

DZ/ 2215/36/ 102/08

Warszawa dn. 11.07.2008r

ZAWIADOMIENIE O WNIESIENIU PROTESTU.**WEZWANIE DO PRZYŁĄCZENIA SIĘ DO POSTĘPOWANIA TOCZĄCEGO SIĘ W WYNIKU WNIESIENIA PROTESTU.**

Dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przetarg nieograniczony znak: IHiT/P/36/08, 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**

Działając na podstawie art. 181 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. nr 223, poz.1655 .) Zamawiający informuje, że w prowadzonym postępowaniu został wniesiony protest dotyczący postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Na tej podstawie wzywa się Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesionego protestu. Uczestnikami protestu stają się Wykonawcy, którzy:

- do upływu terminów, o których mowa w art. 180 ust 3.
przystąpią do postępowania toczącego się w wyniku protestu.

Prawa i obowiązki uczestników postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu określono w art. 181 Prawa zamówień publicznych

Załącznik: kopia protestu z dnia 11.07.2008r.

K I E R O W N I K
Działu Zamówień Publicznych i Zaopatrzenia

Kryszyna Sobczak
Kryszyna Sobczak



UNIA DLA PRZEDSIĘBIORCZYCH
PROGRAM KONKURENCYJNOŚĆ

UNIA EUROPEJSKA

Projekt współfinansowany ze środków
Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego





Warszawa, 11 lipca 2008 rok

Instytut Hematologii
i Transfuzjologii
ul. Indiry Gandhi 14
02 – 776 Warszawa

Protestujący:
„Netia” S.A.
ul. Poleczki 13
02-822 Warszawa

dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług instalacji, konfiguracji i uruchomienia rozległej sieci KRDK-NET oraz świadczenie usług rozległej sieci KRDK-NET (nr post.: IHIT/P/ 36/08)

PROTEST

Działając w imieniu spółki „Netia” S.A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 180 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 wraz ze zmianami zwana dalej Ustawą) składam protest dotyczący postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług instalacji, konfiguracji i uruchomienia rozległej sieci KRDK-NET oraz świadczenie usług rozległej sieci KRDK-NET.

Zamawiającemu zarzucam w szczególności zawarcie opisanych poniżej niedopuszczalnych zapisów w projekcie umowy będącej załącznikiem do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Netia SA

ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa
tel. +48 22 330 20 00, fax +48 22 330 23 23
NIP 526-02-05-575, REGON 011566374

Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego KRS 0000041649
Kapitał zakładowy: 389.277.294 PLN. Kapitał opłacony w całości.

Jakość w Netii potwierdza certyfikat ISO 9001:2000

Postępowanie Zamawiającego narusza art. 7 oraz art. 29 Ustawy – Prawo Zamówień Publicznych.

Protestujący żąda modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób zapewniający zgodność projektu umowy z Ustawą w szczególności poprzez modyfikację zapisów dotyczących kar umownych w zakresie opisanym poniżej.

Uzasadnienie

W dniu 01 lipca 2008 roku Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia na swojej stronie internetowej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług instalacji, konfiguracji i uruchomienia rozległej sieci KRDK-NET oraz świadczenie usług rozległej sieci KRDK-NET (nr post.: IHiT/P/ 36/08). Ogłoszenie zostało równoległe opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Tym samym ustawowy 14- dniowy termin na wniesienie protestu dotyczącego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia został przez Protestującego dochowany.

W załączniku nr 4 do SIWZ zawierającym Projekt Umowy Zamawiający określił w części wstępnej umowy, iż „brak dostępności usługi” to przerwa w świadczeniu usługi liczona od momentu wykrycia jej przez Stację Monitorującą lub momentu zgłoszenia przez Zamawiającego (lub działającego w jego imieniu Użytkownika) braku tej usługi lub wykrycia obniżenia parametrów usługi poniżej wartości nominalnej, a kończąca się w momencie przywrócenia usługi. Zarazem w §8 ust. 1 pkt 3 Umowy określono, iż Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne za przekroczenie dopuszczalnego czasu usunięcia pojedynczej awarii rozumianej jako brak dostępności usługi, w każdej lokalizacji należącej do:

- a) kategorii A parametrów SLA - za każde pierwsze i kolejne rozpoczęte 4 godziny ponad dopuszczalny czas usunięcia pojedynczej awarii w wysokości 1% od 1/3 łącznej wartości brutto za świadczone usługi,
- b) kategorii B parametrów SLA - za każde pierwsze i kolejne rozpoczęte 8 godzin ponad dopuszczalny czas usunięcia pojedynczej awarii w wysokości 1% od 1/3 łącznej wartości brutto za świadczone usługi.

Zapis ten narusza zasadę uczciwej konkurencji określoną w art. 7 Ustawy, gdyż nakłada na Wykonawcę karę umowną za przekroczenie czasu usunięcia awarii (rozumianej jako brak

As

dostępności usługi) zarazem przyjmując, iż przerwa w świadczeniu usługi liczona może być od momentu wykrycia przerwy przez Stację Monitorującą (użytkowaną przez Zamawiającego i będącą jego własnością), czyli bez wiedzy wykonawcy. Tym samym wykonawca narażony byłby na ryzyko zapłaty kary za nieusunięcie awarii pomimo braku zawiadomienia.

Ponadto zgodnie z projektem umowy:

- jeżeli Wykonawca nie zrealizuje przedmiotu umowy w terminie do 24.10.2008 roku Zamawiający ma prawo odstąpić od umowy, a Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej w wysokości 100% wartości brutto przedmiotu umowy (§8 ust. 1 pkt 1)
- Wykonawca zapłaci karę umowną Zamawiającemu w wysokości 100% wartości brutto umowy, w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca (§8 ust. 1 pkt 1)

Wysokość kary umownej określonej w powyższych zapisach - 100% wartości brutto przedmiotu umowy – jest rażącym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Żądanie takiej kary w praktyce wpływa na wysokość wynagrodzenia żadanego przez wykonawców w celu skompensowania ryzyka związanego z obowiązkiem poniesienia rażąco wysokich kar. Działanie takie godzi tym samym w zasadę efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi. W projekcie umowy dostrzec można wyraźną dysproporcję w relacji stron umowy. Należy zwrócić uwagę na uzasadnienie wyroku Zespołu Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 13 sierpnia 2003r. (sygn. Akt UZP/ZO/0-1221/03). Zespół odnosząc się do projektu umowy stwierdził, iż w projekcie znajdują się niedozwolone zapisy. „Do takich postanowień umowy należy zaliczyć wyraźną dysproporcję gdy chodzi o wartość świadczeń. W konkretnym przypadku zastosowanie kary umownej w wysokości nie mniej niż 300,00 zł za dzień (...) potwierdza tę niedozwoloną dysproporcję. Sprzeczność celu umowy z zasadami współżycia społecznego powoduje bezwzględną nieważność dokonanej czynności prawnej (art. 353w związku z art. 58 § 1 k.c.)”. Sąd stwierdził także, iż strony układając przyszły stosunek prawny muszą pamiętać o celu i jego treści oraz o obowiązku przestrzegania określonych w art. 5 Kodeksu Cywilnego zasad współżycia społecznego.

Powyższa opinia jest tym bardziej uzasadniona, iż zgodnie z §11 umowy:

Zamawiający oprócz wypadków wymienionych w przepisach Kodeksu Cywilnego może odstąpić od umowy także w razie istotnej zmiany okoliczności powodujących, ze

wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Odstąpienie od umowy w tym wypadku może nastąpić w trybie i na zasadach określonych w art. 145 ustawy „Prawo zamówień publicznych”.

Zapis ten, jak i pozostała treść umowy, nie przewidują żadnych kar umownych dla Zamawiającego z tytułu nienależytego wywiązania się z umowy (przykładowo obowiązki Zamawiającego w zakresie udostępnienia pomieszczeń w związku ze świadczoną usługą). Zarazem w przypadku nie uregulowania przez Zamawiającego płatności w terminie Wykonawcy przysługuje jedynie prawo naliczenia odsetek ustawowych. Jak wspomniano wyżej w projekcie umowy dostrzec można wyraźnie zapisaną dysproporcję w relacji stron umowy. Należy przywołać wyrok Zespołu Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (Sygn. akt UZP/ZO/0-924/04) w którym stwierdzono, iż do niedozwolonych zapisów umowy należy w szczególności zaliczyć zapis o różnych wysokościach kar umownych przewidzianych z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania postanowień umowy dla zamawiającego i wykonawcy. Zasada proporcjonalności pozycji stron w umowach zawieranych na skutek prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z podstawowych zasad zamówień publicznych.

Ponadto należy zwrócić uwagę na zapisy §8 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 3 umowy. Zgodnie z umową (Obowiązek zapłacenia kar, o których mowa wyżej, nie wyłącza, ani nie ogranicza obowiązku zapłacenia przez Wykonawcę kar, o których mowa w ust.1 pkt. 3.) kary opisane w tych punktach mogą obciążać wykonawcę łącznie.

- za pierwsze i każde kolejne rozpoczęte 8 godzin ponad dopuszczalny czas niedostępności Usługi w wysokości 1 % od 1/3 łącznej wartości brutto za świadczone usługi, (§8 ust. 1 pkt 2)
- za każde pierwsze i kolejne rozpoczęte 4 godziny ponad dopuszczalny czas usunięcia pojedynczej awarii w wysokości 1% od 1/3 łącznej wartości brutto za świadczone usługi, (§8 ust. 1 pkt 2).

Szacunkową wartość zamówienia Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu na kwotę netto 1'328'443,00 zł (brutto 1'620'700,46 zł). W takim razie przykładowa kara umowna za jeden pełen dzień niedostępności usługi objętej karami mogłaby wynieść łącznie 145'863,04 zł (3x1% oraz 6x1% od 1/3 kwoty 1'620'700,46 zł). Kwota ta jest rażąco niewspółmierna do stopnia naruszenia przez wykonawcę postanowień umowy, a żądanie takiej kary w praktyce

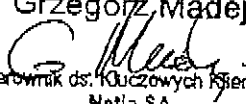
wpływa na wysokość wynagrodzenia żadanego przez wykonawców w celu skompensowania ryzyka związanego z obowiązkiem poniesienia rażąco wysokich kar.. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na brzmienie §8 ust. 1 pkt 5 umowy także regulującego kwestię kar umownych.

W przywołanym powyżej §8 ust. 1 pkt 1 projektu umowy zapisano, iż Wykonawca zapłaci karę umowną Zamawiającemu w wysokości 100% wartości brutto umowy, w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca. Umowa nie określa wprost zarazem przywołanych wyżej okoliczności za które odpowiada Wykonawca co w ocenie Protestującego rażąco narusza zasadę uczciwej konkurencji. W §11 ust. 2 projektu umowy określono jedynie, iż Zamawiający oprócz wypadków wymienionych w przepisach Kodeksu Cywilnego może odstąpić od umowy także w razie istotnej zmiany okoliczności (...). Umowa dodatkowo określa w §6 przesłanki rozwiązania umowy przez każdą ze stron za trzymiesięcznym okresem wypowiedzenia. Zgodnie z art. 395 Kodeksu Cywilnego w umowie można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwac będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Prawo to wykonuje się przez oświadczenie złożone drugiej stronie. W razie wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za nie zawartą. To, co strony już świadczyły, ulega zwrotowi w stanie niezmienionym, chyba że zmiana była konieczna w granicach zwykłego zarządu. Za świadczone usługi oraz za korzystanie z rzeczy należy się drugiej stronie odpowiednie wynagrodzenie. Tym samym należy uznać, iż w przypadku umów, których przedmiotem jest świadczenie ciągłe (a taki jest charakter umów telekomunikacyjnych) odstąpienie także może odnosić skutek tylko ex nunc, a wykonawcy przysługując, zgodnie z wyżej przywołanym przepisem, wynagrodzenie za świadczone usługi. Przywoływany wyżej zapis umowy może budzić tym samym zasadnicze wątpliwości co do zgodności z prawem.

Biorąc pod uwagę wyżej wymienione okoliczności, należy uznać, iż interes prawny Protestującego doznał uszczerbku wskutek niedopuszczalnych zapisów specyfikacji, a protest winien być uwzględniony w całości.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo
2. odpis KRS

Grzegorz Madej

Kierownik ds. Kluczowych Klientów
Netia SA

NETIA SA
ul. Poleczki 13
02-822 Warszawa
NIP: 526-02-05-575
REGON: 011566374