

Sygn. akt: KIO 91/12

WYROK
z dnia 25 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant : Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2012 r. przez **GTS Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 15** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Karpacką Spółkę Gazownictwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, ul. Wita Stwosza 7**

przy udziale wykonawcy **Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 91/12 po stronie odwołującego

orzeka :

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zmianę ogłoszenia i modyfikację siwz poprzez wykreślenie kryteriów oceny ofert : termin uruchomienia usługi i czas dokonania zmian parametrów łączy z sekcji IV.3.pkt 2 i 3 ogłoszenia i rozdziału XIII pkt. 1 ppkt. 2 i 3 siwz,
2. kosztami postępowania obciąża **Karpacką Spółkę Gazownictwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, ul. Wita Stwosza 7** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GTS Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 15** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Karpackiej Spółki Gazownictwa Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, ul. Wita Stwosza 7** na rzecz **GTS Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,**

ul. Marynarska 15 kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Tarnowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi operatorskiej sieci teleinformatycznej WAN w zakresie transmisji danych, głosu i video poprzez prywatną sieć szkieletową VPN realizowaną w technologii MPLS zostało wszczęte przez Karpacką Spółkę Gazownictwa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie, ul. Wita Stwosza 7 – zamawiającego sektorowego ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym w dniu 19 listopada 2011r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2011/S 223-362466. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 21 listopada 2011r. Modyfikacja treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ została zamieszczona na -stronie internetowej zamawiającego w dniu 4 stycznia 2012r. Zmiana ogłoszenia o zamówieniu ukazała się w dniu 6 stycznia 2012r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2012/S 3-003391.

W dniu 13 stycznia 2012r. GTS Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 15; zwany dalej odwołującym, wniósł odwołanie na czynność zmiany ogłoszenia i modyfikacji siwz. Odwołujący zarzucił zamawiającemu

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) w związku art. 192 ust. 3 pkt 1 oraz art. 22 ust. 4 ustawy, poprzez modyfikację warunku udziału w postępowaniu w sposób niezgodny z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2011r. (sygn. akt KIO 2549/11) i naruszającym w dalszym ciągu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia;
2. naruszenie przepisu art. 7 ustawy w związku z art. 91 ust. 2 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy poprzez modyfikację kryteriów oceny ofert w taki sposób, iż preferowany jest jeden wykonawca (aktualnie świadczący usługę);
3. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
4. oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego Odwołania.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany postanowień ogłoszenia i SIWZ w zakresie i w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, a w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności zamawiającego utrudniają odwołującemu ubieganie się o

udzielenie zamówienia, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia może okazać się niemożliwy. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez zamawiającego licznych, nadmiernie rygorystycznych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców, w tym odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia, a jednocześnie kryteria oceny ofert będą sformułowane w sposób, który nie będzie preferował określonego wykonawcy. Wskazał nadto, iż objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu złożenia oferty i ubiegania się o zamówienie i uzyskaniu zamówienia.

W uzasadnieniu podniósł, że w zakresie zarzutu nie wykonania wyroku Izby sygn. akt KIO 2549/11 zamawiający zmienił warunek opisany w sekcji III.2.1) pkt 1 ppkt 5) zastąpił treść pierwotnego warunku usuwając rodzaj infrastruktury sieci rdzeniowej tj. IP MPLS oraz ograniczając ilość węzłów do 5 i usuwając wskazanie siedzib oddział⁵. zamawiającego. Według odwołującego ta zmiana nie czyni zadość orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2011r. sygn. akt KIO 2549/11, które uwzględniło odwołanie odwołującego. Odwołujący cytując obszernie uzasadnienie orzeczenia stwierdził, że Izba uznała, iż warunek udziału w postępowaniu (także w zakresie wymogu "dysponowania wyłącznymi prawami i możliwościami zarządzania parametrami logicznymi sieci i parametrami fizycznymi urządzeń") narusza przepisy ustawy, ponieważ pozwala zamawiającemu na arbitralną ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zatem, według odwołującego, zamawiający zobowiązany był do wykreślenia powyższego wymogu z warunku udziału w postępowaniu. Zmiana warunku udziału w postępowaniu dokonana przez zamawiającego w dniu 4 stycznia 2012r. nie czyni zadość powyższemu orzeczeniu KIO i warunek ten narusza przepisy art. 7 i art. 22 ust. 4 ustawy. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji powyższego warunku udziału w postępowaniu na następujący „Wykażą, że na potrzeby realizacji zamówienia dysponują infrastrukturą ogólnopolskiej sieci rdzeniowej (szkieletowej) z węzłami w minimum 5 miastach, w których zlokalizowane są siedziby Oddziałów Zakładów Gazowniczych Zamawiającego (Tarnów, Rzeszów, Kraków, Kielce, Lublin, Sandomierz, Jarosław, Jasło), zrealizowaną w sieci telekomunikacyjnej. "

Odwołujący uznał, iż zamawiający nie wykonał orzeczenia Izby w zakresie modyfikacji kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej. Według odwołującego Izba w wyroku z dnia 13 grudnia 2011r. nakazała zamawiającemu „dokonanie (odpowiednio) w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ następujących zmian: w rozdziale XIII pkt Ad. 2 i pkt Ad. 3 SIWZ w odniesieniu do punktów za kryterium łącze podstawowe transmisji dla siedziby KSG Zakład Główny w Tarnowie i siedzib Oddziałów Zakładów Gazowniczych, które będą przyznawane w następujący sposób:

- za łącze światłowodowe do danej lokalizacji -1 punkt,
- za łącze radiowe do danej lokalizacji - 0,8 punktu.

Natomiast punkty za kryterium łącze podstawowe transmisji dla pozostałych lokalizacji będą przyznawane w następujący sposób:

- za łącze światłowodowe do danej lokalizacji - 0,15 punktu,
- za łącze miedziane do danej lokalizacji - 0,10 punktu,
- za łącze radiowe do danej lokalizacji - 0,08 punktu ".

Zamawiający w modyfikacji z dnia 4 stycznia 2012r. zmienił kryteria oceny ofert w następujący sposób: „1) Cena - maksymalnie 69,45 pkt, 2) Termin uruchomienia usługi - maksymalnie 6 pkt, Uwaga: Maksymalny termin uruchomienia usługi od dnia podpisania umowy -155 dni. 3) Czas dokonania zmian parametrów łącz określony w rozdziale II ust. 2 pkt 15) - maksymalnie 5 pkt Uwaga: Maksymalny czas dokonania zmian parametrów łącz - 75 dni. 4) Typy łącz podstawowych transmisyjnych do siedziby Zakładu Głównego w Tarnowie i siedzib Oddziałów Zakładów Gazowniczych - maksymalnie 8 pkt 5) Typy łącz podstawowych transmisyjnych do pozostałych lokalizacji - maksymalnie 11,55 pkt".

Zamawiający oprócz zmiany nakazanej przez KIO, dokonał dodatkowej zmiany kryteriów oceny ofert, która, zdaniem odwołującego, wypacza sens zapadłego orzeczenia KIO i narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający bowiem wprowadził dwa nowe kryteria oceny ofert tj. termin uruchomienia usługi oraz czas dokonania zmian parametrów. Biorąc pod uwagę, iż najważniejszymi zarzutami, które były przedmiotem rozpatrywania przez KIO w sprawie o sygn. akt KIO 2549/11 był termin uruchomienia usługi oraz czas dokonania zmian parametrów oraz fakt, iż zarzuty te KIO uznała za zasadne, odwołujący stwierdził, iż dokonana przez zamawiającego zmiana kryteriów prowadzi do zachowania (utrwalenia) sytuacji nieuzasadnionego preferowania konkretnego wykonawcy - Telekomunikacja Polska S.A. (dalej „TP S.A. "). Tylko bowiem TP S.A. jest w stanie uzyskać maksymalną ilość punktów w zakresie dwóch nowych wprowadzonych przez zamawiającego kryteriów. Jak trafnie podkreślono w wyroku KIO sygn. akt KIO 2549/11 „Okoliczność bezsporną stanowiło, że na określonych obszarach RP istnieją wyłącznie sieci światłowodowe TP S.A. ". Odwołujący zacytował fragment orzeczenia Izby zawierający uzasadnienie rozstrzygnięcia w zakresie zmiany kryteriów oceny ofert. Odwołujący podniósł, że TP SA dysponuje już gotową infrastrukturą i nie będzie zmuszony do ponoszenia kosztów z tym związanych (czyli już na starcie posiada przewagę cenową nad pozostałymi wykonawcami) oraz posiadana przez niego technologia także jest preferowana (tj. światłowody), to wprowadzenie dodatkowego kryterium termin wykonania i czas zmiany parametrów (które także preferują obecnego wykonawcę) czyni konkurencję iluzoryczną i w sposób rażący narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wskazał, że wprowadzenie jako kryterium oceny ofert - terminu uruchomienia

usługi stanowi próbę zniwelowania skutków wynikających dla zamawiającego z wyroku KIO o sygn. akt KIO 2549/11 w zakresie nakazanej zamawiającemu zmiany terminu realizacji usługi tj. w terminie 5 miesięcy od daty zawarcia umowy. Zamawiający dokonał zmiany terminu realizacji usługi, jednak uczynił to w następujący sposób: „Rozpoczęcie świadczenia usługi przez Wykonawcę powinno nastąpić w terminie zgodnym ze złożoną ofertą (w ofercie Wykonawca nie może określić terminu krótszego niż 95 dni i dłuższego niż 155 dni licząc od dnia podpisania umowy). (...)” (vide: rozdział II ust. 2 pkt 19 SIWZ). Jednocześnie, w rozdziale XIII ust. 4 SIWZ Kryteria oceny ofert, zamawiający wskazał, iż punkty w ramach kryterium „Termin uruchomienia usługi” (maksymalnie 6 punktów) będą przyznawane w następujący sposób:

Termin uruchomienia usługi:

- Do 105 dni od dnia podpisania umowy - 6 pkt,
- 106-115 dni od dnia podpisania umowy - 5 pkt,
- 116-125 dni od dnia podpisania umowy - 4 pkt,
- 126 -135 dni od dnia podpisania umowy - 3 pkt,
- 136-145 dni od dnia podpisania umowy - 2 pkt,
- 146 -155 dni od dnia podpisania umowy - 1 pkt,

W przypadku wskazania w ofercie terminu powyżej 155 dni oferta zostanie odrzucona.

Zdaniem odwołującego oznacza to, że wykonawca, który zaoferuje termin uruchomienia usługi w ciągu 5 miesięcy (145 - 155 dni od dnia podpisania umowy) od daty uruchomienia usługi uzyska tylko 1 punkt (na 6 możliwych). Nie może zatem budzić żadnych wątpliwości fakt, iż również przedmiotowe postanowienie świadczy o nieuzasadnionym uprzywilejowaniu TP S.A., tylko bowiem ten wykonawca, jako jedyny dysponuje wymaganą siecią i będzie w stanie uruchomić usługę w terminie krótszym niż 105 dni od dnia podpisania umowy, a zatem uzyska maksymalną liczbę 6 punktów. Taki sposób ukształtowania punktacji za określenie terminu uruchomienia usługi w rażący sposób narusza wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący zakwestionował także drugie z wprowadzonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert tj. czas dokonania zmian parametrów łączy określony w rozdziale II ust. 2 pkt 15), za które można uzyskać maksymalnie 5 punktów. W odniesieniu do powyższego kryterium w rozdziale XIII ust. 5 SIWZ Kryteria oceny ofert, Zamawiający wskazał, iż punkty za to kryterium będą przyznawane w następujący sposób:

Zmiana przepustowości w czasie:

- Do 21 dni od dnia zgłoszenia - 5 pkt,
- 22 - 31 dni od dnia zgłoszenia - 4 pkt,
- 32 - 41 dni od dnia zgłoszenia - 3 pkt,
- 42 - 51 dni od dnia zgłoszenia - 2 pkt,

52 - 61 dni od dnia zgłoszenia - 1 pkt,

62 - 75 dni od dnia zgłoszenia - 0 pkt,

W przypadku wskazania w ofercie terminu powyżej 75 dni oferta zostanie odrzucona.

Przedmiotowe postanowienie uprzywilejowuje wykonawców dysponujących rozległą infrastrukturą sieciową, która umożliwia zmianę przepustowości bez konieczności dokonywania dodatkowych inwestycji i ponoszenia nakładów z tym związanych. Obecnie tylko TP S.A. jest w stanie zapewnić zmianę przepustowości w czasie krótszym niż 21 dni, a zatem uzyska maksymalną liczbę punktów.

Według odwołującego takie ukształtowanie kryteriów oceny ofert i zmiana kwestionowanych postanowień powoduje, że jedynie TP SA jest w stanie złożyć najkorzystniejszą ofertę zarówno pod względem cenowym, technologicznym jak i terminu rozpoczęcia uruchomienia usługi. Wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji siwz poprzez wykreślenie kryteriów: Termin uruchomienia usługi oraz Czas dokonania zmian parametrów łącz określony w rozdziale II ust. 2 pkt 15) i poprzestaniu na kryterium: 1) Cena oraz 2) Typy łącz podstawowych transmisyjnych do siedziby Zakładu Głównego w Tarnowie i siedzib Oddziałów Zakładów Gazowniczych oraz 3) Typy łącz podstawowych transmisyjnych do pozostałych lokalizacji, czyli kryteriach określonych wyrokiem KIO w sprawie o sygn. akt KIO 2549/11.

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 listopada 2011r. udzielonego przez prezesa zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji odwołującego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 13 stycznia 2012r. faksem.

W dniu 16 stycznia 2012r. zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przekazując kopię odwołania.

W dniu 19 stycznia 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosiła swój udział Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13, wskazując, iż ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż uzyskała siwz i ma zamiar złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, a postanowienia ogłoszenia i siwz w brzmieniu zmodyfikowanym uniemożliwiają jej uzyskanie zamówienia. Wniosła o uwzględnienie odwołania Zgłoszenia przystąpienia zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 1 grudnia 2011r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem i osobiście w tym samym dniu.

W dniu 24 stycznia 2012r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie oraz zgłosił opozycję wobec przystąpienia wykonawcy Netia S.A. W odpowiedzi wniósł o uwzględnienie opozycji wobec przystąpienia wykonawcy Netia SA, gdyż w jego ocenie przystępujący nie ma interesu w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż sam nie wniósł odwołania w terminie do dnia 14 stycznia 2012r., a zatem zaakceptował, według zamawiającego postanowienia siwz, a wniesione przystąpienie zmierza jedynie do przywrócenia terminu na wniesienie odwołania. W zakresie zarzutów odwołania wskazał, że zarzut nr 1 i 2 powinny być odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 ustawy, a wobec faktu, iż ustawa nie zna instytucji częściowego odrzucenia odwołania, oddalone bez merytorycznego rozstrzygnięcia, również pozostałe zarzuty powinny być oddalone z uwagi na ich bezzasadność. W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 192 ust. 3 pkt. 1 oraz art. 22 ust. 4 ustawy poprzez modyfikację ogłoszenia i siwz w sposób niezgodny z wyrokiem Izby sygn. akt KIO 2459/11 zamawiający nie zgodził się z argumentacją odwołującego i wskazał, że Izba przy wydawaniu orzeczenia uwzględniła stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy i nakazała zamawiającemu zmianę ogłoszenia i modyfikację siwz tylko w zakresie wykreślenia X rozdziału IV ust 1 pkt. 5 wskazanej technologii infrastruktury ogólnopolskiej sieci rdzeniowej (szkieletowej) IP MPLS oraz ograniczenia ilości węzłów w minimum 5 miastach, w których zlokalizowane są siedziby oddziałów zamawiającego. W ocenie zamawiającego sformułowany przez niego w dniu 4 stycznia 2012r. warunek spełnia wymogi orzeczenia. Izba nie orzekła, że wymóg dysponowania wyłącznymi prawami i możliwościami zarządzania parametrami logicznymi sieci i parametrami fizycznymi urządzeń” narusza przepisy ustawy. Treść przedmiotowego warunku była już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, a zamawiający w pełni wykonał wyrok, a zatem odwołanie w tej części podlegałoby odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy. Zamawiający podniósł, że odwołujący powołuje się na te same okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, a odwołujący uporczywie i niesłusznie zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 i art. 22 ust. 4 ustawy. Zamawiający podniósł, że w pełni zrealizował wyrok Izby w zakresie dokonania modyfikacji w rozdziale XIII pkt Ad 2 i Ad 3 siwz w odniesieniu do punktów za kryterium łącze podstawowe transmisji dla siedziby KSG Zakład Główny w Tarnowie i siedzib oddziałów zamawiającego i zarzuty nie są dla zamawiającego zrozumiałe. Wskazał, że mimo iż Izba nakazała ustalenie liczby punktów za konkretne rozwiązania (typ łącza), to wyraźnie wskazała, że to zamawiający określi maksymalną liczbę punktów w tym kryterium. Zatem zamawiający wykonał wyrok zgodnie z jego treścią, a odwołanie w zakresie tego zarzutu powinno podlegać odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy. Zdaniem zamawiającego wprowadzenie jako kryteriów oceny ofert dodatkowych kryteriów nie narusza ustawy. Dodatkowe kryteria odnoszą się do terminu realizacji zamówienia i do przedmiotu zamówienia. To, że termin

realizacji może być kryterium oceny ofert potwierdził wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach sygn. akt XIX Ga 512/07. To zamawiający ocenia jakie kryteria oceny ofert prowadzą do wyboru faktycznie najkorzystniejszej oferty, oferta, która najlepiej zaspokaja potrzeby zamawiającego. Wskazał na wyrok SN z 18 września 2002r. sygn. akt III CZP 52/02 i wyrok SO w Poznaniu z 11 sierpnia 2007r. sygn. akt X Ga 137/07. Według zamawiającego wprowadzenie kryterium maksymalnego terminu uruchomienia usługi czyni zadość postanowieniom wyroku Izby, gdyż uwzględnia 5 miesięczny termin wskazany wyrokiem i daje możliwość dodatkową konkurowania wszystkim potencjalnym wykonawcom. Zamawiający uznał, że termin uruchomienia usługi jest bardzo istotnym elementem przedmiotu zamówienia i nie są mu znane żadne nieprzezwyciężalne bariery dochowania terminów. Zamawiający premiuje sprawność i szybkość uruchomienia usługi nie uniemożliwiając złożenia oferty wykonawcy, którego oferta przedstawia korzystniejszy bilans wszystkich kryteriów. Gdyby wszyscy wykonawcy otrzymali te same ilości punktów istota kryteriów oceny ofert byłaby podważona. Zamawiający wskazał, że maksymalny termin zakończenia negocjacji o zawarcie umowy na dzierżawienie łącza to 90 dni, w przypadkach bezspornych taka umowa musi być zawarte w terminie maksymalnie 37 dni, po czym składane jest zamówienie na łącza. Łącze dzierżawione zostaje przekazane do eksploatacji w terminie nie później niż 18 dni dla przepustowości 64 kbit/s i $n \cdot 64$ kbit/s, gdzie $n=2 \dots 31$ i 30 dni dla łączy dzierżawionych o przepustowości 2 mbit/s. Z tego według zamawiającego wynika, że uruchomienie łącza może trwać do 67 dni, a odwołujący potwierdził w piśmie z dnia 11 stycznia 2012r., że zawarł z TP SA umowę ramową o dzierżawę łączy, dlatego będzie musiał w przypadku wygranej wystąpić jedynie z zamówieniem na łącza. Według zamawiającego świadczy to o tym, że każdy potencjalny wykonawca ma możliwość złożenia oferty i uzyskania w tym kryterium maksymalnej ilości punktów. W odniesieniu do zarzutów związanych z kryterium „czas dokonania zmian paramterów łączy”, to zamawiający zgodnie z wyrokiem Izby z 13 grudnia 2011r. wydłużył termin na zmianę paramterów łączy do dwóch miesięcy, zatem każdy wykonawca może złożyć ofertę w tym kryterium i być pozytywnie oceniony. Według zamawiającego nie tylko TP SA jest w stanie złożyć ofertę uzyskującą maksymalną ilość punktów, gdyż gdy zmiana będzie dotyczyć jednostek terenowych zamawiającego, gdzie wymagane jest podwojenie przepustowości, może zachodzić konieczność dzierżawy łącza typu $n \cdot 64$ kbit/s, które będzie uruchomione nie później niż 18 dni od złożenia zamówienia, natomiast łącza do 8 oddziałów zamawiającego będą połączone do sieci szkieletowej wykonawcy łączy radiowymi lub światłowodowymi, a w przypadku łączy radiowych to wykonawca jest ich właścicielem, zaś co do światłowodów może jedynie zachodzić konieczność wykupienia dodatkowego pasma w istniejącej infrastrukturze. Zatem kryterium „czas dokonania zmian przepustowości łączy” przy maksymalnej punktacji za zmianę w ciągu 21 dni nie ogranicza żadnego z wykonawców. Ponadto zdaniem

zamawiającego, odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności, które potwierdzałyby sformułowany przez niego zarzut. Dla zamawiającego istotna jest sprawność sieci i aplikacji działających z wykorzystaniem sieci WAN i jest za to skłonny zapłacić, w tym za gotowość operatora do szybkiego ich podniesienia. Zamawiający uważa, że zapłata za gotowość będzie niższa niż zamówienie od razu łącz o wyższej przepustowości, które nie będą obecnie wykorzystywane. Zamawiający wskazał jak często w ciągu ostatnich trzech lat dokonywał zmiany przepustowości łącz. Powołał się na wyrok SO w Katowicach z dnia 9 stycznia 2007r. sygn. akt XIX Ga 581/06. Wskazał, że przy doborze kryteriów oceny ofert kierował się tym, aby wybrać ofertę, która najlepiej zaspokoi jego potrzeby. Wskazał, że postawione kryteria nie mają charakteru dyskryminującego i w żaden sposób nie naruszy art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Odpowiedź na odwołanie została podpisana przez członka zarządu i prokurenta zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, ogłoszenia o zamówieniu z dnia 19 listopada 2011r., sprostowania ogłoszenia z dnia 4 stycznia 2012r., informacji dodatkowych w ogłoszeniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 4 stycznia 2012r., pisma TP SA z dnia 13 stycznia 2012r. nr TOZORA/AJ/393/2012, ramowej oferty określającej warunki zawierania przez TP SA z innymi operatorami umów dzierżawy łącz telekomunikacyjnych, protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 12 grudnia 2011r. sygn. akt KIO 2549/11.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje :

W pierwotnym brzmieniu ogłoszenia w sekcji III.2.1. - Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego zamawiający wymagał w pkt 5 wykazania się dysponowaniem infrastrukturą ogólnopolskiej sieci rdzeniowej (szkieletowej) IP MPLS z węzłami w minimum 8 miastach, w których zlokalizowane są siedziby Oddziałów Zakładów Gazowniczych Zamawiającego, zrealizowaną w sieci telekomunikacyjnej, w której wykonawca dysponuje wyłącznymi prawami i możliwościami zarządzania parametrami logicznymi sieci i parametrami fizycznymi urządzeń.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku w sekcji II.2.3. ogłoszenia wymagał w pkt 4. schematu sieci rdzeniowej IP MPLS wykonawcy z zaznaczeniem lokalizacji węzłów i dokumentacją wskazującą na podmiot odpowiedzialny za zarządzanie parametrami sieci i urządzeń należących do sieci rdzeniowej (szkieletowej) wykonawcy.

W ramach sekcji VI.3 w informacjach dodatkowych zamawiający określił kryteria oceny ofert wskazując, że kryteriami udzielenia zamówienia będą :

1) Cena – 64,5%

- 2) Łącze podstawowe transmisyjne dla siedziby KSG Zakład Główny w Tarnowie i siedzib Oddziałów Zakładów Gazowniczych – 16%
- 3) Łącze podstawowe transmisyjne dla pozostałych lokalizacji – 19,5%

W sprostowaniu ogłoszenia z 4 stycznia 2012r.

Zamawiający zmienił sekcję III.2.1. ogłoszenia w pkt 5) w ten sposób, że wymagał wykazania, że wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia dysponują infrastrukturą ogólnopolskiej sieci rdzeniowej (szkieletowej) z węzłami w minimum 5 miastach, w których zlokalizowane są siedziby Oddziałów Zakładów Gazowniczych Zamawiającego (Tarnów, Rzeszów, Kraków, Kielce, Lublin, Sandomierz, Jarosław, Jasło), zrealizowaną w sieci telekomunikacyjnej, w której wykonawca dysponuje wyłącznymi prawami i możliwościami zarządzania parametrami logicznymi sieci i parametrami fizycznymi urządzeń.

Dokonał także zmiany sekcji VI.3 podając, że kryteriami udzielenia zamówienia będą:

- 1) Cena – maksymalnie 69,45 pkt
- 2) Termin uruchomienia usługi – maksymalnie 6 pkt Uwaga: Maksymalny termin uruchomienia usługi od dnia podpisania umowy– 155 dni.
- 3) Czas dokonania zmian parametrów łącz określony w rozdziale II ust. 2 pkt 15) specyfikacji istotnych warunków zamówienia – maksymalnie 5 pkt Uwaga: Maksymalny czas dokonania zmian parametrów łącz – 75 dni.
- 4) Typy łącz podstawowych transmisyjnych do siedziby Zakładu Głównego w Tarnowie i siedzib Oddziałów Zakładów Gazowniczych – maksymalnie 8 pkt
- 5) Typy łącz podstawowych transmisyjnych do pozostałych lokalizacji – maksymalnie 11,55 pkt

W pierwotnym brzmieniu siwz znajdowały się następujące postanowienia w rozdziale III termin wykonania zamówienia wykonawca miał wykonać przedmiot zamówienia:

- 1) W zakresie instalacji i podłączenia lokalizacji zamawiającego do oferowanej sieci WAN i jej organizacji – nie później niż do dnia 30 kwietnia 2012 roku.
- 2) W zakresie świadczenia na rzecz Zamawiającego usług telekomunikacyjnych –w okresie 48 miesięcy od dnia podpisania umowy.

W rozdziale IV siwz zamawiający postawił warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków wymagając w pkt 5 wykazania, że na potrzeby realizacji zamówienia wykonawcy dysponują infrastrukturą ogólnopolskiej sieci rdzeniowej (szkieletowej) IP MPLS z węzłami w minimum 8 miastach, w których zlokalizowane są siedziby Oddziałów Zakładów Gazowniczych zamawiającego, zrealizowaną w sieci telekomunikacyjnej, w której wykonawca dysponuje wyłącznymi prawami i możliwościami zarządzania parametrami logicznymi sieci i parametrami fizycznymi urządzeń.

W rozdziale V oświadczenia i dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu na potwierdzenia powyższego wymagania zamawiający w pkt 13) wymagał schematu sieci rdzeniowej IP MPLS wykonawcy z zaznaczeniem lokalizacji węzłów i dokumentacją wskazującą na podmiot odpowiedzialny za zarządzanie parametrami sieci i urządzeń należących do sieci rdzeniowej (szkieletowej) wykonawcy.

W rozdziale XIII siwz zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert :

1) Cena – 64,5%

2) Łącze podstawowe transmisyjne dla siedziby KSG Zakład Główny w Tarnowie i siedzib Oddziałów Zakładów Gazowniczych – 16%

3) Łącze podstawowe transmisyjne dla pozostałych lokalizacji – 19,5%

Zamawiający miał dokonać wyboru oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Ad. 1) Punkty za kryterium „Cena” (maksymalnie 64,5 pkt) miały być wyliczane zgodnie z następującym wzorem:

$$\text{„Cena”} = (C_{\min} / C_x) * 64,5$$

gdzie:

C_{\min} – najniższa cena ofertowa

C_x – cena ofertowa badanej oferty

Ad. 2) Punkty za kryterium „Łącze podstawowe transmisyjne dla siedziby KSG Zakład Główny w Tarnowie i siedzib Oddziałów Zakładów Gazowniczych” (maksymalnie 16 pkt) miały być przyznawane w następujący sposób:

Za łącze światłowodowe do danej lokalizacji – 2 punkty

Za łącze radiowe do danej lokalizacji – 0,8 punktu

Uwaga: w formularzu oferty w kolumnie 4 tabeli należy skreślić niewłaściwy rodzaj łącza dla danej lokalizacji, pozostawiając nieskreślony właściwy.

Ad 3) Punkty za kryterium „Łącze podstawowe transmisyjne dla pozostałych lokalizacji” (maksymalnie 19,5 pkt) miały być przyznawane w następujący sposób:

Za łącze światłowodowe do danej lokalizacji – 0,25 punktu

Za łącze miedziane do danej lokalizacji – 0,15 punktu

Za łącze radiowe do danej lokalizacji – 0,08 punktu

Uwaga: w formularzu oferty w kolumnie 4 tabeli należy skreślić niewłaściwy rodzaj łącza dla danej lokalizacji, pozostawiając nieskreślony właściwy.

W zmodyfikowanej w dniu 4 stycznia 2012r. treści siwz znalazły się następujące postanowienia :

W rozdziale III termin wykonania zamówienia – wykonawca miał wykonać przedmiot zamówienia:

1) W zakresie instalacji i podłączenia lokalizacji Zamawiającego do oferowanej sieci WAN i jej organizacji – w terminie wskazanym w ofercie, jednakże nie dłuższym niż 155 dni od dnia podpisania umowy.

2) W zakresie świadczenia na rzecz Zamawiającego usług telekomunikacyjnych – w okresie 48 miesięcy od dnia podpisania umowy.

W rozdziale IV zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków i wymagał w pkt 5 wykazania, że wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia dysponują infrastrukturą ogólnopolskiej sieci rdzeniowej (szkieletowej) z węzłami w minimum 5 miastach, w których zlokalizowane są siedziby Oddziałów Zakładów Gazowniczych Zamawiającego (Tarnów, Rzeszów, Kraków, Kielce, Lublin, Sandomierz, Jarosław, Jasło), zrealizowaną w sieci telekomunikacyjnej, w której wykonawca dysponuje wyłącznymi prawami i możliwościami zarządzania parametrami logicznymi sieci i parametrami fizycznymi urządzeń.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku w rozdziale V wymagał w pkt 13) schematu sieci rdzeniowej IP MPLS Wykonawcy z zaznaczeniem lokalizacji węzłów i dokumentacją wskazującą na podmiot odpowiedzialny za zarządzanie parametrami sieci i urządzeń należących do sieci rdzeniowej (szkieletowej) wykonawcy.

W rozdziale XIII określił następujące kryteria oceny ofert:

1) Cena – maksymalnie 69,45 pkt

2) Termin uruchomienia usługi – maksymalnie 6 pkt

Uwaga: Maksymalny termin uruchomienia usługi od dnia podpisania umowy – 155 dni.

3) Czas dokonania zmian parametrów łącz określony w rozdziale II ust. 2 pkt 15) – maksymalnie 5 pkt

Uwaga: Maksymalny czas dokonania zmian parametrów łącz – 75 dni.

4) Typy łącz podstawowych transmisyjnych do siedziby Zakładu Głównego w Tarnowie i siedzib Oddziałów Zakładów Gazowniczych – maksymalnie 8 pkt

5) Typy łącz podstawowych transmisyjnych do pozostałych lokalizacji – maksymalnie 11,55 pkt

2. Zamawiający miał dokonać wyboru oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

3. Punkty w ramach kryterium „Cena” (maksymalnie 69,45 pkt) będą wyliczane zgodnie z następującym wzorem:

$$\text{„Cena”} = (C_{\min} / C_x) * 69,45$$

gdzie:

C_{\min} – najniższa cena ofertowa

C_x – cena ofertowa badanej oferty

4. Punkty w ramach kryterium „Termin uruchomienia usługi” (maksymalnie 6 pkt) miały być przyznawane w następujący sposób:

Termin uruchomienia usługi:

Do 105 dni od dnia podpisania umowy – 6 pkt

106 – 115 dni od dnia podpisania umowy – 5 pkt

116 – 125 dni od dnia podpisania umowy – 4 pkt

126 – 135 dni od dnia podpisania umowy – 3 pkt

136 – 145 dni od dnia podpisania umowy – 2 pkt

146 – 155 dni od dnia podpisania umowy – 1 pkt

W przypadku wskazania w ofercie terminu powyżej 155 dni oferta zostanie odrzucona.

5. Punkty w ramach kryterium „Czas dokonania zmian parametrów łącz” (maksymalnie 5 pkt) miały być przyznawane w następujący sposób:

Zmiana przepustowości w czasie:

Do 21 dni od dnia zgłoszenia – 5 pkt

22 – 31 dni od dnia zgłoszenia – 4 pkt

32 – 41 dni od dnia zgłoszenia – 3 pkt

42 – 51 dni od dnia zgłoszenia – 2 pkt

52 – 61 dni od dnia zgłoszenia – 1 pkt

62 – 75 dni od dnia zgłoszenia – 0 pkt

W przypadku wskazania w ofercie terminu powyżej 75 dni oferta zostanie odrzucona.

6. Punkty w ramach kryterium „Łącze podstawowe transmisyjne dla siedziby Zakładu Głównego w Tarnowie i siedzib Oddziałów Zakładów Gazowniczych” (maksymalnie 8 pkt) miały być przyznawane w następujący sposób:

Za łącze światłowodowe do danej lokalizacji – 1 punkt

Za łącze radiowe do danej lokalizacji – 0,8 punktu

Uwaga: w formularzu oferty w kolumnie 4 tabeli należy skreślić niewłaściwy rodzaj łącza dla danej lokalizacji, pozostawiając nieskreślony właściwy.

7. Punkty za kryterium „Łącze podstawowe transmisyjne dla pozostałych lokalizacji” (maksymalnie 11,55 pkt) miały być przyznawane w następujący sposób:

Za łącze światłowodowe do danej lokalizacji – 0,15 punktu

Za łącze miedziane do danej lokalizacji – 0,10 punktu

Za łącze radiowe do danej lokalizacji – 0,08 punktu

Uwaga: w formularzu oferty w kolumnie 4 tabeli należy skreślić niewłaściwy rodzaj łącza dla danej lokalizacji, pozostawiając nieskreślony właściwy.

W protokole z rozprawy z dnia 12 grudnia 2011r. odnotowano stanowisko odwołującego – GTS POLAND S.A. :

„Odwołujący stwierdza, że gdyby zmieniono ów warunek eliminując wskazanie rodzaju sieci szkieletowej IPMPLS i ograniczono ilość węzłów do 5 lokalizacji wówczas uznałby, iż warunek jest możliwy do spełnienia i nie nadmierny.”

W protokole z rozprawy z dnia 12 grudnia 2011r. odnotowano stanowisko zamawiającego :

„Zamawiający nie uznał zarzutu. Podnosił, że istotna jest sprawność działania sieci i aplikacji działających z wykorzystaniem sieci WAN, dlatego zasygnalizował potrzebę podnoszenia przepustowości łączy i jest gotów ponieść koszty gotowości wykonawcy do zapewnienia zwiększenia przepustowości w przewidzianym w SIWZ zakresie. Zapisy SIWZ mają też na celu takie przygotowanie i dostarczenie przez wykonawcę łączy dostępowych do lokalizacji zamawiającego, aby podczas ich eksploatacji w czasie trwania umowy nie wymagały one uciążliwej i krytycznej dla działania sieci przebudowy związanej z podniesieniem ich przepustowości. W przypadku przygotowania łączy dostępowych zgodnie z wymogami zamawiającego proces zwiększenia ich przepustowości będzie możliwy w sposób konfigurowalny (tzn. przez zmianę konfiguracji urządzeń), a zmiana będzie możliwa w bardzo krótkim czasie, o wiele krótszym niż wyznaczony przez zamawiającego termin 5 dni roboczych. Warunek ten został sprecyzowany w SIWZ na podstawie doświadczeń zamawiającego w dotychczasowym kilkuletnim okresie eksploatacji usługi sieci WAN MPLS. Podczas ostatnich trzech lat zamawiający podniósł przepustowości w siedzibach oddziałów dwukrotnie, w siedzibie Zakładu Głównego sześciokrotnie, a w innych mniejszych lokalizacjach od dwóch do trzech razy. Ponadto w planach rozwojowych swojego przedsiębiorstwa zamawiający przewiduje uruchomienie kolejnych, centralnych aplikacji informatycznych, które mogą być przyczyną podnoszenia przepustowości w niektórych lokalizacjach. Z uwagi na charakter prowadzonej działalności zamawiającego wymagane jest zachowanie poufności przesyłanych danych poprzez sieć WAN. Zamawiający podnosił, iż opis przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu został sporządzony w sposób właściwy i zarzut naruszenia art. 29 ust 1 i 2 ustawy, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję nie znajduje uzasadnienia.” Jednocześnie Zamawiający informuje, iż w ramach udzielania odpowiedzi do treści SIWZ w dniu 7 grudnia 2011 r. zmodyfikował przedmiotowy zapis w następujący sposób (...):

Rozdział II pkt 2 ust. 16 otrzymuje nowe poniższe brzmienie:

(...)Zlecenia zmiany przepustowości łączy realizowane będą za pomocą poczty elektronicznej (e-mail) przez upoważnionych pracowników Zamawiającego, a czas realizacji przez Wykonawcę zlecenia zwiększenia lub zmniejszenia przepustowości łączy nie będzie przekraczał 10 dni roboczych od momentu zgłoszenia.

Ponadto wymaga się, aby dla lokalizacji; Zakład Główny w Tarnowie i Oddziały Zakłady Gazownicze w Krakowie, Lublinie, Sandomierzu, Jarosławiu, Jaśle, Kielcach i Rzeszowie dla łączy podstawowych i zapasowych zastosować jeden z następujących rodzajów (standardów)

łącz: GigabitEthernet, FastEthernet, Ethernet, ATM, FR, ISDN PRI (30B+D) umożliwiającą realizację warunku a). Dla pozostałych lokalizacji dla łącz podstawowych należy zastosować jeden z następujących rodzajów (standardów) łącz: Ethernet, ATM, FR, ISDN PRI (30B+D) lub inny umożliwiającą realizację warunku b) Dla łącz zapasowych do ww. lokalizacji dopuszcza się również zastosowanie łącz rodzaju (standardu) ISDN BRI (2B+D).”

(...)Zamawiający nie uznał zarzutu, stwierdził, że nie może zaakceptować propozycji odwołującego. Podtrzymał określone terminy uruchomienia usługi, gdyż obecnie posiada podpisaną umowę z TP S.A., która wygasa z dniem 31 maja 2012 roku. Ze względu na charakter prowadzonej działalności zamawiający nie może być pozbawiony sprawnie działającej sieci WAN. Dlatego każde przedłużenie uruchomienia usługi powoduje konieczność przedłużenia obecnie obowiązującej umowy. Zamawiający argumentował, że nie może dokonać przełączenia sieci WAN z obecnie eksploatowanej na nową bez zapewnienia minimum jednomiesięcznego okresu przejściowego, w którym będą pracowały obie sieci jednocześnie. Dłuższy okres przełączania sieci naraża go na poważne nieuzasadnione koszty.”

Z pisma TP SA z dnia 13 stycznia 2012r. wynika, że w 19 lokalizacjach zamawiającego nie ma możliwości realizacji usługi w sposób określony w zamówieniu na usługę, w tym w 16 lokalizacjach istnieje możliwość realizacji usługi w sposób alternatywny, a termin realizacji alternatywnej usługi wynosi od 3 do 9 miesięcy, w 3 lokalizacjach nie ma możliwości realizacji usługi w sposób alternatywny.

W ramowej ofercie wynika, że od momentu złożenia wniosku o zawarcie umowy ramowej TPSA. Ma 3 dni na weryfikację formalną wniosku, 7 dni od daty otrzymania wolnego od braków wniosku na rozpoczęcie negocjacji i 30 dni na ich zakończenie i podpisanie umowy ramowej. Po zawarciu umowy ramowej operator w celu realizacji określonej usługi musi złożyć zamówienie na usługę i TP SA w terminie 14 informuje go o :

- możliwości realizacji usługi określonej w zamówieniu na usługę albo
- o braku możliwości realizacji usługi z podaniem powodów braku możliwości realizacji usługi.

W przypadku braku możliwości technicznych TP SA informuje operatora o możliwości realizacji usługi w sposób alternatywny w terminie 14 dni od daty udzielenia odpowiedzi na zamówienie na usługę albo braku możliwości realizacji usługi w sposób alternatywny z podaniem przyczyn. W terminie 7 dni operator akceptuje lub nie rozwiązuje alternatywne. W przypadku akceptacji w 7 dni TP SA przesyła projekt umowy, a jej podpisanie powinno nastąpić nie później niż w ciągu kolejnych 7 dni.

Łącze dzierżawione zostaje przekazane do eksploatacji w terminie liczonym od daty złożenia przez operatora zamówienia na to łącze nie później niż :

18 dni dla łączy dzierżawionych cyfrowych o przepustowości 64 kbit/s i n 64/kbit/s, gdzie n =2...31,

30 dni dla łączy dzierżawionych cyfrowych o przepustowości 2 mbit/s, (strukturalnych i niestrukturalnych), 34 Mbit/s, 140 Mbit/s, 155 Mbit/s i 622Mbit/s.

W wyroku z dnia 13 grudnia 2011r. w zakresie sporny Izba nakazała zamawiającemu zmianę ogłoszenia i modyfikację siwz w następującym zakresie :

„(...) Z omówionych wyżej przyczyn, Izba uznała, że zachodziłyby podstawy do nakazania zamawiającemu wykreślenia z SIWZ i z ogłoszenia omawianego warunku udziału w postępowaniu w jego aktualnym brzmieniu. Mając jednak na względzie stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, iż zamawiający byłby skłonny wyeliminować z postanowień w rozdziale IV ust. 1 pkt 5 SIWZ wymaganą technologię infrastruktury ogólnopolskiej sieci rdzeniowej (szkieletowej) IP MPLS oraz stanowisko odwołującego, że gdyby ograniczono ilość węzłów do 5 lokalizacji, wówczas uznałby warunek za możliwy do spełnienia i nie nadmierny, w ocenie Izby, zachodzą podstawy do nakazania zamawiającemu zmian ogłoszenia oraz modyfikacji SIWZ tylko w zakresie wykreślenia w rozdziale IV ust. 1 pkt 5 SIWZ wskazanej technologii infrastruktury ogólnopolskiej sieci rdzeniowej (szkieletowej) IP MPLS oraz ograniczenia ilości węzłów w minimum 5 miastach, w których zlokalizowane są siedziby Oddziałów Zakładów Gazowniczych Zamawiającego.”

„(...) Z przedstawionych względów Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o wykreślenie, poza ceną, innych ustanowionych kryteriów oceny ofert, jako że nie naruszają one postanowień art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, ani nie odnoszą się bezpośrednio do właściwości podmiotowych wykonawcy.

(...) Izba uznała za stosowne nakazanie zamawiającemu dokonanie (odpowiednio) w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ następujących zmian:

w rozdziale XIII pkt Ad. 2 i pkt Ad. 3 SIWZ w odniesieniu do punktów za kryterium łącze podstawowe transmisji dla siedziby KSG Zakład Główny w Tarnowie i siedzib Oddziałów Zakładów Gazowniczych, które będą przyznawane w następujący sposób:

- za łącze światłowodowe do danej lokalizacji - 1 punkt,
- za łącze radiowe do danej lokalizacji - 0,8 punktu.

Natomiast punkty za kryterium łącze podstawowe transmisji dla pozostałych lokalizacji będą przyznawane w następujący sposób:

- za łącze światłowodowe do danej lokalizacji - 0,15 punktu,
- za łącze miedziane do danej lokalizacji - 0,10 punktu,

- za łącze radiowe do danej lokalizacji - 0,08 punktu.

Jednocześnie zamawiający określi maksymalną ilość punktów w wymienionym kryterium.”

(...)W związku z powyższym, Izba uwzględniła wniosek odwołującego o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowienia rozdziału II ust. 2 pkt 16 SIWZ w następujący sposób:

- pkt 16 w zakresie wskazanych tam 5 dni roboczych na zwiększenie przepustowości - wydłużenie do 2 miesięcy.”

„(...) Izba uwzględniła wniosek odwołującego, nakazując zamawiającemu zmianę w rozdziale II ust. 2 pkt 20 SIWZ poprzez wykreślenie jego obecnego brzmienia i zastąpienie następującym: „Świadczenie usługi przez wykonawcę powinno nastąpić nie później niż w ciągu 5 miesięcy od podpisania umowy.”

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie dopatrzyła się okoliczności mogących skutkować odrzuceniem odwołania na postawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest operatorem telekomunikacyjnym, który jest zainteresowany udziałem w postępowaniu i złożeniem oferty, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może okazać się uprawnione twierdzenie, iż odwołujący ma znacząco mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia, niż dotychczasowy wykonawca realizujący usługę na rzecz zamawiającego. Może ponieść szkodę w postaci kosztów przygotowania i złożenia oferty, która nie zostałaby uznana za najkorzystniejszą. W oceni Izby przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy został wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) w związku art. 192 ust. 3 pkt 1 oraz art. 22 ust. 4 ustawy, poprzez modyfikację warunku udziału w postępowaniu w sposób niezgodny z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2011r. (sygn. akt KIO 2549/11) i naruszającym w dalszym ciągu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby zamawiający wykonał wyrok Izby z dnia 13 grudnia 2011r. sygn. akt KIO 2549/11 w zakresie warunku udziału w postępowaniu w sposób zgodny z sentencją i uzasadnieniem tego wyroku oraz ze stanowiskiem odwołującego złożonym do protokołu rozprawy w dniu 12 grudnia 2012r.

Izba w sprawie sygn. akt KIO 2549/11 nakazała, bowiem jednoznacznie zamawiającemu zmianę ogłoszenia oraz modyfikację SIWZ „tylko w zakresie wykreślenia w rozdziale IV ust.1 pkt 5 SIWZ wskazanej technologii infrastruktury ogólnopolskiej sieci rdzeniowej (szkieletowej) IP MPLS oraz ograniczenia ilości węzłów w minimum 5 miastach, w których zlokalizowane są siedziby Oddziałów Zakładów Gazowniczych Zamawiającego”. Izba taki zakres modyfikacji siwz i zmiany ogłoszenia uzasadniła stanowiskiem zamawiającego, który był skłonny zrezygnować z technologii infrastruktury ogólnopolskiej sieci rdzeniowej (szkieletowej) IP MPLS oraz stanowiskiem odwołującego : „Odwołujący stwierdza, że gdyby zmieniono ów warunek eliminując wskazanie rodzaju sieci szkieletowej IP MPLS i ograniczono ilość węzłów do 5 lokalizacji wówczas uznałyby, iż warunek jest możliwy do spełnienia i nie nadmierny” (protokół rozprawy z dnia 12 grudnia 2011r.). Warunek w brzmieniu zakwestionowanym i aktualnie zawierał wskazanie dodatkowo na „dysponowania wyłącznymi prawami możliwościami zarządzania parametrami logicznymi sieci i parametrami fizycznymi urządzeń,” i odwołujący uważał ten wymóg za nadmierny, jednak w końcowym swoim stanowisku uznał, że wystarczające jest wyeliminowanie rodzaju sieci szkieletowej IP MPLS i ograniczenie ilości węzłów do 5, aby uznać warunek za możliwy do spełnienia i nienadmierny. W obecnym odwołaniu zarzut w rzeczywistości zmierza do uchylecia się przez odwołującego przed skutkami złożonego oświadczenia przed Izbą w sprawie sygn. akt KIO 2549/11 i wzruszenia orzeczenia Izby w nieprzewidzianym przez ustawę trybie. Jeśli odwołujący uważał, że Izba wydała nieprawidłowy wyrok w zakresie modyfikacji warunku, winien był wnieść skargę do sądu okręgowego właściwego ze względu na siedzibę zamawiającego. Obecnie podnoszenie zarzutu identycznego z zarzutem rozpoznanym już na skutek wcześniejszego odwołania jest podniesieniem zarzutu po upływie terminu na jego zgłoszenie, nadto zmierzającym do zmiany orzeczenia zapadłego już w tej samej sprawie pomiędzy tymi samymi stronami.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ustawy w związku z art. 91 ust. 2 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy poprzez modyfikację kryteriów oceny ofert w taki sposób, iż preferowany jest jeden wykonawca (aktualnie świadczący usługę) i zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

Zarzut ten zasługuje na uwzględnienie w części. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy i art. 91 ust. 2 ustawy. Izba uznała, że zamawiający ściśle wykonał orzeczenie Izby w zakresie dotyczącym zmiany ogłoszenia i modyfikacji siwz w zakresie kryteriów oceny ofert. Izba w sprawie sygn. akt KIO 2549/11 nakazała zamawiającemu dokonanie (odpowiednio) w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ następujących zmian:

w rozdziale XIII pkt Ad. 2 i pkt Ad. 3 SIWZ w odniesieniu do punktów za kryterium łącze podstawowe transmisji dla siedziby KSG Zakład Główny w Tarnowie i siedzib Oddziałów Zakładów Gazowniczych, które będą przyznawane w następujący sposób:

- za łącze światłowodowe do danej lokalizacji - 1 punkt,
- za łącze radiowe do danej lokalizacji - 0,8 punktu.

Natomiast punkty za kryterium łącze podstawowe transmisji dla pozostałych lokalizacji będą przyznawane w następujący sposób:

- za łącze światłowodowe do danej lokalizacji - 0,15 punktu,
- za łącze miedziane do danej lokalizacji - 0,10 punktu,
- za łącze radiowe do danej lokalizacji - 0,08 punktu.

Jednocześnie zamawiający określi maksymalną ilość punktów w wymienionym kryterium. Zamawiający dokładnie takie zmiany wprowadził w kryterium łącze podstawowe transmisji dla siedziby KSG Zakład Główny i siedzib Oddziałów Zakładów Gazowniczych oraz kryterium łącze podstawowe dla pozostałych lokalizacji. Tym samym nie można w żaden sposób uznać, że zamawiający nie wykonał wyroku Izby i naruszył art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy. Odwołujący jednakże upatrywał naruszenia tegoż przepisu w fakcie wprowadzenia przez zamawiającego nowych kryteriów oceny oferty tj. termin uruchomienia usługi i czas dokonania zmian parametrów łączy, wskazując, że wprowadzenie tych kryteriów niweluje wyrok Izby sygn. akt KIO 2549/11 w takim zakresie, w jakim Izba nakazała określenie tych terminów w siwz odpowiednio na 5 i 2 miesiące. Izba nie podziela tego stanowiska. W ocenie Izby wyrok Izby wiąże strony postępowania tylko co do tego co było przedmiotem zarzutów i stało się podstawą rozstrzygnięcia. Oznacza to, że zamawiający w szerszym niż wynikający z zakresu związania sposób nie jest zobowiązany do wykonania wyroku. Tym samym nie sposób wywieść obowiązku zamawiającego dokonywania wyłącznie zmian nakazanych wyrokiem Izby, byłoby to podejście nieracjonalne i nielogiczne, gdyż zamawiający samodzielnie lub na skutek wyjaśnień treści siwz, zauważając potrzebę dokonania innych niż określone wyrokiem Izby zmian w siwz czy ogłoszeniu nie byłby, wedle teorii odwołującego, uprawnionych do ich dokonania w ramach tej samej czynności w ramach której wykonywałby wyrok Izby. Takie stanowisko mogłoby prowadzić do bezzasadnego przedłużenia postępowania. Izba uznaje, że art. 38 ustawy nie zawiera żadnych ograniczeń poza

ograniczeniami wynikającymi z upływu terminu na składanie ofert, czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które nakładały by na zamawiającego zakaz dokonywania zmian siwz i ogłoszenia w szerszym niż wynikający z wyroku Izby zakresie. Taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie. Zamawiający wykonał wyrok Izby i poza tym wykonaniem, dokonał nowej czynności, jaką była modyfikacja siwz i zmiana ogłoszenia w zakresie kryteriów oceny ofert, poprzez wprowadzenie dwóch nowych kryteriów. Wobec faktu, iż modyfikacja siwz i zmiana ogłoszenia nie wynikały z wyroku Izby nie można mówić w kontekście ich wprowadzenia o nie wykonaniu wyroku Izby i naruszeniu art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy. W tym zakresie Izba nie dopatrzyła się naruszenia tego przepisu w działaniu zamawiającego. Izba uznała także, że odwołujący nie wykazał na czym miałby polegać zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy poprzez określenie kryteriów termin uruchomienia usługi i czas dokonania zmian parametrów łączy. Pierwsze z kryteriów sama ustawa wskazuje jako przykładowe kryterium bilansowe, drugie natomiast odnosi się do sposobu wykonania zamówienia, a więc przedmiotu zamówienia. Oba kryteria, co do zasady, mogą być przez zamawiających stosowane i nie naruszają art. 91 ust. 2 ustawy. W tym zakresie Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia przepisów ustawy.

Jednakże sam fakt dopuszczalności sformułowania kryterium oceny ofert nie przesądza jeszcze o niemożności naruszenia ustawy przez zamawiającego. Izba w działaniu zamawiającego dopatrzyła się bowiem naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. W ocenie Izby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców może dojść również w sposób pośredni tj. w taki sposób, że niektórzy wykonawcy będą mogli złożyć ważną i odpowiadającą siwz ofertę, ale z uwagi na ukształtowanie kryteriów oceny oferty oferta taka nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców. Tego typu ograniczenia konkurencji są nie jako efektem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które uzyskać ma jedna oferta najbardziej konkurencyjna. Zasada równego traktowania wykonawców bowiem polega na traktowaniu wykonawców w jednakowy sposób (bez preferowania jednych i dyskryminowania innych), co do dostępności informacji o postępowaniu, warunków udziału, wymaganych dokumentów, czyli na przykładaniu tej samej miary do każdego wykonawcy. Zasada równego traktowania wykonawców nie sprowadza się natomiast do jednakowej oceny wykonawców, gdyby bowiem taki był jej cel niemożliwy byłby do zrealizowania cel ustawy tj. wybór najkorzystniejszej oferty. Jednakże nawet przy założeniu, że kryteria oceny ofert mają ograniczać wybór ofert do wyboru oferty najkorzystniejszej, to nie przesądza jednak o niemożności takiego określenia przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, które będzie stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy. W szczególności pośrednie ograniczenie dostępu do zamówienia musi być oceniane przez pryzmat uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Określenie tych potrzeb jest zarówno

uprawnieniem jak i obowiązkiem zamawiającego, a ani wykonawcom, ani Izbie nie przysługuje prawo do narzucenia zamawiającemu konkretnych rozwiązań nie znajdujących odzwierciedlenia w jego potrzebach. Z drugiej strony zamawiający nie może w sposób dowolny kształtować wymagań siwz, gdyż ograniczają go w tym zakresie przepisy ustawy zakazujące ograniczenia konkurencji, w sposób wykraczający poza uzasadnione potrzeby zamawiającego.

W zakresie kryterium termin uruchomienia usługi Izba uznała, że odwołujący wykazał, że uruchomienie usługi we wskazanych przez zamawiającego lokalizacjach w terminie krótszym niż 105 dni przez wykonawcę nie mającego infrastruktury w takiej lokalizacji nie jest możliwe. Wprowadzie art. 27 ust. 1 ustawy określa maksymalny termin 90 dni na zakończenie negocjacji o zawarcie umowy o dostępie telekomunikacyjnym, jednakże nie oznacza to, że taka umowa zostanie rzeczywiście zawarta. Z pkt. 2.1. 3, 6 i 8 ramowej oferty określającej warunki zawierania przez TP SA z innymi operatorami umów dzierżawy łączy telekomunikacyjnych wynika, że zawarcie takiej umowy ma nastąpić w terminie łącznie do 40 dni. Dopiero po zawarciu umowy ramowej dzierżawca składa wnioski o zamówienie usługi i TP SA ma 14 dni na odpowiedź informując o możliwości realizacji usługi, albo przedstawiając rozwiązanie alternatywne o ile jest taka możliwość. Natomiast nie jest to jednoznaczne z przekazaniem łączy, to przekazanie zgodnie z częścią 4 pkt 3 ma być przedstawione do eksploatacji odpowiednio 18 i 30 dni od złożenia zamówienia. Zatem nie jest pewne, że wykonawca nawet mając zawartą umowę ramową, uzyska łącze w terminie poniżej 105 dni. Izba dała wiarę odwołującemu, iż na dzień rozpoznawania odwołania nie ma możliwości realizacji usługi w sposób wymagany przez zamawiającego i we wskazanych przez niego lokalizacjach, w takich terminach, które umożliwiają rzeczywiście wykonanie uruchomienia usługi w terminie 105 dni. Izba uważa, że argumentacja zamawiającego oparta wyłącznie na założeniu możliwości realizacji usługi, nie uwzględnia innych przewidzianych prawem rozwiązań, które mogą mieć wpływ na termin uruchomienia usługi. Rozwiązania alternatywne są przewidziane przez ofertę ramową i odwołujący w ocenie Izby wykazał, że w dacie orzekania nie ma możliwości uzyskania dostępu do łączy w inny sposób, oraz wykazał, że terminy w takich sytuacjach wynoszą od 3 do 9 miesięcy. Zatem wykazał, że inny podmiot niż TP SA będzie musiał zaoferować terminy uniemożliwiające mu uzyskanie maksymalnej punktacji. Wobec faktu, iż przez okres około jednego miesiąca zamawiający zagwarantował sobie funkcjonowanie jednoczesne dotychczasowej infrastruktury i infrastruktury zamawianej przedmiotowym postępowaniem, stąd na datę składania ofert wykonawcy inni niż TP SA bez narażania się na zarzut oświadczenia nieprawdy, nie są w stanie założyć, że łącza wykorzystywane przez TP SA dla świadczenia obecnie zamawiającemu usługi będą mogły być wydzierżawione w ramach zamówienia na usługę (bez konieczności rozwiązań alternatywnych). Zamawiający wskazał jedynie na potrzebę sprawnej i szybkiej realizacji

zamówienia, jednak nie uzasadnił potrzeby takiej sprawnej i szybkiej realizacji, nie wskazał jaki cel zamawiającego, bądź interes publiczny lub społeczny obiektywnie zostanie zaspokojony w sytuacji skrócenia terminu uruchomienia usługi. Zatem z jednej strony odwołujący wykazał, że zamawiający ograniczył konkurencyjność postępowania w sposób pośredni preferując określony podmiot, a z drugiej zamawiający nie wykazał, że taka preferencja jest uzasadniona obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Analogiczna sytuacja odnosi się do kryterium czas dokonania zmian parametrów łączy. Izba dała wiarę wyjaśnieniom odwołującego, że jedynie TP SA bez konieczności ponoszenia nakładów i dokonywania dodatkowych inwestycji jest w stanie zmienić przepustowość łączy w terminie krótszym niż 21 dni. Już z samego faktu przyznanego przez zamawiającego wynika, że na zapewnienie samej dostępności dzierżawionego łącza potrzeba minimum 18 dni, nie licząc oczywiście dnia złożenia wniosku, czy prac niezbędnych dla przygotowania infrastruktury do zmiany, które można przeprowadzić dopiero po uzyskaniu łącza dzierżawionego do eksploatacji. Zatem wprowadzone kryterium, według Izby preferuje wykonawcę, który ma własną infrastrukturę i nie jest zależny od innych podmiotów w sytuacji potrzeby zmiany przepustowości. Niewątpliwie takim wykonawcą jest TP SA. Izba uznała, że zamawiający nie wykazał, że wprowadzenie tego kryterium jest uzasadnione jego obiektywnymi potrzebami. Wskazanie, iż w terminie 21 dni będzie musiał zapewnić dostęp do infrastruktury nowemu sprzedawcy, w ocenie Izby nie prowadzi jeszcze do wykazania, że w takim terminie zajdzie potrzeba zmiany przepustowości łącza. Przed wszystkim z dowodów przedłożonych przez zamawiającego nie wynika, ile danych i dla jakich podmiotów mogą być one udostępniane i jakie przepustowości będą wiązały się choćby z wprowadzeniem jednego nowego sprzedawcy. Izba uznała, że okoliczność powołana przez zamawiającego nie wskazuje na powiązanie z postawionym kryterium. W tym stanie rzeczy Izba nakazała wykreślenie kryteriów termin uruchomienia usługi i czas dokonania zmian parametrów łączy uznając, iż zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego. Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, stosownie do postanowień § 3 pkt 1, pkt 2b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący