

Sygn. akt: KIO 2938/12

WYROK
z dnia 23 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 stycznia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2012 r. przez **Otwarte Regionalne Sieci Szerokopasmowe Sp. z o.o., 02 - 697 Warszawa, ul. W. Rzymowskiego 53** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Warmińsko-Mazurskie reprezentowane przez Zarząd Województwa, 10 - 562 Olsztyn, ul. Emilii Plater 1**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **KT Corporation, Daewoo International Corporation, Asseco Poland S.A., Warszawskie Przedsiębiorstwo Robót Telekomunikacyjnych S.A., BIATEL Telekomunikacja S.A., KBTO Sp. z o.o., Gyeonggi-do Korea, 90 Buljeong-ro, Bundang-gu, Seongnam-si** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Otwarte Regionalne Sieci Szerokopasmowe Sp. z o.o., 02 - 697 Warszawa, ul. W. Rzymowskiego 53, i:**

 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych), uiszczoną przez **Otwarte Regionalne Sieci Szerokopasmowe Sp. z o.o., 02 - 697 Warszawa, ul. W. Rzymowskiego 53** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Województwo Warmińsko-Mazurskie reprezentowane przez Zarząd Województwa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Partnerstwo publiczno - prywatne dla przedsięwzięcia polegającego na realizacji, utrzymaniu i zarządzaniu siecią szerokopasmową, jak również świadczeniu usług z jej wykorzystaniem oraz usług szkoleniowych, w ramach projektu „Sieć szerokopasmowa Polski wschodniej - województwo Warmińsko-Mazurskie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 06/06/2012 pod numerem 2012/S 106-176486.

W dniu 31 grudnia 2012 roku odwołujący - Otwarte Regionalne Sieci Szerokopasmowe Sp. z o.o wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którą otrzymał dnia 21 grudnia 2012 roku tj. wobec dokonanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia oraz opisu sposobu oceny ofert w ramach kryteriów określonych w SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a. art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie gwarantujący zachowania uczciwej konkurencji oraz preferujący urządzenia i rozwiązania określonego producenta,
- b. art. 29 ust. 1 ustawy, poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty,
- c. art. 29 ust. 2 ustawy, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję,
- d. art. 29 ust. 3 ustawy, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący pochodzenie urządzeń i rozwiązań wymaganych w SIWZ,
- e. art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy, poprzez dokonanie opisu sposobu oceny ofert w ramach kryteriów (wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania) w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, równe traktowanie oraz w sposób, który nie prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej dla zamawiającego.

Wskazując na powyższe, odwołujący wniosk o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- a. dokonania modyfikacji treści SIWZ poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający zaoferowanie rozwiązań i produktów innych producentów niż producent preferowany przez zamawiającego, tj. w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- b. dokonanie modyfikacji treści SIWZ poprzez dokonanie opisu sposobu oceny ofert w ramach kwestionowanych w odwołaniu kryteriów w sposób, który nie utrudni uczciwej konkurencji, zapewniający równe traktowanie oraz zmierzający do wyboru oferty w rzeczywistości najkorzystniejszej,
- c. przedłużenia terminu składania ofert o niezbędny, dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w przygotowywanej ofercie.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło przystąpienie konsorcjum KT Corporation, Daewoo International Corporation, Asseco Poland S.A., Warszawskie Przedsiębiorstwo Robót Telekomunikacyjnych S.A., BIATEL Telekomunikacja S.A., KBTO Sp. z o.o.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalno - prawne do merytorycznego rozpoznania odwołania a odwołujący jako podmiot zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu i zgłaszający zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, uprawniający go do złożenia odwołania. Dodatkowo na skutek działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę w postaci niezyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Na wstępie, odnosząc się w sposób ogólny do wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu, wskazać należy, że prawidłowe określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem ale i prawem zamawiającego. Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia statuuje norma art. 29 ustawy Pzp, zakazująca takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję przez użycie takich

sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Istotne jest jednak to, że zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia w taki sposób, aby uzyskać oczekiwany przez siebie efekt, ustawodawca pozostawił bowiem zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes.

Rozstrzygając zaistniały spór Izba wzięła także pod uwagę okoliczność, że zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu, ciężar uprawdopodobnienia faktu, że przez opis przedmiotu zamówienia i dobór wymaganych parametrów zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji, spoczywa w całości na odwołującym, który z faktu tego wywodzi korzystne dla siebie skutki. Z przebiegu rozprawy, zaprezentowanych stanowisk stron i uczestnika postępowania, wynika, że odwołujący w żaden sposób nie uprawdopodobnił twierdzeń dotyczących opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 29 ust. 1- 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp., w szczególności wymagania zamawiającego dotyczące opisu przedmiotu zamówienia nie uniemożliwiają odwołującemu złożenia oferty. Przeciwnie rozprawa dowiodła, że wymagania zamawiającego określone w opisie przedmiotu zamówienia są uzasadnione jego zobiektywizowanymi potrzebami i nie preferują rozwiązań konkretnego producenta, a przede wszystkim nie uniemożliwiają odwołującemu złożenia oferty.

Odnosząc się szczegółowo do zarzutów odwołania, Izba zważyła, co następuje:

Zarzut nr 1

W załączniku nr 3 do OPZ, Dział II „Dostawa, instalacja i uruchomienia urządzeń aktywnych stanowiących wyposażenie węzłów sieci oraz wyposażenia i systemów Centrum Zarządzania Siecią”, punkt 5.3 System Zarządzania Siecią i Usługami (OSS/BSS): *„Zamawiający wymaga dostarczenia oraz wdrożenia w Centrum Zarządzania Siecią dedykowanego systemu zarządzania siecią i usługami. System zarządzania powinien być neutralny dla różnych producentów urządzeń i umożliwiać zarządzanie i zdalną konfigurację urządzeń pochodzących od różnych dostawców (multi vendor/multi service system), system powinien w szczególności umożliwiać zarządzanie klientami sieci szerokopasmowej i*

wspierać sprzedaż usług detalicznych przez lokalnych operatorów. System w odpowiednim zakresie zostanie udostępniony klientom sieci jako usługa Operatora Infrastruktury."

Odwołujący stwierdził, że powyższy wymóg stoi w sprzeczności z decyzją Komisji Europejskiej sygnatura K(2011) 8121 z 10.11.2011 roku. Zignorowanie powyższego zapisu i utrzymanie przez Zamawiającego wymagań w obecnej postaci narazić może Skarb Państwa na utratę wysokiego dofinansowania przedmiotowego projektu, jakie otrzymuje on z funduszy Unii Europejskiej. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że zawarte w załączniku 3 do OPZ, punkt 5.3, postanowienia stanowią wymaganie świadczenia przez Operatora Infrastruktury usług zarządzania siecią i zarządzania klientami detalicznymi (klientami sieci szerokopasmowej), także w zakresie zawieranych pomiędzy operatorem sieci dostępowej (lokalnym operatorem) i jego klientami umów oraz rozliczeń. Tymczasem, dla zachowania zasady równego traktowania wszystkich operatorów sieci dostępowych, Operator Infrastruktury nie powinien mieć możliwości ingerencji w świadczenie przez operatora sieci dostępowych usług detalicznych, czym jest wspomniane zarządzanie klientami sieci szerokopasmowej i usługami realizowanymi dla nich przez tego operatora lokalnego.

Zarzut nie zasługuje na uznanie.

Izba jest uprawniona do oceny zgodności działań i zaniechań zamawiającego wyłącznie z przepisami ustawy Pzp i aktami wykonawczymi do tej ustawy. Do kognicji Izby nie należy ocena zgodności opisu przedmiotu zamówienia z decyzjami Komisji Europejskiej przyznającymi środki na realizację zadań. Tymczasem zarzut nr 1 sprowadza się wyłącznie do twierdzenia, że postanowienie określone w punkcie 5.3 do OPZ stoi w sprzeczności z decyzją Komisji Europejskiej sygnatura K(2011) 8121 z 10.11.2011 roku.

Ponadto wymóg określony w przywołanym wyżej pkt 5.3 załącznika 3 do OPZ nie narusza dyspozycji art. 29 ust. 1- 3 czy art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W toku rozprawy zamawiający w sposób wystarczający uzasadnił swoje obiektywne potrzeby i wymagania co do systemu zarządzania siecią i usługami. Zamawiający wymaga, aby Operator Infrastruktury promował usługi dostarczane przez sieć szerokopasmową i wspierał na równych warunkach sprzedaż usług detalicznych oferowanych przez Operatorów Dostępowych. Istotne jest to, co wyjaśnił zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 stycznia 2013 roku, że „Operator Infrastruktury nie będzie zajmował się sprzedażą usług detalicznych, ale jedynie udostępni wszystkim zainteresowanym na równych zasadach platformę, która będzie wspierała konkurencję i obniży barierę wejścia na rynek dla operatorów dostępowych”. Celem projektu jest wspieranie lokalnych operatorów telekomunikacyjnych, którzy nie mogą samodzielnie wytworzyć usług dostępowych przez sieć szerokopasmową, ale posiadając taką infrastrukturę dostępową mogą takie usługi sprzedawać. System ma zatem pełnić rolę

wsparcia sprzedaży i promocji usług szerokopasmowych oferowanych przez Operatorów Dostępowych.

Zarzut nr 2

W Dziale II Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik 3 do SIWZ), w rozdziale 2.2.2 zamawiający sformułował następujące wymaganie:

„Transmisja powinna być możliwa zarówno przy wykorzystaniu światła „białego”, jak i „kolorowego”, zgodnego z siatką częstotliwości ITU-T o odstępnie 100GHz. Zmiana parametrów transmisji powinna odbywać się poprzez wymianę wkładki optycznej lub przestrojenie lasera, w zależności od zastosowanej technologii”

Odwołujący wskazuje, że zgodnie ze Studium Wykonalności akceptowalnym modelem budowy sieci jest wariant 1 (tradycyjny). Studium Wykonalności zawiera również jednoznaczne wskazanie, który z wariantów: wariant 1 (tradycyjny), czy wariant 2 (IPoDWDM) powinien zostać zastosowany w przypadku budowy sieci. Wskazał, że wymaganie w obecnej postaci pozostaje w sprzeczności z zapisami Studium Wykonalności. Ponadto podniósł, że technologia IPoDWDM (wariant 2) jest charakterystycznym rozwiązaniem oferowanym w produktach firmy Cisco Systems. Utrzymanie obecnego wymagania, poza oczywistą niezgodnością z zapisami Studium Wykonalności naraża zamawiającego na pozyskanie rozwiązań degradujących klasę tworzonej sieci, charakterystycznych dla sieci nieoperatorskich. Taki opis przedmiotu zamówienia stanowi więc naruszenie przepisów art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. oraz nie respektuje głównych założeń dotyczących architektury sieci jednoznacznie określonych w Studium Wykonalności. Odwołujący wniósł o modyfikację kwestionowanego postanowienia SIWZ przez dostosowanie treści SIWZ do wytycznych zawartych w Studium Wykonalności i nadanie mu brzmienia: *„Transmisja pomiędzy Routerem szkieletowym a systemem transportu optycznego DWDM, będzie opierać się o interfejsy optyczne „czarno-białe” krótkiego zasięgu. Zamawiający nie dopuszcza zastosowania rozwiązania w oparciu o interfejsy „kolorowe” na poziomie routera.”*

Zarzut nie zasługuje na uznanie.

Podstawą do uwzględnienia zarzutu nie może być jego niezgodność ze Studium Wykonalności, sporządzanym na etapie przygotowania przedsięwzięcia, wielokrotnie zmienianym. Studium Wykonalności ma jedynie charakter pewnych założeń, przewidywanych, dopuszczalnych rozwiązań. Precyzyjne wymagania techniczne, ostatecznie dobrane przez zamawiającego zostały sformułowane w Opisie Przedmiotu Zamówienia i są one obowiązujące. Zamawiający w piśmie z dnia 31 grudnia 2012 roku w odpowiedzi na pytanie nr 2 wskazał, że wyżej opisane wymaganie winno być interpretowane

jako dopuszczenie wariantów alternatywnych, akceptowalne są rozwiązania z wykorzystaniem interfejsów „białych” i „kolorowych”. Ponadto wyjaśnił, że dąży do zapewnienia elastyczności systemu, optymalizacji rozbudowy i utrzymania sieci, w związku z czym dopuszcza szeroki wachlarz możliwych do zastosowania technologii.

Podkreślenia wymaga okoliczność, że kwestionowany wymóg dopuszczający transmisję przy wykorzystaniu światła białego jak i kolorowego, nie narusza zasady uczciwej konkurencji, nie utrudnia odwołującemu przygotowania i złożenia oferty, co przyznał odwołujący w toku rozprawy. Jest to wymóg dopuszczający w efekcie różne rozwiązania technologiczne, a zatem prowadzący do rozszerzenia konkurencji. Dążenie odwołującego do utrzymania wyłącznie jednego rozwiązania opartego o interfejsy optyczne czarno - białe i wykreślenia rozwiązania opartego o interfejsy kolorowe na poziomie routera, jest w ocenie Izby niczym nie uzasadnione i może doprowadzić do ograniczenia konkurencji. Odwołujący w ten sposób próbuje kreować opis przedmiotu zamówienia w sposób najbardziej optymalny dla siebie i jednocześnie wykluczający inne, alternatywne rozwiązania techniczne. Ponadto w toku rozprawy odwołujący przyznał, że przewidziana w OPZ technologia „wariant 2” jest charakterystycznym rozwiązaniem oferowanym przez produkty Cisco Systems, które jest jednak rozwiązaniem powszechnie stosowanym także przez innych producentów. Z przeprowadzonej rozprawy wynika zatem, że technologia transmisji z wykorzystaniem interfejsów „kolorowych” nie jest technologią charakterystyczną wyłącznie dla produktów Cisco Systems. Przystępujący wykazał, że technologia ta jest stosowana przez wielu dostawców na rynku, w tym także przez firmę Alcatel – Lucent, która oferuje rozwiązanie o nazwie Lambda Level Grooming. Zatem niezasadny jest zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Zarzuty do 3 - 7 dotyczące działu II Opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3)

Na wstępie wskazać należy, że zarzuty zawarte w pkt 3- 7 odwołania nie dotyczą niezgodności kwestionowanych postanowień opisu przedmiotu zamówienia z przepisami ustawy Pzp. a mają jedynie charakter pewnych postulatów co do zwiększenia elastyczności w zakresie wyboru szczegółów technologicznych, zagwarantowania neutralności technologicznej i pozostawienia wykonawcy swobody implementacyjnej. Przeprowadzona rozprawa dowiodła, że kwestowane w pkt 3 - 7 zarzutów odwołania postanowienia OPZ nie naruszają zasady uczciwej konkurencji, nie uniemożliwiają czy nawet nie utrudniają udziału odwołującego w postępowaniu i złożenia przez niego oferty. Ponownie odwołujący zdaje się dążyć do wykreowania korzystnych dla siebie postanowień co do szczegółów technicznych, które w jego ocenie są bardziej optymalne pod względem technicznym i ekonomicznym. Tymczasem jak wyżej wskazano w uwagach ogólnych kwestia określenia przedmiotu

zamówienia, zgodnie z obiektywnymi potrzebami i oczekiwaniami leży w wyłącznej gestii zamawiającego. Dodatkowo wskazać należy, że kwestionowane w zarzutach 3-7 postanowienia siwz były przedmiotem wyjaśnień zamawiającego, udzielonych dnia 31 grudnia 2012 roku.

Zarzut nr 3

W Dziale II Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik 3 do SIWZ), w rozdziale 3.4 Zamawiający zawarł wymaganie: *„Konieczne jest zapewnienie możliwości tworzenie filtrów (ACL) na portach i podinterfejsach aby zapobiec fałszowaniu adresów źródłowych oraz wysyłaniu ruchu na adresy wewnętrzne sieci spoza sieci oraz weryfikacja adresów IP z tablicą routingu (unicast RPF) aby zapobiec fałszowaniu adresów źródłowych.”*

Odwołujący zwrócił uwagę, że Operator Infrastruktury będzie w pełni odpowiedzialny za bezpieczeństwo w zarządzanej sieci. Tym samym, w celu zachowania neutralności technologicznej i implementacyjnej, konieczne jest umożliwienie wykonawcy większej elastyczności co do wyboru szczegółów technologicznych realizacji mechanizmów bezpieczeństwa w zakresie unicast RPF i pozostawienie wymagania tylko na poziomie funkcjonalnym. Odwołujący wniósł o modyfikację wymagania SIWZ w sposób gwarantujący zachowanie neutralności technologicznej i pozostawiający wykonawcy swobodę implementacyjną tj. poprzez wprowadzenie nowego brzmienia kwestionowanego wymagania: *„Konieczna jest możliwość tworzenia filtrów (ACL) na portach i podinterfejsach aby zapobiec fałszowaniu adresów źródłowych oraz wysyłaniu ruchu na adresy wewnętrzne sieci spoza sieci.”*

Zarzut nie zasługuje na uznanie.

Określony przez zamawiającego wymóg ma na celu zapewnienie bezpieczeństwa sieci na jak najwyższym poziomie. Proponowane przez odwołującego brzmienie tego postanowienia i wykreślenie weryfikacji adresów IP z tablicą routingu (unicast RPF) spowoduje obniżenie bezpieczeństwa sieci. Odwołujący w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że wymóg zamawiającego utrudnia mu przygotowanie oferty a przyjęte przez zamawiającego wymaganie jest charakterystyczne dla jakiegoś konkretnego dostawcy.

Zarzut nr 4

W Dziale II Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik 3 do SIWZ), w rozdziale 3.7 Zamawiający zawarł wymaganie: *„Urządzenie, oprócz samego przesyłania ruchu IP z gwarancją jakości usług, powinno umożliwiać także tworzenie bardziej zaawansowanych usług transmisji, takich jak tworzenie wirtualnych sieci prywatnych dla ruchu IPv4 i IPv6 (VPN, VPNv6) i dla ruchu IP multicast (mVPNv4, mVPNv6) a także przenoszenie ruchu*

warstwy drugiej (L2VPN), na przykład Ethernet (typy usług wg definicji zawartych w MEF6.1), lub w miarę możliwości innych protokołów (ATM, Frame Relay) czy ruchu warstwy pierwszej (TDM over IP)”.

W Dziale II Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik 3 do SIWZ), w rozdziale 3.3 Zamawiający zawarł wymaganie: „Urządzenie powinno obsługiwać protokół BGP i MP BGP, wraz ze stosowanymi do tworzenia usług rozszerzeniami (np. rodziny adresów IPv6, 6PE, VPNv4, VPNv6, multicast)”

Odwołujący zwraca uwagę, że wymagania sformułowane przez Zamawiającego w istotny sposób naruszają zasadę neutralności technologicznej poprzez sugerowanie konkretnego rozwiązania, co narusza wprost przepis art. 29 ust. 2 i 3 ustawy.

Odwołujący podkreśla, iż aby świadczyć rozległe usługi L3VPN (VPN, VPNv6, mVPNv4, mVPNv6) nie zawsze jest konieczne używanie odpowiedniego rozszerzenia protokołu MP-BGP na wszystkich węzłach sieci. Wykonawca będzie w pełni odpowiedzialny za zarządzanie siecią, powinien zapewnić w niej dostępność wyżej wymienionych usług w sposób optymalny dla swojego rozwiązania. Tymczasem narzucanie konkretnego sposobu ich implementacji (np. poprzez wskazanie konkretnych funkcjonalności dla węzłów lub zawężanie technicznych możliwości) narusza zasadę neutralności technologicznej i równego traktowania wykonawców oraz dostawców w pełni równoważnych rozwiązań. Odwołujący wniósł o zmianę SIWZ przez ustanowienie wymagania w brzmieniu nie naruszającym zasady neutralności technologicznej i równego traktowania wykonawców tj. poprzez wprowadzenie nowego brzmienia kwestionowanego wymagania: „Urządzenie, oprócz samego przesyłania ruchu IP z gwarancją jakości usług, powinno umożliwiać przenoszenie ruchu warstwy drugiej (L2VPN), na przykład Ethernet (typy usług wg definicji zawartych w MEF6.1) oraz innych protokołów (ATM, Frame Relay) czy ruchu warstwy pierwszej (TDM over IP). Aby minimalizować zajętość zasobów urządzeń dystrybucyjnych (np. pamięci) dopuszcza się implementacje L3VPN (VPN, VPNv6, mVPNv4, mVPNv6) przez kreowanie usługi VPWS lub VPLS terminowanej na węźle szkieletowym w instancji L3VPN odpowiedniego typu.” Jednocześnie Odwołujący wnosi o usunięcie z rozdziału 3.3 wymagania: „Urządzenie powinno obsługiwać protokół BGP i MP BGP, wraz ze stosowanymi do tworzenia usług rozszerzeniami (np. rodziny adresów IPv6, 6PE, VPNv4, VPNv6, multicast)”.

Zarzut nie zasługuje na uznanie.

Odwołujący ponownie próbuje narzucić zamawiającemu korzystne dla siebie rozwiązanie technologiczne, nie negując jednocześnie że kwestionowany zapis nie wyklucza żadnego z dostawców, jest wymaganiem standardowym, nie naruszającym zasad konkurencji i

odwołujący jest w stanie go spełnić. Zamawiający w piśmie z dnia 31 grudnia 2012 roku, w odpowiedzi na pytanie nr 4 wyjaśnił, że zaproponowany przez wykonawcę wymóg zmniejsza efektywność dystrybucji ruchu w sieci, co może doprowadzić do ograniczenia możliwości świadczenia usług, nieefektywnego wykorzystania pasma w relacji szkielet – dystrybucja. Odwołujący w toku rozprawy nie polemizował z zaprezentowanym w piśmie z dnia 31 grudnia stanowiskiem zamawiającego.

Zarzut nr 5

W Dziale II Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik 3 do SIWZ), w rozdziale 3.3 Zamawiający zawarł wymaganie: *„Urządzenie powinno obsługiwać powszechnie stosowane protokoły routingu wewnątrzsiściowego (IGP): (...) - PIM-SM, PIM-SSM dla ruchu multicast lub w warstwie drugiej przez IGM snooping”*

Odwołujący podnosił, iż powyższe wymaganie powoduje brak elastyczności w doborze obsługi protokołu PIM i jednocześnie zawęża możliwe do zastosowania rozwiązania, ograniczając w sposób nieuzasadniony konkurencję. Odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji SIWZ poprzez usunięcie wymogu precyzującego odmiany protokołu PIM i pozostawienie większej swobody w etapie implementacji tj. przez wprowadzenie nowego brzmienia kwestionowanego wymagania: *„Urządzenie powinno obsługiwać powszechnie stosowane protokoły routingu wewnątrzsiściowego (IGP): - PIM-SM lub PIM-SSM dla ruchu multicast lub w warstwie drugiej przez IGM snooping”*

Zarzut nie zasługuje na uznanie.

Ponownie odwołujący nie stawia zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2- 3 ustawy Pzp, a jedynie postuluje o dokonanie zmiany w korzystny dla siebie sposób, podnosząc brak elastyczności i zawężanie możliwych rozwiązań. Kwestia to była również przedmiotem wyjaśnień zamawiającego z dnia 31 grudnia 2012 roku, gdzie zamawiający wskazał, że „charakter sieci (operatorski hurtowy) i spodziewany typ większości ruchu multicast (jednokierunkowy „broadcast of content” z pojedynczych źródeł do wielu odbiorców) wymusza zastosowanie wariantów protokołu PIM, umożliwiających optymalizację i kontrolę rozplątów”

Zarzut nr 6

W Dziale II Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik 3 do SIWZ), w rozdziale 2.2.8 Zamawiający zamieścił wymaganie: *„Urządzenie powinno być zoptymalizowane do pełnionej funkcji oraz zapewniać możliwość rozbudowy wydajności i ilości interfejsów. Moduł zarządzający, zasilanie, chłodzenie, powinny być zdublowane zapewniając poprawną pracę w przypadku awarii jednego z elementów”*.

W dalszej części dokumentu zawarto wymaganie co do ilości portów: „*Urządzenia muszą być wyposażone w porty min 12 x 1GE SFP LH/LX oraz 1 x 10GE SFP LH/LX oraz umożliwiać podwojenie ilości portów w przyszłości*”.

Odwołujący zwraca uwagę, że wymagania na ilości interfejsów są niewielkie i w większości przypadków mogą być zapewnione przez niemodularne urządzenia, które standardowo posiadają interfejsy 24x1 GE + 2x1 OGE. W związku z tym połączenie przez Zamawiającego w SIWZ obu wymagań stanowi ograniczenie neutralności technologicznej i sugeruje konieczność zastosowania określonych rozwiązań, powodując naruszenie przepisów art. 29 ust. 2 i 3 ustawy. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji SIWZ w sposób gwarantujący zachowanie neutralności technologicznej i pozostawiający wykonawcy swobodę implementacyjną tj. poprzez wprowadzenie nowego brzmienia kwestionowanego wymagania: „*Urządzenie powinno być urządzeniem zoptymalizowanym do pełnionej funkcji. Urządzenie powinno mieć zdublowane zasilanie oraz występować w wersji DC oraz AC.*” Jednocześnie Odwołujący wniósł o usunięcie z rozdziału 3.5 wymagania na ISSU (ang. In Service Software Upgrade) o treści „*Urządzenie powinno obsługiwać mechanizmy aktualizacji oprogramowania systemowego bez przerw w pracy (ISSU).* ”, które z oczywistych względów może być wspierane tylko przez węzeł wyposażony w dwa moduły zarządzające.

Zarzut nie zasługuje na uznanie.

Odwołujący nie stawia zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 - 3 ustawy Pzp. W piśmie z dnia 31 grudnia 2012 roku, z treścią którego odwołujący nie polemizował, zamawiający wskazał, że przyjęty „model wymagań pozwala na wyeliminowanie większej ilości ryzyk związanych z utrzymaniem sieci (...). Ponieważ elementy aktywne są najbardziej narażone na awarie Zamawiający wymaga, aby wykonawca zapewnił wysoką niezawodność pracy sieci poprzez wyeliminowanie pojedynczych punktów awarii na poziomie urządzeń przez zdublowanie krytycznych elementów w węzłach szkieletowych i dystrybucyjnych”.

Zarzut nr 7

W Dziale II Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik 3 do SIWZ), w rozdziale 3.6 Zamawiający zamieścił wymaganie: „*Urządzenie powinno umożliwić tworzenie odrębnego zestawu kolejek dla klas ruchu na każdym z portów, oraz każdym z podinterfejsów. Jest to konieczne dla zapewnienia separacji ruchu, czyli zachowania prawidłowych parametrów transmisji klas pozostałych w przypadku natłoku w jednej z klas lub na jednym podinterfejsie.*”.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż do każdego z portów dostępowych przełącznika dystrybucyjnego będzie podłączony tylko jeden operator sieci dostępowej. W związku z tym

nie będzie sytuacji aby na jednym fizycznym interfejsie były obsługiwane podinterfejsy. Tak więc wymagana funkcjonalność odnosząca się do podinterfejsów jest niezasadna. Dodatkowo może doprowadzić, do konieczności zaoferowania rozwiązania nieoptymalnego i dużo droższego, które będzie spełniało wymagania co do podinterfejsów, ale nigdy nie będzie wykorzystane z uwagi na brak potrzeby implementacji. Odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji SIWZ w sposób uzasadniony technicznie i gwarantujący zachowanie neutralności technologicznej tj. poprzez wprowadzenie nowego brzmienia kwestionowanego wymagania: *„Urządzenie powinno umożliwić tworzenie odrębnego zestawu kolejek dla klas ruchu na każdym z portów, Jest to konieczne dla zapewnienia separacji ruchu, czyli zachowania prawidłowych parametrów transmisji klas pozostałych w przypadku natłoku w jednej z klas”.*

Zarzut nie zasługuje na uznanie.

Odwołujący wskazuje jedynie na, jego zdaniem, lepsze, bardziej optymalne technologicznie i ekonomicznie rozwiązanie. Podkreślić należy, że wymagane przez zamawiającego nie narusza zasady uczciwej konkurencji, nie dyskryminuje żadnego z wykonawców, a odwołujący jest w stanie je spełnić.

Zarzut nr 8

W Dziale I Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik 3 do SIWZ), w rozdziale 3.11.2 Zamawiający opisał wymagania na dopuszczalne rozwiązania alternatywne w zakresie sposobu dostarczenia sieci. Zamawiający wskazał następujące możliwości:

1. wykorzystanie 4 rur RHDPE 40/3,7 lub RHDPE 32/2,9;
2. wykorzystanie infrastruktury teletechnicznej składającej się z 4 rur RHDPE zapewniających instalację mikrokanalizacji o pojemności minimum 4 mikrorurek. Jedna rura wypełniona jest minimum czterema mikrorurkami a pozostałe rury pozostają puste;
3. wykorzystanie infrastruktury teletechnicznej składającej się z 1 rury RHDPE wypełnionej mikrokanalizacją o pojemności minimum 4 mikrorurek lub 2 rur RHDPE w tym jednej wypełnionej mikrokanalizacją druga pozostaje pusta lub 3 rur RHDPE, w tym jednej wypełnionej mikrokanalizacją pozostałe mają pozostać puste, jednak przeniesienie własności tej infrastruktury może nastąpić tylko dla sieci dystrybucyjnej niewspółbieżnej z siecią szkieletową.

Dodatkowo w rozwiązaniu alternatywnym uwzględniono możliwość wykorzystania istniejącej infrastruktury w postaci infrastruktury kablowej poprzez dzierżawę w formie IRU dla sieci dystrybucyjnej niewspółbieżnej z siecią szkieletową. Zdaniem odwołującego, przedmiotowe wymagania w stopniu znaczącym, redukują możliwość wykorzystania istniejącej infrastruktury teletechnicznej i stanowią naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy poprzez

sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia przy nieuwzględnieniu okoliczności mogącej mieć wpływ na sporządzenie oferty tj. treści Decyzji Komisji Europejskiej K(2011)8121 dotyczącej Pomocy państwa (...) – Polska Projekt pt. Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej skierowanej do Państwa Polskiego a wskazującej na konieczność wykorzystania dla realizacji projektu istniejącej infrastruktury. Zdaniem odwołującego, zamawiający wprowadza zapisy ograniczające stosowanie istniejącej infrastruktury, w postaci rurociągu mniejszego niż 4 rury RHDPE 40/3,7 lub RHDPE 32/2,9 tylko do sieci dystrybucyjnej nie współbieżnej ze szkieletową. Wymóg ten nie znajduje uzasadnienia względami technicznymi, ekonomicznymi czy jakościowymi – jedynie prowadzi do wyeliminowania możliwości wykorzystania istniejącej infrastruktury. Ponadto odwołujący wskazał, że zgodnie z opinią Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji ekwiwalentem czterech rur RHDPE jest jedna rura RHDPE wyposażona w cztery mikrorury.

Zarzut nie zasługuje na uznanie.

W toku rozprawy i w złożonej odpowiedzi na odwołanie, zamawiający skutecznie wykazał, że wymóg określony w rozdz. 3.11.2 załącznik 3 jest uzasadniony pod względem technicznym a dopuszczenie rozwiązania, w którym możliwe byłoby zastosowanie 1 rury z systemem mikrokanalizacji może okazać się nieracjonalne i nieefektywne. Zamawiający wskazywał, że bazowym modelem realizacji inwestycji jest zaprojektowanie i wybudowanie nowego rurociągu kablowego złożonego z 4 rur RHDPE. Uzasadniając postawione wymagania techniczne zamawiający wskazał, że nieograniczone możliwości instalacyjne 4 rur pozwolą na swobodne wykorzystanie przestrzeni i świadczenie usług dzierżawy. Wymóg ten jest uzasadniony także koniecznością zapewnienia sobie swobodnej możliwości ewentualnej rozbudowy 4 rur RHDPE do co najmniej 16 mikrorur. Te obiektywne potrzeby uzasadniają, w ocenie Izby, postawione przez zamawiającego wymogi techniczne.

Podkreślić także należy, że odwołujący nie podnosił w toku rozprawy, że wymóg dotyczący zastosowania 4 rur RHDPE uniemożliwia lub utrudnia mu złożenie oferty. Odwołujący wskazywał jedynie, że wymóg ten jest mniej optymalny pod względem finansowym i powoduje, że możliwość wykorzystania istniejącej infrastruktury została ograniczona wyłącznie do sieci dystrybucyjnej niewspółbieżnej z siecią szkieletową. Okoliczności wskazane wyżej nie mogą być powodem do stwierdzenia niezgodności wymagań technicznych z przepisami ustawy Pzp. Oceny tej nie zmienia także opinia Krajowej Izby Elektroniki i Telekomunikacji z dnia 19 października 2012 roku, przedstawiona przez odwołującego w toku rozprawy, która stanowi porównanie techniczne tradycyjnych rurociągów RHDPE z technologią mikrokanalizacji. Należy przychylić się do stanowiska zamawiającego zaprezentowanego już w wyjaśnieniach z dnia 31 grudnia 2012 roku, że

istotnie ekwiwalentem czterech rur jest jedna rura RHDPE wyposażona w system mikrokanalizacji, ale przy założeniu, że w każdej rurze instalowany jest jedynie kabel światłowodowy.

Zarzut nr 9 dotyczący kryteriów od 2.1 do 2.5 tj. terminów i wysokości innych świadczeń podmiotu prywatnego jest bezprzedmiotowy z uwagi na dokonaną przez zamawiającego zmianę tego kryterium, co zamawiający uczynił dnia 31 grudnia 2012 roku w odpowiedzi na pytanie nr 8.

Zarzut nr 10

W załączniku nr 2 do siwz zamawiający wprowadził podkryterium 3.5 „Liczba dostarczonych kilometrurur sieci dystrybucyjnej w stosunku do liczby z modelu bazowego”

Zamawiający ustalił 4 kryteria oceny ofert:

1. Zaktualizowana wartość netto wydatków inwestycyjnych i wydatków operacyjnych, obejmująca wynagrodzenie partnera prywatnego – 70%
2. Terminy i wysokość innych świadczeń podmiotu publicznego – 5%
3. Kryteria odnoszące się bezpośrednio do sieci SSPW- 20%
4. Podział zadań i ryzyk – 5%.

W kryterium odnoszącym się bezpośrednio do sieci SSPW wykonawcy mogli uzyskać maksymalnie 20 pkt. Zamawiający ustalił pięć podkryteriów :

1. wysokość zadeklarowanych nakładów inwestycyjnych jako procent zysku netto w roku poprzedzającym rok obrotowy – maks. 4 pkt,
2. liczba węzłów dystrybucyjnych dodatkowych – maks. 4 pkt
3. zwiększenie ilości włókien ponad wymagane minimum tj. 48 włókien w szkieletcie i 12 w dystrybucji – maks. 1 pkt.
4. przepustowość sieci szkieletowej – maks. 2 pkt.
5. liczba dostarczonych kilometrurur sieci dystrybucyjnej w stosunku do liczby z modelu bazowego – maks. 9 pkt.

Odwolujący podnosił, iż wprowadzanie w kryterium oceny ofert ww. wskaźnika 3.5 (załącznik nr 2 do SIWZ) powoduje, że Partner Prywatny, który w swojej ofercie założy maksymalne wykorzystanie istniejących zasobów, co jest zgodne z motywem 108 Decyzji KE oraz przyczyni się do powodzenia realizacji przedmiotowego zadania, będzie dyskryminowany poprzez uzyskanie niższej oceny w porównaniu z Parterem, który nie spełni takiego założenia. Odwołujący wnosi o usunięcie kryterium oceny ofert 3.5 Załącznika nr 2 do siwz jako zapisu, który może dyskryminować wykorzystanie istniejącej infrastruktury i jest niezgodny z celem projektu, dla którego uzyskał on dofinansowanie z funduszy Unii Europejskiej.

Zarzut nie zasługuje na uznanie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że odwołujący kwestionuje wyłącznie jedno z pięciu podkryteriów, zawarte kryterium odnoszącym się do sieci SSP, którego waga wynosi 20%. Przy czym w podkryterium tym można uzyskać jedynie 9 punktów.

Izba uznała, że kwestionowane przez odwołującego podkryterium jest związane z przedmiotem zamówienia oraz nie przyznaje ono zamawiającemu możliwości arbitralnej oceny ofert, co powoduje że jest ono dopuszczalne i zgodne z art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp a także z art. 6 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 roku o partnerstwie publiczno - prywatnym.. Istotą kryterium jest przyznawanie większej liczby punktów wykonawcy, który zapewni większą liczbę kilometrów, premiowanie rozwiązań które dostarczą sieć dystrybucyjną najmniej odbiegającą od modelu bazowego, polegającego na dostarczeniu infrastruktury w postaci 4 rur RHDPE na całej długości sieci. Za dopuszczalne i nie wykluczające możliwości wykorzystania istniejącej sieci, należy uznać, preferowanie przez zamawiającego wykonawców, którzy zaproponują budowę sieci w jak największym stopniu opartej na modelu bazowym.

Nie można zgodzić się także ze stanowiskiem odwołującego, że przez tak sformułowane kryterium, zamawiający wykluczył możliwość wykorzystania istniejącej infrastruktury, co jest niezgodne z motywem 108 decyzji Komisji Europejskiej K(2011) 8121. Po pierwsze podnieść należy, że Izba nie jest organem uprawnionym do weryfikacji zgodności działań podjętych przez zamawiającego z decyzjami Komisji Europejskiej przyznającymi środki finansowe. Po drugie, co istotne, kwestionowane podkryterium nie jest jedynym na podstawie, którego zamawiający dokonuje oceny ofert i przyznaje punkty, ofertą najkorzystniejszą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans wszystkich przewidzianych w tym postępowaniu kryteriów oceny ofert. Zatem, mając na uwadze że wykorzystanie istniejącej infrastruktury w realizacji przedsięwzięcia obniża znacznie koszty budowy, należy przyjąć, że wykonawca który w maksymalnym stopniu wykorzystuje istniejące zasoby będzie premiowany w kryterium nr 1, którego waga wynosi aż 70%.

Uwzględniając powyższe Izba orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: