



RZECZPOSPOLITA POLSKA

DYREKTOR GENERALNY
MINISTERSTWA SPRAWIEDLIWOŚCI

Warszawa, 24 lipca 2008 r.

BDG III 3820-23/08

Protestujący:

Cross Sp. z o.o.
ul. Słomińskiego 15 lok. 507
00-195 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 16 lipca 2008 r. przez firmę Cross Sp. z o.o., ul. Słomińskiego 15 lok. 507, 00-195 Warszawa (zwana dalej „Protestującym”).

UZASADNIENIE

We wniesionym w dniu 16 lipca 2008 r. proteście Protestujący zarzucił Zamawiającemu: naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 5, opublikowanej na stronie Zamawiającego w dniu 10 lipca 2008 r., która to czynność ogranicza dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym wniósł o procentowe podanie przez Zamawiającego ilości poszczególnych urządzeń, które służą do wykonywania obowiązków opisanych w pkt 6.1.13 załącznika 1 do wzoru umowy.

W uzasadnieniu swojego żądania stwierdził, że udzielona odpowiedź nie daje mu koniecznych informacji w zakresie ilości urządzeń, które będą wykorzystywane w trakcie wykonywania usługi będącej przedmiotem zamówienia, które to informacje są niezbędne do rzetelnej wyceny usług będących przedmiotem postępowania oraz odwołuje się do doświadczeń Wykonawców, których posiadanie nie jest wymagane w SIWZ.

Protestujący podniósł, iż w Polsce nie działa żaden system SDE, co oznacza, iż doświadczenia mogą pochodzić tylko z wdrożeń w obcych systemach prawnych funkcjonujących w różnych realiach prawnych. Wskazuje, iż rodzaje i ilość przestępstw, za które może być orzeczony SDE różnią się w poszczególnych systemach. Zatem nie jest możliwe przeniesienie doświadczeń z tych systemów na warunki polskiego systemu prawnego.

Protestujący stwierdził, iż w posiadaniu Zamawiającego, jako podmiotu zarządzającego polskim systemem sprawiedliwości, znajdują się dane i informacje dotyczące ilości poszczególnych przestępstw, za które mogą być wymierzone karny pozostawiania skazanego w miejscu jego stałego pobytu oraz zakazem zbliżania się do osób lub powstrzymania się od przebywania w określonym miejscu.

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) 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. Zasada jawności została przez Zamawiającego zachowana, a Zamawiający nie może podać wykonawcom informacji, których sam nie posiada.

Art 8. ust 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), którego naruszenie zarzucił Protestujący Zamawiającemu we wniesionym proteście, mówi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Przejawem przestrzegania przez zamawiających tej zasady jest udostępnianie wszystkim zainteresowanym wszelkich informacji dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego m.in. przez ich publikacje na stronie internetowej, jak również w inny sposób przewidziany w przepisach prawa.

Zasadę tę Zamawiający zachował publikując na swojej stronie internetowej w dniu 10 lipca 2008 r. odpowiedź na pytania zadane przez jednego z wykonawców umożliwiając w ten sposób dostęp do nich innym wykonawcom.

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”

Zamawiający udzielił 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”.

Publikując odpowiedzi na zadane pytania na swojej stronie internetowej Zamawiający dopełnił obowiązków, jakie nakłada na niego ustawa w zakresie przestrzegania zasady jawności prowadzonego postępowania.

Ponadto zaznaczyć należy, iż Zamawiający dąży do stworzenia systemu, którego sposób funkcjonowania będzie wprost uzależniony od podmiotu sterującego użyciem 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 zwykłe 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 naruszeniu zasady jawności poprzez ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem.

2. 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 opisanego 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.

3. Zamawiający jest obowiązany przestrzegać zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

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.

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 naruszałoby opisaną wyżej 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.

5. Możliwa jest ekstrapolacja i projekcja funkcjonowania SDE w obcych realiach prawnych na warunki polskie.

Zdaniem Zamawiającego, wbrew temu co twierdzi Protestujący w uzasadnieniu protestu, możliwa jest ekstrapolacja i projekcja funkcjonowania SDE w obcych realiach prawnych na warunki polskie.

Porównanie obcych systemów prawnych może być przedmiotem usługi eksperckiej zleconej przez Wykonawcę. Różnice, wprawdzie naturalne, mogą być opisane co do istotności wniosków przy implementacji wykorzystania rozwiązań przyjętych w Polsce. Większość umów o złożonym charakterze ich przedmiotu musi odwoływać się do oryginalnych, niepowtarzalnych warunków, w których przychodzi je realizować. Nie wszystko jest budową domu na nieruchomości, a i tam zawsze może zdarzyć się coś, co nie było przewidziane w umowie. Przewidywanie przez Zamawiającego tych faktów, których sam nie zna, zaburza racjonalnych charakter podziału ryzyka przy wykonywaniu takiej umowy.

6. Zamawiający posiada te same dane i informacje, jakie są dostępne w publikowanych i powszechnie dostępnych statystykach i nie mają one związku z przedmiotem protestu.

Dane dotyczące ilości poszczególnych przestępstw, które mogą być objęte karą obowiązku pozostawiania skazanego w miejscu stałego pobytu lub innym wskazanym miejscu w wyznaczonym czasie oraz przestępstw objętych karą wykonywania obowiązku zakazu zbliżania się do określonych osób lub powstrzymywania się od przebywania w określonych miejscach w wyznaczonym czasie, których podania żąda od Zamawiającego Protestujący, dostępne są w publikowanych i powszechnie dostępnych statystykach.

Ponadto zauważyć należy, że dane i informacje, o których mowa powyżej nie pozostają w jakimkolwiek związku z przedmiotem protestu. Protestujący żądał bowiem wskazania ilości poszczególnych urządzeń, tu natomiast domaga się danych statystycznych o samych przestępstwach, za które orzeczono konkretne środki karne, a to zupełnie co innego.

W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 8 ust. 2 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