

**WYROK**  
**z dnia 30 stycznia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Członkowie:** Monika Szymanowska

Ryszard Tetzlaff

**Protokolant:** Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2020 r. przez wykonawcę **Inea S.A., ul. Klaudyny Potockiej 25, 60-211 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Wielkopolski Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia w Poznaniu, ul. Grunwaldzka 158, 60-309 Poznań**

przy udziale wykonawcy **Suntar Sp. z o.o., ul. Boya-Żeleńskiego 5b, 33-100 Tarnów**, zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Inea S.A., ul. Klaudyny Potockiej 25, 60-211 Poznań** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Inea S.A., ul. Klaudyny Potockiej 25, 60-211 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Inea S.A., ul. Klaudyny Potockiej 25, 60-211 Poznań** na rzecz wykonawcy **Suntar Sp. z o.o., ul. Boya-Żeleńskiego 5b, 33-100 Tarnów** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup kompleksowej usługi w zakresie telefonii stacjonarnej dla Wielkopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia” przez Wielkopolski Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia w Poznaniu, ul. Piekary 14/15, 61-823 Poznań (dalej „zamawiający”) wykonawca INEA S.A., ul. Klaudyny Potockiej 25, 60-211 Poznań (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na wyborze oferty SUNTAR sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej „przystępujący”) jako najkorzystniejszej w następstwie braku odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”], poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „ustawa Pzp”).

Z ostrożności, na okoliczność braku uwzględnienia przez Izbę powyższego zarzutu odwołujący zarzucił zamawiającemu (zarzut ewentualny) naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyjaśnienia przez zamawiającego istotnych elementów treści oferty złożonej przez przystępującego, które to elementy przesądzą o braku zgodności treści oferty przystępującego z SIWZ i stanowią podstawę do odrzucenia oferty tego wykonawcy, a mianowicie brak wyjaśnienia:

- czy przystępujący, składając ofertę założył, że „ciała droga przyłączeniowa”, o której mowa w Formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, przy opisie i parametrach technicznych oferowanych łączy dostępowych z podziałem na łączy oraz w załączniku nr 1 do umowy jest ograniczona do odcinka przyłącza telekomunikacyjnego w rozumieniu ustawy Prawo telekomunikacyjne, czy też obejmuje odcinek dłuższy, a jeśli tak to jaki,
- czy zgodnie z treścią oferty przystępującego wykonawca ten do wykonywania zamówienia będzie korzystać z telekomunikacyjnej infrastruktury kablowej osób trzecich, a jeśli tak to w jakim dokładnie zakresie,
- czy przystępującemu przysługuje prawo własności całości telekomunikacyjnej infrastruktury kablowej, na której ma być oparte dedykowane łączy podkładowe Ethernet w technologii światłowodowej, służące wykonywaniu zamówienia, pomiędzy lokalizacjami zamawiającego w Poznaniu na odcinku pomiędzy ul. Piekary 14/15 i Grunwaldzka 158?

Odwołujący zarzucił także zamawiającemu, w konsekwencji działań i zaniechań

zamawiającego naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób utrudniający konkurencję i nierówne traktowanie wykonawców, polegające zwłaszcza na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, której treść nie odpowiadała wymaganiom SIWZ, a nadto art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie niezgodnie z przepisami wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu i tym samym, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, mimo że była to oferta najkorzystniejsza w porównaniu do wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienia w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na:

- wyborze oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej,
- ponowieniu czynności badania i oceny ofert,
- odrzuceniu oferty przystępującego,
- wyborze najkorzystniejszej oferty, wskutek czego oferta odwołującego zostanie wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

Wniósł także o przeprowadzenia dowodów z:

- dokumentów objętych aktami postępowania, w tym oferty przystępującego, wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 22 sierpnia 2019 r., wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 14 listopada 2019 r. oraz pisma przystępującego z dnia 19 listopada 2019 r.,
- dokumentów objętych aktami postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1889/19, w tym w szczególności odwołania przystępującego z dnia 23 września 2019 r., wyroku KIO z dnia 7 października 2019 r. oraz listu intencyjnego z 29 lipca 2019 r. zawartego między Netia S.A. a przystępującym,
- wydruku ze strony internetowej [encyklopedia.pwn.pl](http://encyklopedia.pwn.pl) przedstawiającego definicję łącza telekomunikacyjnego.

Odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiający wymagał na podstawie SIWZ, aby infrastruktura w oparciu, o którą wybrany wykonawca zapewni zamawiającemu łącza telekomunikacyjne była własnością tego wykonawcy na całej długości tej infrastruktury, w tym na całej długości pomiędzy lokalizacjami w Poznaniu pomiędzy ul. Piekary 14/15 i ul. Grunwaldzka 158, natomiast przystępujący w odpowiedzi na wezwania zamawiającego tak przed wszczęciem postępowania, jak i aktualnie wskazuje, że przysługuje mu własność tej infrastruktury zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy, przy czym jednocześnie twierdzi, że

cała droga przyłączeniowa to pewien bardzo ograniczony odcinek, obejmujący wyłącznie przyłącze telekomunikacyjne w rozumieniu ustawy Prawo telekomunikacyjne.

Odwołujący podał, że jednym z wymagań zamawiającego w zakresie parametrów technicznych łącza jest dedykowane łącze podkładowe w technologii światłowodowej będące własnością oferenta na całej drodze przyłączeniowej, wskazując, że zgodnie z definicją zawartą w Encyklopedii PWN łącze telekomunikacyjne to zespół urządzeń przeznaczonych do przesyłania sygnału między określonymi punktami łańcucha telekomunikacyjnego (np. sąsiednimi centralami telefonicznymi).

W ocenie odwołującego, uwzględniając wykładnię logiczną i celowościową, postanowienie SIWZ, w którym zamawiający wymaga symetrycznego; transparentnego, dedykowanego łącza podkładowego Ethernet w technologii światłowodowej będącego własnością oferenta na całej drodze przyłączeniowej pomiędzy wskazanymi lokalizacjami jest pewnym uproszczeniem, które należy rozumieć w ten sposób, że: a) każdy z oferentów składających ofertę powinien zaoferować dedykowane łącze podkładowe rozumiane jako kanał transmisyjny pomiędzy wskazanymi lokalizacjami, gdzie znajdują się urządzenia telekomunikacyjne (tak, aby brak było możliwości ingerencji z zewnątrz w ten kanał) oraz b) który to kanał transmisyjny zostanie jednak utworzony przy użyciu fizycznej infrastruktury kablowej będącej własnością oferenta na całej długości pomiędzy tymi lokalizacjami (po to, aby minimalizować negatywne następstwa ewentualnych awarii infrastruktury, przy użyciu której świadczona jest mu usługa, zmniejszyć liczbę pośredników, przy usuwaniu skutków takie awarii etc.).

Uznał, że definicja łącza telekomunikacyjnego jest szersza niż definicja przyłącza telekomunikacyjnego, które to zgodnie z ustawą Prawo telekomunikacyjne oznacza pewien fizyczny fragment sieci, ograniczony ustawowo do odcinka tylko między budynkiem a złączem na głównym odcinku linii telekomunikacyjnej, podczas gdy łącze telekomunikacyjne to kanał transmisyjny, tworzony przez cały zespół urządzeń służących do przesyłu sygnały między określonymi punktami a do punktu b – przyłącze telekomunikacyjne wchodzi w skład sieci, jest jego częścią składową, jednak nie są to pojęcia tożsame.

Uzupełnił, że przyłącze to relatywnie krótki odcinek sieci telekomunikacyjnej, łączący daną lokalizację (obiekt budowlany) z „siecią główną” (złączem pozgałęźnym), przyłącze spaja jedynie dwie odrębne całości – instalację należącą do sieci, czyli instalację zewnętrzną, oraz instalację wewnętrzną, czego nie sposób powiedzieć o „całej drodze przyłączeniowej”, która może być bardzo długa.

Stwierdził, że przystępujący nieprawidłowo, odmiennie od treści SIWZ interpretuje pojęcie „całej drogi przyłączeniowej”, co zostało potwierdzone w treści odwołania przystępującego od czynności pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz na

rozprawie przez KIO w dniu 7 października 2019 r. Uzupełnił, że w trakcie tej rozprawy przystępujący złożył dokumentację, zgodnie z którą przystępujący nie był na dzień składania ofert oraz nie jest właścicielem łączy podkładowych na całej drodze przyłączeniowej. Podkreślił, że przystępujący złożył list intencyjny z dnia 29 lipca 2019 r. między nim a Netia S.A., przewidujący, że do umowy sprzedaży sieci między przystępującym a Netia S.A. miałyby dojść, jeżeli oferta przystępującego zostanie prawomocnie wybrana.

Podniósł, że list intencyjny, zgodnie z jego zapisami, nie stanowi umowy zobowiązującej ani przedwstępnej w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego, a jego podpisanie nie rodzi zobowiązań dla stron.

Uznał, że przystępujący, składając ten dokument pośrednio potwierdził, iż w momencie składania oferty nie spełniał wymagań postawionych w SIWZ, w przeciwnym bowiem razie, w jakim celu miałyby przedkładać ów list jako dowód w pierwszym postępowaniu odwoławczym?

Podkreślił, że zamawiający żądał, aby potencjalni wykonawcy oferowali cztery rodzaje łączy – w punktach a. oraz b. jest to dostęp dla lokalizacji w Poznaniu ul. Grunwaldzka 158 oraz ul. Piekary 14/15, punkt c. dotyczy lokalizacji delegatur w Koninie, Pile, Lesznie, Kaliszy oraz punktów OU Słupca i Rawicz, domyślnie biorąc pod uwagę charakter usługi /łącza SIPTrunk na „całej drodze przyłączeniowej”, w punkcie d. natomiast, co kluczowe w niniejszej sprawie i co samodzielnie uzasadnia odrzucenie oferty przystępującego Zamawiający wskazał literalnie, że wymaga zaoferowania dedykowanego łącza podkładowego Ethernet w technologii światłowodowej będącego własnością oferenta na całej drodze przyłączeniowej pomiędzy lokalizacjami w Poznaniu ul. Grunwaldzka 158 i ul. Piekary 14/15, co oznacza, że Zamawiający wskazał wprost na odcinek, drogi przyłączeniowej, która powinna łączyć dwa punkty adresowe.

Wskazał, że odległość między ul. Grunwaldzką 158 w Poznaniu a ul. Piekary 14/15 w Poznaniu wynosi prawie 6 kilometrów, wobec czego nie sposób twierdzić, że taki odcinek sieci może stanowić przyłącze w rozumieniu Prawa telekomunikacyjnego tym bardziej w kilkuset tysięcznym mieście, jakim jest Poznań, pełnym sieci telekomunikacyjnych i różnego typu złączy, punktów styku i innej infrastruktury telekomunikacyjnej,

Stanął na stanowisku, że można zarzucać jako okoliczności istotnej, że w treści SIWZ zabrakło jednoznacznej definicji „całej drogi przyłączeniowej”, bowiem zamawiający, chociażby w przedstawionym fragmencie Formularza ofertowego załączonego do SIWZ, wyraźnie wskazał, że „cała droga przyłączeniowa” nie jest tożsama z przyłączem telekomunikacyjnym, a jest odcinkiem z punktu a do punktu b.

W ocenie odwołującego definicję „całej drogi przyłączeniowej” należy rozpatrywać razem z „łączem podkładowym”, gdyż właścicielem tego łącza na całej drodze

przyłączeniowej powinien być oferent. Uzupełnił, że biorąc pod uwagę wykładnię celowościową postanowień SIWZ, nielogicznym i nieracjonalnym byłoby, żeby zamawiający „całą drogę przyłączeniową” rozumiał jako całość trasy jedynie między ul. Grunwaldzką 158 w Poznaniu a ul. Piekary 14/15, a w pozostałych przypadkach jedynie jako przyłącze telekomunikacyjne łączące punkt styku w budynku w danej lokalizacji ze złączem na głównym odcinku linii telekomunikacyjnej.

Podniósł, że trzeba zważyć na kluczowy i newralgiczny rodzaj działalności świadczonej przez zamawiającego, jakim jest świadczenie opieki zdrowotnej – przez ten pryzmat i założenie racjonalności zamawiającego należy interpretować sporne wymaganie SIWZ. Wskazał, że zamawiający, jako gospodarz postępowania, wykonujący wyjątkową działalność, miał prawo ukształtować i ukształtował tak wymagania stawiane w SIWZ wobec świadczenia wykonawcy, by minimalizować negatywne następstwa ewentualnych awarii infrastruktury, przy użyciu której świadczona jest mu usługa, zmniejszyć liczbę pośredników, przy usuwaniu skutków awarii (co miałyby miejsce w przypadku, gdy wykonawca nie byłby właścicielem łącz).

Uznał, że nie znajduje jakiegokolwiek oparcia w wykładni teleologicznej założenie, że SIWZ wymagała, by wykonawca był jedynie właścicielem pewnych odcinków sieci, na których funkcjonują łącza tj. przyłączy – jaki miałyby być bowiem tego sens?

Zaznaczył, że zamawiający dnia 26 lipca 2019 r. opublikował odpowiedzi na pytania, gdzie w ramach odpowiedzi na pytanie numer 21, w którym zainteresowany zapytał, czy łącza podkładowe mogą być dzierżawione/użyczone od innych operatorów telekomunikacyjnych, zamawiający wskazał, że łącza podkładowe nie mogą być dzierżawione/użyczone od innych operatorów telekomunikacyjnych.

Podniósł, że zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwem, odpowiedzi na pytania wykonawców udzielane w ramach wyjaśnienia treści SIWZ są bezwzględnie wiążące dla wykonawców i mogą zmieniać specyfikację – skoro wyjaśnienia składane przez zamawiającego w odpowiedziach na pytania bezwarunkowo wiążą potencjalnych wykonawców, również przystępujący związany był odpowiedziami przedstawionymi przez zamawiającego; w treści odpowiedzi zamawiający potwierdził, że łącza podkładowe powinny stanowić własność oferenta (a contrario skoro nie mogą być dzierżawione/użyczone od innych operatorów).

Uzupełnił, że jeżeli przystępujący miał wątpliwości co do treści tak ukształtowanego opisu przedmiotu zamówienia, miał możliwość złożenia odwołania w tym zakresie, czego jednak nie uczynił.

Dodatkowo zauważył, że po udzieleniu odpowiedzi na pytania 26 lipca 2019 r. zamawiający wydłużył termin składania ofert do dnia 1 sierpnia 2019 r., co tym bardziej potwierdza, że udzielone wyjaśnienia miały wpływ na treść SIWZ, co wymagało zapewnienia

oferentom dodatkowego czasu na dostosowanie się do jego nowej treści.

W odniesieniu do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia składane przez przystępującego w toku postępowania, w tym wyjaśnienia złożone pismem z dnia 19 listopada 2019 r., jeśli nawet nie byłyby zdaniem zamawiającego wystarczające do odrzucenia oferty przystępującego, to powinny co najmniej budzić wątpliwości, wobec czego zamawiający winien dążyć do usunięcia wszelkich niepewności.

W ocenie odwołującego, jeśli nawet zamawiający nie naruszył normy wynikającej z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, to istotnie naruszył przepis z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ, mając na względzie znane mu różnice w wykładni treści SIWZ, które ujawniły się na wcześniejszym etapie postępowania (w tym w pierwszym postępowaniu przed Izbą), był zobowiązany do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień, formułując pytania w taki sposób, aby usunąć jakiegokolwiek niepewności odnośnie oferty tego podmiotu.

Uzupełnił, że zamawiający winien był ustalić z przystępującym, jaką interpretację istotnych pojęć przyjmuje na gruncie swoich oświadczeń, a w konsekwencji jakie założenia, co do sposobu wykonania świadczenia przyjął formułując ofertę.

Zauważył, że w treści wyjaśnień przystępującego z dnia 19 listopada 2019 r. w nagłówku pisma wskazano, iż dotyczy ono „postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu pn. „Zakup systemu teleinformatycznego dla Świętokrzyskiego Centrum Onkologii w Kielcach” – zdaniem odwołującego, już ta okoliczność powinna dyskwalifikować wyjaśnienia złożone 19 listopada 2019 r. i później .

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 23 stycznia 2020 r. – dokumentów wskazanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 28 stycznia 2020 r., Pisma procesowego przystępującego z dnia 30 stycznia 2020 r., „Opinii eksperckiej” Stowarzyszenia Budowniczych Telekomunikacji z dnia 6 października 2019 r., „Opinii eksperckiej” Krajowej Izby Komunikacji Ethernetowej z dnia 7 października 2019 r., a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu



przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W złożonym na posiedzeniu piśmie z dnia 28 stycznia 2010 r. – Odpowiedź na odwołanie, zamawiający uwzględnił odwołanie w całości.

Przystępujący – na posiedzeniu – wniósł sprzeciw w przedmiocie uwzględnienia przez zamawiającego w całości odwołania.

Złożone przez przystępującego na rozprawie opinie eksperckie opracowane na zlecenie przystępującego skład orzekający uznał za stanowisko własne przystępującego.

Zarzut (pierwszy) zaniechania odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z pkt. 3 „Opis przedmiotu zamówienia” SIWZ „Przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowej usługi telefonicznej na rzecz Zamawiającego w zakresie zapewnienia stałego dostępu do publicznej sieci telefonicznej oraz dzierżawy central telefonicznych (serwerów komunikacyjnych) (...), na zasadach oraz zgodnie z warunkami określonymi w następujących załącznikach do umowy: 1) załączniku nr 1 – Przedmiot zamówienia: Świadczenie usług telefonicznych z dzierżawą serwerów telekomunikacyjnych (central telefonicznych), obsługą i serwisem dla Wielkopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia, 2) załączniku nr 2 – Opis wymagań, funkcjonalności i parametrów technicznych serwerów telekomunikacyjnych, 3) załączniku nr 3 – Obsługa i serwis Zamawiającego, 4) załącznik nr 4 – Formularz ofertowy – kalkulacja cenowa, 5) załączniku nr 5 – Schemat połączeń, 6) załączniku nr 6 – Umowa o zachowaniu poufności. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera projekt umowy stanowiący załącznik nr 4 do niniejszej SIWZ.”

Zgodnie z pkt. 14 „Opis sposobu przygotowania ofert” ppkt 4 i ppkt 5 zamawiający zastrzegł, że „Treść oferty musi odpowiadać treści niniejszej specyfikacji. Wykonawca winien sporządzić ofertę zgodnie z treścią formularza załączonego do SIWZ zawierającego wszystkie niezbędne oświadczenia Wykonawcy: Wykonawca może złożyć ofertę na własnych formularzach, których treść musi być zgodna z formularzami załączonymi do specyfikacji”, „Oferta winna być sporządzona zgodnie z treścią formularza oferty załączonego do SIWZ. Wykonawca może złożyć ofertę na własnych formularzach, których

treść musi być zgodna z formularzami załączonymi do specyfikacji. Uwaga: niezbędne jest wypełnienie załączników do Formularza ofertowego: a) Załącznik nr 1 – Opis i parametry techniczne oferowanych łączy dostępowych z podziałem na łącza, b) Załącznik nr 2 – Opis i parametry techniczne urządzeń, c) Załącznik nr 3 – Kalkulacja cenowa.”

Dodatkowo w pkt. 14 ppkt 6 SIWZ zamawiający wskazał inne wymagane dokumenty w tym Formularz ofertowy wraz z wymaganymi załącznikami.

Załącznikiem nr 1 do Formularza Ofertowego, będącego załącznikiem nr 1 do SIWZ był „Formularz Ofertowy” – Opis i parametry oferowanych łączy dostępowych z podziałem na łącza:

- a. 1 x dostęp SIP Trunk (90 kanałów ) dla lokalizacji w Poznaniu, ul. Grunwaldzka 158 wraz z dedykowanym łączem podkładowym w technologii światłowodowej będącym własnością oferenta na całej drodze przyłączeniowej przez kanał IP VPN 50/50 Mbit/s,
- b. 1 x dostęp SIP Trunk ( 90 kanałów ) dla lokalizacji w Poznaniu, ul. Piekary 14/15 wraz z dedykowanym łączem podkładowym w technologii światłowodowej będącym własnością oferenta na całej drodze przyłączeniowej przez kanał IP VPN 50/50 Mbit/s,
- c. 6 x dedykowane łącze podkładowe w technologii światłowodowej będące własnością oferenta na całej drodze przyłączeniowej przez kanał IP VPN 20/20 Mbit/s dla lokalizacji delegatur w Koninie, Pile, Lesznie, Kaliszu oraz punktów OU Słupca i Rawicz,
- d. 1 x symetryczne, transparentne dedykowane łącze podkładowe Ethernet w technologii światłowodowej będące własnością oferenta na całej drodze przyłączeniowej o przepustowości 50/50 Mbit/s pomiędzy lokalizacjami w Poznaniu, ul. Grunwaldzka 158 i ul. Piekary 14/15.”

Załącznik nr 5 do umowy to rysunek, w którego części centralnej znajduje się romb – opisany jako „operator telekomunikacyjny”, od którego odchodzi (w dół od rombu) 6 linii prostych, których zakończenie stanowią po trzy „dyski” opisane kolejno (od lewej): Delegatura Leszno, Delegatura Piła, Delegatura Kalisz, Delegatura Konik, Delegatura Rawicz, POU Rawicz, POU Słupca. Dodatkowo każdą linię opisano „2020”.

W górę od rombu odchodzą dwie linie, których zakończenie stanowią po trzy „dyski” opisano (od lewej) IPPABX Oddział Grunwaldzka, IPPABX Piekary. Linią opisaną „Łącze dzierżawione 50x50 Mbit FO” połączono dyski – oddziały (Grunwaldzka i Piekary).

Pismem z dnia 26 lipca 2019 r. zamawiający udzielił wyjaśnień treści SIWZ w tym na pytanie: „Czy łącza podkładowe mogą być dzierżawione/użyczone od innych Operatorów Telekomunikacyjnych ?” odpowiedział: „Łącza podkładowe nie mogą być dzierżawione/użyczone od innych Operatorów Telekomunikacyjnych.”

Przystępujący, jako integralną część Formularza Ofertowego złożył Załącznik nr 1 – Opis i parametry techniczne oferowanych łączy dostępowych z podziałem na łącza,

korzystając ze wzoru opracowanego przez zamawiającego, z tym odstępstwem, iż w kolumnie „Oferowane Dostawca/typ i parametry techniczne/opis/lokalizacja” nie powieilił opisu wymaganych parametrów o treści „będącym własnością oferenta na całej drodze przyłączeniowej”.

Pismem z dnia 22 sierpnia 2019 r. zamawiający zwrócił się do przystępującego, z powołaniem się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, m.in. o wyjaśnienie treści oferty, formułując cztery pytania odnośnie do załącznika nr 1 do Formularza ofertowego dotyczące w szczególności własności łączy/braku własności łączy na dzień składania ofert w lokalizacjach zamawiającego.

Udzielając odpowiedzi, przy piśmie z dnia 26 sierpnia 2019 r., przystępujący stwierdził m.in. że „pytania zadane przez Zamawiającego obrazują nieuprawnione przyjęcie jakoby warunki wykonywania zamówienia miałyby być zapewnione przez potencjalnego wykonawcę już na etapie składania ofert” oraz, że „Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie zdefiniował jednoznacznie co rozumie pod pojęciem drogi przyłączeniowej” (str. 3).

Pismem z dnia 14 listopada 2019 r. zamawiający ponownie zwrócił się do przystępującego, powołując się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, o złożenie wyjaśnień, pytając przystępującego czy:

1. dla realizacji połączenia telefonicznego pomiędzy lokalizacjami zamawiającego będzie wykorzystywał wyłącznie łączy/infrastrukturę będącą jego własnością ?
2. zaoferowane połączenie kablowe dla lokalizacji w Poznaniu przy Grunwaldzkiej 158 i Piekary 14/15 jest dedykowane i wykonane wyłącznie pomiędzy tym lokalizacjami ?
3. zaoferowane połączenie kablowe pomiędzy lokalizacjami w Poznaniu przy Grunwaldzkiej 158 i Piekary 14/15 posiada punkty styku z siecią operatora ?
4. zaoferowane połączenie kablowe pomiędzy lokalizacjami w Poznaniu przy Grunwaldzkiej 158 i Piekary 14/15 jest realizowane w ramach sieci publicznej ?

Przystępujący, pismem z dnia 19 listopada 2019 r. udzielił następujących wyjaśnień:

1. „użytkownik wyposażony w telefon voip wykorzystywał będzie łączy/infrastrukturę będącą własnością Wykonawcy zgodnie z wymaganiami wynikającymi z Załącznika nr 1 oraz Załącznikiem nr 5 do Umowy”,
2. „Zaoferowane połączenie kablowe jest (...) łączem (...) będące własnością Wykonawcy na całej drodze przyłączeniowej, zgodnie z wymaganiami wynikającymi z Załącznika nr 1 oraz Załącznikiem nr 5 do Umowy”,
3. Zaoferowane połączenie kablowe pomiędzy (...) nie posiada punktów styku z siecią operatora, zgodnie z wymaganiami wynikającymi z Załącznika nr 1 oraz Załącznikiem

nr 5 do Umowy”

4. „Zaoferowane połączenie kablowe jest (...) łączem (...) będące własnością Wykonawcy na całej drodze przyłączeniowej, zgodnie z wymaganiami wynikającymi z Załącznika nr 1 oraz Załącznikiem nr 5 do Umowy”,

Pismem z dnia 26 listopada 2019 r. zamawiający po raz kolejny zwrócił się do przystępującego, powołując się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie wyjaśnień treści oferty, poprzez udzielenie odpowiedzi na pytania:

„W jaki sposób będzie realizowane połączenie przy niedziałających łączach, tzn. braku dostępu do sieci publicznej (...) pomiędzy lokalizacjami Poznań ul. Grunwaldzka 158 i Poznań ul. Piekary 14/15 ? Proszę o opisanie schematu połączenia.”

„W jaki sposób będzie realizowane połączenie z sieci publicznej do lokalizacji Poznań ul. Grunwaldzka 158 w przypadku niedziałającego łącza w tej lokalizacji (...) Proszę o opisanie schematu tego połączenia.”

W piśmie z dnia 27 listopada 2019 r. przystępujący oświadczył, że usługa będzie realizowana zgodnie z wszystkimi warunkami przewidzianymi w umowie, w szczególności zgodnie z § 5 ust. 2 umowy oraz stwierdził, że „Przekazywanie bardziej szczegółowych informacji nie znajduje swojego uzasadnienie w wymogach, które Zamawiający przewidział w dokumentacji postępowania, zaś Wykonawca w poprzednich wyjaśnieniach potwierdził zgodność złożonej oferty z wymaganiami Zamawiającego.”

Pismem z dnia 9 stycznia 20120 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze – jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący utrzymywał, że niezgodność treści oferty przystępującego z treścią SIWZ polega na tym, iż w SIWZ zamawiający wymagał, aby „*infrastruktura w oparciu, o którą wybrany wykonawca zapewni Zamawiającemu łącza telekomunikacyjne była własnością tego wykonawcy na całej długości infrastruktury, w tym na całej długości pomiędzy lokalizacjami w Poznaniu pomiędzy ul. Piekary 14/15 i ul. Grunwaldzką 158*”, zaś przystępujący „*w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego (...) wskazuje, iż przysługuje mu własność tej infrastruktury zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Umowy, a więc „na drodze przyłączeniowej”, przy czym jednocześnie twierdzi (...), że droga ta to pewien bardzo ograniczony (jeśli chodzi o długość) odcinek, obejmujący wyłącznie przyłącze telekomunikacyjne w rozumieniu ustawy Prawo telekomunikacyjne*” (str. 8 odwołania).

Kwestią kluczową dla oceny zgodności treści oferty przystępujący z treścią SIWZ jest ustalenie, czego oczekiwał zamawiający, opisując przedmiot zamówienia w SIWZ w zakresie własności łączy na całej drodze przyłączeniowej. Innymi słowy, jak należy rozumieć sformułowanie „*łącze będące własnością oferenta na całej drodze przyłączeniowej*”.

Bezsprzecznie, co podnosił już przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 26 sierpnia 2019 r., zamawiający nie wskazał w SIWZ, jak należy rozumieć sformułowanie „*cała droga przyłączeniowa*”.

Podkreślić przy tym należy, że w treści SIWZ zamawiający nie posłużył się sformułowaniem „*łącze będące własnością wykonawcy na całej długości infrastruktury*” (jak odwołujący w odwołaniu), ale sformułowaniem „*łącze będące własnością na całej drodze przyłączeniowej*”.

Odwołujący stanął na stanowisku, że użyte przez zamawiającego w SIWZ sformułowanie jest pewnym uproszczeniem, które – przy uwzględnieniu wykładni logicznej i celowościowej – należy rozumieć w następujący sposób: „*a) każdy z oferentów (...) powinien zaoferować łącze podkładowe rozumiane jako kanał transmisyjny pomiędzy wskazanymi lokalizacjami (...) (tak, aby brak było możliwości ingerencji z zewnątrz w ten kanał) oraz b) który to kanał transmisyjny zostanie jednak utworzony przy użyciu fizycznej infrastruktury kablowej będącej własnością oferenta na całej długości pomiędzy tymi lokalizacjami*” (str. 9 odwołania), podkreślając przy tym odmienności w znaczeniu pojęć „*łącze*” (wg encyklopedii PWN – łącze to zespół urządzeń przeznaczonych do przesyłania sygnału między określonymi punktami łańcucha telekomunikacyjnego) oraz „*przyłącze*” (wg prawa telekomunikacyjnego to fragment sieci ograniczony do odcinka pomiędzy budynkiem a złączem na głównym odcinku linii telekomunikacyjnej).

W ocenie składu orzekającego Izby przy wykładni pojęć i sformułowań użytych przez zamawiającego w SIWZ, wobec braku wskazania sposobu ich rozumienia w SIWZ przez samego zamawiającego, sięgnąć należy do wykładni językowej.

Warto w tym miejscu przypomnieć uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2009 r., III CZP 110/09, zgodnie z którą: „*W ramach dyrektyw preferencji metod wykładni na czoło wysuwa się powszechnie akceptowana w orzecznictwie i w piśmiennictwie zasada pierwszeństwa wykładni językowej oraz subsydiarności wykładni systemowej i funkcjonalnej. Zasada pierwszeństwa wykładni językowej, choć nie ustala absolutnego porządku preferencji, to jednak dopuszcza odstępstwa od wyniku jej zastosowania tylko wówczas, gdy wynik ten prowadzi albo do absurdu, albo do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji. Nie zawsze więc zachodzi konieczność posłużenia się kolejno*

*wszystkimi rodzajami wykładni; nie ma w szczególności potrzeby sięgania po dyrektywy celowościowe wówczas, gdy już po zastosowaniu dyrektyw językowych albo językowych i systemowych uda się uzyskać właściwy wynik wykładni. Jak ujął to Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 1 marca 2007 r., III CZP 94/06 (OSNC 2007, nr 7-8, poz. 95), odstępowanie od jasnego i oczywistego sensu przepisu wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem mogą uzasadniać tylko szczególnie istotne i doniosłe racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne; jeśli takie racje nie zachodzą, należy oprzeć się na wykładni językowej (por. też uzasadnienie uchwały pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2004 r., III CZP 37/04, OSNC 2005, nr 3, poz. 42, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2004 r., V CK 21/04, OSNC 2005, nr 7-8, poz. 137 oraz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 lipca 2005 r., I KZP 18/05, OSNKW 2005, nr 9, poz. 74). Wykładnia językowa wymaga uwzględnienia dyrektyw języka potocznego, a zatem przypisania zawartym w normie prawnej wyrażeniom podstawowego i powszechnie przyjętego znaczenia.”*

Odwołujący pominął wykładnię językową, sięgając po inne rodzaje wykładni (logiczną i celowościową), co skład orzekający Izby, w świetle powyższej uchwały Sądu Najwyższego, uznał za błąd, który nie mógł prowadzić do prawidłowych wniosków.

Odwołując się do znaczenia słowa „przyłączać” na gruncie języka polskiego, stwierdzić należy, że słowo to rozumie się jako – zespolić coś z czymś w całość, czy jako zespolenie instalacji wewnętrznej założonej w budynku z elementem układu ogólnego.

Uwzględniając powyższe rozumienie słowa „przyłączać”, stwierdzić należy, że cała droga przyłączeniowa, której właścicielem ma być wykonawca to ten fragment łącza, który stanowi instalację wewnętrzną, ten fragment łącza, który po zespoleniu z innym fragmentem łącza stanowi całość łącza.

Pozostaje to w zgodzie ze wskazanym przez odwołującego rozumieniem łącza telekomunikacyjnego jako zespołu urządzeń przeznaczonych do przesyłu sygnału między określonymi punktami łańcucha telekomunikacyjnymi (str. 9 odwołania) – na łącze jako całość składają się po prostu różne zespolone ze sobą fragmenty łącza.

W przypadku łącza opisanego w załączniku nr 1 do Formularza ofertowego lit. d zamawiający, inaczej niż w przypadku łącz opisanych pod lit. a – c, wskazał, że jest to łącze będące własnością oferenta na całej drodze przyłączeniowej, ale jednocześnie, że jest to łącze pomiędzy dwoma lokalizacjami w Poznaniu (ul. Grunwaldzka oraz ul. Piekary).

Koniecznym w tym miejscu jest także podkreślenie różnicy w opisie łączy wynikające z załącznika nr 5 do umowy. O ile bowiem opis graficzny wszystkich łączy z lit. a – d jest tożsamy – linie łączą daną lokalizację z „punktem” operatora telekomunikacyjnego,

o tyle w przypadku dwóch lokalizacji w Poznaniu (ul. Grunwaldzka i ul. Piekary) zamawiający oczekuje dodatkowo łącza pomiędzy tymi lokalizacjami. Jednak, co istotne – linia łącząca obie lokalizacje zostało opisana jako „łącze dzierżawione”.

Uwzględniając ustalone powyżej (z zastosowaniem wykładni językowej) znaczenie sformułowania „cała droga przyłączeniowa”, stwierdzić należy, że sformułowanie to w ogóle nie może odnosić się do łącza pomiędzy samymi lokalizacjami, ponieważ w tym przypadku brak zespolenia z „punktem” operatora telekomunikacyjnego (z układem/siecią ogólną) wobec czego stwierdzić także należy, że zamawiający nie postawił wykonawcom wymogu własności łącza pomiędzy lokalizacjami przy ul. Grunwaldzkiej i ul. Piekary w Poznaniu.

Potwierdzeniem tego jest opis łącza pomiędzy tymi lokalizacjami ujęty w załączniku nr 5 do umowy (zarówno załącznik nr 1, jak i załącznik nr 5 do umowy stanowił, zgodnie z pkt. 3 ppkt 1 SIWZ, „równorzędny” opis przedmiotu zamówienia co do zasad i warunków świadczenia usługi) – zamawiający wskazał, że jest to łącze dzierżawione, a nie będące własnością wykonawcy.

Odnosząc się do wyjaśnień jakich udzielił zamawiający (pismo z dnia 26 lipca 2019 r., odpowiedź na pytanie nr 21), skład orzekający Izby wskazuje, że odpowiedź ta może być odniesiona do tej tylko części łącza, którego wymóg własności dotyczy, tj. całej drogi przyłączeniowej.

Biorąc pod uwagę powyższe, skład orzekający Izby uznał, że przyjęte przez odwołującego rozumienie wymogów zamawiającego nie znajduje oparcia w treści postanowień SIWZ, co w dalszej kolejności przesądza o braku sprzeczności pomiędzy treścią oferty przystępującego a treścią SIWZ.

Zarzut (drugi) zaniechania wyjaśnienia przez zamawiającego istotnych elementów oferty przystępującego, które to elementy przesadzają o braku zgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ i stanowią podstawę do odrzucenia oferty przystępującego, czym zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

W zakresie ustaleń, skład orzekający Izby odwołuje się do ustaleń poczynionych w odniesieniu do zarzutu pierwszego.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Przystępujący, co nie było sporne, złożył wszystkie wymagane przez zamawiającego postanowieniami SIWZ dokumenty, co zasadniczo winno pozwolić zamawiającemu na ocenę oferty tego wykonawcy.

Zamawiający trzykrotnie zwracał się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień treści oferty (pisma z dnia 22 sierpnia 2019 r. oraz z 14 i 26 listopada 2019 r.), nie wskazując przy tym, która konkretnie treść oferty przystępującego budzi wątpliwości zamawiającego (w piśmie z dnia 22 sierpnia 2019 r. zamawiający jedynie ogólnie podał, że chodzi o załącznik nr 1 do Formularza ofertowego, w pozostałych dwóch pismach nie wskazał nawet tegoż), oczekując wręcz przedstawienia przez przystępującego informacji, które nie były wymagane postanowieniami SIWZ („opisanie schematu połączenia” w piśmie z 26 listopada 2019 r.), co przystępujący trafnie podkreślił w wyjaśnieniach z dnia 27 listopada 2019 r.

Przystępujący wyjaśnień takich każdorazowo udzielał.

Uzupełniająco zauważyć należy, że udzielenie wyjaśnień co do treści oferty, choć stanowi powszechną praktykę wykonawców, nie jest obowiązkiem wykonawcy. Brak wyjaśnień oznacza tyle tylko, że zamawiający, oceniając ofertę wykonawcy musi poprzestać na własnej interpretacji treści oferty.

Odwołujący, przypisując zamawiającemu zaniechanie żądania od przystępującego dalszych wyjaśnień sformułował pytania:

- na które odpowiedzi zostały już przez przystępującego udzielone: sposób rozumienia „całej drogi przyłączeniowej” przystępujący podał w piśmie z dnia 26 sierpnia 2019 r. – pytanie a) ze str. 3 odwołania

albo

- które nie stanowią wyjaśnienia treści oferty, ale oczekiwane podanie nowych informacji – pytanie b) i c) ze str. 3 odwołania co do korzystania z infrastruktury kablowej osób trzecich oraz co do własności (aktualnie) infrastruktury telekomunikacyjnej pomiędzy lokalizacjami w Poznaniu,

przy czym – co kluczowe – odpowiedzi na te pytanie miałyby zostać uwzględnione przez zamawiającego przy ocenie zgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ w rozumieniu zaprezentowanym przez odwołującego w odwołaniu, tj. w rozumieniu, które nie uzasadniają postanowienia SIWZ (o czym była mowa w odniesieniu do zarzutu pierwszego).

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że kierowanie do przystępującego kolejnych wyjaśnień jest nieuprawnione, skoro wyjaśnienia te były już składane i miałyby posłużyć ocenie zgodności treści oferty przystępującego nie z wymogami zamawiającego, wskazanymi w SIWZ, a z nieznaną potwierdzenia w brzmieniu dokumentacji postępowania błędną interpretacją odwołującego.

Gdyby nawet przyjąć, że postanowienia SIWZ nie były wystarczająco jasne to nie



mogłoby to prowadzić do odrzucenia oferty przystępującego – niejasności należałoby poczytać na korzyść tego wykonawcy.

Na marginesie skład orzekający zauważa, że odwołujący oczekuje od zamawiającego (żądania ze str. 4 odwołania) wyłącznie odrzucenia oferty przystępującego, nie wnioskując – adekwatnie do zarzutu – wezwania przystępującego do dalszych wyjaśnień.

Zarzut (trzeci) prowadzenia postępowania w sposób utrudniający konkurencję i nierówne traktowanie wykonawców, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ oraz polegające na wyborze oferty przystępującego, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Zarzut został postawiony jako konsekwencja zarzutu pierwszego.

Ponieważ tak zarzut pierwszy, jak i drugi nie potwierdziły się, skład orzekający Izby uznał, że także ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Wobec tego, że nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2) lit. b) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....