



DA/KW/134

Rybnik, 10.09.2018r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-678 Warszawa

Zamawiający: Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa, tel.: +48 226011986, fax: +48 226011857, e-mail: tomasz.gugala@policja.gov.pl;

Odwołujący: „IP Connect” sp. z o.o., ul. Lipowa 17, 44-207 Rybnik, tel: 32 4295150, fax: 32 4295152, e-mail: biuro@ipconnect.pl, przedstawiciel Odwołującego: Dariusz Adamczyk- Prezes Zarządu,

Przedmiot

zamówienia: „Modernizacja policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA”, (sprawa nr: 162/Błil/18/TG/PMP).

Ogłoszenie

w Dz. U. UE: w dniu 01 września 2018r., nr 2018/S 168-382059.

Odwołanie

wobec treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia

Działając w imieniu Odwołującego, mając na uwadze treść przepisu art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych [dalej jako ustawa] wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na niewłaściwym ustaleniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [dalej jako SIWZ] w zakresie postanowienia:



- 1) pkt V wers 2 i 3,
- 2) § 9 ust. 3 pkt 1) oraz pkt 2) załącznika nr 3 do SIWZ (projekt umowy),
- 3) § 9 ust. 10 zdanie 3,4 oraz 5,
- 4) § 15 ust. 2 pkt 1) oraz pkt 2) załącznika nr 3 do SIWZ (projekt umowy),
- 5) § 19 ust. 2 załącznika nr 3 do SIWZ (projekt umowy).

I. Interes prawny we wniesieniu odwołania:

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że zgodnie z treścią przepisu art. 179 ust. 1 ustawy „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.” Odwołujący podnosi, że jest zainteresowany pozyskaniem danego zamówienia, chce opracować ofertę, zawrzeć umowę i wykonać przedmiotowe zamówienie należycie. Ze względu na kwestionowaną treść postanowień SIWZ i załącznika nr 3 do SIWZ Odwołujący może jednak ponieść szkodę, albowiem kwestionowana treść dotyczy m.in. określonych terminów wykonania prac objętych zamówieniem, a te w żaden sposób nie są zależne od momentu podpisania umowy. W takim stanie rzeczy, mając w szczególności na uwadze aktualną treść kwestionowanych postanowień SIWZ oraz projektu umowy- załącznika nr 3 do SIWZ- o karach umownych za opóźnienie w wykonaniu zamówienia (§ 15 ust. 2), a nadto o możliwości częściowego odstąpienia od umowy (§ 19 ust. 2) Odwołujący może ponieść szkodę, która będzie następstwem naliczenia Odwołującemu kar umownych za opóźnienie za które nie odpowiada Odwołujący (bo wynika ono np. z powodu przedłużającego się procesu udzielania zamówienia), lub odstąpienia przez Zamawiającego od wykonania części prac (co spowoduje utratę korzyści po stronie Odwołującego). Dodatkowo, Odwołujący w razie częściowego odstąpienia od umowy przez Zamawiającego (które może dotyczyć niewielkiej części zamówienia) może zostać obciążony bardzo dużymi karami umownymi liczonymi- np. 25% kwoty zamówienia brutto.

W przypadku zmiany treści SIWZ w § 9 ust. 3 pkt 1) oraz pkt 2) załącznika nr 3 do SIWZ (projekt umowy), w taki sposób, iż terminy wykonania będą liczone od dnia podpisania umowy, wyeliminowana zostanie możliwość poniesienia szkody

Partnerzy handlowi:

ROHILL

funkwerk
security communications

IP Connect sp. z o.o.
Sąd Rejonowy w Gliwicach
X Wydział Gospodarczy, KRS numer 0000099260
NIP: 64225743761, REGON: 276123823

Rachunek bankowy
ING Bank Śląski S.A. o/Rybnik
nr konta: 74 1050 1344 1000 0022 6670 6213

Adrian



przez Odwołującego, z tytułu opóźnienia w wykonaniu prac, które to opóźnienie może być następstwem opóźnienia w podpisaniu umowy np. z powodu procedury odwoławczej zainicjowanej przez wykonawców, którzy nie otrzymają zamówienia. Dodatkowo Odwołujący podnosi, że może ponieść szkodę rażąco wygórowaną w przypadku częściowego odstąpienia przez Zamawiającego od umowy (§ 19 ust. 2 załącznika nr 3 do SIWZ), albowiem w takim przypadku Zamawiający może obciążyć Odwołującego karami umownymi- zgodnie z postanowieniem § 9 ust. 3 pkt 1) oraz pkt 2) załącznika nr 3 do SIWZ- w wysokości 25% lub 20% wartości całego przedmiotu umowy. Takie postanowienie nakłada na Odwołującego możliwość zapłaty kary umownej w horrendalnej wysokości (nawet 25% wartości przedmiotu umowy) mimo odstąpienia przez Zamawiającego tylko od małej części umowy wskazanej w § 19 ust. 2 załącznika nr 3 do SIWZ.

II. Zaskarżona czynność Zamawiającego:

Zaskarżonym postanowieniom SIWZ zarzucam:

- 1) w odniesieniu do postanowienia pkt V wers 2 i 3- sprzeczność z treścią przepisu art. 7 ust. 1, 14 ust. 1, art. 139 ust. 1 ustawy oraz art. 353¹ k.c.- która polega na określeniu terminu wykonania umowy przez podanie daty bez odniesienia się do dnia zawarcia umowy,
- 2) w odniesieniu do postanowienia § 9 ust. 3 pkt 1) oraz pkt 2) załącznika nr 3 do SIWZ (projekt umowy)- sprzeczność z treścią przepisu art. 7 ust. 1, 14 ust. 1, art. 139 ust. 1 ustawy oraz art. 353¹ k.c.- która polega na określeniu terminu wykonania umowy przez podanie daty bez odniesienia się do dnia zawarcia umowy,
- 3) w odniesieniu do postanowienia § 9 ust. 10 zdanie 3,4,5 załącznika nr 3 do SIWZ (projekt umowy)- sprzeczność z treścią przepisu art. 143 b ust. 8 ustawy- która polega na wymaganiu przedstawiania umów podwykonawczych do akceptacji, mimo że umowa zawierana z Zamawiającym nie jest umową o roboty budowlane,
- 4) w odniesieniu do postanowienia § 15 ust. 2 pkt 1) oraz pkt 2) załącznika nr 3 do SIWZ (projekt umowy)- sprzeczność z treścią przepisu art. 7 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 139 ust. 1 ustawy oraz art. 5 k.c., art. 353¹ k.c., art. 483 § 1 k.c. i art. 484 § 2 k.c.- która polega na określeniu bardzo wysokiej kary umownej w wysokości 25% wartości brutto umowy zarówno

Partnerzy handlowi:

ROHILL

funkwerk
security communications

IP Connect sp. z o.o.
Sąd Rejonowy w Gliwicach
X Wydział Gospodarczy, KRS numer 0000099260
NIP: 64225743761, REGON: 276123823

Rachunek bankowy
ING Bank Śląski S.A. o/Rybnik
nr konta: 74 1050 1344 1000 0022 6670 6213



w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od umowy w całości jak i w części oraz kary umownej w wysokości 20% wartości brutto umowy w przypadku nienależytego wykonania całości jak i części umowy przez wykonawcę,

- 5) w odniesieniu do postanowienia § 19 ust. 2 załącznika nr 3 do SIWZ (projekt umowy)- sprzeczność z treścią przepisu art. 7 ust. 1, 14 ust. 1, 29 ust. 1 i ust. 2, art. 139 ust. 1 ustawy oraz art. 5 k.c. i art. 353¹ k.c.- która polega na wprowadzeniu dla Zamawiającego prawa odstąpienia od części umowy.

III. Żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania:

Mając na uwadze w/w zarzuty wnoszę o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ oraz załącznika nr 3 do SIWZ (projektu umowy) w ten sposób, że:
 - a) postanowienie pkt V wers 2 i 3 SIWZ otrzyma treść odpowiednio: „Etap I do 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy” oraz „Etap II do 24 miesięcy od dnia zawarcia umowy”,
 - b) postanowienie § 9 ust. 3 pkt 1) załącznika nr 3 do SIWZ (projekt umowy)- otrzyma treść „Odbiór etapu I do 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy”,
 - c) postanowienie § 9 ust. 3 pkt 2) załącznika nr 3 do SIWZ (projekt umowy)- otrzyma treść „Odbiór etapu II do 24 miesięcy od dnia zawarcia Umowy”,
 - d) w postanowieniu § 9 ust. 10 zdanie 3,4,5- zostaną wykreślone,
 - e) w postanowieniu § 15 ust. 2 pkt 1) oraz pkt 2) załącznika nr 3 do SIWZ (projekt umowy)- usunięte zostaną wyrazy „lub części”, a kara umowna obniżona odpowiednio do 15% oraz 10%,
 - f) postanowienie § 19 ust. 2 załącznika nr 3 do SIWZ (projekt umowy) zostanie usunięte.

IV. Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności:

Odwołujący podnosi, że Zamawiający w postanowieniu pkt V wers 2 i 3- SIWZ wskazał terminy wykonania zamówienia w sposób następujący:

Partnerzy handlowi:

ROHILL

funkwerk
security communications

IP Connect sp. z o.o.
Sąd Rejonowy w Gliwicach
X Wydział Gospodarczy, KRS numer 0000099260
NIP: 64225743761, REGON: 276123823

Rachunek bankowy
ING Bank Śląski S.A. o/Rybnik
nr konta: 74 1050 1344 1000 0022 6670 6213

delawny



V. TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA

Wymagany termin realizacji zamówienia: 72 miesiące od dnia zawarcia Umowy przy czym:

Etap I od dnia zawarcia umowy do 30 listopada 2019 roku;

Etap II od dnia zawarcia umowy do dnia 21 listopada 2020 roku;

Etap III od dnia odbioru Etapu I do dnia zakończenia Umowy.

Zdaniem Odwołującego wskazanie terminu wykonania zamówienia w wersji drugiej (do 30 listopada 2019r.) oraz trzecim (do dnia 21 listopada 2020r.) wskazanym powyżej stanowi naruszenie zasady przejrzystości, zachowania równej konkurencji. Nie jest wiadomym kiedy dojdzie do podpisania umowy, tym bardziej, że przedmiotowy przetarg dotyczy dużego zamówienia, którego pozyskaniem są zainteresowane różne podmioty, a tym samym są znaczne szanse na przedłużanie się postępowania o udzielenie zamówienia. Mimo, że Zamawiający przewidział możliwość zmiany terminu realizacji umowy, np. o czas trwania procedury odwoławczej, nie zapewnia to dostatecznie jasnych informacji dla Odwołującego i innych wykonawców. Nie wiadomo ile czasu na wykonanie etapu I oraz etapu II będą mieli wykonawcy, a termin wykonania- mając na uwadze bardzo skomplikowany charakter zamówienia i zastrzeżone bardzo wysokie kary umowne- winien być ustalony i wiadomy wykonawcom już na etapie przygotowania się do postępowania, organizowania potencjału ludzkiego i rzeczowego do jego wykonania. Termin wykonania jest elementem przedmiotowo istotnym umowy, a nic nie stoi na przeszkodzie, aby był on określony poprzez odniesienie do dnia zawarcia umowy- np. wskazując na okres 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. W ocenie Odwołującego brak jasno określonego terminu wykonania umowy, mimo takiej możliwości narusza zasadę równości stron umowy wyrażoną w przepisie art. 353¹ k.c.

Odwołujący analogiczną argumentację- jak zaprezentowana w akapicie powyżej- przedstawia względem postanowienia § 9 ust. 3 pkt 1) oraz pkt 2) załącznika nr 3 do SIWZ (projekt umowy). Zamawiający, mimo nieco odmiennej treści w postanowieniu § 9 ust. 3 pkt 1 oraz pkt 2 projektu umowy w porównaniu do postanowienia pkt V wers 2 i 3 SIWZ, zawarł tożsamą regulację dotyczącą terminu wykonania Etapu I oraz Etapu II. Wobec takiego stanu rzeczy Odwołujący podnosi tożsame zarzuty oraz ich uzasadnienie jak

Partnerzy handlowi:

ROHILL

funkwerk
security communications

IP Connect sp. z o.o.
Sąd Rejonowy w Gliwicach
X Wydział Gospodarczy, KRS numer 000099260
NIP: 64225743761, REGON: 276123823

Rachunek bankowy
ING Bank Śląski S.A. o/Rybnik
nr konta: 74 1050 1344 1000 0022 6670 6213

Adamy



wskazane w akapicie powyżej.

Zgodnie z treścią § 9 ust. 10 zdanie 3,4,5 załącznika nr 3 do SIWZ (projekt umowy):

ofercie. Wykonawca przed zawarciem umowy z podwykonawcą jest zobowiązany do przedstawienia Zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, celem akceptacji przez Zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany do akceptacji przekazanego projektu lub wskazania propozycji zmian w terminie 14 dni od daty doręczenia projektu. Wykonawca jest zobowiązany do przekazania Zamawiającemu kopii zawartej umowy o podwykonawstwo poświadczonej za zgodność z oryginałem w terminie 3 dni od daty jej zawarcia.

Zdaniem Odwołującego wyżej przytoczona treść projektu umowy (z pierwszego wyrazu „ofercie”) jest sprzeczna z treścią przepisu art. 143 b ust. 8, w której ustawodawca nakazuje wykonawcy przedłożenie zamawiającemu umowy o podwykonawstwo której przedmiotem są dostawy lub usługi, po pierwsze- jeżeli umową główną jest umowa o roboty budowlane, a po drugie- po jej zawarciu. Tymczasem w kwestionowanym postanowieniu projektu umowy Zamawiający domaga się przedłożenia projektu umowy podwykonawczej, mimo iż umowa podstawowa nie jest umową o roboty budowlane, a ponadto jeszcze przed jej zawarciem. Zdaniem Odwołującego wystarczające jest wykonanie obowiązków wskazanych w zdaniu 1 i 2 ust. 10 w § 9 projektu umowy (niezwłocznego wskazania Zamawiającemu podwykonawcy na piśmie).

Odwołujący podnosi, iż postanowienie § 15 ust. 2 pkt 1) oraz pkt 2) załącznika nr 3 do SIWZ (projekt umowy) wprowadza możliwość obciążenia wykonawców karami umownymi liczonymi od wartości całego przedmiotu umowy podanymi wraz podatkiem VAT (brutto). Dodatkowo możliwość obciążenia karami umownymi (na poziomie 25% i 20% liczonymi od wartości brutto całego przedmiotu umowy) dotyczy okoliczności odstąpienia od części umowy oraz nienależytego wykonania części umowy. Zdaniem Odwołującego takie postanowienia są sprzeczne z przepisami prawa, jak i zasadami współżycia społecznego które wyznaczają dozwoloną treść stosunku prawnego sprzeczność (vide: art. 353¹ k.c.). W pierwszej kolejności Odwołujący podnosi, że w przypadku naliczenia kar umownych, nie powodują one obniżenia podatku VAT należnego, a tym samym oznacza to, że podatek VAT liczony jest od wartości netto tak, jakby kar umownych nie było naliczonych. Tym samym wykonawca

Partnerzy handlowi:

ROHILL

funkwerk
security communications

IP Connect sp. z o.o.
Sąd Rejonowy w Gliwicach
X Wydział Gospodarczy, KRS numer 0000099260
NIP: 64225743761, REGON: 276123823

Rachunek bankowy
ING Bank Śląski S.A. o/Rybnik
nr konta: 74 1050 1344 1000 0022 6670 6213



uiszcza VAT od wynagrodzenia którego nie otrzymał. Tymczasem jako podstawę naliczania kar umownych Zamawiający wskazuje wartość przedmiotu umowy brutto, co oznacza, że w przypadku naliczenia kar umownych wykonawca będzie ukarany podwójnie- z jednej strony musi odprowadzić podatek VAT od wynagrodzenia jakby nie było kar umownych, a z drugiej strony sama podstawa do naliczenia kar umownych to podatek VAT, który wykonawca musi zapłacić- tak jakby kar umownych nie było. Dodatkowo wysokość kar umownych narusza zasadę równości stron ponieważ są bardzo wysokie (25% i 20%) , są naliczane od brutta, a nadto, ponieważ są w tej same wysokości bez względu na to, czy Zamawiający odstępuje od umowy w całości czy w niewielkiej części, jak również bez względu na to czy doszło do nienależytego wykonania umowy w całości czy też w niewielkie części. W ocenie Odwołującego zaskarżona treść narusza zasadę równości kontraktowej stron, jest rażąco niekorzystna, jak również narusza istotę kar umownych, powodując iż są one tożsamej wysokości dla całkowicie odmiennych okoliczności.

Odwołujący wskazuje- w odniesieniu do postanowienia § 19 ust. 2 załącznika nr 3 do SIWZ (projekt umowy)- że przyznaje ono Zamawiającemu uprawnienie do częściowego odstąpienia od umowy w sytuacjach wskazanych w tym postanowieniu. Zdaniem Odwołującego uprawnienie takie jest zbyt daleko idące, albowiem pomija fakt przygotowania przez wykonawców zespołu składników osobowych i rzeczowych na wykonanie danej części zamówienia. Właściwym elementem zabezpieczającym interesy Zamawiającego jest w tym przypadku możliwość naliczania kar umownych, a przedmiotowe postanowienie jako zbyt restrykcyjne winno być uznane za sprzeczne z zasadą równości stron i niedozwolone ukształtowanie treści stosunku prawnego w rozumieniu przepisu art. 353¹ k.c.

Dariusz Adamczyk- Prezes Zarządu

Załączniki:

1. 1 x dowód uiszczenia wpisu od odwołania w kwocie 15.000 zł,
2. 1 x dowód przestania kopii odwołania Zamawiającemu;
3. 1 x dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego.

Otrzymują

1. 1 x Prezes KIO,
2. 1 x Zamawiający,
3. 1 x a/a.

Partnerzy handlowi:

ROHILL

funkwerk
security communications

IP Connect sp. z o.o.
Sąd Rejonowy w Gliwicach
X Wydział Gospodarczy, KRS numer 0000099260
NIP: 64225743761, REGON: 276123823

Rachunek bankowy
ING Bank Śląski S.A. o/Rybnik
nr konta: 74 1050 1344 1000 0022 6670 6213