

Netia S.A.

ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa
NIP: 526-02-05-575, Regon: 011566374

Warszawa, dnia 10 lutego 2014 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:
Komenda Wojewódzka Policji
Ul. Lompy 19
40-038 Katowice

Odwołujący:
Netia S.A.
ul. Poleczki 13
02-822 Warszawa
Tel.: +48 (32) 2002050
Faks: +48 (32) 2002060
e-mail: zamowienia@ka.policja.gov.pl
reprezentowany przez: Katarzyna Jesień

Przedmiot zamówienia:

Dzierżawa łączy telekomunikacyjnych dla potrzeb jednostek organizacyjnych Policji w garnizonie śląskim

Numer DU UE ogłoszenia o zamówieniu: Dz. U./S S22 34602-2014

ODWOŁANIE

Działając z upoważnienia spółki Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej: „Odwołującym”), na podstawie przepisu art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 r., Nr 113, poz. 759) zwanej dalej „Ustawą”, niniejszym wnoszę odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwane dalej „SIWZ”).

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Czynności Zamawiającego naruszają przepisy Ustawy, uniemożliwiając Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 stycznia 2014 roku. Mając na uwadze art. 182 ust.2 Ustawy termin do wniesienia niniejszego odwołania został przez Odwołującego dotrzymany.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art.7, art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy. Ustawa Prawo zamówień publicznych nakazuje, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w sposób przejrzysty. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców. Zamawiający w każdym stadium postępowania obowiązany jest stosować się do art. 7 Ustawy, a przy opisie przedmiotu zamówienia uwzględniać art. 29 Ustawy. Analiza SIWZ w niniejszym postępowaniu prowadzi do wniosków, że obie zasady wyrażone w Ustawie nie zostały zachowane. Postanowienia SIWZ, zdaniem Odwołującego prowadzić mogą do wykluczenia konkurencyjnych wykonawców. Zgodnie z art. 7 Ustawy Zamawiający ma obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a zgodnie z art. 29 ust.2 Ustawy Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przestrzeganie zasady wyrażonej w art. 7 Ustawy polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Powinny być one sprecyzowane przez zamawiającego w taki sposób, który nie eliminuje z góry pewnego kręgu podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, tzn. powinny być obiektywne, niedyskryminacyjne, nieograniczające konkurencji. Wiąże się ją ściśle z art. 29 Ustawy, który powinno się interpretować w ten sposób, że opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Pozostawienie w tym zakresie dowolności stanowi naruszenie art. 29 Ustawy.

Zdaniem Odwołującego ma to miejsce w następujących postanowieniach:

- I. **Wskazanie, jako rozpoczęcie świadczenia usług dzień zawarcia umowy o udzielenie zamówienia, ale nie wcześniej niż od dnia 1 kwietnia 2014 r. – rozdział II SIWZ oraz § 3 projektu umowy**

Ustalenie przez Zamawiającego terminu rozpoczęcia świadczenia usług poprzez wskazanie na konkretną datę kalendarzową w istotny sposób narusza wyrażoną w art. 7 i 29 ust. 2 Ustawy zasadę uczciwej konkurencji. Co więcej, Zamawiający tak sformułował te postanowienie, że wynika z niego, że już w dniu zawarcia umowy wykonawca ma rozpocząć świadczenie usług. Jako datę konieczną do dotrzymania Zamawiający ustalił 1 kwietnia 2014 r.

Wskazywanie konkretnej, kalendarzowej daty rozpoczęcia realizacji umowy, bez wiedzy uczestników postępowania na temat faktycznego terminu zakończenia postępowania i tym samym bez wiedzy na temat terminu podpisania umowy, jest, zdaniem Odwołującego, niedopuszczalne. Takie działanie Zamawiającego pozbawia wykonawców wiedzy na temat okresu, jakim będą dysponować na przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia usług (nie jest znany termin podpisania umowy). Działanie to naraża wykonawców na ryzyko zapłaty kar umownych (ewentualnie odszkodowania) wskutek zbyt krótkiego czasu na wykonanie czynności związanych z uruchomieniem usług. Zamawiający w § 10 projektu umowy przewiduje kary umowne z tytułu opóźnienia uruchamiania łączy, a ponadto odszkodowanie, jeżeli wartość powstałej szkody przekroczy wysokość kar umownych.

Z SIWZ więc wynika, że niezależnie jak potoczy się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego to na dzień zawarcia umowy ale nie wcześniej niż dnia 1 kwietnia 2014 r. wykonawca ma mieć gotowe łącze dzierżawione w celu świadczenia usługi Zamawiającemu. Tyle, że nikt obecnie nie jest w stanie stwierdzić, kiedy wykonawca będzie mógł rozpocząć zestawienie tego łącza. A nie rozpocznie prac dopóki nie zawrze z Zamawiającym umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Znany jest jedynie termin składania ofert (11 marca 2014 r.), ale nie jest wykluczone, że termin ten może ulec przesunięciu, jeżeli którykolwiek z wykonawców skorzysta ze środków ochrony prawnej poprzez wystąpienie o wyjaśnienie treści SIWZ czy złożenie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Dodatkowo, procedura oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty również może być czasochłonna, z uwagi chociażby na możliwość wystąpienia Zamawiającego z żądaniem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny czy też z uwagi na możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawców. Z samego tylko art. 94 Ustawy wynika, że Zamawiający może zawrzeć umowę w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Dlatego określenie terminu datą kalendarzową przenosi wyłącznie na wykonawcę ryzyko przedłużenia czasu trwania postępowania o udzielenie zamówienia, na który największy wpływ ma sam Zamawiający.

Nie bez znaczenia jest tu sposób realizacji przedmiotu zamówienia. Dopuszczone są zarówno łącza przewodowe jak i bezprzewodowe (radiowe w paśmie koncesjonowanym). Wymagany będzie czas na samo fizyczne zestawienie łączy a także na uzyskanie niezbędnych pozwoleń w drodze decyzji administracyjnych. Termin wydania takich pozwoleń wynika wprost z przepisów prawa, więc powinien być znany także Zamawiającemu.

Wszystkie wyżej czynności wykonawca miałby wykonać w terminie, którego początkowa data nie jest znana, a przecież wszystkie wyżej wskazane czynności będą mogły być realizowane najwcześniej w dniu zawarcia z Zamawiającym umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Data zawarcia umowy nie jest znana i nie będzie znana przed terminem złożenia ofert.

Każde zatem przedłużenie postępowania skróci wykonawcy termin na wykonanie przedmiotu zamówienia. Przy obecnych zapisach SIWZ nie ma możliwości precyzyjnego zaplanowania wykonania inwestycji. Jedynie wykonawca, który obecnie świadczy usługi będzie w stanie dotrzymać każdego terminu. Skoro już posiada łącza dowiązane do lokalizacji Zamawiającego i świadczy już usługi to znaczna i najbardziej czasochłonna część prac, jaką jest zestawienie łączy nie będzie musiała być wykonana przez ten podmiot. Tym samym wprowadzone do SIWZ postanowienie dotyczące terminu realizacji faworyzuje obecnego dostawcę usługi, który w każdym czasie będzie gotowy do jej dostawy.

Odwołujący wnosi więc o to, aby termin realizacji przedmiotu zamówienia był jednakowy dla wszystkich wykonawców i znany wszystkim wykonawcom jeszcze przed złożeniem ofert. Zdaniem Odwołującego, realny termin wykonania zamówienia wynosi 60 dni, ale tylko w przypadku gdy dotrzymanie tego terminu będzie zależało wyłącznie od wykonawcy. Oznacza to, że wszelkie postanowienia, które mogą wpływać na skrócenie okresu na przygotowanie usługi do aktywacji powinny być usunięte z SIWZ, gdyż naruszają zasady uczciwej konkurencji.

Podnoszone wyżej kwestie znalazły swoje odzwierciedlenie w licznych i jednoznacznych orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej Zespołu Arbitrów przy Prezesie UZP zgodnie, z którym wprowadzanie tego typu postanowień prowadzi do naruszenia wskazanych wyżej przepisów Ustawy.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2008 r. dotyczącym podobnej sytuacji (sygn. akt: KIO/UZP 707/08) „Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że wskazanie na etapie postępowania przetargowego konkretnej daty 19.10.2008 r. rozpoczęcia usługi nie daje pewności, że przed tym terminem zostanie dokonany wybór oferty i zawarta umowa z wykonawcą, umożliwiającą rozpoczęcie usługi w wymienionej dacie.(...) Z tych względów skład orzekający Izby nakazał dokonanie modyfikacji w rozdziale III pkt 1.5 i 1.6.1 oraz w rozdziale VII SIWZ i w odnośnych postanowieniach wzoru umowy, przez oznaczenie rozpoczęcia świadczenia usługi w terminie 9 tygodni od dnia podpisania umowy”.

Podobne uzasadnienie zawarto w wyroku z dnia 25 czerwca 2010 roku (sygn. akt KIO/UZP 1123/10): „W przypadku zbyt późnego zakończenia postępowania, a precyzyjny termin jego zakończenia nie jest możliwy do przewidzenia, chociażby ze względu na wnoszenie środków ochrony prawnej, może się okazać, że planowane do sporządzenia ceny ofertowej czynniki zbyt dalece zmieniają się i świadczenie przedmiotu zamówienia stanie się nieopłacalne dla wykonawcy. W związku z tym, przewidujący wykonawca będzie musiał zwiększyć

koszty obliczane do oferty, co może wpłynąć na brak konkurencyjności jego oferty w stosunku do usługodawcy obecnie świadczącego zamawianą usługę”.

Na szczególną uwagę zasługują tezy dotyczące wadliwości wyznaczenia terminu kalendarzowego skutkującego koniecznością unieważnienia postępowania postawione np. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2010 roku (sygn. akt KIO/UZP 54/10), gdzie Izba w sytuacji faktycznej analizowanej w sprawie uznała, że unieważnienie postępowania było konieczne i uzasadnione, ponieważ w przeciwnym wypadku zawarto by umowę o świadczenie niemożliwe, która jest nieważna. Sztywno określony termin w postępowaniu przede wszystkim nie daje pewności ogółowi wykonawców, co do możliwości świadczenia oraz stawia pod znakiem zapytania składanie ofert w postępowaniu.

Istotny jest także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lipca 2010 roku (sygn. akt KIO/UZP 1246/10), w którym Izba odniosła się do problematyki sposobu wyznaczania terminu na uruchomienie usługi telekomunikacyjnej:

„W konsekwencji Izba stoi na stanowisku, że zamawiający naruszył art. 7 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy, gdyż w zasadzie uniemożliwił innym wykonawcom, niż obecny usługodawca, zaoferowanie realizacji zamówienia we wskazanym przez zamawiającego terminie. Wyznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług powinien być tak określony, aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotom, które dotychczas świadczyły tego rodzaju usługi telekomunikacyjne na rzecz zamawiającego i posiadają pełną infrastrukturę sieciową, jak i tym wykonawcom, którzy w celu realizacji umowy muszą zawrzeć umowy dzierżawy łączny z ich właścicielami bądź chcieliby zainstalować własną infrastrukturę. Zasadnym jest więc, aby wykonawcy dysponowali 90 dniami na uruchomienie świadczenia usług (...)”.

Także ostatnie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 1876/13 z 16 sierpnia 2013 r., KIO 2135/13 z dnia 18 września 2013 r., KIO 2316/13 z dnia 10 października 2013 r.) potwierdzają, że wprowadzanie do SIWZ terminu realizacji określonego datą kalendarzową stanowi naruszenie Ustawy.

Żądanie Wykonawcy: zmiana części II SIWZ oraz § 3 projektu umowy na następujący:

Rozpoczęcie świadczenia usług w terminie 60 dni od dnia zawarcia umowy z Zamawiającym

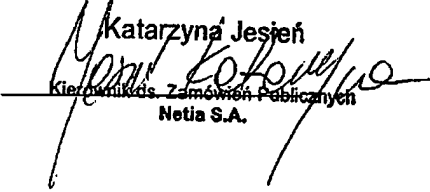
Trzeba wyraźnie podkreślić, że brak przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców może ograniczyć liczbę ofert, którą złożyć mogą potencjalni wykonawcy. Działanie polegające na wyznaczeniu zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi poprzez wykluczenie swobodnej konkurencji, uniemożliwi w praktyce Zamawiającemu obniżenie kosztów zawieranej umowy (zamawiający faktycznie ogranicza ilość ofert, które zostaną złożone w tym postępowaniu). Działania takie są niekorzystne dla Zamawiającego, który ograniczając

konkurencję zmniejsza swoje szanse na optymalizację wykorzystania środków budżetowych na realizację przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Zarazem art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych stanowi, iż naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.

Mając powyższe okoliczności na uwadze, wnoszę jak na wstępie.

W imieniu Netia S.A.

Katarzyna Jesień

Kierownik ds. Zamówień Publicznych
Netia S.A.

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania
- 2) dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu
- 3) pełnomocnictwo
- 4) odpis z rejestru przedsiębiorców Odwołującego