

Jaworzno, dnia 18.12.2009

**Wykonawcy zainteresowani udziałem  
w postępowaniu o udzielenie  
przedmiotowego zamówienia publicznego**

Sprawa nr 56/2009/EEZP/IZ

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawy elementów trasy kolejki podwieszanej dla Zakładów Południowego Koncernu Węglowego S.A.”

**ROZSTRZYGNĘCIE PROTESTU**

Działając na podstawie art. 183 ust. 1 i art. 183 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2007 roku, Nr 223 poz.1655 z późn. zm) dalej zwanej „ustawą”, Zamawiający - Południowy Koncern Węglowy S.A. w Jaworznie niniejszym informuje o rozstrzygnięciu protestu wniesionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę elementów trasy kolejki podwieszanej dla Zakładów Południowego Koncernu Węglowego S.A.” przez Wykonawcę – Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A., ul. Lompy 14, 40-955 Katowice - zwanym dalej „Protestującym”, który wpłynął do Zamawiającego w dniu 15.12.2009 r. - uwzględni protest w zakresie żądania nr 1, nr 2 i nr 4 oraz oddała protest w zakresie żądania nr 3 i nr 5.

Protest został wniesiony w terminie przez podmiot uprawniony.

Uzasadnienie

Protestujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego oraz art. 29 ust. PZP.

Protestujący wnosi o zmianę treści SIWZ w zakresie objętym niniejszym protestem:

1. Określenie minimalnej wartości zamówień, do których złożenia w ramach umowy zobowiązuje się Zamawiający (względnie wprowadzenia zapisów odszkodowawczych za zaniechanie złożenia zamówień).
2. Wprowadzenie minimalnych wartości zamówień w poszczególnych okresach (np. miesięcznych) realizacji umowy.
3. Wprowadzenie obowiązku Zamawiającego do zapłaty kary umownej w proporcjach, które zostały nałożone na Wykonawcę, a w szczególności za nie składanie zamówień w ilościach gwarantowanych po zmianie wskazanej w punkcie 2.

4. Wprowadzenie w § 2 pkt 6 zdanie 2 (załącznik nr 4 do SIWZ) projektu umowy zapisu, iż jedynie „w przypadku pozytywnego rozpatrzenia reklamacji Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie, nie później niż w terminie 7 dni (...) dostarczyć towar wolny od wad (...).
5. Wprowadzenie w załączniku nr 1 do SIWZ punkt 6.1. podpunkt „n” oraz w załączniku nr 4 do SIWZ zapisów umowy, iż Zamawiający jest zobowiązany w wypadku dostarczenia przez Wykonawcę zamiast sprzedanej rzeczy, dotkniętej wadą fizyczną, rzeczy wolnej od wad do zapłacenia wynagrodzenia za zgodne z przeznaczeniem zużycie rzeczy wymienionej. Wymiana rzeczy częściowo zużytej na rzecz wolną od wad może powodować nieuzasadnione wzbogacenie się Zamawiającego względem Wykonawcy.

### **Ad 1 i 2**

Zamawiający uwzględni protest w zakresie żądania nr 1 i 2.

Zamawiający w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia w pkt. 2 h określił, że podane wielkości zamówienia są wielkościami szacunkowymi, które mogą ulec zmianie w zależności od potrzeb Zamawiającego. W § 3 ust. 2 załącznika nr 4 do SIWZ stanowiącego projekt umowy, Zamawiający stwierdził, że łączna wartość wszystkich zamówień złożonych przez Zamawiającego nie może przekroczyć kwoty brutto dla danej części zamówienia określonej przez Wykonawcę w złożonej ofercie. Protestujący powołując się na art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, wymaga od Zamawiającego określenia minimalnego zakresu realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający przy szacowaniu wartości zamówienia opierał się na harmonogramach planowanych do wykonania wyrobisk chodnikowych w Zakładach Górniczych Południowego Koncernu Węglowego S.A. w okresie realizacji umowy zawartej z potencjalnymi Wykonawcami wyłonionymi w toku prowadzonego postępowania przetargowego. Zamawiający określił w sposób staranny szacunkowe ilości poszczególnych rodzajów wyrobów, których realizacja w poszczególnych częściach będzie uzależniona od napotkanych w trakcie drążenia wyrobisk chodnikowych warunków geologiczno-górnich oraz występujących zagrożeń naturalnych. Szacunki Zamawiającego określone w zestawieniu tabelarycznym opisu przedmiotu zamówienia w pkt. 3,4 i 5, opierają się na rzetelnej analizie potrzeb wynikających z harmonogramów robót górniczych związanych z drążeniem wyrobisk w okresie objętym przedmiotem zamówienia przetargowego. Istotna zmiana warunków geologiczno-górnich nie dających się przewidzieć (siła wyższa) napotkanych w trakcie drążenia wyrobisk w Zakładach Górniczych Południowego Koncernu Węglowego S.A. związana z nierozpoznaną do końca tektoniką górotworu oraz występującymi zagrożeniami naturalnymi może skutkować koniecznością zmiany harmonogramów robót oraz ilością wykonywanych wyrobisk w danych rejonach wydobywczych. Niemożliwym, więc jest określenie w sposób całkowicie pewny wymaganych ilości materiałów w pierwotnym terminie objętym umową. Dla zabezpieczenia się przed skutkami zmiennych warunków geologiczno-górnich i ich wpływie na poziom realizacji dostaw tras kolejek podwieszanych w ramach zawartej umowy, Zamawiający, którego zamiarem jest w jak największym zakresie realizacja umowy zawartej z potencjalnymi Wykonawcami wyłonionymi w toku prowadzonego postępowania przetargowego zawarł w SIWZ w pkt. XVI dotyczącym dopuszczalnych zmian w umowie zapis umożliwiający przedłużenie terminu realizacji umowy do 3 miesięcy (licząc od pierwotnego terminu zakończenia realizacji umowy), w przypadku nie wyczerpania się środków przewidzianych na realizację umowy.

Zamawiający dokona zmiany treści § 3 załącznika nr 4 do SIWZ stanowiącego projekt umowy, polegającej na dodaniu zapisu o treści:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo do dokonywania zakupów towarów, o których mowa w § 1 ust 1, według swoich potrzeb, w związku z czym łączna wartość towarów zakupionych na podstawie niniejszej umowy może być niższa niż określona w § 3 ust. 2 i Wykonawcy nie będą z tego tytułu przysługiwały jakiegokolwiek roszczenia, w szczególności odszkodowawcze. Strony ustalają jednak, że łączna wartość towarów zakupionych przez Zamawiającego od Wykonawcy na podstawie niniejszej umowy nie będzie niższa niż 70% wartości określonej w § 3 ust. 2 oraz w skali jednego kwartału nie będzie niższa niż 10% wartości określonej w § 3 ust. 2 .”

#### **Ad 4**

Zamawiający uwzględni protest w zakresie żądania nr 4.

Zamawiający dokona zmiany treści zapisów w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Załącznik nr 4 do SIWZ- Projekt umowy poprzez zmianę treści § 2 ust. 6.

Po zmianie § 2 ust. 6 otrzyma brzmienie:

„W przypadku stwierdzenia wad jakościowych dostarczonych towarów Zamawiający dokona pisemnej reklamacji. Reklamacja winna zostać rozpatrzona przez Wykonawcę nie później niż w ciągu 3 dni roboczych od daty jej doręczenia Wykonawcy. W przypadku pozytywnego dla Zamawiającego rozpatrzenia reklamacji, Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie, nie później niż w terminie 7 dni od daty rozpatrzenia reklamacji, dostarczyć Zamawiającemu na swój koszt towar wolny od wad oraz odebrać od Zamawiającego towar wadliwy.

W razie nieuzasadnionej odmowy odebrania od Zamawiającego towaru wadliwego, towar ten po upływie siedmiodniowego terminu, o którym mowa w zdaniu trzecim, będzie składowany przez Zamawiającego na koszt i ryzyko Wykonawcy. Z tytułu tego składowania Wykonawca zobowiązany będzie zapłacić Zamawiającemu kwotę stanowiącą równowartość 1% łącznej ceny netto składowanego towaru za każdy dzień składowania”.

#### **Ad 3**

Zamawiający postanawia oddalić protest w zakresie żądania nr 3.

Zgodnie z art. 139 ust 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z kolei jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie cywilnym jest zasada swobody umów określona w art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego. Swoboda stron w określaniu stosunku zobowiązaniowego nie jest absolutna, doznaje ona ograniczenia w taki sposób, że treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku, ustawą ani zasadami współżycia społecznego. Prawo zamówień publicznych wprowadza ograniczenie swobody umów, bowiem już na etapie SIWZ, zgodnie z art. 36 ust.1 pkt 16 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest określić istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli Zamawiający wymaga od Wykonawcy, aby zawarł z nim umowę na takich warunkach. Zatem zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej to do Zamawiającego należy określenie warunków umowy, a wszelkie zarzuty odnośnie treści tych warunków mogą być podnoszone tylko wtedy, gdy naruszają one przepisy prawa lub zasady współżycia społecznego, albo ich treść lub cel sprzeciwiają się właściwości (naturze) stosunku prawnego. Wbrew twierdzeniom Wykonawcy zawartym w proteście, żadne z takich uchybień nie zachodzą w odniesieniu do warunków umowy sformułowanych przez Zamawiającego. W szczególności brak podstaw dla dopatrywania się naruszenia zasady równości stron stosunku prawnego w nieprzewidzeniu przez Zamawiającego kary umownej za niewywiązanie się z obowiązku złożenia zamówień w minimalnym zakresie

ustalonym w umowie (wprowadzonym w wyniku uwzględnienia protestu w punkcie 2). Nie ma bowiem powodu, aby dla każdego przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań umownych wprowadzać zryczałtowaną formę odszkodowania w postaci kary umownej. W przypadku niezłożenia przez Zamawiającego zamówień w minimalnym zakresie Wykonawcy będzie przysługiwało prawo dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych, stosownie do art. 471 i nast. k.c., co dostatecznie zabezpiecza jego interesy.

#### **Ad 5**

Zamawiający postanawia oddalić protest w zakresie żądania nr 5.

Żądanie wynagrodzenia za korzystanie ze sprzedanej rzeczy, która okazała się wadliwa i w związku z tym wymieniona przez Wykonawcę na wolną od wad – wobec rzekomego nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego względem Wykonawcy – nie tylko nie znajduje żadnego oparcia w przepisach formułujących uprawnienia kupującego z tytułu gwarancji jakości i rękojmi za wady rzeczy sprzedanej, ale jest wręcz sprzeczne z istotą gwarancji i rękojmi. Wykonawca akceptujący ustalony przez Zamawiającego minimalny okres gwarancji (punkt 6.1 lit. n załącznika nr 1 do SIWZ) winien zapewnić taką jakość oferowanego przez siebie produktu, aby produkt ten był w pełni zdatny do zgodnego z przeznaczeniem użytku przez cały ten okres.

#### **POUCZENIE**

Zgodnie z art. 184 ust. 1 i ust. 2 Ustawy prawo zamówień publicznych- od powyższego rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 10 dni od doręczenia niniejszego rozstrzygnięcia, jednocześnie przekazując kopię treści odwołania Zamawiającemu.