

Warszawa, dnia 06. 07. 2012 roku

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
(budynek Adgar Plaza)
02-676 Warszawa.**

Odwołujący:

Netia S.A.
ul. Poleczki 13
02-822 Warszawa
Adres korespondencyjny:
Netia SA
ul. Taśmowa 7a
02-677 Warszawa
tel: 22 3522898
faks: 22 3382898
e-mail: Grzegorz_madej@netia.pl
pełnomocnik: Grzegorz Madej

Zamawiający:

Komenda Wojewódzka Policji
w Radomiu
ul. 11-go Listopada 37/59
26-600 Radom
tel./faks: 48 3452002
e-mail: julita.gregorek@mazowiecka.policja.gov.pl

Sygn. zamówienia: 78/2012

ODWOŁANIE

W imieniu Netia S.A., pełnomocnictwo w załączeniu, na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, dalej „Ustawa” (t.jedn. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), wnoszę odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie na rzecz Zamawiającego usługi dzierżawy łączny telekomunikacyjnych.

Grzegorz Madej 1

Starszy Kierownik Us. Kluczowych Klientów
Netia SA

Ogłoszenie o wszczęciu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ID: 2012/S 123-202718 w dniu 29.06.2012r.

Odwołujący zarzuca, że treść Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia są niezgodne z przepisami Ustawy z uwagi na naruszenie norm przewidzianych w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 Ustawy. W szczególności Odwołujący zarzuca naruszenie podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego takich jak zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców.

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.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ oraz Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający zgodność z Ustawą, a także nakazanie modyfikacji ogłoszenia.

Uzasadnienie

Odwołujący podnosi następujące zarzuty niezgodności postanowień SIWZ oraz Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia z Ustawą.

1. W załączniku do SIWZ „Wycena dzierżawy łączy telekomunikacyjnych – zadanie 1, 2 i 3” w kolumnie „Termin uruchomienia” Zamawiający wskazuje datę 01.10.2012. W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż termin rozpoczęcia świadczenia usług poprzez wskazanie na konkretną datę kalendarzową w istotny sposób narusza wyrażoną w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zasadę uczciwej konkurencji. Wskazania 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 odszkodowania (ewentualnych kar umownych) wskutek zbyt krótkiego czasu na wykonanie czynności związanych z uruchomieniem usług. Pogląd taki wyraziła również Krajowa Izba Odwoławcza min. w wyrokach dotyczących analogicznych sytuacji sygn. akt: KIO/UZP 707/08 oraz KIO/1756/10.

Wykonawca zwraca również uwagę, iż termin ten, zakładając nawet sprawne przeprowadzenie postępowania jest stanowczo zbyt krótki, niemożliwy do dotrzymania i rażąco narusza zasadę wyrażoną w art. 7. ust. 1 Ustawy.

Biorąc bowiem pod uwagę szeroki zakres przedmiotu zamówienia, datę składania ofert wyznaczoną na dzień 10 sierpnia 2012 r. oraz procedurę wyboru najkorzystniejszej oferty, termin na uruchomienie usługi jest nierealny do zachowania przez operatorów

telekomunikacyjnych, którzy nie świadczą obecnie usług telekomunikacyjnych dla Zamawiającego. Stanowi to naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców - art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Ustawy, gdyż stawia w uprzywilejowanej pozycji obecnego operatora telekomunikacyjnego.

W ocenie Odwołującego tak określony termin uruchomienia usług, jako całkowicie nierealny, nie może zostać uznany za wiążący. To postanowienie SIWZ jest sprzeczne przede wszystkim z zasadą równego traktowania wykonawców. Warunki postępowania muszą być sprecyzowane w taki sposób, aby każdy potencjalny wykonawca mógł zaplanować przeprowadzenie przedsięwzięcia z uwzględnieniem obowiązujących przepisów dotyczących budowy sieci telekomunikacyjnej. Odwołujący podkreśla, że w przetargu na usługi telekomunikacyjne należy mieć na względzie czas niezbędny przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu na przygotowanie możliwości technicznych. Zarówno budowa łączy telekomunikacyjnych, jak również ich pozyskiwanie z zasobów innych operatorów telekomunikacyjnych, a także inne czynności objęte niniejszym zamówieniem, są działaniami obiektywnie czasochłonnymi i wiążą się z podjęciem przez wyspecjalizowanych pracowników wykonawcy szeregu działań. Wiedzą powszechnie znaną wśród podmiotów działających na polskim rynku usług telekomunikacyjnych jest, iż na uzyskanie od innego operatora telekomunikacyjnego łącza w wybranej relacji potrzeba wielu tygodni. Czynności i procedury z zakresu prawa budowlanego także związane są z konkretnymi terminami.

Każdy z wykonawców w praktyce posiada swoją sieć szkieletową, do której w razie konieczności (tj. świadczenia usług dla abonenta) dołączyć może lokalizację przyszłego abonenta. O ile sama budowa takiego przyłącza nie jest dla wykonawców zbyt czasochłonna, o tyle trzeba mieć świadomość jak wygląda postępowanie przed rozpoczęciem budowy tego przyłącza. Czas niezbędny na załatwienie wszelkich formalności jest w praktyce niezależny od wykonawcy i wynika przede wszystkim z terminów określonych przepisami prawa jak i sprawności działania organów administracji. Uzyskanie samego tylko pozwolenia na zajęcie pasa drogowego zająć może do 4 miesięcy i czas ten wynika z wielu obowiązków ustawowych nałożonych na podmiot, który takie pozwolenie zamierza uzyskać.

Przykładowo, zgodnie z art. 40 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych zajęcie pasa drogowego na cele niezwiązane z budową, przebudową, remontem, utrzymaniem i ochroną dróg wymaga zezwolenia zarządcy drogi, w drodze decyzji administracyjnej. Termin na wydanie decyzji administracyjnej określa kodeks postępowania administracyjnego. Zgodnie z nim organ ma 30 dni na jej wydanie, a w przypadkach szczególnie skomplikowanych nawet 2 miesiące. Zanim jednak zostanie złożony wniosek o wydanie pozwolenia to zgodnie z przepisami wykonawczymi do powołanej ustawy do wniosku muszą być dołączone:

- 1) szczegółowy plan sytuacyjny w skali 1:1.000 lub 1:500, z zaznaczeniem granic i podaniem wymiarów planowanej powierzchni zajęcia pasa drogowego, a w przypadku umieszczenia reklamy - z podaniem jej wymiarów;
- 2) zatwierdzony projekt organizacji ruchu, jeżeli zajęcie pasa drogowego wpływa na ruch drogowy lub ogranicza widoczność na drodze albo powoduje wprowadzenie zmian w istniejącej organizacji ruchu pojazdów lub pieszych.

Wskazana w pkt 1) i 2) dokumentacja też wymaga odpowiedniego czasu na jej uzyskanie. Zgodnie z art. 27 ust.2 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. Prawo geodezyjne i kartograficzne inwestorzy są obowiązani uzgadniać usytuowanie projektowanych sieci uzbrojenia terenu z

właściwymi starostami. Szczegóły tych uzgodnień określa rozporządzenie Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 2 kwietnia 2001 r. w sprawie geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu oraz zespołów uzgadniania dokumentacji projektowej. Zgodnie z § 11 tego rozporządzenia treść uzgodnienia wyrażana jest w formie opinii, wydawanej z upoważnienia starosty przez przewodniczącego zespołu, a opinię tą wydaje się inwestorowi w terminie 14 dni od dnia przedłożenia wniosku. W uzasadnionych przypadkach termin ten może być przedłużony do 30 dni. Przy czym nie zajęcie stanowiska przez zespół w tych terminach uznaje się za brak zastrzeżeń do przedstawionego projektu. Nie można oczywiście pominąć czasu jaki potrzebuje wykonawca na przygotowanie tych wniosków i map.

Jak więc z powyższego wynika, ustalone w warunkach przetargu terminy są w praktyce niemożliwe do spełnienia. W ten sposób Zamawiający pozbawi możliwości przystąpienia do postępowania innych wykonawców, niż wykonawca, który być może ma możliwość świadczenia usług bez konieczności wykonania żadnych inwestycji. Patrząc realnie na terminy, nie jest możliwe aby w tak krótkim czasie dokonać jakichkolwiek inwestycji. Ponadto wadliwe wyznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług zmusza wykonawców do wzięcia pod uwagę, przy określaniu wysokości oferty, kosztów ewentualnych kar umownych.

Działanie polegające na wyznaczeniu zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi, poprzez wykluczenie swobodnej konkurencji, uniemożliwi w praktyce Zamawiającemu obniżenie kosztów zawieranej umowy. Należy przypomnieć, iż 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.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na fakt, że kwestia ustalania realnych terminów wykonania zamówienia była przedmiotem orzecznictwa. Już w wyroku Zespołu Arbitrów UZP z dnia 27.02.2006 roku (znak: UZP/ZO/0-533/06 – źródło: LEX nr 181920) rozstrzygano tę kwestię. Nadal aktualna teza ww. wyroku brzmi: *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.*

Przytoczyć należy ponadto Wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 23 sierpnia 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1030/07, UZP/ZO/0-1031/07, UZP/ZO/0-1044/07) zawierający tezę, iż *wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na realizację usług telekomunikacyjnych jest faktycznie preferowaniem dotychczasowego dostawcy i jest tym samym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.* Podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2009 roku (sygn. KIO/UZP 874/09) Izba przychyliła się do zarzutu odwołującego, iż wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi telekomunikacyjnej jest naruszeniem art. 29 Ustawy. W przywołanym postępowaniu stwierdzono, iż nawet przy świadczeniu usług poprzez dzierżawę łącza od innego operatora, czas niezbędny na wykonanie

niektórych tylko czynności prowadzących do dzierżawy, musi być uwzględniony przez Zamawiającego.

Szeroki zakres niniejszego zamówienia wymaga określenia co najmniej kilkumiesięcznego terminu na rozpoczęcie realizacji usług od daty podpisania umowy (budowa infrastruktury, zawarcie koniecznych umów, uzyskanie zgód i zezwoleń, nabycie urządzeń technicznych). Wyznaczenie krótszych terminów uniemożliwi Zamawiającemu obniżenie kosztów świadczenia usług.

Powołane okoliczności przemawiają za uznaniem za wadliwy zbyt krótki termin rozpoczęcia świadczenia usługi. W związku z czym istnieje potrzeba zmiany terminu wyznaczonego przez Zamawiającego do rozpoczęcia świadczenia usług objętych przedmiotowym postępowaniem. Odwołujący wnosi o określenie rozpoczęcia świadczenia usługi na 4 miesiące od dnia zawarcia umowy.

2. W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał, iż realizacja dzierżawy nastąpi bez instalowania urządzeń radiowych na terenie należącym do Zamawiającego. Oznacza to, że w przedmiotowym przetargu z zakresu technicznych możliwości świadczenia usług telekomunikacyjnych wyłączono całkowicie technologię radiową.

W związku z powyższym odwołujący zarzuca naruszenie przez Zamawiającego przepisów Ustawy, gdyż Zamawiający pozbawił możliwości uczestnictwa w postępowaniu tych operatorów, którzy świadczą usługi telekomunikacyjne za pośrednictwem łącza radiowych. Takie postanowienie narusza art. 7 Ustawy, preferując operatora, który posiada już wymagane łącza kablowe i dostarcza aktualnie usługi. Należy zaznaczyć, że zakaz stosowania drogi radiowej nie został w żaden obiektywny sposób uzasadniony w dokumentacji przetargowej Zamawiającego. Wybór technicznego sposobu realizacji łącza służącego do świadczenia usług nie ma żadnego znaczenia dla oferowanej funkcjonalności, jakości i poziomu bezpieczeństwa usług telekomunikacyjnych. Wszelkie wymogi dla usług telekomunikacyjnych opisanych w przedmiocie zamówienia, w tym także techniczne, możliwe są do zrealizowania także w technologii radiowej. Dla odbiorcy końcowego nie ma znaczenia w jaki sposób usługa została do niego dostarczona, gdyż w każdym przypadku usługa jest tą samą usługą niezależnie od wykorzystanego medium transmisyjnego. Jednocześnie łącza takie spełniają wszelkie wymagania wynikające z obowiązujących przepisów prawa w tym związanych z zachowaniem tajemnicy telekomunikacyjnej.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 Ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W orzecznictwie KIO wskazuje się, że naruszenie zakazu wynikającego z art. 29 ust. 2 Ustawy ma miejsce, gdy wymagania jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia są na tyle rygorystyczne, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Nie można żądać od wykonawcy wypełnienia ostrzejszych kryteriów niż te, które są niezbędne do wykonania zamówienia. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w nadal aktualnym orzecznictwie, a szczególnego podkreślenia wymaga orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.05.2008 (sygn. 442/08), gdzie stwierdzono: „Z dużym prawdopodobieństwem stwierdzić można, że fakt eliminacji jednej z możliwych technologii, tj. w tym przypadku „drogi radiowej” ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Powyższe narusza więc także zasadę równego traktowania wykonawców.” W ww.

wyroku orzeczono o uwzględnieniu odwołania i nakazano zamawiającemu zmodyfikować specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący stoi na stanowisku, że wymóg świadczenia usług z uwzględnieniem zakazu technologii radiowej nie jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego oraz narusza reguły konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ponadto, Odwołujący informuje, że świadczy usługi telekomunikacyjne z wykorzystaniem technologii radiowej dla wielu podmiotów, do których stosuje się procedurę przetargową, dla przykładu wymienić można Komendę Główną Policji, organy wymiaru sprawiedliwości – sądy, prokuratury, czy administrację publiczną. Oznacza to, że ta technologia jest powszechnie stosowana i nie ma żadnego uzasadnienia jej wyłączenie w niniejszym postępowaniu przetargowym. W związku z tym Odwołujący wnosi o wykreślenie zapisów niezgodnych z prawem.

Powyżej przedstawione dokonane w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego naruszenia warunków ustawowych prawa zamówień publicznych powodują, że interes prawny Odwołującego został naruszony i może to spowodować poniesienie przez niego realnej szkody. Prawidłowe określenie warunków przetargu skutkowałoby bowiem ubieganiem się o udzielenie niniejszego zamówienia, ewentualnie złożeniem bardziej konkurencyjnej oferty. Ponadto, w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Reasumując, Odwołujący żąda modyfikacji SIWZ i Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający zgodność z Ustawą oraz, o ile będzie to konieczne, nakazanie modyfikacji ogłoszenia w taki sposób, że przedłużony zostanie termin aktywacji usług do 4 miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy oraz wykonawca będzie mógł zrealizować zamówienie z wykorzystaniem łącz radiowych w licencjonowanym paśmie.

Biorąc pod uwagę wyżej wymienione okoliczności odwołanie winno być uwzględnione w całości.

Grzegorz Madej
Starczy Kiełbaso, ul. Kłoboczych Kiełbów
11-014-111

W załączeniu:

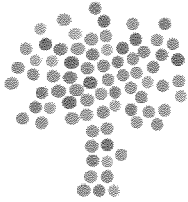
1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
2. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;
3. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
4. odpis z KRS.

wtórnik i wysłanych zleceń płatniczych
w zakresie wartości kwot: od -15000.00 do -15000.00
w zakresie dat: od 2012/7/6 do 2012/7/6
dla typów rachunków:
informacje dostępne dla użytkownika: Ilesiak

polecenie przelewu			
w ciężar rachunku	NETIA S.A. POLECZKI 13 02-822 WARSZAWA	na dobro rachunku	URZAD ZAMOWIEN PUBLICZNYCH UL. PISTEPU 17A 00-000 WARSZAWA
nr rachunku	33200000040000000888801000	nr rachunku	60101010100081362231000000
		kwota	15 000,00 PLN
data obc./wpl.	2012-07-06	tytułem	ODWOLANIE NETIA-KWP RADOM -ODWOLANIE
Powyższy dokument jest wydrukiem komputerowym i nie wymaga dodatkowych podpisów ani stempla dziennego banku			

Grzegorz Wądek

Stacja Obsługi i S. Klientów
NETIA SA



N E T I A

PEŁNOMOCNICTWO

udzielone w dniu 5 lipca 2012 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 385.150.417 złotych opłaconym w całości, NIP 526-02-05-575, REGON 011566374, zwana dalej Spółką lub Netią, upoważnia Pana:

Grzegorz Madej

pracownika Spółki legitymującego się dowodem osobistym seria i numer: AMW969163, numer służbowy 2007WAW,

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


Komenda Wojewódzka Policji zs. w Radomiu, ul. 11-go Listopada 37/59, 26-600 Radom
Zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na:
„Usługa dzierżawy cyfrowych łączy telekomunikacyjnych”

Nr sprawy: 78/2012

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 przy Prezese Urzędu Zamówień Publicznych 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
Zarządzający Rynkiem Corporate
- prokurent

1) 
Renata Filipek-Baryłowska

2) 
Mirosław Ostrowski
Prezes Zarządu