

Radom, dnia 02.11.2011 r.

Egz. Poj.

WYKONAWCY

dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę dzierżawy łączy analogowych Nr sprawy 176/2011

W związku z informacją o niezgodnej z przepisami czynności podjętej przez Zamawiającego, o treści:

- I.** GTS Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „GTS”) informuje, iż Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Dzierżawę analogowych łączy telekomunikacyjnych”*, nr postępowania: 176/2011, zwanego dalej *„Postępowanie”*, naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej „Pzp” lub „ustawa”).
- II.** GTS zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców tj. poprzez określenie terminu 3 dni od dnia złożenia oferty na rozpoczęcie świadczenia usługi, który to termin preferuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi dla Zamawiającego.
- III.** Zamawiający poprzez określenie zbyt krótkiego (nierealnego) terminu rozpoczęcia świadczenia usługi uniemożliwia GTS wzięcie udziału w postępowaniu i złożenie oferty. Tym samym GTS utracił możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą.
- IV.** GTS wnosi o dokonanie przez Zamawiającego modyfikacji SIWZ poprzez wydłużenie terminu uruchomienia usługi z dnia 01.12.2011 r. na 4 miesiące od dnia podpisania umowy.

UZASADNIENIE

- I.** GTS, po zapoznaniu się z postanowieniami dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia zawartymi w SIWZ i jego załącznikach i ogłoszeniu o zamówieniu, stwierdził, że Zamawiający sformułował przedmiot zamówienia w sposób sprzeczny z art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy.
- II.** Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Dyrektywą płynącą z art. 29 ust. 2 ustawy jest zatem przede wszystkim zakaz ustalania preferencji w opisie przedmiotu zamówienia. Niedozwolony jest taki opis przedmiotu zamówienia, który bez dostatecznego uzasadnienia uniemożliwiałby złożenie oferty wykonawcy, bądź grupie wykonawców lub uniemożliwił wykonawcom mogącym złożyć ofertę konkurowanie na takich samych zasadach. Opis przedmiotu zamówienia nie może wykraczać poza cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który sprowadza się do wyłonienia rzetelnego oraz wiarygodnego wykonawcy zdolnego wykonać zamówienie. Natomiast Zamawiający w niniejszym postępowaniu nadużył swoich uprawnień wynikających z art. 29 ustawy.
- III.** Zgodnie z SIWZ i jego załącznikami, Zamawiający wymaga uruchomienia usługi od dnia 01.12.2011 r. Biorąc pod uwagę, że jest to termin 3 dni od daty złożenia ofert – jest to termin rażąco krótki i niewystarczający do realizacji zamówienia przez każdego Wykonawcę, za wyjątkiem operatora dominującego. Dodatkowo, jest to termin niezgodny z Pzp, biorąc pod uwagę możliwość wniesienia odwołania na rozstrzygnięcie postępowania przetargowego).

- IV. Tak krótki termin początkowej fazy realizacji zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez operatora alternatywnego i preferuje wykonawcę, który obecnie świadczy usługi. Niezależnie od technologii, w jakiej świadczone będą usługi telekomunikacyjne, należy mieć na względzie czas niezbędny, jaki potrzebuje operator telekomunikacyjny na przygotowanie do świadczenia usługi (stworzenie możliwości technicznych realizacji zamówienia). Budowa łączy telekomunikacyjnych oraz ich pozyskiwanie z zasobów innych operatorów telekomunikacyjnych jest procesem czasochłonnym i wiąże się z podjęciem przez wyspecjalizowanych pracowników wykonawcy szeregu działań. Niezależnie od wybranej technologii realizacji zamówienia, czas ten wynosi około 3-4 miesięcy. Na uzyskanie od innego operatora telekomunikacyjnego łącza w wybranej relacji potrzeba około 10-12 tygodni (co potwierdza zawarta przez Odwołującego z Telekomunikacją Polską S.A. umowa ramowa w zakresie świadczenia usługi dzierżawy odcinków zakończeń łączy, odcinków niebędących zakończeniami łączy i łączy end-to-end). Zatem niemożliwym jest rozpoczęcie realizacji usługi w okresie 3 dni od dnia złożenia oferty. Tak krótki termin uruchomienia usług przewidziany w SIWZ preferuje tych spośród dostawców usług, którzy już świadczą usługi w wybranych lokalizacjach. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający nie jest uprawniony do powoływania się na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, gdyż wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji zbyt późnego wszczęcia postępowania przez zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując analogiczny stan faktyczny w wyroku z dnia 22 lipca 2009r. (sygn. akt KIO 874/09) orzekła, iż termin 15 dni na rozpoczęcie świadczenia usługi telekomunikacyjnej jest terminem zbyt krótkim i naruszającym zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Podobne orzeczenie zapadało w sprawie o sygn. akt KIO 1123/10 (wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2010r.) gdzie „*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 Pzp*”.
- V. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia powinien uwzględnić istniejące realia rynkowe oraz potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu tak, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której dochodzi do zawężenia kręgu wykonawców poprzez nieuzasadnione w obiektywny sposób zapisy SIWZ. Postanowienie Rozdziału IV SIWZ i pkt II. 3 ogłoszenia o zamówieniu bez dostatecznego uzasadnienia uniemożliwiają złożenie oferty wykonawcom posiadającym doświadczenie w realizacji usług podobnych, jednakże nie posiadającym dostępu do łączy we wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach. W konsekwencji to opis przedmiotu zamówienia, a nie zaoferowane w postępowaniu ceny, zdecydują komu Zamawiający udzieli zamówienia. Powyższe działanie Zamawiającego ma miejsce na etapie poprzedzającym składanie ofert, w konsekwencji czyni z opisu przedmiotu zamówienia quasi warunek udziału w postępowaniu. Cel, który zamierza osiągnąć Zamawiający przeprowadzając przedmiotowe postępowanie (tj. dzierżawa łączy telekomunikacyjnych) nie uzasadnia takiego ograniczenia.
- VI. Formułując wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający winien kierować się celem, jakiemu zamawiane produkty mają służyć. Każde wymaganie ma znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Zespół Arbitrów w orzeczeniu z dnia 24 sierpnia 2007r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1040/07 oraz UZP/ZO/0-1045/07) stwierdził, iż „*wymagania muszą mieć walor istotnych, znaczących dla przedmiotu, nie mogą mieć charakteru subiektywnych, albo więcej – zmierzających do wyeliminowania niektórych podmiotów, bądź wyrażać preferencji dla konkretnego przedmiotu*”. Skoro Zamawiający mógł wszcząć postępowanie odpowiednio wcześniej i przewidzieć, iż czynności przygotowawcze do realizacji zamówienia zajmą wybranemu wykonawcy dłuższy czas to należy uznać, że nie istnieją żadne obiektywne przesłanki dopuszczające tak krótki termin zestawienia i uruchomienia łączy. Powyższą argumentację potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:
1. „*Szeroko pojęte wymagania zamawiającego (w tym również dotyczące miejsca czy sposobu jego realizacji) składające się na opis przedmiotu zamówienia mogą naruszać konkurencję, o której stanowi art. 29 ust. 2 d.z.p., nie tylko przez eliminację niektórych wykonawców z możliwości*

zaoferowania swoich usług czy produktów, ale również w sposób nadmiernie utrudniający przygotowanie i złożenie korzystnej ekonomicznie i racjonalnej oferty.” - wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2009r sygn. akt KIO/UZP 1734/09;

2. „Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji należy rozumieć nie tylko opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ale także poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę), lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego.” - wyrok KIO z dnia 18 listopada 2008r., sygn. akt KIO/UZP 1240/08

- VII.** W tym miejscu wspomnieć należy jeszcze o Orzeczeniu Głównej Komisji Orzekającej z dnia 23 kwietnia 2009r. (BDF1/4900/22/21/09/726), w którym czytamy: „Prawo zamówień publicznych, zawierając w art. 7 ust. 1 obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia zakazuje dokonywania jego opisu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, nie zaś naruszający zasady uczciwej konkurencji.”
- VIII.** Analogiczna sytuacja jak w niniejszym postępowaniu (zbyt krótki termin na rozpoczęcie świadczenia usługi) wystąpiła w postępowaniu prowadzonym Komendą Wojewódzką Policji we Wrocławiu, którego przedmiotem była: „Usługa dzierżawy łączy dla jednostek Policji woj. dolnośląskiego” (postępowanie nr PU2380/298-072-215/2011/MH). Zamawiający wymagał od wykonawców (w § 3 ust. 2 załączników 5.1-5.3 do SIWZ) zestawienia i uruchomienia łączy w terminie 10 dni roboczych od dnia podpisania umowy. W związku z tym w dniu 3 października 2011 r. GTS wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił Komendzie Głównej Policji we Wrocławiu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz 29 ust. 2 ustawy w wyniku określenia terminu 10 dni roboczych na przekazanie zamawiającemu wszystkich łączy. Postanowienie to bowiem preferowało wykonawców obecnie świadczących usługi dla zamawiającego. Komenda Główna Policji we Wrocławiu, po zapoznaniu się z treścią przedmiotowego odwołania, treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, uwzględniła odwołanie GTS w całości a następnie dokonała zmiany treści SIWZ zgodnie z żądaniem GTS.
- IX.** Powyższe potwierdza, że wprowadzenie przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu terminu 3-dniowego na rozpoczęcie świadczenia usługi jest terminem zbyt krótkim i nierealnym oraz naruszającym przepisy Pzp.
- X.** W konsekwencji GTS zwraca uwagę, że w przypadku niedokonania przez Zamawiającego – Komendę Wojewódzką Policji w Radomiu wskazanej powyżej zmiany zmierzającej do wydłużenia do 4 miesięcy (od dnia podpisania umowy) terminu na uruchomienie usług stanowiących przedmiot zamówienia, GTS może skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej, w szczególności może wnieść odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy czynności i zaniechania Zamawiającego, co narazi Zamawiającego na poniesienie kosztów związanych z postępowaniem odwoławczym.
- XI.** Ponadto GTS wskazuje, iż udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jest naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, o której mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. Z 2005 r. Nr 14, poz. 114, zm. Dz. U. Nr 249, poz. 2104). Regulacja ta podkreśla wagę, jaką przykłada Ustawodawca do problematyki zamówień publicznych.

Zamawiający informuje:

Zakres przedmiotowy niniejszego zamówienia w zakresie zadania 1 stanowi powtórzenie części zadania nr 8 (KMP Ostrołęka ul. Kościuszki 32 - KM PSP Ostrołęka ul. Celną 11) tj. postępowanie o sygn. nr 121/2011, które wszczęte zostało przez Zamawiającego w dniu 8 lipca 2011 r. W zakresie tego zadania postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy prawo zamówień publicznych ze względu na fakt, iż na zadanie to nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu.

Zamawiający wyraża zgodę na przesunięcie terminu uruchomienia usługi na dzień 01.02.2012 z uwagi na fakt, iż termin wymagany przez Zamawiającego tj. 01.12.2012 r. nie daje możliwości skorzystania ze środków odwoławczych na rozstrzygnięcie postępowania przetargowego. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, iż przedmiotem postępowania są nowe łącza i żaden wykonawca nie świadczy usługi dzierżawy w tych relacjach, w związku z powyższym Zamawiający nie preferuje tu dostawców usług, którzy już świadczą usługi w wybranych lokalizacjach.

Przedmiotowe zamówienie jest elementem „budowy” systemu powiadamiania ratunkowego na terenie „kraju” i ostatecznym terminem uruchomienia łączy analogowych jest 01.02.2012

Z poważaniem
mgr Agnieszka Świerczyńska

