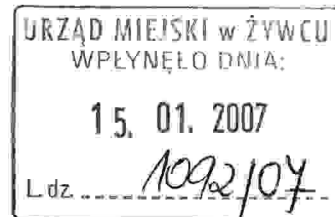


Do wszystkich Oferentów

Zamawiający, Urząd Miejski w Żywcu, 34-350 Żywiec, Rynek 2 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „**e-Żywiec**” – **dostawa i montaż urządzeń radiowego systemu miejskiej sieci informatycznej**” stosownie do przepisu art.181 ust.3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z p. zm.)* przekazuje w załączeniu kopię protestu wniesionego w 15-01-2007 r. przez Infomex Sp. z o.o. Żywiec na postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wzywając wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Żywiec, dnia 15 stycznia 2007r.



**Zamawiający:** Urząd Miejski w Żywcu  
Rynek 2  
34-300 Żywiec

**Protestujący:** Infomex Sp. z o.o., z siedzibą w Żywcu, 34-300 Żywiec, ul. Wesoła 19B, wpisana do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy w Bielsku-Białej, VIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000114797, reprezentowana przez:  
**Krzysztofa Nieścieronka** - zgodnie z kopią aktualnego odpisu z KRS

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę i montaż urządzeń radiowego systemu miejskiej sieci informatycznej – „e-Żywiec”, ogłoszenie zostało skierowane do druku do druku w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 8 z dnia 08-01-2007 pod pozycją 7633 (publikacja obowiązkowa)

### PROTEST

Na podstawie art. 179 ust. 1 w związku z art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. „Prawo Zamówień Publicznych” (Dz. U. Nr 19, poz. 177 z późniejszymi zmianami), dalej zwanej „Ustawą”, protestujący składa niniejszym protest wobec czynności Zamawiającego polegającej na niezgodnym z Ustawą określeniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności na niezgodnym z Ustawą sformułowaniu brzmienia umowy, jaka miałaby być zawarta po zakończeniu postępowania przetargowego („SIWZ”).

O podstawie do wniesienia niniejszego protestu, protestujący dowiedział się na podstawie SIWZ pobranej w dniu 08.01.2007r., tym samym termin do wniesienia protestu został zachowany.

W związku z tym, że interes prawny protestującego może doznać uszczerbku poprzez uniemożliwienie protestującemu możliwości dalszego brania udziału w przedmiotowym postępowaniu i w konsekwencji ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego, protestujący żąda:

1. dokonania usunięcia lub zmiany wskazanych zapisów SIWZ, w szczególności zmiany załączonej do SIWZ umowy;
2. przedłużenia terminu składania ofert o co najmniej 40 dni;
3. unieważnienia postępowania jeśli wprowadzenie wszystkich powyższych zmian w treści SIWZ nie będzie możliwe.

„ I N F O M E X ”  
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością  
34-300 Żywiec, ul. Wesoła 19 B  
tel. 033-475-11-11, fax 033-475-11-06  
NIP 553-22-35-835 Regon 070810718  
KRS: 0000114797

INFOMEX Sp. z o.o.  
CZŁONEK ZARZĄDU  
DYREKTOR GENERALNY

Krzysztof Nieścieronek

**Biorąc pod uwagę powyższe protestujący zarzuca Zamawiającemu:**

1. naruszenie art. 70<sup>2</sup> § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z dnia 18 maja 1964r.); dalej zwana: kodeks cywilny
2. w zw. z art. 14 Ustawy
3. naruszenie art. 7 Ustawy;
4. naruszenie art. 29 Ustawy;
5. naruszenie art. 36 Ustawy;
6. naruszenie art. 140 Ustawy;

**UZASADNIENIE**

Protestujący w dniu 08.12.2007r. otrzymał od Zamawiającego treść SIWZ w Przetargu. Po dokonaniu analizy otrzymanego dokumentu protestujący stwierdził, iż SIWZ zawiera następujące postanowienia niezgodne z Ustawą.

Otóż w załączniku nr 3 do SIWZ, jakim jest wzór umowy z Zamawiającym, w § 12 ust. 1 wpisano wysokość czynszu dzierżawnego za dzierżawę widma radiowego w wysokości 450,00zł netto. Taki zapis nie jest zgodny z Ustawą, gdyż po pierwsze sam SIWZ w ogóle nie wspomina o takim wymogu, po drugie wątpliwe jest, żeby SIWZ tak naprawdę mógł takie postanowienie w swej treści zawierać.

Zgodnie ze stosowanym do zamówień publicznych na mocy art. 14 Ustawy, art. 70<sup>2</sup> § 1 ustawy kodeks cywilny, organizowanie przetargu ma na celu wyłonienie najkorzystniejszej oferty. W związku z tym, ani SIWZ, ani dokumenty do niego załączane nie mogą wskazywać na elementy ceny, tak żeby wybór w ogóle był możliwy, ale też żeby zachować zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ustawy), w której wszyscy uczestnicy obrotu mogą rywalizować na równych zasadach, przedstawiając Zamawiającą swoją ofertę, w której mogą zawrzeć wszelkie atuty, przemawiające za ich właśnie wyborem. Mówiąc wprost, gdyby Zamawiający nie wprowadził odgórnie wysokości czynszu dzierżawnego, to wszyscy ubiegający się o wybór oferty, mogliby również w tym zakresie ze sobą konkurować. Innymi słowy, nie jest to zapis, który włącza całkowicie z przetargu wszystkich pozostałych uczestników, pozostawiając jedynie wybór jednej oferty, z pewnością jednak ogranicza swobodną konkurencję między ubiegającymi się o wybór oferty. Jak podaje Zespół Arbitrów UZP „Z łamaniem zasad uczciwej konkurencji możemy mieć do czynienia wtedy, gdy w SIWZ ustala się takie warunki podmiotowe, które mógłby spełnić tylko jeden Wykonawca, a także wtedy gdy Zamawiający ogranicza w sposób nieuzasadniony dostęp do ubiegania się o zamówienie znacznemu gronu mogących się o nie ubiegać” (2005.08.09 wyrok ZAUZP, UZP/ZO/0-2034/05, LEX nr 171023). Na marginesie wypada podnieść uwagę, że wskazanie konkretnej kwoty za dzierżawę może sugerować, że przetarg jest nastawiony na jednego tylko wykonawcę, który nie może zaoferować niższej ceny. Z tego więc powodu, najprawdopodobniej, ułatwiono mu start w przetargu, dzięki czemu nie musi konkurować z innymi uczestnikami pod względem wszystkich możliwych, a istotnych elementów zamówienia.

Niezależnie jednak od powyższego, wpisanie konkretnej ceny czynszu dzierżawnego w projekcie umowy, załączonym do SIWZ, bez jednoczesnego uregulowania tego w samym SIWZ jest także niezgodne z Ustawą.

Zauważyć bowiem należy, że stosownie do art. 29 Ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący i nie można go równocześnie opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jest to zapis, który z jednej strony uzupełnia wcześniejsze wyjaśnienia, z drugiej jednak, jest potrzebny do uzasadnienia dalszej części zarzutów. Wymóg precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia dopełnia bowiem w dalszej części przede wszystkim art. 36 Ustawy, odnoszący się wprost do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z pkt 16 ww. artykułu, SIWZ powinien zawierać (co najmniej) istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wreszcie, art. 140 ust. 1 stanowi, iż zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Przywołane powyżej przepisy jednoznacznie więc nakazują Zamawiającemu, zawrzeć wszystkie istotne postanowienia dotyczące przedmiotu zamówienia w specyfikacji. Nie można ich natomiast wprowadzać do umowy. Jest to sprzeczne z jasno określonymi zasadami sformalizowanego postępowania w sprawach zamówień publicznych. Nie można bowiem zdecydowanie wprowadzać do umowy postanowień, które nie były objęte SIWZ. Wprawdzie orzecznictwo nie wypowiedziało się jak dotąd w dokładnie takiej kwestii, jaka jest przedmiotem uchybienia niniejszego postępowania, jednak można przywołać jeden z wyroków, który odnosi się do kwestii podobnej, przy czym wyrażona zostaje wskazana właśnie zasada. Otóż Zespół Arbitrów UZP, wskazał swego czasu, że „Umowa, która zostanie zawarta przez Zamawiającego z wybranym wykonawcą, nie może wskazywać innego terminu jej wykonania niż ten, który został określony w ofercie” (2005.02.04 wyrok ZAUZP, UZP/ZO/0-170/05, LEX nr 171793). Innymi słowy, jeśli SIWZ nie podaje ceny za dzierżawę widma radiowego, to tym bardziej nie może tego czynić umowa. Jak wskazano na samym początku, co do zasady wątpliwe – w świetle zasad uczciwej konkurencji – jest w ogóle arbitralne formułowanie ceny jednego z przedmiotów objętych zamówieniem. Jeśli jednak nawet, z daleko idącej ostrożności, dopuścić taką możliwość, to można to zrobić tylko i wyłącznie w SIWZ, a nie w umowie, która ma być podpisana dopiero po wybraniu najlepszej z ofert.

Tym bardziej zachowanie Zamawiającego jest nieuprawnione, że w treści SIWZ (pkt IV. 11), Zamawiający żąda od uczestników oświadczenia o zapoznaniu się z wzorem umowy i o jego przyjęciu bez zastrzeżeń (!). W wyroku Zespołu Arbitrów UZP stwierdzono bowiem, że – jakkolwiek uchybienie to nie powoduje niezgodności oferty z SIWZ, albowiem nie odnosi się do merytorycznej treści oferty – żądanie zaakceptowanego wzorca umowy, oprócz złożonego już oświadczenia wykonawcy o przyjęciu warunków umowy, należy uznać za nadmierne (2005.04.06 wyrok ZAUZP, UZP/ZO/0-589/05, LEX nr 179156).

Za naruszające zasady uczciwej konkurencji należy uznać zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczące zakresu częstotliwości urządzeń systemu radiowego. Zgodnie z SIWZ przedmiotem zamówienia „jest wykonanie i uruchomienie systemu

„INFOMEX”  
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością  
34-300 Zawieś, ul. Wesoła 19 B  
tel. 033-475-11-11, fax 033-475-11-06  
NIP 553-22-35-835 Regon 070810718  
KRS: 0000114797

INFOMEX Sp. z o.o.  
CZŁONEK ZARZĄDU  
DYREKTOR GENERALNY  
Krzysztof Niedzielon

transmisji IP wykorzystującego jako medium transmisyjne standard IEEE 802.16 (wg ustaleń/specyfikacji WiMax Forum), oraz wydzierżawienie Zamawiającemu kanałów z zakresu częstotliwości 3,4-3,6 GHz umożliwiających poprawną pracę systemu radiowego i realizację wszystkich zakładanych usług." Z postanowień tych wynika, że oferent (a nie Zamawiający) powinien mieć prawo do dzierżawy z tych częstotliwości. Procedura przyznawania takich uprawnień zgodnie z procedurami przewidzianymi przez prawo telekomunikacyjne, trwa minimum jeden miesiąc, a zatem do przetargu mogą przystąpić jedynie podmioty, które są już w posiadaniu takich zezwoleń. Tak postawiony wymóg w połączeniu, z krótkim okresem czasu od publikacji SIWZ do terminu składania ofert jasno wskazuje ewidentnie na działanie sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji. W związku z tym okres od publikacji SIWZ do terminu złożenia oferty powinien być przynajmniej dłuższy niż jeden miesiąc, dodatkowo ponieważ projekt jest bardzo złożony technicznie, a brak jest gwarancji otrzymania pozwolenia na pasmo powinien on wynosić min. miesiąc plus czas potrzebny na przygotowanie oferty czyli ok. 3 tygodnie.

Co więcej brak jest podstaw technicznych do takiego ograniczenia częstotliwości radiowych sprzętu objętego postępowaniem. Świadczenie usług bezprzewodowego dostępu do internetu, dla świadczenia której prowadzone jest niniejsze postępowanie może również, bez uszczerbku dla ich jakości odbywać się w oparciu o technologie inne niż pracujące na częstotliwościach 3,4-3,6 GHz (choćby 3,6-3,8 GHz). Wskazanie tak wąskiego spektrum częstotliwości bezprawnie zawęża krąg dostawców, którzy mogą spełnić warunki objęte niniejszym postępowaniem i tym samym stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji, na straży której stać ma postępowanie w sprawach zamówień publicznych.

Podstawowe jednak zastrzeżenie odnośnie organizowanego przetargu, które definitywnie i ostatecznie powinno przemawiać za bezwzględnym naruszenie zasad uczciwej konkurencji, wynika z zasad udzielania zezwoleń przez Urząd Komunikacji Elektronicznej (i ewentualnie ich odbierania). Otóż bowiem, zgodnie z art. 114 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z dnia 3 sierpnia 2004r.), „**rezerwacja częstotliwości** lub zasobów orbitalnych, zwana dalej "rezerwacją częstotliwości", **określa częstotliwości** lub zasoby orbitalne, **które w okresie rezerwacji pozostają w dyspozycji podmiotu**, na rzecz którego dokonano rezerwacji, przeniesiono uprawnienia do częstotliwości lub uprawnienia do dysponowania częstotliwościami na cele związane z uzyskiwaniem pozwoleń radiowych". Z kolei zgodnie z art. 114 ust. 3 rezerwacji częstotliwości dokonuje się dla podmiotu, który spełnia wymagania określone ustawą oraz jeżeli, m.in., częstotliwości objęte wnioskiem są **dostępne** (ergo nie są zarezerwowane!), mogą być chronione przed zaburzeniami elektromagnetycznymi, **nie powodują kolizji** z udzielonymi rezerwacjami częstotliwości. Natomiast na podstawie art. 123 rezerwacja częstotliwości może zostać zmieniona lub cofnięta, w drodze decyzji Prezesa UKE, w przypadku stwierdzenia, że używanie urządzenia radiowego zgodnie z rezerwacją powoduje szkodliwe zaburzenia elektromagnetyczne. Prezes UKE może też zmienić warunki wykorzystywania częstotliwości, jeżeli praca urządzenia radiowego jest zakłócana przez inne urządzenia lub sieci telekomunikacyjne.

Innymi słowy, ze względu na bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, oparte na obiektywnych okolicznościach technicznych (właściwościach fizycznych) pozwalają jedynie, aby na jednym obszarze rezerwację częstotliwości miał tylko jeden operator. Wprawdzie ustawa (art. 116 ust. 6) dopuszcza dokonywanie rezerwacji częstotliwości na rzecz kilku

użytkowników, ale tylko wówczas, jeśli są spełnione wszystkie inne wymagania (brak kolizji, brak zaburzeń elektromagnetycznych itd.). Dlatego, możliwe jest udzielenie kilku zezwoleń tylko wówczas, gdy jeden operator uzyska zgodę innego operatora, posiadającego już zezwolenie. Co więcej zgoda ta musi być poparta konkretnymi rozwiązaniami, które pozwolą na funkcjonowanie dwóch lub więcej operatorów (odpowiednie rozłożenie nadajników, podział obszaru itp.). W praktyce żaden operator nie zgodzi się oddać swojej częstotliwości konkurentowi, tym bardziej jeśli nie jest do tego w żaden sposób zmuszony.

Reasumując, przetarg na wykonanie projektu „e-Żywiec” jest tak skonstruowany, że *de facto*, warunki w nim przewidziane może spełnić tylko jeden uczestnik. Taka sytuacja w oczywisty sposób narusza zasady uczciwej konkurencji. Wskazywane było już wcześniej jedno z orzeczeń, które raz jeszcze tu należy przytoczyć. Otóż w wyroku z dnia 9 sierpnia 2005 Zespół Arbitrów UZP stwierdził, że „**z łamaniem zasad uczciwej konkurencji możemy mieć do czynienia wtedy, gdy w SIWZ ustala się takie warunki podmiotowe, które mógłby spełnić tylko jeden Wykonawca**” (UZP/ZO/0-2034/05, LEX nr 171023). Podobnie też stanowi inne orzeczenie (2005.01.28 wyrok ZAUZP, UZP/ZO/0-135/05, LEX nr 168186): „Zarzut naruszenia uczciwej konkurencji zasadny byłby tylko, gdyby Zamawiający określił tak SIWZ, aby tylko jeden z ewentualnych wykonawców mógł ją spełnić i złożyć skuteczną ofertę”. Ponieważ takie stanowisko jest utrwalone w judykaturze i wynika ono wprost z ustawy, nie ma wątpliwości, że Zamawiający w powyższym zakresie naruszył zasady uczciwej konkurencji.

Mając na uwadze przytoczone argumenty, protestujący wnosi o uwzględnienie niniejszego protestu.

**Załączniki:**

1. Kopia aktualnego odpisu z KRS.
2. Kopia SIWZ otrzymanej przez wykonawcę.

**Otrzymują:**

1. adresat;
2. a/a

**„ I N F O M E X ”**  
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością  
34-300 Żurawiec, ul. Wesoła 19 B  
tel. 033-475-11-11, fax 033-475-11-06  
NIP 553-22-35-835 Regon 070810718  
KRS: 0000114797

**INFOMEX Sp. z o.o.**  
**CZŁONEK ZARZĄDU**  
**DYREKTOR GENERALNY**  
*Krzysztof Nieścieronek*