



RZECZPOSPOLITA POLSKA

Warszawa, 24 lipca 2008 r.

**DYREKTOR GENERALNY  
MINISTERSTWA SPRAWIEDLIWOŚCI**

BDG III 3820-23/08

Protestujący:

**Agtes Sp. z o.o.  
ul. Puławska 300A  
02-819 Warszawa**

do wiadomości:

**Hertz Systems Ltd Sp. z o.o.  
Al. Zjednoczenia 118A  
65-120 Zielona Góra**

**ComArch S.A.  
Al. Jana Pawła II 39A  
31-864 Kraków**

*Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „usługę utworzenia, wdrożenia i eksploatacji Systemu Dozoru Elektronicznego”*

*Nr sprawy: **BDG-III-3820-23/08***

## **ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU**

Działając na podstawie art. 183 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą”, Zamawiający – Ministerstwo Sprawiedliwości

### **odrzuca protest**

wniesiony w dniu 17 lipca 2008 r. przez firmę Agtes Sp. z o.o., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa (zwana dalej „Protestującym”).

## **UZASADNIENIE**

W dniu 17 lipca 2008 r. Protestujący wniósł protest w związku z udzieloną przez Zamawiającego odpowiedzią na pytanie nr 5 opublikowane 10 lipca 2008 r. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy.

W związku z powyższym wniósł o podanie proporcji (ewentualnie ilości) „urządzeń zastosowanych do kontroli wykonywania obowiązku pozostawania skazanego w miejscu stałego pobytu lub innym wskazanym miejscu w wyznaczonym czasie” do „urządzeń zastosowanych do kontroli wykonywania obowiązku zakazu zbliżania się do określonych osób lub powstrzymywania się od przebywania w określonych miejscach w wyznaczonym czasie”.

W uzasadnieniu swojego żądania stwierdził, że Zamawiający w SIWZ nie wymagał od oferentów żadnego doświadczenia w zakresie wdrażania systemów „wykonywania kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego”, nie stawiał takich wymagań formalnych, nie żądał żadnych referencji z tego zakresu usług oraz że nie wymagał od oferentów zaoferowanie sprawdzonej platformy technologicznej będącej podstawą SDE, co oznacza, że każdy oferent dysponujący wiedzą techniczną oraz odpowiednim potencjałem technicznym i spełniający wymagania formalne SIWZ może zaoferować przedmiotową usługę, włączając w to oferenta, który nie posiada jeszcze praktycznych doświadczeń z dziedziny przedmiotowego postępowania.

Protestujący podnosi, że odpowiadając na pytanie 5 Zamawiający postępuje w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez nierówne traktowanie oferentów polegające na celowym nie podawaniu do wiadomości informacji będących w posiadaniu Zamawiającego i istotnych dla realizacji przedmiotu postępowania, a dostępnych niektórym oferentom z tytułu posiadanej wiedzy i znajomości dziedziny przedmiotowego postępowania (która to znajomość nie jest warunkiem uczestnictwa w postępowaniu ani wymogiem formalnym SIWZ).

Zamawiający odrzuca protest zgodnie z art. 180 ust. 7 ustawy jako wniesiony po terminie.

Zamawiający, na pytanie Wykonawcy „Czy w odniesieniu do punktu 6.1.13 załącznika 1 do wzoru umowy oraz punktu 8.5 SIWZ Zamawiający może podać dokładną liczbę poszczególnych typów urządzeń, które mają zostać dostarczone wraz z systemem?”, udzielił pismem z dnia 10 lipca 2008 r. odpowiedzi, że „Zamawiający celowo nie podaje dokładnej liczby poszczególnych typów urządzeń, gdyż wybór typów urządzeń, sposobu ich pracy, a także niezbędnej ich liczby pozostawia wiedzy i znajomości dziedziny przedmiotowego postępowania Wykonawcy”.

Zamawiający udzielając takiej odpowiedzi, nie zmienił treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), a jedynie wyjaśnił powody nie zamieszczenia w SIWZ informacji, o które prosił Wykonawca w pytaniu. W związku z tym treść SIWZ pozostała bez zmian i niniejszy protest należy traktować jako dotyczący postanowień SIWZ. Również żądania protestującego dotyczą dokonania zmian w treści SIWZ, w tym jej uzupełnienia.

Zgodnie z art. 180 ust. 3 pkt 2 ustawy jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, protest dotyczący postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się w terminie 14 dni od zamieszczenia specyfikacji na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

SIWZ dotycząca tego postępowania została zamieszczona na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości ([www.ms.gov.pl](http://www.ms.gov.pl)) w dniu 26.06.2008 r. i termin na złożenie protestu dotyczącego jego postanowień upłynął w dniu 10.07.2008 r.

Niniejszy protest związany z pytaniem Wykonawcy dotyczącym uzupełnienia treści SIWZ w zakresach podania dokładnej liczby poszczególnych typów urządzeń, które mają zostać dostarczone wraz z systemem, powinien być złożony jako protest na postanowienia (treść) SIWZ, np. jako niewystarczające zdaniem Wykonawcy zapisy SIWZ, w terminie do 10.07.2008 r. pod rygorem odrzucenia.

Nie odrzucając niniejszego protestu Zamawiający dopuściłby do sytuacji omijania przez protestującego przepisu ustawy dotyczącego zawitego czternastodniowego terminu na składanie protestu na postanowienia SIWZ. Odrzucenie protestu w trybie art. 180 ust. 7 ustawy jest obowiązkiem Zamawiającego, bez względu na zasadność lub bezzasadność merytoryczną zarzutów protestującego.

Niezależnie od powyższego zdaniem Zamawiającego zarzuty podniesione przez Protestującego we wniesionym proteście uznać należy także za całkowicie bezzasadne, a mianowicie:

1. Zamawiający formułując zapisy SIWZ i udzielając odpowiedzi na zadane pytania przestrzega zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jak Protestujący sam wskazał w uzasadnieniu protestu Zamawiający nie ograniczył możliwości ubiegania się wykonawców o udzielenie przedmiotowego zamówienia, co więcej tak sformułował zapisy SIWZ i odpowiedzi na zadane pytania, że każdy wykonawca, który dysponuje odpowiednią wiedzą techniczną oraz odpowiednim potencjałem technicznym i spełnia wymagania formalne SIWZ może zaoferować przedmiotową usługę, włączając w to oferenta, który nie posiada jeszcze praktycznych doświadczeń z dziedziny przedmiotowego postępowania.

Nie może więc tu być mowy o utrudnianiu uczciwej konkurencji.

Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu oraz udzielił odpowiedzi na zadane pytania w taki sposób, aby nie ograniczać dostępu do ubiegania się o przedmiotowe zamówienie znacznemu gronu wykonawców mogących ubiegać się o nie, gdyby zamawiający nie wyznaczał zbyt wygórowanych kryteriów.

Udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 5 w sposób, w jaki żąda Protestujący we wniesionym proteście w nieuzasadniony sposób zawężyłoby krąg podmiotów mogących brać udział w postępowaniu, a tym samym naruszyło zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji (por. Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 11 lutego 2005 r. (Sygn. akt UZP/ZO/0-225/05)).

Pamiętać należy, że na rynku istnieją urządzenia o różnej funkcjonalności (np. takie, które w pojedynczym egzemplarzu wykonują większą liczbę funkcji, niż inne produkty) a podanie przez Zamawiającego procentowej ilości poszczególnych urządzeń wymaga przesądzenia, o jakie urządzenia chodzi, co mogłoby doprowadzić do bezpodstawnego ograniczenia liczby wykonawców mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Aby zachować zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia oraz określając warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu zrobił to w sposób zapewniający wszystkim wykonawcom równy do niego dostęp, m.in. udzielając odpowiedzi na pyt. nr 5, gdzie wskazał, że wybór typów urządzeń, sposobu ich pracy, a także niezbędnej ich liczby pozostawia wiedzy i znajomości dziedziny przedmiotowego postępowania Wykonawcy.

2. Zamawiający nie może podać wykonawcom informacji, których sam nie posiada.

Zamawiający dąży do stworzenia systemu, którego sposób funkcjonowania będzie wprost uzależniony od podmiotu sterującego użytkowaniem systemu SDE, jakim jest sądownictwo. Oznacza to i nie jest to żadną tajemnicą, iż o zastosowaniu dozoru będzie rozstrzygał organ niezawisły. Tym samym trudno jest prognozować, jakie kierunki przyjmie orzecznictwo w zakresie wykorzystania urządzeń monitorujących. Zamawiający nie może więc przekazać wykonawcom informacji, których nie posiada.

Podanie przewidywanej liczby skazanych podlegających dozorowi, w ocenie Zamawiającego, jest dostatecznym, a nadto, jedynym dającym się wymiernie określić, parametrem funkcjonowania przyszłego SDE.

Ponadto pamiętać należy, iż urządzenia, o których mowa są zwykle urządzeniami wielokrotnego użytku i mogą obsłużyć kolejno wielu skazanych. Dlatego też Zamawiającemu trudno jest określić ich liczbę, która powinna być dostosowana do realizacji usługi przez Wykonawcę.

Jak wynika z powyższego Zamawiający udzielił wykonawcom na zadane pytania takich informacji, jakie sam posiada na temat urządzeń monitorujących. Nie może więc być tu mowy o celowym nie podawaniu do wiadomości informacji będących w posiadaniu Zamawiającego.

3. Brak jest związku przyczynowego pomiędzy żądaniem protestu, a charakterem SIWZ.

Zgodnie z Rozdziałem III SIWZ oraz ze wzorem umowy stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, przedmiotem niniejszego zamówienia jest „usługa utworzenia, wdrożenia i eksploatacji Systemu Dozoru Elektronicznego (SDE), o którym mowa w ustawie z dnia 7 września 2007 r. o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego (Dz. U. Nr. 191, poz. 1366)”, a więc wykonanie konkretnie wyspecyfikowanych usług.

Jak wynika z treści SIWZ Zamawiający zamierza kupić jedynie usługę, do realizacji której konieczne jest użycie konkretnych urządzeń monitorujących (Zamawiający wyspecyfikował w SIWZ, jakich), ale samych urządzeń monitorujących Zamawiający kupić nie zamierza, urządzenia te pozostaną własnością Wykonawcy usługi. Potwierdzają to m.in. kody CPV zastosowane przez Zamawiającego do opisu przedmiotowego zamówienia: 74.61.10.00-5 - usługa nadzoru przy użyciu alarmu; 74.61.30.00-9 - usługa dozoru; 74.61.41.00-7 - usługa systemu namierzania.

Zawarcie informacji o urządzeniach służących do wykonywania obowiązków opisanych w pkt 6.1.13 SIWZ, jest więc nie tylko niemożliwe, ale wprost naruszałoby konstrukcję przedmiotu zamówienia. Wszelkie informacje, jakie są niezbędne do prawidłowej realizacji usługi będącej przedmiotem postępowania zostały wykonawcom przekazane treścią SIWZ oraz odpowiedzi udzielonych na zadane przez wykonawców pytania.

4. Wykonawca powinien posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie do realizacji przedmiotowej usługi.

Zamawiający w SIWZ oraz Załączniku nr 1 do Umowy szczegółowo specyfikuje wymagania funkcjonalne, techniczne, jakościowe i bezpieczeństwa, jakie powinien spełniać system SDE w odniesieniu do przewidywanej liczby skazanych podlegających dozorowi w poszczególnych etapach. Wykonawca w przedmiotowym postępowaniu jest dostawcą usługi. Rolą jego jest więc dobór typów i liczby urządzeń oraz sposobu ich pracy zgodnie z posiadaną wiedzą, doświadczeniem i znajomością dziedziny w taki sposób, aby zbudowany w oparciu o nie system SDE spełniał żądane wymagania.

To wykonawca jest w tym wypadku specjalistą, który podejmuje się realizacji przedmiotowej usługi (przyjąć należy, zgodnie z oświadczeniem, jakie jest zobowiązany złożyć wraz z ofertą, że posiada do tego niezbędną wiedzę i doświadczenie) i to on powinien wiedzieć, jako specjalista, jakich rodzajów i jakiej ilości urządzeń potrzeba do realizacji usługi zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Skoro takiej wiedzy nie posiada istnieje prawdopodobieństwo, że nie jest on w stanie prawidłowo zrealizować przedmiotu zamówienia.

Podanie, w procentach, „ilości poszczególnych urządzeń” oznacza, iż Zamawiający musiałby wybrać jeden rodzaj urządzeń z występujących na rynku dostawców SDE (co jak zaznaczono wcześniej naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego

traktowania wykonawców) i wykonać pracę opartą o ocenę ryzyka Wykonawcy. Jest to nie tylko niemożliwe, ale nierealne jest przenoszenie biznesowych ocen warunków działania Wykonawcy na Zamawiającego. Ryzyko ewentualnej pomyłki musiałby ponieść Zamawiający, a Wykonawca bez ryzyka osiągałby całkowity cel takiej umowy.

W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy uznać należy za bezzasadny.

### **Pouczenie**

Stosownie do postanowień art. 184 ustawy, od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie. Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując jego kopię zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

**Zamawiający zgodnie z rozdziałem X ust. 2 SIWZ oraz w oparciu o art. 27 ust. 2 ustawy, żąda od Wykonawcy niezwłocznego potwierdzenia otrzymania faksem niniejszego pisma na numer faksu (0 22) 628-97-85.**

DYREKTOR GENERALNY  
Ministerstwa Sprawiedliwości

-/-

*Wojciech Kijowski*

#### Otrzymują:

1. Adresat,
2. Wykonawca, który przystąpił do postępowania w wyniku wniesionego protestu (Hertz Systems Ltd. Sp. z o.o.),
3. Wykonawca, który przystąpił do postępowania w wyniku wniesionego protestu (ComArch S.A.),
4. a/a