



Warszawa, dnia 11.09.2007 r.

RZECZPOSPOLITA POLSKA
MINISTERSTWO SPRAWIEDLIWOŚCI
DYREKTOR GENERALNY
MINISTERSTWA SPRAWIEDLIWOŚCI

BDG-III-3820-34/07

Aram Sp. z o.o.
ul. Przasnyska 6 b
01-756 Warszawa

Ministerstwo Sprawiedliwości, jako Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „**Dostawę, instalację i uruchomienie systemu do dźwiękowej rejestracji rozpraw sądowych na 3 196 salach rozpraw w sądach apelacyjnych, okręgowych i rejonowych**”, po rozpatrzeniu Państwa protestu złożonego w dniu 04.09.2007 r., zwanego dalej „Protestującym”, dotyczącego treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z art. 183 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą”,

rozstrzyga:

1. uwzględni protest w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia (punkt IV protestu);
2. oddala protest w pozostałej części jako bezzasadny.

Uzasadnienie

I. Protestujący, składając protest w w/w postępowaniu, zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez wskazanie w Rozdziale VII SIWZ oraz w Załączniku nr 3 do SIWZ zatytułowanym „Istotne Postanowienia Umowy” w §3 ust. 1, terminu realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w § 1 ust. 1 pkt 1 i pkt 3 – 42 dni od daty zawarcia umowy, który to termin według Protestującego nie jest możliwy do zrealizowania, co w konsekwencji uniemożliwia zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

2. art. 7 ust. 1 ustawy pzp w zakresie określenia „Istotnych Postanowień Umowy” stanowiących załącznik nr 3 do SIWZ, w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

II. Zamawiający uwzględnia protest w zakresie modyfikacji treści SIWZ poprzez korektę zapisów (punkt IV protestu).

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, iż błędy wskazane przez Protestującego są oczywistą pomyłką redaktorską. Zapisy, cytowane przez Protestującego, nie są oznaką nierównego traktowania wykonawców i w związku z powyższym nie mogą być przyczyną unieważnienia postępowania. § 3 składa się tylko z jednego ustępu, który z kolei składa się z dwóch punktów. W tej sytuacji nie mogło być wątpliwości, do którego miejsca umowy odwoływał się Zamawiający w § 8 tejże umowy.

W Załączniku nr 3 do SIWZ, zatytułowanym „Istotne Postanowienia Umowy”, wprowadzona zostanie korekta, która nie ma wpływu na postać oferty:

zapis w Załączniku nr 3 do SIWZ

§ 8 ust. 3:

Za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 1, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,1 % wartości wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 1, za każdy dzień zwłoki.

§ 8 ust. 4:

Za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 2, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,5 % wartości wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 1, za każdy dzień zwłoki.

zostanie zastąpiony zapisem:

§ 8 ust. 3:

Za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 1 pkt 1, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,1 % wartości wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 1, za każdy dzień zwłoki.

§ 8 ust. 4:

Za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 1 pkt 2, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,5 % wartości wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 1, za każdy dzień zwłoki.

III. Pozostałe zarzuty podniesione przez Protestującego Zamawiający oddala – jako bezzasadne.

Zarzuty podniesione przez Protestującego, wskazujące na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust 1 ustawy pzp poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający uznaje za bezzasadne.

Zapisy SIWZ w niczym nie utrudniają i nie ograniczają zasad uczciwej konkurencji, a opis precyzuje jedynie wymagania Zamawiającego, dotyczące przedmiotu zamówienia.

Określenie przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia jest zawsze decyzją własną Zamawiającego. Zamawiający decyduje o tym, co ma być przedmiotem określonego zamówienia oraz jakie rozwiązanie jest najbardziej korzystne dla Zamawiającego.

Nie można podzielić poglądu Protestującego, że podany opis utrudnia uczciwą konkurencję, albowiem taka sytuacja zachodziłaby jedynie wówczas, gdyby zawarte tam sformułowania wskazywały na konkretnego wykonawcę lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Zamawiający ma prawo do takiego sformułowania wymagań, aby mógł wybrać ofertę najlepiej odpowiadającą jego często specyficznym potrzebom. Postawienie przez Zamawiającego wymagań, nawet wysokich nie prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Stanowisko to jest zgodne z utrwalonym orzecznictwem UZP, jako przykład można podać wyrok z dn. 2005.02.07 UZP/ZO/0-175/05 gdzie stwierdzono, że "Wskazanie w SIWZ wymogów technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia trudnych do spełnienia przez Odwołującego lub innego oferenta nie stanowi dostatecznej podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia określony został w sposób naruszający zasady wynikające z art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 oraz art. 29 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.", czy wyrok z dnia 2005.02.03 UZP/ZO/0-153/05, zgodnie z którym:

1. "Zasada zachowania uczciwej konkurencji znajduje swoje rozwinięcie między innymi w przepisie art. 29 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Stosownie do jego zapisów zamawiającemu nie wolno określać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę. Chodzi tu zatem o negatywną przesłankę sposobu opisu przedmiotu zamówienia. Zakaz taki zostaje naruszony, jeżeli Zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia użyje określeń lub parametrów wskazujących konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt, działając równocześnie wbrew zasadzie obiektywizmu.
2. Wymóg równego traktowania oznacza konieczność stawiania wszystkim potencjalnym uczestnikom postępowania takich samych warunków udziału w postępowaniu, ocenę spełnienia stawianych warunków według tych samych wcześniej podanych do wiadomości kryteriów.
3. Określenie wysokich (ale możliwych do spełnienia) wymagań oferowanego towaru nie prowadzi do naruszenia zasad uczciwego postępowania."

Uczciwa konkurencja pomiędzy dostawcami, nie musi być równoznaczna ze sformułowaniem wymagań w sposób pozwalający na spełnienie wymagań przez wszystkie podmioty działające w danej branży, a Zamawiający w SIWZ nie wskazał konkretnego producenta.

W zakresie zarzutu zawartego w pkt I protestu, Zamawiający uznaje protest za całkowicie bezzasadny. Protestujący zarzuca, że termin przewidziany na dostawę sprzętu jest zbyt krótki i wnosi o modyfikację terminu realizacji zamówienia poprzez przedłużenie terminu dostawy sprzętu. W toku prowadzonego postępowania przetargowego, po udzieleniu odpowiedzi na pytania jednego z Uczestników Postępowania, Zamawiający zmodyfikował treść SIWZ, wydłużając termin na realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający wydłużył w/w termin przed rozstrzygnięciem protestu firmy ARAM.

Jednakże Zamawiający wyjaśnia, że swoje założenia, dotyczące terminu realizacji dostawy sprzętu, oparł na doświadczeniach z poprzedniego postępowania przetargowego, które przed rozstrzygnięciem zostało unieważnione z zupełnie innych przyczyn. W poprzednim postępowaniu, dotyczącym dostawy i instalacji sprzętu audio na potrzeby

800 sal rozpraw, przy wymaganym terminie 45 dni na **dostawę i instalację** systemu, do Zamawiającego wpłynęły 4 oferty spełniające ten termin. Oznacza to, że warunki postawione w niniejszym postępowaniu są jak najbardziej zasadne i znajdują się wykonawcy, którzy będą w stanie w wymaganym terminie zrealizować **dostawę** sprzętu.

Zamawiający podkreśla fakt, że w żadnym punkcie SIWZ nie zawarł wymagania, że wszystkie dostarczone mikrofony muszą pochodzić od jednego producenta. Zamawiający domaga się jedynie, aby wszystkie mikrofony spełniały wymagania, opisane w SIWZ. Tak więc Protestujący dla realizacji umowy może skorzystać z dostawy od więcej niż jednego producenta, co jest przejawem zdolności uczciwego konkurowania potencjalnego wykonawcy i w żadnej mierze nie może być traktowane jako uniemożliwienie uczciwej konkurencji lub nierówne traktowanie przez Zamawiającego.

Zamawiający zgadza się z Protestującym, że realizacja przedmiotowego zamówienia stanowi ogromne przedsięwzięcie pod względem logistyczno-organizacyjnym i wobec tego potencjalni wykonawcy, których możliwości organizacyjne, logistyczne i koncepcyjne nie gwarantują terminowej realizacji przedsięwzięcia powinni rozważyć złożenie oferty. Skala oraz warunki realizacji przedsięwzięcia nie mogą stanowić podstawy do zarzutu ograniczenia uczciwej konkurencji tym bardziej, że w obecnym kształcie ustawa umożliwia udział w postępowaniu podmiotom z obszaru całej Unii Europejskiej. Elementem weryfikującym wykonalność zamówienia jest etap wpływania ofert i w przypadku, gdy nie wpłynie żadna oferta przetarg zostanie w sposób naturalny i zgodny z ustawą unieważniony jednocześnie zadośćczyniac przesłankom przedwczesnych żądań wyrażonych przez Protestującego.

Dodatkowo należy podkreślić, że analizując przystąpienie do postępowania protestacyjnego po stronie Protestującego przez firmę COMARCH S.A., zdaniem Zamawiającego dołączenie to powinno nastąpić po stronie Zamawiającego. Przystępujący do postępowania protestacyjnego, jak wynika z jego argumentacji, niedokładnie zapoznał się z SIWZ i oprotestował termin na dostawę, instalację i uruchomienie systemu dźwiękowej rejestracji przebiegu rozpraw. Podczas gdy Zamawiający w pierwotnej wersji SIWZ przewidział 42 dniowy termin tylko na dostawę, a odpowiednio dłuższy termin na instalację i uruchomienie systemu. W opinii COMARCH S.A.: „Zamawiający powinien bądź wydłużyć termin realizacji całości przedmiotu zamówienia – jeśli nie chce ograniczyć jego zakresu – bądź rozdzielić realizację przedmiotu zamówienia na dwa etapy, w których pierwszy byłby bardzo krótki, natomiast drugi odpowiednio dłuższy”. Z opinii tej wynika, że dostawa sprzętu wg COMARCH S.A. możliwa jest w krótkim terminie oraz że realizację przedmiotu

zamówienia należy rozdzielić na dwa etapy. Dokładnie takie rozwiązanie zaproponował Zamawiający w SIWZ.

Określenie wysokich (ale możliwych do spełnienia) wymagań nie prowadzi do naruszenia zasad uczciwego postępowania a wymagania te dotyczą wszystkich oferentów.

Uczciwa konkurencja pomiędzy dostawcami nie musi być równoznaczna ze sformułowaniem wymagań w sposób pozwalający na spełnienie wymagań przez wszystkie podmioty działające w danej branży. Zamawiający chce zrealizować cały projekt w pewnych ramach czasowych i w tym celu oczekuje na oferty tylko tych wykonawców, którzy będą w stanie spełnić jego wymagania.

W zakresie zarzutu zawartego w pkt II protestu, Zamawiający uznaje protest za całkowicie bezzasadny. Protestujący zarzuca Zamawiającemu, że 36 miesięcy jest, według Protestującego, zbyt długim terminem gwarancji.

Określenie przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia jest zawsze decyzją własną Zamawiającego. To bowiem Zamawiający decyduje o tym, co ma być przedmiotem określonego zamówienia. Dotyczy to również wymagań odnośnie długości okresu gwarancyjnego. Protestujący może tak skalkulować cenę oferty, aby opisany w SIWZ termin gwarancji był dla niego możliwy do spełnienia. Dodatkowo Zamawiający dopuszcza szybsze zrealizowanie przez Wykonawcę instalacji i uruchomienia systemu, a co za tym idzie skrócenia okresu od momentu Zatwierdzenia Protokołu Zdawczo-Odbiorczego Sprzętu do Zatwierdzenia Protokołu Zdawczo-Odbiorczego Systemu.

Ponadto sugestia Protestującego, aby bieg terminu gwarancji był liczony od daty zatwierdzenia Protokołu Zdawczo-Odbiorczego Sprzętu, jest wyjątkowo niekorzystna dla Zamawiającego. W sytuacji, gdy w realizacji drugiego etapu umowy polegającego na instalacji i uruchomieniu systemu nastąpią opóźnienia, faktyczny czas użytkowania przez Zamawiającego sprzętu objętego gwarancją może być znacząco krótszy od okresu gwarancji. W skrajnym przypadku może się zdarzyć, że dostarczony sprzęt nie będzie użytkowany w okresie gwarancji z powodów niezależnych od Zamawiającego.

Protestujący przywołuje art. 577 § 2 kodeksu cywilnego – „jeżeli w gwarancji nie zastrzeżono innego terminu, termin wynosi jeden rok licząc od dnia, kiedy rzecz została kupującemu wydana”. W następnym zaś akapicie stwierdza, że „standardowy okres gwarancji udzielany przez producentów mikrofonów wynosi 24 miesiące, za dopłatą strony umowy mogą wydłużyć okres gwarancji o kolejny rok”. Zamawiający wyraźnie zastrzegł, że żąda 36

miesiące gwarancji od jednoznacznie wskazanego momentu natomiast nigdzie nie wskazywał, że jego zamówienie jest standardowe. Co więcej, duża część argumentacji używanej przez Protestującego wskazuje iż jest on świadom niestandardowego charakteru zamówienia, choćby biorąc pod uwagę jego rozmiar. Jednocześnie zauważyć należy, że zgodnie z pzp dodatkowe koszty związane z wydłużonym okresem gwarancji wykonawca jest zobowiązany uwzględnić w cenie ofertowej, gdyż w przeciwnym wypadku oferta mogłaby łamać zasady uczciwej konkurencji ze względu na podanie rażąco niskiej ceny.

W toku prowadzonego postępowania przetargowego Zamawiający, na pytanie związane z odpowiedzialnością Zamawiającego za dostarczony sprzęt w okresie pomiędzy dostawą a instalacją, udzielił już następującej odpowiedzi. „Zamawiający ponosi odpowiedzialność za szkody związane z utratą lub uszkodzeniem sprzętu, które nastąpiły od momentu dostarczenia sprzętu do miejsca składowania z § 1 ust. 1 pkt 1 w zał. nr 3 do SIWZ., wskazanego przez Zamawiającego, do momentu wydania sprzętu uprawnionym przez Wykonawcę osobom w celu przetransportowania dostarczonego sprzętu w myśl § 1 ust. 1 pkt 2 zał. nr 3 do SIWZ. Gwarancją braku ingerencji osób trzecich w substancję dostarczonego sprzętu w miejscu składowania jest zapakowanie go w sposób trwały i uniemożliwiający bezśladowe rozpakowanie (§ 4 ust. 2 pkt 3 zał. Nr 3 do SIWZ). Brak naruszenia wyżej opisanego zabezpieczenia, przy jednoczesnym braku uszkodzeń zewnętrznych opakowań, stwarza domniemanie, że znajdujący się w nich sprzęt jest w takim samym stanie, w jakim był w momencie przyjęcia go w miejscu składowania przez Zamawiającego. Zarówno przyjęcie sprzętu przez Zamawiającego, jak i wydanie Wykonawcy z miejsca składowania celem montażu u użytkowników końcowych, potwierdzone będą odpowiednimi zapisami o stanie opakowań i zabezpieczeń na dokumentach przyjęcia i wydania poszczególnych partii sprzętu.”

W zakresie zarzutu zawartego w pkt III protestu, Zamawiający uznaje protest za całkowicie bezzasadny. Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z zapisami w SIWZ, będzie oddawał sprzęt do naprawy dowolnej firmie tylko wtedy, gdy Wykonawca nie wywiąże się z obowiązku naprawy sprzętu objętego gwarancją. Zamawiający musi zapewnić sobie mechanizmy pozwalające na przywrócenie sprawności eksploatowanego systemu w przypadku nie wywiązywania się z postanowień umowy przez Wykonawcę. Przedłużanie niezdatności do użytku eksploatowanego Systemu może w znaczącym stopniu zdezorganizować pracę użytkowników końcowych.

W zakresie zarzutu zawartego w pkt V protestu, Zamawiający uznaje protest za całkowicie bezzasadny. Protestujący zarzuca Zamawiającemu, że ustalił zbyt wysoką kwotę kar umownych.

Zamawiający wyznaczył tak wysokie kary tylko i wyłącznie w sytuacji niedotrzymania przez Wykonawcę terminów dotyczących usunięcia awarii Systemu. Niemożność korzystania ze sprawnego Systemu przez Zamawiającego w znaczący sposób zdezorganizuje pracę użytkowników końcowych, co przełoży się na straty finansowe zarówno Skarbu Państwa, jak i obywateli – o wartości znacznie przekraczającej wartość uszkodzonego elementu Systemu.

Określenie przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia jest zawsze decyzją własną Zamawiającego. To bowiem Zamawiający decyduje o tym, co ma być przedmiotem określonego zamówienia. Dotyczy to również wysokości kar umownych. Zamawiający podtrzymuje zapisy, zawarte w SIWZ.

W zakresie zarzutu zawartego w pkt VI protestu, Zamawiający uznaje protest za całkowicie bezzasadny. Protestujący zarzuca Zamawiającemu, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia ukazała się na stronie zamawiającego 20 sierpnia 2007 r., a ogłoszenie o zamówieniu nie zostało opublikowane w Suplemencie Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej do dnia złożenia protestu, tj. do 04.09.2007 r.

W celu potwierdzenia bezpodstawności w/w zarzutów, Zamawiający w załączeniu przedstawia potwierdzenie publikacji ogłoszenia przedmiotowego zamówienia w Suplemencie Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 21.08.2007 r. pod nr 2007/S 159 – 198592 z dnia 21.08.2007 r. oraz dowód zamieszczenia pełnej dokumentacji postępowania na stronie zamawiającego w dniu 21.08.2007 r.

Zatem powyższy zarzut w zakresie naruszenia przepisów ustawy w zakresie publikacji ogłoszeń o zamówieniu, udostępniania specyfikacji istotnych warunków zamówienia – w tym niezachowanie zasad równego traktowania wykonawców, jest całkowicie bezzasadny.

Pouczenie

Stosownie do postanowień art. 184 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.) 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 do rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując jego kopię Zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Otrzymują:

1. Adresat,
2. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania w wyniku wniesionego protestu
3. a/a

*Z upoważnienia Dyrektora Generalnego
Ministerstwa Sprawiedliwości*



*Marek Kulawczyk
Zastępca Dyrektora Departamentu CORS i IR*