

Warszawa, dn. 16. 07.2008

Dz.Z. IHiT /P/ 36 /104 /2008

EXATEL S.A.
Ul. Perkuna 47,
04-164 Warszawa

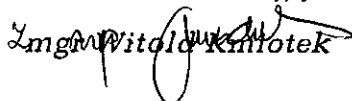
Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znak: IHiT/P/36/08, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: Instalację, konfigurację i uruchomienie rozległej sieci KRDK -NET –(zadanie 1), Świadczenie usług rozległej sieci KRDK- NET – (zadanie 2).

Instytut Hematologii i Transfuzjologii uprzejmie informuje, iż Protest wniesiony do Zamawiającego w dniu 14 lipca 2008 r. – nie został podpisany przez osobę wskazaną w załączonym pełnomocnictwie.

Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 9 ust. 1 oraz art. 27 ust. 1 zastrzega szczególną formę pisemną dla każdej czynności prawnej związanej z prowadzonym postępowaniem. Do zachowania tej formy wymagane jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli, zgodnie z art. 78 KC. W związku z powyższym Protest nie został rozpatrzony.

W załączeniu:

1. Kserokopia złożonego pisma.

Z-CA DYREKTORA
Instytutu Hematologii i Transfuzjologii
d/s techniczno-administracyjnych
mgr Witold Kmittek

Warszawa, dn. 14 lipca 2008 r.

Zamawiający:

Instytut Hematologii i Transfuzjologii
Ul. Indiry Gandhi 14
02-776 Warszawa
Tel. (0-22) 34-96-222÷230
Fax: (0-22) 34-96-223

Protestujący:

Exatel S.A.
Ul. Perkuna 47,
04-164 Warszawa
Tel. 022 340 62 71

INSTYTUT HEMATOLOGII I TRANSFUZJOLOGII w Warszawie KANCELARIA	
Wpłynęło	14. 07. 2008
L.dz.	1410
podpis	

PROTEST

Działając w imieniu Exatel S.A. na podstawie art. 180 w zw. z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wnoszę protest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Instalacja, konfiguracja i uruchomienie rozległej sieci KRDK-NET – (zadanie 1), Świadczenie usług rozległej sieci KRDK-NET – (zadanie 2) w ramach projektu „Utworzenie Krajowego Rejestru Dawców Krwi”* prowadzonego przez Instytut Hematologii i Transfuzjologii.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie art. 7 ust 1, art. 22 ust 2, art. ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego .

Z uwagi na to, że interes prawny Protestującego może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wymienionych na wstępie przepisów, wnoszę o unieważnienie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 w zw. z art. 38 ust 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z tym, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 1 lipca 2008 r. termin na złożenie niniejszego protestu w świetle przepisu art. 180 ust. 3 pkt 2 ustawy został przez Protestującego dotrzymany.

UZASADNIENIE

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Instalację, konfigurację i uruchomienie rozległej sieci KRDK-NET – (zadanie 1), Świadczenie usług rozległej sieci KRDK-NET – (zadanie 2) w ramach projektu „Utworzenie Krajowego Rejestru Dawców Krwi”*, publikując ogłoszenie o zamówieniu w dniu 1 lipca 2008r. (Numer ogłoszenia: 2008/S 125-166866). Postępowanie to zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: siwz) wraz z załącznikami w niniejszym postępowaniu zostały zamieszczone przez Zamawiającego na jego stronie internetowej.

Analiza treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień siwz wskazuje na poważne naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego w zakresie dotyczącym opisu warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert a także naruszenia przepisów kodeksu cywilnego w zakresie dotyczącym swobodnego kształtowania stosunków prawnych.

I.

Zamawiający w rozdziale II pkt 2 siwz wskazał jakich dokumentów wymaga od wykonawców ubiegających się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w celu potwierdzenia, że Wykonawca **posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych**, mianowicie:

- Aktualny odpis z właściwego rejestru albo aktualne zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem składania ofert.
- Aktualne zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega w opłacaniu podatków, opłat lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.
- Aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega w płaceniu składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub zaświadczenie, że uzyskał

przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności, lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

- Aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust.1 pkt 4-8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

- Aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust.1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

- Koncesja, zezwolenie lub licencja, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem.

- **Wykaz wykonanych usług** w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch (2) zamówień budowy sieci rozległej w technologii MPLS w minimum 15 lokalizacjach dla każdej realizacji, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie. Wzór wykazu -Załącznik nr 5 do SIWZ

- **Informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej**, w których Wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wyrażoną kwotą (liczbą) PLN, nie mniejszą niż cena ofertowa, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Zgodnie z § 1 ust 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienie do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej "ustawą", zamawiający może żądać następujących dokumentów:

- 1) koncesji, zezwolenia lub licencji, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem publicznym, zwanym dalej "zamówieniem";
- 2) aktualnego odpisu z właściwego rejestru albo aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do

- rejestr lub zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;
- 3) aktualnych zaświadczeń właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzających odpowiednio, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub zaświadczeń, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;
 - 4) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;
 - 5) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Wskazane w rozporządzeni dokumenty są jedynymi jakich Zamawiający może żądać w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu jakim jest, posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz nie podleganiu wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Jeśli natomiast Zamawiający, żąda od Wykonawców innych dokumentów tj. wykazu wykonanych usług oraz określonej informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej musi sprecyzować warunek jakiego spełnienie dokument ten potwierdza. Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 7 czerwca 2005 roku (sygn. akt UZP/ZO/0-1203/05) „Warunkiem żądania dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu wynikającym z art. 25 ustawy - Prawo zamówień publicznych jest jasne i precyzyjne sformułowanie tych warunków w SIWZ”. Określenie przez Zamawiającego w rozdziale II pkt 1 SIWZ „warunków udziału w postępowaniu przez przeniesienie treści art. 22 ust. 1 pkt 1 do 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych nie spełnia wymogów ustawy - Prawo zamówień publicznych w zakresie obowiązku określenia w SIWZ tych warunków”.

Zgodnie z w/w wyrokiem „Zamawiający w SIWZ nie postawił żadnego warunku w tym zakresie. Jednocześnie Zamawiający nie stawiając konkretnych warunków udziału w postępowaniu zamieścił w rozdziale IX SIWZ żądanie przedłożenia przez Wykonawców m.in. dokumentów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci wykazu wykonanych w okresie 3 lat usług o charakterze i złożoności podobnym do profilu działalności Domu Pomocy Społecznej oraz polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej. Warunkiem bowiem żądania dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu wynikającym z art. 25-ustawy - Prawo zamówień publicznych jest jasne i precyzyjne sformułowanie tych warunków w SIWZ. Brak sprecyzowania w SIWZ warunków udziału w postępowaniu narusza podstawową zasadę udzielenia zamówienia wynikającą z art. 7 ust. 1, oraz narusza art. 36 ustawy - Prawo zamówień publicznych określający zakres przedmiotowy zapisów SIWZ. Mając na względzie, iż modyfikacja treści SIWZ nie może dotyczyć warunków udziału w postępowaniu, co wynika z art. 38 ust. 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych należało na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych nakazać Zamawiającemu **unieważnić postępowanie.**”

„W ocenie Zespołu Arbitrów w ustawie - Prawo zamówień publicznych wyraźnie oddzielono warunki udziału w postępowaniu od dokumentów, jakie wykonawcy zobowiązani są przedłożyć na ich potwierdzenie” – pogląd wskazany w wyroku z dnia 25 lipca 2007 roku (sygn. akt UZP/ZO/0-887/07; UZP/ZO/0-888/07). W świetle tego orzeczenia należy wskazać, iż żądanie wykazu wykonanych usług oraz określonej informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej bez wskazania warunku spełnienia, którego dokumenty te potwierdzają stanowi naruszenie art. 22 ust 2 ustawy pzp.

II.

Ponadto, żądanie informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, w których Wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej **wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową** wykonawcy, wyrażoną kwotą (liczbą) PLN, **nie mniejszą niż cena ofertowa**, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, stoi w sprzeczności z art. 22 ust 2 ustawy pzp oraz narusza art. 7 ust 1 tejże ustawy. Zgodnie z art. 22 ust 2 ustawy pzp, zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to tyle, że precyzując warunki

udziału w postępowaniu zamawiający powinien się opierać na obiektywnych przesłankach, tak aby dopuszczony do udziału w postępowaniu był każdy wykonawca zdolny do wykonania zamówienia. Jednocześnie warunki powinny być stawiane w sposób, który zapewnia zachowanie równego traktowania wykonawców - nie jest możliwe stawianie różnych warunków ze względu na różny status wykonawcy. *W szczególności za naruszenie nakazu zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców należy uznać stawianie dodatkowych warunków dla wykonawców występujących wspólnie czy też uzależnianie poziomu wymaganego minimalnego doświadczenia lub zdolności finansowej od zaoferowanej ceny oferty. W tej ostatniej sytuacji warunek w istocie **nie jest bowiem ustalony w sposób obiektywny**, a zróżnicowany w zależności od zaoferowanej ceny i różny dla każdego z wykonawców¹.*

W kwestii interpretacji art. 7 ust 1 w świetle precyzowania warunków udziału w postępowaniu wypowiedział się również Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 8 lutego 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-303/06) wskazując, iż „art. 7 ust. 1 stanowi dwie podstawowe zasady prowadzenia postępowania: zasadę zachowania uczciwej konkurencji i zasadę równości. Zasada równości oznacza, że każdy z wykonawców powinien być traktowany jednakowo, bez żadnych przywilejów i ulg. (...) a stawiane wymagania muszą być takie same dla wszystkich”. W związku z tym wskazanie, iż Wykonawcy obowiązani są dołączyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, w których Wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą **wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową** wykonawcy, wyrażoną kwotą (liczbą) PLN, **nie mniejszą niż cena ofertowa** stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i jako takie skutkować powinno unieważnieniem postępowania.

III.

Jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu na *Instalację, konfigurację i uruchomienie rozległej sieci KRDK-NET – (zadanie 1), Świadczenie usług rozległej sieci KRDK-NET – (zadanie 2) w ramach projektu „Utworzenie Krajowego Rejestru Dawców Krwi”* jest cena. W rozdziale IV siwz Zamawiający precyzuje wymagania dotyczące kalkulacji oraz określenia ceny oferty. Zgodnie z punktem 6.1. Cena podana w ofercie musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. Cena oferty – **cena brutto za całość zamówienia**, zgodnie z **Załącznikiem Nr 3.1 do oferty**. Wyliczenie ceny netto i brutto w załączniku należy przeprowadzić w następujący sposób

¹ Tak np. M. Stachowiak w: Małgorzata Stachowiak, Jarosław Jerzykowski, Włodzimierz Dzierżanowski „Prawo zamówień publicznych, komentarz”

$ILOŚĆ \times CENA \text{ NETTO} = WARTOŚĆ \text{ NETTO}$

$WARTOŚĆ \text{ NETTO} + WARTOŚĆ \text{ VAT} = WARTOŚĆ \text{ BRUTTO.}$

Ceną całkowitą należy podać cyfrą oraz słownie z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku.

W punkcie 6.3 „sposób kalkulacji ceny” Zamawiający określa, iż ustalona cena obejmuje: wartość przedmiotu zamówienia, podatek od towarów i usług VAT oraz wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, w tym również koszty instruktażu. Podane ceny nie mogą wzrosnąć przez okres obowiązywania umowy. **Do porównania ofert będzie zastosowana cena brutto za całość zamówienia, skalkulowana w sposób określony w pkt 6.3.**

W tym kontekście wątpliwości Protestującego budzi załącznik nr 3.1 do siwz „Oferta cenowa”, w której Zamawiający wskazuje dwie tabele. W pierwszej z nich Wykonawca określić powinien cenę następujących elementów przedmiotu oferty:

- Instalacja ,konfiguracja i uruchomienie sieci WAN dla lokalizacji IHIT ul. Indiry Gandhi 14, 02-776 Warszawa,
- Instalacja, konfiguracja i uruchomienie sieci WAN dla lokalizacji IHIT ul.Chocimska 5, 00-957Warszawa,
- Instalacja, konfiguracja i uruchomienie sieci WAN w 21 lokalizacjach RCKiK, określonych w Załączniku nr 1, Tabela 2

oraz zsumować cenę netto oraz cenę brutto dla poszczególnych zadań.

W tabeli nr 2 natomiast określić należy ceny zadań:

- Miesięczna opłata za usługę dostępu do sieci KRDK-NET dla lokalizacji IHIT ul. Indiry Gandhi 14, 02-776 Warszawa,
- Miesięczna opłata za usługę dostępu do sieci KRDK-NET dla lokalizacji IHIT ul.Chocimska 5, 00-957 Warszawa.,
- Miesięczna opłata za usługę dostępu do sieci KRDK-NET dla 21 lokalizacji RCKiK wg Załącznika nr 1, Tabela 2,
- Miesięczna opłata za usługę dostępu do sieci Internet dla lokalizacji IHIT, ul. Indiry Gandhi 14, 02-776 Warszawa,

wraz z zsumowaną wartością dla tych zadań.

Wskazanie sposobu obliczania ceny przez Zamawiającego jest niespójne, gdyż określony w tabeli cenowej wzór uniemożliwia spełnienie dyspozycji punktu 6.3. siwz tj. wyliczenia ceny w sposób wskazany przez Zamawiającego. Ponieważ zgodnie z punktem 6.3. siwz, do porównania ofert będzie zastosowana cena brutto za całość zamówienia, skalkulowana w sposób określony w pkt 6.3, a w tabeli cenowej Wykonawca obowiązany

jest do podania dwóch cen dla dwóch różnych zadań, Zamawiający nie jest w stanie na podstawie ofert złożonych przez wykonawców dokonać prawidłowej oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 3 sierpnia 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2187/06) „Ponieważ wybór najkorzystniejszej oferty następuje na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ (art. 91 ust. 1) oraz w sposób opisany w SIWZ (...) to nie jest możliwe dopuszczenie w tym zakresie jakichkolwiek nieścisłości i różnych interpretacji. Gdy są możliwe co najmniej dwa sposoby oceny ofert wg podanych wzorów to uznać należy, że nie jest możliwe wskazanie najkorzystniejszej oferty w sposób niebudzący wątpliwości”.

Mając na względzie fakt, iż modyfikacja treści SIWZ nie może dotyczyć warunków udziału w postępowaniu, co wynika z art. 38 ust. 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych, nieprecyzyjne kryterium oceny ofert wskazane przez Zamawiającego w siwz skutkować musi unieważnieniem postępowania na podstawie art. 91 ust 1 pkt 7 ustawy pzp w zw. z art. 38 ust 5 ustawy. Zdaniem Zespołu Arbitrów wyrażonym w wyroku z dnia 1 sierpnia 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2186/06) „nieprecyzyjne zdefiniowanie kryteriów, co w konsekwencji prowadzi do wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, jest rażącym naruszeniem p.z.p., co prowadzi do nieważności umowy z powodów wymienionych w art. 146 ust. 1 pkt 5 p.z.p. W takim wypadku **zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania** na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p”

IV

W rozdziale IV siwz „Uszczegółowienie przedmiotu zamówienia i obowiązków wykonawcy” w punkcie 4 „Wymagane aktualne świadectwa, atesty i certyfikaty” Zamawiający zobowiązuje Wykonawców do załączenia do oferty **wszelkich wymaganych prawem świadectw, atestów lub certyfikatów (jeżeli dotyczy)**.

Zgodnie z § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, zamawiający może żądać ściśle określonych zaświadczeń pochodzących od określonych podmiotów potwierdzających, że przedmiot zamówienia odpowiada określonym przez Zamawiającego normom. To Zamawiający obowiązany jest przede wszystkim określić normy, spełnienie jakich potwierdzać mają wymagane od Wykonawców dokumenty, oraz wskazać jakie dokumenty winni przedstawić Wykonawcy

w celu potwierdzenia spełnienia określonych norm. Takie stanowisko wynika zarówno z brzmienia przepisów w/w rozporządzenia jak i z bogatego orzecznictwa Zespołu Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 31 maja 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1098/05) przyjęto pogląd, iż „dokumenty na potwierdzenie warunku jakości robót budowlanych w postaci np. certyfikatu ISO nie mogą być wymagane, gdyż nie ma o nich mowy w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy”. Biorąc, zatem pod uwagę fakt, iż modyfikacja treści SIWZ nie może dotyczyć warunków udziału w postępowaniu, co wynika z art. 38 ust. 5 ustawy pzp postępowanie podlega unieważnieniu .

V.

W rozdziale IV siwz „Uszczegółowienie przedmiotu zamówienia i obowiązków wykonawcy” Zamawiający wskazuje: Termin realizacji przedmiotu zamówienia wynosi 36 miesięcy od daty zawarcia umowy **w tym:**

Dla Zadania 1 Wykonawca w terminie do **2** miesięcy od daty zawarcia umowy, jednak **nie później niż do 24.10.2008r.**, zainstaluje, skonfiguruje i przyłączy urządzenia sieciowe Zamawiającego do sieci IP VPN MPLS Wykonawcy oraz uruchomi sieć we wszystkich lokalizacjach, zgodnie z Załącznikiem Nr 1, Tabela 2., a także przeprowadzi instruktaże w zakresie prawidłowej obsługi przedmiotu zamówienia wskazanych przez Zamawiającego pracowników – zgodnie z Załącznikiem Nr 1 do SIWZ,

Dla zadania 2 Wykonawca rozpocznie świadczenie usługi dostępu rozległej sieci KRDK-NET. w lokalizacjach 1, 2, 3, 11 i 20, zgodnie z Tabela 2 Załącznika Nr 1 do SIWZ, oraz rozpocznie świadczenie usługi dostępu do sieci Internet w lokalizacji Warszawa, ul. Gandhi 14, po odbiorze prac określonych w pkt. 2.1, ale **nie później niż do 24.10.2008r.**, a w pozostałych lokalizacjach zgodnie z Załącznikiem Nr 1, Tabela 2, Wykonawca rozpocznie świadczenie usługi dostępu rozległej sieci KRDK-NET w ciągu **4** miesięcy od daty zawarcia umowy.

Podobne postanowienia znalazły się również w § 1 ust 2 pkt 2.1 i 2.2 „Projekt umowy”. Ponadto w § 8 ust 1 „Projekt umowy” określono, iż za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu Umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w określonych przypadkach i wysokościach m.in. dla zadania 1, jeżeli Wykonawca nie zrealizuje przedmiotu umowy **w terminie do 24.10.2008 r.** Zamawiający ma prawo odstąpić od umowy, a Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty **kary umownej w wysokości 100% wartości brutto przedmiotu umowy.**

Takie postanowienia siwz oraz projektu umowy stoją w sprzeczności z art. 7 ust 1 ustawy pzp. Zdaniem Zespołu Arbitrów – wyrażonym w wyroku z dnia 26 lutego 2006 (sygn. akt UZP/ZO/0-533/06) – „naruszenie dyspozycji art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który to przepis nakazuje Zamawiającemu przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. (...) oznacza, że całe postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w myśl art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zawarcie umowy, w sytuacji naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawierającego podstawowe dla systemu zamówień publicznych zasady ich udzielania, czyniłoby ją nieważną w oparciu o przepis art. 58 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Nie bez znaczenia jest również fakt, iż oznaczenie terminu realizacji zamówienia „**w terminie do 24.10.2008**”, może pozbawić Zamawiającego możliwości zawarcie ważnej umowy. W przypadku zakończenia postępowania w dacie późniejszej niż 24.10.2008 r. realizacja przedmiotowego świadczenia stanie się niemożliwa. Podobny pogląd wyraził Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 28 lipca 2006r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1908/05); jeśli „zamierzony termin realizacji przedmiotu zamówienia upłynął. (...) skoro w umowie nie może widnieć inny termin wykonania przedmiotu zamówienia niż ten, który podał wykonawca w ofercie przyjmujący warunki umowne ustalone przez zamawiającego, to należy przyjąć, iż zawarcie takiej umowy z zamiarem jej aneksowania w celu zmiany tego terminu jest niezgodne z prawem. Skoro nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie, to planowana umowa byłaby umową o świadczenie niemożliwe, co zgodnie z art. 387 Kodeksu cywilnego, skutkowało jej **nieważnością.**”

Szczególnie w kontekście tak wygórowanej kary umownej (**100% wartości brutto przedmiotu umowy**) w sytuacji niewykonania przedmiotu umowy dla zadania 1 w terminie do 24.10.2008, zastrzeżenie terminu realizacji w postaci ustalenie pewnej nieprzekraczalnej daty budzi poważne wątpliwości Protestującego. Mając na uwadze uchwałę 7 sędziów Sądu Najwyższego (III CZP 61/03) zgodnie, z którym „zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody.” Należy przyjąć, iż zbyt wygórowana kara umowna, przy tak wskazanym terminie realizacji zamówienia narusza art. 7 ust 1 ustawy pzp w części dotyczącej prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Stanowisko to potwierdza Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 24 czerwca 2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-924/04). Zgodnie z tym wyrokiem „Do niedozwolonych zapisów umowy należy uznać również zapis o różnych wysokościach kar umownych przewidzianych z

tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania postanowień umowy. W przypadku Zamawiającego za każdy dzień zwłoki ustalono karę w wysokości 5 zł zaś w przypadku wykonawcy 0,5% wartości umownej za każdy dzień zwłoki, a więc biorąc pod uwagę wartość kosztorysowa zadania kwotę nie mniejsza niż 500 zł." Tym bardziej za niedozwolone należy uznać postanowienia umowne określające wysokie kary umowne dla Wykonawcy, nie przewidując jednocześnie kar umownych w przypadku niewywiązania się z umowy przez Zamawiającego.

Również sama wysokość kar umownych (np. 100% wartości brutto przedmiotu umowy), stoi w sprzeczności z art. 353¹ Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 353¹; „, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel **nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku), ustawie ani zasadą współżycia społecznego.**” Artykuł ten wyraża funkcjonującą w stosunkach zobowiązaniowych zasadę swobody umów. W systemie prawa zamówień publicznych stanowiąca element swobody umów swoboda kształtowania przez obie strony treści umowy została znacznie ograniczona przez możliwość jednostronnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego. Nie oznacza to bynajmniej, że zasada swobody umów w ramach zamówień publicznych nie funkcjonuje, a tyle tylko, że doznaje większych ograniczeń niż w obrocie odbywającym się tylko na podstawie przepisów prawa cywilnego. Fakt ograniczenia swobody umów przez możliwość prawną Zamawiającego w znacznej części jednostronnego kształtowania treści umowy nie oznacza, że Zamawiający może kształtować tę treść całkowicie dowolnie.

Wprowadzając mianowicie poszczególne postanowienia do Ogólnego wzorca umowy Zamawiający ma obowiązek tak ukształtować przyszłe prawa i obowiązki stron, by treść stosunku prawnego wynikająca z zawartej umowy nie sprzeciwiała się w szczególności właściwości (naturze) stosunku powstającego z umowy. Należy pamiętać, że w razie takiego ukształtowania przez Zamawiającego praw i obowiązków stron, które byłoby sprzeczne z właściwością (naturą) tego stosunku, to prawa te i obowiązki ulegają korekcie zgodnie z art. 56 Kodeksu cywilnego w ten sposób, aby były one zgodne m.in. z zasadami uczciwego obrotu (zasadami współżycia społecznego). Wynika to z faktu, że skutki, jakie wywołuje umowa w sprawie zamówienia publicznego to nie tylko skutki, jakie zostały wyrażone w jej treści, ale także skutki, które w konkretnym wypadku dyktują zasady uczciwego obrotu, (a także inne wyznaczniki określone w art. 56 Kodeksu cywilnego).

Należy podnieść, że zastrzeżenie kar umownych w wysokościach znacznie przekraczających ewentualną szkodę jaką Zamawiający może ponieść w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia , przy jednoczesnym braku kar umownych w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań Zamawiającego wynikających z tej umowy , jest zapisem sprzecznym z naturą stosunku zobowiązaniowego, jaki ma powstać wynikiem zawarcia umowy w postępowaniu i jako taki powinien zostać przez Zamawiającego zmodyfikowany.

Uwzględniając przedstawioną argumentację i naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, których dopuścił się Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Protestujący wnosi jak na wstępie.

Niniejszy protest zostaje doręczony do siedziby Zamawiającego.

W imieniu Wykonawcy: