

Artur Bryzek Adwokat

Kancelaria Adwokacka

00-660 Warszawa ul. Lwowska 7 lok. 2 tel./fax 22 825 09 62

Warszawa, dnia 16 sierpnia 2017 r.

ODPIS

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

02-676 Warszawa, ul. Postępu 17a

Zamawiający: Politechnika Warszawska

Pl. Politechniki 1, 00-661 Warszawa

adres do korespondencji:

00-668 Warszawa, ul. Noakowskiego 18/20

Faks: 22 628-60-75

e-mail: martyna.lubelska@pw.edu.pl

reprezentowana przez:

adwokata Artura Bryzka

adres do doręczeń:

Kancelaria Adwokacka Artur Bryzek

00-660 Warszawa, ul. Lwowska 7 lok. 2

Odwołujący się: T-Mobile Polska S.A.

ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa

reprezentowana przez r. pr. Karola

Kamińskiego i adw. Katarzynę Wyzgał

Krynicki, Dajczer, Kamiński Spółka Partnerska

Radców Prawnych

ul. Nowy Świat 35 lok. 1, 00-029 Warszawa

faks: 22 380-33-51

e-mail: biuro@kdklegal.pl

Artur Bryzek Adwokat

Kancelaria Adwokacka

00-660 Warszawa ul. Lwowska 7 lok. 2 tel./fax 22 825 09 62

Przystępujący po stronie Odwołującego: **Orange Polska S.A.**

Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa

adres do korespondencji:

ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa

faks: 22 556-32-39

e-mail: Piotr.Rembisz@orange.com

Przystępujący po stronie Zamawiającego: **Polkomtel Sp. z o.o.**

ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa

osoba do kontaktów:

Krzysztof Szczepański

e-mail: k.szczepanski@plus.pl

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: „Świadczenie stacjonarnych i komórkowych usług telekomunikacyjnych dla Politechniki Warszawskiej”, prowadzonego przez Politechnikę Warszawską w trybie przetargu nieograniczonego, numer referencyjny: ZP.U.ML.24.2017, numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2017/S 139-285718 z dnia 22 lipca 2017 roku.

KIO 1596/17

ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE

T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie

z dnia 1 sierpnia 2017 r.

Artur Bryzek Adwokat

Kancelaria Adwokacka

00-660 Warszawa ul. Lwowska 7 lok. 2 tel./fax 22 825 09 62

Działając w imieniu Zamawiającego, Politechniki Warszawskiej w Warszawie, pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej przedkładam w załączeniu, na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) dalej jako "PZP", składam niniejszym odpowiedź na odwołanie T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie z dnia 1 sierpnia 2017 roku i wnoszę o:

- 1) oddalenie odwołania wniesionego przez T-Mobile Polska S.A. w całości,
- 2) zasądzenie od Odwołującego się na rzecz Zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie z załączonym rachunkiem.

Informuję, iż Zamawiający otrzymał odwołanie dnia 1 sierpnia 2017 r.

UZASADNIENIE

W dniu 20 lipca 2017 roku Zamawiający przekazał do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu na „świadczenie stacjonarnych i komórkowych usług telekomunikacyjnych dla Politechniki Warszawskiej” – nr referencyjny: ZP.U.ML.24.2017. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2017/S 139-285718 z dnia 22 lipca 2017 roku. Ogłoszenie oraz Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) zostały zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 24 lipca 2017 roku. W tym też dniu ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego i na jego stronie internetowej.

Artur Bryzek Adwokat

Kancelaria Adwokacka

00-660 Warszawa ul. Lwowska 7 lok. 2 tel./fax 22 825 09 62

W dniu 1 sierpnia 2017 roku Zamawiający otrzymał odwołanie spółki T-Mobile Polska S.A. w którym Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do SIWZ oraz OPZ następujących zmian:

- a) usunięcia kryterium oceny ofert „Przełączanie systemów telekomunikacyjnych”;
- b) zmianę terminu wykonania zamówienia i doprecyzowanie, że rozpoczęcie świadczenia usług nastąpi nie później niż w ciągu 60 dni od dnia zawarcia umowy, tj. termin wykonania zamówienia będzie wynosić 48 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi, której uruchomienie nastąpi w ciągu 60 dni od dnia zawarcia umowy.

Kopia odwołania w dniu 2 sierpnia 2017 roku została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego i przekazana Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu za pośrednictwem poczty elektronicznej.

W dniu 4 sierpnia 2017 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła spółka Polkomtel Sp. z o.o.

W dniu 7 sierpnia 2017 roku do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego się przystąpiła spółka Orange Polska S.A.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie zasad uczciwej konkurencji poprzez ustanowienie kryterium oceny ofert „Przełączanie systemów telekomunikacyjnych”, który rzekomo preferuje dotychczasowego dostawcę usług na rzecz Zamawiającego tj. Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Odwołujący zarzuca, że tylko w przypadku spółki Polkomtel Sp. z o.o. nie dojdzie do przerw w działaniu usługi podczas przełączania systemów telekomunikacyjnych,

Artur Bryzek Adwokat

Kancelaria Adwokacka

00-660 Warszawa ul. Lwowska 7 lok. 2 tel./fax 22 825 09 62

podczas gdy pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie będą mogli tego dokonać „bezprzerwowo”, co jest najwyżej punktowane.

Dodatkowo Odwołujący zarzuca, iż przedmiotowe kryterium zostało opisane w sposób niejasny i niejednoznaczny ponieważ nie zostało zdefiniowane, co Zamawiający rozumie pod pojęciem przełączania systemów telekomunikacyjnych i jakie czynności należy przeprowadzić z zachowaniem deklarowanej ciągłości usług, co uniemożliwia prawidłowe przygotowanie oferty i ocenę przez wykonawcę możliwości zadeklarowania takiego okresu przerwy, która pozwoliłaby na uzyskanie najwyższej liczby punktów.

Ponadto Odwołujący kwestionuje prawidłowość określenia terminu rozpoczęcia świadczenia usług poprzez wskazanie konkretnej daty tj. 1 listopada 2017 roku. Zdaniem odwołującego się jest to niezgodne z art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 PZP. Odwołujący twierdzi, że chcąc rozpocząć świadczenie usługi musi wykonać szereg czynności przygotowawczych, zarówno w zakresie telefonii komórkowej jak i stacjonarnej i aby tego dokonać musi mieć zapewniony odpowiednio długi, co najmniej 60-dniowy termin na przygotowanie do świadczenia usług a Zamawiający wskazał, że uruchomienie usługi ma nastąpić w 1 miesiąc od podpisania umowy.

Odnosząc się do powyższych zarzutów Zamawiający stwierdza, że Odwołujący w sposób bezprawny próbuje dopasować wymogi SIWZ do swoich zdolności i możliwości technicznych. Zgłoszone zarzuty są bezpodstawne, nie są poparte żadnymi dowodami i nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się szczegółowo do zarzutów Odwołującego wskazuję, co następuje:

1. Wprowadzając kryterium oceny ofert „Przełączanie systemów telekomunikacyjnych” Zamawiający preferuje bezprzerwowe przełączenie systemów telekomunikacyjnych. Oczekiwanie zamawiającego wynika z technicznych możliwości central. Centrale eksploatowane przez Zamawiającego wyposażone są w kilka kart PRA lub karty sieciujące (E1) o dwóch interfejsach. Posiadane wyposażenie umożliwia równoległe podłączenie środowiska telekomunikacyjnego do co najmniej dwóch infrastruktur telekomunikacyjnych - obecnej i oferenta. **Umożliwia to przełączenie w sposób bezprzerwowy.** Jest to wiedza, którą posiada każdy z doświadczonych operatorów telekomunikacyjnych. To, że przeprowadzenie takiego przełączenia związane jest z większymi nakładami finansowymi oraz organizacyjnymi nie świadczy o tym, iż mamy do czynienia z kryterium naruszającym zasadę uczciwej konkurencji. **Natomiast w kwestii przeniesienia numeracji telefonicznej do nowego operatora, która to operacja nie jest zależna tylko od oferenta, czynność ta nie jest brana pod uwagę w tym kryterium.** Natomiast samo ustanowienie krótszych terminów wykonania świadczeń nie jest niezgodne z treścią przepisów przywołanych przez Odwołującego się, ponieważ przepisy te określają terminy maksymalne na dokonanie przeniesienia numerów („następuje nie później niż” lub „nie może powodować przerwy w świadczeniu usług telekomunikacyjnych dłuższej niż”). Zatem ustanowienie krótszych terminów wykonania świadczeń nie jest niezgodne z treścią cytowanych przepisów. Strony mogą ustalić umowne terminy wykonania poszczególnych świadczeń w oparciu o deklaracje złożone przez wykonawcę w toku postępowania przetargowego.

2. Czas wykonania poszczególnych świadczeń jest jednym z najczęstszych kryteriów oceny ofert stosowanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia teleinformatycznego. Jedną z kluczowych cech związanych z wykonywaniem usług telefonicznych, czy usług dostępu do internetu jest minimalizowanie okresów przerwy w wykonywaniu świadczeń. **Zamawiający ma prawo określić jakiego rodzaju cechy świadczenia mają dla niego istotne znaczenie, nadać im szczególne znaczenie.** Wskazujemy na ustalony w orzecznictwie Izby pogląd (np.: wyrok z dnia 03.09.2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 1081/09), zgodnie z którym Wykonawca nie jest uprawniony, aby ustalać za Zamawiającego jakie parametry mają mieć charakter istotny, podlegający ocenie celem otrzymania produktu zaspakajającego oczekiwania w jak najszerszym zakresie. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia, którego przeprowadzenie ma doprowadzić do zaspokojenia jego potrzeb, pod warunkiem, że nie uchybia to zasadom równego traktowania wykonawców oraz zasadzie uczciwej konkurencji.
3. W naszej ocenie Odwołujący pomimo żądania usunięcia przedmiotowego kryterium z dokumentacji przetargowej **nie wykazał, iż samo kryterium narusza zasadę uczciwej konkurencji.** Czym innym jest bowiem podnoszone twierdzenie, iż dane kryterium umożliwia uzyskanie większej liczby punktów przez doczasowego wykonawcę (w jakimś stopniu ułatwia złożenie mu wyżej ocenionej w tym kryterium ceny). Nie jest to jednak okoliczność dowodząca, iż skrócenie czasu trwania przełączania systemów telekomunikacyjnych jako kryterium pozacenowe nie jest związane z przedmiotem zamówienia, bądź też nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Jak ponadto dodaje Izba¹: „*Nakaz równego traktowania wykonawców oraz*

¹ Wyrok KIO z dnia 04 czerwca 2013 r. sygn. akt: KIO 1189/13

uczciwej konkurencji nie oznacza takiego porządku preferencji, który eliminowałby w procesie oceny ofert różnice między produktami oferowanymi przez poszczególnych wykonawców oraz odbierał Zamawiającemu prawo do takiego sformułowania treści SIWZ, aby umożliwić dokonanie wyboru produktu najbardziej odpowiadającego jego indywidualnym potrzebom". Skrócenie czasu przetęczenia leży obiektywnie w interesie Zamawiającego.

4. Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1, 2c i 3 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zakresie w jakim Zamawiający przewidział kryterium oceny ofert „przetęczanie systemów telekomunikacyjnych” w sposób wewnętrznie sprzeczny i niejasny oraz preferujący operatora dotychczas świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego, Zamawiający odrzuca powyższe zarzuty wskazując, iż ww. przepisy ustawy PZP nie zostały naruszone. Norma wyrażona w treści art. 29 ust. 1 PZP nakazuje zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wybór taki na tym etapie postępowania nie został jeszcze dokonany, zaś w treści SIWZ kryteria oceny ofert zostały zamieszczone. Brak zatem w naszej ocenie naruszenia powyższej normy. Przywołany art. 91 ust. 2c PZP doprecyzowuje pojęcie zięzania kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia, zaś art. 91 ust. 3 PZP ustanawia zakaz stosowania tzw. kryteriów podmiotowych (dotyczących właściwości wykonawcy). Odwołujący w żaden sposób nie precyzuje na czym miałyby polegać naruszenie obu norm. **W szczególności nie został podniesiony zarzut niezwiązania kryterium z przedmiotem zamówienia, ani ustanowienia zakazanego kryterium podmiotowego.**

Artur Bryzek Adwokat

Kancelaria Adwokacka

00-660 Warszawa ul. Lwowska 7 lok. 2 tel./fax 22 825 09 62

5. Odwołujący wnosi ponadto zarzuty do sposobu opisywania przedmiotu zamówienia wskazując na naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, to jest przepisów odnoszących się do sposobu opisywania przedmiotu zamówienia. Zwracamy uwagę na to, iż nawet jeśli deklaracja wykonawcy co do sposobu wykonania przetęczenia będzie jego umownym zobowiązaniem, to nie mamy w tym zakresie do czynienia z opisem przedmiotu zamówienia. Nie można się także zgodzić z zarzutem naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp zgodnie z którym zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Na tym etapie postępowania zarzut taki jest przedwczesny.
6. Zwracamy także uwagę na to, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego nie doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez określenie niespójnych i nieprecyzyjnych terminów wykonania przedmiotu zamówienia oraz określenie sztywnego (kalendarzowego) terminu rozpoczęcia wykonywania świadczeń telekomunikacyjnych. Posłużenie się przez Zamawiającego datą kalendarzową poprzez wyznaczenie terminów wykonania świadczeń nie narusza zasady uczciwej konkurencji. Jak wskazuje Izba²: **„Określenie granicznej daty nie stanowi, wbrew twierdzeniom odwołującego, naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest bowiem dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie stwierdzić, że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. (...) ponieważ zamówienie ma realizować obiektywną potrzebę zamawiającego jego realizacja musi nastąpić w terminie na to pozwalającym. Wykonawca ma bowiem możliwość zapoznania się z warunkami SIWZ, w tym także terminem realizacji zamówienia będącego**

² Wyrok KIO z dnia 16 października 2014 r. sygn. akt: KIO 2029/14

Artur Bryzek Adwokat

Kancelaria Adwokacka

00-660 Warszawa ul. Lwowska 7 lok. 2 tel./fax 22 825 09 62

przedmiotem danego postępowania, a tym samym zdecydowania, czy mu to odpowiada i czy chce złożyć ofertę”. Niezależnie bowiem od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje ich dodatkowy koszt w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza swe interesy, kalkulując cenę oferty (wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 67/08). Ponadto należy mieć na uwadze, że Zamawiający określił odległy, to jest wyznaczony na 1 listopada 2017 r. termin na rozpoczęcie wykonania zamówienia. W ocenie Zamawiającego ustanowienie takiego terminu nie narusza zasady uczciwej konkurencji, umożliwia wykonawcy sprostanie postawionym wymaganiom. Ustanowienie takiego terminu jest zarazem uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego (termin zakończenia obecnie trwającej umowy) i daje realne szanse dla wykonawców na rozpoczęcie świadczenia usług w założonym terminie. W tym względzie Zamawiający odnosząc się do wyznaczenia terminu kalendarzowego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi telekomunikacyjne podobnie jak Krajowa Izba Odwoławcza³, wskazuje, że: „*Jak wynika z treści SIWZ Zamawiający ustalił termin otwarcia ofert na dzień 10 sierpnia 2012 r. W ocenie Izby ustalony termin otwarcia ofert daje Zamawiającemu realne szanse – przy dochowaniu przez niego należytej staranności – na szybkie zakończenie procedury wyboru oferty najkorzystniejszej i podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego z uwzględnieniem terminów na wnoszenie środków ochrony prawnej na etapie dokonywania tych czynności w terminie, który umożliwi wybranemu w postępowaniu wykonawcy możliwość rozpoczęcia świadczenia usługi począwszy od dnia 1 października 2012 r.*”. **W przedmiotowym postępowaniu mamy zatem do czynienia z terminem realnym, uzasadnionym obiektywnymi potrzebami Zamawiającego.**

³ Wyrok KIO z dnia 23 lipca 2012 r. sygn. akt: KIO 1433/12

Artur Bryzek Adwokat

Kancelaria Adwokacka

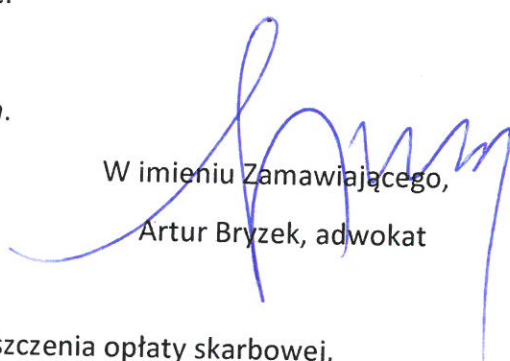
00-660 Warszawa ul. Lwowska 7 lok. 2 tel./fax 22 825 09 62

7. Warto także zauważyć, iż ciężar dowodu w przypadku postępowania odwoławczego, w którym Wykonawca, podnosząc zarzuty odwołania podważa określone czynności Zamawiającego, spoczywa na Odwołującym się wykonawcy. W złożonym odwołaniu brak jest jakichkolwiek dowodów na poparcie tezy, iż koniecznym jest w niniejszym zamówieniu ustanowienie 60 dniowego terminu na rozpoczęcie wykonywania świadczeń telekomunikacyjnych. Brak jest szczegółowej informacji, jakiego to rodzaju działania przygotowawcze wymagają opóźnienia w rozpoczęciu wykonywania świadczeń aż o taki okres czasu (60 dni). Dlaczego nie jest możliwym rozpoczęcie wykonywania usług przykładowo w terminie miesiąca. Odwołujący nie stara się nawet rozgraniczyć w tym zakresie usług telefonii komórkowej oraz stacjonarnej, pomimo iż mamy w tym zakresie do czynienia z całkowicie odmiennymi świadczeniami. Mamy jedynie do czynienia z ogólnymi тезami Odwołującego się niepopartymi żadnymi dowodami, co stanowi podstawę do odrzucenia zarzutów ponoszonych przez Odwołującego się, szczególnie w zakresie rzekomego naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy biorąc pod uwagę wszystkie przytoczone powyżej argumenty złożone odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak w *petitum*.

W imieniu Zamawiającego,
Artur Bryzek, adwokat



Załączniki:

1. odpis pełnomocnictwa wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. odpis aktu stwierdzenia wyboru Rektora,
3. faktura.