

Sygn. akt: KIO 1433/12

WYROK
z dnia 23 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2012 r. przez wykonawcę **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji z siedzibą w Radomiu, ul. 11-go Listopada 37/59, 26-600 Radom**

orzeka:

1. **oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** 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. Nr 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 **Radomiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Komenda Wojewódzka Policji z siedzibą w Radomiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Usługę dzierżawy cyfrowych łączy telekomunikacyjnych”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 czerwca 2012 r. pod nr 2012/S 121-200966.

W postępowaniu tym wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 6 lipca 2012 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Złożone odwołanie dotyczy postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), której treść została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 27 czerwca 2012 r.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący zarzucił, że treść SIWZ oraz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia są niezgodne z przepisami ustawy Pzp z uwagi na naruszenie norm, w szczególności uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców - przewidzianych w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 w tej ustawie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ oraz Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający zgodność z ustawą Pzp, a także nakazanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał, że Zamawiający w załączniku do SIWZ „Wycena dzierżawy łączy telekomunikacyjnych - zadanie 1, 2 i 3” w kolumnie „Termin uruchomienia” wskazał datę 01.10.2012. Podkreślił, iż termin rozpoczęcia świadczenia usług poprzez wskazanie na konkretną datę kalendarzową w istotny sposób

narusza wyrażoną w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zasadę uczciwej konkurencji. Wskazanie konkretnej kalendarzowej daty rozpoczęcia realizacji umowy, bez wiedzy uczestników postępowania na temat faktycznego terminu zakończenia postępowania i tym samym bez wiedzy na temat terminu podpisania umowy, jest, zdaniem Odwołującego, niedopuszczalne. Takie działanie Zamawiającego – zdaniem Odwołującego - pozbawia wykonawców wiedzy na temat okresu, jakim będą dysponować na przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia usług (nie jest znany termin podpisania umowy). Odwołujący podkreślił, że działanie to naraża wykonawców na ryzyko zapłaty odszkodowania (ewentualnych kar umownych) wskutek zbyt krótkiego czasu na wykonanie czynności związanych z uruchomieniem usług. Na poparcie swojego stanowiska przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach o sygn. akt: KIO/UZP 707/08 oraz KIO/1756/10.

Odwołujący zwrócił również uwagę na to, iż termin ten, zakładając nawet sprawne przeprowadzenie postępowania, jest stanowczo zbyt krótki, niemożliwy do dotrzymania i rażąco narusza zasadę wyrażoną w art. 7. ust. 1 ustawy Pzp. Biorąc bowiem pod uwagę szeroki zakres przedmiotu zamówienia, datę składania ofert wyznaczoną na dzień 10 sierpnia 2012 r. oraz procedurę wyboru najkorzystniejszej oferty, termin na uruchomienie usługi jest – jego zdaniem - nierealny do zachowania przez operatorów telekomunikacyjnych, którzy nie świadczą obecnie usług telekomunikacyjnych dla Zamawiającego, co stanowi – według Odwołującego - naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców - art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż stawia w uprzywilejowanej pozycji obecnego operatora telekomunikacyjnego. W ocenie Odwołującego tak określony termin uruchomienia usług, jako całkowicie nierealny, nie może zostać uznany za wiążący. Podkreślił, że warunki postępowania muszą być sprecyzowane w taki sposób, aby każdy potencjalny wykonawca mógł zaplanować przeprowadzenie przedsięwzięcia z uwzględnieniem obowiązujących przepisów dotyczących budowy sieci telekomunikacyjnej.

Odwołujący zwrócił uwagę na to, że w przetargu na usługi telekomunikacyjne należy mieć na względzie czas niezbędny przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu na przygotowanie możliwości technicznych. Zarówno budowa łączy telekomunikacyjnych, jak również ich pozyskiwanie z zasobów innych operatorów telekomunikacyjnych, a także inne czynności objęte niniejszym zamówieniem, są działaniami obiektywnie czasochłonnymi i wiążą się z podjęciem przez wyspecjalizowanych pracowników wykonawcy szeregu działań. Wskazał na okoliczność, iż wiedzę powszechnie znaną wśród podmiotów działających na polskim rynku usług telekomunikacyjnych jest to, iż na uzyskanie od innego operatora telekomunikacyjnego łączy w wybranej relacji potrzeba wielu tygodni, a i czynności i procedury z zakresu prawa budowlanego także związane są z konkretnymi terminami.

Podniósł, że każdy z wykonawców w praktyce posiada swoją sieć szkieletową, do której w razie konieczności (tj. świadczenia usług dla abonenta) dołączyć może lokalizację przyszłego abonenta. O ile sama budowa takiego przyłącza nie jest dla wykonawców zbyt czasochłonna, o tyle trzeba mieć świadomość jak wygląda postępowanie przed rozpoczęciem budowy tego przyłącza. Czas niezbędny na załatwienie wszelkich formalności jest w praktyce niezależny od wykonawcy i wynika przede wszystkim z terminów określonych przepisami prawa jak i sprawności działania organów administracji. Uzyskanie samego tylko pozwolenia na zajęcie pasa drogowego zająć może do 4 miesięcy i czas ten wynika z wielu obowiązków ustawowych nałożonych na podmiot, który takie pozwolenie zamierza uzyskać.

Odwołujący zwrócił w tym zakresie uwagę na określone przepisy prawa. Przykładowo wskazał na art. 40 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, zgodnie z którym zajęcie pasa drogowego na cele niezwiązane z budową, przebudową, remontem, utrzymaniem i ochroną dróg wymaga zezwolenia zarządcy drogi, w drodze decyzji administracyjnej. Termin na wydanie decyzji administracyjnej określa kodeks postępowania administracyjnego i zgodnie z nim organ ma 30 dni na jej wydanie, a w przypadkach szczególnie skomplikowanych nawet 2 miesiące. Zanim jednak zostanie złożony wniosek o wydanie pozwolenia to zgodnie z przepisami wykonawczymi do powołanej ustawy do wniosku muszą być dołączone:

- 1) szczegółowy plan sytuacyjny w skali 1:1.000 lub 1:500, z zaznaczeniem granic i podaniem wymiarów planowanej powierzchni zajęcia pasa drogowego, a w przypadku umieszczenia reklamy - z podaniem jej wymiarów;
- 2) zatwierdzony projekt organizacji ruchu, jeżeli zajęcie pasa drogowego wpływa na ruch drogowy lub ogranicza widoczność na drodze albo powoduje wprowadzenie zmian w istniejącej organizacji ruchu pojazdów lub pieszych.

Podkreślił, że wskazana wyżej dokumentacja też wymaga odpowiedniego czasu na jej uzyskanie. Przywołał art. 27 ust.2 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. Prawo geodezyjne i kartograficzne, zgodnie z którym inwestorzy są obowiązani uzgadniać usytuowanie projektowanych sieci uzbrojenia terenu z właściwymi starostami. Szczegóły tych uzgodnień określa rozporządzenie Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 2 kwietnia 2001 r. w sprawie geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu oraz zespołów uzgadniania dokumentacji projektowej. Zgodnie z § 11 tego rozporządzenia treść uzgodnienia wyrażana jest w formie opinii, wydawanej z upoważnienia starosty przez przewodniczącego zespołu, a opinię tą wydaje się inwestorowi w terminie 14 dni od dnia przedłożenia wniosku. W

uzasadnionych przypadkach termin ten może być przedłużony do 30 dni. Przy czym podniósł, że nie zajęcie stanowiska przez zespół w tych terminach uznaje się za brak zastrzeżeń do przedstawionego projektu, a można też pominąć czasu jaki potrzebuje wykonawca na przygotowanie tych wniosków i map.

Odwołujący podkreślił, że ustalone w warunkach przetargu terminy są w praktyce niemożliwe do spełnienia i w ten sposób Zamawiający pozbawi możliwości przystąpienia do postępowania innych wykonawców, niż wykonawca, który być może ma możliwość świadczenia usług bez konieczności wykonania żadnych inwestycji. Patrząc realnie na terminy, nie jest możliwe, aby w tak krótkim czasie dokonać jakichkolwiek inwestycji. Ponadto wadliwe wyznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług zmusza wykonawców do wzięcia pod uwagę, przy określaniu wysokości oferty, kosztów ewentualnych kar umownych. Podkreślił, że działanie polegające na wyznaczeniu zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi, poprzez wykluczenie swobodnej konkurencji, uniemożliwi w praktyce Zamawiającemu obniżenie kosztów zawieranej umowy. W tym zakresie przywołał art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, zgodnie z którym wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Zwrócił także uwagę na art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, który stanowi, iż naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.

Co do kwestii ustalenia realnych terminów wykonania zamówienia Odwołujący powołał się także na orzecznictwo Zespołów Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej:

- UZP/ZO/0-533/06, wskazując, że określenie terminu rozpoczęcia realizacji usług powinno uwzględniać skalę przedsięwzięcia oraz uwarunkowania techniczne i organizacyjne świadczenia usługi, a zbyt krótki termin nie może stanowić bariery uniemożliwiającej złożenie oferty konkurencyjnej wobec dotychczasowego wykonawcy, ponieważ stanowiłoby to naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;
- UZP/ZO/O-1030/07, UZP/ZO/O-1031/07, UZP/ZO/O-1044/07, wskazując, że wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na realizację usług telekomunikacyjnych jest faktycznie preferowaniem dotychczasowego dostawcy i jest tym samym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji;
- KIO/UZP 874/09, wskazując, że Izba przychyliła się do zarzutu odwołującego, iż wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi telekomunikacyjnej jest naruszeniem art. 29 ustawy Pzp i że przy świadczeniu usług poprzez dzierżawę łączy od innego operatora, czas niezbędny na wykonanie

niektórych tylko czynności prowadzących do dzierżawy, musi być uwzględniony przez Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że szeroki zakres niniejszego zamówienia wymaga określenia co najmniej kilkumiesięcznego terminu na rozpoczęcie realizacji usług od daty podpisania umowy (budowa infrastruktury, zawarcie koniecznych umów, uzyskanie zgód i zezwoleń, nabycie urządzeń technicznych). Odwołujący wniósł o określenie rozpoczęcia świadczenia usługi na 4 miesiące od dnia zawarcia umowy.

Odwołujący podniósł też drugi zarzut odnoszący się do opisu przedmiotu zamówienia wskazując, że Zamawiający określił w SIWZ, iż realizacja dzierżawy nastąpi bez instalowania urządzeń radiowych na terenie należącym do Zamawiającego, co – według Odwołującego – oznacza, że w przedmiotowym przetargu z zakresu technicznych możliwości świadczenia usług telekomunikacyjnych wyłączono całkowicie technologię radiową. W związku z powyższym Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, gdyż Zamawiający pozbawił możliwości uczestnictwa w postępowaniu tych operatorów, którzy świadczą usługi telekomunikacyjne za pośrednictwem łączy radiowych. Wskazał, że takie postanowienie narusza art. 7 ustawy Pzp, preferując operatora, który posiada już wymagane łącza kablowe i dostarcza aktualnie usługi. Podkreślił, że zakaz stosowania drogi radiowej nie został w żaden obiektywny sposób uzasadniony w dokumentacji przetargowej Zamawiającego. Zwrócił także uwagę na to, że wybór technicznego sposobu realizacji łącza służącego do świadczenia usług nie ma żadnego znaczenia dla oferowanej funkcjonalności, jakości i poziomu bezpieczeństwa usług telekomunikacyjnych.

Odwołujący podniósł, że wszelkie wymogi dla usług telekomunikacyjnych opisanych w przedmiocie zamówienia, w tym także techniczne, możliwe są do zrealizowania także w technologii radiowej i dla odbiorcy końcowego nie ma znaczenia, w jaki sposób usługa została do niego dostarczona, gdyż w każdym przypadku usługa jest tą samą usługą niezależnie od wykorzystanego medium transmisyjnego. Podkreślił, że łącza takie spełniają wszelkie wymagania wynikające z obowiązujących przepisów prawa w tym związanych z zachowaniem tajemnicy telekomunikacyjnej. Przywołał także art. 29 ust. 2 ustawy Pzp i orzecznictwo KIO w tym zakresie, gdzie wskazuje się, że naruszenie zakazu wynikającego z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp ma miejsce, gdy wymagania jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia są na tyle rygorystyczne, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Nie można żądać od wykonawcy wypełnienia ostrzejszych kryteriów niż te, które są niezbędne do wykonania zamówienia (sygn. akt: KIO 442/08).

Odwołujący stanął na stanowisku, że wymóg świadczenia usług z uwzględnieniem zakazu technologii radiowej nie jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego oraz narusza reguły konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ponadto poinformował, że świadczy usługi telekomunikacyjne z wykorzystaniem technologii radiowej dla wielu podmiotów, do których stosuje się procedurę przetargową, dla przykładu wskazał Komendę Główną Policji, organy wymiaru sprawiedliwości - sądy, prokuratury, czy administrację publiczną, co oznacza, że ta technologia jest powszechnie stosowana i nie ma żadnego uzasadnienia jej wyłączenie w niniejszym postępowaniu przetargowym.

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący zażądał modyfikacji SIWZ i Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający zgodność z ustawą Pzp oraz, o ile będzie to konieczne, zażądał nakazania modyfikacji ogłoszenia w taki sposób, że przedłużony zostanie termin aktywacji usług do 4 miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy oraz wykonawca będzie mógł zrealizować zamówienie z wykorzystaniem łącz radiowych w licencjonowanym paśmie.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał w całości zarzuty, żądania i argumentację wskazane w odwołaniu. Dodatkowo podniósł m.in., że w toku badania i oceny ofert istnieje konieczność wykonania szeregu czynności, które mogą przedłużać to postępowanie. Na czas podejmowania tych czynności wpływ ma sam Zamawiający, jeśli więc procedura wyboru oferty najkorzystniejszej przedłuży się, nie będzie możliwości należytego świadczenia usługi, a wykonawcy będą narażeni na ponoszenie dodatkowych kosztów związanych z zapłatą kar umownych. Zwrócił także uwagę na przepisy Prawa telekomunikacyjnego - art. 27 i art. 139 - zgodnie z którymi negocjacje przed Prezesem UKE, także przy dzierżawie łączy toczyć się mogą 30 dni, a w przypadku braku porozumienia mogą być przedłożone nawet o 90 dni. Odwołujący wskazał, iż sama dzierżawa łączy telekomunikacyjnych także jest czasochłonna. Odwołujący wskazał na postanowienia § 4 projektu umowy stanowiącego załącznik do SIWZ, zgodnie z którym wykonawca na własny koszt ma wybudować drogi przesyłowe, tak więc – według Odwołującego - sam Zamawiający przewidywał w niniejszym postępowaniu wykonanie przez wykonawcę określonych robót budowlanych związanych z realizacją niniejszej usługi. Wskazał na nieadekwatność argumentu Zamawiającego o możliwości alternatywnego korzystania z infrastruktury TP na bazie umów o hurtowym dostępie telekomunikacyjnym do sieci TP. Podkreślił, że powyższe umowy dotyczą innych usług niż stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia, tj. umów o asymetrycznym dostępie do Internetu i usług głosowych analogowych i cyfrowych.

Co do drugiego zarzutu, związanego z niedopuszczeniem przez Zamawiającego

technologii radiowej w niniejszym postępowaniu wskazał, że niedopuszczenie instalowania urządzeń radiowych na terenie należącym do Zamawiającego stanowi ukryty zakaz świadczenia usługi w drodze technologii radiowej. Powyższe będzie także narażało niektórych wykonawców, poza dotychczasowym świadczącym aktualnie usługę na rzecz Zamawiającego, na poniesienie dodatkowych kosztów związanych z uzyskaniem w sąsiedztwie lokalizacji, wskazanych przez Zamawiającego miejsc na usytuowanie urządzeń radiowych.

Odwołujący, odnosząc się do dowodu przedłożonego przez Zamawiającego w toku rozprawy (umowa z 22 czerwca br. podpisana przez Zamawiającego na podobny przedmiot zamówienia) podniósł, że nie wiadomo jakie były warunki realizacji wskazanego przez Zamawiającego zamówienia. Wskazał też na inną skalę przedmiotu zamówienia zgodnie z umową z dnia 26 czerwca 2012 r. objętą przedmiotem świadczenia 5 lokalizacji.

Jako dowód w sprawie przedłożył do akt sprawy ofertę ramową o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie świadczenia usługi dzierżawy odcinków zakończeń łączy, odcinków niezbędnych zakończeniami łączy i łączy end-to-end na okoliczność wykazania terminów wynikających z zamówienia łączy w TP, wskazując jednocześnie, że terminy ustalane z TP S.A. w ramach tej oferty łącznie wynoszą między 50 – 60 dni w sytuacji, kiedy TP S.A. potwierdzi istnienie warunków technicznych. Podkreślił, że TP S.A. może też zaproponować rozwiązanie alternatywne w przypadku braku takich możliwości i wtedy TP S.A. ustala samodzielnie terminy i może to trwać nawet 12 miesięcy. Wskazał na swoją dotychczasową praktykę która wskazuje na to, że ponad 50% wniosków kierowanych do TP S.A. kończy się zaproponowaniem takiego alternatywnego rozwiązania. Odwołujący podkreślił również, że kanał ISI, na który powoływał się Zamawiający, a dzięki któremu istnieje możliwość skrócenia terminów z TP S.A. nie działa według jego wiedzy, a poza tym przewidziane w ofercie ramowej skrócenie terminu dzięki ISI dotyczy jedynie terminu na uzyskanie odpowiedzi z TP, nie dotyczy terminu realizacji dla wykonawcy, który składa zamówienie.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 20 lipca 2012 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o obciążenie kosztami postępowania Odwołującego.

Odnosząc się szczegółowo do poniesionych w odwołaniu zarzutów wskazał, co do zarzutu nieprawidłowego wyznaczenia terminu rozpoczęcia świadczenia usługi od dnia 01.10.2012 r., że Zamawiający wyznaczył ten termin mając na uwadze nie działania, które

mogą utrudnić uczciwą konkurencję, ale okres obowiązywania umów, na podstawie których usługi dzierżawy łączy świadczone są obecnie. Podkreślił, że nie może sobie pozwolić na to, aby w przypadku wygaśnięcia istniejących umów, nastąpiła niemożność zawarcia umów nowych i dalsze ewentualne świadczenie usług nastąpiłoby bezumownie. Zamawiający stwierdził, że przy rozstrzygnięciu procedury przetargowej w możliwie najkrótszym czasie z uwzględnieniem wszystkich terminów wiążących Zamawiającego i wykonawców określonych w ustawie Pzp, wybrany w postępowaniu wykonawca będzie miał ponad miesiąc do dnia rozpoczęcia świadczenia usługi. Podkreślił, że utrudnienia czasowe, na które powołuje się Odwołujący związane z budową przyłączy w przedmiotowym postępowaniu, jest bezprzedmiotowe, ponieważ procedura przetargowa obejmuje dzierżawę łączy w istniejącej infrastrukturze przez telekomunikacyjnej. W zakresie przedmiotu zamówienia – zdaniem Zamawiającego – nie wchodzi potrzeba budowy żadnych przyłączy zatem zarzuty odwołania nie dotyczą procedury dzierżawy łączy. Podkreślił, że operatorzy alternatywni mogą korzystać z infrastruktury Telekomunikacji Polskiej na bazie umów o hurtowym dostępie telekomunikacyjnym do sieci TP, zgodnie z decyzją UKE, co czyni podniesiony przez Odwołującego zarzut dodatkowo niezasadnym.

Co do zarzutu odnoszącego się do niedopuszczenia w opisie przedmiotu zamówienia świadczenia usług drogą radiową Zamawiający stwierdził, że nie ograniczył w tym zakresie wykonawców. Podkreślił, że zapis pkt 3 Opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ, iż realizacja dzierżawy nastąpi bez instalowania urządzeń radiowych na terenie należącym do Zamawiającego, oznacza wyłącznie brak zgody Zamawiającego na instalację urządzeń radiowych na swoim terenie. Podkreślił, że nie jest to zakaz, lecz wskazanie przez Zamawiającego, że w przypadku składania oferty na świadczenie przedmiotowych usług drogą radiową wybór technologii i sposobu realizacji świadczenia pozostawiony jest wykonawcom na równych zasadach przy poszanowaniu żądań Zamawiającego w zakresie umiejscowienia urządzeń. Na potwierdzenie powyższego, że wskazane rozwiązanie jest możliwe i nie utrudnia wykonawcom świadczenia usług w sposób dopuszczony przez Zamawiającego przywołał wyrok KIO w sprawie KIO 442/08.

Zamawiający odnosząc się do żądań Odwołującego wskazał, że mają one charakter blankietowy bowiem Odwołujący zażądał tylko doprecyzowania treści SIWZ do zgodności z przepisami ustawy Pzp, nie wskazując na treść tego żądania. Podkreślił, że rozpatrując je łącznie z zarzutami określonymi przez Odwołującego trudno byłoby uczynić zadość temu żądaniu. Wskazał, że to rolą Odwołującego, a nie Izby jest formułowanie żądań w treści odwołania i wykazania podstaw go uzasadniających. Izba nie może za Odwołującego formułować treści oczekiwanych zmian postanowień SIWZ, zdaniem Zamawiającego i ocena zarzutu dotyczącego SIWZ podniesionego w ramach odwołania dokonywana jest z

uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. W tym zakresie powołał się na orzeczenie KIO w sprawie KIO 657/12 i KIO 402/11.

W toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania i podtrzymał dotychczas prezentowane stanowisko w tej sprawie. Dodatkowo podkreślił m.in., że ustawa Pzp nie zakazuje w żadnym przepisie podania konkretnej daty rozpoczęcia świadczenia usługi. Wskazał, że w dniu 30 września 2012 r. wygasa dotychczasowa umowa na świadczenie analogicznej usługi. Wyjaśnił, że podpisuje umowy roczne, także z możliwością rozwiązania w odniesieniu do poszczególnych łączy ze względu na możliwość zmian organizacyjnych w jednostkach policji (konsolidacja jednostek policji) i plany przeprowadzenia postępowania w tym zakresie dla wszystkich jednostek policji przez Biuro Łączności Komendy Głównej Policji. Podkreślił, że Odwołujący może realizować powyższą usługę przy wykorzystaniu łączy TP albo drogą radiową, także przy wykorzystaniu własnej infrastruktury, co tak naprawdę nie jest konieczne, ponieważ jest możliwość korzystania z infrastruktury TP.

Na okoliczność wykazania, iż istnieje możliwość zestawienia łączy w bardzo krótkim terminie przedłożył do akt sprawy umowę nr 206/u/2012 z dnia 26 czerwca 2012 r. zawartą przez Zamawiającego z PC Telekom na tożsame usługi, świadczone w innych lokalizacjach wraz z dokumentami potwierdzającymi realizację wskazanej usługi. Wskazał, że na podstawie tej umowy wskazany wykonawca rozpoczął świadczenie usługi od 1 lipca 2012 r.

Zamawiający podkreślił też, że pomiędzy wykonawcami świadczącymi usługi telekomunikacyjne istnieje specjalny kanał transmisyjny ISI (Interfejs Systemu Informatycznego), dzięki czemu terminy wynikające z Prawa telekomunikacyjnego - terminy na wyrażenie zgody przez operatora na możliwość korzystania z łączy, dzięki czemu TP S.A. powinna wyrazić zgodę maksymalnie w krótszych terminach niż wynikające z Prawa telekomunikacyjnego - są to terminy kilkudniowe – 3, 5 dni. Podkreślił, że zapis § 4 w projekcie umowy przewiduje jedynie możliwość wykonania robót budowlanych, która może pojawić się przy okazji świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia, jest to dodatkowy zapis umowny, który nie przesądza o konieczności wykonania takich robót, a jedynie reguluje kwestie dotyczącą ponoszenia kosztów, gdyby konieczność wykonania takich prac zaistniała. Podkreślił też, że w przedmiocie zamówienia określił obiekty, które są w jego władaniu, ale także inne obiekty, które do niego nie należą i pozostają we władaniu innych podmiotów, np gmin. W tym zatem zakresie Zamawiający nie może zagwarantować wykonawcom wyrażenia zgodny przez te podmioty na instalację urządzeń radiowych.

Zamawiający podniósł, że w SIWZ nie określił żadnych wymagań, co do przyjętej przez wykonawców technologii w zakresie realizacji usługi - nie wprowadzał tutaj żadnych ograniczeń, co do stosowania przez wykonawców sprzętu w zakresie technologii radiowej. Co do postanowień opisu przedmiotu zamówienia, na które powoływał się Odwołujący

dotyczących wykorzystania struktury kablowej wskazał, że w przypadku stosowania technologii radiowej będzie w tym przypadku chodziło o instalację kablową do pomieszczeń w lokalizacjach, gdzie mają być urządzenia Zamawiającego od instalacji radiowej. Sprostował też, że w odpowiedzi na odwołanie nie chodziło mu o umowy o hurtowym dostępie telekomunikacyjnym do sieci, a o ofertę ramową o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie świadczenia usługi dzierżawy odcinków zakończeń łączy. Wskazał, że w ofercie tej przedłożonej przez Odwołującego na rozprawie, na str. 10 wskazuje się na termin 14 dni na udzielenie odpowiedzi przez TP S.A., jednakże na str. 11 w pkt 6 wskazuje się na uruchomienie kanału komunikacji między stronami - ISI, który przewiduje skrócenie terminu do 5 dni. Zamawiający zwrócił uwagę, że uruchomienie kanału ISI miało nastąpić w grudniu 2010 r., zaś Odwołujący posługuje się w swoich wypowiedziach terminami bez możliwości stosowania tego rozwiązania. Podkreślił, że dzięki porozumieniu z UKE wszyscy operatorzy mają zagwarantowane na równi z TP S.A. szanse dostępu do łączy.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz umowę nr 206/U/2012 z dnia 26 czerwca 2012 r., przedłożoną w toku rozprawy przez Zamawiającego i ofertę ramową o dostępie telekomunikacyjnym przedłożoną w toku rozprawy przez Odwołującego, jak również stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące zapisów SIWZ odnoszących się do przedmiotu zamówienia, które - w jego ocenie - naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania i ograniczają mu dostęp do zamówienia. Konstrukcja i zakres podniesionych przez Odwołującego zarzutów odwołania wskazują na utrudnienie Odwołującemu możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co także wskazuje na potencjalną szkodę po stronie Odwołującego. Tym samym Izba stwierdziła, że została wypełniona w tym zakresie materialnoprawna przesłanka rozpatrzenia odwołania, opisana w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne. W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie, w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w dniu 27 czerwca 2012 r. W tym samym terminie Zamawiający zamieścił SIWZ na swojej stronie internetowej.

W zakres przedmiotu zamówienia, opisanego w SIWZ wchodzi dzierżawa łączny telekomunikacyjnych cyfrowych i analogowych na rzecz Zamawiającego w zakresie czterech zadań, co do których Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych. W załącznikach nr 1-4 do SIWZ Zamawiający określił poszczególne lokalizacje, których ma dotyczyć świadczenie usług objętych przedmiotem zamówienia. W pkt 4 SIWZ Zamawiający określił termin wykonania zamówienia wskazując daty od dnia 1 października 2012 r. do dnia 30 września 2012 r. W postanowieniach SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia w pkt 3 Zamawiający wskazał m.in., że realizacja dzierżawy nastąpi bez instalowania urządzeń radiowych na terenie należącym do Zamawiającego.

Zamawiający ustalił w pkt 12 SIWZ termin otwarcia ofert na dzień 10 sierpnia 2012 r.

Odwołujący złożył do Prezesa KIO odwołanie dotyczące zapisów SIWZ odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia co do ustalenia na dzień 1 października 2012 r. daty rozpoczęcia świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia oraz co do niedopuszczenia stosowania do świadczenia usługi technologii radiowej.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania dotyczące wskazanych zapisów SIWZ nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu dotyczącego ustalenia daty rozpoczęcia świadczenia usługi od dnia 1 października 2012 r. Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że ustalenie przez Zamawiającego daty dziennej rozpoczęcia świadczenia usługi bez odniesienia jej do momentu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego jako takie nie może być uznane za działanie sprzeczne z jakimkolwiek przepisem powszechnie obowiązującego prawa. Wskazane działanie Zamawiającego można co najwyżej uznać za nieracjonalne, czy niecelowe z tego punktu widzenia, że choćby w przypadku nadzwyczajnego przedłużenia się procedury udzielania zamówienia publicznego po 1 października 2012 r. Zamawiający mógłby mieć problem z podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w SIWZ i w ofercie wybranego

wykonawcy. Powyższe jednakże nie może stanowić podstawy uwzględniania przez Izbę odwołania. Izba bowiem rozstrzyga o zasadności zarzutów odwołania w kontekście oceny legalności działań bądź określonych zaniechań zamawiającego, a więc oceny tych działań pod kątem zgodności z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie (art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). W tym przypadku natomiast obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie przewidują zakazu określania terminu realizacji zamówienia, czy też rozpoczęcia świadczenia usługi objętej zakresem przedmiotu zamówienia, konkretną datą.

W drugiej kolejności stwierdzić należało, że określenie datą dzienną momentu rozpoczęcia świadczenia usługi w SIWZ może być rozważane w kontekście niemożności spełnienia świadczenia przy określonych zapisach SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Wydaje się, że w tym właśnie kontekście Odwołujący, wskazując na naruszenie zasady uczciwej konkurencji podniósł zarzut dotyczący wskazania przez Zamawiającego w SIWZ konkretnej daty dziennej rozpoczęcia świadczenia usługi. Odnosząc się do tego zarzutu Izba, opierając się na dowodach przedstawionych w przedmiotowej sprawie stwierdziła, że przywołane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp (art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp) nie zostały naruszone przez Zamawiającego.

Jak wynika z treści SIWZ Zamawiający ustalił termin otwarcia ofert na dzień 10 sierpnia 2012 r. W ocenie Izby ustalony termin otwarcia ofert daje Zamawiającemu realne szanse – przy dochowaniu przez niego należytej staranności – na szybkie zakończenie procedury wyboru oferty najkorzystniejszej i podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego z uwzględnieniem terminów na wnoszenie środków ochrony prawnej na etapie dokonywania tych czynności w terminie, który umożliwi wybranemu w postępowaniu wykonawcy możliwość rozpoczęcia świadczenia usługi począwszy od dnia 1 października 2012 r. Odwołujący w treści odwołania wskazywał, że: *„Zarówno budowa łączny telekomunikacyjnych, jak i ich pozyskiwanie z zasobów innych operatorów telekomunikacyjnych, a także inne czynności objęte niniejszym zamówieniem, są działaniami obiektywnie czasochłonnymi i wiążą się z podjęciem przez wyspecjalizowanych pracowników wykonawcy szeregu działań”*. Odwołujący wskazywał w treści odwołania, jak i w toku rozprawy, na liczne terminy, które wiążą się z procedurą pozyskania zasobów od TP S.A., czy z koniecznością uzyskania decyzji administracyjnych od właściwych organów przede wszystkim co do budowy przyłączy. Przywoływane przez Odwołującego na te okoliczność zapisy SIWZ, w ocenie Izby, nie wskazują na obowiązek wykonania w ramach przedmiotu zamówienia określonych robót budowlanych związanych z realizacją niniejszej usługi. Przywoływany § 4 projektu umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ, zawiera postanowienia dotyczące ponoszenia kosztów z tytułu budowy dróg przesyłowych w sytuacji gdyby

powstała taka konieczność po stronie wykonawcy. Sam Zamawiający więc w ramach opisu przedmiotu zamówienia nie przewidywał w niniejszym postępowaniu konieczności wykonania określonych robót budowlanych, których wykonania wiązałyby się z koniecznością uzyskania określonych pozwoleń. Co do terminów związanych z pozyskaniem przez Odwołującego określonych zasobów (łączy) TP S.A. Izba stwierdziła, że w tym zakresie Odwołujący, wskazując na terminy łącznie wynoszące między 50 – 60 dni w sytuacji, kiedy TP S.A. potwierdzi istnienie warunków technicznych, a w sytuacji zaproponowania przez TP S.A. rozwiązania alternatywnego – terminy do 12 miesięcy, nie uwzględnił możliwości, które w tym zakresie daje mu, przywołana przez niego i złożona jako dowód w sprawie Oferta ramowa o dostępie telekomunikacyjnym. W oparciu o postanowienia tej oferty - którą także przywoływał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, uwzględniając zgłoszone w tym zakresie w toku rozprawy sprostowanie - z chwilą uruchomienia ISI (Interfejs Systemu Informatycznego) jako kanału komunikacji między Stronami (Przedsiębiorca Telekomunikacyjnym i Telekomunikacja Polska S.A.) terminy dla TP S.A. na udzielenie odpowiedzi na zamówienie usługi i terminy związane z nieudzieleniem w określonym terminie odpowiedzi ulegają skróceniu do pięciu dni (pkt 2.4 ppkt 6 oferty ramowej). Postanowienia wskazanej oferty w części 9 pkt 2 wskazują na uruchomienie przywoływanego kanału ISI począwszy od dnia 30 grudnia 2010 r. Odwołujący w toku rozprawy jedynie stwierdził, że nic mu nie wiadomo, aby taki kanał został aktualnie uruchomiony. Oświadczenie wykonawcy złożone wbrew dowodowi z dokumentu przedłożonego Izbie nie może podważać tego dokumentu. Odwołujący prezentując swoje stanowisko zupełnie pominął okoliczność korzystania z możliwości, jaką dają mu postanowienia oferty ramowej w stosunkach z TP S.A. (kanał ISI). Argument Odwołującego o dotychczasowej praktyce, z którą się Odwołujący spotyka, iż ponad 50% wniosków kierowanych do TP S.A. kończy się zaproponowaniem Odwołującemu alternatywnego rozwiązania nie może być przesądzająca dla oceny zarzutu podniesionego w niniejszym odwołaniu. Nie wiemy bowiem czy w niniejszym przypadku taka sytuacja również będzie miała miejsce oraz z jakich powodów taką praktyką kieruje się TP S.A. w odniesieniu do wniosków rozstrzyganych na rzecz Odwołującego i czy jest to praktyka dozwolona czy też podlegałaby ocenie właściwych organów państwowych.

Oceniając zasadność podniesionego zarzutu odwołania Izba wzięła pod uwagę zasadę ciężaru dowodowego, który spoczywa na podmiocie, który wywodzi określone skutki prawne z faktów, na które wskazuje. Ten ciężar w przypadku postępowania odwoławczego, w którym wykonawca, podnosząc zarzuty odwołania dyskredytuje określone czynności dokonane lub zaniechane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując w tym zakresie na naruszenia przepisów ustawy Pzp, spoczywa na

odwołującym się wykonawcy. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Odwołujący zasadniczo nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Jedyne dowód złożony przez niego, tj. przywoływana oferta ramowa o dostępie telekomunikacyjnym, przywoływanych przez Odwołującego okoliczności – jak wskazano powyżej – nie dowodzi. Tymczasem to Zamawiający w toku postępowania odwoławczego przedstawił do akt sprawy dowód, tj. zawartą w dniu 26 czerwca 2012 r. umowę pomiędzy Zamawiającym, a PC Telecom z siedzibą w Warszawie wraz z dokumentami potwierdzającymi terminowość jej wykonania. Przedmiotem tej umowy było świadczenie za wynagrodzeniem na rzecz Zamawiającego usługi dzierżawy cyfrowych łączy telekomunikacyjnych. Dokumenty załączone do tej umowy wraz z jej treścią potwierdzają, że podmiot inny niż TP S.A. (a więc występujący w podobnej sytuacji jak Odwołujący w stosunku do TP S.A.) był w stanie w ciągu kilku dni podjąć się świadczenia usługi dzierżawy cyfrowych łączy telekomunikacyjnych. Argument podniesiony przez Odwołującego, iż umowa ta dotyczy jedynie pięciu lokalizacji dla świadczenia tych usług tymczasem w niniejszym zamówieniu Zamawiający przewidział ok. 120 takich lokalizacji nie ma – w ocenie Izby – znaczenia dla długości terminu na pozyskanie określonych zezwoleń związanych z pozyskaniem dostępu do łączy telekomunikacyjnych. Wielkość zamówienia co najwyżej może wskazywać na konieczność zintensyfikowania prac i być może zwiększenia kadr wykonawcy dla prawidłowości realizacji tego zamówienia.

Tak więc w przypadku niniejszego postępowania odwoławczego Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów potwierdzających konieczność aż 4 miesięcznego terminu liczonego od dnia podniesienia umowy na rozpoczęcie świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia.

Podkreślić należy, że Zamawiający, ustalając warunki realizacji zamówienia co do jego terminu, określił je w sposób identyczny dla wszystkich potencjalnych wykonawców, nie preferując żadnego z nich, jak również nie dyskryminując żadnego z nich. Fakt, iż jakiś wykonawca świadczy aktualnie wskazane usługi na rzecz Zamawiającego nie może być okolicznością przesądzającą o stosowaniu niedopuszczalnych, nieuczciwych praktyk przez Zamawiającego. Istniałby w takiej sytuacji konieczność wykazania przez Odwołującego się wykonawcę dodatkowych okoliczności w sprawie popartych określonymi dowodami.

Odnosząc się do drugiego zarzutu odwołania dotyczącego niedopuszczenia w opisie przedmiotu zamówienia technologii radiowej Izba uznała ten zarzut za nieuzasadniony. Odwołujący nie wskazał żadnego postanowienia SIWZ, które wskazywałoby na zakaz stosowania przez wykonawców takiej technologii przy świadczeniu usług objętych

przedmiotem zamówienia. Jedyne postanowienie SIWZ, które stało się podstawą zarzutu odwołania odnosi się do zakazu Zamawiającego instalowania na jego terenie urządzeń radiowych. Powyższe postanowienie nie wskazuje w żadnej mierze na niedopuszczenie w ogóle stosowania technologii radiowej. Zainstalowanie masztu radiowego możliwe jest bowiem np. w sąsiedztwie lokalizacji wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ i powyższe leży w gestii wykonawców. Zamawiający bowiem pozostawił wykonawcom w przedmiotowym postępowaniu dowolność w stosowaniu technologii, a także co do stosowania określonych urządzeń dla realizacji usługi. Tym samym ten zarzut okazał się bezzasadny.

Podkreślenia wymaga także okoliczność, iż Zamawiający w toku rozprawy na pytanie przewodniczącej składu orzekającego o wskazanie przyczyn, dla których nie dopuścił możliwości usytuowania urządzeń radiowych na terenie należącym do Zamawiającego, uzasadnił w sposób przekonujący wskazane postanowienie SIWZ. Zamawiający wyjaśnił, że nie wszystkie budynki we wskazanych lokalizacjach w SIWZ należą do niego, a poza tym na budynkach Zamawiającego istnieje także określona infrastruktura radiowa i przy dopuszczeniu instalowania dodatkowych urządzeń radiowych musiałby on ustalić szczegółowe warunki techniczne, dotyczące instalowania urządzeń radiowych, aby te nie zakłócały działania istniejącej infrastruktury radiowej u Zamawiającego. Powyższe z kolei mogłoby w pewnym zakresie ograniczać dostęp do tego zamówienie.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, obciążając nimi Odwołującego. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego.

Przewodniczący: