

Sygn. akt: KIO 1042/14

WYROK

z dnia 12 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Agnieszka Trojanowska
Członkowie :	Grzegorz Matejczuk
	Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant:	Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 10 czerwca 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2014 r. przez **wykonawcę Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 9/13**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13** i :

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13, wykonawcę** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na dzierżawę łączy telekomunikacyjnych w warstwie transportowej na potrzeby wojskowego systemu telekomunikacyjnego z uwzględnieniem potrzeb obronnych i bezpieczeństwa państwa zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa – Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 9/13 ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowanym w dniu 16 maja 2014r. pod numerem 2014/S 094-165308.

W dniu 23 maja 2014r. odwołanie wniósł wykonawca Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 23 maja 2014r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie wyrażonej w art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) zasady uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie konkurencyjności niniejszego postępowania, a także naruszenie art. 29 ustawy przez określenie przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Wniósł o uwzględnienie odwołania przez oraz o nakazanie zamawiającemu dokonania odpowiedniej modyfikacji postanowień ogłoszenia w zakresie opisanych w dalszej części odwołania żądań odwołującego.

Odwołujący stwierdził, że ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, który może wykonywać usługi będące przedmiotem zamówienia. Obecny sposób prowadzenia postępowania narusza zasadę uczciwej konkurencji, ograniczając konkurencyjność niniejszego postępowania oraz naruszając w tym zakresie interesy wykonawcy Netia. Tym samym Netia posiada legitymację do wniesienia odwołania.

Podkreślił, że niniejsze postępowanie jest pierwszym prowadzonym w trybie konkurencyjnym postępowaniem na dzierżawę łączy telekomunikacyjnych w warstwie transportowej na potrzeby wojskowego systemu telekomunikacyjnego. Jak dotąd instytucje publiczne nabywały łącza z pominięciem stosowania procedur przetargowych.

Postępowanie zostało podzielone na dwie części, odpowiadające świadczeniom wykonywanym obecnie przez dwóch wykonawców: Orange Polska S.A. (dawna Telekomunikacja Polska S.A.) oraz Exatel S.A. Niniejsze postępowanie należy zarazem do najbardziej skomplikowanych jak i najbardziej kosztotwórczych przedsięwzięć telekomunikacyjnych organizowanych przez polskie instytucje publiczne w ostatnich latach. Ze względu powyższe okoliczności interes publiczny w sposób szczególny wymaga umożliwienia złożenia ofert także przez inne podmioty, niż tylko wskazani powyżej dotychczasowi dostawcy łączy telekomunikacyjnych. Zamawiający powinien się wystrzegać się takich postanowień, które w sposób celowy lub też niezamierzony ograniczają albo nawet zamykają konkurencyjność niniejszego postępowania już w dacie publikacji ogłoszenia o zamówieniu. W przypadku usług telekomunikacyjnych, zdaniem odwołującego, jedną z kluczowych decyzji zamawiającego w zakresie określenia przedmiotu zamówienia jest wyznaczenie odpowiedniego terminu na rozpoczęcie wykonywania świadczeń. Wykonawcy najpierw ponoszą zasadnicze koszty wykonywania usług (okres inwestycji w budowę i pozyskanie istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej), a następnie przystępują do wykonywania usług telekomunikacyjnych na dostarczanej infrastrukturze. Wiedza, iż przedsiębiorca telekomunikacyjny będzie dysponował odpowiednim czasem na wybudowanie lub pozyskanie infrastruktury niejako warunkuje samo złożenie oferty. Wykonawcy przygotowując ofertę winni w sposób jednoznaczny móc określić w jakim okresie czasu (liczonym w tygodniach czy miesiącach po zawarciu umowy) będą mogli przygotowywać się do wykonywania świadczeń. Powyższe nabiera jeszcze szczególnego znaczenia w przypadku tak skomplikowanego i rozległego co do obszaru zamówienia, jak niniejsze.

Zgodnie z punktem II podpunkt 3) ogłoszenia termin rozpoczęcia wykonywania świadczeń określono na dzień 1 września 2015 roku, a zakończenia na 7 grudnia 2019 roku. Określenie terminu na uruchomienie usług datą kalendarzową w sytuacji, w której zarówno zamawiający jak i wykonawcy nie znają czasu trwania postępowania, jest według odwołującego rażącym utrudnieniem możliwości złożenia oferty. Wskazał, że orzecznictwo w tym zakresie potwierdza tę tezę przykładowo powołał wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2013 roku, sygn. KIO 1126/13, wyrok z dnia 24 lipca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 707/08, wyrok z dnia 12 lutego 2010 roku sygn. akt KIO 1756/10, wyrok Izby z dnia 25 czerwca 2010 roku (sygn. KIO/UZP 1123/10, wyrok Izby z dnia 9 lutego 2010 roku sygn. KIO/UZP 54/10.

Odwołujący dodał, iż co prawda termin określony przez zamawiającego na uruchomienie łączy został wyznaczony na odległą datę 1 września roku przyszłego, to jednak co do zasady nadal mamy do czynienia z nieznanym terminem, jakim będzie dysponował wykonawca pomiędzy datą zawarcia umowy, a terminem rozpoczęcia wykonywania świadczeń. Warto

zauważyć, iż sam wybór najbardziej czasochłonnego trybu (negocjacje z ogłoszeniem) znacząco przybliży termin zawarcia umowy do daty 1 września 2015 roku.

W ocenie odwołującego taki sposób określenia terminu na uruchomienie łączy może uniemożliwić nam złożenie oferty. Takie postanowienie w sposób oczywisty tworzy niezasadną preferencję dla dotychczasowych dostawców łączy telekomunikacyjnych. W ich przypadku nie wystąpi bowiem ryzyko braku możliwości rozpoczęcia wykonywania świadczeń w wymaganej dacie, niezależnie do tego jakim czasem będą dysponować po zawarciu umowy. Tym samym powyższe postanowienie narusza w naszej ocenie zasadę uczciwej konkurencji. Biorąc pod uwagę powyższe odwołujący domaga się określenia w ogłoszeniu minimalnego terminu na dostawę łączy, liczonego w miesiącach od daty zawarcia umowy.

Niezależnie od zarzutu wadliwego określenia terminu kalendarzowego na uruchomienie łączy, odwołujący podniósł, iż termin ten nie może być zbyt krótki - gdyż inaczej wymagania zamawiającego nie będą uwzględniały okoliczności o podstawowym dla rynku usług telekomunikacyjnych znaczeniu. Koniecznym jest takie określenie terminu, by każdy z wykonawców mógł alternatywnie (wedle swojego wyboru) albo wybudować swoją infrastrukturę telekomunikacyjną albo pozyskać infrastrukturę istniejącą od podmiotów trzecich (wato dodać, iż nie zawsze pozyskanie istniejącej infrastruktury jest możliwe). Wyznaczenie odpowiedniego terminu na rozpoczęcie wykonywania świadczeń telekomunikacyjnych jest podstawowym warunkiem otwarcia się zamawiającego na konkurencję.

W ocenie odwołującego obecne postanowienia ogłoszenia nie uwzględniają zasadniczych wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Proces inwestycyjny poprzedzający uruchomienie usług telekomunikacyjnych wymaga między innymi zaprojektowania linii telekomunikacyjnych, pozyskania niezbędnych zgód i zezwoleń, przeprowadzenia ustaleń z podmiotami dysponującymi infrastrukturą istniejącą, wybudowanie nowych łączy, zakup niezbędnego sprzętu telekomunikacyjnego, czy zestawienie urządzeń. W tym zakresie wskazał orzecznictwo KIO dotyczące zasad wyznaczania takich terminów : wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 707/08, wyrok Izby z dnia 12 lipca 2010 roku sygn. KIO/UZP 1246/10 Biorąc pod uwagę powyższe, a także sam charakter świadczeń objętych niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia, odwołujący domaga się wyznaczenia 12-miesięcznego terminu na uruchomienie łączy od daty zawarcia umowy. W jego ocenie dopiero taki termin otworzy realnie niniejsze postępowanie na konkurencyjność.

W dniu 2 czerwca 2014r. wpłynęła do Izby odpowiedź zamawiającego na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie kosztami postępowania odwołującego.

Odnosząc się do postawionych w odwołaniu zarzutów zamawiający stwierdził, że wyznaczył ten termin mając na uwadze realne potrzeby resortu obrony narodowej w zakresie zabezpieczenia teleinformatycznego resortu obrony narodowej oraz dowodzenia i kierowania Siłami Zbrojnymi RP a także możliwości jego realizacji z poszanowaniem przepisów prawa a nie działania zmierzające do utrudnienia uczciwej konkurencji. Na takie stwierdzenie składa się:

Wskazanie terminu rozpoczęcia świadczenia usług datą kalendarzową bez odniesienia jej do daty zawarcia umowy nie jest sprzeczne z jakimkolwiek przepisem prawa, w tym przepisami ustawy. Wyznaczając datę rozpoczęcia świadczenia usług zamawiający uwzględnił wszystkie terminy wiążące zamawiającego i wykonawców określone ustawą, w tym terminy wynikające ze środków ochrony prawnej. Pozwala to oddać do dyspozycji wybranym w postępowaniu wykonawcom okres 11-12 miesięcy od dnia podpisania umowy do dnia rozpoczęcia świadczenia usług (okres w zasadzie zgodny z żądaniem zawartym w pkt 12 odwołania). Zamawiający zauważył, że odwołujący usiłuje wprowadzić Izbę w błąd sprawiając wrażenie, że do spełnienia „szczególnych” wymagań zamawiającego wynikających z przedmiotu umowy, każdy potencjalny wykonawca musi wybudować 100% niezbędnej infrastruktury od dnia zawarcia umowy do dnia 01.09.2015 r., co jest w sposób rażący błędne. Faktem jest, że przedmiot zamówienia jest obszerny i wymaga - co do zasady - rozbudowanej infrastruktury, ale nie tyle na potrzeby niniejszego zamówienia zamawiającego, co w celu zapewnienia powszechnie dostępnych usług. Każdy przedsiębiorca zapewniający usługi o powszechnym standardzie, takie jak te obecnie wymagane przez zamawiającego, rozbudowuje swoją infrastrukturę sukcesywnie, bowiem jest to wymaganie rynkowe (im lepsza dostępność usługi tym większe szanse osiągnięcia gospodarczego sukcesu). Natomiast okres przewidziany przez zamawiającego pomiędzy zawarciem umowy a dniem 01.09.2015 r. przeznaczony jest na wybudowanie niektórych elementów infrastruktury, których przedsiębiorca w danej chwili może jeszcze nie mieć. Z tych względów, wskazywanie przez odwołującego na zapewnienie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy jest również mylące. Odwołujący, jak każdy inny potencjalny wykonawca ma wiedzę o tego typu zamówieniach podmiotów Skarbu Państwa (czego odwołujący w ogóle w odwołaniu nie ukrywa), a więc powinien rozbudowywać swoją infrastrukturę przez wystarczająco długi czas, a nie czekać na podpisanie niniejszej umowy. Jest to zwykłe działanie rynkowe przedsiębiorcy i w pełni uwzględnia ryzyko prowadzonej działalności gospodarczej. Wskazywanie okresu 12 miesięcy jest również błędne samo w sobie, bowiem żaden przepis prawa powszechnie obowiązującego nie zabrania odwołującemu rozpoczęcia

dobudowywania infrastruktury już od dnia ogłoszenia o zamówieniu, tj. od dnia 16 maja 2014r. Wydaje się, według zamawiającego, oczywiste, że profesjonalny przedsiębiorca znając zapotrzebowanie rynku najpóźniej w tej dacie powinien podjąć czynności doprowadzające jego przedsiębiorstwo do możliwości realizacji potencjalnego zamówienia (tym bardziej, że zamówienie zamawiającego nie jest żadnym szczególnym).

Odwołujący bez szczegółowej wiedzy dotyczącej przedmiotu zamówienia a w szczególności zakresu usług (ogłoszenie o zamówieniu w sposób ogólny opisuje jego przedmiot) określa czasochłonność czynności, które będą realizowane po podpisaniu umowy, np. wykonanie inwestycji budowlanych w związku koniecznością dowiązania obiektu do sieci telekomunikacyjnej wykonawcy. Między innymi z powodu konieczności jednoznacznego opisanie zakresu czynności zamawiający przyjął tryb postępowania negocjacje z ogłoszeniem. Wbrew obawom odwołującego, tryb ten przy zachowaniu należytej staranności przez zamawiającego i wykonawców w żaden sposób nie opóźni terminu zawarcia umowy.

Ponadto odwołujący, według zamawiającego, celowo pomija obecnie funkcjonujące mechanizmy rynkowe, które powodują, że wykonawcy wcale nie będą musieli dobudowywać brakującej infrastruktury. Tym samym, okres przygotowania możliwości świadczenia usługi dzierżawy łączy przez wykonawcę, zdaniem zamawiającego jest krótszy niż określony przez odwołującego, w szczególności po uwzględnieniu możliwości stworzonych „Ofertą ramową o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie świadczenia usługi dzierżawy odcinków zakończeń łączy, odcinków niebędących zakończeniami łączy i łączy end-to-end” (zatwierdzoną przez Prezesa UKE) wg której wszyscy operatorzy mają zagwarantowane jednakowe szanse dostępu do łączy telekomunikacyjnych, które są w dyspozycji Orange Polska S.A. Ponadto uruchomienie przez Orange Polska S.A. ISI (Interfejsu Systemu Informatycznego) jako kanału komunikacji między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi a Orange Polska S.A. spowodowało skrócenie terminów udzielenia odpowiedzi dotyczącej możliwości świadczenia usługi dzierżawy z 14 dni do pięciu dni roboczych (pkt. 2.4 ppkt 6 oferty ramowej).

Jako dowód zamawiający powołał „Ofertę ramową o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie świadczenia usługi dzierżawy odcinków zakończeń łączy, odcinków niebędących zakończeniami łączy i łączy end-to-end” na okoliczność wykazania, że odwołujący celowo pomija mechanizmy rynkowe które mogą zaspokoić braki w infrastrukturze w sposób znacznie szybszy i tańszy niż to wynika z założeń odwołującego.

Zdaniem zamawiającego żądanie określenia terminu rozpoczęcia świadczenia usługi okresami miesięcznymi (tygodniowymi) od daty podpisania umowy, w skrajnych przypadkach, może tworzyć potencjalne zagrożenie sztucznego przesuwania terminu podpisania umowy a tym samym uniemożliwienie wykonania statutowych zadań zamawiającego. Zamawiający jako instytucja odpowiedzialna za funkcjonowanie systemów dowodzenia i kierowania Siłami Zbrojnymi RP zobligowana jest do zapewnienia właściwej

infrastruktury teleinformatycznej w określonym czasie i lokalizacjach umożliwiających wykonywanie zadań instytucjom i jednostkom organizacyjnym MON na terenie kraju i poza nim. Zamawiający ma obowiązek dostosowania się do terminów wymaganych potrzebami obronności i bezpieczeństwa państwa oraz zobowiązaniami sojuszniczymi. Według oceny zamawiającego termin rozpoczęcia świadczenia usługi wyznaczony datą kalendarzową (01.09.2015 r.), w kontekście terminów związanych z niniejszym postępowaniem, umożliwia wykonawcom, nie tylko dotychczas świadczącym usługi, ale i innym zainteresowanym zamówieniem, wykonanie czynności, które odwołujący wylicza w pkt 6, 10 i 11 odwołania.

Zamawiający wskazał, że w grudniu 2015 roku wygasają umowy na podstawie których obecnie są świadczone usługi dzierżawy łącza telekomunikacyjnych, co w przypadku braku możliwości zawarcia nowych umów, stawiałoby resort obrony narodowej w skrajnie trudnej sytuacji. Alternatywą byłoby również skorzystanie wówczas z trybów całkowicie niekonkurencyjnych, czego zamawiający stara się właśnie swoim wyprzedzonym działaniem uniknąć. Nie leży bowiem w interesie Skarbu Państwa zawieranie umów pod presją, chociażby na nikłe wówczas szanse uzyskania korzystnych cen. Zamawiający podkreślił, że przy aktualnych zmianach organizacyjnych wynikających z restrukturyzacji SZ RP (w tym tworzeniem nowych struktur dowodzenia i kierowania), które zakończyły się 01.01.2014 r. zamawiający nie miał możliwości wcześniejszego zdefiniowania potrzeb umożliwiających rozpoczęcie postępowania w sprawie zamówienia z wyprzedzeniem np. 2 czy 3 letnim, ma natomiast obowiązek dostosowania się do terminów wymaganych potrzebami obronności państwa. Na szczególną, jego zdaniem, uwagę (i tym samym ocenę postępowania zamawiającego) zasługuje również stanowisko odwołującego, wskazujące, że „jak dotąd instytucje publiczne nabywały łącza z pominięciem stosowania procedur przetargowych”. Nie do końca jasny jest cel użycia tego sformułowania przez odwołującego w sytuacji zastosowania przez zamawiającego trybu praktycznie w pełni konkurencyjnego.

W zakresie powołanego przez odwołującego orzecznictwa KIO należy zwrócić uwagę, że działanie to miało jedynie na celu odwrócenie uwagi Izby od sedna sprawy. Wszystkie zacytowane orzeczenia, w których KIO zakwestionowało termin podpisania umowy wskazany konkretną datą, zapadły w zupełnie innym stanie faktycznym, bowiem okres pomiędzy ogłoszeniem o zamówieniu, a zawarciem umowy był rzeczywiście skrajnie krótki. W niniejszym postępowaniu zamawiający zastosował termin bez porównania dłuższy, co całkowicie niweczy zarzuty odwołującego. Zwraca się również uwagę, że również odwołujący posiada negatywne dla swojego stanowiska orzeczenie KIO (KIO 1433/12 z dnia 23 lipca 2012r.), które wydane zostało w oparciu o podobny stan faktyczny i niemalże identyczny stan prawny, z jego własnego odwołania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, wyjaśnień treści ogłoszenia oraz zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie świadczenia usługi dzierżawy odcinków zakończeń łączy, odcinków niebędących zakończeniami łączy i łączy end-to-end, protokołu kontroli Dyrektora Urzędu Kontroli Skarbowej w Warszawie nr uKS1491/W2E2/42/130/09/4/016, zestawienia terminów w postępowaniu Górnośląskiej Spółki Gazownictwa, ogłoszenia o zamówieniu Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej nr 2011/S 149-247708, pism Orange Polska SA do odwołującego nr: TRRUIU/S/KR/234/2014, TRRUIU/S/AK/259/2014, TRRUIU/S/AK/295/2014, TRRUIU/S/KN/299/2014, TRRUIU/S/AK/250/2014, TRRUIU/S/KN/240/2014, TRRUIU/S/KN/294/2014, TRRUIU/S/KR/264/2014, informacji dla wykonawców, którzy pobrali siwz w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług operatora sieci rozległej WAN KSI ZUS znak sprawy TZ/370/36/13, pisma Generalnej Dyrekcji Lasów Państwowych do wykonawców z dnia 1 października 2013r. znak EZ-2710-14/12.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła, że w ogłoszeniu o zamówieniu w zakresie spornym znajdują się następujące postanowienia:

II.1.5) Krótki opis zamówienia lub zakupu:

Dzierżawa łączy telekomunikacyjnych w warstwie transportowej na potrzeby wojskowego systemu telekomunikacyjnego z uwzględnieniem potrzeb obronnych i bezpieczeństwa państwa oraz: 1) udostępnienie sygnału synchronizacyjnego w punktach styku sieci; 2) uruchomienie systemu monitoringu łączy; 3) wybudowanie punktów dostępowych do sieci telekomunikacyjnej wykonawcy; 4) uruchomienie odcinków doprowadzeniowych łączy.

II.3) Czas trwania zamówienia lub termin realizacji

Rozpoczęcie 1.9.2015. Zakończenie 7.12.2019

Z oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie świadczenia usługi dzierżawy odcinków zakończeń łączy, odcinków niebędących zakończeniami łączy i łączy end-to-end wynika, że w celu zakupu konkretnej usługi należy złożyć wniosek, firma Orange Polska udziela odpowiedzi w terminie 14 dni informując przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o możliwości realizacji usługi albo o braku możliwości realizacji usługi wraz z uzasadnieniem i podaniem powodów braku możliwości realizacji usługi (pkt. 2.4 pkt. 1 i 2), w przypadku braku możliwości realizacji usługi Orange informuje o możliwości realizacji usługi w sposób alternatywny wraz z podaniem szacunkowego terminu prac wykonywanych przez Orange, albo o braku możliwości realizacji usługi w sposób alternatywny wraz z uzasadnieniem i podaniem powodów braku możliwości realizacji usługi w sposób alternatywny (kolejne 14 dni – pkt 2.4.4-5). Ponadto przedsiębiorca telekomunikacyjny ma 7 dni na rozważenie czy wyraża zgodę na rozwiązanie alternatywne. Może być także prowadzony wywiad techniczny

maksymalnie 16 dni. Przesłanie projektu umowy szczegółowej nastąpić powinno w terminie 4 dni od pozytywnej odpowiedzi na zamówienia lub od wyrażenia zgody na rozwiązanie alternatywne. Mogą być prowadzone negocjacje – bez terminu przewidzianego ofertą ramową, zaś po zaakceptowaniu projektu podpisanie umowy szczegółowej powinno nastąpić w terminie 4 dni (pkt 2.4.- 8-12). Po zliczeniu powyższych terminów i przy założeniu braku negocjacji umowa szczegółowa powinna być podpisana w terminie 59 dni z uwzględnieniem fakultatywnego wywiadu technicznego.

Z protokołu kontroli Dyrektora Urzędu Kontroli Skarbowej w Warszawie nr uKS1491/W2E2/42/130/09/4/016 wynika, że przedmiotem kontroli był projekt o nazwie eksploatacja i rozwój łączy stałych w ramach sieci rozległej SIMIK-NET etap III. Projekt był realizowany w trybie dialogu konkurencyjnego, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 27 października 2007r., a umowę podpisano w dniu 28 października 2008r. W postępowaniu oferty złożyło 6 firm, a kryterium oceny ofert o wadze 20% był termin przyłączenia wszystkich lokalizacji. Przedmiotowy dowód Izba oceniła jako wiarygodny i potwierdzający fakt, że postępowanie na eksploatacja i rozwój łączy stałych w ramach sieci rozległej SIMIK-NET etap III trwało 1 rok. Jednakże dowód ten nie dowodzi okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia to jest tego w jaki sposób termin określony datą dzienną zawarcia umowy wpływa na konkurencyjność postępowania. W postępowaniu, którego dotyczy złożony dowód, to wykonawcy określali termin przyłączenia lokalizacji, a zatem nie zachodzi stan faktyczny adekwatny do stanu faktycznego mającego miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Z zestawienia terminów w postępowaniu Górnśląskiej Spółki Gazownictwa wynika, że postępowanie zostało wszczęte w dniu 17 października 2012r. i zakończone w dniu 24 maja 2013r. podpisaniem umowy – trwało zatem około 7 miesięcy. Dowód ten jednak Izba oceniła jako nie mający znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż nie określono jaki był przedmiot zamówienia oraz w jakim trybie prowadzone było postępowanie.

Z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej nr 2011/S 149-247708 wynika, że przedmiotem zamówienia było uruchomienie łączy dostępowych, dostarczenie urządzeń oraz świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie transmisji danych. Ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 5 sierpnia 2011r., postępowanie prowadzone było w procedurze negocjacji bez ogłoszenia i decyzja o udzieleniu zamówienia została udzielona w dniu 25 lipca 2011 na rzecz Telekomunikacji Polskiej SA.

Z pism Orange Polska SA do odwołującego nr: TRRUIU/S/KR/234/2014, TRRUIU/S/AK/259/2014, TRRUIU/S/AK/295/2014, TRRUIU/S/KN/299/2014, TRRUIU/S/AK/250/2014, TRRUIU/S/KN/240/2014, TRRUIU/S/KN/294/2014, TRRUIU/S/KR/264/2014 wynika, że dla następujących relacji :

- IMGW Wysogotowo- Netia Poznań, ul. Głogowska,

- IMGW Gdańsk – Netia Gdańsk , Al. Grunwaldzka 110/112
- IMGW Uźranki b/n-Netia Olsztyn, Al. Poprzeczna 18,
- IMGW Ramża – Netia, Rybnik, ul. Hallera 6,
- IMGW Pastewnik – Netia Jelenia Góra, ul. Karłowicza 17a,

Orange Polska poinformowała odwołującego o braku możliwości realizacji usługi w sposób alternatywny z uwagi na zbyt duże koszty nie znajdujące pokrycia w przyszłych zyskach.

- IMGW Świdwin b/n – Netia, Koszalin, ul. Raławicka 4,
- IMGW Brzuchania – Netia, Kraków, ul. Królewska 57

Orange Polska poinformowała odwołującego o braku możliwości realizacji usługi w sposób określony przez odwołującego i wskazała, że przedstawi stanowisko co do rozwiązania alternatywnego,

- IMGW Jasionka – Netia Rzeszów, ul. 8 Marca 6

Orange Polska poinformowała odwołującego o możliwości realizacji usługi w sposób alternatywny.

Przedstawione dowody Izba oceniła jako nieprzydatne dla rozstrzygnięcia z uwagi na to, że stanowią one jedynie dowód na to, że w kilku lokalizacjach w Polsce Orange Polska oświadczyła o braku możliwości realizacji usługi, w kilku zobowiązała się do przedstawienia rozwiązania alternatywnego a w jednym przedstawiła takie rozwiązanie. Z dowodów tych jednak nie wynika przedmiot zamówienia jaki miał zrealizować odwołujący, ani skala trudności w realizacji zamówienia, ani to w jakim czasie od złożenia zamówienia na usługę Orange Polska udzielała odpowiedzi. Z tego powodu Izba oceniła dowód jako nie służący udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Z informacji dla wykonawców, którzy pobrali siwz w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług operatora sieci rozległej WAN KSI ZUS znak sprawy TZ/370/36/13 wynika, że w dniu 1 października 2013r. zamawiający zmodyfikował opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania przewidując 9 miesięczny okres wdrożeniowo – techniczny od daty zawarcia umowy.

Z pisma Generalnej Dyrekcji Lasów Państwowych do wykonawców z dnia 1 października 2013r. znak EZ-2710-14/12 wynika, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi transmisji danych IP VPN (MPLS) z dostępem do Internetu dla zamawiającego w rozległej sieci WAN zamawiającego po uprzednim zestawieniu, uruchomieniu i przełączeniu łączy we wszystkich lokalizacjach, o których mowa w załączniku nr 2 do siwz z obecnej sieci IP VPN (MPLS) zamawiającego do sieci IP VPN (MPLS) wykonawcy. Uruchomienie usług zostanie zrealizowane w terminie nie dłuższym niż 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, jednak nie wcześniej niż dnia 16 listopada 2014r., zaś świadczenie usług rozpocznie się dnia

następnego po uruchomieniu usług we wskazanym powyżej terminie i będzie realizowane przez okres 36 miesięcy.

Izba oceniła powyższe dowody jako wiarygodne, jednak dowodzą one jedynie tego, że w dwóch postępowaniach dotyczących zamawiający przewidzieli w opisie przedmiotu zamówienia odpowiednio 9 i 12 miesięcy na przygotowanie do uruchomienia usług.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, jest bowiem przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, który może zrealizować przedmiotowe zamówienia i który ubiega się o jego uzyskanie. W interesie odwołującego jest zmniejszenie barier dostępu do zamówienia, gdyż takie działanie pozwala mu na łatwiejsze uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia, a więc osiągnięcia korzyści z realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ustawy - zasady uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie konkurencyjności niniejszego postępowania, a także naruszenie art. 29 ustawy przez określenie przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty

Zarzuty nie zostały przez odwołującego wykazane. Odwołujący wskazał jedynie na trudności jakie może napotkać przy realizacji przedmiotowego zamówienia, tj. brak przewidywalności terminu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, brak zagwarantowania mu 12 miesięcznego okresu na przygotowanie się do świadczenia usługi. W tym zakresie odwołujący powołał dowody, które w większości nie dowodzą, ani nawet nie uprawdopodobniają okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia. Przede wszystkim, żaden z powołanych dowodów nie dotyczy postępowania prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Dwa dotyczą przetargu nieograniczonego, jeden dialogu konkurencyjnego i jeden negocjacji bez ogłoszenia. Stąd nie ma analogi dla długości trwania tych postępowań z niniejszym postępowaniem. Odwołujący przedstawił wprawdzie dowody na to, że w kilku lokalizacjach w różnych rejonach Polski Orange Polska poinformowała go o braku możliwości realizacji usługi w sposób alternatywny, jednak z pism tych nie wynika, ani czas w jakim te odpowiedzi zostały udzielone, ani to jaka była skala odmów dla realizacji całego przedmiotu zamówienia i ile czasu zajęło odwołującemu wybudowanie własnej infrastruktury w tych lokalizacjach na potrzeby wykonania zamówienia dla IMGW. Dopiero

wykazanie tych okoliczności mogłoby uprawdopodobniać żądanie odwołującego udzielenia mu 12 miesięcznego okresu na przygotowanie się do świadczenia usługi. Dodatkowo w ocenie Izby na dzień wniesienia odwołania nie można w żaden sposób ocenić czy określony datą dzienną termin podpisania umowy na dzień 1 września 2015r. jest terminem, który stanowi barierę udziału w postępowaniu, albowiem nie jest znany pełny opis przedmiotu zamówienia, jak również warunki jego realizacji. Dopiero z chwilą zaproszenia do negocjacji wykonawcom zostanie przedstawiona treść siwz, a nadto może ona ulegać modyfikacji w wyniku prowadzonych negocjacji. Ponadto jak wynika z ogłoszenia o zamówieniu przedmiotem zamówienia jest wybudowanie punktów dostępowych do sieci wykonawcy, nie jest więc wykluczone, że zamawiający konstruując treść siwz zdecyduje się zastosować rozwiązanie wskazane przez odwołującego na przykładzie Przedsiębiorstwa Lasy Państwowe, czy Zakład Ubezpieczeń Społecznych. W obu przypadkach zamawiający udzielił wykonawcom terminu na przygotowanie do świadczenia usługi liczonego w miesiącach od daty podpisania umowy. Z tych względów Izba stoi na stanowisku, że na datę wniesienia odwołania i w okolicznościach, na które powołał się odwołujący, odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ustawy – gdyż wszyscy wykonawcy mają wiedzę o takich samych warunkach świadczenia usług ani art. 29 ustawy, gdyż przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób pełny i wyczerpujący z uwagi na wybór przez zamawiającego trybu negocjacji z ogłoszeniem, co powoduje, że działaniu zamawiającego na obecnym etapie postępowania nie można zarzucić braku wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia oraz utrudnienia uczciwej konkurencji. Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 i art. 29 ustawy.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczanego wpisu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

