

POSTANOWIENIE

z dnia 15 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **15 czerwca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2012 r.

przez wykonawcę: **„Netia” Spółka Akcyjna, 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Komenda Wojewódzka Policji w Gorzowie Wielkopolskim, 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Kwiatowa 10**

przy udziale wykonawcy: **GTS Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-674 Warszawa, ul. Marynarska 15** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

- 1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: „Netia” S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Komenda Wojewódzka Policji w Gorzowie Wielkopolskim – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn.: *Świadczenie usług dzierżawy cyfrowych i analogowych łączy telekomunikacyjnych dla potrzeb jednostek organizacyjnych Policji województwa lubuskiego* (oznaczenie sprawy: ZP 10/12).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2012/S_103-172810 z 1 czerwca 2012 r. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

8 czerwca 2012 r. (pismem z tej daty) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosła odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.”) „Netia” S.A. z siedzibą w Warszawie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu).

Odwołujący zarzucił, że treść s.i.w.z. oraz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia są niezgodne z przepisami ustawy pzp z uwagi na naruszenie norm przewidzianych w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 pzp. W szczególności Odwołujący zarzucił naruszenie podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego takich jak zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców oraz niewłaściwe zastosowanie prawa opcji z art. 34 ust. 5 pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji s.i.w.z. oraz szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający zgodność z ustawą, a także nakazanie modyfikacji ogłoszenia.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

1.

W załączniku nr 1 do s.i.w.z. w punkcie drugim *Termin realizacji zamówienia* określono, że Wykonawca przekaze Zamawiającemu wszystkie łączy w nieprzekraczalnym terminie do 30 dni od dnia zawarcia umowy, jednak nie wcześniej niż do dnia 01.09.2012 r. Ponadto w punkcie 2 ppkt 3 i 4 załącznika Zamawiający żąda poprzedzenie przekazania łączy do użytkowania 14-dniowymi testami technicznymi, po zakończeniu których zostanie spisany protokół zdawczo-odbiorczy dla każdego z łączy z osobna, potwierdzający właściwe funkcjonowanie łączy, czym skraca termin aktywacji usługi faktycznie do 16 dni. Oznacza to,

że Zamawiający przewiduje zbyt krótki termin na uruchomienie usługi. Biorąc bowiem pod uwagę bardzo szeroki zakres przedmiotu zamówienia, datę składania ofert wyznaczoną na dzień 10 lipca 2012 r. oraz procedurę wyboru najkorzystniejszej oferty, termin na uruchomienie usługi jest nierealny do zachowania przez operatorów telekomunikacyjnych, którzy nie świadczą obecnie usług telekomunikacyjnych dla Zamawiającego. Stanowi to naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców – art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 pzp, gdyż stawia w uprzywilejowanej pozycji obecnego operatora telekomunikacyjnego.

Warunki postępowania muszą być sprecyzowane w taki sposób, aby każdy potencjalny wykonawca mógł zaplanować przeprowadzenie przedsięwzięcia z uwzględnieniem obowiązujących przepisów dotyczących budowy sieci telekomunikacyjnej. Zdaniem Odwołującego w przetargu na usługi telekomunikacyjne należy mieć na względzie czas niezbędny przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu na przygotowanie możliwości technicznych. Zarówno budowa łączy telekomunikacyjnych, jak również ich pozyskiwanie z zasobów innych operatorów telekomunikacyjnych, a także inne czynności objęte niniejszym zamówieniem, są działaniami obiektywnie czasochłonnymi i wiążą się z podjęciem przez wyspecjalizowanych pracowników wykonawcy szeregu działań. Wiedzą powszechnie znaną wśród podmiotów działających na polskim rynku usług telekomunikacyjnych jest, iż na uzyskanie od innego operatora telekomunikacyjnego łączy w wybranej relacji potrzeba wielu tygodni. Czynności i procedury z zakresu prawa budowlanego także związane są z konkretnymi terminami. Każdy z wykonawców w praktyce posiada swoją sieć szkieletową, do której w razie konieczności (tj. świadczenia usług dla abonenta) dołączyć może lokalizacje przyszłego abonenta. O ile sama budowa takiego przyłącza nie jest dla wykonawców zbyt czasochłonna, o tyle trzeba mieć świadomość jak wygląda postępowanie przed rozpoczęciem budowy tego przyłącza. Czas niezbędny na załatwienie wszelkich formalności jest w praktyce niezależny od wykonawcy i wynika przede wszystkim z terminów określonych przepisami prawa jak i sprawności działania organów administracji.

Przykładowo, zgodnie z art. 40 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych zajęcie pasa drogowego na cele niezwiązane z budową, przebudową, remontem, utrzymaniem i ochroną dróg wymaga zezwolenia zarządcy drogi, w drodze decyzji administracyjnej. Termin na wydanie decyzji administracyjnej określa kodeks postępowania administracyjnego. Zgodnie z nim organ ma 30 dni na jej wydanie, a w przypadkach szczególnie skomplikowanych nawet 2 miesiące. Zanim jednak zostanie złożony wniosek o wydanie pozwolenia to zgodnie z przepisami wykonawczymi do powołanej ustawy do wniosku muszą być dołączone:

1) szczegółowy plan sytuacyjny w skali 1:1.000 lub 1:500, z zaznaczeniem granic i podaniem

wymiarów planowanej powierzchni zajęcia pasa drogowego, a w przypadku umieszczenia reklamy - z podaniem jej wymiarów;

2) zatwierdzony projekt organizacji ruchu, jeżeli zajęcie pasa drogowego wpływa na ruch drogowy lub ogranicza widoczność na drodze albo powoduje wprowadzenie zmian w istniejącej organizacji ruchu pojazdów lub pieszych.

Wskazana w pkt 1) i 2) dokumentacja też wymaga odpowiedniego czasu na jej uzyskanie.

Zgodnie z art. 27 ust.2 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. Prawo geodezyjne i kartograficzne inwestorzy są obowiązani uzgadniać usytuowanie projektowanych sieci uzbrojenia terenu z właściwymi starostami. Szczegóły tych uzgodnień określa rozporządzenie Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 2 kwietnia 2001 r. w sprawie geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu oraz zespołów uzgadniania dokumentacji projektowej. Zgodnie z § 11 tego rozporządzenia treść uzgodnienia wyrażana jest w formie opinii, wydawanej z upoważnienia starosty przez przewodniczącego zespołu, a opinię tą wydaje się inwestorowi w terminie 14 dni od dnia przedłożenia wniosku. W uzasadnionych przypadkach termin ten może być przedłużony do 30 dni. Przy czym niezajęcie stanowiska przez zespół w tych terminach uznaje się za brak zastrzeżeń do przedstawionego projektu. Nie można oczywiście pominąć czasu jaki potrzebuje wykonawca na przygotowanie tych wniosków i map.

Jak więc z powyższego wynika, ustalone w warunkach przetargu terminy są w praktyce niemożliwe do spełnienia. W ten sposób Zamawiający pozbawi możliwości przystąpienia do postępowania innych wykonawców niż wykonawca, który być może ma możliwość świadczenia usług bez konieczności wykonania żadnych inwestycji. Ponadto wadliwe wyznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług zmusza wykonawców do wzięcia pod uwagę, przy określaniu wysokości oferty, kosztów ewentualnych kar umownych. Działanie polegające na wyznaczeniu zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi, poprzez wykluczenie swobodnej konkurencji, uniemożliwi w praktyce Zamawiającemu obniżenie kosztów zawieranej umowy. Należy przypomnieć, iż 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.

Kwestia ustalania realnych terminów wykonania zamówienia była przedmiotem orzecznictwa. Już w wyroku Zespołu Arbitrów UZP z 27 lutego 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-533/06 – źródło: LEX nr 181920) rozstrzygano tę kwestię. Nadal aktualna teza ww. wyroku,

która brzmi: *Określenie terminu rozpoczęcia realizacji usług powinno uwzględniać skalę przedsięwzięcia oraz uwarunkowania techniczne i organizacyjne świadczenia usługi. Zbyt krótki termin nie może stanowić bariery uniemożliwiającej złożenie oferty konkurencyjnej wobec dotychczasowego wykonawcy, ponieważ stanowiłoby to naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych.* Przytoczyć należy ponadto Wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z 23 sierpnia 2007 r. (sygn. akt: UZP/ZO/O-1030/07, UZP/ZO/O-1031/07, UZP/ZO/O-1044/07) zawierający tezę, iż wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na realizację usług telekomunikacyjnych jest faktycznie preferowaniem dotychczasowego dostawcy i jest tym samym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 22 lipca 2009 roku (sygn. akt KIO/UZP 874/09) Izba przychyliła się do zarzutu odwołującego, iż wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi telekomunikacyjnej jest naruszeniem art. 29 pzp. W przywołanym orzeczeniu stwierdzono, że nawet przy świadczeniu usług poprzez dzierżawę łącza od innego operatora, czas niezbędny na wykonanie niektórych tylko czynności prowadzących do dzierżawy, musi być uwzględniony przez zamawiającego.

Szeroki zakres niniejszego zamówienia wymaga określenia co najmniej kilkumiesięcznego terminu na rozpoczęcie realizacji usług od daty podpisania umowy (budowa infrastruktury, zawarcie koniecznych umów, uzyskanie zgód i zezwoleń, nabycie urządzeń technicznych). Wyznaczenie krótszych terminów uniemożliwi Zamawiającemu obniżenie kosztów świadczenia usług.

Odwołujący wniósł o określenie rozpoczęcia świadczenia usługi na 4 miesiące od dnia zawarcia umowy oraz wskazanie, że zamówienie będzie wykonywane przez okres 16 miesięcy od dnia rozpoczęcia wykonywania zamówienia. W razie uwzględnienia żądania w zakresie dopuszczenia użycia technologii radiowej odwołujący wniósł o określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi na 45 dni od dnia podpisania umowy.

2.

Zgodnie z brzmieniem pkt 1 ppkt 3 opisu przedmiotu zamówienia: *W związku z realizacją usługi będącej przedmiotem zamówienia nie dopuszczalne jest stosowanie łącza radiowych.* Oznacza to, że w przedmiotowym przetargu z zakresu technicznych możliwości świadczenia usług telekomunikacyjnych wyłączono całkowicie technologię radiową. Zamawiający pozbawił możliwości uczestnictwa w postępowaniu tych operatorów, którzy świadczą usługi telekomunikacyjne za pośrednictwem łącza radiowych. Takie postanowienie narusza art. 7 pzp, preferując operatora, który posiada już wymagane łącza kablowe i dostarcza aktualnie usługi. Zakaz stosowania drogi radiowej nie został w żaden obiektywny sposób uzasadniony w dokumentacji przetargowej Zamawiającego. Wybór technicznego sposobu realizacji łącza służącego do świadczenia usług nie ma żadnego znaczenia dla

oferowanej funkcjonalności, jakości i poziomu bezpieczeństwa usług telekomunikacyjnych. Wszelkie wymogi dla usług telekomunikacyjnych opisanych w przedmiocie zamówienia, w tym także techniczne, możliwe są do zrealizowania także w technologii radiowej. Dla odbiorcy końcowego nie ma znaczenia w jaki sposób usługa została do niego dostarczona, gdyż w każdym przypadku usługa jest tą samą usługą niezależnie od wykorzystanego medium transmisyjnego. Jednocześnie łączy takie spełniają wszelkie wymagania wynikające z obowiązujących przepisów prawa w tym związanych z zachowaniem tajemnicy telekomunikacyjnej.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że naruszenie tego zakazu ma miejsce, gdy wymagania jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia są na tyle rygorystyczne, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Nie można żądać od wykonawcy wypełnienia ostrzejszych kryteriów niż te, które są niezbędne do wykonania zamówienia. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w nadal aktualnym orzecznictwie. Szczególnego podkreślenia wymaga orzeczenie z 21 maja 2008 (sygn. akt 442/08), gdzie stwierdzono: *Z dużym prawdopodobieństwem stwierdzić można, że fakt eliminacji jednej z możliwych technologii, tj. w tym przypadku „drogi radiowej” ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Powyższe narusza więc także zasadę równego traktowania wykonawców. W wyroku tym nakazano zamawiającemu zmodyfikować specyfikację istotnych warunków zamówienia.*

Zdaniem Odwołującego wymóg świadczenia usług z uwzględnieniem zakazu technologii radiowej nie jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego oraz narusza reguły konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący świadczy usługi telekomunikacyjne z wykorzystaniem technologii radiowej dla wielu podmiotów, do których stosuje się procedurę przetargową, dla przykładu wymienić można Komendę Główną Policji, organy wymiaru sprawiedliwości – sądy, prokuratury, czy administrację publiczną. Oznacza to, że ta technologia jest powszechnie stosowana i nie ma żadnego uzasadnienia jej wyłączenie w niniejszym postępowaniu przetargowym. W związku z tym Odwołujący wniósł o wykreślenie zapisów niezgodnych z prawem.

3.

W punktach 18, 19, 20 s.i.w.z. oraz w punkcie 1 ppkt 4 załącznika nr 1 do s.i.w.z. – opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający uwzględnił największy możliwy zakres zamówienia z uwzględnieniem następująco określonego prawa opcji: *Przewidywane zasady wykorzystania prawa opcji są następujące:*

a) *rezygnacja z części łączy wyszczególnionych w załączniku nr 7c do siwz*

b) instalacja nowego łącza w miejsce likwidowanego , w granicach wartości umowy.

Odwołujący wniósł o zmianę powyższego zapisu poprzez wykreślenie słów *w granicach wartości umowy*, przy pozostawieniu zapisu punktu 20 s.i.w.z. w brzmieniu ustalonym przez Zamawiającego.

13 czerwca 2012 r. Zamawiający przesłał do Krajowej Izby Odwoławczej informację o tym, że na dzień wniesienia odwołania nie posiadał żadnych informacji o żadnych innych potencjalnych uczestnikach postępowania. Zamawiający poinformował także, że zgodnie z art. 185 ust. 1 pzp kopię odwołania zamieścił na swojej stronie internetowej (www.lubuska.policja.gov.pl), w miejscu gdzie znajdują się pozostałe informacje dotyczące prowadzonego postępowania.

11 czerwca 2012 r. (pismem z tej daty) GTS Poland spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

15 czerwca 2012 r. (pismem z 14 czerwca 2012 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której oświadczył on, że uznaje zarzuty Odwołującego w całości.

Zamawiający stwierdził także, że uznał za zasadne dokonanie modyfikacji s.i.w.z. w żądanym przez Odwołującego zakresie. Zamawiający przyznał, że ograniczenie świadczenia usługi wyłącznie za pośrednictwem sieci przewodowej może utrudniać uczciwą konkurencję, gdyż preferuje wykonawcę dysponującego siecią przewodową, jednocześnie eliminując wykonawców świadczących usługi za pomocą technologii radiowej. Z kolei ustalony termin rozpoczęcia świadczenia usług obiektywnie może stanowić barierę uniemożliwiającą złożenie oferty konkurencyjnej. W zakresie prawa opcji Zamawiający zobowiązał się do wykreślenia w pkt 19 lit. b s.i.w.z. słów w zakresie żądanym w odwołaniu.

Odpowiedź na odwołanie podpisał Zastępca Komendanta Wojewódzkiego Policji w Gorzowie Wielkopolskim – podinspektor Helena Michalak. Izba ustaliła, że osoba ta występowała wcześniej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia jako upoważniona do działania w imieniu kierownika Zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego, cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów

odwołania.

Izba uznała stanowisko Zamawiającego wynikające z odpowiedzi na odwołanie za niebudzące wątpliwości wyrażenie woli uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Nadto Zamawiający oświadczył, że uczyni zadość zgłoszonym żądaniom Odwołującego.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu 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: