

Warszawa, dnia 3 sierpnia 2007

Netia S.A.  
ul. Poleczki 13  
02-822 Warszawa  
Fax 22 338 2898

**BIURO FINANSÓW KOMENDY GŁÓWNEJ POLICJI**  
**02-542 Warszawa, ul. Domaniewska 36/38**  
**TEL. 60-120-44, FAX 60-118-57**

Znak sprawy: **89/BŁII/07/MSz**

Dotyczy: Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego powyżej 137 000 EURO którego przedmiotem jest dzierżawa przez Komendę Główną Policji od operatorów telekomunikacyjnych cyfrowych i analogowych łączności telekomunikacyjnych na okres 24 miesięcy począwszy od dnia 28.12.2007r.-CPV: 64214400-3.

### **PROTEST**

Na podstawie art. 180 ust. 3 i 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2004 r., Nr 19, poz. 177 ze zm.) dalej „PZP” lub „Ustawa”, niniejszym wnoszę protest dotyczący postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej „SIWZ”. Zarzucam następujące naruszenia PZP:

1.SIWZ w sposób rażąco narusza przepis art. 7 ust. 1 PZP, gdyż przewiduje nieadekwatny do zamierzonego przedsięwzięcia termin uruchomienia usług.

2.SIWZ w sposób rażąco narusza przepis art. 7 ust 1 oraz art. 29 ust.2 PZP, gdyż w istocie dopuszcza jedynie technologię światłowodową.

3.SIWZ w sposób rażąco narusza przepis art. 7 ust. 1 PZP, gdyż zawiera wadliwe klauzule o karach umownych, w szczególności o rażąco wygórowanych karach umownych.

4.naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 PrZamPubl w zakresie wymogu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń – gdyż SIWZ zawiera nieścisłości i jest nieprecyzyjny.

Mając powyższe zarzuty na uwadze **w n o s z ę o dostosowanie postanowień SIWZ do treści obowiązujących przepisów PZP poprzez :**

- ustalenie odpowiedniego terminu rozpoczęcia świadczenia usług oraz ustalenie, że będzie on liczony od dnia podpisania umowy;

- dopuszczenie technologii innej niż światłowodowa ewentualnie modyfikację wymagań co do protekcji;
- korektę zapisów o karach umownych, w szczególności ustalenia kar umownych na poziomie będącym adekwatnym w okolicznościach niniejszego zamówienia;
- wyeliminowanie nieprecyzyjnych zapisów SIWZ.

## UZASADNIENIE

**1.** Zamawiający określił datę uruchomienia usług stanowiących przedmiot zamówienia na dzień 28 grudnia 2007 roku oraz dodatkowo wymaga, aby 14 dni przed ww. datą odbyły się testy. Ustalenie takiego terminu powoduje, iż potencjalny Wykonawca będzie miał około 3 miesiące na uruchomienie niezbędnej infrastruktury - zakładając, że do połowy września zostanie podpisana stosowna umowa.

Podkreślić należy to, iż niezmiernie istotnym czynnikiem, który powinien zostać uwzględniony przez Zamawiającego w trakcie ustalania warunków postępowania przetargowego, jest uwzględnienie technicznych reżimów budowy łączy telekomunikacyjnych. Działania takie wymagają przeprowadzenia czynności z zakresu procesu budowlanego, który chociażby z uwzględnieniem minimalnych proceduralnych terminów, może budzić wątpliwość w porównaniu do założonego terminu uruchomienia usług. Faktem powszechnie znanym jest, iż pozwolenia na budowę najczęściej nie uzyskuje się w przeciągu miesiąca. Dodatkowym czynnikiem wywołującym wątpliwość jest fakt, że część prac może przypadać na okres wczesnej zimy i mogą pojawić się niesprzyjające warunki atmosferyczne. Zamawiający nie wziął też pod uwagę faktu, że przedmiot zamówienia obejmuje łączy na terenie całego kraju i w związku z powyższym proces budowlany będzie wymagał dostosowania do różnorodnych warunków lokalnych ( chociażby miejscowe plany zagospodarowania przestrzennego). Przyjęty termin uruchomienia usług nie bierze też pod uwagę skali przedsięwzięcia – ponad 90 łączy w skali kraju. Jest to istotny czynnik, który powinien być wzięty pod uwagę. Tym bardziej, że w innych postępowaniach o podobnym charakterze lecz o mniejszej skali, zamawiający przewidywał 5-cio miesięczny termin na uruchomienia usług liczony od daty podpisania umowy – patrz: postępowanie z roku 2006, znak 146/BłiI/06/HC.

Znaczenie w niniejszej sprawie ma też fakt, że ustalając nierealny termin uruchomienia usług, zamawiający doprowadza do zawężenia grona potencjalnych wykonawców . W efekcie jest to działanie ze szkodą dla Zamawiającego, który ograniczając konkurencję zmniejsza swoje szanse na optymalizację wykorzystania środków budżetowych na realizację przedmiotu zamówienia.

Kwestia ustalania realnych terminów wykonania zamówienia była przedmiotem wyroku Zespołu Arbitrów UZP z dnia 27 lutego 2006 roku (UZP/ZO/0-533/06, LEX nr 181920), gdzie m.in. stwierdzono: „Określenie terminu rozpoczęcia realizacji usług powinno uwzględniać skalę przedsięwzięcia oraz uwarunkowania techniczne i organizacyjne świadczenia usługi.” Okolicznością mającą szczególne znaczenie jest to, iż wspomniany wyrok wydany został w sprawie dotyczącej zamówienia, którego przedmiotem było również świadczenie usług telekomunikacyjnych. W sprawie przeprowadzona została przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrola udzielanego zamówienia. Stwierdzono wady polegające na niewłaściwym wyznaczeniu terminu realizacji zamówienia. Postępowanie

obarczone wadą zostało unieważnione. Rozstrzygając przedmiotową sprawę arbitrzy szczegółowo rozważali kwestię odpowiedniego terminu wykonania zamówienia, posiłkowali się również opinią Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Przeprowadzona analiza doprowadziła do takiej konkluzji, że termin rozpoczęcia realizacji usług jest istotnym elementem postępowania, nie może być dowolny, a jak wskazuje stan faktyczny cytowanego orzeczenia, niewłaściwe określenie tegoż terminu może prowadzić do unieważnienia postępowania. Na podkreślenie zasługuje również teza sformułowana w uzasadnieniu powołanego wyroku, a mianowicie to, iż nie można zasadnie przyjąć, aby pozostali wykonawcy powołujący się na uprzywilejowanie innego wykonawcy powinni rozpocząć przygotowanie do świadczenia usług objętych przetargiem już z momentem opublikowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego. Wspomniane ogłoszenie ma bowiem charakter intencyjny i nie stanowi żadnego zobowiązania dla zamawiającego, a ponadto nie jest zachowaniem racjonalnym ze strony wykonawcy podejmowanie się kosztownych inwestycji bez perspektyw, że oferta tego wykonawcy zostanie uznana za najbardziej korzystną.

W konsekwencji utrzymanie dotychczasowego terminu uruchomienia usługi może prowadzić do obarczenia postępowania wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w myśl przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP. Z kolei zawarcie umowy, w sytuacji naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 PZP, czyniłoby tą umowę nieważną na podstawie przepisu art. 58 k.c. w związku z art. 146 ust. 1 PZP.

**2.** Przedstawione w SIWZ wymaganie dostarczenia sygnału do lokalizacji Klienta wyłącznie po drodze kablowej (bez wykorzystania łączy radiowych) wskazuje możliwość realizacji usługi po sieci miedzianej lub też światłowodowej. Natomiast zapis znajdujący się w załączniku nr 1 do SIWZ punkt 4 podpunkt 3), wymagający zapewnienia przez wykonawcę w sytuacji awarii podstawowych teletransmisyjnych traktów cyfrowych zamiany w trybie automatycznego przełączenia z uszkodzonego pasma roboczego na sprawne protekcyjne, w czasie gwarantującym brak zakłóceń w funkcjonowaniu danej relacji, zakłada zrealizowanie protekcji tylko przy wykorzystaniu systemu SDH, którego standardowa cechą jest wykorzystanie sieci światłowodowej.

Oceniając powyższy warunek trzeba stwierdzić, że w orzecznictwie prezentowany jest pogląd o potrzebie odpowiedniego do konkretnych potrzeb kształtowania warunków udziału w postępowaniu. Tytułem przykładu w wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 2005.05.05 (sygn UZP/ZO/0-855/05, LEX nr 176423) gdzie stwierdzono: „Warunki udziału w postępowaniu nie mogą być ustalone w oderwaniu od specyfiki przedmiotu zamówienia. Nie można żądać od wykonawcy wypełnienia ostrzejszych kryteriów niż te, które są niezbędne do wykonania zamówienia.”

Zatem nie jest uprawniony wymóg posiadania sieci SDH w lokalizacji klienta dla celów protekcji bo nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego w zakresie usług będących przedmiotem zamówienia.

Zachodzi też naruszenie art. 29 ust. 2 Ustawy, który stanowi, że: „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. W orzecznictwie arbitrów wskazuje się, że naruszenie zakazu wynikającego z art. 29 ust. 2 ustawy ma miejsce, gdy wymagania jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia są na tyle rygorystyczne, (*tu: tylko sieć SDH*) że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Opis przedmiotu

zamówienia publicznego następuje z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, jeżeli zamawiający stawia wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione potrzebami zamawiającego (wyrok ZA z dnia 6.04.2005r., UZP/ZO/0-592/05). Zamawiający musi skutecznie wykazać, że wyłącznie produkt o parametrach granicznych wyznaczonych w specyfikacji umożliwia mu realizację celu założonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25.01.2006 r., II Ca 693/5).

**3.** Wykonawca zwraca również uwagę na to, że Zamawiający ustalił wadliwe klauzule o karach umownych (§ 6). Wadliwość polega na tym, że zapisy § 6 uzależniają zapłatę kar od opóźnienia, tymczasem należy sądzić, że zamawiający miał na uwadze zdarzenie zwłoki, gdyż na wstępie § 6 napisano: „w razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy”. Powyższe rozróżnienie ma istotne znaczenie dla oceny istoty odpowiedzialności wykonawców, w szczególności oceny, czy zamawiający ma zamiar modyfikować standardowe reguły odpowiedzialności.

Odnosząc się do kwestii kar umownych przewidzianych w umowie należy odwołać się do ugruntowanego orzecznictwa Zespołu Arbitrów, m.in. wyroku z dnia 13 sierpnia 2003 r. (UZP/ZO/0-1221/03). Należy wskazać, że do naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych należą: zasada równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne i zasada prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Ustalone przez zamawiającego warunki określone w SIWZ powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia – nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców.

Bezspornym jest fakt, że zamawiający ma prawo stosować w SIWZ kryteria pozwalające dokonać mu wyboru najkorzystniejszej oferty, jednakże ta swoboda nie może być niczym nie ograniczona. Strony bowiem, układając przyszły stosunek prawny, muszą pamiętać o jego celu i treści oraz o podstawowej zasadzie określonej w przepisie art. 5 k.c. „współzycia społecznego”.

Stosownie bowiem do przepisu art. 139 ust. 1 PZP do umów w zakresie zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Rażąco wygórowane kary, biorąc pod uwagę wartość i zakres zamówienia, prowadzą do sprzeczności celu umowy z zasadami współzycia społecznego, której skutkiem jest bezwzględna nieważność czynności prawnej stosownie do przepisu art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewiduje kary w wysokości 0,15 % wartości brutto umowy, przy czym zapis ten nie uwzględnia faktu, że przedmiotem odbioru będzie kompleks usług oraz, że termin uruchomienia jest zastrzeżony dla całej wiązki usług i w efekcie brak chociażby jednego z łączy literalnie kwalifikuje się jako przyczyna naliczenia kary umownej liczonej od wartości całego zamówienia.

Podkreślić też należy, że zgodnie z wyrokiem ZA z dnia 2006.09.06 (UZP/ZO/0-2430/06, LEX nr 213681): „Umowa o zamówienie publiczne powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego ale i wykonawców.”

**4.** W niniejszej sprawie zachodzi naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 PrZamPubl w zakresie wymogu opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń – gdyż SIWZ zawiera nieścisłości i jest nieprecyzyjny.

SIWZ zawiera też błędy w opisie SLA w p 4.5, gdyż istnieje różnica w stosunku do adekwatnej treści z Załącznika 3. Ponadto brak jest adresu w Zał. 1.b tabela wiersz 5 i 41.

Podkreślić zaś należy, że zgodnie z wyrokiem ZA z 28.01.2005 roku (sygn akt UZP/ZO?-121/05):” SIWZ w postępowaniu o zamówienie publiczne tworzona jest przez zamawiającego po to, aby otrzymał w wyniku zamówienia dobro lub usługę, które będą odpowiadać ściśle jego potrzebom. Wykonawca nie może domyślać się, jakie parametry dobro lub usługa ma spełniać - one winny wynikać w sposób jednoznaczny ze specyfikacji. Specyfikacja ma chronić interes Zamawiającego i gwarantować mu, iż otrzyma towar, który rzeczywiście był przedmiotem zamówienia. Specyfikacja również ma chronić interes prawny Wykonawcy, iż jego oferta, jeżeli będzie najkorzystniejsza, zostanie wybrana w przetargu.”

Termin do wniesienia niniejszego protestu został ustalony na podstawie przepisu art. 180 ust. 3 pkt 2 PZP i został ten termin przez Wykonawcę dotrzymany.

Mając powyższe na uwadze wnoszę jak we wstępie.

W imieniu Netia S. A.

---

Załączniki :

- aktualny odpis Netia S.A. z Krajowego Rejestru Sądowego,
- kopia pełnomocnictwa.