

Sygn. akt: KIO 2305/13

POSTANOWIENIE
z dnia 9 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Mateusz Michalec

Wobec cofnięcia w dniu 9 października 2013 r. przed otwarciem rozprawy odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2013 r. przez **wykonawcę Telekomunikację Polską Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Centrum Informatyki Statystycznej z siedzibą w Warszawie, al. Niepodległości 208**

przy udziale **wykonawcy GTS Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 15** zgłaszającego swój udział w sprawie sygn. akt KIO 2305/13 po stronie odwołującego

postanawia:

- 1. umarza postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Telekomunikacji Polskiej Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18 kwoty 13 500zł. 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2305/13

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług operatora korporacyjnej sieci statystyki publicznej WAN-GUS zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa Centrum Informatyki Statystycznej z siedzibą w Warszawie, al. Niepodległości 208 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 września 2013r. za numerem 2013/S 180-311075. W tym samym dniu zamawiający opublikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz)

Sygn. akt KIO 2305/13

W dniu 27 września 2013r. pisemne odwołanie wniósł wykonawca Telekomunikacja Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18.

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa dalszego z dnia 4 listopada 2008r. udzielonego przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 31 marca 2008r. udzielonego przez prezesa zarządu i członka zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji w dacie udzielania pełnomocnictwa, zgodnie z odpisem pełnym z KRS odwołującego. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 27 września 2013r. faksem.

Odwołujący TP SA wskazał, że jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwia należyłą kalkulację ceny oferty, a także może skutkować nieprzewidzianymi stratami w trakcie realizacji umowy. Modyfikacja wskazanych w odwołaniu postanowień siwz umożliwi odwołującemu złożenie oferty oraz uzyskanie zamówienia.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 oraz art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 – dalej ustawy) przez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający przygotowanie i kalkulację oferty, polegający na:

- 1) Zastrzeżeniu możliwości zmiany liczby, bądź siedzib jednostek statystyki objętych świadczeniem usług, bez uwzględnienia technicznych możliwości takich zmian, oraz kosztów jakie z tego tytułu poniesie wykonawca,
- 2) zawarciu w siwz wzajemnie sprzecznych postanowień dotyczących możliwości zmian przepustowości łączy oraz przenoszenia pasma pomiędzy lokalizacjami, bez opisanie wymagań dotyczących warstwy sprzętowej, która umożliwiłaby dokonywanie takich zmian, przy wskazaniu zbyt krótkich terminów ich dokonania,

- 3) zastrzeżeniu możliwości zmiany konfiguracji routerów CE wykonawcy, w tym nieograniczonej liczby zmian konfiguracji QoS, bez określenia liczby tych zmian, przy jednoczesnym zastrzeżeniu zbyt krótkich terminów na ich dokonanie,
- 4) zastrzeżeniu, że łącza podstawowe i zapasowe dla lokalizacji typu A i D muszą cechować się tymi samymi parametrami, przy jednoczesnym wymogu odmiennej priorytetyzacji ruchu dla łączy podstawowych i zapasowych,
- 5) nałożeniu na wykonawcę usuwania awarii sprzętowych routerów CPE, niezależnie od tego czy awarie te wywołane zostały przez zamawiającego.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób szczegółowo wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wskazał na § 1 wzoru umowy, zamieszczonego w rozdz. III SIWZ, gdzie zamawiający zawarł następujące postanowienia dotyczące zmian świadczonej usługi:

„3. Dopuszcza się zmiany przepustowości na zestawionych łączach dostępowych i parametrów świadczenia usług lub zmianę liczby bądź siedzib jednostek statystyki objętych świadczeniem usług, które będą wykonywane zgodnie ze zgłoszeniami Zamawiającego, wynikającymi ze zmian organizacyjnych i zmieniających się potrzeb w zakresie eksploatacji sieci korporacyjnej WAN-GUS.

4. Podwyższenie przepustowości łączy może nastąpić w następujących wysokościach: dla lokalizacji typu A o 200 Mbps na obu łączach, dla lokalizacji typu B o 20 Mbps, dla lokalizacji typu C o 10 Mbps, dla połączenia D o 80 Mbps.

5. Ilość zmian liczby lokalizacji bądź siedzib jednostek statystyki publicznej, objętych świadczeniem usług, w trakcie trwania umowy nie przekroczy 15% liczby wszystkich lokalizacji.”

Postanowienie § 1 ust. 3 wzoru umowy związane jest z koniecznością uruchomienia usługi w ok. 10 nowych lokalizacjach, niezależnie od tego czy wykonawca dysponuje w tych lokalizacjach jakąkolwiek infrastrukturą. Z żądaniem uruchomienia usługi w nowych lokalizacjach, może wiązać się konieczność budowy infrastruktury teleinformatycznej (studzienki, kanały, kable itp.). Zakres takich inwestycji jest niemożliwy do przewidzenia na etapie przygotowywania oferty, a ich koszt może wielokrotnie przewyższać wartość wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi w danej lokalizacji. Analogiczne ryzyka, zdaniem odwołującego, wiążą się z postanowieniem dotyczącym możliwości podwyższenia przepływności wszystkich łączy. Podniesienie przepływności łączy, może wiązać się nakładami inwestycyjnymi takimi jak wymiana urządzeń końcowych (routerów), lub skrajnych wypadkach zmianą medium transmisyjnego. Istotne jest przy tym, że zamawiający nie określił wymagań sprzętowych odnoszących się do routerów CE oraz CPE, które umożliwiłyby podwyższanie przepływności zgodnie z postanowieniem § 1 ust. 4 wzoru umowy. Oznacza to, że wykonawcy mogą przyjąć odmienne założenia dotyczące

zestawiania łączy - niektórzy od razu zestawiają łącza oraz zainstalują sprzęt, który umożliwi podniesienie przepływności bez prowadzenie dodatkowych inwestycji, inni dokonywać będą zmian urządzeń po zgłoszeniu zapotrzebowaniu przez zamawiającego. Zgodnie z § 12 OPZ zmiana przepływności łączy musi nastąpić w terminie 30 dni, co jest terminem zbyt krótkim, jeżeli założyć, że infrastruktura wykonawcy nie jest od razu przygotowana na podwyższenie przepływności. Dla ujednoczenia zasad uczestniczenia w postępowaniu, w ocenie odwołującego, niezbędne jest określenie wymogów dotyczących infrastruktury dla poszczególnych łączy w ten sposób, aby nie było konieczności jej przebudowy w sytuacji podwyższania przepływności.

Odwołujący wskazał na sprzeczność pomiędzy postanowieniem § 1 ust. 4 wzoru umowy, oraz pkt 12 OPZ w zakresie maksymalnej możliwości podwyższenia przepływności dla lokalizacji typu B CIS Radom.

Z postanowieniem § 1 ust. 4 wzoru umowy wiąże się § 1 ust. 5, zgodnie z którym „Zamawiający może przenosić udostępnione mu pasmo pomiędzy lokalizacjami, zwiększając przepustowość w jednej lokalizacji jednocześnie zmniejszając w innej, bez żadnych opłat.” Zamawiający formułując to postanowienie nie określił, że przeniesienie pasma pomiędzy lokalizacjami, odbywa się w granicach zakreślonych w § 1 ust. 4 wzoru umowy. Oznacza to, że korzystając z tego postanowienia zamawiający może zażądać przeniesienia pasma z lokalizacji typu A (200 Mbps) do lokalizacji typu C (10 Mbps). Oznacza to, że w danej lokalizacji może zaistnieć konieczność podnieść przepływność z 10 Mbps do 200 Mbps. Tego typu zmiana wiązać się może z koniecznością inwestycji w infrastrukturę sieciową (zmiana medium transmisyjnego) oraz wymianą urządzeń (routerów).

Cytowane postanowienia, ze względu na możliwość poniesienia znacznych nakładów inwestycyjnych, uniemożliwiają należyłą kalkulację oferty i obciążają wykonawców niemożliwym do oszacowania ryzykiem. Z ostrożności odwołujący podkreślił, że możliwości zmian wynagrodzenia zastrzeżone w § 2 ust. 3-7 wzoru umowy w żaden sposób nie kompensują kosztów poniesionych w opisanych powyżej sytuacjach.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji SIWZ w ten sposób, że:

- zmiana lokalizacji, w której świadczona jest usługa, bądź uruchomienie usługi w nowej lokalizacji uzależniona będzie od posiadania przez wykonawcę pozytywnych warunków technicznych w danej lokalizacji, a w wypadku braku takich warunków, uruchomienie nowych łączy, może nastąpić w trybie zamówienia uzupełniającego,
- opisanie wymagań odnoszących się do sprzętu (routery CE, CPE), który ma zostać zainstalowany dla poszczególnych łączy, w taki sposób, aby umożliwiał on podwyższenie przepływności zgodnie z wymogiem § 1 ust. 4 wzoru umowy, bez konieczności przebudowywania infrastruktury,
- usunięcie sprzeczności pomiędzy § 1 ust. 4 wzoru umowy oraz pkt 12 OPZ,

- zastrzeżenie, że przenoszenie pasma pomiędzy lokalizacjami, o którym mowa w § 2 ust. 5 wzoru umowy, nie spowoduje podwyższenia przepływności w danej lokalizacji ponad wartości wskazane w § 1 ust. 4 wzoru umowy.

Dalej odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 19 OPZ „Wykonawca, w ramach złożonej oferty cenowej (bez dodatkowych opłat), wykona zlecone przez Zamawiającego zmiany w konfiguracji routerów CE. Zamawiający zleci nie więcej, niż jedną zmianę każdego routera CE w miesiącu, z wyjątkiem zmian w konfiguracji QoS, którą mogą wystąpić częściej. Zlecone przez Zamawiającego zmiany w konfiguracji routerów CE Wykonawca wprowadzi w ciągu 48 godzin od uzgodnienia zmian pomiędzy osobami technicznymi, wyznaczonymi przez Wykonawcę i Zamawiającego. Wykonanie zmiany konfiguracji przez Wykonawcę uważa się za zakończone po potwierdzeniu prawidłowego działania przez Zamawiającego.”

Odwołujący odnosząc się do powyższego postanowienia podkreślił, że:

- zamawiający nie określa liczby zmian konfiguracji QoS. Zmiana konfiguracji stanowi koszt wykonawcy, a w związku z brakiem określenia liczby tych zmian jest to koszt niemożliwy do wyceny na etapie składania ofert.

- 48 godzinny termin na dokonanie zmian, przy jednoczesnym braku określeniu jednorazowej liczby tych zmian, skutkować może niemożliwością ich dokonania.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji postanowienia pkt 19 OPZ poprzez:

- wskazanie liczby dopuszczalnych zmian konfiguracji QoS,

- wydłużenie terminu dokonania zmiany konfiguracji do 3 dni i określenie, że w ciągu jednego tygodnia nie może być zleconych więcej niż 10 zmian konfiguracji.

W pkt. 14 oraz 16 OPZ zamawiający wymaga, aby w lokalizacjach A i D łącza zapasowe i główne cechowały się tymi samymi parametrami. Jednocześnie w pkt 27 OPZ zamawiający określając parametry QoS zastrzegł, że klasa ruchu voice (głosowa) musi być typu LLQ, co oznacza pierwszeństwo klasy voice przed klasą dane (dane). Z drugiej jednak strony w pkt 22 zamawiający stwierdza, że „w wypadku awarii łącza głównego, w pierwszej kolejności na łącze zapasowe zostanie przeniesiony ruch z klasy dane. Ruch z pozostałych klas zostanie przeniesiony w wypadku wolnej przepustowości w następującej kolejności voice, dane, video.” Powyższe postanowienia pozostają więc w sprzeczności jako, że zakładają odmienną priorytetyzację ruchu dla łączy głównych i zapasowych.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikację postanowień OPZ w ten sposób, aby dla łączy zapasowych zastrzeżona została taka sama priorytetyzacja ruchu jak dla łączy głównych.

Zgodnie z pkt 8 OPZ „W lokalizacjach typu C (zgodnie z tabelą 1) wykonawca jest zobowiązany w ramach umowy dostarczyć routery CPE o parametrach pozwalających na świadczenie usługi zgodnie z wymaganiami SIWZ. Usuwanie awarii sprzętowych leży po stronie wykonawcy natomiast bieżąca administracja będzie w gestii zamawiającego.

Wykonawca zapewni niezbędne wsparcie przy instalacji routerów CPE, w szczególności przy wgrzywaniu nowych konfiguracji. Wszystkie koszty związane z udostępnieniem routerów wykonawca powinien uwzględnić w miesięcznych opłatach abonamentowych."

Powyższe postanowienia oznaczają, że wykonawca zobowiązany będzie do usuwania awarii routerów CPE, które zgodnie z wymaganiami OPZ (vide rys. 1) będą administrowane przez zamawiającego, również w sytuacji gdy awaria spowodowana będzie działaniem zamawiającego.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji postanowienia pkt 8 OPZ w ten sposób, że wykonawca nie będzie zobowiązany do usuwania awarii wywołanych działaniem zamawiającego.

Zamawiający informację o wniesieniu odwołania zamieścił na stronie internetowej w dniu 30 września 2013r. oraz przesłał drogą elektroniczną znanym mu wykonawcom w dniu 1 października 2013r.

W dniu 3 października 2013r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego swój udział zgłosił wykonawca GTS Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 15. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż bierze udział w przedmiotowym postępowaniu, a niejednoznaczne i naruszające uczciwą konkurencję postanowienia w ogłoszeniu i siwz uniemożliwiają mu złożenie oferty. Wniósł o uwzględnienie zarzutów odwołania w zakresie wskazanym w pkt 6 ppkt 1 i 2 odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana w dniu 3 października 2013r. zamawiającemu drogą elektroniczną, odwołującemu faksem.

W dniu 9 października 2013r. przed otwarciem rozprawy w trakcie posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania złożone zostało oświadczenie odwołującego o cofnięciu odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymagania formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki wynikające z art. 189 ust. 2 ustawy, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze,

przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Przewodniczący: