



**BIURO
GENERALNEGO INSPEKTORA
OCHRONY DANYCH OSOBOWYCH**

Warszawa, dnia 22 lipca 2014 r.

DOA-2210-2/14/ 56647 /14

**Wykonawcy, którzy pobrali Specyfikację
Istotnych Warunków Zamówienia**

Zamawiający - Biuro Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z siedzibą w Warszawie przy ul. Stawki 2 informuje na podstawie art. 38 ust. 2 Ustawy prawo zamówień publicznych, że w dniu 21 lipca br. wpłynęło pismo dotyczące Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi udostępnienia łącza dostępowego do Internetu oraz łącza do transmisji danych w celu zapewnienia dostępu Biura GIODO do Systemu Informacji Schengen, o następującej treści:

„Na podstawie przepisu art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą”, zwracamy się z uprzejmą prośbą o udzielenie odpowiedzi na poniższe pytania odnoszące się do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

1. W zawiązku z ogłoszonym postępowaniem przez GIODO i wyznaczonym terminem składania ofert na 25.07.2014r. wnioskujemy o wydłużenie terminu składania ofert do dnia 14 sierpnia 2014 r.

Obecny termin składania ofert, który upływa dnia 25.07.2014r. jest terminem zbyt krótkim biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia, a co więcej, narusza wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) dalej: „Pzp” zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, albowiem w nieuzasadniony sposób uprzywilejowuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi dla Zamawiającego. Przedmiot zamówienia, który Zamawiający zamierza uzyskać w wyniku prowadzonego postępowania jest specyficzny albowiem jest dedykowany dla Zamawiającego. Powyższe powoduje, iż wszyscy Wykonawcy - oprócz Wykonawcy obecnie świadczącego usługi dla Zamawiającego - muszą przeprowadzić czasochłonną procedurę sprawdzenia warunków technicznych umożliwiających świadczenie usług zgodnie z wymaganiami SIWZ. W celu sprawdzenia, czy Wykonawca będzie miał możliwość realizacji łącza dostępowego np. drogą radiową lub światłowodową koniecznym jest dokonanie szeregu czasochłonnych czynności sprawdzających w tym wizji lokalnej, której możliwość przeprowadzenia uzależniona jest od wielu czynników zewnętrznych w tym m.in. warunków atmosferycznych. Co więcej, w przypadku dużej liczby lokalizacji i znacznego oddalenia ich od siebie, czas przeznaczony na przeprowadzenie wizji lokalnej może ulec znacznemu wydłużeniu (do kilku a nawet kilkunastu dni). Przeprowadzenie wizji lokalnej ma istotne znaczenie dla prawidłowego oszacowania oferty.

Wykonawcy potrzebują ponadto czasu na zapoznanie się z warunkami specyfikacji i zadanie ewentualnych pytań do jej treści. Wyznaczenie przez Zamawiającego tak krótkiego terminu składania ofert powoduje, iż de facto Wykonawcy pozbawieni zostali możliwości zadawania pytań do treści SIWZ czy też dokonania analizy przedmiotu zamówienia np. poprzez prowadzenie wizji lokalnej.

Przedstawione powyżej okoliczności powodując, iż rzeczywisty czas na dokonanie przez Wykonawców weryfikacji warunków technicznych, opracowania i dostosowania ich do potrzeb Zamawiającego oraz prawidłowego przygotowania oferty jest znacznie krótszy niż wynikałoby to z różnicy pomiędzy datą ogłoszenia zamówienia a datą składania ofert. De facto, w opisanej sytuacji, ofertę będzie w stanie złożyć tylko jeden Wykonawca, a mianowicie Wykonawca obecnie świadczący usługi dla Zamawiającego, który nie musi przeprowadzać procedury weryfikacyjnej w zakresie technicznych możliwości realizacji przedmiotu zamówienia, takie działanie Zamawiającego, w rażący sposób narusza szereg przepisów Pzp, zaś w szczególności wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołu Arbitrów:

1. wyroku KIO z dnia 1 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11 „uwzględnienie czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty w warunkach konkretnego postępowania, w szczególności opisu przedmiotu zamówienia jego złożoności i rozmiarów, zapewnia realną konkurencję w postępowaniu i odpowiada postulatowi wynikającemu z art. 7 ust. 1 Pzp.”
2. wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2765/11 „(...) Izba rację przyznaje odwołującemu oraz przystępującemu, którzy w toku postępowania odwoławczego zwracali uwagę. Iż zamawiający wyznaczył na składanie ofert termin zbyt krótki, nieuwzględniający czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, złożoności i wartości przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji niegwarantujący wykonawcom możliwości złożenia rzetelnych i prawidłowo skalkulowanych ofert. Odwołujący i przystępujący wskazywali, iż termin do składania ofert powinien uwzględniać wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na czasochłonności przygotowania rzetelnej oferty, jak również mieć na względzie wszystkie niezbędne czynności - wymogi, którym wykonawcy muszą sprostać. (...) Zatem zdaniem Izby zamawiający naruszył art. 43 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, co implikuje stwierdzenie, iż zarzut nr 5 odwołania potwierdził się.”
3. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15 grudnia 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2161/04 „Zgodnie z treścią art. 64 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (obecnie art. 43 Pzp - przyp. wł.) Zamawiający zobowiązany jest wyznaczyć termin do składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty. W ocenie Zespołu Arbitrów przepis ten zobowiązuje Zamawiającego do wyznaczenia takiego terminu, który pozwoli wykonawcom w całości spełnić oczekiwania Zamawiającego wyszczególnione w SIWZ. Jest to niewątpliwie czas konieczny na wnikliwe zapoznanie się wykonawcy z SIWZ, prawidłowe sporządzenie oferty i jej złożenie w siedzibie Zamawiającego. Wszystkie te czynności wykonawca musi zrealizować do wyznaczonego terminu składania ofert. Wyznaczony termin przez Zamawiającego jest terminem zawitym, który w żadnym wypadku nie może być uchybiony przez wykonawcę.”

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się w celu uzyskania przedmiotu zamówienia w jak najszerszym zakresie odpowiadającego potrzebom Zamawiającego, a przy tym najkorzystniejszego pod względem cenowym. Wyznaczając krótki termin składania ofert udziału w postępowaniu Zamawiający pozbawił się realnej konkurencji, a zatem możliwości uzyskania przedmiotu zamówienia za najbardziej korzystną cenę. Wielce prawdopodobnym jest bowiem, iż część Wykonawców zainteresowanych wzięciem udziału w postępowaniu, zrezygnuje z powodu braku możliwości opracowania oferty we wskazanym przez Zamawiającego terminie.

Ponadto Firma zwraca uwagę Zamawiającego na fakt, wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, nieuwzględniającego czasu niezbędnego na jej prawidłowe przygotowanie, narusza przepisy o zamówieniach publicznych i wywiera znaczący wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zgodnie bowiem z art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. Z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.) naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w art. 17 ust. 1 i 1b, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

2. Czy wzięwszy pod uwagę potrzebę doprecyzowania warunków świadczenia usług zgodnie z wymogami prawa telekomunikacyjnego (art. 59 i n. ustawy Prawo telekomunikacyjne), Zamawiający dopuszcza możliwość dołączenia do wzoru umowy Regulaminu świadczenia usług telekomunikacyjnych wydanego przez Wykonawcę zgodnie z treścią ustawy Prawo telekomunikacyjne, oczywiście przy założeniu, że taki regulamin wiązałby strony jedynie w zakresie nieuregulowanym i niesprzecznym z Umową tj. uzupełniałby postanowienia projektu umowy o szczegółowe postanowienia regulaminu dotyczące warunków świadczenia usług.
3. Wnosimy o wydłużenie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi na 3 miesiące od dnia podpisania Umowy., ponieważ Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Dyrektywą płynącą z art. 29 ust. 2 ustawy jest zatem przede wszystkim zakaz ustalania preferencji w opisie przedmiotu zamówienia. Niedozwolony jest taki opis przedmiotu zamówienia, który bez dostatecznego uzasadnienia uniemożliwiałby złożenie oferty wykonawcy, bądź grupie wykonawców lub uniemożliwił wykonawcom mogącym złożyć ofertę konkurowanie na takich samych zasadach. Opis przedmiotu zamówienia nie może wykraczać poza cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który sprowadza się do wyłonienia rzetelnego oraz wiarygodnego wykonawcy zdolnego wykonać zamówienie. Natomiast Zamawiający w niniejszym postępowaniu nadużył swoich uprawnień wynikających z art. 29 ustawy. Zgodnie z SIWZ i jego załącznikami. Zamawiający wymaga uruchomienia usługi od 01.09.2014r. - jest to termin rażąco krótki i niewystarczający do realizacji zamówienia przez każdego Wykonawcę, za wyjątkiem operatora który obecnie świadczy usługi dla Zamawiającego. Tak krótki termin realizacji zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez operatora alternatywnego i preferuje wykonawcę, który obecnie świadczy usługi. Niezależnie od technologii, w jakiej świadczone będą usługi telekomunikacyjne, należy mieć na względzie czas niezbędny, jaki potrzebuje operator telekomunikacyjny na przygotowanie do świadczenia usługi (stworzenie możliwości technicznych realizacji zamówienia). Budowa łączy telekomunikacyjnych oraz ich pozyskiwanie z zasobów innych

operatorów telekomunikacyjnych jest procesem czasochłonnym i wiąże się z podjęciem przez wyspecjalizowanych pracowników wykonawcy szeregu działań. Niezależnie od wybranej technologii realizacji zamówienia, czas ten wynosi około 3 miesięcy. Zatem niemożliwym jest rozpoczęcie realizacji usługi w takim terminie jaki wskazał Zamawiający. Tak krótki termin uruchomienia usług przewidziany w SIWZ preferuje tych spośród dostawców usług, którzy już świadczą usługi w wybranych lokalizacjach. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający nie jest uprawniony do powoływania się na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, gdyż wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji zbyt późnego wszczęcia postępowania przez zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując analogiczny stan faktyczny w wyroku z dnia 22 lipca 2009r. (sygn. akt KIO 874/09) orzekła, iż termin 15 dni na rozpoczęcie świadczenia usługi telekomunikacyjnej jest terminem zbyt krótkim i naruszającym zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Podobne orzeczenie zapadało w sprawie o sygn. akt KIO 1123/10 (wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2010r.) gdzie „Skład orzekający Izby stwierdza, że przewidzenie zbyt krótkiego, a w dodatku nieokreślonego okresu przeznaczonego na przygotowanie wykonawcy do rozpoczęcia spełniania świadczenia, gdy konieczne test dosyć skomplikowane przygotowanie wykonawcy do spełniania świadczenia, nie może być uznane jako właściwe stosowanie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp”.

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia powinien uwzględnić istniejące realia rynkowe oraz potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu tak, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której dochodzi do zawężenia kręgu wykonawców poprzez nieuzasadnione w obiektywny sposób zapisy SIWZ. Postanowienie Siwz i ogłoszenia o zamówieniu bez dostatecznego uzasadnienia uniemożliwiają złożenie oferty wykonawcom posiadającym doświadczenie w realizacji usług podobnych, jednakże nie posiadającym dostępu do łączu we wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach. W konsekwencji to opis przedmiotu zamówienia, a nie zaoferowane w postępowaniu ceny, zdecydują komu Zamawiający udzieli zamówienia. Powyższe działanie Zamawiającego ma miejsce na etapie poprzedzającym składanie ofert, w konsekwencji czyni z opisu przedmiotu zamówienia quasi warunek udziału w postępowaniu. Cel, który zamierza osiągnąć Zamawiający przeprowadzając przedmiotowe postępowanie nie uzasadnia takiego ograniczenia.

Formułując wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający winien kierować się celem, jakiemu zamawiane produkty mają służyć. Każde wymaganie ma znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Zespół Arbitrów w orzeczeniu z dnia 24 sierpnia 2007r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1040/07 oraz UZP/ZO/0-1045/07) stwierdził, iż „wymagania muszą mieć walor istotnych, znaczących dla przedmiotu, nie mogą mieć charakteru subiektywnych, albo więcej - zmierzających do wyeliminowania niektórych podmiotów, bądź wyrażać preferencji dla konkretnego przedmiotu”. Skoro Zamawiający mógł wszcząć postępowanie odpowiednio wcześniej i przewidzieć, iż czynności przygotowawcze do realizacji zamówienia zajmą wybranemu wykonawcy dłuższy czas to należy uznać, że nie istnieją żadne obiektywne przesłanki dopuszczające tak krótki termin zestawienia i uruchomienia łączu. Powyższą argumentację potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

1. „Szeroko pojęte wymagania zamawiającego (w tym również dotyczące miejsca czy sposobu jego realizacji) składające się na opis przedmiotu zamówienia mogą naruszać konkurencję, o której stanowi art. 29 ust 2 p.z.p., nie tylko przez eliminację niektórych wykonawców z możliwości zaoferowania swoich usług czy produktów, ale również w sposób nadmiernie utrudniający przygotowanie i złożenie korzystnej ekonomicznie i racjonalnej oferty.” - wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2009r sygn. akt KIO/UZP 1734/09;
2. Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji należy rozumieć nie tylko opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ale także poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę), lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego.”- wyrok KIO z dnia 18 listopada 2008r., sygn. akt KIO/UZP 1240/08

W tym miejscu wspomnieć należy jeszcze o Orzeczeniu Głównej Komisji Orzekającej z dnia 23 kwietnia 2009 r. (BDF1/4900/22/21/09/726), w którym czytamy: „Prawo zamówień publicznych, zawierając w art. 7 ust. 1 obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia zakazuje dokonywania jego opisu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, nie zaś naruszający zasady uczciwej konkurencji”.

Ponadto firma wskazuje, iż udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jest naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, o której mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. Z 2005 r. Nr 14, poz. 114, zm. Dz. U. Nr 249, poz. 2104). Regulacja ta podkreśla wagę, jaką przykładła Ustawodawca do problematyki zamówień publicznych.

Zamawiający wskazał, że zamówienie należy zrealizować nie wcześniej niż od 1 września 2014 r. Określenie przez Zamawiającego terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia poprzez wskazanie

konkretnej daty kalendarzowej stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Wykonawca zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu nie ma wiedzy, co do tego kiedy zakończy się postępowanie, a co za tym idzie, kiedy zostanie podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego i ile czasu pozostanie mu na przygotowanie do rozpoczęcia świadczenia usług. Przed rozpoczęciem świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia, wykonawca wybrany do wykonania zamówienia musi podjąć szereg czasochłonnych działań o charakterze przygotowawczym. Natomiast, przy obecnym ukształtowaniu postanowień SIWZ i projektu umowy, bez względu na to kiedy zostanie podpisana umowa, będzie zobowiązany do rozpoczęcia świadczenia usług od dnia 1 września 2014 r. Takie działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne, gdyż uniemożliwia wykonawcy przygotowanie się do świadczenia usług i naraża go na obowiązek zapłaty kar umownych.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w ugruntowanym w tym zakresie orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo można wskazać na wyrok KIO z dnia 4 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2411/13, KIO 2434/13, w którym jednoznacznie wskazano, iż „w ocenie Izby, ustalony przez Zamawiającego w konkretnej dacie termin na uruchomienie usług, bez określenia odpowiedniego okresu, liczonego od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na podjęcie działań ze strony wykonawcy wybranego do realizacji przedmiotu zamówienia, zmierzających do uruchomienia usług, narusza art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.” Analogiczne orzeczenie zapadło również w sprawie o sygn. akt KIO 2135/13 oraz KIO 2316/13

W związku z powyższym wnosimy o dokonanie przez Zamawiającego modyfikacji treści SIWZ poprzez zmianę postanowień SIWZ w zakresie terminu wykonania umowy, w taki sposób, aby wprowadzić dla wykonawców termin na uruchomienie usługi liczony od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na poziomie nie krótszym niż 3 miesiące.

Odpowiedzi:

Ad. 1

Zamawiający nie widzi podstaw do wydłużenia terminu składania ofert.

Ad. 2

Zamawiający nie dopuszcza zmiany warunków świadczenia usług poprzez dołączenie jako załącznika do wzoru umowy regulaminu świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Ad. 3

Zamawiający nie wyraża zgody na wydłużenie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi na 3 miesiące od dnia podpisania umowy.

DYREKTOR BIURA
GENERAŁNEGO INSPEKTORA
OCHRONY DANYCH OSOBOWYCH
Jan Nowak