

Sygn. akt: KIO 2144/11

POSTANOWIENIE
z dnia 12 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 12 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 03 października 2011 r. przez **GTS Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji we Wrocławiu, ul. Podwale 31-33, 50-040 Wrocław** adres do korespondencji: **Komenda Wojewódzka Policji we Wrocławiu, Wydział Zamówień Publicznych i Funduszy Pomocowych, ul. Podwale 31-33, 50-040 Wrocław**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **GTS Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 2144/11

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Usługa dzierżawy łączy dla jednostek Policji woj. dolnośląskiego*” (postępowanie nr PU2380/298-072-215/2011/MH), zostało wszczęte przez Komendę Wojewódzką Policji we Wrocławiu, ul. Podwale 31-33, 50-040 Wrocław adres do korespondencji: Komenda Wojewódzka Policji we Wrocławiu, Wydział Zamówień Publicznych i Funduszy Pomocowych, ul. Podwale 31-33, 50-040 Wrocław zwaną dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 183-299951 w dniu 23.09.2011 r. W tym samym dniu została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „*SIWZ*”.

W dniu 03.10.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło odwołanie GTS Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa zwanego dalej: „*GTS Poland Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*” na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*”. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 03.10.2011 r. (faxem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców tj. poprzez określenie terminu 10 dni roboczych na przekazanie Zamawiającemu wszystkich łączy, które preferuje wykonawców obecnie świadczących usługi dla Zamawiającego. Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu zastąpienia aktualnego brzmienia § 3 ust. 2 załączników 5.1, 5.2. oraz 5.3. do SIWZ, następującym: „*W terminie do 3 miesięcy od podpisania umowy Wykonawca przekaże Zamawiającemu wszystkie łączy, celem przeprowadzenia testów funkcjonalnych*”. Wskazał, że zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z treści cytowanego przepisu wynika dla Zamawiającego zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie. Z treści § 3 ust. 2 załączników 5.1-5,3 do SIWZ wynika, iż Zamawiający wymaga od wykonawców zestawienia i uruchomienia łączy w terminie 10 dni roboczych od dnia podpisania umowy. Tak krótki termin początkowej fazy

realizacji zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez operatora alternatywnego i preferuje wykonawców, którzy obecnie świadczą usługi. Niezależnie od technologii, w jakiej świadczone będą usługi telekomunikacyjne, należy mieć na względzie czas niezbędny, jaki potrzebuje operator telekomunikacyjny na przygotowanie do świadczenia usługi (stworzenie możliwości technicznych realizacji zamówienia). Budowa łączy telekomunikacyjnych oraz ich pozyskiwanie z zasobów innych operatorów telekomunikacyjnych jest procesem czasochłonnym i wiąże się z podjęciem przez wyspecjalizowanych pracowników wykonawcy szeregu działań. Niezależnie od wybranej technologii realizacji zamówienia, czas ten wynosi około 3 miesięcy. Na uzyskanie od innego operatora telekomunikacyjnego łącza w wybranej relacji potrzeba około 10-32 tygodni (co potwierdza zawarta przez Odwołującego z Telekomunikacją Polską S.A. umowa ramowa w zakresie świadczenia usługi dzierżawy odcinków zakończeń łączy, odcinków niebędących zakończeniami łączy i łączy end-to-end). Niezależnie od tego jaką technologię wybierze wykonawca to niemożliwe jest rozpoczęcie realizacji usługi w okresie 10 dni roboczych od dnia podpisania umowy. Tak krótki termin uruchomienia usług przewidziany w SIWZ preferuje tych spośród dostawców usług, którzy już świadczą usługi w wybranych lokalizacjach. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający nie jest uprawniony do powoływania się na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, gdyż wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji zbyt późnego wszczęcia postępowania przez zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując analogiczny stan faktyczny w wyroku z dnia 22 lipca 2009 r. (sygn. akt: KIO 874/09) orzekła, iż termin 15 dni na rozpoczęcie świadczenia usługi telekomunikacyjnej jest terminem zbyt krótkim i naruszającym zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Podobne orzeczenie zapadało w sprawie o sygn. akt: KIO 1123/10 (wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2010 r.) gdzie: *„Skład orzekający Izby stwierdza, że przewidzenie zbyt krótkiego, a w dodatku nieokreślonego okresu przeznaczonego na przygotowanie wykonawcy do rozpoczęcia spełniania świadczenia, gdy konieczne jest dosyć skomplikowane przygotowanie wykonawcy do spełniania świadczenia, nie może być uznane jako właściwe stosowanie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp”*. Formułując wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający winien kierować się celem, jakimu zamawiane produkty mają służyć. Każde wymaganie ma znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Zespół Arbitrów w orzeczeniu z dnia 24 sierpnia 2007 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-1040/07 oraz UZP/ZO/0-1045/07) stwierdził, iż *„wymagania muszą mieć walor istotnych, znaczących dla przedmiotu, nie mogą mieć charakteru subiektywnych, albo więcej-zmierzających do wyeliminowania niektórych podmiotów, bądź wyrażać preferencji dla konkretnego przedmiotu”*. Skoro Zamawiający mógł wszcząć postępowanie odpowiednio wcześniej i przewidzieć, iż czynności przygotowawcze do realizacji zamówienia zajmą wybranemu wykonawcy dłuższy czas to należy uznać, że nie istnieją żadne obiektywne

przesłanki dopuszczające tak krótki termin zestawienia i uruchomienia łączy. Powyższą argumentację potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: „Szeroko pojęte wymagania zamawiającego (w tym również dotyczące miejsca czy sposobu jego realizacji) składające się na opis przedmiotu zamówienia mogą naruszać konkurencję, o której stanowi art. 29 ust. 2 p.z.p., nie tylko przez eliminację niektórych wykonawców z możliwości zaoferowania swoich usług czy produktów, ale również w sposób nadmiernie utrudniający przygotowanie i złożenie korzystnej ekonomicznie i racjonalnej oferty.” - wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1734/09; „Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji należy rozumieć nie tylko opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ale także poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę), lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego.” - wyrok KIO z dnia 18 listopada 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1240/08. Przywołał także orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 23 kwietnia 2009 r. (BDF1/4900/22/21/09/726), w którym czytamy: „Prawo zamówień publicznych, zawierając w art. 7 ust. 1 obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia zakazuje dokonywania jego opisu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, nie zaś naruszający zasady uczciwej konkurencji.”

Zamawiający w dniu 04.10.2011 r. zamieścił na stronie internetowej odwołanie i wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 07.10.2011 r. oraz ponownie 11.10.2011 r.(faxem) Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego. Odpowiedź została podpisana przez Komendanta Wojewódzkiego Policji we Wrocławiu w pierwszym wypadku z jego upoważnienia przez Zastępcę Komendanta Wojewódzkiego insp. Andrzeja Ł., w drugim bezpośrednio przez nadinsp. Zbigniewa M., tj. osobę umocowaną zgodnie z decyzją Nr 95-111-2008 załączoną do dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 2144/11.

Izba ustaliła, że do Prezesa KIO w trzydniowym terminie, tj. do 07.10.2011 r. włącznie, żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego (art.

185 ust. 2 Pzp). Zgodnie z informacją uzyskaną od Zamawiającego zawiadomienie o złożeniu odwołania zostało przekazane uczestnikom postępowania faxem w dniu 04.10.2011 r. (informacja zawarta w piśmie z dnia 05.10.2011 r. przesłanej faxem 06.10.2011 r.).

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu zgodnie z żądaniem Odwołującego, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....