

Sygn. akt: KIO/KD 7/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 24 lutego 2014 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 31 stycznia 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu
ul. Wybrzeże L. Pasteura 1
50-367 Wrocław

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 stycznia 2014 r.,
(znak: UZP/DKD/WKZ/421/98(2)/13/LB)

w przedmiocie postępowania na:

„Świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą publicznej sieci telekomunikacyjnej przez okres 10 lat”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Marek Szafraniec
Członkowie:	Robert Skrzyszewski
	Klaudia Szczytowska-Maziarz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu – działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania: *„Świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą publicznej sieci telekomunikacyjnej przez okres 10 lat”*. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Umowa w sprawie zamówienia publicznego została podpisana w dniu 2 czerwca 2010 r.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej Prezesem UZP lub Kontrolującym, powołując się na przepisy ustawy Pzp, przeprowadził kontrolę doraźną powołanego postępowania. W jej wyniku stwierdził, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, a tym samym naruszył art. 10 oraz 7 ust. 1 ustawy Pzp. Podstawą do postawienia Zamawiającemu zarzutu naruszenia przepisów ustawy, były dokonane przez Prezesa UZP ustalenia faktyczne oraz przeprowadzony dowód z opinii biegłego.

Przedmiotem zamówienia była usługa telekomunikacyjna w zakresie telefonii stacjonarnej z wykorzystaniem cyfrowej centrali telefonicznej Alcatel 4400 wraz z jej modułami wyniesionymi oraz systemu telefonii bezprzewodowej w standardzie DECT, a także dzierżawa łączy cyfrowych, wraz z usługami dodatkowymi.

Jak podnosił Zamawiający, w jego siedzibie zainstalowana została centrala telefoniczna Alcatel 4400 (stanowiąca własność Telefonii Dialog S.A.), z wejściem automatycznym obsługująca 1800 numerów. System PABX połączony został z hostem Telefonii Dialog S.A. łączyami światłowodowymi. W trzech innych lokalizacjach funkcjonowały trzy moduły wyniesione tego systemu. Były one zsieciovane z węzłem głównym systemu przy pomocy trzech symetrycznych łączy o przepływowości 2 Mb/s każdy. Oprócz systemu Alcatel 4400 funkcjonowało u Zamawiającego niezależnie *„około 443 linii”* Centrex znajdujących się w dziewięciu lokalizacjach. Jak wyjaśniał Zamawiający wszystkie numery w systemie Centrex umożliwiały bezpłatne połączenia z centralą główną, a także wywoływanie połączeń w ramach grupy za pomocą numerów wewnętrznych oraz bezpłatne rozmowy w ramach grupy. Zamawiający używał też dedykowanego systemu DECT pod centralą Alcatel 4400 o pojemności 100 NN, gdzie zainstalowane są anteny w obiektach na terenie uniwersytetu

(15 anten zewnętrznych oraz 70 wewnętrznych). Zamawiający wyjaśniał, że Telefonia Dialog S.A. w ramach usługi wraz z opisanym systemem dostarczyła 1352 aparaty telefoniczne, 450 aparatów cyfrowych oraz 100 aparatów DECT. Zaznaczał też, że wszystkie naprawy systemu i dostarczonych aparatów odbywają się na koszt obecnego operatora. Jest on zobowiązany do konserwacji i utrzymania systemu, a także do jego rozbudowy lub modernizacji. Zamawiający wskazywał też, że łącza stałego szerokopasmowego dostępu do internetu zainstalowane są w innych lokalizacjach.

Uzasadniając zawarcie umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki Zamawiający wyjaśniał, że w dniu 20 kwietnia 2010 r. skierował zaproszenia do złożenia ofert cenowych na pełen zakres usługi do trzech operatorów działających na polskim rynku, tj. do Telekomunikacji Polskiej S.A., Netii S.A. oraz Telefonii Dialog S.A. W odpowiedzi na to zaproszenie tylko jeden wykonawca (Telefonia Dialog S.A.) przedłożył swą ofertę cenową, drugi (Netia S.A.) w ogóle nie odpowiedział (świadcząc to miało według Zamawiającego o braku możliwości realizacji usługi), trzeci zaś, zdaniem Zamawiającego, udzielił takiej odpowiedzi, z której wynikało, iż po części nie posiadał on technicznych możliwości świadczenia usługi, po części zaś mógłby ją świadczyć w zamian za niekorzystną dla Zamawiającego cenę. Twierdził on też, że utrzymanie dotychczasowego dostawcy zapewniło nieprzerwaną łączność, zapobiegło też konieczności budowy kanalizacji teletechnicznej oraz realizacji innych odpłatnych inwestycji.

W ocenie Prezesa UZP Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Jak pisał Prezes UZP stosowanie procedury zamówienia z wolnej ręki na podstawie powołanego przepisu jest uzależnione od kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek, a mianowicie istnienia szczególnych przyczyn technicznych przedmiotu zamówienia oraz tego, aby ze względu na szczególne przyczyny techniczne udzielenie zamówienia innemu niż wskazany przez zamawiającego wykonawcy było obiektywnie niemożliwe. Zdaniem Kontrolującego fakt istnienia innych wykonawców zdolnych wykonać opisane zamówienie potwierdził w swej opinii biegły ustanowiony w sprawie.

Biegły w przedstawionej opinii wskazał m.in., że:

- Zamawiający w przesłanych Prezesowi UZP dokumentach nie udowodnił istnienia *„obostrzeń związanych z własnością urzędów, ani innych okoliczności mogących stanowić podstawę do wyboru jakiegokolwiek konkretnego wykonawcy dla ich serwisowania, utrzymania czy innych usług po okresie obowiązywania umowy”*;
- usługi dostępu do sieci publicznej są niezależne technicznie od usług utrzymania serwisu infrastruktury technicznej w obrębie lokalizacji Zamawiającego;

- połączenie (zsielowanie) modułów nie stanowi przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze – nie ma bowiem znaczenia „*do kogo należą łączone urządzenia oraz czyimi łączami zostały połączone*”;
- istnieją i istniały na datę wszczęcia postępowania usługi równoważne dla usługi Centrex – najważniejsze z nich, to: technologia VoIP i „*usługa biznesu*” TP S.A.; pozwalały one na realizację czynności wchodzących w skład usługi Centrex w sposób niezależny od dotychczasowego wykonawcy usługi;
- skrócone numery oraz darmowe rozmowy w ramach grupy były możliwe do zrealizowania przez inne podmioty, np. z wykorzystaniem technologii VoIP;
- fakt istnienia niezależnej w sensie technicznym instalacji systemu DECT powiązanego jedynie funkcjonalnie z pozostałą częścią infrastruktury nie może stanowić podstawy do uznania, iż usługa mogła zostać powierzona jedynie wykonawcy wskazanemu przez Zamawiającego;
- naprawy i wymiany aparatów nie są de facto darmowe, gdyż ich koszt uwzględniony jest w cenie realizacji usługi, zaś w przedstawionej przez Zamawiającego dokumentacji brak jest danych statystycznych dotyczących historii napraw i wymian mogących służyć za podstawę do stawiania wynikających z nich oczekiwań potencjalnym wykonawcom;
- usługa dostępu do internetu jest usługą niezależną od innych usług objętych przedmiotem umowy, a fakt jej realizacji nie może zostać uznany za przyczynę techniczną o obiektywnym charakterze;
- brak jest w przedstawionej przez Zamawiającego dokumentacji informacji o prowadzeniu badania rynku pod kątem usług Centrex lub podobnych; brak również analiz porównawczych łącznych kosztów usługi Centrex oraz usługi „Grupa Biznesowa” realizowanej przez TP S.A.;
- fakt wcześniejszego świadczenia usług nie może być podstawą do wniosku, iż tylko ten jeden wykonawca jest w stanie zrealizować usługę, zaś stwierdzenie, że TP S.A. lub NETIA S.A. nie są w stanie na tym samym poziomie technicznym oraz podobnej cenie wykonać na rzecz Zamawiającego usługi jest pozbawione jakichkolwiek podstaw natury technicznej;
- utrzymanie tego samego operatora nie zapewni wbrew twierdzeniom Zamawiającego nieprzerwanej łączności, ponieważ ta niezależna jest od woli stron i podlega takim procesom jak awarie, zużycie materiału, błędy obsługi, zakłócenia zewnętrzne i wewnętrzne, awarie na łączach po stronie operatora od niego niezależne;
- brak jest w przedstawionej dokumentacji informacji o zbadaniu możliwości odkupienia zainstalowanej infrastruktury technicznej bądź jej elementów, co mogłoby wpłynąć na opłacalność przejęcia usługi przez inne podmioty;

- „usługa Centrex jest niezależną częścią systemu i sama w sobie nie może stanowić argumentacji dla powierzenia całości systemu wybranemu wykonawcy”.

Biegły podsumowując przedstawioną opinię stwierdził, iż określony przez Zamawiającego „zestaw elementów podlegających usłudze objętej postępowaniem (...) nie stanowi jednolitego systemu, ale może zostać potraktowany jako zestaw niezależnych, współpracujących ze sobą elementów”. Podkreślał, iż niektóre z elementów sieci nie są w ogóle ze sobą powiązane i przywoływał w tym kontekście telefony bezprzewodowe w systemie DECT oraz dostęp do internetu. Zauważał też, iż wyłączność na świadczenie usług w odniesieniu do niektórych elementów sieci telekomunikacyjnej nie stanowi przeszkody dla zlecenia świadczenia usług wynikających z jej utrzymania innym niezależnym podmiotom. Zaznaczył również, iż rynek usług objętych zamówieniem na datę zawarcia umowy, a także na datę wszczęcia postępowania był bardzo bogaty i wciąż się rozwija.

Mając na uwadze tak poczynione ustalenia, Prezes UZP zarzucił Zamawiającemu naruszenie powołanych powyżej przepisów ustawy Pzp.

W związku ze stwierdzonymi naruszeniami, określonymi w ustaleniach kontrolnych, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał je Zamawiającemu, wskazując na możliwość zgłoszenia zastrzeżeń do wyników kontroli.

W dniu 31 stycznia 2014 r., pismem z dnia 27 stycznia 2014 r., Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli doraźnej. W pierwszej kolejności oświadczył, iż podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w toku kontroli.

Podkreślał, że kontrolowane postępowanie przeprowadził w sposób prawidłowy. Wywodził, iż z treści odpowiedzi uzyskanej na zapytanie z dnia 30 kwietnia 2010 r. od TP S.A., a także z faktu braku takiej odpowiedzi od NETII S.A. wynika, iż potwierdził się brak zainteresowania oraz możliwości technicznych realizacji zamówienia przez te dwie firmy. „Nie było zatem przesłanek do zastosowania prymatu przetargu”. Zauważał, iż dochował obowiązku publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, a żaden z potencjalnych wykonawców nie skorzystał po terminie publikacji ogłoszenia z przysługującego mu prawa do wniesienia środków ochrony prawnej. Podkreślał, że do dyskrejonalnych uprawnień zamawiającego należy możliwość dopuszczenia składania przez wykonawców ofert częściowych. Wyjaśniał, iż zależało mu na kompleksowej obsłudze całej infrastruktury telekomunikacyjnej przez jednego operatora z uwagi na bezpieczeństwo takiego rozwiązania. Twierdził, iż wykupienie systemu telekomunikacyjnego jest dla niego nieopłacalne z uwagi na jego wartość, a ponadto wiąże się z koniecznością poniesienia kosztów jego obsługi, zakupu nowych części oraz ich wymiany w miejsce uszkodzonych.

Generowałyby to nowe koszty. Stał na stanowisku, że żaden z pozostałych operatorów, tj. NETIA S.A. i TP S.A. nie posiadał odpowiednich zasobów technicznych umożliwiających przejście posiadanej w roku 2010 infrastruktury telekomunikacyjnej Zamawiającego. Wybór innego operatora wiązałby się z koniecznością dokonania niezbędnych inwestycji (np. budowy kanalizacji teletechnicznej). Tym samym inny operator nie mógłby zbilansować potrzebnych inwestycji niskimi opłatami za abonamenty i dzierżawione łącza.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający nie zgodził się z wynikiem przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli doraźnej.

W odpowiedzi na zgłoszone zastrzeżenia pismem z dnia 10 lutego 2013 r., Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie uwzględnił zastrzeżeń wobec stawianych Zamawiającemu zarzutów, dlatego też przekazał je, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezesa UZP ustaliła i zważyła, co następuje.

Pierwszą istotną dla rozstrzygnięcia sprawy okolicznością jest ustalenie przez Izbę zakresu regulacji art. 167 ustawy Pzp. W świetle przepisu art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa UZP umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej. Dalej, zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Pzp, Izba wyraża opinię w sprawie zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego, o ile Prezes UZP nie uwzględni powołanych zastrzeżeń. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż rozstrzygając o zasadności wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń zobowiązana jest uwzględnić informację o stwierdzeniu naruszenia wraz z aktami kontroli oraz umotywowane zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego, w granicach, jakich Prezes UZP nie uznał ich za zasadne.

Uwzględniając powyższe, a także analizując zakres zarzutów sformułowanych przez Kontrolującego, Izba stwierdziła, iż podziela stanowisko Prezesa UZP w zakresie zarzucanych Zamawiającemu naruszeń przepisów ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego Zamawiający w zgłoszonych przez siebie zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej nie podważył twierdzeń zawartych w informacji o stwierdzeniu naruszenia.

Izba podzieliła przekonanie Prezesa UZP, że stosowanie procedury zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp jest uzależnione od kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: istnienia szczególnych przyczyn

technicznych przedmiotu zamówienia oraz tego, aby ze względu na szczególne przyczyny techniczne udzielenie zamówienia innemu niż wskazany przez zamawiającego wykonawcy było obiektywnie niemożliwe. Ważnym jest to, że istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś z subiektywnego przekonania zamawiającego. Nie jest wystarczającym samo tylko przekonanie zamawiającego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne jest w stanie wykonać zamówienie. Izba podziela również wyrażony przez Kontrolującego pogląd, że nie uzasadnia powołania się na ten przepis samo wcześniejsze wykonanie usługi przez wybranego wykonawcę. Nie jest wystarczające uznanie, że konkretny wykonawca jest w stanie zrealizować daną dostawę, jeżeli możliwym jest stwierdzenie, że na rynku funkcjonują dwa lub więcej podmiotów mogących dostawę tę wykonać. Zaistnienie takiej sytuacji automatycznie wyklucza udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o powołany przepis ustawy Pzp.

Tymczasem w rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie udowodnił we wniesionych przez siebie zastrzeżeniach, że w kontrolowanym postępowaniu spełnione zostały obie przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Nie przedstawił on bowiem dowodów na to, że w dniu wszczęcia postępowania istniały szczególne przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze. Nie wykazał również, aby ze względu na te właśnie szczególne przyczyny techniczne udzielenie zamówienia innemu niż wskazany przez niego wykonawcy było obiektywnie niemożliwe.

Argumentacja prezentowana przez Zamawiającego zdawała się zmierzać *de facto* do wykazania tego, że żaden inny wykonawca nie był w stanie zaoferować Zamawiającemu kupowanej przez niego usługi na tak korzystnych warunkach (za tym zdawało się przemawiać chociażby twierdzenie o konieczności wykonania dodatkowych inwestycji, których koszty nie zbilansują się niższymi opłatami za abonamenty, twierdzenie, że TP S.A. nie może świadczyć na jego rzecz usługi wg niższych stawek, czy też nie może nieodpłatnie dostarczyć centrali telefonicznej lub aparatów), czy nawet do tego, że żaden inny wykonawca nie był realizacją tegoż zamówienia zainteresowany (tak Zamawiający zinterpretował brak odpowiedzi ze strony Netii S.A.).

Tymczasem, o czym była mowa powyżej, przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, na który powołał się Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia, nie wspomina o opłacalności wybranego rozwiązania, mowa jest tam jedynie o przyczynach technicznych o obiektywnym charakterze. Stąd też wyłącznie te przyczyny powinny

rozstrzygać o możliwości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z powołaniem się na tenże przepis. Zamawiający zaś we wniesionym zastrzeżeniu nie wykazał, aby w jego przypadku zaistniały takie obiektywne przyczyny techniczne rozstrzygające o tym, iż mógł on udzielić zamówienia temu właśnie, jedynemu wykonawcy. Przedstawionych przez siebie argumentów nie poparł on żadnymi dowodami, co pozwalało traktować je jako przejaw subiektywnych przekonań Zamawiającego, nie zaś twierdzenia oparte na obiektywnych faktach. Co istotne, Zamawiający nie wykazał braku słuszności tez sformułowanych przez biegłego, którego opinią kierował się Prezes UZP, w szczególności nie odniósł się do argumentów o:

- braku dowodów na istnienie „*obostrzeń związanych z własnością urzędzeń*” lub ich późniejszym serwisem,
- rozróżnieniu usługi zapewnienia dostępu do sieci publicznej od usług utrzymania serwisu infrastruktury technicznej w obrębie lokalizacji Zamawiającego,
- braku znaczenia tego kto jest właścicielem połączonych (zsielowanych) modułów,
- istnieniu usług równoważnych dla usługi Centrex (technologia VoIP lub „Grupa Biznesowa” TP S.A.),
- możliwości zapewnienia korzystania ze skróconych numerów oraz darmowych rozmów w ramach grupy z wykorzystaniem technologii VoIP,
- małym znaczeniu faktu istnienia niezależnej w sensie technicznym instalacji systemu DECT powiązanego jedynie funkcjonalnie z pozostałą częścią infrastruktury.

Podobnie przywołany przez Zamawiającego fakt, że żaden z wykonawców nie skorzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej wobec czynności dokonywanych w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego nie świadczy o tym, iż działania podjęte przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie naruszają.

Uwzględniając powyższe oraz podzielając stanowisko Prezesa UZP w zakresie zarzucanych Zamawiającemu naruszeń przepisów ustawy Pzp, Izba uznała, iż Zamawiający w zgłoszonych przez siebie zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej nie podważył twierdzeń zawartych w informacji o stwierdzeniu naruszenia. Nie wykazał on bowiem, że w rozpatrywanej sprawie istniały przesłanki do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....