

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

Warszawa, dnia 27 września 2013 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Centrum Informatyki Statystycznej
Al. Niepodległości 208
00-925 Warszawa
Tel.: +48 22 608 32 27
Faks: +48 22 608 38 66
e-mail: i.cender@stat.gov.pl

Odwołujący:

Netia S.A.
ul. Poleczki 13
02-822 Warszawa
Tel.: +48 22 352 28 12
Faks: +48 22 338 28 12
e-mail: katarzyna_jesien@netia.pl
reprezentowany przez Katarzynę Jesień

Przedmiot zamówienia:

Świadczenie usług operatora korporacyjnej sieci statystyki publicznej WAN-GUS – CIS-6/2013

Numer DU UE ogłoszenia o zamówieniu: 2013/S 180-311075

ODWOŁANIE

Działając z upoważnienia spółki Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej: „Odwołującym”), na podstawie przepisu art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 r., Nr 113, poz. 759) zwanej dalej „Ustawą”, niniejszym



wnoszę odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwane dalej „SIWZ”).

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Czynności Zamawiającego naruszają przepisy Ustawy, uniemożliwiając Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 września 2013. Mając na uwadze art. 182 ust.2 Ustawy termin do wniesienia niniejszego odwołania został przez Odwołującego dotrzymany.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art.7, art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy. Ustawa Prawo zamówień publicznych nakazuje, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w sposób przejrzysty. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców. Zamawiający w każdym stadium postępowania obowiązany jest stosować się do art. 7 Ustawy, a przy opisie przedmiotu zamówienia uwzględniać art. 29 Ustawy. Analiza SIWZ w niniejszym postępowaniu prowadzi do wniosków, że obie zasady wyrażone w Ustawie nie zostały zachowane. Postanowienia SIWZ, zdaniem Odwołującego prowadzić mogą do wykluczenia konkurencyjnych wykonawców. Zgodnie z art. 7 Ustawy Zamawiający ma obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a zgodnie z art. 29 ust.2 Ustawy Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przestrzeganie zasady wyrażonej w art. 7 Ustawy polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Powinny być one sprecyzowane przez zamawiającego w taki sposób, który nie eliminuje z góry pewnego kręgu podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, tzn. powinny być obiektywne, niedyskryminacyjne, nieograniczające konkurencji. Wiąże się ją ściśle z art. 29 Ustawy, który powinno się interpretować w ten sposób, że opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Pozostawienie w tym zakresie dowolności stanowi naruszenie art. 29 Ustawy.

Zdaniem Odwołującego ma to miejsce w następującym postanowieniu:

Wskazanie terminu wykonania zamówienia, w tym terminu uzyskania gotowości do świadczenia usług oraz terminu przeprowadzenia testów odbiorczych datą kalendarzową – rozdział I, pkt 4 SIWZ oraz § 3 projektu umowy

Ustalenie przez Zamawiającego terminu rozpoczęcia świadczenia usług poprzez wskazanie na konkretną datę kalendarzową w istotny sposób narusza wyrażoną w art. 7 i 29 ust. 2 Ustawy zasadę uczciwej konkurencji. Zgodnie z treścią punktu 4 w rozdziale I SIWZ oraz § 3 projektu umowy rozpoczęcie świadczenia usługi ma nastąpić 1 marca 2014 roku, a zakończenie 28 lutego 2018 roku. Także datą kalendarzową wskazany został termin uzyskania gotowości do świadczenia usług (do 20 lutego 2014 r.) oraz termin przeprowadzenia testów odbiorczych potwierdzających stan gotowości (do 28 lutego 2014 r.).

Wskazywanie konkretnej, kalendarzowej daty rozpoczęcia realizacji umowy, bez wiedzy uczestników postępowania na temat faktycznego terminu zakończenia postępowania i tym samym bez wiedzy na temat terminu podpisania umowy, jest, zdaniem Odwołującego, niedopuszczalne. Takie działanie Zamawiającego pozbawia wykonawców wiedzy na temat okresu, jakim będą dysponować na przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia usług (nie jest znany termin podpisania umowy). Działanie to naraża wykonawców na ryzyko zapłaty kar umownych (ewentualnie odszkodowania) wskutek zbyt krótkiego czasu na wykonanie czynności związanych z uruchomieniem usług. Zamawiający wyraźnie w § 9 ust. 3 projektu umowy przewiduje kary umowne w przypadku przekroczenia terminu uruchomienia usługi i uzyskania gotowości świadczenia usług, (za każdy dzień zwłoki naliczana będzie kara umowna w wysokości 0,3 % wartości brutto całkowitego wynagrodzenia). Dodatkowo przewiduje możliwość żądania odszkodowania uzupełniającego w wysokości przewyższającej karę umowną.

Z SIWZ więc wynika, że do 20 lutego 2014 r. wykonawca ma mieć gotową sieć telekomunikacyjną w 70 lokalizacjach położonych na terenie całego kraju. O ile data końcowa jest znana, to nikt obecnie nie jest w stanie stwierdzić, kiedy wykonawca będzie mógł rozpocząć budowę sieci IP VPN/MPLS. A nie rozpocznie budowy dopóki nie zawrze z Zamawiającym umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Znany jest jedynie termin składania ofert (24 października 2013 r.), ale nie jest wykluczone, że termin ten może ulec przesunięciu, jeżeli którykolwiek z wykonawców skorzysta ze środków ochrony prawnej poprzez wystąpienie o wyjaśnienie treści SIWZ czy złożenie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Dodatkowo, procedura oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty również może być czasochłonna, z uwagi chociażby na możliwość wystąpienia Zamawiającego z żądaniem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny czy też z uwagi na możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawców.

Dlatego określenie terminu datą kalendarzową przenosi wyłącznie na wykonawcę ryzyko przedłużenia czasu trwania postępowania o udzielenie zamówienia, na który największy wpływ ma sam Zamawiający.

Nie bez znaczenia jest tu skala przedsięwzięcia i jego zakres. Wykonawca ma świadczyć usługę w 70 lokalizacjach położonych na terenie całego kraju. Zanim to nastąpi wykonać będzie musiał następujące czynności:

1. Zaprojektowanie rozwiązania - wykonanie projektu sieci

Zamawiający przewidział na tą czynność 30 dni licząc od dnia podpisania umowy (pkt 3.7, rozdział I SIWZ). Projekt sieci ma zawierać harmonogram podłączenia sieci zamawiającego do sieci wykonawcy i opis prowadzenia prac przy budowie sieci

2. Zaprojektowanie prac budowlanych i uzyskanie niezbędnych pozwoleń

Konieczność uzyskania pozwoleń Zamawiający przerzuca na wykonawcę, co wynika z pkt 18 rozdziału II SIWZ. Przede wszystkim chodzi tu o pozwolenia na budowę, ale także pozwolenia na używanie urządzeń radiowych. Pozwolenia te wydawane są w formie decyzji administracyjnej. Termin wydania takich pozwoleń wynika wprost z przepisów prawa, więc powinien być znany także Zamawiającemu.

3. Wykonanie inwestycji

To najbardziej kluczowy i pracochłonny etap polegający na fizycznej budowie sieci czy to kablowej czy radiowej. Warto zwrócić uwagę, że okres wykonywania sieci będzie przypadał na okres zimowy, co oznaczać może, że mogą wystąpić trudności w uzyskaniu pozwoleń na prowadzenie prac ziemnych w okresie zimowym.

Wszystkie wyżej czynności wykonawca miałby wykonać w terminie, którego początkowa data nie jest znana, a przecież wszystkie wyżej wskazane etapy będą mogły być realizowane najwcześniej w dniu zawarcia z Zamawiającym umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Data zawarcia umowy nie jest znana i nie będzie znana przed terminem złożenia ofert.

Każde, zatem przedłużenie postępowania skróci wykonawcy termin na wykonanie przedmiotu zamówienia. Przy obecnych zapisach SIWZ nie ma możliwości precyzyjnego zaplanowania wykonania inwestycji. Jedynie wykonawca, który obecnie świadczy usługi będzie w stanie dotrzymać każdego terminu. Skoro już posiada łącza dowiązane do lokalizacji Zamawiającego, to znaczna i najbardziej czasochłonna część prac, jaką jest zestawienie łączy nie będzie musiała być wykonana przez ten podmiot. Tym samym wprowadzone do SIWZ postanowienie dotyczące terminu realizacji faworyzuje obecnego dostawcę usługi, który w każdym czasie będzie gotowy do jej dostawy.

Odwołujący wnosi więc o to, aby termin realizacji przedmiotu zamówienia był jednakowy dla wszystkich wykonawców i znany wszystkim wykonawcom jeszcze przed złożeniem ofert. Zdaniem Odwołującego, realny termin wykonania zamówienia wynosi 120 dni, ale tylko w przypadku gdy dotrzymanie tego terminu będzie zależało wyłącznie od wykonawcy. Oznacza to, że wszelkie postanowienia które mogą wpływać na skrócenie okresu na przygotowanie usługi do aktywacji powinny być usunięte z SIWZ, gdyż naruszają zasady uczciwej konkurencji.

Podnoszone wyżej kwestie znalazły swoje odzwierciedlenie w licznych i jednoznacznych orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej Zespołu Arbitrów przy Prezesie UZP zgodnie, z którym wprowadzanie tego typu postanowień prowadzi do naruszenia wskazanych wyżej przepisów Ustawy.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2008 r. dotyczącym podobnej sytuacji (sygn. akt: KIO/UZP 707/08) „Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że wskazanie na etapie postępowania przetargowego konkretnej daty 19.10.2008 r. rozpoczęcia usługi nie daje pewności, że przed tym terminem zostanie dokonany wybór oferty i zawarta umowa z wykonawcą, umożliwiającą rozpoczęcie usługi w wymienionej dacie(...) Z tych względów skład orzekający Izby nakazał dokonanie modyfikacji w rozdziale III pkt 1.5 i 1.6.1 oraz w rozdziale VII SIWZ i w odnośnych postanowieniach wzoru umowy, przez oznaczenie rozpoczęcia świadczenia usługi w terminie 9 tygodni od dnia podpisania umowy”.

Podobne uzasadnienie zawarto w wyroku z dnia 25 czerwca 2010 roku (sygn. akt KIO/UZP 1123/10): „W przypadku zbyt późnego zakończenia postępowania, a precyzyjny termin jego zakończenia nie jest możliwy do przewidzenia, chociażby ze względu na wnoszenie środków ochrony prawnej, może się okazać, że planowane do sporządzenia ceny ofertowej czynniki zbyt dalece zmieniają się i świadczenie przedmiotu zamówienia stanie się nieopłacalne dla wykonawcy. W związku z tym, przewidujący wykonawca będzie musiał zwiększyć koszty obliczane do oferty, co może wpłynąć na brak konkurencyjności jego oferty w stosunku do usługodawcy obecnie świadczącego zamawianą usługę”.

Na szczególną uwagę zasługują tezy dotyczące wadliwości wyznaczenia terminu kalendarzowego skutkującego koniecznością unieważnienia postępowania postawione np. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2010 roku (sygn. akt KIO/UZP 54/10), gdzie Izba w sytuacji faktycznej analizowanej w sprawie uznała, że unieważnienie postępowania było konieczne i uzasadnione, ponieważ w przeciwnym wypadku zawarto by umowę o świadczenie niemożliwe, która jest nieważna. Sztywno określony termin w postępowaniu przede wszystkim nie daje pewności ogółowi wykonawców, co do możliwości świadczenia oraz stawia pod znakiem zapytania składanie ofert w postępowaniu.

Istotny jest także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lipca 2010 roku (sygn. akt KIO/UZP 1246/10), w którym Izba odniosła się do problematyki sposobu wyznaczania terminu

na uruchomienie usługi telekomunikacyjnej w zamówieniu o zakresie ponad trzy razy mniejszym niż zamówienie będące przedmiotem niniejszego odwołania:

„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 łączny z ich właścicielami bądź chcieliby zainstalować własną infrastrukturę. Zasadnym jest więc, aby wykonawcy dysponowali 90 dniami na uruchomienie świadczenia usług (...).”

Także ostatnie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 1876/13 oraz KIO 2135/13) potwierdzają, że wprowadzanie do SIWZ terminu realizacji określonego datą kalendarzową stanowi naruszenie Ustawy.

Trzeba wyraźnie podkreślić, że brak przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców może ograniczyć liczbę ofert, którą złożyć mogą potencjalni wykonawcy. Działanie polegające na wyznaczeniu zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi, poprzez wykluczenie swobodnej konkurencji, uniemożliwi w praktyce Zamawiającemu obniżenie kosztów zawieranej umowy (zamawiający faktycznie ogranicza ilość ofert, które zostaną złożone w tym postępowaniu). Działania takie są niekorzystne dla Zamawiającego, który ograniczając konkurencję zmniejsza swoje szanse na optymalizację wykorzystania środków budżetowych na realizację przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Zarazem art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych stanowi, iż naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.

Żądanie Wykonawcy: zmiana pkt 4 w rozdziale I SIWZ oraz § 3 projektu umowy na następujący:

1. Uzyskanie gotowości do świadczenia usług w terminie: do 120 dni od dnia zawarcia umowy z Zamawiającym
2. Przeprowadzenie testów odbiorczych potwierdzających stan gotowości w terminie do 128 dni od dnia zawarcia umowy z Zamawiającym

3. Rozpoczęcie świadczenia usług w terminie do 130 dni od dnia zawarcia umowy z Zamawiającym
4. Świadczenie usług przez okres 48 miesięcy

Mając powyższe okoliczności na uwadze, wnoszę jak na wstępie.

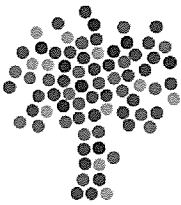
W imieniu Netia S.A.

Katarzyna Jesień

Katarzyna Jesień
Kierownik ds. Zamówień Publicznych
Netia S.A.

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania
- 2) dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu
- 3) pełnomocnictwo
- 4) odpis z rejestru przedsiębiorców Odwołującego

**PEŁNOMOCNICTWO**

udzielone w dniu 25 września 2013 roku

Spółka **Netia S.A.** z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13, wpisana do Rejestru Przedsiębiorców w Sądzie Rejonowym dla m.st. Warszawy, Sąd Gospodarczy XIII Wydział Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS 0000041649, o kapitale akcyjnym 386.280.904 złotych opłaconym w całości, NIP 526-02-05-575, REGON 011566374, zwana dalej Spółką, upoważnia Panią:

Katarzynę Jesień

pracownika Spółki legitymującego się dowodem osobistym seria i numer: AIT 486973

do podejmowania w imieniu i na rzecz Spółki wszelkich czynności związanych z udziałem Spółki w postępowaniu w sprawie udzielenia przez Zamawiającego:

Centrum Informatyki Statystycznej, al. Niepodległości 208, 00-925 Warszawa

zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na:

„świadczenie usług operatora korporacyjnej sieci statystyki publicznej WAN-GUS”

Znak sprawy: CIS-6/2013

Niniejsze pełnomocnictwo uprawnia w szczególności do:

1. składania wniosków o przekazanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. występowania o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
3. składania i podpisywania ofert oraz składania wyjaśnień dotyczących treści ofert;
4. składania i podpisywania oświadczeń, wniosków i dokumentów niezbędnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
5. podejmowania przez pełnomocnika wszelkich działań w zakresie korzystania ze środków ochrony prawnej, w tym do:
 - wnoszenia odwołań do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oraz przystępowania do postępowania odwoławczego, a także składania wszelkich oświadczeń i wniosków w toczącym się postępowaniu odwoławczym,
 - wnoszenia skarg do sądu na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz składania w postępowaniu skargowym wniosków, oświadczeń i pism procesowych zarówno wobec sądu jak i innych uczestników tego postępowania
6. negocjacji warunków oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Za Spółkę

Dyrektor Komercyjny
Pionu Klientów Biznesowych
PRYBUDOWA NETIA SA

1) _____
Renata Filippek-Baryłowska

2) _____
Jonathan Eastick
Członek Zarządu



Rabobank

POTWIERDZENIE WYKONANIA PRZELEWU

Szczegóły przelewu:

Kwota operacji: -15 000,00 PLN
Typ operacji: Przelew krajowy wysłany

Data księgowania: 26.09.2013
Data waluty: 26.09.2013

Zleceniodawca:

Nr rachunku: 33 2000 0004 0000 0008 8880 1000
Nadawca: NETIA SPÓŁKA AKCYJNA
UL. POLECZKI 13
02-822 WARSZAWA

Beneficjent:

Nr rachunku: 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000
Odbiorca: URZAD ZAMOWIEN PUBLICZNYCH
UL. POSTEPU 17A
02-676 WARSZAWA

Szczegóły operacji:

ODWOLANIE NETIA CIS WAN-GUS

Data sporządzenia dokumentu: 27.09.2013