

Sygn. akt: KIO 1991/15

POSTANOWIENIE
z dnia 21 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 21 września 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2015r. przez **wykonawcę Viatelecome Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Św. Jerzego 1A** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Podlaskie – Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego z siedzibą w Białymstoku, ul. Ks. Kard. St. Wyszyńskiego 1**

przy udziale **wykonawcy SANSEC Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Prusa 2** zgłaszającego swój udział w sprawie sygn. akt KIO 1991/15 po stronie odwołującego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę Viatelecome Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Św. Jerzego 1A** tytułem wpisu od odwołania

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę i wdrożenie urządzeń warstwy aktywnej w ramach projektu Sieć Szerokopasmowa Polski wschodniej - województwo podlaskie realizowanego przez Województwo Podlaskie - Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 169-307945 w dniu 2 września 2015r.

Wobec treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w dniu 11 września 2015r. odwołanie wniósł wykonawca Viatelecome Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Św. Jerzego 1A – zwany dalej odwołującym. Odwołanie zostało podpisane przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 11 września 2015r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478, poz. 605 – dalej ustawy) przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
- 2) w konsekwencji naruszenia opisanego w pkt. 1) - art. 7 ust. 1 ustawy przez nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienia poprzez opis przedmiotu zamówienia uniemożliwiający złożenie Viatelecome oferty spełniającej wszystkie parametry przedmiotu zamówienia, jednak niebędące produktami marki Huawei.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
- 2) dokonania modyfikacji postanowień dokumentacji postępowania polegającej in fine na dopuszczeniu zaoferowania w węzłach dystrybucyjnych routerów zamiast przełączników MPLS
- 3) alternatywnie do punktu 2) - usunięcie wymogu wsparcia HQoS w urządzeniach przewidzianych do warstwy dystrybucyjnej.

Wniósł również o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, gdyż

zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który uniemożliwia złożenia oferty innej niż producenta Huawei, a co zatem idzie - przez wykonawców niewspółpracujących z tym producentem. Odwołujący stoi na stanowisku, że nie ma możliwości złożenia oferty, która zawiera rozwiązanie alternatywne, aczkolwiek w pełni realizujące cel jaki zamawiający zamierza osiągnąć poprzez realizację zamawianych dostaw.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający w załączniku nr 1 do siwz zawarł postanowienie:

„Węzeł dystrybucyjny należy wyposażyć w minimum: urządzenie aktywne IP sieci dla węzłów dystrybucyjnych - przełącznik MPLS”

jak również:

„W relacji węzeł dystrybucyjny - węzeł szkieletowy, w celu priorytetyzacji grupy usług (zagnieżdżania usług) dla Operatorów dostępowych, urządzenie dystrybucyjne i urządzenie szkieletowe na każdym porcie musi wspierać minimum trzystopniowy mechanizm HQoS. Alle ma możliwości przesunięcia obsługi HQoS z dystrybucji na (...)”

Takie zestawienie wymagań zdaniem odwołującego powoduje, że każdy wykonawca zmuszony jest do zaoferowania w warstwie dystrybucyjnej przełącznika MPLS wspierającego minimum trzystopniowy mechanizm HQoS.

Producenci (poza Huawei) urządzeń aktywnych, wedle oświadczenia odwołującego, mechanizm HQoS implementują w modularnych routerach, które powyższym postanowieniem siwz zostały wykluczone.

Tym samym, w ocenie odwołującego, utrzymanie obecnego brzmienia dokumentacji postępowania w tym zakresie powoduje, że ofertę mogą złożyć wyłącznie wykonawcy współpracujący z producentem/przedstawicielem Huawei, czyli de facto - Huawei decyduje która firma może ubiegać się o zamówienie.

W dniu 11 września 2015r. zamawiający zamieścił na stronie internetowej informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 14 września 2015r. (13.09.2015r. niedziela – dzień ustawowo wolny od pracy) do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego drogą elektroniczną zgłosił się wykonawca SANSEC Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Prusa 2 wskazując, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia mu złożenie ważnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Zamawiający w ocenie przystępującego tworząc koniunkcję wymagań w zakresie przełączników MPLS uniemożliwił zaoferowanie innych produktów, niż produkty Huawei, co stoi w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości. Zgłoszenie zostało podpisane podpisem cyfrowym przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia

zgłoszenia została przekazana odwołującemu i zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 14 września 2015r.

W dniu 17 września 2015r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i oświadczył, że uznaje odwołanie w całości. W uzasadnieniu wskazał, że wpisując do opisu przedmiotu zamówienia informację o przełącznikach MPLS, miał na myśli przełączanie MPLS za pomocą dowolnego urządzenia. Biorąc pod uwagę, że tak postawione wymaganie może budzić kontrowersje związane z nazwami niektórych producentów, zamawiający powyższe postanowienie siwz zmodyfikował. W sekcji związane z urządzeniami dystrybucyjnymi i NGA istnieje postanowienie mówiące o tym, że zamawiający wymaga, aby urządzenie dystrybucyjne było modułarne lub niemodularne, natomiast, aby spełniać wymogi odwołania zamawiający dodał, że urządzenie może być routerem MPLS lub przełącznikiem MPLS, co w ocenie zamawiającego, daje dowolność przy wyborze urządzenia przez odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz uprawdopodobnił możliwość zaistnienia szkody, co wypełnia przesłanki materialnoprawne dopuszczalności odwołania opisane w art. 179 ust. 1 ustawy.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że po stronie zamawiającego nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego nie nastąpiło.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowań odwoławczych.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo

zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez odwołujących na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: