art. 140 ust. 1 ustawy. Zmiana umowy w przedmiocie wykonania zamówienia publicznego jest możliwa jedynie w warunkach wskazanych w art. 140 ustawy. Żaden z warunków przewidzianych w tym przepisie nie występuje w niniejszej sprawie.

W przedmiotowej sprawie zajął stanowisko już Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 24.02.2006r. (UZP/ZO/0-472/06 LEX nr 182034). Zespół Arbitrów stwierdził, że „*niedopuszczalne jest zastrzeżenie przez Zamawiającego prawa do ewentualnego rozszerzenia lub ograniczenia umownego zakresu zamówienia w trakcie jego realizacji, bądź też wydłużenia terminu realizacji w przypadku ograniczenia środków finansowych. Zmiana umownego zakresu zamówienia, a zwłaszcza jego rozszerzenie jest bowiem sprzeczne z treścią art. 140 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych.*”

Nie ulega zatem wątpliwości, że § 4 wzoru umowy narusza art. 140 ust. 1 ustawy.

W § 7 umowy Zamawiający wskazał, iż „*Piasek i inne materiały służące do konserwacji i naprawy występujących na terenach objętych umową sprzętów, ławek – zakupi i dostarczy Wykonawca na koszt Zamawiającego.*”

Z całą stanowczością podkreślić należy, iż zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ **Zamawiający nie jest zobowiązany do konserwacji, naprawy i do dostarczenia materiałów do konserwacji i naprawy ławek. Trudno określić również,**

7 Demol *flor*

jakie pozostałe sprzęty Zamawiający miał na myśli używając pojęcia „sprzętów występujących na terenach objętych umową.” Zapisy umowy wykraczają zatem poza opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ.

Stosownie do dyspozycji art. 140 ust. 3 ustawy „umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.” Mając powyższe na uwadze nie ulega wątpliwości, iż §7 umowy – w kwestionowanym zakresie – narusza art. 140 ust. 3 ustawy.

W §9 ust. 1 umowy Zamawiający wskazał, iż „Zamawiający nie zapłaci za tą ilość powierzchni terenu, na której stwierdzono niewykonanie lub nienależyte wykonanie prac objętych niniejszą umową.”

Stwierdzić należy, iż §9 ust. 1 umowy w zakresie odnoszącym się do niewypłacenia wynagrodzenia za nienależyte wykonanie prac objętych umową jest sprzeczny z art. 2 pkt. 13 ustawy. Nienależyte wykonanie umowy jest formą wykonania zobowiązania. Zgodnie z art. 471 ust. 1 kc Zamawiającemu przysługiwałoby w tym przypadku roszczenie o zapłatę odszkodowania z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania i to tylko w takim przypadku, gdy niewykonanie umowy wynika z okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność. Ewentualne odszkodowanie mogłoby zmniejszać wynagrodzenia Wykonawcy.

Zamawiający tymczasem z góry założył, iż w przypadku nienależytego wykonania prac w ogóle nie zapłaci umówionego wynagrodzenia. Powyższe zapis skutkuje tym, że według koncepcji Zamawiającego niektóre prace objęte zamówieniem publicznym miałyby być wykonane nieodpłatnie. Ukształtowanie zapisów umowy, zgodnie z którym niektóre prace będą świadczone na rzecz Zamawiającego nieodpłatnie jest sprzeczne z podstawową zasadą odpłatności zamówień publicznych. Kwestionowany zapis umowy narusza tę zasadę. W związku z czym narusza on art. 2 ust. 13 ustawy.

Wskazać należy, iż w kwestii odpłatności umowy o wykonanie zamówienia publicznego wypowiadał się już Zespół Arbitrów. W wyroku z dnia 29.06.2004r. UZP/ZO/0-952/04, LEX nr 190220) Zespół Arbitrów wskazał, iż „*Stosunek prawny wynikający z umowy łączy Zamawiającego i wykonawcę, nie zaś mieszkańców i wykonawcę, a zatem wykonawca nie ma podstawy prawnej do domagania się zapłaty za te czynności od mieszkańców, pomijając już fakt, że nie ma żadnej możliwości ustalenia, kto owe „gabaryty” wyrzucił.* Taki zapis

7 Dena *Ador*

umowy prowadzi do sytuacji, że w istocie dana czynność jest bezpłatna, co jest sprzeczne z definicją zamówień publicznych określoną w art. 2 ust. 13 ustawy."

W §10 umowy oraz w pkt. 21 SIWZ Zamawiający zastrzegł na swoją rzecz karę umowną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie prac objętych zamówieniem w wysokości 25% należności miesięcznej. Powyższy zapis narusza zasady współzycia społecznego. W związku z czym zapis ten jest nieważny (art. 58 ust. 2 kc w zw. z art. 139 ustawy).

W umowach o wykonanie zamówienia publicznego złamana została cywilnoprawna zasada swobody zawierania umów. Wykonawca – w przypadku umieszczenia wzoru umowy w SIWZ – staje przed faktem dokonanym. Albo zawrze umowę o treści przygotowanej przez Zamawiającego albo zrezygnuje ze startu w przetargu. Prawo zamówień publicznych przyznaje zatem Zamawiającemu uprawnienie do przygotowania treści umowy. Prawo nie pozwala jednak na dowolne ukształtowanie treści stosunku umownego. Umowa powinna być ukształtowana na zasadzie ekwiwalentności świadczeń¹ oraz powinna uwzględniać prawa i interesy obydwu stron.

Tymczasem Zamawiający wprowadził do umowy zapisy rażąco stroniczne. Zamawiający nie różnicuje i nie wskazuje warunków brzegowych, od których uzna, że zobowiązanie objęte umową nie zostało wykonane w sposób należyty. W skrajnych przypadkach Zamawiający może zatem wykorzystać najmniejsze uchybienie w wykonaniu przedmiotu zamówienia do nałożenia na Wykonawcę drakońskiej kary umownej w wysokości 25% należności miesięcznej (np. za nieodświeżenie 1 m² z 228.228 m² objętych umową).

Zastosowanie przez Zamawiającego stawki kary umownej w wysokości 25% należności miesięcznej oraz nieustanowienie wartości brzegowych, od których przyjmuje się, że zobowiązanie zostało wykonane w sposób nieprawidłowy narusza zdaniem Protestującego zasady współzycia społecznego. Przedmiotowy zapis narusza zatem art. 58 ust. 2 kc w zw. z art. 139 ustawy.

W tym miejscu wskazać należy, iż Zespół Arbitrów dopuszczał w swoich orzeczeniach możliwość zastosowania kar umownych w umowach o wykonanie zamówienia publicznego. Zespół Arbitrów podkreślał jednak, że „Stawki kar umownych należy kalkulować według spodziewanych następstw majątkowych uchybień” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia

¹ M.Stachowiak, LEX/EI. 2007 Komentarz do art. 36 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.06.164.1163).

22.07.2004r. UZP/ZO/0-1107/04 LEX nr 190164). W niniejszej sprawie wysokość kary umownej w żaden sposób nie koresponduje z „następstwami majątkowymi uchybień”.

V. Podsumowanie

Przygotowana przez Zamawiającego SIWZ zawiera rażące błędy. Ilość i rodzaj błędów jest tak duży, iż uzasadnia zdaniem Protestującego powtórzenie czynności sporządzenia SIWZ.

Jedynie z ostrożności procesowej Protestujący, na wypadek nieuwzględnienia żądania powtórzenia sporządzenia SIWZ, wnosi o dokonanie opisanych w petitum protestu zmian SIWZ. Protestujący pragnie jednak zwrócić uwagę Zamawiającemu, iż SIWZ jest zespołem postanowień wzajemnie ze sobą powiązanych. Ilość koniecznych zmian jest tak duża, że uzupełnienie obecnej SIWZ w sposób spójny może być trudne. Ewentualne błędy uzupełnionej SIWZ mogą natomiast stanowić przyczynę wniesienia nowych protestów. Protestujący wnosi zatem o rozważenie sporządzenia nowej – od początku prawidłowej – SIWZ.

Stosownie do dyspozycji art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy postępowanie należy unieważnić jeżeli jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stosownie natomiast do dyspozycji art. 146 ust. 1 pkt. 6 ustawy umowa o wykonanie zamówienia publicznego jest nieważna jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. Na podstawie nieprawidłowo sporządzonej SIWZ nie można prawidłowo sporządzić i złożyć oferty. Błędy w SIWZ mają zatem wpływ na wynik postępowania i mogą stanowić podstawę do jego unieważnienia.

SIWZ można zmienić jedynie w terminie przewidzianym do składania ofert. Upływ tego terminu ostatecznie zamyka drogę do zmiany SIWZ. Z uwagi na powyższe w przypadku upłynięcia terminu do składania ofert przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu Protestujący wnosi o unieważnienie całego postępowania.

Mając powyższe na uwadze wnosimy jak na wstępie.

Załącznik: odpis z KRS

CZŁONEK ZARZĄDU

Dariusz Adamczak
Dariusz Adamczak

Prokurent

Jakub Dawid