

NETIA SA
ul. Poleczki 13
02-822 Warszawa
NIP: 528-02-06-575
REGON: 011566374

Warszawa, dnia 27 sierpnia 2018 roku

PREZES
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ul. Postępu 17a, 02 – 676 Warszawa

Zamawiający:
Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki
Spółecznej
ul. Nowogrodzka 1/3/5, 00-513 Warszawa
adres poczty elektronicznej:
zamowienia@mrpips.gov.pl
tel. + 48 22 661 14 09
fax. +48 22 661 14 71

Odwołujący:
Netia Spółka Akcyjna
ul. Poleczki 13, 02 – 822 Warszawa
Tel.: +48 22 352 29 76
Faks: +48 22 338 29 76
e-mail: kinga.pruchnicka@netia.pl
reprezentowany przez:
Pana Kinga Pruchnicka

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługę transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet”, znak sprawy 24/DI/PN/2018, zwanego dalej „Postępowaniem” lub „Zamówieniem”

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”), wnoszę odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w toku Postępowania w postaci sformułowania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ).

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

- 1. art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 2 PZP** poprzez oznaczenie w pkt II.2.14 Ogłoszenia, pkt 5 SIWZ oraz § 3 ust. 1 Umowy terminu uruchomienia usługi transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet w sposób rażąco naruszający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców poprzez uprzywilejowanie dotychczasowego dostawcy usług;

Kinga Pruchnicka

- 2. art. 29 ust. 1 PZP** poprzez brak określenia jednoznacznego, wiążącego terminu rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet, co powoduje możliwość przyjęcia przez wykonawców różnych okresów świadczenia usługi do kalkulacji ceny ofertowej.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie Odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści dokumentacji Postępowania, w tym w szczególności pkt II.2.14 Ogłoszenia, pkt 5 SIWZ oraz § 3 ust. 1 Umowy oraz formularza ofertowego poprzez określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet jako terminu 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, równego dla wszystkich wykonawców.

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 Unii Europejskiej w którym zostało zamieszczone ogłoszenie: 2018/S 156-358522;
3. Ogłoszenie ukazało się na stronie internetowej: www.mpips.gov.pl.

UZASADNIENIE

I. WARUNKI FORMALNE ODWOŁANIA

Wartość Zamówienia przekracza wartość od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. SIWZ została udostępniona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 16 sierpnia 2018 r.

Ogłoszenie o Zamówieniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie, ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 sierpnia 2018 r. (ogłoszenie nr 2018/S 156-358522).

Stosownie do art. 182 ust. 2 pkt 1 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. Termin 10-dniowy kończył swój bieg w dniu ustawowo wolnym od pracy (26 sierpnia 2018 r.), a zatem zgodnie z art. 185 ust. 8 PZP, termin upłynął dnia następnego, tj. w dniu 27 sierpnia 2018r. Termin 10 dni na złożenie niniejszego został zatem przez Odwołującego zachowany. Odwołujący przekazał także 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 konkurencyjnej oferty w Postępowaniu. Tym samym, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia.

Kinga Pawełnicza

II. OZNACZENIE TERMINU ROZPOCZĘCIA ŚWIADCZENIA USŁUGI W SPOSÓB NARUSZAJĄCY ZASADĘ UCZCIWEJ KONKURENCJI I ZASADĘ RÓWNEGO TRAKTOWANIA WYKONAWCÓW.

Tytułem wstępu zważyć należy na określenie przez Zamawiającego w Postępowaniu przedmiotu Zamówienia, wynagrodzenia należnego za jego realizację oraz terminu jego wykonania. Wskazane powyżej elementy rozpatrywane łącznie mają bowiem istotne znaczenie dla postawionego przez Odwołującego zarzutu.

Przedmiotem Postępowania jest zestawienie, uruchomienie i oddanie do eksploatacji łączy dostępowych oraz świadczenie usługi transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet o zdefiniowanych parametrach SLA, we wszystkich lokalizacjach wyspecyfikowanych w załączniku nr 2 do umowy (pkt 3.1 SIWZ).

Zgodnie z § 2 ust. 1 Załącznika nr 3 do SIWZ (dalej „Umowa”) Zamówieniem objęte są 3 rodzaje usług:

- 1) zestawienie, uruchomienie i oddanie do eksploatacji łączy dostępowych w lokalizacjach Zamawiającego;
- 2) świadczenie usługi transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet o zdefiniowanych parametrach SLA;
- 3) usług w zakresie zmiany lokalizacji łącza dostępowego, zestawienia, uruchomienia i oddania do eksploatacji nowego łącza dostępowego lub zwiększeniu przepustowości łącza.

Zamówienie obejmuje przy tym wykonanie wyżej wymienionych usług w aż 533 lokalizacjach rozmieszczonych na terenie całej Polski (zob. załącznik nr 2 do Umowy).

Stosownie do art. 7 ust. 1-3 Umowy, w umowie wskazane ma być wynagrodzenie maksymalne („do kwoty”), na które składają się trzy elementy (odpowiadające ww. trzem rodzajom usług stanowiących przedmiot Zamówienia). Zamawiający przewidział zatem (i) jednorazowe ryczałtowe wynagrodzenie (tzw. opłaty instalacyjne) za wykonanie zestawienia, uruchomienie i oddanie do eksploatacji łączy dostępowych we wszystkich 533 lokalizacjach, (ii) wynagrodzenie (miesięczne) za świadczenie usług transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet, należne od momentu rozpoczęcia realizacji tej usługi przez okres jej świadczenia oraz (iii) wynagrodzenie za wykonywanie usług w zakresie zmiany lokalizacji łącza dostępowego, zestawienia, uruchomienia i oddania do eksploatacji nowego łącza dostępowego lub zwiększeniu przepustowości łącza.

Jednocześnie, Zamawiający przewidział, iż łączna wartość opłat instalacyjnych nie może przekroczyć 10% łącznej ceny oferty z VAT i wskazał, że w przypadku gdy łączna wartość opłat instalacyjnych przekroczy 10% łącznej ceny oferty z VAT, oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (pkt 14.5 SIWZ).

W zakresie terminu Zamawiający wskazał, iż Zamówienie realizowane będzie od dnia zawarcia umowy do 15 grudnia 2019 r., przy czym rozpoczęcie świadczenia usługi, transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet nastąpi nie wcześniej niż od dnia 16 grudnia 2018 r. (pkt 5 SIWZ).

Elżbieta Przekonńska

Jednocześnie warunkiem rozpoczęcia świadczenia usług transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet, jest należyte wykonanie zestawienia, uruchomienie i oddanie do eksploatacji łączy dostępowych we wszystkich Zamawiającego (§ 3 ust. 2 Umowy).

Zamówienie ma być zatem wykonane w okresie pomiędzy dniem zawarcia umowy a dniem 15 grudnia 2019 r., niemniej Zamawiający nie określił terminu początkowego realizacji usługi transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet, a zastrzegł jedynie, że ma to nastąpić nie wcześniej niż dnia 16 grudnia 2018 r., pod warunkiem wykonywania zestawienia, uruchomienia i oddania do eksploatacji łączy dostępowych we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego.

Odnosząc się do terminu wykonania Zamówienia, nie można nie dostrzec, że termin składania ofert w niniejszym Postępowaniu wyznaczony został na dzień 25 września 2018 r. Dodatkowo, termin związania ofertą wynosi 60 dni (w tym terminie Zamawiający będzie zobligowany do wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 1 PZP do przedłożenia dokumentów, a być może także do wzywania o ich uzupełnienia lub poprawienia albo do przedstawienia wyjaśnień, np. w zakresie ceny rażąco niskiej). Nie można wykluczyć przy tym, iż po wyborze oferty złożone zostanie odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na czynności oceny i wyboru oferty, co dodatkowo przesunie w czasie podpisanie umowy. Jest zatem wysoce prawdopodobne, że umowa zostanie zawarta najwcześniej pod koniec listopada br.

W razie podpisania umowy pod koniec listopada wykonawcy pozostanie niespełna miesiąc na przygotowanie się do świadczenia usług telekomunikacyjnych w możliwie najwcześniejszym terminie (16 grudnia 2018 r.). Oznacza to, iż wykonawca ten, aby rozpocząć świadczenie usługi transmisji danych i centralnego dostępu do sieci dnia 16 grudnia 2018 r., powinien wykonać zestawienie, uruchomić i Internet oddać do eksploatacji łączy dostępowych we wszystkich 533 lokalizacjach Zamawiającego w okresie krótszym niż miesiąc.

Podkreślenia wymaga, iż jedynie dotychczasowy dostawca usług, tj. T-Mobile Polska S.A., będzie w stanie rozpocząć wykonywanie Zamówienia w zakresie usługi transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet w tak krótkim terminie, albowiem posiada już całą niezbędną infrastrukturę do świadczenia ww. usług. Wobec tego tylko ten wykonawca będzie mógł świadczyć usługę transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet przez maksymalny okres 12 miesięcy (od 16 grudnia 2018 r. do 15 grudnia 2019 r.), a w związku z tym pobierać przez cały ten okres należny abonament miesięczny.

Każdy inny operator telekomunikacyjny - z uwagi na nieposiadanie gotowej do eksploatacji infrastruktury w lokalizacjach Zamawiającego - zmuszony będzie, przynajmniej w odniesieniu do części lokalizacji, do zawarcia umowy dostępu do łączy telekomunikacyjnych (od T-Mobile Polska S.A.) lub wybudowania własnych łączy, umożliwiających świadczenie usługi na rzecz Zamawiającego. W obu przedstawionych wyżej wariantach, Wykonawca potrzebuje jednak odpowiedniego czasu na przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia usług. Zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego, niezbędne przygotowanie do świadczenia usługi transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet we wszystkich 533 lokalizacjach Zamawiającego rozmieszczonych w całej Polsce **potrwa minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy**. Prowadzi to do wniosku, iż każdy wykonawca - poza dotychczasowym dostawcą usług - po spełnieniu

Kinga Prusielnicka

warunku zestawienia, uruchomienia i oddania do eksploatacji łączy dostępowych we wszystkich Zamawiającego będzie mógł świadczyć właściwą usługę telekomunikacyjną (za którą będzie otrzymywał abonament) dopiero od ok. połowy maja 2019r., a zatem wyłącznie w ciągu kolejnych 6 miesięcy do upływu terminu realizacji Zamówienia (15 grudnia 2019 r.).

Obecne brzmienie zapisów SIWZ przewiduje możliwość świadczenia właściwej usługi telekomunikacyjnej w różnych przedziałach czasowych w zależności od tego, jak szybko wykonawca zapewni łączy dostępowe do wszystkich lokalizacji Zamawiającego. Prowadzi to do sytuacji, w której tylko jeden wykonawca będzie w stanie świadczyć usługę transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet przez cały zakładany okres 12-tu miesięcy (od 16 grudnia 2018 r. do 15 grudnia 2019 r.), zaś pozostali wykonawcy będą mogli świadczyć ww. usługę dopiero po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

Takie ukształtowanie dokumentów Postępowania tworzy niezasadną przewagę konkurencyjną dla jednego z wykonawców – T-Mobile Polska S.A. Brak określenia w SIWZ jednego wiążącego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet dla wszystkich wykonawców i umożliwienie T-Mobile wcześniejsze świadczenie przedmiotowych usług znacząco uprzywilejowuje tego wykonawcę. Powoduje to również brak porównywalności złożonych w Postępowaniu ofert jako skalkulowanych w oparciu o odmienne założenia (odmienny okres świadczenia usług transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet) .

Po pierwsze, wykonawca, który nie posiada infrastruktury w lokalizacjach Zamawiającego, poniesie znacznie wyższe koszty zestawienia, uruchomienia i oddania do eksploatacji łączy dostępowych we wszystkich 533 lokalizacjach niż wykonawca, który tą infrastrukturę już posiada (dotychczasowy dostawca usług). W ramach tzw. opłaty instalacyjnej wykonawca ten będzie mógł otrzymać za wykonanie zestawienia, uruchomienia i oddania do eksploatacji łączy dostępowych co najwyżej 10% ceny łącznej brutto Zamówienia. Oznacza to, że pozostałe koszty zestawienia, uruchomienia i oddania do eksploatacji łączy dostępowych we wszystkich 533 lokalizacjach będzie musiał wkalkulować w wysokość abonamentu miesięcznego.

Jednocześnie wykonawca taki nie będzie w stanie świadczyć usługi transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet od 16 grudnia 2018 r., a co najwyżej po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a zatem będzie mógł pobierać wynagrodzenie abonamentowe jedynie za pozostałe 6 miesięcy wykonywania Umowy. Wobec tego, różnicę pomiędzy 10% ceny łącznej brutto zamówienia a rzeczywistymi kosztami zestawienia, uruchomienia i oddania do eksploatacji łączy dostępowych we wszystkich 533 lokalizacjach, wykonawca ten będzie musiał wkalkulować w taki sposób w abonamencie, by pokryć te koszty w okresie 6 miesięcy pobierania wynagrodzenia abonamentowego (zamiast 12 miesięcy). Wpłynie to zatem znacząco na podwyższenie miesięcznego wynagrodzenia abonamentowego.

Wskazane czynniki wpływają na niemożność złożenia przez takiego wykonawcę konkurencyjnej oferty. Podkreślenia wymaga bowiem, iż w ramach kryterium oceny ofert (o wadze 60%) ocenie podlega cena oferty z VAT obliczona zgodnie z Formularzem cenowym, a zatem maksymalne wynagrodzenie łączne wykonawcy za wykonanie

Kinga Pruchnicka

Zamówienia. Na cenę oferty w świetle formularza cenowego składają się przy tym następujące elementy:

1. jednorazowe jednostkowe opłaty instalacyjne dla łącz o określonych przepustowościach przemnożone przez liczbę łącz,
2. abonament miesięczny przemnożony w każdym przypadku przez 12 miesięcy.

Tym samym, oceniana cena ofertowa każdego wykonawcy będzie obliczona przy uwzględnieniu 12 miesięcznych opłat abonamentowych. W przypadku wykonawcy nieposiadającego infrastruktury niezbędnej do świadczenia usługi transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet (a zatem każdego wykonawcy innego niż T-Mobile Polska S.A.) dojdzie do sytuacji, w której cena oferty brana pod uwagę przy ocenie ofert będzie uwzględniała dwunastokrotność abonamentu miesięcznego za świadczenie przedmiotowej usługi, co nie będzie zgodne z rzeczywistą kalkulacją wykonawcy.

W istocie bowiem abonament miesięczny będzie skalkulowany w taki sposób, aby w okresie 6 miesięcy (tj. w okresie odpowiadającym rzeczywistemu świadczeniu przez takiego wykonawcę usługi transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet) pokryć poniesione przez tego wykonawcę koszty zestawienia, uruchomienia i oddania do eksploatacji łącz dostępowych we wszystkich 533 lokalizacjach, nieuwzględnione w opłacie instalacyjnej z uwagi na zapisy SIWZ dotyczące jej maksymalnej wysokości.

Doprowadzi to do sytuacji, w której oferta wykonawcy nieposiadającego Infrastruktury w lokalizacjach Zamawiającego będzie nie tylko znacznie wyższa od oferty wykonawcy posiadającego tę Infrastrukturę i gotowego do świadczenia usługi transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet już od 16 grudnia 2018 r., ale także **zupełnie do niej nieporównywalna, gdyż oparta na zupełnie odmiennych założeniach i odmiennej kalkulacji.**

Brak określenia równego dla wszystkich wykonawców terminu początkowego wykonania Zamówienia w zakresie usługi transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet stawia w uprzywilejowanej pozycji dotychczasowego wykonawcę przedmiotowej usługi, tj. T-Mobile Polska S.A., utrudniając tym samym uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 PZP) oraz naruszając zasadę równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 PZP). Jednocześnie, brak jednoznacznego określenia wiążącego terminu na rozpoczęcie wykonywania tej usługi powoduje możliwość przyjęcia przez wykonawców różnych okresów świadczenia usługi do kalkulacji ceny ofertowej, co prowadzi do nieporównywalności ofert w Postępowaniu z uwagi na niejednoznaczność postanowień SIWZ (art. 29 ust. 1 PZP).

Odwołujący wskazuje, iż aby uniknąć powyższej sytuacji Zamawiający powinien określić termin rozpoczęcia usługi transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet **równy dla wszystkich wykonawców**, którzy potencjalnie mogą wykonać Zamówienie przy uwzględnieniu odpowiedniego terminu na przygotowanie świadczenia tej usługi, w tym zestawienie, uruchomienie i oddanie do eksploatacji łącz dostępowych w 533 lokalizacjach Zamawiającego. Dopiero wyznaczenie terminu świadczenia usługi jednakowego dla wszystkich wykonawców pozwoli na zachowanie w Postępowaniu zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zapewni porównywalność ofert wykonawców.

Kinga Pruchnicka

Odwołujący dostrzega przy tym, iż Zamawiający, mając zawarte umowy terminowe, jest zainteresowany przejęciem wykonywania usług w dacie zakończenia trwających umów. Należy jednak przypomnieć, iż to Zamawiający jest dysponentem niniejszego Postępowania o udzielenie zamówienia, to od niego zależało, kiedy zostało ono wszczęte i czy wykonawcy będą mieli zabezpieczony niezbędny czas na przygotowanie się do wykonywania świadczeń. Zbyt późne wszczęcie Postępowania nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku przestrzegania zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców, a przez to obowiązku stworzenia mechanizmu pozwalającego na złożenie konkurencyjnych i porównywalnych ofert przez wykonawców, między innymi poprzez określenie odpowiedniego czasu, jaki każdy wykonawca będzie miał na uruchomienie łączy i rozpoczęcie świadczenia usług od daty zawarcia umowy. Zamawiający nie może przy tym żądać spełnienia świadczenia niemożliwego (przyłączenia do sieci w nierealistycznym terminie lub bez możliwości zwrotu poniesionych kosztów).

W przypadku usług telekomunikacyjnych jedną z kluczowych decyzji Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia powinno być wszakże wyznaczenie odpowiedniego terminu na rozpoczęcie wykonywania świadczeń. Regułą jest bowiem, iż 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. Warunkiem złożenia oferty w postępowaniu jest zatem pewność, iż przedsiębiorca telekomunikacyjny będzie dysponował niezbędnym, minimalnym czasem na wybudowanie własnej infrastruktury lub pozyskanie jej od innych operatorów. Wykonawcy przygotowując ofertę muszą w sposób jednoznaczny ocenić, w jakim czasie (liczonym w dniach od zawarcia umowy) będą mogli przygotować się do wykonywania świadczeń na rzecz Zamawiającego.

Konieczne jest przy tym 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 bowiem podstawowym warunkiem otwarcia się Zamawiającego na konkurencję.

Podkreślenia wymaga przy tym, iż niejednokrotnie ze względu na warunki techniczne pozyskanie infrastruktury od innego dostawcy usług telekomunikacyjnych nie jest możliwe, w związku z czym wykonawcy muszą przeprowadzić własny proces inwestycyjny. Proces ten, poprzedzając uruchomienie usług telekomunikacyjnych, wiąże się nie tylko z wybudowaniem łączy, ale także dochowaniem szeregu formalności i zachowaniem terminów wynikających m.in. z szeroko pojętego prawa administracyjnego. W szczególności proces inwestycyjny wymaga zaprojektowania linii telekomunikacyjnych, pozyskania niezbędnych zgód, zezwoleń i decyzji administracyjnych, przeprowadzenia ustaleń z podmiotami dysponującymi infrastrukturą istniejącą, wybudowanie nowych łączy, zakup niezbędnego sprzętu telekomunikacyjnego, czy zestawienie urządzeń.

Należy zwrócić przy tym uwagę na bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące zasad wyznaczania terminów uruchomienia usług telekomunikacyjnych. Przykładowo w wyroku KIO z dnia 24 lipca 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 707/08) wskazano, iż „Wyznaczenie terminu rozpoczęcia usługi po zawarciu umowy, a więc w

Anna Imielnicka

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 łączy od firm, będących ich właścicielami czy dysponentami. W przeciwnym bowiem wypadku zostałyby naruszony art. 7 ust. 1 Pzp, gwarantujący równe traktowanie wykonawców z przestrzeganiem zasad uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia.¹.

Na znaczenie odpowiednio wyznaczonego terminu na uruchomienie łączy wskazała także Izba w wyroku z dnia 16 sierpnia 2013 roku (sygn. akt: KIO 1869/13, 1876/13), iż „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 wymenić choćby takie działania, jak: przygotowanie projektu technicznego usługi transmisji danych dla Zamawiającego, czy samo uruchomienie transmisji (...), które to czynności wymagają odpowiedniego skonfigurowania łączy i urządzeń do transmisji danych, przede wszystkim w oparciu o infrastrukturę, która aktualnie należy do dotychczasowego wykonawcy tej usługi dla Zamawiającego (...). 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.”².

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.

W okolicznościach niniejszego Postępowania nie budzi wątpliwości fakt, iż obecnie wskazany najwcześniejszy możliwy termin do rozpoczęcia świadczenia właściwej usługi telekomunikacyjnej zachowany może zostać jedynie przez T-Mobile Polska S.A. Termin ten jest zbyt krótki i nie pozwoli żadnemu innemu wykonawcy na prawidłowe przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia usług.

¹ Podobnie w wyroku KIO z dnia 12 lipca 2010 roku (sygn. KIO/UZP 1246/10) uznano, iż „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.”.


² Ponadto, jak wskazano w wyroku Zespołu Arbitrów 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.”.

Kinga Pruskańska

Określenie przez Zamawiającego terminu rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet jako terminu 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy jest:

- (i) uzasadnione z punktu widzenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (pozwoli na wyrównanie szans i złożenie w Postępowaniu ofert porównywalnych),
- (ii) zasadne zarówno z uwagi na wielkość Zamówienia i ilość lokalizacji Zamawiającego, w których świadczona ma być przedmiotowa usługa (533 lokalizacje w całej Polsce), jak i ze względu na terminy związane z prowadzeniem Postępowania, skomplikowaniem procesu inwestycyjnego związanego z infrastrukturą niezbędną do świadczenia przedmiotowej usługi, a także jego długością i licznymi formalnościami z nim związanymi.

Podsumowując, zaskarżone zapisy SIWZ rażąco naruszają art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i ust. 2 PZP. Wobec powyższego, Odwołujący domaga się określenia w dokumentacji Postępowania terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet nie krótszego niż 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy (równego dla wszystkich wykonawców) oraz odpowiedniego dostosowania do powyższej zmiany formularza ofertowego. Termin ten pozwoli na zachowanie podstawowych zasad reżimu PZP w Postępowaniu, a nadto jest uzasadniony z uwagi na rozmiar i złożoność przedmiotu zamówienia oraz liczbę i rozmieszczenie lokalizacji na terytorium całego kraju, czas niezbędny na uruchomienie usługi transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet.


(podpis Odwołującego)

NETIA SA
ul. Poleczki 13
02-822 Warszawa
NIP: 526-02-05-575
REGON: 011566374

Załączniki:

- dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
- dowód przesłania faksem kopii odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu,
- odpis z KRS Odwołującego,
- pełnomocnictwo do składania środków ochrony prawnej.