

Sygn. akt: 442/08

WYROK
z dnia 21.05.2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Stanisław Sadowy
Klaudia Szczytowska-Maziarz
Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21.05.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **POLKOMTEL S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komenda Wojewódzka Policji, 70-515 Szczecin, ul. Małopolska 47** protestu z dnia 25.04.2008 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego..... po stronie odwołującego się oraz
..... - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu dokonać modyfikacji postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ):

1. w Rozdz. III pkt. 5 ppkt.3 SIWZ dokonać zmiany zapisu: „Zamawiający nie dopuszcza świadczenia usług inną drogą niż kablowa, a w lokalizacji „Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie”, inną drogą niż za pomocą ziemnego, światłowodowego przyłącza kablowego przy wykorzystaniu przełącznicy optycznej” na zapis

uwzględniający sposób świadczenia usług nie tylko drogą kablową, ale także radiową.

2. w Rozdz. III pkt. 5 ppkt.4 lit. b SIWZ poprzez skreślenie istniejącego zapisu.

2. kosztami postępowania obciąża **Komendę Wojewódzką Policji, 70-515 Szczecin, ul. Małopolska 47**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **POLKOMTEL S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) przez **Komendę Wojewódzką Policji, 70-515 Szczecin, ul. Małopolska 47** na rzecz **POLKOMTEL S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **POLKOMTEL S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3.**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością składania ofert częściowych (25 części) na „Świadczenie usług telekomunikacyjnych telefonii stacjonarnej w jednostkach Policji woj. zachodniopomorskiego (realizacja połączeń lokalnych, międzystrefowych, międzynarodowych, do sieci komórkowych, do infolinii oraz usług teleinformatycznych)” zostało wszczęte przez Zamawiającego, tj. Komendę Wojewódzką Policji w Szczecinie,

ul. Małopolska 47, 70-515 Szczecin ogłoszeniem w Dzienniku Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 71-095835 w dniu 11.04.2008 r.

W dniu 25.04.2008 r. Polkomtel SA, ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa zwany dalej: „Protestującym lub Odwołującym” złożył, na podstawie art. 180 ust.1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej: „Pzp”, protest wobec czynności Zamawiającego podjętej w toku postępowania, polegającej na sporządzeniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) w sposób ograniczający Wykonawcę co do sposobu spełnienia świadczenia oraz naruszający równe traktowanie Wykonawców i uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji. Zarzucił naruszenie art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp, poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z wymaganiami świadczenia usług wyłącznie drogą kablową, a w przypadku lokalizacji „Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie” wyłącznie za pomocą ziemnego, światłowodowego przyłącza kablowego przy wykorzystaniu przełącznicy optycznej, tj. z wyłączeniem drogi radiowej (pkt III 5.3 i III 5.4 lit. b) SIWZ).

Protestujący wskazuje naruszenie interesu prawnego, gdyż mógłby się ubiegać o przedmiotowe zamówienie, gdyby nie sformułowane przez Zamawiającego w SIWZ wymagania, o których była mowa powyżej.

Zdaniem Protestującego, Zamawiający żądając, by świadczenie usług odbywało się wyłącznie drogą kablową, a w przypadku lokalizacji „Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie” wyłącznie za pomocą ziemnego światłowodowego przyłącza kablowego przy wykorzystaniu przełącznicy optycznej (pkt III.5.3 - str. 3 SIWZ), jednocześnie wskazując, iż usługi objęte przedmiotem zamówienia nie mogą być świadczone z użyciem technologii takich jak np. droga radiowa „ze względu na dużo większą podatność na wszelkiego rodzaju zakłócenia” (pkt III.5.4 SIWZ) naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp. Uniemożliwił uczestnictwo w postępowaniu wykonawców, którzy nie posiadają aktualnie doprowadzonego łącza kablowego do lokalizacji wskazanych przez Zamawiającego (z uwagi na konieczność uzyskania stosownych decyzji administracyjnych dotyczących takiej inwestycji nie jest realne wykonanie przyłącza kablowego w krótkim czasie), a którzy mogliby świadczyć usługi telekomunikacyjne za pośrednictwem łączy radiowych, jednocześnie preferując wykonawców, którzy posiadają już wymagane łącze przewodowe. Zamawiający nie dopuścił nawet „okresu przejściowego”, tj. możliwości zaoferowania przez wykonawców czasowego świadczenia usługi za pomocą interfejsu radiowego i późniejszego „przełączenia” na łącze kablowe po jego wybudowaniu.

Powyższe wymagania, jako nie uzasadnione, naruszają jego zdaniem zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż narzucają wykonawcom sposób świadczenia usług telekomunikacyjnych i eliminują wykonawców nieposiadających aktualnie dostępu

kablowego do lokalizacji wskazanych przez Zamawiającego (w przypadku lokalizacji w Szczecinie ziemnego, światłowodowego przyłącza kablowego). Ponadto, stwierdza, że wybór technicznego sposobu realizacji łącza telefonicznego nie ma żadnego znaczenia dla oferowanej funkcjonalności usług telekomunikacyjnych ani ich jakości, a Zamawiający nie wskazał żadnych obiektywnych powodów wyłączenia określonych technologii.

Protestujący wyjaśnia także, iż dostęp radiowy pozwala na świadczenie usług o tych samych parametrach jakościowych jak dostęp kablowy. Nie mają na niego wpływu warunki atmosferyczne. Usługa ISDN świadczona w sieci Protestującego realizowana jest w oparciu o międzynarodowe standardy ETSI i zalecenia ITU-T (ITU-T 1.431 - warstwa fizyczna oraz ETS 300 102-1 - protokół), a zatem zastosowanie dostępu radiowego dla świadczenia usług będących przedmiotem postępowania jest wystarczające dla spełnienia europejskich norm dotyczących standardu ISDN (numery norm wskazano powyżej). Ewentualna awaria sprzętu telekomunikacyjnego jako zdarzenie nieprzewidziane może mieć miejsce niezależnie od wykorzystywanej technologii radiowej, światłowodowej czy kablowej.

W dniu 28.04.2008 r. Zamawiający przekazał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym poprzez publikację na swojej stronie internetowej. Do powyższego postępowania nikt się nie przyłączył.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło przez Zamawiającego faxem w dniu 05.05.2008 r. poprzez jego oddalenie w części A, a częściowe uznanie w części B.

Względem części A. Odnosząc się do zarzutów oraz żądań Protestującego w zakresie Rozdz. III pkt 5 ppkt 3 SIWZ Zamawiający stwierdził, iż wypełniając ustawowe zadania nałożone ustawą o Policji, każdego roku realizuje projekty, w konsekwencji których posiada określony majątek oraz infrastrukturę, będącą własnością podmiotów zewnętrznych, wybudowaną w ramach wcześniejszych inwestycji. Niewłaściwym jest więc, jego zdaniem, traktowanie przez Protestującego takiego stanu rzeczy jako cyt. „niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania”. Zamawiający uważa, iż w przytoczonym warunku świadczenia usług wyłącznie drogą kablową, a w przypadku KWP w Szczecinie światłowodem, zachował obowiązujące standardy realizacji takich przedsięwzięć z jednoczesnym zastrzeżeniem braku możliwości ingerencji w infrastrukturę na obiektach Zamawiającego. Uznał on, iż ochrona praw Zamawiającego do rozporządzania własną, istniejącą oraz planowaną infrastrukturą nie stanowi zatem ani naruszenia interesu prawnego jakiegokolwiek Wykonawcy, ani też naruszenia postanowień ustawy. Zamawiający jest zdania, iż nie ma obowiązku modyfikować swoich urządzeń oraz instytucji usługowych celem ułatwienia Wykonawcy realizacji usługi, jeżeli inne powszechnie stosowane rozwiązania tego nie wymagają. Zamawiający wskazuje, iż nie będzie również demontował istniejących przyłączy, by w ten sposób doprowadzić do równego traktowania Wykonawców w ramach

prowadzonego postępowania. Uważa, że świadczenie usług telekomunikacyjnych jest o tyle specyficznym świadczeniem, że jego dotychczasowa realizacja pociągnęła za sobą konsekwencje w postaci stworzenia istniejącej obecnie infrastruktury technicznej poprzednich dostawców. Nie oznacza to jednak, w jego opinii, iż w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia Wykonawca, któremu zostanie ono udzielone nie będzie mógł wybudować (z zastrzeżeniem zachowania terminów określonych w SIWZ) własnego przyłącza kablowego, by tylko przejściowo korzystać z jednego spośród istniejących.

Reasumując Zamawiający stwierdza, że nie zmieni warunku zawartego w Rozdz. III pkt 5 ppkt 3 SIWZ.

Względem części B. Odnosząc się do zarzutów oraz żądań Protestującego w zakresie Rozdz. III pkt 5 ppkt 4 SIWZ Zamawiający stwierdził, iż zgodnie z odpowiedzią na pytanie do SIWZ, jakiej udzielił w dniu 22.04.2008 r., nie narzuca Wykonawcy technologii realizacji usług w jego własnej sieci, a jedynie sposób doprowadzenia usług do poszczególnych lokalizacji (obiektów) Zamawiającego i tylko w tym znaczeniu należy rozumieć stosowane w SIWZ sformułowanie świadczenie usług. Ponadto, Zamawiający podniósł, iż jednocześnie dokonuje modyfikacji SIWZ w ten sposób, że wykreśla jej treść znajdującą się po myślniku w rozdziale III pkt 5 ppkt 4 lit b) SIWZ, która może budzić zastrzeżenia co do swojej formy i niezamierzonych intencji opiniowania stricte technologii radiowej.

W dniu 09.05.2008 r. Odwołujący wobec oddalenia protestu (otrzymane faxem 05.05.2008 r.) wniósł odwołanie (wpływ bezpośredni) do Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty podniesione w proteście. Rozstrzygnięciu protestu zarzuca naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp przez bezpodstawne przyjęcie, iż istnieją przesłanki do żądania doprowadzenia usług do lokalizacji Zamawiającego wyłącznie drogą kablową, co w sposób faktyczny wyklucza z ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie posiadają infrastruktury kablowej w obiektach Zamawiającego, a są gotowi świadczyć usługi z wykorzystaniem innych technologii (np. radiowej) i tym samym narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji. Ponadto wnosi o obciążenie Zamawiającego kwotą wpisu zaliczoną na poczet kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący uznaje, w oparciu o rozstrzygnięcie protestu w części B, iż de facto Zamawiający wycofał się z twierdzenia, iż jakość usług świadczonych drogą radiową uzasadnia ograniczenia nałożone przez Zamawiającego, co do sposobu świadczenia - czy też - sposobu doprowadzenia usług do poszczególnych lokalizacji Zamawiającego. Jakość ta jest bowiem nie gorsza od jakości usług świadczonych drogą kablową. Natomiast w oparciu o część A rozstrzygnięcia, Odwołujący uznaje, iż Zamawiający sugeruje przejściowe

korzystanie z infrastruktury, która jest własnością podmiotów zewnętrznych wybudowaną w ramach wcześniejszych inwestycji, tj. TPSA; EXATEL SA oraz Mediatel SA.

Ponadto, Odwołujący wykazuje wewnętrzną sprzeczność stanowiska Zamawiającego, który z jednej strony nie dopuszcza doprowadzenia usług do jego lokalizacji drogą inną niż kablowa, gdyż wymagałoby to „ingerencji w infrastrukturę”, a równocześnie sugeruje, że ingerencja w infrastrukturę jest dopuszczalna, jeśli chodzi o przyłączenie kabli. Wyjaśnia, iż aby świadczyć usługi drogą radiową, niezbędna byłaby jedynie instalacja anteny o średnicy nie przekraczającej 30 cm i ułożenie kabli łączących antenę z przełącznicą telekomunikacyjną Zamawiającego. Wybudowanie własnego przyłącza kablowego (w tym światłowodowego) jest natomiast procesem znacznie bardziej długotrwałym i poważniejszym, a z uwagi na charakter inwestycji oczywiste są ryzyka związane z koniecznością rozkopania gruntu, na którym znajdują się obiekty Zamawiającego, w celu położenia kabla.

Odnosząc się do niezgodności zapisów SIWZ z Pzp, Odwołujący stwierdza, iż po pierwsze, Zamawiający dopuszcza zbudowanie własnego przyłącza kablowego z zastrzeżeniem zachowania terminów określonych w SIWZ. Zgodnie z pkt IV SIWZ (str. 4) wymagany termin wykonywania przedmiotu zamówienia to 24 miesiące licząc od dnia zawarcia umowy. Wybudowanie własnego przyłącza kablowego wymaga dokonania stosownych uzgodnień i uzyskania decyzji administracyjnych, wobec czego szacunkowo należy założyć, jego zdaniem, że cały proces inwestycyjny może trwać do ok. trzech lat. Nie bez znaczenia są koszty takiej inwestycji, których nie muszą uwzględniać wykonawcy - operatorzy posiadający już infrastrukturę u Zamawiającego i z tego powodu są oni w uprzywilejowanej pozycji ubiegając się o zamówienie. Niezależnie od tego konieczność uwzględnienia kosztów inwestycji w cenie oferty może prowadzić do naruszenia zasady jak najbardziej efektywnego wydatkowania środków publicznych w wyniku stosowania Pzp.

Po drugie, do czasu wybudowania własnego przyłącza wykonawca mógłby korzystać z istniejącej infrastruktury innych operatorów, o ile ci zgodziliby się na udostępnienie tej infrastruktury. Odwołujący uważa, iż uzyskanie takiej zgody mogłoby nie być możliwe. Nawet gdyby taka zgoda została udzielona, udostępnienie nie byłoby nieodpłatne, a zatem w sytuacji, gdy oferty w przedmiotowym przetargu składałoby wykonawcy posiadający infrastrukturę i wykonawcy korzystający odpłatnie z infrastruktury udostępnionej przez inny podmiot, oferta wykonawcy nie posiadającego własnej infrastruktury byłaby z definicji mniej konkurencyjna, gdyż musiałaby uwzględniać opłaty ponoszone na rzecz wykonawców - właścicieli infrastruktury. Powyższe, prowadzi do wniosku, że koncepcja Zamawiającego prowadzi do naruszenia równego traktowania wykonawców i zaburzenia uczciwej konkurencji, gdyż w sposób faktyczny bez uzasadnienia uprzywilejowani są operatorzy posiadający infrastrukturę u Zamawiającego. Taka konkluzja z kolei oznacza, że jest to

sytuacja niedopuszczalna (postanowienie ZA z dnia 06.10.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/O-2557/06).

Powyższe znajduje oparcie, jak podnosi Odwołujący, także w doktrynie, których przedstawiciele powołuje w treści odwołania, podkreślając iż obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przez Zamawiającego zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania znajduje swój wyraz w przepisach odnoszących się do poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych. W szczególności w regulacjach odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia i warunkach stawianych wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Na etapie ich określania przez Zamawiającego może dojść do próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji.

Dodatkowo, Odwołujący za wyrokiem ZA z dnia 10.11.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/O-2748/06 stwierdza, że „dla podważenia w drodze środków ochrony prawnej nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia należy wskazać jedynie na możliwość utrudniania w ten sposób uczciwej konkurencji. Wykonawca nie musi natomiast udowodnić, że określenia zawarte w specyfikacji co do przedmiotu zamówienia, rzeczywiście tę uczciwą konkurencję uniemożliwiają. W świetle powyższego, jak również wobec ogólnej zasady rozkładu ciężaru dowodów wynikającej z art. 6 k.c. obowiązkiem Zamawiającego było wykazanie, że wprowadzony warunek, ograniczający krąg podmiotów mogących zrealizować zamówienia był niezbędny dla osiągnięcia celu tego zamówienia i wynikał z usprawiedliwionych potrzeb Zamawiającego.” Zdaniem Odwołującego, w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający takiego dowodu nie przeprowadził i jedynie ograniczył się do wskazania, że chodzi o nieingerowanie w infrastrukturę (w sytuacji gdy SIWZ wskazywało na inne okoliczności, z których wycofał się Zamawiający), jednocześnie niekonsekwentnie dopuszczając taką ingerencję co do przyłączy kablowych.

Odwołujący uważa, iż naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp nie miaoby miejsca, gdyby Zamawiający dopuścił doprowadzenie usług do jego lokalizacji drogą radiową. Po pierwsze, instalacja anteny co do zasady nie wymaga uzyskiwania decyzji administracyjnych i trwa nieporównanie krócej niż instalacja kabli. Po drugie, po zakończeniu wykonywania zamówienia (świadczenia usług) antena taka może bez uszczerbku dla infrastruktury Zamawiającego zostać zdemontowana, w związku z czym wykonawca taki nie musi uwzględniać kosztu urządzeń w cenie oferty.

Odwołujący uważa także, iż dopuszczenie „drogi radiowej”, doprowadziłby nie tylko do złożenia ofert przez większą liczbę wykonawców, lecz również do uzyskania cen niższych niż w przypadku możliwości faktycznego ubiegania się o zamówienie przez ograniczony krąg wykonawców, tj. wyłącznie tych, którzy posiadają już posiadających infrastrukturę

u Zamawiającego i którzy w tych konkretnych okolicznościach de facto poruszają się w warunkach swoistego oligopolu. Natomiast, sam sposób świadczenia usługi w technologii radiowej nie powoduje ingerencji w infrastrukturę Zamawiającego - wolna przestrzeń radiowa. Rozwiązanie powyższe, nie pogarsza sytuacji Zamawiającego, czego nic można powiedzieć o fizycznej ingerencji związanej z kładzeniem kabla i wynikającymi z tego oczywistymi ryzykami.

Wskazując swój interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania Odwołujący stwierdził iż jest wykonawcą, gdyż - o ile zdoła dokonać stosownych uzgodnień z właścicielami infrastruktury - będzie ubiegał się o udzielenie mu zamówienia, narażając się na to, że z definicji jego oferta nie będzie mogła być najkorzystniejsza. Jeżeli takich uzgodnień nie uda mu się dokonać, ograniczenia w SIWZ uniemożliwią mu ubieganie się o udzielenie mu zamówienia.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu faxem - w dniu 09.05.2008 r.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym: SIWZ, dowodami przedłożonymi na rozprawie i po wysłuchaniu stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

W SIWZ zawarto następujące zapisy:

„Zamawiający nie dopuszcza świadczenia usług inną drogą niż kablowa, a w lokalizacji „Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie”, inną drogą niż za pomocą ziemnego, światłowodowego przyłącza kablowego przy wykorzystaniu przełącznicy optycznej” (Rozdz. III pkt. 5 ppkt.3). „Usługi nie mogą być świadczone z użyciem technologii takich jak np.: b) drogą radiową – ze względu na dużo większą podatność na wszelkiego rodzaju zakłócenia” (Rozdz. III pkt. 5 ppkt.4 lit. b)). Ponadto, w dniu 22.04.2008 r. w odpowiedzi na pytanie do SIWZ Zamawiający poinformował, że „nie narzuca Wykonawcy technologii realizacji usług w jego własnej sieci, a jedynie sposób doprowadzenia usług do poszczególnych lokalizacji Zamawiającego”. Dodatkowo, nie wyraził zgody na zainstalowanie urządzeń radiowych i antenowych na swoich obiektach, a także prowadzenia instalacji antenowych w obiektach dla których mają być świadczone usługi. Poinformował także, że do Komendy Wojewódzkiej Policji w Szczecinie doprowadzone są kable światłowodowe, będące własnością kilku operatorów publicznych i dlatego możliwe jest wykorzystanie tzw. „ostatniej mili” z zasobów innego operatora publicznego. Zaś w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający zmodyfikował SIWZ usuwając treść w Rozdz. III pkt 5 ppkt 4 lit. b) po myślniku.

W odniesieniu do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp, poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z wymaganiami świadczenia usług wyłącznie drogą kablową, a w przypadku lokalizacji „Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie” wyłącznie za pomocą ziemnego, światłowodowego przyłącza kablowego przy wykorzystaniu przełącznicy optycznej, tj. z wyłączeniem drogi radiowej (pkt III 5.3 i III 5.4 lit. b) SIWZ), skład orzekający Izby, uznał w/w zarzut za zasadny, uznając tym samym odwołanie za zasługujące na uwzględnienie.

Izba kierowała się w tym względzie fundamentalną zasadą neutralności opisu przedmiotu zamówienia, której kwintesencje stanowi art. 29 ust.2 Pzp; zgodnie z nim przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W tym względzie, Izba przywołuje także wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 09.11.2005 r., sygn. akt: II Ca 587/05 (niepubl.) zgodnie z którym: „Zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę bądź też, które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodując sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”.

Skład orzekający Izby nie kwestionuje prawa Zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami. Jednakże Zamawiający, w ocenie Izby, nie wykazał, iż sporne zapisy co do opisu przedmiotu zamówienia uzasadnione są takimi właśnie potrzebami. Powyższe stanowisko Izby znajduje także potwierdzenie w fakcie, iż sam Zamawiający wycofując się z pierwotnego zapisy SIWZ w Rozdz. III pkt 5 ppkt 4 lit. b) po myślniku, uznał de facto iż „droga radiowa” nie jest dużo bardziej podatna na wszelkiego rodzaju zakłócenia.

W toku wyjaśnień złożonych podczas rozprawy, w ocenie Izby, jasnym stało się, iż 25 lokalizacji, w których świadczone mają być usługi różni się między sobą np. co do możliwości montowania masztu antenowego za zgodą lub bez zgody konserwatora zabytków. Odwołujący wykazał możliwość opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem technologii radiowej zgodnie z potrzebami Zamawiającego. W szczególności Odwołujący jest w stanie, w sposób niezależny od Zamawiającego, zasiląć aparaturę radiowo-antenową oraz może umiejscowić maszty antenowe w miejscach innych niż obiekty Zamawiającego.

Konieczność uzyskania certyfikatu, w związku z przetwarzaniem przez Zamawiającego informacji niejawnych, stanowić może dla Zamawiającego przejściowe niedogodności, jednakże nie mogą one być podstawą do formułowania opisu przedmiotu zamówienia ograniczającego uczciwą konkurencję. Z faktem dopuszczenia większej liczby wykonawców wiązać się będzie dla Zamawiającego przede wszystkim możliwość wyboru żądanej usługi spośród większej liczby ofert bez uszczerbku dla jakości usługi.

Z dużym prawdopodobieństwem stwierdzić można, że fakt eliminacji jednej z możliwych technologii, tj. w tym przypadku „drogi radiowej” ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Powyższe narusza więc także zasadę równego traktowania wykonawców.

Niniejszy stan rzeczy musi budzić szczególny niepokój Izby zwłaszcza w kontekście perspektywy składania w dalszym etapie ofert oraz ich porównywalności.

Stanowisko Zamawiającego, iż istnieją na rynku Wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, przygotowanym przez niego nie przesadza jeszcze o dopuszczalności takiego opisu. Nie można bowiem przygotować go w taki sposób, aby stanowił on barierę dostępu do postępowania.

Mając powyższe na względzie, Izba uznała po analizie stanu faktycznego, fakt naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust.2 Pzp za uprawdopodobniony, co, jak wskazał Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 693/05 (niepubl.) uznaje się za wystarczające.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Jednocześnie, wobec wynikającej z sentencji wyroku konieczności modyfikacji SIWZ, skład orzekający Izby zwraca uwagę Zamawiającego na bezwzględną potrzebę dokonania przeglądu warunków udziału w tym postępowaniu pod kątem ich adekwatności z opisem przedmiotu zamówienia, tj. z dopuszczającym technologię radiową oraz w konsekwencji co do potrzeby zaistnienia przesłanek do unieważnienia postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29.01.2004 r. - Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do **Sądu Okręgowego w Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*