

**Sygn. akt KIO 2197/13**

**WYROK**  
**z dnia 27 września 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2013 r. przez PTC Centertel Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Region Wsparcia Teleinformatycznego w Bydgoszczy

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Regionowi Wsparcia Teleinformatycznego w Bydgoszczy skreślenie postanowienia rozdziału III pkt 3.3. ppkt) 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. kosztami postępowania obciąża Region Wsparcia Teleinformatycznego w Bydgoszczy i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez PTC Centertel Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. zasądza od Regionu Wsparcia Teleinformatycznego w Bydgoszczy na rzecz PTC Centertel Sp. z o.o. w Warszawie kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r., poz. 907 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 Bydgoszczy.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Region Wsparcia Teleinformatycznego w Bydgoszczy - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z dostawą telefonów komórkowych i modemów dla Regionu Wsparcia Teleinformatycznego w Bydgoszczy w rejonie jego odpowiedzialności.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej 3 września 2013 r., pod numerem 2013/S 170-294884.

Wartość zamówienia jest większa, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca PTK Centertel Sp. z o. o. w Warszawie 13 września 2013 r. wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ustawy przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, polegające na zamieszczeniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagań umożliwiających złożenie oferty wyłącznie jednemu wykonawcy działającemu na rynku krajowym, to jest zapewnienie dostępu do mobilnego Internetu w technologii LTE oraz usługi transmisji głosu po GPRS-ie w trybie „jeden do wielu i jeden do jednego”. Wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób wskazany w odwołaniu.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał, że w rozdz. III Opis przedmiotu zamówienia, pkt 3.3. ust. 2 ppkt 3) zamawiający wymaga dostarczenia 188 modemów do świadczenia usługi internetu mobilnego w technologii LTE z prędkością do 150 Mb/s zgodnie z wymogami sprzętowymi. W pkt 16) natomiast zamawiający wymaga zapewnienia w ramach opłaty abonamentowej dostępu do internetu mobilnego w technologii LTE pozwalającej na transmisję danych z prędkością do 150 Mb/s z gwarancją prędkości do wyczerpania limitu (minimum 15 GB odebranych lub wysłanych danych).

Odwołujący ocenił, że to postanowienie ma charakter dyskryminacyjny, jako że nie wynika z potrzeb zamawiającego, a jedynym operatorem świadczącym usługę w tej technologii jest Polkomtel sp. z o.o. Wyjaśnił, że Technologia LTE (Long Term Evolution) to standard

przesyłu danych w telefonii komórkowej będący następcą systemów trzeciej generacji. W chwili obecnej, spośród operatorów telefonii komórkowej usługi w tej technologii oferuje jedynie Polkomtel sp. z o.o. oraz Polsat Cyfrowy sp. z o.o., należące do tej samej grupy kapitałowej. Wskazał, że tylko Polkomtel sp. z o.o. jest uczestnikiem rynku zamówień publicznych. Główną cechą nowego standardu jest zwiększenie możliwości telefonii komórkowej poprzez zwiększenie prędkości przesyłania danych do 150 Mbit/s. Odwołujący wyraził pogląd, że z punktu widzenia zadań realizowanych przez zamawiającego wystarczające byłoby świadczenie usług w technologii HSPA+DC, umożliwiającej transmisję danych do 42Mbit/s. Wniósł o nakazanie zamawiającemu usunięcie wymogu świadczenia usług w technologii LTE.

Odwołujący wskazał też, że w rozdz. III „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt 3.3.ppkt 4) zamawiający wymaga, aby w ramach usługi zagwarantowana była transmisja głosu po GPRS-sie w trybie jeden do wielu i jeden do jednego w zryczałtowanej opłacie, pozwalającej jednocześnie przy wykorzystaniu jednego przycisku nawiązać połączenie do grup osób (ok. 40 użytkowników). Zamawiający dopuszcza usługi równoważne nie generujące dodatkowych kosztów dla zamawiającego, lecz czas nawiązywania alternatywnego połączenia ze względu na specyfikę grup użytkowników musi być nie dłuższy niż 30 sekund.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający przez żądanie dostarczenia ww. usługi nazywanej powszechnie „naciśnij i mów” (push to talk) naruszył zasadę uczciwej konkurencji. Przewiduje, bowiem możliwość wykorzystania usługi nawiązania jednego połączenia do wielu osób, z wykorzystaniem pakietowej transmisji danych. Funkcjonalność ta realizowana jest wyłącznie przez usługę „push to talk” i dlatego zamawiający dopuścił do sytuacji, w której ofertę złoży wyłącznie jeden wykonawca realizujący tego typu usługę (Polkomtel sp. z o.o.). Żądanie uruchomienia takiej usługi powoduje, że wykonawcy którzy z powodzeniem świadczą usługi telefonii komórkowej pozbawieni zostają możliwości uzyskania zamówienia. Takie działanie ma na celu preferowanie wyłącznie jednego wykonawcy, a tym samym ma charakter dyskryminujący w odniesieniu do pozostałych potencjalnych wykonawców. Odwołujący argumentował, że przedstawionej oceny naruszenia art. 7 i 29 ust. 2 ustawy nie zmienia fakt, że zamawiający „dopuszcza usługi równoważne niegenerujące dodatkowych kosztów dla Zamawiającego”, a następnie stwierdza, że „czas nawiązania alternatywnego połączenia ze względu na specyfikę grup użytkowników „musi być nie dłuższy niż 30 sekund”. Powyższe postanowienie tylko pozornie dopuszcza realizację rozwiązań równoważnych, gdyż zamawiający pomija milczeniem, że zestawienie połączeń dla „specyficznej grupy użytkowników” ma odbywać się z najwyższym priorytetem w sieci operatora. Transmisja pakietowa ma w sieciach operatorów zawsze niższy priorytet niż transmisja głosu. Oznacza to, że jeżeli w danej chwili w sieci operatora brak zasobów

(przeciążenie sieci), to aby zrealizować połączenie z najwyższym priorytetem (głosowe) automatycznie zwalniane są zasoby sieci operatora tak, aby połączenia z najwyższym priorytetem mogły być zrealizowane. Oznacza to, że jeżeli wskutek realizacji połączeń głosowych operator będzie miał zajęte zasoby, to takie połączenie głosowe poprzez sieć pakietową nie zostanie zestawione (ma niższy priorytet niż połączenia głosowe) lub zostanie zestawione, ale z dużym opóźnieniem. W konkluzji stwierdził, że jeżeli zamawiający uważa, że ta usługa jest dla niego newralgiczna, ponieważ musi mieć możliwość zestawienia rozmów do wielu osób w sytuacjach awaryjnych to oznacza, że zamawiający chce wykorzystać do celów związanych z bezpieczeństwem usługę, która nie zapewnia właściwych parametrów jakościowych i nie powinna być wykorzystywana do celów związanych z bezpieczeństwem. **Odwołujący żądał skreślenia postanowień dotyczących transmisji głosu po GPRS-sie w trybie w trybie jeden do wielu i jeden do jednego.**

Wobec ustalenia, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę. Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko, a zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołujący spełnia przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy uniemożliwiają odwołującemu wzięcie udziału w postępowaniu.

Kwestionowane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostały przywołane przez odwołującego zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy. Ich powtarzanie jest zbędne.

Na rozprawie Izba ustaliła, że w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego mogą brać udział wyłącznie dwaj wykonawcy: odwołujący oraz Polkomtel sp. z o.o.

Zgodnie z § ust. 1 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z 24 października 2005 r. w sprawie szczegółowych warunków wykonywania działalności telekomunikacyjnej (Dz. U. Nr 207, poz. 1736) organizator wojskowego systemu telekomunikacyjnego zawiera umowy ramowe i szczegółowe z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi wskazanymi w załączniku do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 20 sierpnia 2004 r. w sprawie wykazu przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym (Dz. U. Nr 192, poz. 1965). W pkt 6.4.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał od

wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania umowy ramowej, o której mowa w przywołanego rozporządzenia.

Odwołujący oświadczył, że wymagania te spełniają wyłącznie odwołujący oraz Polkomtel Sp. z o. o.. Zamawiający nie zaprzeczył temu twierdzeniu, Izba uznała zatem, że ocena sytuacji rynkowej może mieć miejsce wyłącznie w odniesieniu do tych dwóch wykonawców, gdyż tylko oni mogą złożyć ofertę. Chybione jest zatem powołanie się przez zamawiającego na niewskazanych z firmy wykonawców zagranicznych oraz na operatora krajowego T-Mobile, skoro żaden z nich nie może złożyć oferty w postępowaniu. Konkurencyjność w danym postępowaniu należy oceniać z uwzględnieniem tych wykonawców, którzy realnie mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia, nie zaś wszystkich wykonawców działających w danej branży, w sytuacji, gdy niemożliwe jest wzięcie przez nich udziału w postępowaniu.

Na podstawie wydruków ze strony internetowej odwołującego, złożonych do akt sprawy przez zamawiającego, oraz z uwzględnieniem wiedzy powszechnie dostępnej, Izba uznała, że na dzień wszczęcia postępowania usługi internetu mobilnego w technologii LTE z prędkością do 150 Mb/s oferuje wyłącznie Polkomtel Sp. z o. o., natomiast odwołujący prowadzi jej testy na terenie Warszawy z zamiarem objęcia w okresie kolejnych kilku miesięcy wybranych miast na Pomorzu, Śląsku i w Wielkopolsce. Docelowo zamiarem odwołującego jest objęcie usług LTE na pasmach 800/1800 MHz z prędkością do 150 Mb/s. Usługę „push to talk” oferuje wyłącznie Polkomtel sp. z o.o., do jej realizacji niezbędne są aparaty telefoniczne umożliwiające jej wykorzystanie.

W tak ustalonych okolicznościach faktycznych Izba uznała, że odwołanie okazało się częściowo zasadne.

Zamawiający wskazał na wyrażony orzecznictwie Izby pogląd, zgodnie z którym zamawiający działając w granicach określonych przepisami prawa, jest uprawniony do opisanego przedmiotu zamówienia za pomocą minimalnych cech jakościowych i technicznych. Ma też prawo wymagać, przedmiotu zamówienia o jakości wyższej, ponadstandardowej jakości w sytuacji, gdy jest stanowiącym wymaganiem to usprawiedliwić, a sam fakt, że nie wszyscy wykonawcy z danej branży mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia nie stanowi naruszenia uczciwej konkurencji.

Wskazane tezy są już dobrze ugruntowane w orzecznictwie Izby i wyznaczają granice w jakich może poruszać się zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia. Uprawnieniem zamawiającego jest sięganie do rozwiązań o najwyższych parametrach jakościowych, jednak pod warunkiem, że żądanie takie znajduje uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego i w sposób nieuzasadniony nie ograniczy konkurencji w postępowaniu.

Zarzut dotyczący wymogu zaoferowania technologii LTE nie znalazł potwierdzenia.

Izba uznała, że zamawiający, którego zadaniem, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest obsługa m.in. Amerykańskiego Elementu Wsparcia, Francuskiego Elementu Wsparcia, JFTC, Niemieckiego Elementu Wsparcia, 3 Batalionu Łączności NATO, NCIA CIS Logistics Depot – Forward Support Point East (*vide*: załącznik Nr 11 do siwz pkt 3.3. ust. 2 pkt 5) jest uprawniony do tego, aby oczekiwać rozwiązania najbardziej zaawansowanego z dostępnych na rynku. Sam odwołujący stwierdził w odwołaniu, że technologia LTE to standard przesyłu danych w telefonii komórkowej będący następcą systemów trzeciej generacji.

Izba uznała nadto, że skoro odwołujący zaczyna oferować usługę LTE, to jego rzeczą było udowodnienie, że złożenie przez niego oferty nie będzie możliwe. Tymczasem wypowiedź rzeczniczka odwołującego może stanowić podstawę do twierdzenia przeciwnego.

Wobec braku dowodu na twierdzenie przeciwne Izba uznała, że obaj potencjalni oferenci mogą wziąć udział w postępowaniu, zatem wymaganie zamawiającego zaoferowania usług LTE nie stanowi naruszenia konkurencji. W tym zakresie zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Pzp nie znalazły potwierdzenia.

Izba uznała natomiast, że zamawiający dopuścił się naruszenia przywołanych przepisów przez wymaganie w rozdz. III „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt 3.3.ppkt 4), aby w ramach usługi zagwarantowana była transmisja głosu po GPRS-sie w trybie jeden do wielu i jeden do jednego.

Przede wszystkim Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego, że przywołane wymaganie stanowi funkcjonalny opis przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 30 ust. 6 Pzp.

Zdaniem Izby zamawiający wskazał konkretną technologię. Izba uznała, że wobec możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia jedynie przez dwóch wykonawców, kwestionowane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia adresuje zamówienie do jednego z nich – Polkomtel sp. z o.o. Wiedzą ogólnie dostępną jest bowiem, że odwołujący nie posiada w swojej ofercie usługi transmisji głosu po GPRS-sie w trybie jeden do wielu i jeden do jednego. Tezę o możliwości wzięcia udziału w postępowaniu wyłącznie przez Polkomtel sp. z o.o. potwierdzają pośrednio siwz oraz informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty z postępowania prowadzonego uprzednio przez zamawiającego oraz z postępowań prowadzonych przez inne Regiony Wsparcia Teleinformatycznego, które nie zawierały kwestionowanego postanowienia.

Twierdzenia zamawiającego, że technologia pakietowej transmisji danych, w tym połączeń głosowych, jest usługą powszechnie dostępną, w odniesieniu do której istnieją różne

rozwiązania techniczne, które mogą zostać zaoferowane w postępowaniu, pozostało całkowicie gołosłowne.

Bez jakichkolwiek szerszych wyjaśnień i dowodu pozostało też twierdzenie, że usługa „jeden do wielu, jeden do jednego” nie musi być realizowana wyłącznie przez usługę „push to talk”.

Powołane argumenty prowadzą również do wewnętrznej sprzeczności w stanowisku zamawiającego, który oświadczył na rozprawie, że nie badał rynku przed wszczęciem postępowania, a koncentrował się jedynie na swoich potrzebach. Do zamknięcia rozprawy zamawiający nie wskazał też, jakie rozwiązania równoważne wymaganej usłudze mogłyby być zaoferowane w postępowaniu.

Skoro opis przedmiotu zamówienia stanowi ograniczenie konkurencji, należało ocenić, czy ograniczenie to znajduje uzasadnienie w potrzebach zamawiającego.

Dla wykazania swoich indywidualnych potrzeb zamawiający wskazał na rozprawie, że kwestionowana usługa będzie wykorzystywana na poligonie, natomiast w stanowisku pisemnym wskazał, usługa ta jest mu niezbędna ze względu na specyficzny charakter działalności m.in. ze względu na czas połączenia. W tym zakresie zamawiający dodał, że potencjalnie każdy z wykonawców jest w stanie spełnić to wymaganie.

Niezależnie od tego, że ostatecznie z tych twierdzeń nie znajduje oparcia w ustaleniach poczynionych przez Izbę na wstępie rozważań, argumentacja zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.

Dostrzec trzeba, że w razie stwierdzenia, że opis przedmiotu zamówienia stanowi ograniczenie konkurencji, to na zamawiającym spoczywa ciężar dowodu, że jego potrzeby uzasadniają owo ograniczenie. To on bowiem ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci uznania, że opis przedmiotu zamówienia odpowiada prawu (art. 6 k.c., art. 190 ust. 1 Pzp). Innymi słowy, obowiązkiem zamawiającego w postępowaniu odwoławczym jest precyzyjne wskazanie swoich potrzeb. Powinno to nastąpić w sposób szczegółowy, konkretny i zobiektywizowany. Postępowanie przed Izbą ma charakter kontrydyczny i fakty oraz argumenty istotne dla oceny zarzutów podlegają wskazaniu przez strony i nie mogą być pozostawione w sferze przypuszczeń składu orzekającego.

Nie jest rzeczą Izby domyślanie się, jaka jest specyfika działania zamawiającego, ani dlaczego tylko usługa transmisji głosu po GPRS-sie w trybie jeden do wielu i jeden do jednego zaspokoi jego potrzeby, skoro – jak sam twierdzi – na rynku istnieje wiele porównywalnych rozwiązań.

Dodatkowo Izba uznała, że ograniczenie konkurencji w postępowaniu jest nieuzasadnione, jako że wiedzą ogólnie dostępną jest, iż transmisja głosu po GPRS-sie w trybie jeden do wielu i jeden do jednego, inaczej niż usługa dostępu do mobilnego internetu w technologii



LTE, nie jest rozwiązaniem najnowszym, ani aktualnie wprowadzanym. Poczynione wyżej rozważania Izby odnoszące się do technologii LTE nie znajdują tu zastosowania.

Izba dokonując oceny argumentu odwołującego, że do wykonania usługi wymagany jest aparat telefoniczny umożliwiający realizację tej funkcjonalności, odwołała się do postanowień załącznika Nr 5 do siwz – opis wymagań dla aparatów i skonstatowała, że w pkt 2 tabeli lit. c) zamawiający wymagał jedynie możliwości korzystania z transmisji danych GPRS i nie wskazał, że zamawiane aparaty mają umożliwiać transmisję głosu po GPRS-sie w trybie jeden do wielu i jeden do jednego pozwalającą przy wykorzystaniu jednego przycisku nawiązać połączenie do grup osób.

Z mocy art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający zobowiązany jest zawsze do traktowania na równych prawach wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne oraz do prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji.

Precyzyjne określenie technologii, którą zgodnie z wynikami postępowanie dowodowego, może dysponuje w rzeczywistości jeden wykonawca, niewątpliwie ograniczyło uczciwą konkurencję, eliminując z góry odwołującego. Nie można mówić o jednakowym traktowaniu wszystkich wykonawców lub zachowaniu zasad uczciwej konkurencji, jeżeli przy takim opisie przedmiotu zamówienia zamawiający nie wykazał, że usługa ta jest mu niezbędna i znajduje uzasadnienie w jego zobiektywizowanych potrzebach.

Ograniczenie konkurencji ma swe źródło opisie przedmiotu zamówienia nieadekwatnie do potrzeb zamawiającego i o braku naruszenia zasad ustawy nie może stanowić to, że sporną usługę odwołujący w przeszłości testował, lecz jej nie wdrożył. Bez znaczenia pozostaje zatem to, że w przeszłości odwołujący złożył poprzednikowi prawnemu zamawiającego ofertę z usługą, którą obecnie kwestionuje.

Zakaz, o którym mowa w art. 29 ust. 2 Pzp, został naruszony przez zamawiającego, gdyż przy opisie przedmiotu zamówienia użył parametrów wskazujących konkretnego wykonawcę działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne (tak też wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 30 maja 2011 r. sygn. akt I C 317/09, LEX nr 1124965).

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

**Przewodniczący:** .....