

Warszawa, 14 lutego 2022 r.

ZAMAWIAJĄCY:

Polska Agencja Inwestycji i Handlu S.A.

ul. Krucza 50, 00-025 Warszawa

Wykonawcy

ubiegający się o udzielenie zamówienia

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zapytania ofertowego bez stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 1 tej ustawy pn.: „*Dostawa usługi dostępu do sieci Internet oraz łącza światłowodowego na potrzeby Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A.*”.

Zamawiający informuje, iż w ww. Zapytaniu ofertowym wpłynęły zapytania do jego treści. Zamawiający, zgodnie z postanowieniami pkt 10.3 – 10.4 Zapytania ofertowego wyjaśnia treść Zapytania ofertowego.

W przypadku, gdy udzielone poniżej odpowiedzi pozostają w sprzeczności z postanowieniami Zapytania ofertowego lub też precyzują lub uzupełniają postanowienia Zapytania ofertowego, należy przyjąć, że stanowią one zmianę Zapytania ofertowego, dokonaną przez Zamawiającego w myśl pkt 10.4 Zapytania ofertowego i będą stanowić podstawę dla oceny zgodności oferty z Zapytaniem ofertowym, przy czym w przypadku gdy:

- 1) postanowienia odpowiedzi są sprzeczne z postanowieniami Zapytania ofertowego, za obowiązujące w tym zakresie należy przyjąć treść udzielonej odpowiedzi,
- 2) postanowienia odpowiedzi precyzują lub uzupełniają postanowienia Zapytania ofertowego, za obowiązujące w tym zakresie należy przyjąć treść udzielonych odpowiedzi wraz z dotychczasową treścią Zapytania ofertowego.

PYTANIE:

„I. Działając w imieniu _____ z siedzibą w Warszawie (dalej „_____”) w odpowiedzi na zapytanie ofertowe opublikowane przez Zamawiającego - Dostawa usługi dostępu do sieci Internet oraz łącza światłowodowego na potrzeby Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A. w dniu 11 lutego 2022 roku wskazuję na następujące okoliczności obiektywnie uniemożliwiające złożenie oferty.

II. Zapytanie dotyczące możliwości wzięcia udziału w postępowaniu i złożenia oferty przesłali Państwo w dniu 11 lutego 2022 r., natomiast termin składania odpowiedzi na ww. zapytanie przez wykonawców został ustalony na 16 lutego 2022 r. To oznacza, że pomiędzy wysłaniem zapytania a złożeniem oferty są zaledwie 3 dni. Czas na przygotowanie oferty jest zbyt krótki i uniemożliwia _____ wzięcie udziału w postępowaniu, mimo iż potencjalnie jest on zdolny do należytego wykonania umowy a przedmiot zapytania ofertowego mieści się w zakresie działalności wykonawcy.

1. Należy wskazać, że sam fakt, iż Zamawiający prowadzi postępowanie z wyłączeniem zastosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, która gwarantuje minimalne okresy pomiędzy wszczęciem postępowania a wyznaczeniem terminu składania ofert, nie oznacza całkowitej dowolności po stronie Zamawiającego, który w każdym przypadku, gdy



wydaje środki publiczne powinien prowadzić postępowanie z poszanowaniem zasady konkurencyjności, równego traktowania wykonawców oraz transparentności. W ocenie przesłane zapytanie ofertowe poprzez wyznaczenie tak określonego terminu na sporządzenie odpowiedzi jest działaniem pozornym i w żaden sposób nie umożliwia Zamawiającemu należytego zweryfikowania i odpytania rynku. Gdyby wyznaczony czas był dłuższy, wykonawcy mieliby możliwość przeanalizowania zapytania, przygotowania oferty i złożenia Zamawiającemu konkurencyjnej oferty. Zamawiający natomiast przy takich uwarunkowaniach takiej możliwości sam się pozbawia.

2. Zarówno wykonawca, jak i Zamawiający są profesjonalnymi uczestnikami obrotu. Konieczność dochowania standardów leży zatem po obu stronach postępowania. Zamawiający jako gospodarz postępowania powinien odpowiednio wcześniej wszcząć procedurę zakupową oraz jasno i z uwzględnieniem wszystkich okoliczności opisać wymagania. Trudno uznać, że Zamawiający nie ma wiedzy kiedy kończy się dotychczasowa umowa. Konieczność zapewnienia ciągłości dotychczasowych usług/ dostaw nie jest okolicznością wyłączającą konieczność prowadzenia postępowania w sposób konkurencyjny i przejrzysty. Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji zbyt późnego wszczęcia i przeprowadzenia postępowania przez Zamawiającego. Wobec takiego działania Zamawiający również ponosi konsekwencje swojej opieszałości, gdyż w odpowiedzi na wystosowane zapytanie otrzymuje mniejszą ilość ofert, wyższe ceny oraz najprawdopodobniej oferty przygotowane w oparciu o niezwyfikowane ze względu na brak czasu uwarunkowania.

3. Złożenie przez wykonawców oferty nie jest czynnością czysto formalną. Pomiędzy otrzymanym zapytaniem a złożeniem oferty wykonawca musi:

- a. zapoznać się z treścią zapytania,
- b. przeanalizować wymagania,
- c. sformułować ewentualne pytania jeżeli treść zapytania jest niejasna, a następnie przeanalizować udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi (jeśli się pojawią),
- d. sprawdzić warunki techniczne i dobrać właściwe rozwiązanie do realizacji przedmiotu umowy,
- e. sporządzić ofertę, uzyskać zgodę osób decyzyjnych, i złożyć ją Zamawiającemu.

4. Wyznaczony przez Zamawiającego termin nie uwzględnia wszystkich czynności, do jakich wykonawca zobowiązany jest w celu **należytego przygotowania oferty**. Powoduje to naruszenie zasady konkurencyjności, bezstronności i transparentności, gdyż rodzi uzasadnione podejrzenie, że Zamawiający **preferuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi** czy też posiadającego infrastrukturę u Zamawiającego.

5. Jak było wskazane mimo, iż postępowanie to jest wyłączone spod zastosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych należy poprzez analogię odwołać się do bogatego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, która w podobnych sprawach jednoznacznie piętnowała podobne działania zamawiających, np. w wyroku 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.”. Analogicznie również w wyroku KIO z dnia 1 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11 oraz w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 15 grudnia 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2161/04.



6. Postępowanie nawet jeżeli prowadzone jest w trybie pozaustawowym prowadzi się w celu uzyskania przedmiotu zamówienia w jak najszerszym zakresie odpowiadającego potrzebom Zamawiającego, a przy tym najkorzystniejszego pod względem cenowym. Postępowanie nie może mieć charakteru iluzorycznego, przeprowadzonego wyłącznie formalnie. Wyznaczając krótki termin składania ofert Zamawiający pozbawił się realnej konkurencji w postępowaniu, 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.

7. W związku z powyższym wnosimy o wydłużenie terminu składania ofert o co najmniej 7 dni. Brak wydłużenia terminu uważamy za uniemożliwienie wykonawcy przez Zamawiającego faktycznego wzięcia udziału w postępowaniu, które w naszej ocenie poprzez takie działanie ma charakter wyłącznie pozoru zachowania konkurencji i rzetelnego działania.

8. Celem działań poprzez wystosowanie niniejszego pisma nie jest utrudnianie postępowania o zamówienie lub jego udaremnienie. Ochrona interesów wymaga podjęcia wszystkich dostępnych środków prawnych w celu ochrony własnych interesów, zbieżnych z interesem publicznym, m.in. poprzez zawiadomienie właściwych instytucji odpowiedzialnych za czuwanie nad prawidłowym wydatkowaniem środków znajdujących się w dyspozycji Zamawiającego, jak również organów odpowiedzialnych za kontrolę legalności działań podejmowanych przez tę jednostkę i jej pracowników.

III. Zgodnie z przesłanym zapytaniem wykonawca ma jedynie 8 dni na rozpoczęcie świadczenia usług przy założeniu małego realnego terminu podpisania umowy w dniu 17 lutego 2022 r. Wyznaczenie tak krótkiego terminu również jest naruszeniem konkurencyjności postępowania i barierą w złożeniu oferty.

1. Określenie tak nierealnego terminu rozpoczęcia świadczenia usług preferuje w istotny sposób, czy wręcz ogranicza możliwość złożenia i konkurencyjnej wyceny oferty, do wykonawcy aktualnie świadczącego usługę. Nie ulega wątpliwości fakt, że potencjalni wykonawcy muszą przygotować się do świadczenia usług, których dotyczy zamówienie. W sytuacji kiedy wykonawcy mają to zrobić w tak krótkim terminie od daty podpisania umowy to ten wymóg *de facto* będzie w stanie spełnić tylko ten wykonawca, który świadczy już usługę dla Zamawiającego. Jest oczywistym, że tego typu sytuacja stanowi preferencję dla obecnego wykonawcy i powoduje ona, że inni potencjalni wykonawcy albo odstąpią od swojej oferty albo złożą ją wliczając do kalkulacji kary jakie będą musieli ponieść z tytułu opóźnienia w realizacji. Stanowczego podkreślenia wymaga, że **Zamawiający nie jest uprawniony do powoływania się na pilną potrzebę zawarcia umowy, gdyż wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji zbyt późnego wszczęcia procedury zakupowej przez Zamawiającego.** W orzeczeniu w sprawie o sygn. akt KIO 1123/10 (wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2010r.) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „Skład orzekający Izby stwierdza, że **przewidzenie zbyt krótkiego, a w dodatku nieokreślonego okresu przeznaczonego na przygotowanie wykonawcy do rozpoczęcia spełniania świadczenia, gdy konieczne jest dosyć skomplikowane przygotowanie wykonawcy do spełniania świadczenia, nie może być uznane jako właściwe stosowanie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp**”.

2. Zamawiający dokonując opisu wymagań i określając terminy realizacji usługi, 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 postanowienia zapytania. Nie można dopuścić do sytuacji, w której to opis zamówienia, a nie treść ofert, zdecydują komu Zamawiający udzieli zamówienia. W niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której poprzez tak nadmierne i nieadekwatne wymagania (w powiązaniu z krótkim czasem na złożenie oferty) jeden z największych operatorów na rynku usług telekomunikacyjnych nie jest w stanie złożyć oferty, choć z powodzeniem mógłby należycie wykonać umowę.



3. W tym kontekście na uwagę zasługuje również orzecznictwo, w którym powołano się na stanowisko Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej: „W ocenie Zespołu Arbitrów kluczowe znaczenie dla odpowiedzi na tak sformułowane pytanie ma treść opinii Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 26.01.2006 r. wydanej w odpowiedzi na pytanie skierowane przez Prezesa UZP. Z treści tej opinii jednoznacznie wynika, iż określenie wspomnianego terminu [termin rozpoczęcia realizacji świadczenia usługi – przyp. wł.] przy uwzględnieniu skali przedsięwzięcia oraz uwarunkowań technicznych oraz organizacyjnych świadczenia usługi, stanowi barierę uniemożliwiającą złożenie oferty konkurencyjnej wobec dotychczasowego wykonawcy. Opinia ta pochodząca od fachowego, specjalistycznego organu administracji rządowej zasługuje na uwzględnienie. Podważa ona tym samym stanowisko Odwoływającego co do terminów świadczenia usług określonych w innych postępowaniach prowadzonych w podobnych sprawach, a także wystarczającego czasu dla innych wykonawców na przygotowanie się do wykonania powyższego zamówienia. Nie można przy tym zasadnie przyjąć, iż ci inni wykonawcy powinni już rozpocząć przygotowania do świadczenia usług objętych przetargiem z momentem opublikowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego.” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 lutego 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-533/06).

4. Określony przez Zamawiającego termin świadczenia usługi powinien zostać ustalony jako okres odpowiednio długi dla zapewnienia możliwości przygotowania przez wykonawcę do pracy z uwzględnieniem wszystkich obiektywnych okoliczności.

5. Wyznaczenie krótkiego, nierealnego terminu również powoduje, że wystosowane zapytanie ofertowe ma charakter pozorny, gdyż uniemożliwia złożenie wykonawcy oferty.

W związku z powyższym, wnosimy o wydłużenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług i określenie, że wynosi on co najmniej 12 tygodni od dnia zawarcia umowy.

IV. W zapytaniu ofertowym Zamawiający wskazał, że świadczenie usług powinno odbywać się w technologii światłowodowej. W związku z tym, operator telekomunikacyjny potrzebuje czasu w celu realizacji prac niezbędnych do wdrożenia usługi. Budowa odpowiedniej infrastruktury umożliwiającej świadczenie usług w tej technologii jest procesem specyficznym i czasochłonnym. Przesłane przez Zamawiającego postanowienia postępowania preferują zatem wykonawcę, który obecnie świadczy usługi na rzecz Zamawiającego.

1. Budowa odpowiedniej infrastruktury i uruchomienie usługi w odpowiedniej technologii jest procesem czasochłonnym i wiąże się z podjęciem przez wyspecjalizowanych pracowników wykonawcy szeregu działań, w tym wydzierżawienia lub zestawienia łączy. Przed rozpoczęciem budowy niezbędnej infrastruktury wykonawca musi wystąpić o stosowne pozwolenia i zezwolenia. Wobec tego, czas potrzebny wykonawcy na przygotowanie do świadczenia usług powinien uwzględniać, poza czasem przeprowadzenia prac związanych z pozyskaniem lub wybudowaniem łączy oraz instalacją urządzeń, również czas niezbędny do uzyskania stosownych pozwoleń i zezwoleń. W efekcie powoduje to, że w zależności od przedmiotu zamówienia czas niezbędny na przygotowanie do świadczenia usług może wymagać nawet do 6 miesięcy.

2. Brak możliwości wdrożenia usługi w wymaganym przez Zamawiającego terminie wynika z okoliczności o charakterze obiektywnym, niezależnym od wykonawców, a wynikających w dużej mierze z obowiązujących przepisów. Zapewnienie spełnienia wymagań wiąże się z koniecznością wykonania inwestycji w celu zapewnienia odpowiedniej infrastruktury sieciowej i sprzętowej. W celu przygotowania do świadczenia usług, konieczne jest stworzenie i uzgodnienie dokumentacji projektowej, przeprowadzenie prac budowlanych, uzyskanie pozwoleń lub zgód albo dopełnienie obowiązków w zakresie zgłoszeń, zarówno bezpośrednio dotyczących budowy, jak i powiązanych (np. uzyskanie zgody na zajęcie pasa drogowego).

3. Alternatywą dla budowy łączy jest, co prawda pozyskanie ich od innego operatora – dzierżawa. Bez względu jednak na to, czy wykonawcy zdecydują się na wybudowanie własnej infrastruktury, czy też skorzystają z ofert dzierżawy infrastruktury



od innego operatora, w każdym z tych przypadków konieczne jest zapewnienie wykonawcy wystarczającego czasu na wdrożenie usługi i wykonanie wszystkich związanych z tym czynności faktycznych i prawnych. Czynności zarówno formalne, jak i faktyczne konieczne dla wybudowania infrastruktury, w szczególności infrastruktury w technologii światłowodowej, zajmują odpowiedni czas, którego skrócenie nie jest możliwe nawet przy odpowiednim zaangażowaniu i potencjale wykonawców. Wykonawca nie ma np. wpływu na terminy wynikające z przepisów prawa administracyjnego, które przewidują co do zasady 30-dniowy termin, zobowiązujący do oczekiwania na odpowiedź, z możliwością jego wydłużenia. Podobnie, czasu wymaga uzyskanie odpowiedzi i dokonanie uzgodnień z operatorem, od którego wykonawca podejmuje się dzierżawy. Tak m.in. również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2011 r., sygn. KIO 2124/11: „Izba z oczywistych względów przyznała rację odwołującemu, że wyznaczony czas na aktywację usługi musi uwzględniać również inne uwarunkowania - uzyskanie koniecznych decyzji

administracyjnych: na zajęcie pasa drogowego, przydziału częstotliwości radiowej, czy uzgodnień kolizyjnych sieci uzbrojenia terenu.”

4. *W związku z powyższym, wnosimy o modyfikację terminu i określenie terminu umożliwiającego wykonanie zamówienia w wymaganej przez Zamawiającego technologii – tj. nie krótszego niż 1 czerwca 2022 r.*

V. *Reasumując, wystosowanie prośby o złożenie oferty przy jednoczesnym określeniu krótkich i nieprzystosowanych do realiów rynkowych terminów oraz uwarunkowań nie jest zgodne z wymogiem obowiązującym każdy podmiot wydatkujący środki publiczne, tj. koniecznością dochowania standardów konkurencyjności i przejrzystości działania. W tym kontekście działania podejmowane przez Zamawiającego nie są z naszej perspektywy również zgodne z interesem publicznym. Jeszcze raz należy podkreślić, że jako operator telekomunikacyjny chcemy startować i ubiegać się o udzielenie zamówień na równych zasadach. Z powodzeniem zrealizowaliśmy wiele analogicznych zamówień na rzecz zamawiających publicznych oraz na rzecz klientów prywatnych. Złożenie oferty w odpowiedzi na tak sformułowane zapytanie mogłoby jednak w ocenie wykonawcy stanowić uzasadnienie dla dalszej negatywnej praktyki oraz podejmowania działań niezgodnych ze standardami rynkowymi, w czym uczestniczyć nie możemy. Uwarunkowania, które zostały zawarte w przesłanej przez Zamawiającego wiadomości są nieobiektywne i nie do spełnienia w związku z czym, w braku ich modyfikacji odmawiamy złożenia oferty.*

VI. *Jednocześnie informujemy, że po zniesieniu ww. barier i wyznaczeniu realnych terminów jesteśmy zainteresowani ubieganiem się o zamówienie i złożeniem oferty.”*

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia postanowienia Zapytania ofertowego bez zmian.

Proszę o uwzględnienie powyższego przy sporządzaniu oferty.

Zatwierdził:

Z upoważnienia Kierownika Zamawiającego

Tomasz Wlazło

Zastępca Dyrektora

Departament Prawny i Zamówień Publicznych

/podpisano kwalifikowanym podpisem elektronicznym/