

Warszawa, 7 lutego 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający: Naczelnny Sąd Administracyjny
ul. Gabriela Piotra Boduena 3/5; 00 – 011 Warszawa
tel. (+48 22) 551 61 91, e-mail: zp@nsa.gov.pl
Strona internetowa Postępowania: <https://platformazakupowa.pl/pn/nsa>

Odwołujący: Netia S.A.
ul. Poleczki 13,
02-822 Warszawa
KRS: 0000041649
e-mail: agnieszka.skibinska@netia.pl
reprezentowana przez: Agnieszkę Skibińską

Przedmiot zamówienia: w prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego w sprawie „usługi transmisji danych w sieci rozległej WAN sądów administracyjnych.” **Nr sprawy: WAG.262.1.2022** (zwane dalej „Postępowaniem”).
Nr ogłoszenia 2022/S 020-048013, publikacja w dniu 28 stycznia 2022 r.

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 513 w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2021 nr 1129) – zwanej dalej „Ustawą”, Odwołujący wnosi odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu i zarzuca naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 99 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1) i 3) Ustawy, poprzez określenie terminu realizacji zamówienia w Rozdziale VII SWZ, oraz § 2 ust. 1, 2 i § 11 ust. 2 projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik do SWZ w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia, jako terminu zbyt krótkiego, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i faktycznie uniemożliwiający realizację przedmiotu zamówienia w wyznaczonym terminie;
2. Art. 16 pkt 1) i 3) Ustawy poprzez określenie terminu realizacji zamówienia w Rozdziale VII SWZ, oraz § 2 ust. 1, 2 i § 11 ust. 2 projektowanych postanowień umowy stanowiących

załącznik nr 4 do SWZ w sposób faworyzujący jednego z wykonawców, niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

3. Art. 436 pkt 1 Ustawy poprzez wskazanie konkretnych dat realizacji umowy i jej części zamiast określenia terminów w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, pomimo, że wskazanie dat wykonania umowy nie jest uzasadnione obiektywną przyczyną;

Wniosek co do rozstrzygnięcia:

W imieniu Odwołującego wnoszę o uwzględnienie odwołania i zasądzenie kosztów Postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, wg norm przypisanych oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ oraz wzoru Umowy poprzez:

1) określenie terminów realizacji przedmiotu umowy w ten sposób, że:

a) Rozdział VII SWZ, oraz § 2 ust. 1, 2 projektowanych postanowień umowy stanowiących Załącznik nr 4 do SWZ otrzymałby brzmienie:

„Usługi transmisji danych objęte przedmiotem zamówienia mają być świadczone **przez okres 48 miesięcy**, w terminie 150 dni od daty zawarcia Umowy.”;

„Gotowość wszystkich łączy (połączeń) potrzebnych do świadczenia usług transmisji danych zostanie osiągnięta 140 dni po podpisaniu umowy.”

b) § 11 ust. 2 projektowanych postanowień umowy otrzymałby brzmienie:

„Za niedotrzymanie terminu uruchomienia transmisji danych określonego w § 2 ust 1 umowy (tj. 150 dni od daty zawarcia Umowy.), Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 3.000,00 zł brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.

Termin:

Specyfikacja Warunków Zamówienia została opublikowana w dniu 28 stycznia 2022 r. Wartość Postępowania jest wyższa niż progi unijne określone w art. 3 Ustawy. Dziesięciodniowy termin wskazany w art. 515 ust. 2 pkt 1) upływa w dniu 07 lutego 2022 r.

Interes:

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Wskazane w odwołaniu okoliczności uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej konkurencyjnej oferty w Postępowaniu. W konsekwencji, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia. W ocenie Odwołującego dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, w szczególności sposób określenia terminu realizacji zamówienia narusza również zasadę równego traktowania, co zaprzecza istocie procedury udzielania zamówień publicznych, którą stanowi m.in. wybór oferty ekonomicznie najkorzystniejszej spośród dostępnych na rynku. Opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego w nieuzasadniony sposób faworyzuje tylko jednego wykonawcę.

Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, że Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 Ustawy.

UZASADNIENIE

Ad. 1 Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1) i 3) Ustawy

1.1. Uwagi ogólne

W ocenie Odwołującego, terminy wskazane Rozdziale VII SWZ, oraz § 2 ust. 1, 2 i § 11 ust. 2 projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik do SWZ są nierealne.

Odwołujący wskazuje, że przedmiot zamówienia obejmuje nie tylko świadczenie usług transmisji danych ale również budowę łączy w lokalizacjach Zamawiającego. Budowa łączy jest procesem długotrwałym, w którym muszą zostać uwzględnione czynniki atmosferyczne, ukształtowanie terenu, konieczność uzyskania pozwoleń na zajęcie pasa drogowego. Powszechnie wiadomym jest fakt, że samo uzyskanie decyzji administracyjnej jest procesem trwającym do kilku miesięcy.

Możliwość rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych warunkowane jest koniecznością wykonania szeregu czynności przygotowawczych. Regułą jest, że wykonawcy najpierw podejmują czynności mające na celu przygotowanie się do świadczenia usługi, obejmujące zaprojektowanie i wybudowanie nowej infrastruktury lub pozyskanie istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej od podmiotów trzecich, 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, przy czym regułą jest, że sama dostawa urządzeń dedykowanych do zapewnienia świadczenia usług obejmuje okres około 90 dni.

Wykonawcy przygotowując ofertę muszą zatem w sposób jednoznaczny ocenić w jakim czasie będą mogli przygotować się do rozpoczęcia wykonywania usług na rzecz Zamawiającego. Jednocześnie jedynym podmiotem, który może tę usługę realizować w terminie określonym przez Zamawiającego jest wykonawca Orange S.A. z uwagi na fakt, że posiada on łączy we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego, bowiem świadczy na rzecz Zamawiającego usługę będącą przedmiotem Postępowania od ponad trzech lat.

Odwołujący podnosi, iż na wykonanie czynności przygotowawczych, o których mowa powyżej, wykonawcy powinni mieć zagwarantowane co najmniej 150 dni od dnia zawarcia Umowy. Tylko taki termin umożliwi wykonawcy, który nie posiada własnych łączy dostępowych we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego, należyte przygotowanie się do świadczenia usług telekomunikacyjnej.

Należy również wziąć pod uwagę ryzyka wiążące się z COVID-19. Na dzień sporządzenia odwołania, powszechnie wiadomym jest, że funkcjonowanie zarówno administracji publicznej, jak i sektora prywatnego jest znacznie spowolnione. Nieznane są również ramy czasowe trwającej pandemii. Nie ulega jednak wątpliwości, że w procesie budowy łączy na potrzeby Postępowania należy liczyć się z opóźnieniami stanowiącymi konsekwencję COVID-19, wiążącymi się m.in. z przedłużonym czasem uzyskiwania decyzji administracyjnej, czy też opóźnionymi dostawami urządzeń.

Termin 150 dni jest terminem pozwalającym Odwołującemu realizację zamówienia w zakresie budowy i uruchomienia łączy w „zwykłych” okolicznościach, które nie uwzględniają nawet ryzyk związanych z COVID-19.

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie Zamówienia, w którym termin uruchomienia jest zbyt krótki, mają zasadniczo dwie możliwości: (i) nie składać oferty w Postępowaniu z uwagi na zbyt wysokie ryzyko przekroczenia terminu z przyczyn od nich niezależnych (ii) utworzyć znaczną rezerwę w budżecie na grożące wykonawcy kary umowne. Nie wymaga uzasadnienia stwierdzenie, że żadne z tych rozwiązań nie stworzy konkurencyjnych warunków w Postępowaniu.

1. Warto pokreślić, że zgodnie z § 11 ust. 2 projektowanych postanowień umowy, za niedotrzymanie terminu uruchomienia transmisji danych, określonego w § 2 ust. 1 umowy, wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 3.000,00 zł brutto, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki. Co więcej, zgodnie z § 11 ust. 4 Umowy, W przypadku nieuruchomienia łączy w terminie, o którym mowa w § 2 ust. 1, Zamawiający będzie miał prawo, bez uprzedniego wzywania Wykonawcy do uruchomienia łączy do lokalizacji Zamawiającego, odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę tego odstąpienia, a Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej w wysokości 20 % wynagrodzenia brutto, określonego w § 9 ust. 3 umowy.

1.2. Czas faktycznie niezbędny na przygotowanie do realizacji zamówienia

Minimalny czas niezbędny na wdrożenie usługi wynosi 150 dni. Jest to czas niezbędny dla przeprowadzenia wszystkich czynności koniecznych dla faktycznego doprowadzenia infrastruktury do nowych lokalizacji. Podkreślenia wymaga fakt, iż usługi należy dostarczyć do 18 miejscowości zlokalizowanych na dużym obszarze kraju. Do większości lokalizacji należy zestawić łącza transmisji danych.

Wskazany powyżej okres determinowany jest koniecznością wystąpienia do dysponentów istniejącej infrastruktury o warunki dzierżawy kanalizacji teletechnicznych (minimum 14 dni), przeprowadzenia niezbędnych prac projektowych, poprzedzonych wizją lokalną w poszczególnych lokalizacjach i uzgodnieniami z Zamawiającym (minimum 14 dni), zawarcia z dysponentem kanalizacji odpowiedniej umowy dzierżawy (do 90 dni), zamówienia materiałów i urządzeń (minimum 90 dni, czas ten może się jednak wydłużyć do 120 dni), wykonania prac budowlanych (minimum 60 dni) oraz, 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, ustanowienia odpowiednich służebności.

Ryzyko związane z długością trwania procedury administracyjnej nie powinno w żadnej mierze spoczywać na wykonawcy, który nie ma na te okoliczności jakiegokolwiek wpływu. Ryzyko tego rodzaju jest dla wykonawcy całkowicie nieakceptowalne. Możliwość przygotowania projektu robót budowlanych i pozyskania decyzji administracyjnych, a następnie wykonania tych robót, dostawa niezbędnego sprzętu i jego skonfigurowanie jest całkowicie nierealna w określonym terminie, a wniosek o wydłużenie tego terminu do 150 dni jest absolutnie konieczny.

Odwołujący wskazuje na przykładowe orzeczenie Krajowej izby Odwoławczej, z których wynika, iż termin realizacji zamówienia powinien uwzględniać specyfikę przedmiotu zamówienia, okoliczności jego wykonania oraz przebieg procedury związanej z jego udzieleniem:

„Określenie w SIWZ terminów realizacji zamówienia stanowi jeden z istotnych elementów składających się na opis przedmiotu zamówienia. Również w tym zakresie wymagania zamawiającego muszą być adekwatne do potrzeb, w szczególności nie mogą być zbyt wysokie, gdyż postępowanie takie mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję. Muszą być one ustalone z jednej strony odpowiednio do własnych, obiektywnych i uzasadnionych potrzeb oraz celu danego postępowania, z drugiej zaś brać pod uwagę

uwarunkowania panujące na danym rynku oraz np. związane z technologią wykonywania robót budowlanych”¹

Mając powyższe na uwadze, zarzut jest w pełni zasadny.

Ad. 2 Zarzut naruszenia Art. 16 pkt 1) i 3) Ustawy

Określony w SWZ termin realizacji zamówienia stawia w uprzywilejowanej pozycji Orange Polska S.A. utrudniając tym samym uczciwą konkurencję oraz naruszając zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wykonawca ten jako jedyny operator telekomunikacyjny jest w stanie rozpocząć świadczenie usług w terminie wskazanym przez Zamawiającego, bowiem jako wykonawca posiadający już infrastrukturę we wszystkich lokalizacjach określonych w SWZ nie będzie zmuszony do przeprowadzenia szeregu czynności przygotowawczych, w tym między innymi zawarcia umowy dostępu do łączu telekomunikacyjnych lub wybudowania własnych łączu, umożliwiających świadczenie usługi na rzecz Zamawiającego.

Brak określenia w SWZ właściwego terminu na uruchomienie łączu, tworzy swoisty monopol wykonawcy Orange S.A. 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.

Reasumując, termin na uruchomienie łączu wyznaczony przez Zamawiającego powinien być proporcjonalny do stopnia skomplikowania zamówienia, z uwzględnieniem ilości lokalizacji wskazanych w SWZ oraz z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zwraca uwagę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym „termin realizacji przedmiotu jest jednym z elementów opisu przedmiotu zamówienia i jako taki może oddziaływać negatywnie lub pozytywnie na krąg potencjalnych wykonawców, jak również jego niedookreślenie lub brak precyzyjnego wyznaczenia wpisuje się pod względem przedmiotowym w treść regulacji ujętej w art. 29 ust. 1 p.z.p.”²

Na koniec, Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, że zgodnie z ustabilizowanym orzecznictwem KIO, „na gruncie art. 29 ust. 2 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 Pzp, że czynności zamawiającego utrudniają uczciwą konkurencję. (...)To uprawdopodobnienie sprowadza się do wykazania (a więc udowodnienia) jedynie tego, że to wykonawca nie może złożyć oferty na warunkach uczciwej konkurencji wskutek dokonanego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Obowiązek dowodowy obciążający wykonawcę został zatem w tym przypadku znacznie

¹ wyrok z dnia 13 listopada 2018 r. KIO 2177/18

² wyrok z dnia 6 listopada 2018 r. KIO 2076/18.

zawężony i ograniczony jedynie do dowodów, które są wykonawcy znane i dla niego bez większych trudności dostępne³.

Ad 3. Zarzut naruszenia Art. 436 pkt 1 Ustawy

Zgodnie z Rozdziałem VII SWZ, oraz § 2 ust. 1, 2 i § 11 ust. 2 projektowanych postanowień umowy stanowiącego załącznik do SWZ, terminy realizacji Umowy są określone datami.

Tymczasem, zgodnie z art. 436 pkt 1 Ustawy, Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności: 1) planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną (...).

Celem przepisu jest zapobieganie w przyszłości sytuacjom, gdy po przeprowadzeniu dłuższego niż zakładano, postępowania o udzielenie zamówienia termin realizacji umowy stawał się nierealny i dochodziło do zmian tego terminu w stosunku do oferty jeszcze przed jej zawarciem.

Z komentarza do Ustawy dostępnego na stronie pzp.gov.pl wynika, że „regulacja (art. 436 pkt -przyp. aut.) ma na celu zapewnienie, by wszyscy wykonawcy mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia. Ma to zapobiec sytuacji, gdy każdy wykonawca odrębnie, na podstawie własnego doświadczenia i wiedzy, estymował najpierw spodziewany termin zawarcia umowy (mimo że nie miał wpływu na tę datę), a następnie próbował wyliczyć pozostały mu czas na realizację zamówienia. Powyższe zmuszało wykonawców do uwzględniania związanych z tym ryzyk kontraktowych i kosztów. Wyjątki od powyższej zasady stanowią sytuacje, w których określenie terminu za pomocą konkretnej daty jest obiektywne uzasadnione, np. w przypadku projektów o ograniczonym okresie finansowania.”

Należy podkreślić, że Zamawiający jest odbiorcą usług stanowiących przedmiot Postępowania od wielu lat. Terminy zakończenia świadczenia usług są znane Zamawiającemu z kilkuletnim wyprzedzeniem (wynikają z zawartych umów). W konsekwencji, Zamawiający miał możliwość przygotowania Postępowania z odpowiednim wyprzedzeniem i określenia realnych terminów realizacji Umowy lub jej części umożliwiających złożenie oferty również innym wykonawcom aniżeli Orange S.A.

W świetle powyższego, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Z poważaniem,

Załączniki:

1. Odpis KRS Odwołującego,
2. Kopia pełnomocnictwa dla Agnieszki Skibińskiej,
3. Dowód uiszczenia wpisu,
4. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,

³ wyrok z dnia 26 października 2018 r. KIO 2086/18