

5945193

Warszawa, dnia 27 kwietnia 2007r.



Protestujący:
PTK Centertel Sp. z o.o.
ul. Skierniewicka 10a
01-230 Warszawa

PTK Centertel sp. zo.o.
ul. Skierniewicka 10a
01-230 Warsiawa

Tel. O 22 584 70 00
Fax O 22 634 29 29
www.orange.pl

Zamawiający:
Komenda Główna Policji ul.
Puławska 148/150 02-642
Warszawa

PROTEST

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup usługi transmisji danych GPRS/EPGE w ramach APN połączonego z siecią zamawiającego oraz dostawa i aktywacja kart SIM dla terminali mobilnych”, numer sprawy nadany przez Zamawiającego 58/BŁiI/07/MK

1. Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19 poz. 177 z późn. zm.), zwanej dalej „Ustawą”, wnoszę protest wobec czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania,

polegających na:

- 1) sporządzeniu ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności poprzez sprzeczne z Ustawą określenie warunków udziału w postępowaniu, |

„Polska Telefonia Komórkowa Centertel Spółka z oo.” z siedzibą w Warszawie, adres: 01-230 Warszawa ul. Skierniewicka 10 a. zarejestrowana w Sądzie Rejonowym dla m.st. Warszawy XII Wydział Gospodarczy – Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000006107. o kapitale zakładowym 2.690.501.964,00 PLN, (NIP 527-020-68-72) i

- 2) sporządzeniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności poprzez żądanie od wykonawców w zakresie zasięgu usługi GPRS spełnienia wymagań niemożliwych w świetle obowiązujących przepisów prawa,
- 3) sporządzeniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności poprzez nieprecyzyjne opisanie sposobu obliczenia ceny oferty oraz określenie warunków realizacji zamówienia w sposób niezgodny z przepisami Ustawy,
- 4) sporządzeniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisami Ustawy, poprzez nałożenie na wykonawcę uciążliwych warunków umownych.

2. Czynnościom zamawiającego zarzucam: |

- 1) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 Ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców/ w związku ze sprzecznym z Ustawą określeniem warunków udziału w postępowaniu,
- 2) naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 Ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z żądaniem od wykonawców w zakresie zasięgu usługi GPRS spełnienia wymagań niemożliwych w świetle obowiązujących przepisów prawa,
- 3) naruszenie przepisu art. 7 ust- 1 w związku z art. 29 oraz art. 140 Ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z nieprecyzyjnym opisaniem sposobu obliczenia ceny oferty oraz określeniem warunków realizacji zamówienia w sposób niezgodny z przepisami Ustawy,

5945193

4) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 29, oraz art. 139 Ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisami Ustawy, poprzez nałożenie na wykonawcę uciążliwych warunków umownych.

3. Na skutek powyższych czynności Zamawiającego interes prawny Protestującego •w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku.

W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego Protestujący mógłby ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia,

Powyższe niezbitcie dowodzi naruszenia interesu prawnego Protestującego w uzyskaniu zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Protestującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 Ustawy.

4. Protestujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia środka ochrony prawnej tj. sporządzeniu ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w sposób niezgodny z przepisami Ustawy, w dniu 25 kwietnia 2007r., poprzez zapoznanie się z ogłoszeniem o przedmiotowym zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 83 pozycja 23997 oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamieszczonej na stronie www.policja.gov.pl.

Niniejszy protest jest wnoszony do Zamawiającego w dniu 27 kwietnia 2007r., co oznacza, że Protestujący uczynił zadość wymaganiom art. 180 ust. 2 i ust. 3 pkt 1) Ustawy,

5. Wskazując na powyższe, wnoszę o uwzględnienie protestu oraz:

1) nakazanie Zamawiającemu dokonania doprowadzenia postępowania do jego zgodności z przepisami Ustawy oraz odpowiednie sprostowanie ogłoszenia i modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

lub

2) w przypadku braku możliwości dokonania sprostowania treści ogłoszenia o zamówieniu oraz modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i usunięcia uchybień w tych dokumentach z uwagi na przepis art. 38 ust. 5 Ustawy, tj. zakaz modyfikacji treści specyfikacji w części dotyczącej warunków udziału w postępowaniu -uwzględnienie protestu i unieważnienie postępowania.

UZASADNIENIE

1. Odnosząc się do naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 Ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z sprzecznym z Ustawą określeniem warunków udziału w postępowaniu, należy podnieść, co następuje:

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 22 ust. 1 ustawy, warunki, które muszą spełniać wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, są następujące:

1) posiadanie uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień,

2) posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowanie

potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,

3) znajdowanie się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej

wykonanie zamówienia,

4) nie podleganie wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający winien udzielić zamówienia publicznego wykonawcy, który spełnia wszystkie wyżej wymienione -warunki. Istotne jest zatem, by ich określenie dokonane zostało w sposób dokładny, przejrzysty i odpowiadający wymaganiom ustawy. Tym samym - Zamawiający nie może w sposób dowolny określać warunków poprzez wybór jednego lub dwóch z katalogu określonego w ustawie.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu sporządzając ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia, określił jako warunki udziału w postępowaniu następujące:

„O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 uPzp.

Taki opis warunków udziału w postępowaniu jest spreczny z Ustawą, a ponadto nie gwarantuje realizacji zamówienia przez podmiot dający należyłą rękojmię jego

5945193

wykonania. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy będący w sytuacji finansowej nie gwarantującej prawidłowego jego wykonania, wykonawcy nie posiadający praktycznie żadnej wiedzy i doświadczenia w realizacji podobnych zamówień, co jest niezgodne z zasadami udzielania zamówień publicznych.

Tym samym Zamawiający sporządzając treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonał tego z naruszeniem przepisów Ustawy,

2. Odnosząc się do naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 Ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z żądaniem od wykonawców w zakresie zasięgu usługi GPRS spełnienia wymagań niemożliwych w świetle obowiązujących przepisów prawa, należy wskazać następujące:

Zamawiający żąda od wykonawców złożenia wraz z ofertą oświadczenia, że zasięg usługi GPRS da całego terytorium kraju (w obszarze granic lądowych Polski) nie jest mniejszy niż 98%. Wymaganie powyższe jest niemożliwe do spełnienia w świetle obowiązujących przepisów prawa,

Część terytorium Polski objęta jest ochroną wprowadzoną przepisami ustaw. Na tych obszarach obowiązuje zakaz budowania i instalowania wszelkich budynków, urządzeń, instalacji, itp., w tym również urządzeń i instalacji telekomunikacyjnych.

Zgodnie z danymi Głównego Urzędu Statystycznego powierzchnia obszarów chronionych wynosi ponad 5% terytorium kraju,

Z uwagi na powyższe ograniczenia operatorzy telefonii komórkowej nie są w stanie zainstalować urządzeń telekomunikacyjnych pozwalających na objęcie zasięgiem terytorium całego kraju.

Żądanie Zamawiającego wykazania przez wykonawców zasięgu usługi GPRS nie mniejszego niż 98% praktycznie uniemożliwia działającym na rynku operatorom



złożenie ważnej oferty w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający stawiają takie wymaganie ograniczył, a wręcz wyłączył konkurencję.

Tym samym Zamawiający naruszył przepisy Ustawy,

3. Odnosząc się do naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 oraz art. 140 Ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z nieprecyzyjnym opisaniem sposobu obliczenia ceny oferty oraz określeniem warunków realizacji zamówienia w sposób niezgodny z przepisami Ustawy, należy wskazać następujące:

W Rozdziale VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Opis sposobu obliczenia ceny - Zamawiający określił, iż za cenę oferty przyjmuje się łączną wartość brutto (cena ryczałtowa) usług i dostaw w miejscu przeznaczenia określonym w załącznikach do SIWZ.

Tymczasem w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia! w punkcie VI. Opłaty za korzystanie z usługi GPRS - Zamawiający wymaga, by naliczanie opłat za usługę

transmisji danych było realizowane w formie ryczałtu dla każdej karty SIM; płatności mają być ponoszone przez Zamawiającego dla każdej karty SIM oddzielnie od momentu aktywacji jej do pracy w sieci GPRS dostawcy.

Skoro Zamawiający określił wynagrodzenie za świadczenie usług będących przedmiotem zamówienia jako wynagrodzenie ryczałtowe, wymaganie określone w punkcie V Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia jest niezasadne i niezgodne z Ustawą,

Cena ryczałtowa to jedna cena za całość przedmiotu zamówienia, bez podziału na ceny jednostkowe i elementy rozliczeniowe. Potwierdza to Zamawiający poprzez zamieszczenie we wzorze formularza ofertowego sposobu określenia ceny oferty:

„ Oferujemy dostawę przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ za cenę:

Wartość nettozł. (słownie:.....złotych)

VATzł. (słownie;.....l.....złotych)

Wartość bruttozł. (słownie:.....złotych)

W zakres usług, które zobowiązany będzie wykonać Wykonawca realizując przyszłą umowę, wchodzi - oprócz usługi telekomunikacyjnej (transmisji danych) również szkolenie dla pracowników Zamawiającego. Wynagrodzenie za wszystkie usługi ma być wynagrodzeniem ryczałtowym. Dalej, zgodnie z postanowieniami wzoru umowy - § 2 - płatność za realizację usługi nastąpić ma jednorazowo po zrealizowaniu przedmiotu umowy wyspecyfikowanego w, załączniku nr 1 do umowy. Powyższe zapisy nie odnoszą się w żaden sposób do żądania rozliczenia w oparciu o stawki dla poszczególnych kart SIM, a w praktyce uniemożliwiają dokonanie rozliczenia z uwzględnieniem stawek jednostkowych za karty SIM.

Analizując wskazane postanowienia specyfikacji należy stwierdzić, iż Zamawiający w sposób nieprecyzyjny i sprzeczny wewnątrznie określił sposób obliczenia ceny oferty i warunki płatności.

Przy określaniu wynagrodzenia w postaci ceny ryczałtowej brak jest podstaw do rozliczania przy pomocy stawek za wyodrębnione jednostki. Nie można bowiem określić wysokości stawki ani wskazać podstaw do jej określania na etapie realizacji umowy. Wymaganie Zamawiającego dotyczące warunków płatności będzie niemożliwe do realizacji.

Zamawiający w sposób nieprawidłowy i niespójny określił Sposób obliczenia ceny oferty -warunki płatności za wykonanie zamówienia. Naraża to wykonawców na nieuzasadnione trudności przy wykonywaniu usług i dostaw.

W związku z powyższym uznać należy postępowanie Zamawiającego za naruszające przepisy Ustawy.

4. Odnosząc się do naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 oraz art. 139 Ustawy, poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisami Ustawy, poprzez nałożenie na wykonawcę uciążliwych warunków umownych, należy podnieść, co następuje;



Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową wzajemną. W sprawach dotyczących umów w sprawie zamówienia publicznego stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu cywilnego, w tym również zasady określone w Kodeksie cywilnym mówiące o równości stron, ekwiwalentności praw i obowiązków stron, zakazu nakładania uciążliwych warunków umownych. Należy również podnieść, iż granice dopuszczalnej treści czynności prawnej wyznaczane są przez art. 58 § 2 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego, co wielokrotnie było podnoszone przez orzecznictwo sądów (np. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 lutego 2006r.; sygn. akt VI A Ca 901/2005).

Przewidziane w § 5 wzoru umowy kary umowne zastrzeżone zostały wyłącznie dla zamawiającego. Stanowi to naruszenie zasady ekwiwalentności praw i obowiązków stron umowy i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, o których odwołuje się Kodeks cywilny,

Zgodnie z orzecznictwem Zespołu Arbitrów (np. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24 czerwca 2004r. sygn. akt UZP/ZO/0-924/04), do niedozwolonych zapisów umowy należy zaliczyć także zapis o różnych wysokościach kar umownych przewidzianych z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania postanowień umowy. W protestowanych zapisach projektu umowy mamy do czynienia nie tylko z dysproporcją kar umownych, lecz jakimkolwiek brakiem kar umownych, jakie mógłby ponieść Zamawiający, np. w przypadku odstąpienia od umowy z winy leżącej po jego stronie.

Ponadto, Zamawiający zastrzega sobie możliwość naliczania Wykonawcy kary umownej bez względu na fakt zawinienia lub braku winy Wykonawcy w wystąpieniu okoliczności skutkujących naliczeniem kary, co w świetle przepisów kodeksu cywilnego jest niedopuszczalne. Art. 476 Kodeksu cywilnego mówi, iż „Dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu

5945193

świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi". Nie uwzględnienie przez zamawiającego w projekcie umowy kwestii zawinienia, w odniesieniu do kar umownych, stanowi ewidentne naruszenie obowiązującej w prawie cywilnym zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego.

Należy mieć również na uwadze brak precyzyjności pojęcia „nienależyte wykonanie umowy”, a także brak w projekcie umowy przewidzianej procedury weryfikowania „nienależytego” wykonania umowy przez wykonawcę. |

Powyższe określenie kar umownych we wzorze umowy stanowi nałożenie na wykonawcę uciążliwych warunków umownych. Zatem uznać należy postępowanie Zamawiającego za naruszające przepisy Ustawy oraz przepisy Kodeksu cywilnego.

Reasumując przedstawioną powyżej argumentację stwierdzić należy, iż prowadzone przez Zamawiającego postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego dlatego wnioskowanie o jego doprowadzenie do zgodności z przepisami prawa należy uznać za zasadne.

Biorąc powyższe pod uwagę wnoszę jak na wstępie.

Andrzej Suwald

PTK CENTERTEL Sp z.o.o

Tel.. 501 200 436

mail: andrzej..suwald@centertel.pl

Załączniki:

- odpis z KRS

- pełnomocnictwa

