Sygn. akt KIO 1300/23

WYROK

z dnia 26 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Osiecka-Baran

Protokolant:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu8 maja 2023 r. przez wykonawcę **Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach**

orzeka:

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego.

2.Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 1300/23

U z a s a d n i e n i e

Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach, dalej „Zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Dzierżawę łączy telekomunikacyjnych dla potrzeb jednostek organizacyjnych Policji w garnizonie śląskim.* Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej „ustawa Pzp" lub „Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 kwietnia 2023 r. pod numerem 2023/S 084-257623.

W dniu 8 maja 2023 r. wykonawca Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący", wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu:

1. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na określenie przez Zamawiającego terminu uruchomienia usług datą kalendarzową – 1 lipca 2023 r. – co oznacza, że wykonawca nie wie, jakim czasem będzie dysponował na wykonanie czynności uruchomienia usług, gdyż czas ten nie będzie zależny od wykonawcy, lecz od tego, jak długo będzie trwało postępowanie i jak długo Zamawiający będzie dokonywał czynności związanych z zawarciem umowy, co uniemożliwia wykonawcy skalkulowanie ceny i sporządzenie oferty, a nawet uniemożliwia ocenę, czy wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp;

2. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zastrzeżenie zbyt krótkiego, nierealnego terminu rozpoczęcia świadczenia usług (1.07.2023 r.), który nie uwzględnia wymagań wiążących się z zestawieniem łączy i jest niemożliwy do dotrzymania przez wykonawcę innego niż wykonawca aktualnie świadczący usługi u Zamawiającego, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp;

3. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję z uwagi na określenie przez Zamawiającego terminu uruchomienia usług datą kalendarzową – 1 lipca 2023 r. – co oznacza, że wykonawca nie wie,

jakim czasem będzie dysponował na wykonanie czynności uruchomienia usług, gdyż czas ten nie będzie zależny od wykonawcy, lecz od tego, jak długo będzie trwało postępowanie i jak długo Zamawiający będzie dokonywał czynności związanych z zawarciem umowy, co w sposób nieuprawniony uprzywilejowuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi, który nie musi dokonywać czynności związanych z uruchomieniem usług, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 4 Pzp;

4. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję z uwagi na zastrzeżenie nierealnego terminu rozpoczęcia świadczenia usług (1.07.2021 r.), który sprawia, że ofertę może złożyć jedynie wykonawca obecnie świadczący usługi u Zamawiającego z uwagi na to, że żaden wykonawca nie jest w stanie wybudować odpowiedniej infrastruktury, który to termin i zastrzeżenie pozostają bez znaczenia dla wykonawcy, obecnie świadczącego usługi dla Zamawiającego z uwagi na to, że wykonawca ten posiada już niezbędną infrastrukturę, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 4 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia w sposób określony w odwołaniu, tj. przez określenie terminu uruchomienia usług poprzez wskazanie okresu od podpisania umowy i wyznaczenie terminu do 6 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający pismem z dnia 19 maja 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, uwzględniając odwołanie w części w zakresie *sposobu określenia terminu realizacji zamówienia (opisu przedmiotu zamówienia) w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący z uwagi na brak pewności Wykonawcy co do czasu, jaki w rzeczywistości będzie mógł przeznaczyć na czynności przygotowawcze związane z rozpoczęciem świadczenia usługi*. Zamawiający dokonał zmiany sposobu określenia terminu realizacji umowy wprowadzając do projektu umowy postanowienie o następującej treści *Wykonawca jest zobowiązany do świadczenia usługi przez okres 19 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi dzierżawy z zastrzeżeniem, że rozpoczęcie świadczenia usługi nastąpi najpóźniej w ciągu 1 miesiąca od dnia zawarcia umowy. Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie wyłącznie za okres świadczenia usługi bez względu na zakres i koszt prac przygotowawczych do rozpoczęcia świadczenia usługi.* Równocześnie Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów odwołania w pozostałym zakresie, tj. w części dotyczącej żądania wyznaczenia dla rozpoczęcia świadczenia usługi 6 – miesięcznego terminu od dnia zawarcia umowy.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania,
w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 25 maja 2023 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Ponadto, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze co do zarzutów *w zakresie sposobu określenia terminu realizacji zamówienia (opisu przedmiotu zamówienia) w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący z uwagi na brak pewności Wykonawcy co do czasu, jaki w rzeczywistości będzie mógł przeznaczyć na czynności przygotowawcze związane z rozpoczęciem świadczenia usługi* podlega umorzeniu, wobec uwzględnienia przez Zamawiającego wyżej wskazanego zarzutu.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie w pozostałym zakresie zasługiwało na oddalenie.

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zasadnym jest przedstawienie uwag natury ogólnej.

Należy wskazać, że rolą środków ochrony prawnej nie jest minimalizowanie wszelkich ryzyk istniejących po stronie wykonawców czy doprowadzenie do udogodnienia, czy ułatwienia im realizacji zamówienia. Odwołanie służy konwalidacji sprzecznych z prawem czynności zamawiającego, które stają na drodze wykonawcom podczas ubiegania się o zamówienie publiczne. Zgodnie bowiem z art. 513 ustawy Pzp odwołanie przysługuje na: 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy; 2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy; 3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Izba uznała, że w niniejszym stanie faktycznym zarzuty Odwołującego nie ograniczają uprawnień stron. Skoro zatem każdy z potencjalnych wykonawców, miałby realizować zamówienie w oparciu o znane mu na etapie ogłoszenia o zamówieniu postanowienia, to brak jest podstaw do twierdzenia, że niemożliwe jest rzetelne przygotowanie i wycenienie oferty. Zdaniem Izby, oferty przygotowane przez wykonawców i złożone Zamawiającemu, będą możliwe do porównania, gdyż bazować będą w oparciu o identyczne informacje uzyskane od Zamawiającego.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest dzierżawa łączy telekomunikacyjnych dla potrzeb jednostek organizacyjnych Policji w garnizonie śląskim. Pismem z dnia 17 maja 2023 r. opublikowanym na stronie internetowej Zamawiającego (platforma zakupowa) w dniu 19 maja 2023 r. oraz ogłoszeniem o zmianie ogłoszenia przesłanym do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 17 maja 2023 r., Zamawiający dokonał zmiany sposobu określenia terminu realizacji umowy wprowadzając do projektu umowy postanowienie, że *Wykonawca jest zobowiązany do świadczenia usługi przez okres 19 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi dzierżawy z zastrzeżeniem, że rozpoczęcie świadczenia usługi nastąpi najpóźniej w ciągu 1 miesiąca od dnia zawarcia umowy. Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie wyłącznie za okres świadczenia usługi bez względu na zakres i koszt prac przygotowawczych do rozpoczęcia świadczenia usługi.*

Odwołujący wnosił jednak o nakazanie Zamawiającemu zmiany dokumentów zamówienia przez określenie terminu uruchomienia usług przez wskazanie okresu od podpisania umowy i wyznaczenie terminu do 6 miesięcy od dnia podpisania umowy podnosząc, że w celu przygotowania do świadczenia usług wykonawca potrzebuje czasu na okres przygotowawczy, podczas którego będzie przeprowadzał albo proces budowy własnej infrastruktury kablowej do danych lokalizacji Zamawiającego albo będzie przeprowadzał proces wydzierżawienia istniejącej już w danej lokalizacji Zamawiającego infrastruktury telekomunikacyjnej. Wskazywał, że wykonawcy nie mają wpływu choćby na terminy wynikające z przepisów prawa administracyjnego, które przewidują co do zasady 30 dniowy termin udzielenia odpowiedzi, z możliwością jego wydłużenia. Z kolei proces dzierżawy istniejącej infrastruktury od innego podmiotu również jest procesem czasochłonnych – w dużym uproszczeniu niezbędne jest pozyskanie stosowych ofert, potwierdzenie technicznych możliwości wykorzystania infrastruktury innego operatora (ewentualnie przeprowadzenie procesu inwestycji polegającego na budowie stosownych punktów styku), wynegocjowanie warunków handlowych oraz formalne skwitowanie dzierżawy z właścicielem. Zatem jedynie stosowna modyfikacja dokumentacji przetargowej określająca odpowiednią liczbę miesięcy na przygotowanie usługi umożliwi zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Zamawiający argumentował zaś, że w opisie przedmiotu zamówienia dopuszczono zrealizowanie usługi za pomocą linii przewodowych elektrycznych lub optycznych oraz na bazie linii radiowych. Możliwe jest też wykorzystanie technologii mieszanej tzn. radiolinie - teletransmisyjny system przewodowy (elektryczny lub optyczny). Wskazywał także, że Odwołujący pomija różne możliwości realizacji usługi wymagające o wiele krótszego czasu niż budowa infrastruktury w sposób wymagający uzyskiwania pozwoleń. Dlatego też mając na uwadze swobodę w wyborze technologii oraz możliwość wykorzystania infrastruktury własnej jak i obcej (np. na zasadzie podnajmu) nie jest zasadny tak długi termin uruchomienia usług, jak podnosi to Odwołujący. Reasumując, Odwołujący może podjąć decyzję o budowie infrastruktury w dowolnej technologii, jak również może przewidzieć zmianę technologii na etapie realizacji usługi.

Izba uznała, oddalając powyższy zarzut, że zmiana objęta żądaniem Odwołującego nie jest konieczna dla umożliwienia wykonawcy skalkulowania ceny oferty, a tym bardziej nie jest konieczna dla zapewnienia porównywalności złożonych w postępowaniu ofert. Izba stoi na stanowisku, że Odwołujący nie kwestionuje postanowień co do zasady, wnosi jedynie o zmianę wysokości ryzyka. Oznacza to, że dla samego Odwołującego postanowienie tego rodzaju nie jest niezrozumiałe, niejednoznaczne, niewyczerpujące, nieuwzględniające wszystkich wymagań, a zatem nie stanowi naruszenia przepisów ustawy. Całość argumentacji mającej wskazywać na naruszenie przepisów ustawy Pzp sprowadzała się w zasadzie do stwierdzenia, iż wskazany przez Zamawiającego termin uniemożliwia mu złożenie oferty

lub spowoduje, że do ceny należy doliczyć wszelkie ryzyka, co spowoduje, że taka oferta nie będzie konkurencyjna. Ani pierwsza ani druga okoliczność, w ocenie składu orzekającego, nie została udowodniona, albo chociaż uprawdopodobniona.

Ponadto, Izba uznała, że przedłożony na rozprawie dowód - d1 - opracowanie własne Odwołującego wskazujące różnych operatorów lokalnych oraz czas dostarczenia usługi określony w dniach nie potwierdza sformułowanej przez Odwołującego tezy jakoby nie jest możliwe rozpoczęcie świadczenia usługi w terminie 1 miesiąca. Do powyższego opracowania nie zostały dołączone odpowiedzi poszczególnych operatorów, a przede wszystkim nie wiadomo w jaki sposób Odwołujący zadał pytanie ww. podmiotom. Dlatego też, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie podjął próby wykazania, że przyjęty termin jest nierealny, skoro *de facto* Odwołujący oparł argumentację jedynie na własnym przekonaniu. Przekonanie wykonawcy nie może jednak stanowić argumentu przemawiającego za realnością terminów wskazanych w specyfikacji. Odwołujący nie zaprzeczył, że może podjąć decyzję o budowie infrastruktury w dowolnej technologii, jak również może przewidzieć zmianę technologii na etapie realizacji usługi. Ponadto, nie udowodnił, że wskazywane we własnym opracowaniu czasy dostarczenia usługi przez innych operatorów rzeczywiście tyle wynoszą. Zdaniem składu orzekającego Odwołujący nie wykazał, że proponowany przez niego 6-misięczny okres stanowi minimalny czas, niezbędny na uruchomienie usługi. Nie przedstawił żadnego harmonogramu prac potwierdzającego powyższą tezę.

Nadto, rozpoznając zarzut dotyczący terminu rozpoczęcia uruchomienia usługi Izba kierowała się tym, że termin ten powinien być realny, jednakże w miarę możliwości nieodległy w stosunku do daty zawarcia umowy. Wyznaczenie terminu rozpoczęcia usługi po zawarciu umowy, a więc w sposób umożliwiający wybranemu wykonawcy podjęcie działań na rzecz realizacji zamówienia, z zaangażowaniem finansowym i organizacyjnym włącznie, powinien być tak określony, aby dawał możliwość wywiązania się z zobowiązania zarówno podmiotom, które dotychczas świadczyły tego rodzaju usługi (w tym na rzecz zamawiającego) i posiadają pełną lub częściową infrastrukturę sieciową, jak i tym podmiotom, które dla realizacji zamówienia muszą zawierać umowy dzierżawy.

Niemniej, zasada wyrażona w art. 16 ustawy Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem. Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Nie oznacza to więc, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku.

W związku z powyższym Izba uznała powyższy zarzut za bezzasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy
na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania
(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……..