

Zabrze, dnia 9 marca 2008 r.

Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji

ul. Dekabrystów 43

42-215 Częstochowa

faks (0 34) 372 07 85

znak sprawy: MOSIR.IV-341-4-24/08

PROTEST

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych tekst jednolity z 2007 r. (Dz. U. Nr 223, poz.1655) zwanej dalej ustawą składam protest wobec czynności podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „**dostawę, montaż i uruchomienie elektronicznej przenośnej tablicy świetlnej na terenie Miejskiego Stadionu „Arena Częstochowa”**”, polegającej na:

- unieważnieniu postępowania z naruszeniem przesłanki upoważniającej do unieważnienia postępowania wynikającej z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych,

Wobec czynności podjętych przez Zamawiającego, **zarzucam** naruszenie:

- art. 93 ust. 1 pkt. 7 - poprzez unieważnienie postępowania z naruszeniem tej przesłanki do jej zastosowania;

Wskutek czynności podjętych przez Zamawiającego doznaliśmy **uszczerbku w interesie prawnym** polegający na;

- Decyzja o unieważnieniu postępowania skutkuje tym, że ustaje byt prawny toczącego się postępowania i nie może dojść do wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy z którym miałyby zostać podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego. Interes prawny protestującego został naruszony na skutek dokonanej bezprawnej czynności unieważnienia postępowania przez zamawiającego, bowiem unieważnienia tego dokonał z naruszeniem przesłanki upoważniającej do unieważnienia postępowania. Dokonana czynność jest sprzeczna z prawem. Działanie takie uniemożliwia uzyskanie przedmiotowego zamówienia przez protestującego. Oferta protestującego jest ofertą najkorzystniejszą, która nie podlega odrzuceniu, tym samym został naruszony interes prawny który doznał uszczerbku w uzyskaniu zamówienia publicznego. Działania sprzeczne z prawem wykonane przez Zamawiającego uniemożliwiają uzyskanie zamówienia, na które nasza firma liczyła składając ofertę.

Wobec powyższego **wnoszę o:**

1. uwzględnienie protestu,
2. uchylenie decyzji o unieważnieniu postępowania;
3. ponowne przeprowadzenie badania i oceny oraz wybór najkorzystniejszej oferty;

Informację stanowiącą podstawę do wniesienia niniejszego protestu, tj. unieważnienie postępowania otrzymaliśmy w dniu 07.03.2008 r w formie elektronicznej (e-mail), zatem protest składamy w terminie.

UZASADNIENIE

I.

Pismem z dnia 07.03.2008 r, otrzymanego pocztą elektroniczną w tymże samym dniu, Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji z Częstochowy zawiadomił DYSTEN Sp. z o.o. o rozstrzygnięciu protestu wniesionego przez TRIAS Sp. z o.o. oraz o unieważnieniu postępowania w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na **dostawę, montaż i uruchomienie elektronicznej przenośnej tablicy świetlnej na terenie Miejskiego Stadionu „Arena Częstochowa”.**

Po wnikliwej analizie zebranego w niniejszym postępowaniu materiału, DYSTEN Sp. z o.o postanowiło złożyć protest. Podstawą złożenia protestu jest szereg – zapewne niezamierzonych – uchybień, które sprawiają, że protestujący odnosi wrażenie, iż unieważniono postępowanie pod wpływem zewnętrznych nacisków, a nie faktycznych okoliczności mających mocne podstawy w unieważnieniu postępowania. Spowodowało to, że czynności tej dokonano z naruszeniem podstaw prawnych upoważniających do unieważnienia tego postępowania.

II.

Unieważnienie postępowania w oparciu o przesłankę art. 93 ust. 1 pkt. 7, która nakazuje unieważnić postępowanie obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Pomiędzy wadą, a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć normalny (adekwatny) związek przyczynowy. Wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną nieważność *ab initio*, a tym samym prawna bezskuteczność¹. Związku przyczynowego unieważnienia w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt. 7 należy więc upatrywać w art. 146 ust. 1 określającego przesłanki skutkujące zawarciem nieważnej umowy. Zamawiający w unieważnieniu postępowania nie wykazał tego związku z żadnym wymienionym tam enumeratywnie przepisem, a oparł się jedynie na wadach, które nie mają absolutnie żadnego przełożenia na stan faktyczny, który upoważniałby do unieważnienia postępowania w oparciu o zaistniałą wadę prawną skutkującą zawarciem nieważnej umowy. Jednocześnie należy podnieść,

iz art. 93 ust. 3 obliguje zamawiającego do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego stanowiącego podstawę unieważnienia postępowania.

III.

Zamawiający podając uzasadnienie faktyczne oparł je na wątpliwych przesłankach postępowania, skutkujących wadą uniemożliwiającą zawarciem umowy, wymieniając jako wadę prawną:

1. nieprecyzyjne określenie wymagań w stosunku do przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego oraz dokumentów potwierdzających spełnianie tych wymagań;
2. Zamawiający nie dopełnił wymogów wynikających z Art. 181 ust. 2 i 2a a więc nie poinformował Wykonawców o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą jak również nie wezwał w terminie nie późniejszym niż 7 dni przed upływem ważności wadium do przedłużenia ich ważności na okres niezbędny do zawarcia umowy. W związku z powyższym ważność wszystkich wadium złożonych przez Wykonawców upłynęła 6 marca;
3. zdaniem Zamawiającego przedłużająca się procedura przetargowa praktycznie uniemożliwi wykonanie zamówienia w wyznaczonym w SIWZ terminie czyli do dnia 31 marca 2008 r

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń zamawiającego nie sposób oprzeć się wrażeniu, iż ocena tych wad była powierzchowna i dokonana w pośpiechu bez wnikania w faktyczne zaistnienie związku przyczynowego wadliwości postępowania, dla której nie można zawrzeć ważnej umowy. Zarówno w literaturze przedmiotu jak i w orzecznictwie ZA, KIO czy też SO jest jednoznaczny pogląd, iż powyższy wymieniony katalog wad nie stanowi uprawnienia do unieważnienia postępowania. Odnosząc się do:

Ad. 1 Gdyby uznać, iż samo określenie przez zamawiającego „nieprecyzyjne określenie wymagań (...)” miałyby stanowić podstawy wady prawnej skutkującej zawarciem nieważnej umowy, dochodziłoby do nadużywania przesłanki upoważniającej do unieważnienia postępowania. Zgodnie z wiedzą protestującego, jak i pozostałych uczestników postępowania nie występowały wątpliwości interpretacyjne dotyczące opisu przedmiotu zamówienia także w zakresie wymagań w stosunku do przedmiotu zamówienia jak i wymagań dokumentów potwierdzających spełnienie tych wymagań. Zamawiający opisał przedmiot zamówień w sposób jednoznaczny, wyczerpujących za pomocą dostatecznie zrozumiałych i dokładnych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. To właśnie ten opis spowodował protesty niezadowolonego wykonawcy TRIAS Sp. z o.o., który nie może uzyskać

¹ Prawo zamówień publicznych Komentarz wydanie drugie pod redakcją Tomasza Czajkowskiego UZP Warszawa 2006 str. 245

przedmiotowego zamówienia bowiem złożył ofertę mniej korzystną od DYSTEN Sp. z o.o. doszukując się kuriozalnych, nieistniejących uchybień i przedmiotu realizacji. Potwierdzeniem tezy bezzasadności zarzutów jest oddalenie protestów przez zamawiającego składanych przez tę firmę. Podstawa nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, jako wada prawna jest chybiona. Jest dziwnym, iż to zamawiający opiera swoją decyzję na tej części specyfikacji, która bez wątpienia stanowi najczęściej przedmiot sporów między wykonawcami. Rozpatrzenie wady opisu przedmiotu zamówienia winno wskazywać czego zamawiający nie opisał, co powoduje, że nie może wyłonić najkorzystniejszej oferty. Jakkolwiek by nie sądzić, ocena stanu faktycznego w tym zakresie czy stanowi podstawę do unieważnienia postępowania, jest jednoznaczna i na pewno nie jest okolicznością, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy. **Nie można unieważnić postępowania tylko z tej przyczyny, iż po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zmienia swoje oczekiwania odnośnie przedmiotu zamówienia lub dochodzi do przekonania, że przedmiot zamówienia powinien spełniać szereg dodatkowych wymagań nie wskazanych w siwz.** Takie stanowisko wyraża wyrok SO w Warszawie z 24.10.2006 V CA 1627/06

Ad. 2 Sam fakt zaniechania czynności zawiadomienia o zawieszeniu terminu związania ofertą, także wezwania do wyrażenia zgody na przedłużenie ważności wadium, nie stanowi podstawy do uznania wady prawnej skutkującej zawarciem nieważnej umowy. Katalog przesłanek skutkujących zawarciem nieważnej umowy w art. 146 ust.1 ustawy wymienia w pkt. 5 i 6 te przesłanki, na których jako związek przyczynowy, zamawiający opiera swoją decyzję o unieważnieniu postępowania obarczonego wadą prawną. Jest tam mowa o naruszeniu przepisów, które miało wpływ na wynik postępowania oraz o rażącym naruszeniu przepisów. Rażące naruszenie przepisów ustawy, to takie, gdy dochodzi do naruszenia przepisów, ale gdy naruszenie to wywołuje także określone skutki i ma wpływ na wybór oferty. W literaturze przedmiotu ścierają się dwa stanowiska: pierwsze wyżej przytoczone, drugie gdy dochodzi do bezpośredniego naruszenia normy prawnej bez względu na skutek, jaki to naruszenie wywołuje. Przeważa jednak pogląd, że w odniesieniu do Prawa zamówień publicznych zastosowanie ma jednak ta pierwsza teza. Wg. komentarza Prawa zamówień publicznych autorów G. Wicik/ P. Wiśniewski, którzy to odwołują się do szeregu publikacji w tej materii różnych autorów, między innymi do Prawa zamówień publicznych Komentarz pod red. T. Czajkowskiego, Warszawa, str. 318. Jeżeli dochodzi do konkretnych naruszeń przepisów ustawy konieczna jest analiza stanu faktycznego i skutków zaistnienia nieprawidłowości. Z tym, że rażące naruszenie przepisów ustawy, o których mowa w art. 146 ust. 1 pkt. 5, za trafne należy uznać, że są to przypadki wadliwości postępowania bezpośrednio związane z czynnością wyboru oferty. W orzecznictwie przyjmuje się, że dokonaniem wyboru oferty z rażącym naruszeniem przepisów ustawy jest w szczególności ustalenie kryteriów oceny ofert z pominięciem kryterium oceny (...). Uzasadnienie unieważnienia, iż zamawiający zaniechał czynności powiadomienia o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą należy uznać za chybione. Art. 181 ust. 1 i 2 jest normą bezwzględnie obowiązującą. Ma znaczenie podwójne. Zamawiający zawiesza bieg terminu związania ofertą mocą ustawy oraz zawiadamia wykonawców o tej czynności. Zaniechanie

wykonania czynności powiadomienia wykonawców o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą w związku z otrzymanym protestem nie wstrzymuje ustawowego zawieszenia biegu tego terminu. Oznacza tyle, że bieg terminu związania z ofertą zostaje zawieszony mocą ustawy, a nie czynnością zamawiającego. Brak powiadomienia wykonawców o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą przez zamawiającego nie nakłada na niego żadnej sankcji z tego tytułu. Ponadto protestujący podnosi, iż wnoszone protesty przez wykonawcę TRIAS Sp. z o.o. określały szereg zarzutów, jednak nie zarzucały zaniechania czynności powiadomienia go w tej kwestii, co przesądza o świadomości każdego wykonawcy w tej kwestii. Wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien mieć podstawową wiedzę o ile nie większą z zakresu prawa zamówień publicznych, szczególnie w zakresie przysługujących mu uprawnień oraz skutków, gdy z tych uprawnień korzysta. Protestujący nie zgadza się z twierdzeniem zamawiającego, że termin związania ofertą upłynął w dniu 06.03.2008 r. Zgodnie ze sposobem liczenia terminów, liczbą otrzymanych protestów przez zamawiającego w toku badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanych w tym względzie rozstrzygnięć przez zamawiającego, termin związania ofertą upływa w dniu 14.03.2008r., a nie jak podał zamawiający 06.03.2008r. Podanie uzasadnienia faktycznego zastosowanie przesłanki upoważniającej do unieważnienia postępowania jest więc chybione.

Temu samemu rygorowi odpowiada przepis art. 181 ust 2a i dotyczy czynności wezwania do przedłużenia ważności wadium. W niniejszym postępowaniu wykonawcy wnieśli wadium w formie pieniężnej przelewem na konto zamawiającego. Zaniechanie czynności do wezwania do przedłużenia ważności wadium nie skutkuje utraty tego zabezpieczenia szczególnie, że forma zabezpieczenia oferty wadium jest w dyspozycji zamawiającego na jego koncie. Zachowana przez wykonawców forma pieniężna w pełni zabezpiecza oferty, tym bardziej, że termin związania ofertą, jak wyżej wykazano, jeszcze nie upłynął. Brak wezwania na 7 dni przed upływem ważności wadium nie stanowi podstawy do stwierdzenia wady prawnej uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy. Ustawodawca bowiem art. 94 ust. 1 a dopuszcza możliwość zawarcia umowy po upływie terminu związania ofertą, tym samym po wygaśnięciu ważności wadium z zastrzeżeniem, iż zaistnieją okoliczności określonej w tej normie, tj. zamawiający wybierze ofertę przed upływem terminu związania ofertą, a wykonawca wyrazi zgodę na jej zawarcie na warunkach określonych w ofercie. Okoliczność ta ma zastosowanie w niniejszym postępowaniu, bowiem wniesiony protest przez DYSTEN powoduje ponownie ustawowe zawieszenie biegu terminu związania ofertą o czas, w jakim zamawiający nie rozstrzygnie niniejszego protestu. Ponieważ zamawiający nie zwrócił wadium wykonawcom po błędnie obliczonym upływie terminu związania ofertą, oferty te nadal są tym wadium zabezpieczone. Zamawiający może więc dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty oraz podpisać ważną umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Sam fakt naruszenia przepisów proceduralnych związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi podstawy do stwierdzenia, iż zachodzą przesłanki uzasadniające unieważnienie postępowania, konieczne również jest stwierdzenie w sposób nie budzący wątpliwości, że uchybienie

rzeczywiście miało wpływ na wynik postępowania, a nie tylko mogło mieć wpływ. Stanowisko to zostało wyrażone w wyroku SO w Gliwicach z 14.06.2006 r., X Ga 83/06/P4

Ad. 3 Powołanie się zamawiającego, uzasadniająca wadę prawną w braku możliwości wykonania zamówienia publicznego w terminie określonym do 31 marca 2008 r. nie stanowi podstawy do uzasadnienia unieważnienia postępowania obarczonego wadą prawną. Zamawiający przypisał sobie możliwość wyrażania swojego zdania niewykonalności zadania w terminie wynikającym ze specyfikacji. Termin ten wszak jeszcze nie upłynął, więc zamawiający nie może arbitralnie uznać o niewykonalności zadania. Podnieść należy także, iż przepisy ustawy Pzp w szczególnie uzasadnionych przypadkach dopuszczają możliwość zmiany sposobu realizacji świadczenia, o czym przesądza przepis art. 140 ust. 2. Kolejne nowelizacje ustawy Prawa zamówień publicznych wprowadziły szereg uregulowań mających na względzie szczególnie interes publiczny a więc interes zamawiającego w wydatkowaniu środków publicznych. Zapisy te uprawniają zamawiającego do podejmowania szeregu decyzji, bez ingerencji urzędów centralnych, a które pozwolą mu realizować wydatki i zadania inwestycyjne bez zbędnej zwłoki i biurokratycznych barier szczególnie opartych w sztywnych przepisach prawa. Znowelizowany 7 kwietnia 2006 r przepis art. 140 ust. 2 ustawy Pzp dopuszcza możliwość zmiany sposobu realizacji świadczenia przed podpisaniem umowy. Celem znowelizowanego przepisu było wprowadzenie regulacji umożliwienia podpisania umowy w okolicznościach jakie podnosi zamawiający, tj. niewykonalność zamówienia w terminie określonym w siwz, ale nie wynika ona z powodu, którą można było przewidzieć. Jest to klasyczny przykład okoliczności wprowadzenia tej zmiany przed podpisaniem umowy, gdy wykonawca tylko wyrazi na to zgodę.

Reasumując, zastosowanie przesłanki upoważniającej do unieważnienia postępowania obarczonego wadą uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy (art. 93 ust. 1 pkt. 7) w sposób bezsporny protestujący dowiódł, iż nie ma ona zastosowania. Podstawa faktyczna naruszeń wskazanych przez zamawiającego nie potwierdza by były to wady skutkujące podpisaniem nieważnej umowy. Wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada samego postępowania, która wywiera istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną nieważność. Wadą uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy jest obiektywna niemożność wyboru najkorzystniejszej oferty. W niniejszym postępowaniu wady takie nie występują, a zamawiający już dwukrotnie tego wyboru dokonał. Decyzją o unieważnieniu postępowania oparł na okolicznościach, które pozostają bez związku z wadą prawną skutkującą zawarciem nieważnej umowy.

IV.

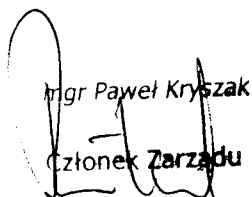
W niniejszej sprawie istotne jest również to, że zgodnie z ustawą o finansach publicznych wydatki jednostek sektora finansów publicznych powinny być dokonywane w sposób celowy, oszczędny i z zachowaniem zasady uzyskania najlepszych efektów z danych nakładów. Wybór oferty firm DYSTEN Sp. z o.o., w przetargu nieograniczonym na „dostawę, montaż i uruchomienie elektronicznej przenośnej tablicy świetlnej

na terenie Miejskiego Stadionu „Arena Częstochowa” stanowi przestrzeganie tych fundamentalnych zasad wydatkowania środków publicznych, gdyż jest ofertą nie podlegającą odrzuceniu, a wykonawca nie podlega wykluczeniu. Jest także ofertą najkorzystniejszą.

Unieważnienie postępowania jest działaniem szkodliwym nie tylko dla zamawiającego, ale może stanowić podstawę stwierdzenia naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez pracowników zamawiającego, co nie jest także w interesie protestującego. Zgodnie bowiem z ustawą z dnia 17 grudnia 2004 r o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 Nr 14, poz. 114 z późn. zm.) art. 17 określa katalog naruszeń związany z udzieleniem zamówienia publicznego. Ust. 3 art. 17 tej ustawy wskazuje, iż **naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania.**

W niniejszym postępowaniu mamy więc do czynienia z klasycznym przypadkiem takiego naruszenia, co powyżej protestujący wykazał.

Mając na względzie powyższe okoliczności prawne i faktyczne żądam jak w sentencji niniejszego Protestu. Protest złożony został na 7 stronach, z zachowaniem przewidzianego terminu w art. 180 ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 z póź. zm.).


mgr Paweł Kryszak
Członek Zarządu

DYSTEN Sp. z o.o.

ul. Roosevelta 120 , 41-800 Zabrze
NIP 648-249-75-73, Regon 278219993
tel. +48 32 376 12 60, fax: +48 32 376 12 62
e-mail: info@dysten.pl