

WYROK
z dnia 30 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Andrzej Niwicki
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Sprawiedliwości, 00-950 Warszawa, Al. Ujazdowskie 11** protestu z dnia 4 czerwca 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2032 zł 00 gr. (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) przez **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13** na rzecz **Ministerstwa Sprawiedliwości, 00-950 Warszawa, Al. Ujazdowskie 11** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego,
-
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
 - 4) dokonać zwrotu kwoty 17968 zł 00 gr. (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13.**

Uzasadnienie

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na "Zakup usługi transmisji danych na potrzeby obsługi ogólnopolskich i lokalnych systemów informatycznych, zapewnienia użytkownikom dostępu do centralnych i lokalnych baz danych, świadczenie usług audio i video dla jednostek organizacyjnych resortu sprawiedliwości oraz obsługi centralnych rejestrów sądowych: Krajowy Rejestr Sądowy (KRS), Rejestr Zastawów (RZ), Nowa Księga Wieczysta (NKW) i innych resortowych systemów informatycznych drogą elektroniczną" w dniu 04.06.2008r., wykonawca Netia S.A. (dalej NETIA) złożył protest dotyczący treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), opublikowanej przez Zamawiającego na jego stronie internetowej w dniu 21.05.2008r.

Zamawiający wskazał, że na zamówienie składają się trzy części, a każdy wykonawca może złożyć ofertę na jedną, dwie lub trzy części tego zamówienia.

Wykonawca NETIA zarzucił Zamawiającemu naruszenie **art. 7 i art. 29** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą Pzp.

Zarzuty dotyczące naruszenia art. 29 nie zostały podtrzymane w odwołaniu. Wykonawca NETIA, w związku z naruszeniem art. 7, zażądał dostosowania postanowień SIWZ do treści obowiązujących przepisów ustawy poprzez ustalenie realnych dla wszystkich wykonawców terminów w Harmonogramie, tj.

1. terminu 3 miesięcznego w pkt. 1 i 3 Harmonogramu (odpowiednio pkt. 1 i 4 w par. 5 Istotnych Postanowień Umowy – dalej IPU),
2. terminu 12 miesięcznego w pkt. od 7 – 9 Harmonogramu (par. 5 pkt 7 IPU),
3. terminu 14 dniowego w pkt. 3 par. 5 IPU.

2

W uzasadnieniu protestu wykonawca NETIA podniósł, że określone w SIWZ terminy realizacji umowy są nierealne zważywszy na rozmiar projektu, który wymaga wykonania szeregu czynności technicznych w różnych lokalizacjach w Polsce.

W ocenie NETII określenie tak krótkiego terminu powoduje uprzywilejowanie jednego z potencjalnych wykonawców, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Uprzywilejowanie to wynika z faktu, iż obecnie na rzecz Zamawiającego świadczone są usługi w zakresie pokrywającym się z usługami objętymi niniejszym postępowaniem, co oznacza, że dla tego wykonawcy termin realizacji zamówienia nie stanowi bariery uniemożliwiającej złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Podniósł, że treść SIWZ w zakresie terminu stwarza sytuację, w której wymagania są na tyle rygorystyczne, że nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie prowadzi do ograniczenia kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (wykonawca przywołał wyroki o sygnaturach: UZP/ZO/0-855/05, UZP/ZO/0-1054/06, UZP/ZO/0-533/06).

Wskazał, że w roku 2007 prowadzone były co najmniej 2 postępowania, których przedmiotem były usługi IP VPN o podobnych do niniejszego postępowania zakresie. Były to postępowania prowadzone przez:

1. Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, którego przedmiot obejmował 327 portów – przyjęty czas realizacji wyniósł 10 miesięcy od daty zawarcia umowy,
2. Ministerstwo Finansów, którego przedmiot obejmował świadczenie usług sieci WAN w latach 2008-2001, docelowa sieć miała objąć ponad 730 lokalizacji w Polsce – początkowy termin niecałe 3 miesiące, zmieniony w wyniku protestów na 6 miesięcy, który to termin został krytycznie przyjęty przez Zespół Arbitrów.

Zamawiający pismem z dnia 13.06.2008r., doręczonym wykonawcy w tym samym dniu, w zakresie zarzutu do harmonogramu realizacji umowy, protest oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający podniósł, że niezależnie od swoich uzasadnionych potrzeb na pozyskanie zamawianych usług, przyjęte w SIWZ terminy przygotowania infrastruktury telekomunikacyjnej dla ich świadczenia określone zostały na podstawie innych postępowań przetargowych prowadzonych u Zamawiającego oraz postępowań o porównywalnej im większej skali od przedmiotowego zamówienia.

Zwrócił uwagę, że harmonogram nie narzuca kolejności wykonywanych czynności toteż wykonawca może podjąć i realizować prace jednocześnie. Podniósł także, że postawienie wymagań wymagających nawet znacznego zaangażowania sił i środków wykonawcy, ale możliwych do spełnienia, nie prowadzi do naruszenia zasad uczciwej

3

konkurencji; każdy wykonawca musi posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponować potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Wskazał także, że przedmiot zamówienia ma być zrealizowany w odmiennej technologii od obecnie eksploatowanej w jednostkach organizacyjnych resortu sprawiedliwości, co sprawia, że żaden z dotychczasowych dostawców usług transmisji danych na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości nie jest podmiotem uprzywilejowanym. Zakreślony przez Zamawiającego termin jest optymalny biorąc pod uwagę:

1. skalę przedsięwzięcia,
2. uwarunkowania techniczne i organizacyjne zamówienia,
3. analizy własne Zamawiającego,
4. możliwości rynku telekomunikacyjnego.

W dniu 18.06.2008r. pismem z tego samego dnia, z zachowaniem terminu, o którym

mowa w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca NETIA wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty, żądania i argumentację zawarte w proteście oraz dodając, że kwestia innej technologii, na którą powołuje się Zamawiający nie ma tu znaczenia, gdyż uprzywilejowanie dotychczasowego operatora bierze się głównie z takich elementów jak już stworzony fizyczny dostęp sieci do miejsc, gdzie ma być świadczona usługa, a nadto operator ten ma ułatwione planowanie inżynieryjne z uwagi na posiadaną już wiedzę o miejscach, gdzie usługa jest świadczona.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania oraz stanowisk i oświadczeń, złożonych w toku rozprawy

I. skład orzekający Izby ustalił, co następuje:

Wykonawca miał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania, ponieważ zajmując się profesjonalnie świadczeniem usług, będących przedmiotem zamówienia jest potencjalnym ich wykonawcą, zaś potwierdzenie się zarzutów, że postanowienia SIWZ uniemożliwią mu ubieganie się o udzielenie zamówienie publicznego stanowi uzasadnienie jego interesu prawnego.

4

Termin realizacji zamówienia, wynoszący dla wszystkich części zamówienia 37 miesięcy od dnia zawarcia umowy, Zamawiający wskazał w par. 2 Załącznika nr 1 do SIWZ, tj. w Istotnych postanowieniach umowy.

Szczegółowe etapy wykonania zamówienia wraz z podaniem terminów zostały podane w Planie – Harmonogramie realizacji umowy, stanowiącym Załącznik nr 4 do IPU. Zamawiający zastrzegł, że poszczególne etapy wykonywane będą równolegle dla każdej części zamówienia.

W przywołanym Harmonogramie Zamawiający zażądał:

1. 1 - miesięcznego terminu wykonania na opracowanie projektu infrastruktury technicznej sieci IP VPN udostępnianej zamawiającemu, oddzielnie dla każdej części zamówienia z uwzględnieniem adresacji IP,
2. 2 – miesięcznego terminu wykonania na opracowanie planu – harmonogramu instalacji sprzętu i uruchomienia telekomunikacyjnych łączy dostępowych, oddzielnie dla każdej części zamówienia,
3. 3 – miesięcznego terminu na opracowanie planu – harmonogramu migracji połączeń jednostek organizacyjnych Zamawiającego do docelowej infrastruktury sieciowej,
4. 5 – miesięcznego terminu na wykonanie wszystkich zestawień i uruchomienie w każdej z części, z tym, że w części III termin tej obejmuje także konfigurację i uruchomienie bezpiecznego, centralnego dostępu do sieci Internet oraz przeprowadzenie migracji systemów i aplikacji użytkowych Zamawiającego z aktualnie eksploatowanych sieci transmisji danych do struktury sieciowej świadczenia usług TD, udostępnionej w przedmiotowym postępowaniu.

Nadto Zamawiający zastrzegł dla siebie w pkt. 2 Harmonogramu 14 – dniowy termin na ocenę i akceptację projektu infrastruktury technicznej sieci IP VPN (odpowiednio par. 5 ust. 2 IPU).

Podane terminy zostały także zawarte odpowiednio w par. 5 ust. 1, 4, 5 i 7 IPU.

5

II. Skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Zamawiający – Ministerstwo Sprawiedliwości był zobowiązany, a jednocześnie uprawniony, na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, do objęcia treścią SIWZ kwestii odnoszącej się do terminu wykonania zamówienia, przy czym że oczywistym jest, że wymagania dotyczące sposobu obliczenia ceny, artykułowane przez Zamawiającego, nie mogą naruszać zasad prowadzenia postępowania, w tym przede wszystkim zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Niewątpliwie w interesie Zamawiającego leży jak najszybszy odbiór i korzystanie

z zamawianej usługi. Zamawiający ma zatem prawo oczekiwać od wykonawców sprawnej organizacji pracy, skierowania osób i sprzętu, którzy sprostają jego oczekiwaniom.

Kluczowe dla realizacji tego przedmiotu zamówienia zestawienie i uruchomienie zabudowanych łączy dostępowych w terminie 5 miesięcy rzeczywiście wymagać będzie od wykonawcy konieczności podejmowania działań na terenie całej Polski, z czym wiąże się nieuchronność przemieszczania się osób, którymi wykonawca będzie wykonywał zamówienie i sprzętu. Jednak sam ten fakt nie czyni żądany przez Zamawiającego termin nierealnym. Słusznie wskazuje Zamawiający, że postawienie żądań wymagających nawet znacznego zaangażowania sił i środków wykonawcy, ale możliwych do spełnienia, nie prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

To na Odwołującym, zgodnie z regułą art. 6 KC, spoczywa ciężar dowodu, a tego, że termin przyjęty przez Zamawiającego nie jest realny, Odwołujący nie wykazał.

Skład orzekający Izby wziął także pod uwagę fakt, że Zamawiający w ogóle nie przewidział w SIWZ obowiązku dokonywania wizji lokalnych w miejscach zestawiania i uruchamiania łączy, a zatem wykonawcy, przymierzając swoje możliwości personalno – sprzętowo – organizacyjne do uwarunkowań czasowych tego zamówienia, nie muszą rezerwować czasu na przeprowadzenie tych wizji, a jedynie czerpać swoją wiedzę na temat zamówienia z postanowień SIWZ, a jeśli ta jest niewystarczająca z odpowiedzi Zamawiającego na ich zapytania i wątpliwości.

Otwarta jest kwestia, jakie czynności i na jakim etapie realizacji zamówienia mogą być przez wykonawców kumulowane, a zatem jakie „oszczędności” czasowe są z tym związane, a nadto jakie znaczenie może mieć w tym przypadku indywidualna dla każdego wykonawcy sprawność działania.

Kwestia wystąpienia lub braku tych rezerw czasowych, będących konsekwencją możliwości podejmowania różnych prac w tym samym czasie nie może być uznana na korzyść Odwołującego, właśnie ze względu na wątpliwości co do niej i ciężar dowodu spoczywający na Odwołującym

6

Skład orzekający Izby wziął wreszcie pod uwagę, nie zakwestionowane przez Odwołującego, przykłady postępowań prowadzonych przez innych Zamawiających o porównywalnej do obecnego zamówienia skali, realizowane w terminie zamówienia wynoszącym nawet 4 miesiące, a więc krótszym od obecnego postępowania Zamawiającego.

W tym stanie rzeczy skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia w tym zakresie przez Zamawiającego art.7 i 29 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznał za uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

7

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

** niepotrzebne skreślić*