

Sygn. akt: KIO 677/15

Sygn. akt: KIO 684/15

POSTANOWIENIE

z dnia 17 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 17 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- 1) w dniu 3 kwietnia 2015 r. przez **Odwołującego – T-Mobile Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa**, (sygn. akt KIO 677/15),
- 2) w dniu 3 kwietnia 2015 r. przez **Odwołującego – Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** (sygn. akt KIO 684/15),

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Centralny Zarząd Służby Więziennej, ul. Rakowiecka 37a, 02-521 Warszawa**,

przy udziale **T-Mobile Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa**, zgłaszającego, w sprawie o sygn. akt KIO 684/15, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. znieść wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego i nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz:
 - 2.1. Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 677/15 – **T-Mobile Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** – kwoty 15 000,00 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 684/15 – **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** – kwoty 15 000,00 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 677/15

Sygn. akt: KIO 684/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Centralny Zarząd Służby Więziennej, ul. Rakowiecka 37a, 02-521 Warszawa – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „*Transmisja danych poprzez sieć WAN*”, nr postępowania: 15/15/PSz.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 marca 2015 r., pod nr: 2015/S 056-097758.

W dniu 24 marca 2015 r., na stronie internetowej Zamawiającego opublikowano korektę Ogłoszenia o zamówieniu. Korekta Ogłoszenia o zamówienia została opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 marca 2015 r.

Odwołanie o sygn. akt KIO 677/15.

W dniu 3 kwietnia 2015 r., Odwołujący – T-Mobile Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zmiany Ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (określenie przedmiotu zamówienia) w sposób niedostateczny i nieprecyzyjny oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji poprzez określenie w pkt II.2.1) Całkowita wielkość lub zakres, pkt II Wymagania dodatkowe ppkt 1:
 - a. iż świadczenie usług sieci WAN w lokalizacjach Zamawiającego rozpocznie się od dnia 13.01.2016 r., tj. wskazanie sztywnego (określonego datą dzienną) terminu rozpoczęcia świadczenia usług;
 - b. iż Wykonawca zapewni co najmniej 85% przyłączy w technice światłowodowej lub ekwiwalentnej - zapewniającej analogiczną dyspozycyjność, odporność na warunki atmosferyczne itp., tj. w sposób niejednoznaczny i umożliwiający

arbitralną ocenę spełniania wymagań Zamawiającego, jak również preferujący określoną technologię, w szczególności - w sposób wskazany w uzasadnieniu zarzutów odwołania.

2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem ww. przepisów.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści Ogłoszenia o zamówieniu w pkt II.2.1) Całkowita wielkość lub zakres, pkt II Wymagania dodatkowe ppkt 1, poprzez;

1. Usunięcie wymagania, iż *świadczenie usług sieci WAN w lokalizacjach Zamawiającego rozpocznie się od dnia 13.01.2016 r.* lub też wskazanie, iż świadczenie usługi sieci WAN w lokalizacjach Zamawiającego rozpocznie się nie wcześniej niż 5 miesięcy od zawarcia umowy i będzie poprzedzone okresem wdrożenia sieci przez Wykonawcę.
2. Usunięcie wymagania, iż *Wykonawca najpóźniej w okresie pierwszego roku świadczenia usługi transmisji danych zapewni co najmniej 85% przyłączy w technice światłowodowej lub ekwiwalentnej - zapewniającej analogiczną dyspozycyjność, odporność na warunki atmosferyczne itp.* lub określenie wymagań Zamawiającego poprzez podanie określonych parametrów niezawodności, dopasowanych do jego potrzeb w poszczególnych kategoriach lokalizacji.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że:

Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W myśl art. 7 ustawy, czynności Zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z treści cytowanego przepisu wynika dla Zamawiającego zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie. Formułując wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający winien kierować się celem, jakim zamawiane produkty mają służyć.

Opis przedmiotu zamówienia zawarty przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o zamówieniu w pkt II.2.1) Całkowita wielkość lub zakres, pkt II Wymagania dodatkowe ppkt 1 został dokonany z naruszeniem przepisów art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, gdyż wymagania w nim zawarte zostały ustalone w sposób nieprecyzyjny i niepełny, niepowiązany z rzeczywistymi

potrzebami Zamawiającego, a także preferujący określoną technologię. W związku z tym, treść Ogłoszenia narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W odniesieniu do kwestii terminu realizacji zamówienia Odwołujący podniósł, że wprowadzając modyfikację Ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający określił wymaganie, iż świadczenie usług sieci WAN w lokalizacjach Zamawiającego rozpocznie się od dnia 13.01.2016 r.

Określenie przez Zamawiającego sztywnego terminu odnoszącego się do rozpoczęcia świadczenia usług poprzez wskazanie konkretnej daty kalendarzowej stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Wykonawca zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu nie ma wiedzy, co do tego kiedy zakończy się postępowanie, a co za tym idzie, kiedy zostanie podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego. W szczególności, gdy postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego i przewidzenie długości jego trwania, ze względu na procedurę badania i oceny wniosków a następnie ofert, jest w obecnej chwili trudne do przewidzenia. Zamawiający powinien uwzględnić również, iż na każdym etapie postępowania wykonawcom przysługuje prawo skorzystania ze środków ochrony prawnej i wydłużenie procedury udzielania zamówienia z tej przyczyny powinno być brane przez niego pod uwagę przy formułowaniu wymagań dotyczących terminów realizacji zamówienia.

Możliwa jest zatem sytuacja, w której okres przeznaczony na wdrożenie sieci przez Wykonawcę, pozostający między dniem zawarcia umowy a dniem 13.01.2016 r. będzie zbyt krótki, aby przygotować się do świadczenia usługi, niezależnie od tego, jaki wykonawca uzyska zamówienie. Przy czym, pewną informację o faktycznej długości okresu, jaki Wykonawca ma na wdrożenie usługi, Wykonawca uzyska w istocie dopiero z dniem zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a więc nie posiada jej ani na etapie składania wniosku o udział w postępowaniu ani na etapie przygotowywania i składania oferty. Takie działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne, gdyż uniemożliwia wykonawcy należyte przygotowanie się do świadczenia usług i naraża go na ryzyko zapłaty kar umownych, które zwykle są przewidywane w przypadku przekroczenia przez wykonawcę terminu rozpoczęcia świadczenia usługi.

Niezależnie od technologii, w jakiej świadczone będą usługi telekomunikacyjne, należy mieć na względzie czas niezbędny, jakiego potrzebuje operator telekomunikacyjny na przygotowanie do świadczenia usługi (stworzenie możliwości technicznych realizacji zamówienia). Budowa łączy telekomunikacyjnych, czy też ich pozyskiwanie z zasobów innych operatorów telekomunikacyjnych jest procesem czasochłonnym i wiąże się z podjęciem przez wyspecjalizowanych pracowników wykonawcy szeregu działań, w tym wydzierżawienia lub zestawienia łączy. Przy czym, nie można wymagać od wykonawcy, aby podjął te działania przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Niezależnie od ograniczeń natury technicznej i organizacyjnej, należy mieć również na uwadze ograniczenia mogące wynikać z procedur administracyjnych, których przeprowadzenie jest zwykle konieczne przy zestawianiu łączności telekomunikacyjnych. W zależności od przyjętej technologii oraz lokalizacji Zamawiającego wymagających połączenia do sieci, należy wziąć pod uwagę konieczność zgłoszenia budowy infrastruktury i oczekiwania na brak sprzeciwu organu, uzyskanie pozwoleń konserwatora zabytków lub uzgodnień z właścicielami/administratorami budynków oraz przeprowadzenie innych procedur administracyjnych, gdzie wynikający z przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego minimalny termin na uzyskanie decyzji administracyjnej to 30 dni.

Ponadto, uwzględnąć należy obowiązki uzgodnień i dokonania czynności przygotowawczych wynikające bezpośrednio ze szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia i obowiązków wykonawcy, które zostaną przedstawione przez Zamawiającego w SIWZ. Specyfika usług telekomunikacyjnych wymaga intensywnej współpracy operatora z odbiorcą szczególnie w okresie wdrażania usługi, co oznacza konieczność zapewnienia odpowiedniego czasu. Należyte wdrożenie usługi jest istotne ze względu na to, iż wpływa bezpośrednio na jakość następnie świadczonych usług i spełnienie wymagań Zamawiającego.

Szybką realizację początkowej fazy realizacji zamówienia i zbyt krótki termin na realizację preferuje wykonawcę, który obecnie świadczy usługi dla Zamawiającego. Jednocześnie, należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający nie jest uprawniony do powoływania się na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, gdyż wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji zbyt późnego wszczęcia postępowania przez zamawiającego.

Uwzględniając powyższe, należy stwierdzić, że wskazanie przez Zamawiającego sztywnego terminu dla rozpoczęcia świadczenia usług sieci WAN jest nieuzasadnione, gdyż nie uwzględnia specyfiki przedmiotu zamówienia (konieczności podjęcia określonych czynności zmierzających do uruchomienia usługi) oraz czasu trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego, zasadne i konieczne jest całkowite wykreślenie sztywnej daty dziennej rozpoczęcia świadczenia usługi w Ogłoszeniu o zamówieniu lub też, wykreślenie jej i zastąpienie wskazaniem okresu na wdrożenie usługi określonym poprzez ilość miesięcy liczoną od dnia zawarcia umowy. Doświadczenie uzyskane przez Odwołującego w wyniku przejścia przedsiębiorstwa dotychczasowego wieloletniego operatora telekomunikacyjnego wskazuje, iż okresem, który zapewnia należyte przygotowanie do świadczenia usługi i umożliwi zakończenie wymaganych procedur administracyjnych, a jednocześnie - zapewnia zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jest okres 5 miesięcy liczony od dnia zawarcia umowy. Tak określony termin rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych, w sposób wystarczający zabezpiecza interesy Zamawiającego związane z

realizacją zamówienia, jak również jest to termin umożliwiający wykonawcy należyte przygotowanie się do świadczenia usług.

W odniesieniu do wymagań dotyczących technologii łączy Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, wszystkie wymagania Zamawiającego muszą znajdować uzasadnienie w jego obiektywnych potrzebach i być opisywane w taki sposób, aby zapewniając zaspokojenie tych potrzeb nie ograniczać konkurencyjności postępowania. Związany jest z tym, w kontekście usług sieci WAN, obowiązek zachowania tzw. neutralności technologicznej Zamawiającego, tj. Zamawiający nie powinien z góry ograniczać poprzez opis przedmiotu zamówienia, możliwości świadczenia usługi w technologii wybranej przez Wykonawcę, o ile Wykonawca zapewnia zachowanie uzasadnionych wymagań Zamawiającego w zakresie parametrów jakościowych i funkcjonalnych. Zamawiający może zatem, stosownie do zapotrzebowania, określić poprzez wskazanie odpowiednich parametrów, jakości i właściwości usługi, jakiej oczekuje. Natomiast dobór odpowiednich środków do realizacji zamówienia (technologii wykorzystywanej dla określonego łącza) powinien zostać pozostawiony Wykonawcy.

Odwołujący wskazał w szczególności, iż nie jest zasadne ograniczenie z góry możliwych do wykorzystania sposobów realizacji zamówienia jedynie do łączy kablowych, czy też jeszcze wężej - jedynie do medium światłowodowego. Zarówno w zakresie łączy podstawowych, jak i zapasowych - dobór technologii odpowiedniej do wymagań jakościowych Zamawiającego powinien zostać pozostawiony operatorowi telekomunikacyjnemu, któremu powierzono realizację usługi.

Wykonawca, profesjonalnie świadczący usługi objęte przedmiotem zamówienia, posiada kompetencje do oceny możliwości technicznych zastosowania danej technologii, w taki sposób, aby spełnić wymagania Zamawiającego. Zamawiający ma możliwość określenia w SIWZ wymagań dotyczących dostępności usługi, którą wykonawcy mają obowiązek zapewnić. Dobór odpowiedniej do tego technologii, w tym również podjęcie decyzji, co do możliwości wykorzystania sieci radiowej, pozostaje w gestii i w zakresie odpowiedzialności Wykonawcy i nie powinien być decyzją narzuconą z góry przez Zamawiającego. Stanowczego podkreślenia wymaga, iż parametry SLA przykładowo, technologii radiowej nie odbiegają od wartości osiągniętych w przypadku łączy kablowych. Prawidłowo zastosowane, łącza radiowe zapewniają dostępność usługi nie mniejszą niż pozostałe technologie, w tym technologia kablowa. W tym kontekście, ograniczenie możliwości realizacji usługi poprzez wyłączenie technologii radiowej, stanowiłoby nieuzasadnione i nadmierne ograniczenie konkurencyjności postępowania oraz swobody wykonawców w doborze sposobu realizacji usługi.

Opisując na stronie 7 Ogłoszenia o zamówieniu Wymagania dodatkowe, Zamawiający wskazał, co prawda, iż dopuszcza zapewnienie łączy w technologii światłowodowej lub ekwiwalentnej - zapewniającej analogiczną dyspozycyjność, odporność na warunki

atmosferyczne itp., jednakże tak określone wymaganie uniemożliwia Wykonawcy prawidłowe sporządzenie oferty, bowiem brak doprecyzowania, co Zamawiający rozumie poprzez „ekwiwalentność” i „dyspozycyjność” umożliwia Zamawiającemu arbitralną ocenę spełniania przez Wykonawcę wymagań SIWZ, czy to na etapie oceny ofert czy też realizacji zamówienia. Wykonawca może bowiem zastosować technologię spełniającą wszystkie wymagania techniczne Zamawiającego (które zapewne zostaną określone na kolejnym etapie postępowania) i w jego ocenie „ekwiwalentną” do technologii światłowodowej, która jednak nie będzie tak oceniona przez Zamawiającego. Zawsze bowiem występują pewne różnice między właściwościami poszczególnych technologii, co jednak nie oznacza, że w świetle określonych wymagań Zamawiającego, nie można ich uznać za ekwiwalentne.

Wskazać można np. na przepustowość, która stanowi istotną cechę usług sieci WAN. Zgodnie z Ogłoszeniem (pkt 3 na str. 5), przewidywane przepustowości mieszczą się w przedziale 30Mb/s-1Gb/s, natomiast technologia światłowodowa umożliwia osiągnięcie przepustowości wielokrotnie przewyższających potrzeby Zamawiającego - sięgającej krotności 100Gb/s i jest to jedyna technologia pozwalająca na zapewnienie tak znacznych przepustowości - w tym aspekcie żadna inna technologia nie będzie jej ekwiwalentna, mimo iż zestawienie niższych, spełniających wymagania Zamawiającego przepustowości jest możliwe przy zastosowaniu różnych dostępnych technologii.

Zamawiający nie definiuje, co rozumie poprzez „analogiczną dyspozycyjność” przyłączy. Przy czym, problem tkwi nie tylko w ocenie „analogiczności” rozwiązania, ale również w samym pojęciu „dyspozycyjności”, która może być stosowana w różnym kontekście, w szczególności, jeśli nie jest jasne, czy Zamawiający odnosi tę cechę do przyłączy czy do samej usługi.

Połączenie „dyspozycyjności” wraz ze sformułowaniem „odporności na warunki atmosferyczne” wskazywać może, iż Zamawiający ma na myśli niezawodność łącza. Niezależnie, od braku wskazania parametrów pozwalających ocenić wymagany przez Zamawiającego poziom dostępności, wskazujemy, że świadcząc usługi telekomunikacyjne Wykonawcy gwarantują i monitorują niezawodność łącza nie w zakresie specyficznie „odporności na warunki atmosferyczne”, ale w zakresie wszystkich czynników mogących wpłynąć na niezawodność łącz (np. awaryjność urządzeń, wpływ czynnika ludzkiego, awaryjność oprogramowania urządzeń, trwałość okablowania, niezawodność systemów zasilania itp.). Niezawodność różnych technologii dostępowych w różnym stopniu zależy od różnych czynników i brak uzasadnienia dla wskazywania przez Zamawiającego tylko jednego czynnika. Wyraźnie wskazuje to na preferowanie konkretnej technologii, w sytuacji, w której brak jest uzasadnienia merytorycznego dla takich preferencji, bowiem większa odporność na jeden czynnik, wiąże się z kolei z podatnością na inne ryzyka, które w efekcie wpływają na niezawodność usługi odczuwaną przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał w szczególności, iż wymagania Zamawiającego powinny być dopasowane do jego potrzeb w konkretnych lokalizacjach (kategoriach lokalizacji), nie powinny zaś z góry narzucać czy wyłączać zastosowania określonej technologii w sytuacji, gdy spełnia ona wymagania techniczne Zamawiającego i jest obiektywnie możliwa do zastosowania. Podobnie, wymagane parametry niezawodnościowe (gdyż do takich, jak mniema Odwołujący, odnosi się Zamawiający w kwestionowanym wymogu), mogą być różne w zależności od ważności lokalizacji. Oczekiwanie lepszych parametrów niezawodnościowych w przypadku lokalizacji ważniejszych, zaś dopuszczenie gorszych parametrów dla lokalizacji mniej kluczowych, pozwoli Zamawiającemu uzyskać oferty i rozwiązania dopasowane do jego potrzeb, a równocześnie korzystne ekonomicznie.

Jeżeli celem Zamawiającego jest zagwarantowanie określonej niezawodności usługi, wymaganie to powinno zostać opisane w odniesieniu do rodzaju technologii, ale poprzez wskazanie stosownych parametrów przyjętych w praktyce zamówień na usługi sieci WAN, tj. przykładowo wskazujemy na następujący sposób modyfikacji wymagań, w zależności od kategorii lokalizacji:

Miesięczna dostępność	99,0%	99,5%	99,99%
Czas Usunięcia Awarii	24 h	8 h	4 h

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o wykreślenie lub też o modyfikację wskazanego postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu, poprzez takie określenie przez Zamawiającego jego wymagań, które nie będzie ograniczać konkurencyjności i niezasadnie preferować określonej technologii, a jednocześnie będzie wystarczająco precyzyjne, by umożliwić Wykonawcy prawidłowe przygotowanie oferty (opracowanie odpowiedniego rozwiązania) oraz wykluczyć możliwość arbitralnej oceny przez Zamawiającego spełniania wymagań.

Informacja o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią została przekazana przez Zamawiającego w dniu 3 kwietnia 2015 r.

W terminie określonym w art. 185 ust. 2 Pzp nie zostały zgłoszone przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Odwołanie o sygn. akt KIO 684/15.

W dniu 3 kwietnia 2015 r., Odwołujący – Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynność zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 48 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp - z uwagi na opisanie w ogłoszeniu o zamówieniu określenia przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający dowolne kształtowanie OPZ na późniejszym etapie, co uniemożliwia wykonawcy podjęcie decyzji o uczestnictwie w postępowaniu, poprzez:
 - a. Sekcja II.2.1) cz II - wymagania dodatkowe, ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu - ze względu na wymaganie, aby najpóźniej w okresie pierwszego roku świadczenia usługi transmisji danych Wykonawca „zapewnił co najmniej 85 % przyłączy w technice światłowodowej lub ekwiwalentnej - zapewniającej analogiczną dyspozycyjność, odporność na warunki atmosferyczne itp.” - bez określenia, co rozumie przez technikę ekwiwalentną;
 - b. Sekcja II.2.1) cz II - wymagania dodatkowe, ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu - ze względu na wymaganie, aby „najpóźniej w okresie pierwszego roku świadczenia usługi transmisji danych Wykonawca zapewnił co najmniej 85 % przyłączy w technice światłowodowej lub ekwiwalentnej - zapewniającej analogiczną dyspozycyjność, odporność na warunki atmosferyczne itp.” - bez określenia, że odnosi się to tylko do sieci podstawowej;
 - c. Sekcja II.2.1) cz. II - wymagania dodatkowe, ust. 2 ogłoszenia o zamówieniu - ze względu na wymaganie, aby wykonawca „w okresie zgodnym z harmonogramem podanym Wykonawcy po podpisaniu kontraktu, jednak w terminach następujących nie wcześniej niż uruchomienie usług WAN wg pkt 1, zapewni możliwość przyłączenia trunków SIP wyłonionym przez poszczególne jednostki SW dostawcom usług telefonicznych” - bez określenia, co Zamawiający rozumie przez „zapewnienie możliwość przyłączenia trunków SIP wyłonionym przez poszczególne jednostki SW dostawcom usług telefonicznych”.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany ogłoszenia poprzez:

1. Określenie, jaką technikę Zamawiający uzna za ekwiwalentną do techniki światłowodowej;
2. Określenie, że wymaganie Zamawiającego opisane w Sekcji II.2.1) cz. II wymagania dodatkowe pkt. 1 „co najmniej 85% przyłączy w technice światłowodowej lub ekwiwalentnej - zapewniającej analogiczną dyspozycyjność, odporność na warunki atmosferyczne itp.” - odnosi się tylko do przyłączy dla sieci podstawowej;
3. Określenie, że w celu spełnienia wymagania wyrażonego w Sekcji II.2.1) cz. I wymagania podstawowe pkt 2.2 „Wykonawca zapewni łącza rezerwowe przy użyciu innego medium transmisyjnego niż dla łączy głównych jako element zarządzania ryzykami”, opis przedmiotu zamówienia uwzględniał będzie parametry sieci

- rezerwowej tak, by mogły być wykorzystane media transmisyjne inne niż dopuszczone do realizacji sieci podstawowej (np. technologie miedziane i/lub łącza satelitarne);
4. Doprecyzowanie, że wymaganie „W okresie zgodnym z harmonogramem podanym Wykonawcy po podpisaniu kontraktu, jednak w terminach następujących nie wcześniej niż uruchomienie usług WAN wg pkt. 1, [Wykonawca] zapewni możliwość przyłączenia trunków SIP wyłoniomym przez poszczególne jednostki SW dostawcom usług telefonicznych” dotyczy zapewnienia przez Wykonawcę adresacji IP dla urządzeń dostawców usług telefonicznych świadczących usługę bezpiecznego przyłączenia SIP trunk i nie będzie łączyć się z koniecznością rozbudowy urządzeń Wykonawcy o dodatkowy sprzęt lub oprogramowanie w zakresie, który nie zostanie ujęty w wymaganiach siwz dotyczących niniejszego postępowania.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że:

Dokonane przez Zamawiającego zmiany należy uznać za niezgodne z art. 48 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy. Zawarte w ogłoszeniu z dn. 26 marca 2015 r. określenie przedmiotu zamówienia w odniesieniu do całkowitego wielkości i zakresu zamówienia, które:

- z jednej strony uniemożliwia wykonawcy określenie, czy wykonanie przedmiotu zamówienia jest w ogóle realne,
- z drugiej umożliwia dowolną zmianę zakresu prac jakie wykonawca będzie musiał wykonać, nie pozwala wykonawcy na podjęcie decyzji o przystąpieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nadto, należy mieć na względzie, że z uwagi na przyjęty tryb udzielenia zamówienia publicznego - przetarg ograniczony, ustalenia zawarte w ogłoszeniu są dla Zamawiającego wiążące w świetle art. 38 ust. 4b ustawy, i nie będą mogły zostać zmienione już na etapie przygotowania specyfikacji, w szczególności OPZ. Oznacza to, że postanowienia ogłoszenia o zamówieniu określające przedmiot zamówienia prowadzą również do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy.

W świetle powyższego, za niezgodne z art. 48 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp należy uznać następujące postanowienia ogłoszenia o zamówieniu w kształcie nadanym im po zmianie ogłoszenia dokonanej przez Zamawiającego dn. 26 marca 2015 r.

Zgodnie z Sekcją II.2.1) cz II - wymagania dodatkowe, ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu, w brzmieniu dokonanym po modyfikacji ogłoszenia przez Zamawiającego, Zamawiający wymaga, aby „najpóźniej w okresie pierwszego roku świadczenia usługi transmisji danych Wykonawca zapewnił co najmniej 85 % przyłączy w technice światłowodowej lub ekwiwalentnej”. Przytoczone wyżej postanowienie jest niezgodne z ustawą z dwóch względów.

Po pierwsze, Zamawiający nie określił, jakiego rodzaju przyłączy będzie uważał za ekwiwalentne do przyłącza światłowodowego. Zamawiający dopuszcza 85% przyłączy w

technice światłowodowej lub ekwiwalentnej zapewniającej analogiczną dyspozycyjność i odporność na warunki atmosferyczne. Jednocześnie w pkt 3 (Sekcji II.2.1) cz. I wymagania podstawowe pkt 2.3) definiuje wymagane pasmo łączy podstawowych.

Wymagania odnośnie przepływności eliminują ze względów technicznych rozwiązania oparte na medium miedzianym. Nawet gdyby nie eliminowały, ekwiwalentność medium miedzianego ze względu na podatność na korozję i interferencje w porównaniu do medium światłowodowego może być elementem dyskusyjnym. Jednocześnie warunków dyspozycyjności i odporności na czynniki atmosferyczne nie spełniają łączy radiowe i satelitarne, również te realizowane w paśmie koncesjonowanym. Z uwagi na instalacje napowietrzną elementów infrastruktury łączy radiowe narażone są w szczególności na wiatr, gęste opady, mgła, tłumienie i dyfrakcję sygnału powodowane przez różne przedmioty znajdujące się na drodze fali niosącej sygnał.

Analiza techniczna możliwych do wykorzystania mediów transmisyjnych wykazuje, że nie istnieją w pełni ekwiwalentna alternatywa dla światłowodu. Dlatego Zamawiający powinien jednoznacznie wskazać, które technologie uzna za możliwe do wykorzystania do realizacji projektu zarówno dla sieci podstawowej jak i rezerwowej.

Po drugie, jeśli określone wyżej wymaganie, aby wykonawca „najpóźniej w okresie pierwszego roku świadczenia usługi transmisji danych Wykonawca zapewnił co najmniej 85 % przyłączy w technice światłowodowej lub ekwiwalentnej” dotyczy zarówno sieci podstawowej jak i zapasowej, należy stwierdzić, że zamówienie będzie niemożliwe do wykonania z uwagi na wymaganie określone w Sekcji II.2.1) cz. I - wymagania podstawowe ust. 2.2, zgodnie z którym „Wykonawca zapewni łączy rezerwowe przy użyciu innego medium transmisyjnego niż dla łączy głównych”. Oznaczać będzie to bowiem konieczność wykonania 85% przyłączy w technice światłowodowej lub ekwiwalentnej, a jednocześnie konieczność zapewnienia łączy rezerwowych za pomocą innego medium. Jest to wzajemnie sprzeczne wymaganie, które musi zostać usunięte już na tym etapie postępowania z uwagi na brak możliwości późniejszej zmiany treści ogłoszenia.

Zgodnie z Sekcją II.2.1) cz II - wymagania dodatkowe, ust. 2 ogłoszenia o zamówieniu, w brzmieniu dokonany po modyfikacji ogłoszenia przez Zamawiającego, Zamawiający wymaga, aby wykonawca w okresie zgodnym z harmonogramem podanym Wykonawcy po podpisaniu kontraktu, jednak w terminach następujących nie wcześniej niż uruchomienie usług WAN wg pkt 1, zapewni możliwość przyłączenia trunków SIP wyłonionym przez poszczególne jednostki SW dostawcom usług telefonicznych.

Wymaganie to jest niezgodne z ustawą z uwagi na zapewnienie Zamawiającemu możliwości dowolnego doprecyzowania zakresu świadczenia wykonawcy w odniesieniu do wymogu zapewnienia możliwości przyłączenia trunków SIP po złożeniu oferty. Może to skutkować koniecznością doposażenia infrastruktury wykonawcy w dodatku nie ujęte w

ofercie urządzenia. Brak doprecyzowania tego wymagania uniemożliwi wykonawcy przygotowanie prawidłowej oferty. Wprawdzie Zamawiający może doprecyzować przedmiotowe wymaganie na następnym etapie postępowania (w SIWZ), jednak nie jest do tego zobowiązany. Z kolei zgodnie z przywołanym wyżej wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, jeśli Wykonawca nie podniesie zarzutu względem tego postanowienia, nie będzie mógł kwestionować później wymagań Zamawiającego w tym zakresie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca T-Mobile Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Na posiedzeniu w dniu 17 kwietnia 2015 r., Zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości oba odwołania i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Mając na uwadze, iż w niniejszej sprawie zostały wypełnione przesłanki wskazane w powyższym przepisie, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze. Zamawiający obowiązany jest do wykonania czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w obu uwzględnionych odwołaniach. Skład orzekający w niniejszej sprawie w pełni podziela stanowisko Izby przedstawione w postanowieniu z dnia 22 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 796/13, zarówno co do możliwości umorzenia postępowania, w oparciu o art. 186 ust. 2 Pzp, na posiedzeniu z udziałem stron, jak również odnośnie zasad orzekania o kosztach. W niniejszym postępowaniu odwoławczym żaden z wykonawców nie złożył przystąpienia po stronie Zamawiającego. Nie zaistniała możliwość wniesienia sprzeciwu wobec stanowiska Zamawiającego. Jediną podstawą umorzenia mógł w tej sprawie stanowić przepis art. 186 ust. 2 Pzp. O kosztach należało orzec stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym koszty postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w ust. 2 znosi się wzajemnie, oraz stosownie do § 5 ust. 1 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 i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238), w części

stanowiącej o tym, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu. Skład orzekający podziela krytyczne stanowisko przedstawione w ww. postanowieniu z dnia 22 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 796/13, dotyczące zwrotu „albo rozpoczęciu posiedzenia z udziałem stron”. Warto dodatkowo wskazać, że przykładowo w sytuacji, gdyby miało miejsce przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego, a przystępujący wykonawca nie wniósłby sprzeciwu wobec uwzględnienie odwołania na posiedzeniu z udziałem stron, gdyż takie właśnie posiedzenie poprzedza otwarcie rozprawy, uwzględnienie odwołania mogłoby skutkować jedynie zwrotem wpisu z rachunku Urzędu. Przepis § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a) ww. rozporządzenia nie stanowi bowiem o innych kosztach, w tym nie przewiduje obowiązku ich zwrotu przez zamawiającego. Brak jest racjonalnych podstaw, by w sytuacji, gdy w ogóle nie jest możliwe zgłoszenie sprzeciwu, a zamawiający uwzględnia odwołanie – co jest tożsame w skutkach z uwzględnieniem przy braku sprzeciwu – zasądzać koszty od zamawiającego na rzecz odwołującego, z uwagi na wprowadzony w ww. przepisie zwrot „albo rozpoczęciu posiedzenia z udziałem stron”. Nie sposób zaakceptować tak zróżnicowanego traktowania zamawiającego i obciążać podmioty gospodarujące pieniędzmi publicznymi obowiązkiem zwrotu kosztów, gdy uwzględniają one na posiedzeniu całość zarzutów odwołania, zwłaszcza gdy przepisy prawa, możliwe do zaistnienia zasady rozłożenia kosztów postępowania, wiążą przede wszystkim z faktem otwarcia rozprawy, jak również, gdy przepis rangi ustawowej (art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp) stanowi o wzajemnym zniesieniu kosztów. Przywołany powyżej zwrot zawarty w § 5 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia jawi się, jako sprzeczny, zarówno z pozostałymi regulacjami tego rozporządzenia, jak również z przepisem rangi ustawowej. Przedstawione stanowisko ma na kanwie tej sprawy walor przede wszystkim informacyjny, gdyż strony nie składały w toku posiedzenia wniosków o zwrot kosztów, o których mowa w § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia. W konsekwencji, Izba postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać zwrot Odwołującym kwot uiszczonych tytułem wpisów od odwołań.

Przewodniczący: