

o/p

Polkomtel S.A.

Warszawa, dnia 4 lutego 2008 r.

ul. Postępu 3
02-676 Warszawa
tel. +48 (0) 22 426 1000
fax +48 (0) 22 426 0102
www.polkomtel.com.pl

**Zamawiający: Komenda Główna Policji
ul. Puławska 148/150
02-624 Warszawa**

Adres do korespondencji:
Wydział Zamówień Publicznych
Biuro Finansów KGP
ul. Domaniewska 36/38
02-542 Warszawa

WYDZIAŁ ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
BIURA FINANSÓW KGP
Wpłynęło dn. 2008-02-04
Nr. 12-567/08 zat. 19K

**Protetujący: Polkomtel S.A.
ul. Postępu 3
02 – 676 Warszawa**

Nr sprawy: 242/BLiI/07/BP

Dot.: postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zamówienia pn. „Zawarcie umowy ramowej na okres 4 lat na zakup usług transmisji danych GPRS/EDGE w ramach APN połączonego z siecią Zamawiającego oraz dostawa i aktywacja kart SIM dla terminali mobilnych użytkowanych w Policji”

PROTEST

Działając w imieniu Polkomtel SA z siedzibą w Warszawie (dalej „Protetujący”) na podstawie art. 180 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r., Nr 19, poz. 177 ze zm., dalej „Pzp” lub „ustawa”) wnoszę protest dotyczący postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zamówienia pn. „Zawarcie umowy ramowej na okres 4 lat na zakup usług transmisji danych GPRS/EDGE w ramach APN połączonego z siecią Zamawiającego oraz dostawa i aktywacja kart SIM dla terminali mobilnych użytkowanych w Policji” (dalej „Postępowanie”).

SIWZ został opracowany w sposób niezgodny z przepisami prawa, w tym w szczególności z następującymi przepisami ustawy: art. 22 ust. 1 pkt 1, 26 ust. 1, 36 ust. 1 pkt 6, 100 ust. 2, 100 ust. 3 pkt 2, 147, 150 ust. 2 i art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne.

zarejestrowana: Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, XIII Wydział Gospodarczy, kapitał zakładowy w pełni wpłacony: 2.050.000.000 zł, KRS 0000020908, NIP 527-10-37-727, REGON 011307968

Plus 

1/6

Wpłynęło dn. 04.02.2008

Faz 152 zat. plh





Wskazując na powyższe wnoszę o uwzględnienie protestu oraz doprowadzenie SIWZ do jej zgodności z przepisami prawa przez jej odpowiednią modyfikację w sposób wskazany w części protestu „Uzasadnienie”.

UZASADNIENIE

1. Zaniechanie żądania od Wykonawców zaświadczenia o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych (pkt VII SIWZ – str. 4)

Przedmiotem Postępowania jest – zgodnie z pkt IV SIWZ (str. 3) - dostawa kart SIM i zakup usługi transmisji danych w technologii sieci pakietowej GPRS/EDGE umożliwiającej bezprzewodowy dostęp terminali mobilnych, wyposażonych w gniazda kart SIM, do centralnych systemów informatycznych Policji. Przedmiotem postępowania są zatem usługi transmisji danych za pomocą technologii, która może być wykorzystywana jedynie w sieciach telefonii komórkowej.

Zgodnie z art. 1 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. nr 171 poz. 1800 ze zm., dalej „Prawo telekomunikacyjne”) przez działalność telekomunikacyjną rozumie się m. in. świadczenie usług telekomunikacyjnych. W myśl art. 2 pkt 48 Prawa telekomunikacyjnego przez usługę telekomunikacyjną rozumie się usługę polegającą głównie na przekazywaniu sygnałów w sieci telekomunikacyjnej z wyłączeniem usługi poczty elektronicznej.

W świetle wskazanych powyżej definicji zawartych w Prawie telekomunikacyjnym nie ulega wątpliwości, że świadczenie usług, które są przedmiotem Postępowania, stanowi wykonywanie działalności telekomunikacyjnej. Działalność telekomunikacyjna jest działalnością regulowaną i podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (art. 10 ust. 1 i 2 Prawa telekomunikacyjnego). Wykonywanie tej działalności bez złożenia pisemnego wniosku o dokonanie wpisu do rejestru przedsiębiorców – z mocy art. 63 § 1 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. - Kodeks wykroczeń jest wykroczeniem i podlega karze aresztu, ograniczenia wolności lub grzywny.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. W przypadku działalności telekomunikacyjnej (działalności regulowanej) jest to wpis do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

W myśl art. 26 ust. 1 Pzp Zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Zgodnie z pkt 2 ogłoszenia o Postępowaniu jego wartość przekracza 133.000 EURO. Żądanie przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu jest zatem

obligatoryjne. Katalog dokumentów, które powinny być składane wraz z ofertą, określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605). W § 1 ust. 1 pkt 1 tego rozporządzenia wskazano, że w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienie do wykonywania określonej działalności, zamawiający może żądać koncesji, zezwolenia lub licencji w zakresie objętym zamówieniem publicznym. Jest oczywiste, że w przypadku działalności telekomunikacyjnej (regulowanej) w postępowaniu o wartości powyżej 133.000 EURO obowiązkiem Zamawiającego jest zażądanie od wykonawców zaświadczenia dokumentującego spełnianie warunków wskazanych w art. 10 Prawa telekomunikacyjnego, a mianowicie zaświadczenia o wpisie wykonawcy do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Zaniechanie, którego dopuścił się Zamawiający nie wskazując, iż zaświadczenie takie (wyciąg z rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych) jest dokumentem, który należy złożyć z ofertą, narusza art. 26 ust. 1 i 36 ust. 1 pkt 6 Pzp, w związku z czym żądanie modyfikacji SIWZ w ten sposób, by w pkt VII SIWZ („Informacje o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy”) Zamawiający uwzględnił zaświadczenie o wpisie wykonawcy do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych jest zasadne.

2. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy (pkt XVI SIWZ i § 2 ust. 7 projektu umowy ramowej – Załącznik nr 2 do SIWZ); zobowiązanie wykonawcy do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (§ 1 ust. 7 projektu umowy ramowej – Załącznik nr 2 do SIWZ), odpowiedzialność wykonawcy za nienależyte wykonanie umowy ramowej - § 4 projektu umowy ramowej – Załącznik nr 2 do SIWZ

Z uwagi na konieczność poruszenia kwestii charakteru umowy ramowej celowe wydaje się łączne omówienie kwestii zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz zobowiązania wykonawcy do udziału w postępowaniach wszczynanych w związku z umową ramową.

Jako punkt wyjścia należy podkreślić, że zawarcie umowy ramowej nie jest jednoznaczne z udzieleniem zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 9a Pzp celem umowy ramowej jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości. Samo zawarcie takiej umowy należy traktować jako jeden z etapów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku zawarcia umowy ramowej konkretne zamówienia są udzielane na podstawie odrębnych umów. Sam fakt zawarcia umowy ramowej nie rodzi po stronie zamawiającego, ani wykonawców, którzy ją zawarli, żadnego obowiązku kontraktowania. Może zdarzyć się i tak, że pomimo zawarcia umowy ramowej nigdy nie dojdzie do udzielenia na jej podstawie żadnego zamówienia, który to fakt nie będzie też dla kogokolwiek podstawą jakichkolwiek roszczeń (J. Baehr i in. w „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” pod red. T. Czajkowskiego dostępnym na stronie internetowej www.uzp.gov.pl). Z powyższego wynikają dalej

ML

ML^{B/6}

idące konsekwencje – w związku z charakterem umowy ramowej Zamawiający nie może żądać zabezpieczenia należytego wykonania takiej umowy. Zabezpieczenia, o którym mowa w art. 147 Pzp, można żądać wyłącznie w przypadku takich umów, mocą których dochodzi do udzielenia zamówienia publicznego. Umowa ramowa taką umową nie jest. Dopiero „konkretne” umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego mogą być zabezpieczone na podstawie art. 147 Pzp.

Odrębną kwestią jest, iż postanowienia SIWZ nie są w zakresie zabezpieczenia umowy jasne i mogą budzić wątpliwości, czy w świetle pkt XVI SIWZ i § 2 ust. 7 projektu umowy ramowej zabezpieczone w wysokości 10% ma być zarówno wykonanie umowy ramowej, jak i umów w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Pamiętać należy, że 10% to maksymalna wysokość zabezpieczenia (art. 150 ust. 2 Pzp). Gdyby intencją Zamawiającego było zabezpieczenie wszystkich umów (zarówno ramowej, jak i jednostkowych), naruszyłby on w ten sposób normę art. 150 ust. 2 Pzp przez przekroczenie ustawowo dopuszczalnej wysokości zabezpieczenia zrealizowania jednego zamówienia publicznego.

Wracając jednak na grunt umowy ramowej - ponieważ jest ona – mówiąc w dużym uproszczeniu - „umową o umawianie się” i nie rodzi po żadnej ze stron obowiązku zawierania umów w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, nie ma podstaw, by Zamawiający zobowiązywał wykonawców do udziału w postępowaniu zmierzającym do udzielania zamówienia publicznego (§ 1 ust. 7 projektu umowy ramowej). Jak się podkreśla w wyżej wskazanym Komentarzu, skoro ustawa tak konstruuje umowę ramową, że strony nie mają roszczeń o zawarcie umów na jej podstawie, to jednostronne zobowiązanie wykonawcy, że przez dłuższy czas ma pozostawać w gotowości brania udziału w postępowaniu i w konsekwencji w gotowości realizacji zamówienia, rezerwując swój potencjał ludzki i techniczny bez żadnej gwarancji nie tylko co do tego, że udzielone mu zostanie zamówienie, ale że w ogóle zostanie poproszony o złożenie oferty, jest niedopuszczalne. Po drugie takie zobowiązanie mija się z celem z tego powodu, iż nawet gdyby zobowiązanie wykonawcy było dopuszczalne, w sytuacji, gdy wykonawca nie byłby zainteresowany uzyskaniem danego zamówienia albo nie byłby w stanie go wykonać w określonym czasie, mógłby bardzo łatwo doprowadzić do wykluczenia lub odrzucenia jego oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym brak jest również podstaw do wprowadzania odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy ramowej (§ 4 projektu umowy ramowej), gdyż biorąc pod uwagę ustawowy charakter umowy ramowej nie wiadomo, na czym to niewykonanie lub nienależyte wykonanie miałyby polegać.

Z powyższych względów wszystkie postanowienia SIWZ (w tym projektu umowy ramowej) dotyczące zabezpieczenia i odpowiedzialności za nienależyte wykonanie umowy ramowej i zobowiązujące wykonawcę do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych nie mają podstawy prawnej i powinny zostać zmodyfikowane przez ich usunięcie.

3. Zapewnienie przez wykonawcę zgodności realizacji zamówienia publicznego z „przedstawioną” specyfikacją zamówienia publicznego (§ 1 ust. 8 projektu umowy ramowej)

Zgodnie z art. 100 ust. 2 Pzp modyfikacja warunków zamówienia przy udzielaniu konkretnego zamówienia względem warunków określonych w umowie ramowej jest dopuszczalna o ile modyfikacja ta nie jest istotna. Tymczasem Zamawiający zakłada, że w sposób dowolny będzie narzucał warunki realizacji zamówienia (§ 1 ust. 8 projektu umowy ramowej). SIWZ powinna być zatem zmodyfikowana w ten sposób, by w § 1 ust. 8 projektu umowy ramowej znalazło się zastrzeżenie, iż przedstawiona specyfikacja przedmiotu zamówienia nie będzie w sposób istotny odbiegać od warunków określonych w umowie ramowej, w tym załącznika nr 1 do niej.

4. Zaniechanie wskazania w komparycji projektu umowy ramowej (Załącznik nr 2 do SIWZ) w oznaczeniu Zamawiającego „Skarb Państwa”

Komenda Główna Policji nie jest osobą prawną, która w stosunkach cywilnoprawnych ma zdolność kontraktową. W stosunkach tych działa ona w ramach osobowości prawnej Skarbu Państwa, wobec czego w umowie ramowej oznaczenie Zamawiającego winno polegać na wskazaniu „Skarb Państwa – Komenda Główna Policji”.

5. Projekt umowy ramowej jako jedno oświadczenie łączące Zamawiającego i trzech wykonawców, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa


Z projektu umowy ramowej (komparycja, § 5 ust. 7) wynika, że Zamawiający zamierza zawrzeć jedną umowę ze wszystkimi wykonawcami wyłonionymi w toku Postępowania. Jakkolwiek dosłowne brzmienie art. 100 ust. 3 pkt 2 Pzp mówi o umowie ramowej z co najmniej trzema wykonawcami, to w piśmiennictwie jednolicie przyjmuje się, iż w przypadku co najmniej dwóch wykonawców, z którymi będzie zawarta umowa ramowa, sporządza się odrębne dokumenty, nie zawierając porozumienia wielostronnego. Nie ma bowiem powodów, dla których kilku wykonawców miałyby być związanych z Zamawiającym jedną umową, a w wielu przypadkach (np. niewłaściwa reprezentacja, wada oświadczenia woli po stronie jednego z wykonawców, czy – co szczególnie istotne w kontekście § 1 ust. 2 projektu umowy ramowej - tj. czasu jej trwania w sytuacji gdy do złożenia oświadczeń woli doszłoby w różnych datach) problemy w relacjach Zamawiającego z jednym z wykonawców mogłyby niepotrzebnie rzutować na jego relacje z innymi wykonawcami.

Komparycja projektu umowy ramowej oraz § 5 ust. 7 tej umowy winny być zatem odpowiednio zmodyfikowane.

Protestujący posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego protestu. Protestujący jest wykonawcą w rozumieniu ustawy, gdyż będzie się ubiegał o zawarcie z nim umowy ramowej (art. 2 pkt 11 Pzp), a zaniechania i działania Zamawiającego polegające na sporządzeniu SIWZ w sposób niezgodny z przepisami mogą spowodować, że jego interes prawny dozna uszczerbku. Po pierwsze jego szanse na zawarcie umowy ramowej są mniejsze (por. np. pkt 1 Uzasadnienia protestu), a w razie gdyby m. in. z Protestującym została zawarta umowa ramowa, jego ustawowe prawa jako wykonawcy mogłyby być naruszone (por. np. pkt 2 i 3 Uzasadnienia protestu). Skoro w zakresie nieuregulowanym w Pzp należy z mocy art. 14 Pzp stosować przepisy Kodeksu cywilnego, należy również stosować cywilistyczne rozumienie „interesu prawnego”. W prawie cywilnym interes prawny strony stosunku cywilnoprawnego jest rozumiany szeroko, chodzi bowiem o interes prawny strony wynikający z zagrożenia dla jej sfery prawnej, zarówno majątkowej, jak i niemajątkowej. Zgodnie z piśmiennictwem i orzecznictwem dotyczącym rozumienia interesu prawnego na gruncie prawa cywilnego należy wskazać, że jest on kategorią obiektywną i odnosi się go do szeroko rozumianych praw i stosunków prawnych podmiotu prawnego, który powinien być zgodny z prawem i zasadami współżycia społecznego. Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych próba zdefiniowania pojęcia „interes prawny” została zawarta w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 26 sierpnia 2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/O-1353/04), w którym stwierdza się, że interes prawny należy traktować jako potrzebę prawną, wynikającą z sytuacji prawnej, w jakiej znajduje się podmiot korzystający ze środka ochrony prawnej. Interes prawny należy rozumieć jako obiektywną okoliczność w świetle obowiązujących przepisów prawnych, tj. wywołaną rzeczywistym naruszeniem albo zagrożeniem określonej sfery prawnej. Z takim zagrożeniem sfery prawnej Protestującego mamy do czynienia w przypadku postanowień SIWZ opracowanych przez Zamawiającego.

Protest jest wniesiony z zachowaniem terminu wskazanego w art. 180 ust. 3 pkt 2 Pzp.

Mając na uwadze wszystkie wskazane wyżej okoliczności wnoszę jak na wstępie.


POLKOMTEL S.A.
Dyrektor Departamentu Rynku Biznesowego
Paweł Prządka

Załącznik:

- odpis pełnomocnictwa w formie poświadczonej notarialnie wraz z odpisem z rejestru przedsiębiorców.