



UD-VI-WOM-ROB/47663/09 2009-11-24 Kania

Urząd m. st. Warszawy  
Urząd Dzielnicy Praga Południe  
Wydział Zamówień Publicznych  
dla Dzielnicy Praga Południe

24. 11. 2009 2428

WPLYNEŁO

Nr..... Podpis.....

dnia 24 listopada 2009 r.

Urząd m. st. Warszawy  
Wydział Organizacyjny Miastokombów  
dla Dzielnicy Praga Południe  
ul. Grochowska 274, 03-841 Warszawa

wpłynęło 2009 -11- 24 - 2228

Nr 11:58

Mość zaliczanków ..... Podpis *Wam*

**Miasto Stołeczne Warszawa** Wydział Infrastruktury  
**Dzielnica Praga Południe** dla Dzielnicy Praga Południe  
**Wydział Zamówień Publicznych**  
**ul. Grochowska 274**  
**03-841 Warszawa** Nr.....

2009 -11- 24

- 1539 -

**Dotyczy postępowania przetargowego pn.: "Budowa kompleksu sportowego w ramach programu Moje boisko - ORLIK 2012 przy ul. Tarnowieckiej 4 w Warszawie".**

Protestujący Wykonawca („Protestujący”): POLCOURT S.A., ul. Generała Zajęzka 11, lok. C7, 01-510 Warszawa.

Zamawiający: Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Praga Południe.

*J. Kucharski - Burmistrz Dzielnicy Praga Południe*  
*M. Karpman - Z-ca Burmistrza Dzielnicy Praga Południe*  
*P. A. Wójcik - Naczelnik Wydziału Zamówień Publicznych*  
*P. A. Zielinski - Wydział Zamówień Publicznych Specjalista*

24.11.2009. *Jad. Kucharski*  
2428-

**PROTEST**

Na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2007 r. nr 223 poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej PZP - Protestujący (POLCOURT S.A. z siedzibą w Warszawie), reprezentowany przez Prezesa Zarządu Marka Piotrowicza, wnosi protest na:

- 1) czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu Protestującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu i uznaniu jego oferty za odrzuconą,
- 2) czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Protestującego,
- 3) zaniechanie Zamawiającego polegające na nie wybraniu oferty Protestującego jako oferty najkorzystniejszej,
- 4) zaniechanie Zamawiającego polegające na nie na wezwaniu Protestującego do uzupełnienia dokumentu,

5) czynność Zamawiającego polegająca na umiędzianiu postępowania.

Wydział Organizacyjny dla Dzielnicy Praga Południe m. st. Warszawy

Wpł. 24. 11. 2009 -2452-

SII .....

Wydział Organizacyjny dla Dzielnicy Praga Południe m. st. Warszawy

Wpł. 24. 11. 2009 -2451-

SI .....

**PREZES ZARZĄDU**  
*Marek Piotrowicz*

i żąda:

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Protestującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu i uznaniu jego oferty za odrzuconą,
- 2) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Protestującego,
- 3) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania,
- 4) wezwaniu Protestującego do uzupełnienia dokumentu, o ile Zamawiający po zapoznaniu się z protestem nadal bezpodstawnie będzie uznawał, że Protestujący nie złożył stosownego oświadczenia,
- 5) powtórzenia czynności oceny i badania ofert nieodrzuconych,
- 6) wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Protestującego.

Podstawą niniejszego protestu jest naruszenie przez Zamawiającego postanowień:

- 1) art. 7 ust. 1 PZP – poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przestrzegania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 PZP – poprzez uznanie, że Protestujący nie wniósł prawidłowo wadium i wykluczenie go z udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2, pkt 5 i pkt 6 – poprzez uznanie, że zaszły podstawy do odrzucenia oferty Protestującego na podstawie tych przepisów,
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP – poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania,
- 5) art. 91 ust. 1 PZP – poprzez zaniechanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Protestującego.

#### Uzasadnienie

- I. Pismem z dnia 17 listopada 2009 r. Zamawiający poinformował Protestującego o wykluczeniu go z udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą oraz o odrzuceniu jego oferty, a także o unieważnieniu postępowania.
- II. Protestujący posiada status wykonawcy w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę fakt, iż oferta Protestującego jest ofertą najkorzystniejszą, przy uwzględnieniu protestu zostanie wybrana jako najkorzystniejsza w

PREZES ZARZĄDU

*Marek Piotrowicz*

przedmiotowym postępowaniu. Protestujący ma zatem niewątpliwy interes prawny we wniesieniu protestu.

III. Protestujący stanowczo podnosi, że wadium wniesione przez Protestującego jest wadium prawidłowym, opiewającym na odpowiednią kwotę i wskazującym właściwy termin. Wskazana przez Zamawiającego przyczyna wykluczenia jest całkowicie bezpodstawna. Wymieniony w uzasadnieniu wykluczenia zakwestionowany zapis, zgodnie z którym, żądanie wypłaty ma być przekazane pod rygorem nieważności za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek Zamawiającego określa jedynie tryb dochodzenia roszczeń z gwarancji, natomiast nie stanowi o treści zobowiązania zakładu ubezpieczeń. Z treści gwarancji wynika wprost, że jest ona nieodwołalna, bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie. Gwarancja zabezpiecza też wszystkie przypadki zajęcia wadium określone w PZP. Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie KIO, wskazuje się jednoznacznie, że wadium można uznać za wniesione nieprawidłowo tylko wtedy, jeżeli nie zabezpiecza złożonej oferty, tzn. jeżeli Zamawiający nie ma możliwości zajęcia wadium w przypadkach określonych w PZP. Tymczasem z załączonej do oferty Protestującego gwarancji ubezpieczeniowej bezsprzecznie wynika obowiązek zakładu ubezpieczeniowego do wypłaty określonej kwoty w przypadkach opisanych w art. 46 ust. 4a i 5 PZP. W świetle powyższego brak jest jakichkolwiek podstaw do tego, aby uznać, że Protestujący wniósł nieprawidłowo wadium. Stanowisko Zamawiającego jest tym bardziej dziwne, że wskazana treść gwarancji wadialnej nigdy nie budziła wątpliwości Zamawiającego, w innych, prowadzonych przez niego postępowaniach. Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 lipca 2009 r. (KIO/UZP 859/09). Zgodnie z tym wyrokiem przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP nie przewiduje możliwości wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy wadium zostało skutecznie wniesione. Wykluczeniu podlega wyłącznie wykonawca, który wadium nie wniósł lub wniósł je w niewłaściwej formie. Decydującym dla uznania, iż wadium zostało wniesione, jest ustalenie, po pierwsze, czy dokument został prawidłowo wystawiony i dotyczy konkretnej oferty oraz czy treść gwarancji ubezpieczeniowej zapewnia skuteczność egzekucji wypłaty z tytułu gwarancji. **Wadium nie jest ofertą, a zatem ewentualne niezgodności z SIWZ w zakresie wymagań dotyczących formalności związanych z uzyskaniem zapłaty kwoty od gwaranta należy oceniać jedynie pod kątem zabezpieczenia roszczeń zamawiającego.** KIO stwierdziła wprost, że „w gwarancji ubezpieczeniowej nr (...) wystawionej przez Towarzystwo Ubezpieczeń w celu zabezpieczenia wadium oferty odwołującego się konsorcjum, znajduje się zapis o następującej treści: "W celu identyfikacji Wasze żądanie musi być przedstawione nam za pośrednictwem Banku prowadzącego rachunek, na który ma być dokonana zapłata z gwarancji. Bank ten potwierdzi, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób, które mogą zaciągać zobowiązania w Waszym imieniu". Na podstawie zamieszczonego zapisu zamawiający uznał, iż złożona gwarancja zapłaty wadium jest niewypłacalna, gdyż bank zamawiającego nie będzie mógł potwierdzić podpisów osób,

PREZES ZARZĄDU

których wzorów nie posiada. W tak potwierdzonym stanie faktyczny, skład orzekający stwierdził, iż **zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż odwołujący nie wniósł wadium, a następnie wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.** Brak jest zatem podstaw do wykluczenia Protestującego z niniejszego postępowania i odrzucenia jego oferty.

IV. Zamawiający wskazał, że jedną z przyczyn odrzucenia oferty Protestującego były błędy kosztorysie. Zamawiający nie wskazał o jakie błędy chodzi, więc Protestującemu trudno jest się odnieść do zarzutów Zamawiającego. Jednocześnie Protestujący zauważa, że ewentualne błędy w kosztorysie powinny zostać poprawione, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1-3 PZP. Zamawiający naruszył te przepisy nie dokonując stosownych poprawek. Podobne stanowisko znajduje wyraz w aktualnym orzecznictwie KIO. W wyroku KIO z 16 listopada 2008 r. (KIO/UZP 1326/08), KIO stwierdziła, że **„wskazane przez Zamawiającego różnice pomiędzy kosztorysem ofertowym, a przedmiotem robót stanowią oczywiste omyłki pisarskie, które Zamawiający powinien był poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp. Oprócz omyłek widocznych od razu, jako omyłki mogą zostać uznane takie niedokładności, które wynikają z porównania odnośnych zapisów zawartych w oddzielnych dokumentach.”**

Ponadto wynagrodzenie w niniejszym postępowaniu ma charakter ryczałtowy (§ 6 ust. 1 projektu umowy). Załączony kosztorys ofertowy ma zatem jedynie charakter poglądowy, pomocniczy. Świadczy o tym także treść § 6 ust. 2 projektu umowy, zgodnie z którym Zamawiający zastrzega, a Wykonawca przyjmuje, że wynagrodzenie ryczałtowe stanowi całkowitą zapłatę za kompletne wykonanie przedmiotu umowy. **Różnice między przyjętymi przez Wykonawcę w ofercie przetargowej ilościami, cenami i przewidywanymi elementami, a ilościami, cenami i koniecznymi do wykonania elementami stanowią ryzyko Wykonawcy i obciążają go w całości.** W wyroku KIO z 10 sierpnia 2009 r. (KIO/UZP 978/09; KIO/UZP 1005/09) Izba stanęła na stanowisku, że „skoro przedmiar robót ma charakter pomocniczy, to nie można dyskwalifikować złożonej oferty z powodu braków w kosztorysie ofertowym sporządzonym na podstawie przedmiaru robót, mającego pomocniczy charakter.” Ponadto w Części IV SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny, w pkt 7 Zamawiający wskazał wyraźnie, że „Podstawy wyceny nie są obowiązkowe”. Brak jest zatem podstaw do odrzucenia oferty Protestującego.

V. Zamawiający bezpodstawnie uznał, że Protestujący nie złożył stosownego oświadczenia, że wywiąże się z obowiązków wynikających z przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach w zakresie gospodarki wytwarzanymi odpadami podczas realizacji inwestycji będącej przedmiotem niniejszego zamówienia. Protestujący złożył stosowne oświadczenie, ponieważ w Formularzu Oferty w pkt 2. oświadczył, że zapoznał się z SIWZ i nie wnosi do niej zastrzeżeń. Oświadczenie to obejmuje zatem swoim zakresem także obowiązki wynikające z przepisów

PREZES ZARZĄDU

Marek Piotrowicz

ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach, o których mowa w SIWZ. Ponadto Protestujący oświadczył, że akceptuje postanowienia określone we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ. Zgodnie z § 4 pkt. 1 umowy Wykonawca zobowiązuje się do wykonania robót zgodnie ze sztuką budowlaną, wiedzą techniczną, **a także przepisami i normami**. Protestujący objął zatem swoim oświadczeniem wszystkie obowiązujące przepisy, w więc także przepisy ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach. Brak jest zatem podstaw do odrzucenia oferty Protestującego. Ponadto, nawet gdyby Zamawiający uznał, że Protestujący nie złożył stosownego oświadczenia, to powinien wezwać Protestującego do uzupełnienia brakującego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 PZP. Na marginesie warto zauważyć, że niezależnie od tego, czy wykonawca złoży, czy nie, wskazane oświadczenie, to i tak jest zobowiązany do respektowania obowiązujących przepisów prawa, w tym przepisów wymienionej ustawy.

Jednocześnie Protestujący ponownie oświadcza, że wywiąże się z obowiązków wynikających z przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. Nr 62 poz. 628 ze zm.) w zakresie gospodarki wytwarzanymi odpadami podczas realizacji inwestycji będącej przedmiotem niniejszego zamówienia.

VI. Zamawiający nie miał zatem podstaw do unieważnienia przedmiotowego postępowania. Mając na uwadze przedstawioną argumentację, Protestujący stwierdza, iż wniesienie protestu jest uzasadnione oraz konieczne i wnosi o jego uwzględnienie w całości.

VII. Protestujący zwraca także uwagę, iż udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów PZP jest naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, o której mowa w ustawie z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.). Podobnym naruszeniem jest bezpodstawne unieważnienie postępowania. Regulacja ta podkreśla wagę, jaką przykłada ustawodawca do problematyki prawidłowego stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych. Protestujący ma zatem nadzieję, że przedstawiona w niniejszym proteście argumentacja zostanie rozważona szczególnie uważnie.

VIII. Z uwagi na powyższe, Protestujący w przypadku nieuwzględnienia niniejszego protestu przez Zamawiającego powiadomi o zaistniałych nieprawidłowościach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Najwyższą Izbę Kontroli, Regionalną Izbę Obrachunkową, Radę Dzielnicy oraz Prezydenta m.st. Warszawy. Jednocześnie Protestujący pragnie zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 165 ust 2 PZP, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może przeprowadzić kontrolę postępowania (tzw. kontrola doraźna). W ramach swojej kontroli Prezes UZP może zgodnie z art. 168 PZP zawiadomić właściwego naczelnika dyscypliny finansów publicznych lub wystąpić z wnioskiem o ukaranie do właściwej komisji orzekającej lub nałożyć karę

PREZES ZARZĄDU

---

pieniężną. Ponadto na czynności wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty Protestującego, przysługuje nam prawo wniesienia odwołania do KIO, co narazi Zamawiającego na dodatkowe koszty.

W imieniu Protestującego,

PREZES ZARZĄDU

*Marek Piotrowicz*

**POLCOURT**  
SPÓŁKA AKCYJNA  
01-510 Warszawa, ul. Gen. Zajączka 11, lok. C7  
Tel. (22) 314 66 50/8  
NIP 525-240-82-17, Regon 141085487