

UZP/DKUE/KD/25/2015

### Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

#### 1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

<b>Zamawiający:</b>	Gmina Cekcyn ul. Szkolna 2 89 – 511 Cekcyn
<b>Rodzaj zamówienia:</b>	roboty budowlane
<b>Przedmiot zamówienia:</b>	Budowa sieci szerokopasmowej w celu przeciwdziałania wykluczeniu cyfrowemu w gminie Cekcyn
<b>Tryb postępowania:</b>	przetarg nieograniczony
<b>Wartość zamówienia:</b>	2 306 062,70 zł (545 826,58 euro), w tym wartość zamówień uzupełniających 658 875,06 (155 950,45 euro)

#### 2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

##### A. Opis i kwalifikacja prawna naruszeń:

1. Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) przedmiot zamówienia w kontrolowanym postępowaniu obejmował zaprojektowanie, wykonanie, uruchomienie oraz administrowanie przez okres 24 miesiące sieci szerokopasmowej na terenie Gminy Cekcyn (...). Sieć powinna zostać zaprojektowana w strukturze hierarchicznej, składającej się z dwóch podstawowych poziomów: sieci rdzeniowej (w technologii mieszanej światłowodowo – radiowej) oraz sieci dostępowej (w technologii radiowej). Zamawiający wymagał zaprojektowania i wykonania:

- a) nie mniej niż 15 km szerokopasmowej sieci światłowodowej,
- b) sieci transmisyjnej składającej się z radiowych węzłów rdzeniowych (systemów radiolinii punkt – punkt w paśmie nielicencjonowanym 5 GHz, stanowiących dopełnienie światłowodowej sieci rdzeniowej),
- c) sieci dostępowej (stacji bazowych systemu punkt – wielopunkt, pracujących w paśmie nielicencjonowanym 5 GHz), wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zamieszczonym w SIWZ wskazał, że „w przypadku wątpliwości co do parametrów urządzeń wskazanych w ofercie, Zamawiający zastrzega sobie prawo do wezwania Wykonawcy, przed podpisaniem umowy, do dostarczenia w terminie wcześniejszym niżby to wynikało z harmonogramu prac, w terminie 7 dni (przed zmianą SIWZ był termin 3 dni) od daty otrzymania wezwania na własny koszt do siedziby Zamawiającego:

- 1 szt. przełącznika głównego węzła głównego sieci,
- 1 szt. firewall z węzła głównego sieci,
- 1 szt. routera brzegowego,
- 1 szt. przełącznika radiowego węzła rdzeniowego i przełącznika dostępowego JPG,
- 1 kompletu systemu kontroli dostępu do sieci NAC,
- 1 szt. kontrolera WiFi wraz z punktem dostępowym WiFi,
- 1 kompletu urządzeń radiowej sieci dostępowej 5GHz (punkt wielopunkt) i radiowego urządzenia abonenckiego,
- oprogramowania zarządzającego urządzeniami aktywnymi (sieciowymi i radiowymi) w sieci,
- i wykazania spełnienia wymaganych w Załączniku nr 1 do SIWZ (Tabele 1,2,3, 5,6,7,9,10,11,12,13,14) parametrów i wyników testów przez ich uruchomienie na dostarczonym sprzęcie. Z przeprowadzonych testów zostanie sporządzony protokół podpisany przez przedstawicieli obu stron bez zastrzeżeń.

W przypadku niedostarczenia tych urządzeń, nieuruchomienia sprzętu oraz niezgodności wyników przeprowadzonych testów z wymaganiami zawartymi w SIWZ oferta zostanie odrzucona.”

Pismem z dnia 05.05.2014 r. wykonawca poinformował zamawiającego o czynności niezgodnej z przepisami ustawy. W powyższym piśmie wykonawca wskazał, że zamawiający dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji. W ocenie Wnioskodawcy „bardzo dokładny opis wymaganych urządzeń (drogiego sprzętu specjalistycznego), jak również czas, który uczestnik ma na ich zdobycie oraz przedstawienie zamawiającemu, wzbudzają bardzo poważne wątpliwości pod kątem proporcjonalności oraz celowości wprowadzenia tych wymogów. (...) Urządzenia i oprogramowanie, których przedstawienia żąda zamawiający zaledwie w ciągu 3 dni od daty otrzymania wezwania nie są też towarem dostępnym „od ręki”, którego zakup można w normalnych warunkach przeprowadzić w ciągu kilku tygodni. Nie są one także towarem tanim, który przeciętny uczestnik przedmiotowego postępowania mógłby zakupić z wyprzedzeniem nie poznawszy wcześniej wyniku postępowania, a jedynie z nadzieją, że inwestycja się zwróci (...). Wypożyczenie sprzętu od firm dystrybutorów ww. urządzeń i oprogramowania jest możliwe w bardzo ograniczonym zakresie. Z reguły istnieje bardzo mała ilość urządzeń (pojedyncze sztuki) dostępne jako tzw. sprzęt demo, często o parametrach, funkcjonalności i konfiguracji jedynie zbliżonych i nierzadko odbiegających od urządzeń zgodnych z wymogami SIWZ. Dostęp do takich urządzeń mają wyłącznie autoryzowani sprzedawcy, którzy mają już jakąś udokumentowaną historię zamówień. (...)”

Pismem z dnia 07.05.2014 r. zamawiający oddalił informacje o przekroczeniu przepisów ustawy dowodząc, że „(...) wbrew twierdzeniom wnoszącego pismo, zamawiający nie naruszył zasady uczciwej konkurencji w ustaleniu 3 dniowego terminu na przedstawienie próbek. Wykonawcy realizujący zadania objęte przedmiotem zamówienia w sposób ciągły nimi dysponują. Są one dostępne w ogólnym handlu i do pozyskania na termin 25 maja br. bez najmniejszego problemu. Od dnia ogłoszenia postępowania jest to okres 30 i więcej dni. Chcąc wziąć udział w naszym postępowaniu już na tym etapie u poszczególnych kontrahentów wykonawca może sobie fakultatywnie zarezerwować dane próbki i nie stanowi to żadnej przeszkody w złożeniu oferty, jak i również nie utrudnia uczciwej konkurencji – wszyscy wykonawcy muszą postąpić tak samo. (...) Intencją zamawiającego było ustanowienie w ramach rozdziału III ust. 5 SIWZ zapisu, który gwarantuje wykonawcom możliwość dostarczenia urządzeń do testów w sytuacji, w której z przedłożonej w trakcie postępowania dokumentacji (specyfikacji, kart katalogowych) nie wynika jasno, iż parametry oferowanych urządzeń spełniają wymogi SIWZ, a wykonawcy będą mieli obiektywne trudności by uzyskać np. potwierdzenie od producenta tych urządzeń celem przedłożenia na wniosek o wyjaśnienia do oferty. Zapis ten określa uprawnienia zamawiającego, który jest zobligowany do szczególnej staranności w toku badania zgodności ofert z SIWZ, a nie obligatoryjny warunek i obowiązek wykonawcy. (...) Zamawiający w rozdziale III ust. 5 SIWZ,

inaczej niż sugeruje firma nie ustanowił sposobu oceny spełnienia kryteriów wyboru oferty. Kwestie te w uregulowane zostały w rozdziale V SIWZ – Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. (...) Zdaniem firmy wątpliwości wzbudza dokładny opis urządzeń oraz czas wskazany na ich zdobycie i przedstawienie zamawiającemu jednak opisane urządzenia są kluczowymi elementami projektowanej sieci szerokopasmowego dostępu do Internetu, zatem dostarczenie wiarygodnych informacji na temat ich parametrów jest zagadnieniem kluczowym, proporcjonalnym i celowym.” Ponadto zamawiający w dniu 07.05.2014 r. zmienił termin na dostarczenie powyższych materiałów z 3 dni na 7 dni.

Wykonawca wniósł odwołanie, które KIO postanowieniem z dnia 15.05.2014 r. sygn. akt KIO 898/14 odrzuciła, ponieważ zaskarżona przez Odwołującego czynność opisu przedmiotu zamówienia nie mieści się w katalogu czynności wskazanych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym wypełnienie znalazła dyspozycja art. 189 ust 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 27.05.2014 r. zamawiający poinformował o wyborze jedynej złożonej oferty przez RCI Spółka z o.o. z ceną brutto 1 851 150,00 zł.

W celu dokonania oceny ww. zapisu SIWZ, Prezes Urzędu zwrócił się na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z prośbą do biegłego o sporządzenie opinii w przedmiotowej sprawie.

Biegły w sporządzonej opinii oraz w uzupełnieniu do opinii, przy uwzględnieniu przekazanej dokumentacji postępowania, w zakresie wymagania przez zamawiającego nw. urządzeń:

- 1 szt. przełącznika głównego węzła głównego sieci,
- 1 szt. firewall z węzła głównego sieci,
- 1 szt. routera brzegowego,
- 1 szt. przełącznika radiowego węzła rdzeniowego i przełącznika dostępowego JPG,
- 1 kompletu systemu kontroli dostępu do sieci NAC,
- 1 szt. kontrolera WiFi wraz z punktem dostępowym WiFi,
- 1 kompletu urządzeń radiowej sieci dostępowej 5GHz (punkt wielopunkt) i radiowego urządzenia abonenckiego,
- oprogramowania zarządzającego urządzeniami aktywnymi (sieciowymi i radiowymi) w sieci (...),

przedstawił stanowisko: „(...) Zamawiający powinien zażądać przedstawienia nazwy modelu i specyfikacji technicznej urządzenia, które wykonawca zamierza dostarczyć w ramach projektu. Taka dokumentacja jest wystarczająca do zorientowania się czy dane urządzenie spełnia wymagania Zamawiającego. (...) Zamawiający ma prawo żądać demonstracji testowej zamawianego systemu. Jednak powinno to być połączone z dostawą sprzętu, a nie

przed podpisaniem umowy kiedy to firma musi zainwestować duże fundusze w sprzęt co do którego nie ma pewności, że do sprzedaży. Czas przeznaczony na dostawę urządzeń jest zbyt krótki i może powodować, że małe firmy, które nie mają rozbudowanych kontaktów z dystrybutorami urządzeń i sprzętu nie będą w stanie sprostać wymaganiom. Szczególne wątpliwości budzi liczba żądanych urządzeń oraz związany z tym aspekt finansowy szczególnie, gdy Zamawiający zamierza pozostawić te urządzenia do czasu zakończenia dostawy. Zamawiający nie przewidział co Wykonawca zrobi z urządzeniami po zakończeniu dostawy i jaki będzie to dla niego koszt. Takie podejście z pewnością wyklucza mniejszych wykonawców nie dysponujących środkami na sprzęt testowy.”

Ponadto biegły wskazał, iż „(...) z doświadczenia własnego, wykonawcy ekspertyzy, w branży telekomunikacyjnej wynika, że:

- wykonawcy nie posiadają tzw. magazynu urządzeń, do którego mogą sięgać w dowolnym momencie, jest to m.in. związane z bardzo różnymi wymaganiami klientów oraz dużym wachlarzem dostępnych urządzeń i możliwości ich modyfikacji (modułowość),

- urządzenia, o których mowa w SIWZ oraz PFU są kosztowne i przechowywanie ich na wypadek montażu u klienta jest nieuzasadnione,

- każdy wykonawca działający w branży telekomunikacyjnej ma wypracowane ścieżki dostaw sprzętu pozwalające na realizację podjętych zobowiązań.

Wobec powyższego żądanie dostarczenia sprzętu celem wyłącznie udowodnienia, że potencjalny wykonawca ma taką możliwość jest nieuzasadnione i może być zastąpione referencjami i doświadczeniem we wdrażaniu tego typu inwestycji.

W celu umożliwienia udziału w postępowaniu firm o różnej wielkości czas przygotowania wersji pokazowej systemu powinien wynosić ok. 14 dni. Termin ten pozwoli na zgromadzenie i skonfigurowanie urządzeń oraz oprogramowania lub w opcji symulacji komputerowej przygotowanie informatycznego środowiska wirtualnego.

Termin trzydniowy jest nierealny do przygotowania wersji pokazowej systemu, natomiast siedmiodniowy znacząco utrudni udział mniejszych wykonawców w przetargu.”

W związku z powyższym należy zauważyć, że opis przedmiotu jest jedną z najważniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania. Na zamawiającym ciąży ustawowy obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia za pomocą standardowych określeń technicznych, które zazwyczaj są używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży. W ustawie Pzp ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowane potrzeby, jednakże każdy z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót

budowlanych ma obowiązek przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić pewne generalne warunki, jakie nakłada na niego ustawa Pzp.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że zamawiający przygotowując i przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obowiązany jest przestrzegać zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Potwierdza to treść art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przy czym naruszeniem tego przepisu jest już możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji, nie zaś wyłącznie jej realne utrudnienie.

Żądanie od wykonawców dostarczenia określonego sprzętu i dookreślenie terminu jego dostawy do siedziby zamawiającego wchodzi w zakres opisu przedmiotu zamówienia, o którym mowa w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. W konsekwencji, opisując przedmiot zamówienia, w tym również możliwość żądania dostarczenia w określonym terminie „pokazowych urządzeń”, zamawiający nie może w sposób nieuzasadniony specyfiką przedmiotu zamówienia oraz swoimi obiektywnymi potrzebami ograniczać kręgu potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Określenie przez zamawiającego w postępowaniu niemożliwego do dotrzymania terminu dostarczenia sprzętu, przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu zamówienia oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją danego typu zamówień, może w sposób bezpośredni prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i tym samym do naruszenia powyższych normy prawnych.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny i prawny, a w szczególności treść opinii biegłego, stwierdzić należy, że w kontrolowanym postępowaniu zamawiający w sposób wadliwy sporządził opis przedmiotu zamówienia poprzez przewidzenie możliwości wezwania wykonawcy do dostarczenia do siedziby zamawiającego w terminie 7 dni od otrzymania wezwania określonego sprzętu i oprogramowania. Jak wynika bowiem z opinii biegłego, w celu umożliwienia udziału w postępowaniu firmom o różnej wielkości, czas przygotowania wersji pokazowej systemu powinien wynosić ok. 14 dni. Termin 14 dni jest realny, ponieważ umożliwia wykonawcom zgromadzić i skonfigurować urządzenia oraz oprogramowanie lub w opcji symulacji komputerowej pozwala na przygotowanie informatycznego środowiska wirtualnego. Zatem termin 7 dni na dostarczenie określonego sprzętu mógł utrudnić wykonawcom udział w niniejszym postępowaniu, co potwierdzać może fakt kwestionowania tego zapisu przez jednego z wykonawców oraz fakt złożenia w postępowaniu tylko jednej oferty. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w związku z określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadą nakazującą zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o

udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

2. Z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia:

- robotę budowlaną polegającą na zaprojektowaniu i wybudowaniu, w ramach jednej i tej samej umowy, światłowodowej sieci telekomunikacyjnej z kanalizacją teletechniczną o łącznej długości min. 2 km oraz radiowej szerokopasmowej sieci telekomunikacyjnej, wraz z dostawą urządzeń aktywnych sieci, obejmującą min. 5 stacji bazowych (dostępowych) szerokopasmowego systemu radiowego wraz z budową min. 5 masztów/ wież (o wysokości przynajmniej 12 m) i dostawie minimum 100 szerokopasmowych terminali abonenckich, o wartości łącznej zadania przekraczającej 1 000 000 zł brutto.

W niniejszym postępowaniu wykonawca, w celu wykazania spełnienia warunku posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia w wykazie robót zamieścił robotę budowlaną pn.: *„Budowa gminnej infrastruktury dostępu do Internetu dla osób wykluczonych”*, zrealizowaną przez na rzecz zamawiającego – Urzędu Miejskiego w Drezdenku. W opisie realizacji prac wykonanych w ramach ww. zadania wykonawca wskazał, iż „robotą budowlaną polegała na zaprojektowaniu i wykonaniu, w ramach jednej i tej samej umowy, światłowodowej sieci telekomunikacyjnej z kanalizacją teletechniczną, wraz z dostawą urządzeń aktywnych sieci, obejmującej min. 5 stacji bazowych (dostępowych) szerokopasmowego systemu radiowego wraz z budową min. 5 masztów (o wysokości przynajmniej 12 m) i dostawie minimum 100 szerokopasmowych terminali abonenckich.” W celu potwierdzenia należytego wykonania tego zamówienia wykonawca załączył referencję podpisaną przez Zastępcę Burmistrza Pana Andrzeja Kozubaj. Z treści wystawionej referencji wynika m.in., że „(...) wykonawca wykonał w okresie od 10.08.2011 r. do 31.08.2012 r. zadanie (...) obejmujące zaprojektowanie i wykonanie gminnej infrastruktury dostępu do Internetu dla osób wykluczonych.(...)”.

Z powyższego nie wynika, aby zakres ww. zadania obejmował zaprojektowanie i wybudowanie światłowodowej sieci telekomunikacyjnej z kanalizacją teletechniczną o łącznej długości min. 2 km oraz radiowej szerokopasmowej sieci telekomunikacyjnej. Z dokumentacji postępowania przesłanej do kontroli doraźnej prowadzonej przez Prezesa Urzędu nie wynika również, aby zamawiający w toku postępowania wezwał wykonawcę do wyjaśnienia powyższej kwestii.

Pismem z dnia 19.11.2015 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do Urzędu Miejskiego w Drezdenku z prośbą o udzielenie wyjaśnień, czy zakres ww. zadania zrealizowanego przez wykonawcę obejmował zaprojektowanie i wybudowanie światłowodowej sieci telekomunikacyjnej z kanalizacją teletechniczną o łącznej długości min. 2 km oraz radiowej szerokopasmowej sieci telekomunikacyjnej.

Pismem z dnia 23.11.2015 r. Urząd Miejski w Drezdenku udzielił wyjaśnień, iż zakres ww. zadania obejmował również zaprojektowanie i wybudowanie światłowodowej sieci telekomunikacyjnej z kanalizacją teletechniczną o łącznej długości 11,51 km (długość określona na podstawie projektu wykonawczego) oraz radiowej szerokopasmowej sieci telekomunikacyjnej.

Stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Zaniechanie powyższego obowiązku, tj. niewezwanie przez zamawiającego wykonawcy do uzupełnienia wykazu o informację na temat posiadanego przez ww. wykonawcę doświadczenia, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednakże, jak wynika z wyjaśnień uzyskanych przez Prezesa Urzędu w trakcie kontroli, ww. wykonawca spełniał warunek wskazany powyżej, tym samym naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

**3.** W toku kontroli ustalono, że z postanowień wzoru umowy, będącego załącznikiem do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie wynika, aby zamawiający zawarł w nim postanowienia wskazane w art. 143d. ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp.

Ustawa Prawo zamówień publicznych stanowi:

„**Art. 36.** 1. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej:

(...)

16) istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli



zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”;

„**Art. 143d.** 1. Umowa o roboty budowlane zawiera w szczególności postanowienia dotyczące:

(...)

3) obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, oraz ich zmian;

Zatem postanowienia wzoru umowy nie zawierają zapisów, które doprecyzowują postanowienia w zakresie podwykonawstwa.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 143d ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezawarcie w projekcie umowy o roboty budowlane postanowień dotyczących zasad zawierania umów o podwykonawstwo.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.