

PODKARPACKI URZĄD WOJEWÓDZKI
w Rzeszowie
Sekretariat Wydziału Infrastruktury

Data Wpływu 21-11-2008

Godz. 15⁰⁰

L. dz. Podpis Met

21 listopada 2008

Handwritten signature and date: 25.11.08

Zamawiający:
Wojewoda Podkarpacki
ul. Grunwaldzka 15
35 – 959 Rzeszów

Postępowanie: Budowa drogowego przejścia granicznego w Budomierzu

PROTEST

na działanie Zamawiającego polegające na dokonaniu w dniu 20 listopada 2008 modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opublikowanej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania inwestycyjnego pn. „Budowa drogowego przejścia granicznego w Budomierzu”

Na podstawie art. 180 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm.; dalej Pzp, wnoszę protest odnośnie:

działania Zamawiającego, polegającego na dokonaniu w dniu 20 listopada 2008 zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz), poprzez modyfikację wzoru umowy, stanowiącego integralną część siwz, przez zastąpienie treści § 4 w brzmieniu:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo zmian postanowień niniejszej umowy w wypadku wystąpienia okoliczności nieprzewidzianych w chwili zawarcia umowy lub zmian korzystnych dla Zamawiającego.”

treścią następującą:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo zmian postanowień niniejszej umowy w wypadku wystąpienia okoliczności niemożliwych do przewidzenia w chwili zawarcia jak również zastrzega sobie prawo ograniczenia zakresu rzeczowego robót i dostaw objętych przedmiotem zamówienia”

Termin do wniesienia protestu został zachowany, Składający protest powziął wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia w dniu 20 listopada 2008r.

Powołanemu działaniu zarzucam:

- 1) naruszenie art. 29 ust. 1 poprzez dopuszczenie ograniczenia zakresu świadczenia w sposób niesprecyzowany; oznacza to, że Zamawiający przygotowując postępowanie

- nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia, który dopuszczalby akceptowalny poziom tolerancji ograniczenia zakresu świadczenia.
- 2) naruszenie art. 5 KC w związku z art. 14 ustawy PZP poprzez brak wskazania okoliczności oraz jak wskazano powyżej, dopuszczalnego poziomu zmniejszenia zakresu umowy.
 - 3) naruszenie art.144 w nowym brzmieniu, przez nie doprecyzowanie okoliczności, zakresu zmian umowy oraz inicjatora zmian do czego Zamawiający jest zobowiązany aby zapewnić możliwość prawidłowego i zgodnego z prawem wykonania umowy.

Jednocześnie wnoszę o:

- 1) powrót do pierwotnej wersji siwz poprzez wycofanie zmiany w zakresie § 4, projektu umowy, wynikającej z treści pisma z dnia 20 listopada 2008 r., zamieszczonego na stronie internetowej Zamawiającego,
- 2) doprecyzowanie zakresu dopuszczalnych zmian oraz wskazanie okoliczności dopuszczalności zmiany zakresu umowy, w postaci co najmniej:
 - a) dopuszczalności zmiany, w przypadku gdy część zamówienia nie leży w interesie publicznym,
 - b) dopuszczalności odstąpienia przez Zamawiającego od realizacji części zamówienia przy zaistnieniu okoliczności braku uzasadnienia funkcjonalnego wykonania danego zakresu robót lub dostaw,
3. zastrzeżenia w projekcie umowy, że zakres prac, będących przedmiotem zamówienia w niniejszym przetargu nieograniczonym, w sytuacji odstąpienia przez Zamawiającego od realizacji danej części, nie zostanie powierzony innym wykonawcom, co będzie czyniło zadość unormowaniom Pzp zabraniającym Zamawiającemu dzielenia zamówienia, skutkującego naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, z równoczesnym uwzględnieniem skutków żądanych zmian w treści § 11 oraz § 12 projektu umowy.

Oprotestowane czynności Zamawiającego uniemożliwiają Budimex Dromex SA, z siedzibą w Warszawie przy ul. Stawki 40, uzyskanie niniejszego zamówienia publicznego. Z uwagi na powyższe została zrealizowana hipoteza normy prawnej zawartej w art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm.) i wniesienie niniejszego protestu jest dopuszczalne.

UZASADNIENIE

Zamawiający w toku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zobowiązany do przestrzegania wszystkich norm prawnych wynikających z ustawy Pzp oraz innych aktów normatywnych.

Odnosząc się do zarzutu nieprawidłowej, nieuprawnionej oraz godzącej w cywilistyczną zasadę równości stron umowy cywilnoprawnej zmiany treści § 4 projektu umowy wskazujemy, że unormowanie takie stanowi nadużycie prawa w rozumieniu art. 5 KC i nie korzysta z ochrony. Zamawiający formułując nową treść wskazanego postanowienia

umownego dopuszcza własne, arbitralne i nie potwierdzone jakimikolwiek zapisami normatywnymi, zmiany, odstępstwa, rezygnacje, zmniejszenia w toku wykonywania świadczenia przez wykonawcę. Wprowadzony zapis stanowi klauzulę generalną, która dopuszcza zmniejszenie świadczenia o dowolną wartość (zwiększenie jest niedopuszczalne na mocy art. 140 ustawy PZP). Jednocześnie Zamawiający w § 11 oraz §12 wskazuje sposób udzielania zamówień nie objętych przetargiem. Tym samym może zaistnieć sytuacja, w której Zamawiający dokona zmniejszenia zakresu wykonywanych robót w toku realizacji umowy, stanowiącej wynik niniejszego postępowania przetargowego, jednocześnie wprowadzając w tok realizacji podmiot trzeci. Obecny stan prawny świadczy o tym, że hipotetycznie Zamawiający dopuszcza rzeczywiste dzielenie zamówienia publicznego. Nie wykluczona jest również możliwość, że przy znaczącym ograniczeniu zamówienia głównego, zamówienie uzupełniające może przewyższyć swą wartością końcową zamówienie podstawowe.

Wskazać należy, że tak sformułowana klauzula generalna, dopuszczająca ograniczenie zakresu rzeczowego robót i dostaw objętych przedmiotem zamówienia, bez wskazania okoliczności, inicjatora zmian, możliwe skutki oraz inne okoliczności, jakie z mocy art. 144 ustawy PZP w brzmieniu obowiązującym po 24 października 2008 r. Zamawiający zobowiązany jest przewidzieć, stanowi nadużycie prawa oraz może prowadzić do obarczenia umowy wadą prawną. Zgodnie z wyrokiem ETS z dnia 29 kwietnia 2004 r. realizacja umowy na warunkach istotnie odmiennych (a takie dopuszcza Zamawiający w niniejszym postępowaniu) od tych, określonych w ofercie stanowi, co do zasady, poważne naruszenie zasad przejrzystości i równego traktowania (sygn. sprawy: C-496/99 *Succhi di Frutta*). Zamawiający ma obowiązek przewidzieć wszystkie okoliczności, które są możliwe, choć ich zajście nie jest pewne. Zamawiający, jako profesjonalny uczestnik rynku, powinien mieć świadomość, że obecne brzmienie § 4 wzoru umowy poszerza zakres ryzyka wykonawcy, co wiąże się z ryzykiem finansowym, przerzucanym na Zamawiającego w toku określania wartości oferty. Działanie takie nie leży w interesie jakiegokolwiek jednostki sektora finansów publicznych.

Jednoznacznym jest, że istnieje sfera zmian, jaką Kierownik Zamawiającego zobowiązany jest przewidzieć już w chwili publikacji ogłoszenia i siwz. „Są to okoliczności zaistniałe w sferze i poza sferą zamawiającego, które mieszczą się w granicach zwykłego ryzyka, związanego z działalnością Zamawiającego i na których wystąpienie powinien być zawsze przygotowany” – cyt. G.Wicik, P. Wiśniewski; „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, C.H. Beck, 2007.

Przy braku jakiegokolwiek unormowania dotyczącego powołanej kwestii uznać należy, że Zamawiający nie tylko nie wypełnił obowiązku określenia granic ryzyka (art. 144), ale również błędnie opisał przedmiot zamówienia, tym samym naruszona została norma prawna wynikająca z art. 29 ust.1, gdyż nie wskazano jednego z essentialia negotii umowy, czyli takiego jej zakresu, który Zamawiający uważa za konieczny, podstawowy, wypełniający obowiązek z art. 29 ust. 1. Jak wskazano powyżej, sytuacja taka może spowodować nieważność umowy o udzielenie zamówienia publicznego w całości bądź w części, co skutkuje konsekwencjami, obciążającymi Kierownika Zamawiającego. Jak wynika z poglądów doktryny oraz orzecznictwa „W przypadku naruszenia opisanego w art. 138 ust. 1 pkt 12 ustawy o finansach publicznych, nie ma znaczenia wartość uszczerbku dla budżetu państwa, lecz sam fakt działania niezgodnego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Zważając na powyższe wniesiono jak na wstępie.