

Warszawa, dnia 24 września 2018 roku

PREZES

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

ul. Postępu 17a, 02 – 676 Warszawa

Zamawiający:

Centrum Informatyki Resortu Finansów

ul. Samorządowa 1, 26-601 Radom

sekretariat.ci@mf.gov.pl

fax. +48 483673673

Odwołujący:

Netia Spółka Akcyjna

ul. Poleczki 13, 02 – 822 Warszawa

Tel.: +48 (22) 352 28 12

Faks: +48 (22) 338 28 12

e-mail: katarzyna.jesien-bichta@netia.pl

reprezentowany przez:

Panią Katarzynę Jesień-Bichtę

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Świadczenia usługi transmisji danych w sieci rozległej WAN resortu finansów oraz usługi dostępu do sieci Internet” – nr ref. PN/32/18/VBC („Postępowanie”, „Zamówienie”).

ODWOŁANIE

Działając w imieniu NETIA Spółka Akcyjna (dalej „Odwołujący” lub „Netia”), na podstawie art. 180 ust. 1 i 4 oraz art. 182 ust. 2 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm., dalej „PZP”), składam odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w toku Postępowania w postaci sformułowania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”).

W związku z powyższym, **zarzucam** Zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 2 PZP poprzez ustalenie w Rozdziale IV ust. 1 SIWZ oraz §2 ust. 1 wzoru umowy, terminu rozpoczęcia świadczenia usługi przypadającego na dzień zawarcia umowy (lecz nie wcześniej niż 1 stycznia 2019 r.), mimo, że tak określony termin nie uwzględnia konieczności podjęcia przez wykonawców innych niż dotychczasowy dostawca usługi, czasu na niezbędne przygotowanie się do świadczenia usługi, a w konsekwencji jest dla nich niemożliwy do dotrzymania, co narusza zasadę uczciwej



konkurencji i równego traktowania wykonawców prowadząc do nieuzasadnionego uprzywilejowania dotychczasowego dostawcy usług;

2. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2 PZP, poprzez przyznanie Zamawiającemu w Rozdziale IV ust. 3 SIWZ oraz §11 ust. 6 wzoru umowy prawa do jednostronnego wypowiedzenia umowy przed upływem terminu, bez podania przyczyny, co narusza wymóg opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co może utrudniać uczciwą konkurencję oraz stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. modyfikacji treści SIWZ w zakresie Rozdziału IV ust. 1 SIWZ IDW oraz treści wzoru umowy w zakresie §2 ust. 1 poprzez wyznaczenie terminu rozpoczęcia realizacji Usługi Transmisji Danych i Usługi Internet B wynoszącego 180 dni od dnia zawarcia umowy;
2. modyfikacji treści SIWZ w zakresie Rozdziału IV ust. 3 oraz treści wzoru umowy w zakresie §11 ust. 6 poprzez usunięcie tych postanowień albo ewentualnie ograniczenie możliwości korzystania z prawa wypowiedzenia umowy wyłącznie do ściśle określonych sytuacji, uzasadniających przedwczesne wypowiedzenie umowy, obejmujących w szczególności rażące przypadki nienależytego wykonywania umowy przez wykonawcę.

Ponadto, Odwołujący wskazuje, co następuje:

1. Przedmiotem Zamówienia są usługi o wartości szacunkowej przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP;
2. Numer Dziennika Urzędowego UE, w którym zostało zamieszczone ogłoszenie: 2018/S 176-399150; <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:399150-2018:TEXT:PL:HTML&src=0>.
3. Ogłoszenie oraz SIWZ zostały opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego: <https://www.cirf.gov.pl>.

UZASADNIENIE

I. WARUNKI FORMALNE ODWOŁANIA

Wartość Zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej i została określona w ogłoszeniu o zamówieniu na kwotę 29 784 552,85 zł. Ogłoszenie o Zamówieniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie, ukazało się

w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 września 2018 r. (ogłoszenie nr 2018/S 176-399150). SIWZ została udostępniona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 13 września 2018 r.

Stosownie do treści art. 182 ust. 2 pkt. 1 PZP w zw. z art. 185 ust. 8 PZP, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP. Odwołanie zostało złożone w dniu 24 września 2018 r. (23.09.2018r. przypadł w niedzielę), a co za tym idzie, termin 10 dni został przez Odwołującego zachowany. Odwołujący przekazał treść odwołania Zamawiającemu (dowód w załączeniu).

Interes prawny Odwołującego w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych w PZP przejawia się w tym, że czynności Zamawiającego naruszające przepisy PZP mogą uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty w Postępowaniu. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia. Z drugiej strony w przypadku złożenia oferty i zawarcia umowy o zamówienie publiczne przez Odwołującego, niekorzystne i sprzeczne z prawem postanowienia SIWZ mogą narazić go na szkodę.

II. TERMIN NA ROZPOCZĘCIE ŚWIADCZENIA USŁUGI

A. PRZEDMIOT ŚWIADCZENIA, TERMIN ROZPOCZĘCIA

Zgodnie z treścią Rozdziału I SIWZ oraz Załączników 1-3 do Umowy, przedmiotem postępowania jest świadczenie usługi transmisji danych w sieci rozległej WAN resortu finansów, gwarantującej logiczną separację ruchu danych od danych innych klientów Wykonawcy na poziomie warstwy 3 modelu ISO/OSI oraz łączność typu „każdy z każdym” (Usługa Transmisji Danych) oraz usługi dostępu do sieci Internet zapewniającej anonimizację przyznanych adresów IP (Usługa Internet B) wraz z wykonaniem usług towarzyszących. Usługi mają być świadczone w 711 lokalizacjach w całej Polsce, przez okres od dnia zawarcia umowy, lecz nie wcześniej niż od dnia 1 stycznia 2019 r., do dnia 31 grudnia 2019 r. (por. Rozdział IV SIWZ ust.1 oraz §2 ust.1 wzoru umowy).

Na uwagę zasługuje skala zamówienia, duża liczba lokalizacji i ich rozproszenie po całym kraju, w tym w licznych mniejszych miejscowościach, a także relatywnie wysoka, jak na realia rynku telekomunikacyjnego, szacunkowa wartość zamówienia.

Zamawiający określił termin rozpoczęcia świadczenia usługi w ten sposób, że wykonawca będzie zobowiązany do świadczenia usługi od dnia zawarcia umowy, ale nie wcześniej niż 1 stycznia 2019 r., co powoduje, że w przypadku zawarcia umowy przed dniem 1 stycznia 2019 r. wykonawca będzie zobowiązany do świadczenia usługi od dnia 1 stycznia 2019 r., zaś w każdym innym przypadku wykonawca będzie miał obowiązek rozpoczęcia świadczenia usługi już w chwili zawarcia umowy.

B. UWARUNKOWANIA ŚWIADCZENIA USŁUG TELEKOMUNIKACYJNYCH

Możliwość rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych, w tym transmisji danych i usługi internet, warunkowane jest koniecznością wykonania szeregu czynności przygotowawczych. Regułą jest, że wykonawcy najpierw ponoszą zasadnicze koszty przygotowania się do świadczenia usługi (okres projektowania i budowania nowej infrastruktury lub pozyskanie istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej od obcych operatorów), a następnie przystępują do wykonywania „właściwych” usług telekomunikacyjnych. W zależności od warunków technicznych istniejących w danej lokalizacji Zamawiającego, Wykonawca może albo skorzystać z własnych łączy dostępowych (o ile je posiada), względnie je wybudować, ewentualnie wydzierżawić od innego operatora telekomunikacyjnego. Jednocześnie, w każdym scenariuszu musi dokonać wizji lokalnej we wszystkich lokalizacjach, przygotować projekt podłączenia, zamówić, dostarczyć, skonfigurować i zestawić odpowiednie urządzenia. Z tego względu dla każdego wykonawcy warunkiem złożenia oferty w postępowaniu jest pewność, że będzie dysponował niezbędnym, minimalnym czasem na wybudowanie własnej infrastruktury lub pozyskanie jej od innych operatorów. W przeciwnym razie, wykonawcy narażają się na przekroczenie terminu wdrożenia usługi i konieczność zapłaty wysokich kar umownych. Wykonawcy przygotowując ofertę muszą zatem w sposób jednoznaczny ocenić w jakim czasie (liczonym w dniach od zawarcia umowy) będą mogli przygotować się do rozpoczęcia wykonywania usług na rzecz Zamawiającego. Jednocześnie jedynym podmiotem, który może tą usługę realizować niezwłocznie po zawarciu umowy jest wykonawca obecnie świadczący przedmiotowe usługi dla Zamawiającego.

Nie budzi zatem wątpliwości, iż uwzględnienie specyficznych uwarunkowań rynku telekomunikacyjnego musi być wzięte pod uwagę przy wyznaczaniu terminu rozpoczęcia świadczenia usługi – jest to jedna z kluczowych decyzji Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Odwolujący podnosi, iż na wykonanie przedmiotowych czynności przygotowawczych o jakich mowa wyżej, wykonawcy winni mieć zagwarantowane co najmniej 180 dni od dnia zawarcia Umowy. Tylko taki termin umożliwi wykonawcy, który nie posiada własnych łączy dostępowych we wszystkich 711 lokalizacjach Zamawiającego, należyte przygotowanie się do świadczenia usługi telekomunikacyjnej.

Czas niezbędny na przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych w rozważanym Postępowaniu jest szczególnie istotny ze względu na to, że Zamawiający jednym z kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej uczynił liczbę lokalizacji, w których wykonawca świadczyć będzie usługi za pomocą **łączy dostępowych w technice światłowodowej** (por. Rozdział XXV SIWZ ust.1). Wykonawcy inni niż dotychczasowy usługodawca (Orange Polska S.A.) są w stanie zapewnić świadczenie usługi w tej technologii, o ile Zamawiający wyznaczy adekwatny termin uruchomienia usługi uwzględniający czas niezbędny na ich zaprojektowanie i wybudowanie. Zakreślenie przedmiotowego terminu w sposób uniemożliwiający ich wybudowanie, jest równoznaczny z uprzywilejowaniem tego wykonawcy, który **obecnie** posiada największą ilość łączy światłowodowych w lokalizacjach Zamawiającego, tj. Orange Polska S.A.

C. OKRES NA WDROŻENIE USŁUGI PRZEWIDZIANY PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO

Termin składania ofert w niniejszym Postępowaniu wyznaczony został na dzień 23 października 2018 r. Dodatkowo, termin związania ofertą wynosi 60 dni. Jest wysoce prawdopodobne, że dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej potrwa ponad miesiąc, chociażby ze względu na konieczność badania, czy złożone oferty nie zawierają ceny rażąco niskiej oraz konieczności weryfikowania dokumentów podmiotowych wybranego wykonawcy. Jednocześnie nie można wykluczyć, że po wyborze oferty złożone zostanie odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na czynności oceny i wyboru oferty, co dodatkowo przesunie w czasie podpisanie umowy. Biorąc pod uwagę konieczność rozstrzygnięcia odwołań, wniesienia zabezpieczenia, zachowania okresu *standstill*, jest bardzo prawdopodobne, że umowa zostanie zawarta nie wcześniej niż po dniu 20 grudnia 2018 r. Wniosek taki jest oparty o fakty notoryjne i zasady doświadczenia życiowego.

Powyższe oznacza, że w najlepszym wypadku Wykonawca będzie zobowiązany do rozpoczęcia świadczenia usług niemalże natychmiast po zawarciu Umowy, mając na przygotowanie maksymalnie kilka dni i to przypadających w okresie świątecznym.

Wysoce prawdopodobnym scenariuszem jest również zawarcie umowy po dniu 31 grudnia 2018 r., w konsekwencji czego wykonawca będzie miał obowiązek rozpocząć świadczenie usługi już w chwili zawarcia umowy.

D. CZAS FAKTYCZNIE NIEZBĘDNY NA PRZYGOTOWANIE DO REALIZACJI ZAMÓWIENIA

Wskazany powyżej przewidywany okres, którym będzie dysponować wybrany wykonawca na przygotowanie rozpoczęcia świadczenia usług jest za krótki i jest niemożliwy do dotrzymania przez wykonawców, którzy obecnie nie świadczą takich usług dla Zamawiającego we wskazanych przez niego 711 lokalizacjach.

Minimalny czas niezbędny na wdrożenie usługi wynosi 180 dni. Jest to czas niezbędny dla przeprowadzenia wszystkich czynności koniecznych dla faktycznego doprowadzenia infrastruktury do nowych lokalizacji, określony przez Odwołującego na podstawie wieloletniego doświadczenia. Na takie określenie terminu wpływa również konieczność uwzględnienia skali zamówienia, liczby lokalizacji i ich rozproszenia po całym kraju.

W sytuacji w której Wykonawca nie będzie posiadał własnego łącza dostępowego w określonej kanalizacji, celem zapewnienia dostępności infrastruktury w danej, nowej, lokalizacji zmuszony będzie do podjęcia następujących działań:

- (1) uzyskanie od dysponentów kanalizacji teletechnicznych warunków dzierżawy (14 dni roboczych),
- (2) przygotowanie projektu budowlanego przyłącza (do 30 dni),
- (3) podpisanie umowy dzierżawy kanalizacji teletechnicznej z właściwym dysponentem takiej kanalizacji (do 30 dni),
- (4) wykonanie przyłącza (do 105 dni).

Wskazany powyżej minimalny okres jest determinowany koniecznością wystąpienia do dysponentów istniejącej infrastruktury o warunki dzierżawy kanalizacji teletechnicznych, przeprowadzenia niezbędnych prac projektowych, zawarcia z dysponentem kanalizacji odpowiedniej umowy dzierżawy, zamówienia materiałów i urządzeń, wykonania prac, w razie potrzeby uzyskania wymaganych zgód, decyzji administracyjnych, w tym zezwoleń na zajęcie pasa drogowego, czy na zlokalizowanie w pasie drogowym obiektów budowlanych lub urządzeń niezwiązanych z potrzebami zarządzania drogami lub potrzebami ruchu drogowego, ustanowienia odpowiednich służebności.

Jednocześnie podniesienia wymaga, iż przedmiotowe prace będą realizowane w okresie zimowym. Wykonywanie robót budowlanych w okresie zimowym (między 15 listopada, a 30 marca) jest często ograniczane wskutek określonych regulacji prawa miejscowego (np. zakaz wykonywania takich robót w pasie drogowym w okresie zimowym).

E. ZNACZENIE CZASU NA PRZYGOTOWANIE DO ROZPOCZĘCIA ŚWIADCZENIA USŁUGI

Jak zaznaczono na wstępie, Zamawiającemu nie wolno opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Bez wątpienia wyznaczenie zbyt krótkiego okresu na przygotowanie do rozpoczęcia świadczenia usługi po zawarciu umowy może co najmniej utrudniać uczciwą konkurencję.

Stanowisko takie znajduje silne poparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej:

„Okres przygotowania się do świadczenia usługi jest okresem, który stanowi element niezbędny do umożliwienia wykonawcom podjęcia się świadczenia usługi. Od jego długości zależy także czy wykonawca w ogóle jest w stanie podjąć się realizacji zadania. Termin zbyt krótki może powodować, że będzie to bariera dostępu do zamówienia i dojdzie do ograniczenia konkurencji, a z kolei taki opis elementu przedmiotu zamówienia jest niedopuszczalny z uwagi na treść art. 29 ust. 2 ustawy.”¹

„Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych można stwierdzić także w zakresie określenia terminu rozpoczęcia realizacji usługi, który jest niezwykle istotny dla wykonawcy. (...) Zamawiający w powyższym postanowieniu nie uwzględnił specyfiki i rozmiaru usługi, a więc, iż wykonawca będzie musiał się do świadczenia tej usługi przygotować, poprzez co najmniej: (...), co jest - zwłaszcza wobec braku danych ze strony zamawiającego - procesem praco- i czasochłonnym, niemożliwym do zrealizowania już w dniu zawarcia umowy. (Oczywiście owe wstępne czynności wykonawca powinien podjąć, co najmniej z dniem zawarcia umowy.) Z argumentacji Zamawiającego przedstawionej podczas rozprawy wynika, iż nie ma on żadnej realnej koncepcji, jak tę usługę w szybki sposób wdrożyć. Kwestia ta jest jednak istotna dla opisanego, a następnie realizacji zamówienia i jest elementem, który wykonawca musi móc skalkulować w swojej ofercie (choćby (...) wysokość groźących kar umownych).”²

¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2017 r., sygn. KIO 880/17; postępowanie dotyczyło świadczenia usług wsparcia eksploatacji i utrzymania kompleksowego systemu informatycznego.

² Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 czerwca 2013 r., sygn. KIO 1126/13; postępowanie dotyczyło usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu m. st. Warszawy.

Podobnie Izba wypowiedziała się w odniesieniu do terminu rozpoczęcia świadczenia usługi w postępowaniu dotyczącym świadczenia usługi telekomunikacyjnych:

„Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający musi brać pod uwagę taki czynnik, jak okres czasu konieczny na przygotowanie się wykonawcy do świadczenia usługi. (...) 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 p.z.p. (...) Dlatego Izba uznaje zarzut I za zasadny i stwierdza, że zamawiający powinien zmodyfikować w tym zakresie specyfikację przez precyzyjne określenie czasu na przygotowanie się wykonawcy do spełnienia świadczenia lub ustanowienie odpowiednio długiego terminu między przewidywanym terminem zakończenia postępowania, a rozpoczęciem spełniania świadczenia.”³

„Wyznaczenie terminu rozpoczęcia usługi po zawarciu umowy, a więc w sposób umożliwiający wybranemu wykonawcy podjęcie działań na rzecz realizacji zamówienia, z zaangażowaniem finansowym i organizacyjnym włącznie, winien być tak określony, aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotom, które dotychczas świadczyły tego rodzaju usługi telekomunikacyjne (w tym na rzecz Zamawiającego) i posiadają pełną lub częściową infrastrukturę sieciową, jak i tym podmiotom, które dla realizacji zamówienia muszą zawierać umowy dzierżawy łączu od firm, będących ich właścicielami czy dysponentami. W przeciwnym bowiem wypadku zostałby naruszony art. 7 ust. 1 Pzp, gwarantujący równe traktowanie wykonawców z przestrzeganiem zasad uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia.”⁴

„Izba stwierdziła, że w przypadku niniejszego przedmiotu zamówienia istotne jest, aby przed podjęciem świadczenia właściwej usługi - świadczenia usługi transmisji danych - wykonawca wybrany do wykonania zamówienia podjął szereg działań o charakterze przygotowawczym, które wymagają określonego czasu dla wykonawcy. Wśród tych czynności o charakterze przygotowawczym należy wymienić choćby takie działania, jak: przygotowanie projektu technicznego usługi transmisji danych dla Zamawiającego, czy samo uruchomienie transmisji danych, które to czynności wymagają odpowiedniego skonfigurowania łącz i urządzeń do transmisji danych, przede wszystkim w oparciu o infrastrukturę, która aktualnie należy do dotychczasowego wykonawcy tej usługi dla Zamawiającego, tj. P. S.A. W zakres tych czynności wchodzi także niewątpliwie konieczność uzyskania określonych wymaganych prawem decyzji i zezwoleń związanych z uruchomieniem infrastruktury do świadczenia usługi, jak i z samą usługą transmisji danych. Czas ten może być wykorzystany dopiero po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranym w postępowaniu wykonawcą. Tylko bowiem wykonawca, który ma pewność, że będzie faktycznie realizował dane zamówienie może przedsięwziąć określone działania, ponosząc w tym zakresie określone nakłady, z tytułu których nie otrzyma odrębnego wynagrodzenia, które to działania mają przygotować właściwe świadczenie usługi. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia

³ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 czerwca 2010 r. (sygn. KIO/UZP 1123/10).

⁴ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2008 r. KIO/UZP 707/08.

publicznego Zamawiający nie przewidział żadnego terminu na przygotowanie się do świadczenia usługi.⁵

„Zamawiający naruszył art. 7 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy PZP, gdyż w zasadzie uniemożliwił innym wykonawcom, niż obecny usługodawca, zaoferowanie realizacji zamówienia we wskazanym przez Zamawiającego terminie. Wyznaczony termin rozpoczęcia świadczenia usług powinien być tak określony, aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotom, które dotychczas świadczyły tego rodzaju usługi na rzecz Zamawiającego i posiadają pełną infrastrukturę sieciową, jak i tym wykonawcom, którzy w celu realizacji umowy muszą zawrzeć umowy dzierżawy łączy z ich właścicielami bądź chcieliby zainstalować własną infrastrukturę. Równocześnie Zamawiający poprzez sposób prowadzenia przez siebie postępowania, w tym wyznaczone w nim terminy, nie może narzucać sposobu realizacji zamówienia, ograniczając wykonawców jedynie do konieczności korzystania z infrastruktury TP S.A. na podstawie stosownej umowy. Zamawiający powinien tak wyznaczyć termin na przygotowanie się do realizacji umowy, aby umożliwić wykonawcom samodzielny wybór, zgodny z ich strategiami biznesowymi, co do zaoferowanego sposobu wykonania umowy. Ponadto, jak wskazano powyżej, przepisy Prawa telekomunikacyjnego nie dają wykonawcom gwarancji wydzierżawienia łączy od TP S.A. w terminie krótszym niż 90 dni.”⁶

Nie budzi zatem żadnych wątpliwości fakt, iż przewidziany przez Zamawiającego okres, w którym wykonawca będzie mógł przygotować się do rozpoczęcia świadczenia usługi jest rażąco krótki, co rażąco narusza art. 29 ust. 2 PZP.

F. UPRAWDOPODOBNIENIE NARUSZENIA ART. 29 UST. 2 PZP

Z ostrożności podnieść należy, iż Odwołujący w celu wykazania zasadności zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 PZP nie musi **udowodnić**, że treść SIWZ naruszy konkurencję - taki dowód byłby wysoce utrudniony, albowiem odnosi się do faktów przyszłych dotyczących przebiegu postępowania.

W przypadku naruszenia art. 29 ust. 2 PZP wystarczające jest jedynie **uprawdopodobnienie** takiego naruszenia. Dowodnie świadczy o tym treść art. 29 ust. 2 PZP, zgodnie z którym: „*przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję*”.

Dla wykazania naruszenia art. 29 ust. 2 PZP wystarczy zatem wykazać, że treść SIWZ może naruszać uczciwą konkurencję, a zatem wystarczy wskazać możliwe, **hipotetyczne sytuacje**, w których takie ukształtowanie treści SIWZ będzie uczciwą konkurencję naruszać.

Taką interpretację tego przepisu potwierdza orzecznictwo sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej:

⁵ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 sierpnia 2013 r. KIO 1869/13.

⁶ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 września 2010 r. KIO 1756/10.

„Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp przedmiot zamówienia nie może być opisany w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Zapis ten służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji, a zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 października 2008 r. (sygn. KIO/UZP 984/08), aby wykazać jego naruszenie, wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Niekoniecznie zatem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji musi dojść w sposób realny i bezpośredni, wystarczające jest już samo istnienie hipotetycznej możliwości jej naruszenia.”⁷

„Zauważenia wymaga fakt, że na gruncie art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. wykonawca nie ma obowiązku wykazania, a więc udowodnienia ponad wszelką wątpliwość, że opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez Zamawiającego utrudnia uczciwą konkurencję. W tej sytuacji ustawodawca przewidział, że wystarczające będzie uprawdopodobnienie przez wykonawcę powołującego się na zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p., że czynności Zamawiającego utrudniają uczciwą konkurencję. To uprawdopodobnienie sprowadza się do wykazania (a więc udowodnienia) jedynie tego, że to Odwołujący nie może złożyć oferty na warunkach uczciwej konkurencji w skutek dokonanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Obowiązek dowodowy obciążający Odwołującego został zatem w tym przypadku znacznie zawężony i ograniczony jedynie do dowodów, które są odwołującemu znane i dla niego bez większych trudności dostępne.”⁸

G. UPRIWILEJOWANIE DOTYCHCZASOWEGO WYKONAWCY

Nie można nadto nie dostrzec, że obecne ukształtowanie treści SIWZ w zakresie terminu realizacji stawia w uprzywilejowanej pozycji Orange Polska S.A. – dotychczasowego wykonawcę przedmiotowej usługi, utrudniając tym samym uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 PZP) oraz naruszając zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 PZP).

Zauważyć bowiem należy, iż usługa będąca przedmiotem postępowania będzie stanowić kontynuację usługi obecnie świadczonej przez Orange Polska S.A. Wykonawca ten jako jedyny operator telekomunikacyjny jest w stanie świadczyć Zamawiającemu usługi niezwłocznie po zawarciu umowy. Każdy inny operator telekomunikacyjny zmuszony będzie (przynajmniej w odniesieniu do części lokalizacji objętych przedmiotem zamówienia), do przeprowadzenia szeregu czynności przygotowawczych, w tym między innymi zawarcia umowy dostępu do łącz telekomunikacyjnych lub wybudowania własnych łącz, umożliwiających świadczenie usługi na rzecz Zamawiającego.

Nadto, uprzywilejowanie tego wykonawcy wyraża się również w doborze kryteriów oceny ofert. Zamawiający przyznając aż 40% wagę kryterium w postaci *świadczenia usług w oparciu o łącza dostępne w technice światłowodowej* i jednocześnie wyznaczając termin, który uniemożliwia ich wybudowanie, faworyzuje wykonawcę, który obecnie posiada najwięcej światłowodów w lokalizacjach Zamawiającego, tj. Orange Polska S.A. Kryterium to ma zatem charakter fikcyjny, wzmacniając pozycję dotychczasowego dostawcy usług i czyniąc konkurencję w postępowaniu jedynie fasadową.

⁷ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 23 lutego 2017 r. sygn. akt III SA/Łd 861/16.

⁸ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2349/15.

Ukształtowanie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi przewidziane przez Zamawiającego w SIWZ stanowi naruszenie nie tylko art. 29 ust. 2 PZP, ale również art. 7 ust. 1 PZP, który wyraża podstawowe zasady prawa zamówień publicznych: uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Potwierdza to Krajowa Izba, stwierdzając:

„Izba podziela argumentację odwołującego, że w okolicznościach niniejszej sprawy, postanowienia SIWZ, które wymagają od wykonawcy, aby rozpoczął świadczenie usług w terminie 30 dni od dnia podpisania, mogą prowadzić do naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. 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 łączy z ich właścicielami bądź chcieliby zainstalować własną infrastrukturę. Zasadnym jest więc, aby wykonawcy dysponowali 90 dniami na uruchomienie świadczenia usług VPN w technologii SDSL (synchroniczny DSL) łącznie stałe licząc od dnia podpisania umowy.”⁹

Odwołujący dostrzega, iż Zamawiający jest zainteresowany przejęciem wykonywania usług w dacie zakończenia trwających umów. Należy jednak przypomnieć, że to Zamawiający jest dysponentem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia i to od niego zależało, kiedy zostało ono wszczęte. Zbyt późne wszczęcie postępowania nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku prowadzenia postępowania w sposób zgodny z naczelnymi zasadami PZP, tj. zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Omówione powyżej wady opisu przedmiotu zamówienia tworzą niezasadną przewagę konkurencyjną dla dotychczasowego usługodawcy. Brak określenia w SIWZ właściwych terminów na uruchomienie łączy, tworzy swoisty monopol tego wykonawcy w zakresie możliwości realizacji świadczeń objętych przedmiotem zamówienia.

Koniecznym jest zatem takie określenie terminu, by każdy z wykonawców mógł alternatywnie (wedle swojego wyboru) albo wybudować swoją infrastrukturę telekomunikacyjną albo pozyskać infrastrukturę istniejącą od podmiotów trzecich (warto 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.

⁹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2010 r. KIO/UZP 1246/10. Ponadto, jak słusznie dodano w wyroku Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 27.02.2006 roku (sygn. UZP/ZO/0-533/06): „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.”

Reasumując, termin na uruchomienie łączy wyznaczony przez Zamawiającego powinien być proporcjonalny do stopnia skomplikowania zamówienia, z uwzględnieniem ilości lokalizacji wskazanych w SIWZ oraz z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający powinien uwzględnić realia rynkowe realizowanego zamówienia oraz wszelkie uwarunkowania prawne i faktyczne mające wpływ na możliwość zachowania terminów rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Nie budzi zatem wątpliwości fakt, iż zaskarżone postanowienia SIWZ rażąco naruszają art. 7 ust.1 i art. 29 ust. 2 PZP.

Wobec powyższego, Odwołujący domaga się określenia w dokumentacji postępowania terminu na uruchomienie usług nie krótszego niż 180 dni od dnia zawarcia umowy.

III. NIEOGRANICZONE PRAWO ZAMAWIAJĄCEGO DO WYPOWIEDZENIA UMOWY

Zgodnie z art. 29 ust. 1 PZP Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Dostrzec należy, że obowiązek ten może zostać naruszony na różne sposoby. Naruszenie takie stanowi w szczególności przyznanie Zamawiającemu prawa do arbitralnego wypowiedzenia umowy. Skutkiem skorzystania z takiego prawa jest bowiem ograniczenie po zawarciu umowy, zakresu przedmiotu zamówienia, przy czym wykonawca nie może przewidzieć czy i w jakim zakresie faktycznie do tego ograniczenia dojdzie. W konsekwencji wykonawca nie jest w stanie określić, jaki będzie ostatecznie zakres świadczenia, jakie będzie zobowiązany spełnić na rzecz Zamawiającego. Umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych kreuje bowiem zobowiązania trwałe, zaś rozmiar świadczenia spełnionego przez wykonawcę (oraz odpowiednio Zamawiającego) zależeć będzie od czasu trwania umowy.

Stanowisko takie prezentuje również Krajowa Izba Odwoławcza, która zwróciła uwagę, że:

"Umowy o zamówienie publiczne zawierane na czas określony zostały przez ustawodawcę skonstruowane, jako źródło zobowiązań o charakterze trwałym, które jeżeli tylko są wykonywane należycie, to powinny istnieć aż do upływu terminu, na jaki zawarta została umowa. Niekwestionowaną zasadą jest, że umowy w sprawach zamówień publicznych zawierane są na czas oznaczony, a skoro tak, to cechą stosunku obligacyjnego zawiązanego w wyniku zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego jest jego trwałość, rozumiana w ten sposób, że ustawa nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania tego stosunku przez żadną ze stron, co jest podyktowane faktem, że wykonawcy mogą racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekompensovane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy),

jedynie wówczas, gdy mogą przewidzieć, przez jaki czas, strony umowy pozostaną nią związane.¹⁰

Izba podkreśla w tym wyroku zatem, że w przypadku zobowiązań trwałych oznaczenie okresu wykonywania umowy jest niezbędne dla ustalenia rozmiaru świadczenia. Ponadto zapewnienie realnego okresu wykonywania umowy przez wskazany w SIWZ okres jest konieczne dla zapewnienia możliwości prawidłowego skalkulowania ceny ofertowej. Tylko bowiem wówczas, gdy wykonawca wie, przez jaki okres umowa będzie realnie wykonywana i przez jaki okres będzie otrzymywał wskazane w ofercie wynagrodzenie, może racjonalnie skalkulować cenę ofertową. W konsekwencji zastrzeżenie takiego prawa może prowadzić do przyjęcia przez wykonawców na potrzeby kalkulowania ceny różnych założeń co do faktycznego okresu wykonywania umowy, a w konsekwencji, do nieporównywalności ofert.

W okolicznościach rozważanej sprawy dostrzec trzeba, że zgodnie z Rozdziałem IV ust. 3 SIWZ oraz §11 ust. 6 wzoru umowy „zamawiający jest uprawniony do wypowiedzenia Umowy, w całości lub w części, z zachowaniem 1-miesięcznego okresu wypowiedzenia, lecz nie wcześniej niż 30 czerwca 2019 r.”.

Ze względu na brak jakichkolwiek innych informacji i ograniczeń przewidzianych w treści wzoru umowy stwierdzić trzeba, że w istocie wypowiedzenie umowy na tej podstawie zależy wyłącznie od arbitralnej decyzji Zamawiającego.

W tym stanie rzeczy bezspornie zastrzeżone w Rozdziale IV ust. 3 SIWZ oraz §11 ust. 6 wzoru umowy prawo wypowiedzenia umowy stoi w sprzeczności z art. 29 ust. 1 PZP, prowadzi bowiem do całkowitej niepewności co do rozmiaru świadczenia, jakie wykonawca będzie miał spełnić na rzecz Zamawiającego.

Nie można pominąć także faktu, że dla rozpoczęcia świadczenia usługi wykonawca musi ponieść znaczne koszty, związane między innymi z zakupem, dostarczeniem i skonfigurowaniem odpowiedniego sprzętu, sporządzeniem projektów, zapewnieniem, w tym wybudowaniem, odpowiedniej infrastruktury telekomunikacyjnej. Zamawiający nie przewiduje zapłaty tzw. opłaty instalacyjnej za przygotowanie się wykonawcy do świadczenia usługi. W konsekwencji, wszystkie koszty jakie poniesie w tym zakresie wykonawca powinny być uwzględnione w miesięcznie naliczanych abonamentach. Dla wykonawcy ważne jest zatem ustalenie, czy ma przewidywać zwrot poniesionych nakładów inwestycyjnych w ramach okresu 6 miesięcznego, czy rocznego. Przyznanie Zamawiającemu nieograniczonego prawa do wypowiedzenia umowy w każdym czasie, prowadzi do niepewności co do długości okresu faktycznego wykonywania umowy, a w konsekwencji uniemożliwi wykonawcom odpowiednie skalkulowanie ceny oferty.

* * * * *

Wobec powyższego za zasadne należy uznać wnioski o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ, jak wskazano w petitum Odwołania.

¹⁰ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2014 r. KIO 24/14.

Katarzyna Jesień-Bichta

Wiceprezesa Biura Rozwoju i Relacji z Klientami Kierownik
Biura Administracji i Logistyki Publicznej

podpis Odwołującego

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
2. dowód przesłania kopii odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu,
3. odpis z KRS Odwołującego,
4. pełnomocnictwo do składania środków ochrony prawnej.