

Sygn. akt: KIO 3431/22

WYROK

z dnia 5 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2023 r., odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **Suntar Professional Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Tarnowie, ul. Boya-Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Wojewódzki im. Św. Łukasza Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej** w Tarnowie, ul. Lwowska 178 a, 33-100 Tarnów

przy udziale wykonawcy **Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Tarnowie, ul. Szkotnik 2B/15, 33-100 Tarnów zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami: V b i V c oraz zarzutu V a w części dotyczącej łącza ISDN PRA (30B+D) oraz rozwiązań opartych na urządzeniach typu Softswitch, bram VoIP/PSTN oraz innych bram VoIP;
2. Oddała odwołanie w pozostałym zakresie;
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego Suntar Professional Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Suntar Professional Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie na rzecz Szpitala Wojewódzkiego im. Św. Łukasza Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Tarnowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Szpital Wojewódzki im. Św. Łukasza SP ZOZ w Tarnowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług telefonii publicznej, dzierżawę cyfrowej centrali telefonicznej i aparatów telefonicznych z zachowaniem dotychczasowej numeracji, serwisem technicznym i pracami konserwacyjnymi dla Szpitala Wojewódzkiego im. Św. Łukasza SP ZOZ w Tarnowie w okresie 48 miesięcy, numer referencyjny: 86/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 16 grudnia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych, numer ogłoszenia: numer ogłoszenia 2022/BZP 00500020/01. Specyfikacja warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej prowadzonego postępowania w tej samej dacie.

21 grudnia 2022 r. Suntar Professional Services sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SWZ, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) „art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 2 zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie rodzaju łącz w sposób niewskazujący na funkcjonalności czy efekt jaki Zamawiający chce osiągnąć, w konsekwencji utrudniający uczciwą konkurencję z uwagi na bezpodstawne wyeliminowanie rozwiązań, które są w stanie zapewnić funkcjonalności odpowiednie przez Zamawiającego, gdyby OPZ wskazywał na efekt jaki Zamawiający planuje osiągnąć przy realizacji przedmiotu zamówienia, przez co wymagane cechy usługi nie są związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do wartości i celów jakie chciałby osiągnąć Zamawiający”;
- 2) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i ograniczony do dotychczasowego wykonawcy usług poprzez wymaganie, aby przełączenie wykorzystywanych dotychczas przez Zamawiającego usług odbyło się bez przerw w łączności (ciągła możliwość realizacji połączeń do Zamawiającego na obecnie wykorzystywaną numerację - dopuszczalna przerwa łączności do 5 min);
- 3) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i ograniczony do dotychczasowego wykonawcy usług poprzez wymaganie

zaoferowania wszystkich aktywnych portów SIP/IP, mając na uwadze brak sprecyzowania ilości Softphone'ów oraz domofonów, co może doprowadzić do nieporównywalności ofert.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby dokonał modyfikacji treści SWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania oraz wydłużył termin składania ofert o 7 dni.

W uzasadnieniu pierwszego zarzutu, oznaczonego w odwołaniu V a, Odwołujący przywołał przepis art. 99 ust. 4 ustawy Pzp i wybrane orzeczenia Izby oraz podał, że w jego ocenie Zamawiający w sposób nieuprawniony wymaga zaoferowania następujących usług: łącza ISDN PRA (30B+D); styku liniowego SS7 z operatorem krajowym w strefie numeracyjnej 14 oraz nie dopuszcza rozwiązań opartych na urządzeniach typu Softswitch, bram VoIP/PSTN oraz innych bram VoIP, mimo że są to rozwiązania oferujące funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego i powszechnie stosowane u szeregu Zamawiających, w tym szpitali czy innych jednostek ochrony zdrowia.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien jedynie wskazać efekt, funkcjonalność czy cel jaki chce uzyskać. Zamawiający natomiast w taki sposób buduje zapisy OPZ, aby uniemożliwić zaoferowanie powszechnie funkcjonujących rozwiązań bazujących na rozwiązaniach VoIP, wymagając przy tym łączy i styku, które funkcjonują co do zasady pomiędzy operatorami telekomunikacyjnymi a nie u klienta końcowego. Zamawiający winien w pierwszej kolejności dokonywać opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie efektu/funkcjonalności, które chciałbym osiągnąć (bez ograniczania konkurencji poprzez uniemożliwienie zaoferowania powszechnie funkcjonujących rozwiązań opartych o VoIP). W ocenie Odwołującego kwestionowane przez niego zapisy nie znajdują uzasadnienia w przedmiocie zamówienia. Rozwiązania oferowane przez Odwołującego w przypadku wykreślenia kwestionowanych zapisów dotyczących wymagań co do łączy ISDN ISDN PRA (30B+D); wymagań co do styku liniowego SS7 z operatorem krajowym w strefie numeracyjnej 14 oraz dopuszczenie rozwiązań opartych o VoIP (wykreślenie zastrzeżenia, że Zamawiający nie dopuszcza rozwiązań opartych na urządzeniach typu Softswitch, bram VoIP/PSTN oraz innych bram VoIP.) zapewniają wszelkie funkcjonalności i parametry opisane przez Zamawiającego. Brak jest tym samym jakichkolwiek podstaw do ograniczenia przez Zamawiającego tego typu rozwiązań, które w żadnej mierze nie są gorsze od rozwiązań wskazanych w SWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SWZ (opisu przedmiotu zamówienia) poprzez wykreślenie kwestionowanych postanowień.

W uzasadnieniu drugiego zarzutu (oznaczonego w odwołaniu V b) Odwołujący wskazał, że wymaganie, aby przełączenie wykorzystywanych dotychczas przez Zamawiającego usług odbyło się bez przerw w łączności (ciągła możliwość realizacji połączeń do Zamawiającego na obecnie wykorzystywaną numerację - dopuszczalna przerwa łączności do 5 min) powoduje, że możliwość zaoferowania przedmiotu zamówienia zgodnego z OPZ umożliwiona została tylko dotychczasowemu wykonawcy usług. Kwestia przełączania numerów pomiędzy operatorami uregulowana jest w przepisach powszechnie obowiązujących przewidując, iż termin na takie przeniesienie to 24 godziny. W ocenie Odwołującego ograniczenie tego typu regulacji do 5 min. jednoznacznie zmierza do obejścia przepisów w zakresie zamówień publicznych i doprowadzenia do udzielenia zamówienia dotychczasowemu wykonawcy.

Odwołujący wniósł o wykreślenie kwestionowanych postanowień.

W uzasadnieniu trzeciego zarzutu (oznaczonego w odwołaniu V c) Odwołujący podał, że w jego ocenie Zamawiający w sposób nieuprawniony wymaga zaoferowania aktywnych wszystkich portów SIP/IP dla dowolnego producenta (telefony SIP, Softphone SIP, domofony SIP). Różni producenci oferują różną ilość portów SIP/IP, więc wymaganie, aby niezależnie od producenta wszystkie porty były aktywne, spowoduje nieporównywalność ofert. Zamawiający sprecyzował jedynie ilość telefonów SIP, bez wskazywania ilości Softphone'ów oraz domofonów. Powyższe powoduje, że wymaganie aktywności wszystkich portów należy uznać za niezwiązane z przedmiotem zamówienia, zaś Zamawiający winien doprecyzować wymaganą przez siebie ilość aktywnych portów.

Odwołujący wniósł o wykreślenie kwestionowanych postanowień.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

- 1) decyzji Ministra Zdrowia z 9 maja 2022 roku znak DIWP.550.38.2021.MS (ATS) dla wykazania faktu uznania Zamawiającego za operatora usługi kluczowej w sektorze ochrony zdrowia;
- 2) pisma Zamawiającego z 30 grudnia 2022 roku wraz z wydrukiem karty postępowania potwierdzającej umieszczenie zmiany SWZ na stronie internetowej Zamawiającego dla wykazania wprowadzenie zmian do SWZ i ich zakresu;
- 3) załącznika nr 1 do Zarządzenia Nr 2/2014 Komendanta Miejskiego Państwowej Straży Pożarnej w Tarnowie z dnia 16 kwietnia 2014 roku zatytułowanego: Wymagania organizacyjno-techniczne dotyczących uzgadniania przez Komendanta Miejskiego

Państwowej Straży Pożarnej w Tarnowie sposobu połączenia urządzeń sygnalizacyjno - alarmowych systemu sygnalizacji pożarowej z obiektem Komendy Miejskiej PSP w Tarnowie – Stanowisko Kierowania Komendanta Miejskiego Państwowej Straży Pożarnej w Tarnowie pobranego ze strony internetowej: <https://www.gov.pl/web/kmpsp-tarnow/dokumenty--prewencja> dla wykazania faktu wymagań PSP dla systemów transmisji w zakresie przesyłania alarmów pożarowych.

Zamawiający podał, że dokonał zmiany treści SWZ w ten sposób, że:

- 1) w załączniku nr 4, w pkt 1.2. usunął treść: „doprowadzenie łączy PRA w technologii światłowodowej”,
- 2) w załączniku nr 4, w pkt. 1.4. dotychczasowa treść: „Aktywne wszystkie porty SIP/IP dla dowolnego producenta (telefony SIP, Softphone SIP, domofony SIP)” otrzymała brzmienie: „Aktywne 200 portów SIP/IP dla dowolnego producenta (telefony SIP, Softphone SIP, domofony SIP)”
- 3) sformułowanie w dokumentacji przetargowej: „Wykonawca zapewni przełączenie dotychczas wykorzystywanych przez Zamawiającego usług bez przerw w łączności (ciągła możliwość realizacji połączeń do Zamawiającego na obecnie wykorzystywaną numerację - dopuszczalna przerwa łączności do 5 min)” otrzymało brzmienie: „Wykonawca zapewni przełączenie wewnętrznych numerów abonenckich w czasie nieprzekraczającym 5 minut przerwy w łączności na jeden numer abonencki”.

oraz stwierdził, że konsekwencją wprowadzonych zmian jest bezprzedmiotowość zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr V b oraz V c (ww. zarzuty nr 2 i 3).

Następnie Zamawiający oświadczył, że nie zgadza się z treścią zarzutu V a, wskazując, iż wprowadzony do specyfikacji opis złącza ISDN PRA (30 B+D) oraz wymaganie styku liniowego SS7 z operatorem krajowym w strefie numeracyjnej 14 jest standardowym opisem technologii sieci telekomunikacyjnej, której oczekuje, zaliczanej do grupy połączeń komutowanych. Zamawiający wyeliminował rozwiązania oparte na Softswitchach, bramach VoIP/PSTN oraz innych bramach VoIP, ponieważ oczekuje technologii opartej na ISDN. Opisana wyżej symbolika sprowadza się do oczekiwania przez Zamawiającego zapewnienia funkcjonowania usługi telefonii publicznej w oparciu o odrębną sieć telekomunikacyjną (analogową), a nie internetową (VoIP), przy czym, jest świadomy wad i zalet obu rozwiązań. Zdecydował się na telefonię analogową z kilku powodów, tj.:

- 1) u Zamawiającego funkcjonują urządzenia faksowe, dla których bezproblemowego działania wymagana jest technologia ISDN;

- 2) do przesyłania alarmów pożarowych Zamawiający wykorzystuje łącza ISDN, co jest rozwiązaniem wymaganym przez Państwową Straż Pożarną dla systemów transmisji (strona 13 Wymagań organizacyjno-technicznych dotyczących uzgadniania przez Komendanta Miejskiego Państwowej Straży Pożarnej w Tarnowie sposobu połączenia urządzeń sygnalizacyjno – alarmowych systemu sygnalizacji pożarowej z obiektem Komendy Miejskiej PSP w Tarnowie przy ul. Klikowskiej 39, 33-100 Tarnów – Stanowisko Kierowania Komendanta Miejskiego Państwowej Straży Pożarnej w Tarnowie”. Według wiedzy Zamawiającego podobne wytyczne funkcjonują także w innych rejonach Polski. Państwowa Straż Pożarna nie dopuszcza do przesyłania alarmów pożarowych rozwiązań, których wprowadzenia do SWZ oczekuje Odwołujący;
- 3) decyzją z 9 maja 2022 roku znak DIWP.550.38.2021.MS (ATS) Minister Zdrowia uznał Zamawiającego za operatora usługi kluczowej w sektorze zdrowia. Zgodnie z art. 8 pkt 6 ustawy z dnia 5 lipca 2018 roku o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa (tj. Dz.U. z 2022, poz. 1863) do obowiązków operatora usługi kluczowej należy wdrożenie systemu zarządzania bezpieczeństwem w systemie informacyjnym wykorzystywanym do świadczenia usługi kluczowej zapewniającego stosowanie środków łączności umożliwiających prawidłową i bezpieczną komunikację w ramach krajowego systemu cyberbezpieczeństwa. Systemy oparte na sieciach analogowych uznawane są powszechnie za rozwiązania zdecydowanie bezpieczniejsze, ze względu na ich niezawodność i niezależność od sieci Internet.

Zamawiający zwrócił uwagę, że funkcjonalności technologii ISDN opisane są w protokole DSSS1, na którym opiera się ISDN, zatem zarzut dotyczący braku opisu funkcjonalności systemu, jakiego oczekuje, pozostaje nieuzasadniony.

Do pisma załączono: decyzję Ministra Zdrowia z 9 maja 2022 roku znak DIWP.550.38.2021.MS (ATS), pismo Zamawiającego „Zmiana treści SIW” z 30 grudnia 2022 roku, wydruk karty postępowania z 30.12.2022 r., Załącznik nr 1 do Zarządzenia Nr 2/2014 Komendanta Miejskiego Państwowej Straży Pożarnej w Tarnowie z dnia 16 kwietnia 2014 roku.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego stając się uczestnikiem postępowania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego oraz załączone do odpowiedzi na odwołanie ww. dowody, a także dowody złożone przez Odwołującego w postaci: Decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z 11 grudnia 2019 r., Decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 24 grudnia 2019 r., wydruku ze strony internetowej T-Mobile dotyczącego realizacji punktów styku sieci.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane przez Strony i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że zamierza złożyć ofertę, której treść odpowiada warunkom zamówienia opisanych w specyfikacji warunków zamówienia oraz pozwala w sposób obiektywny konkurować z innymi wykonawcami, którzy złożą ofertę. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy. W konsekwencji opis przedmiotu zamówienia pozwalałyby na obiektywne konkurowanie wykonawców i oferowanie sprzętu i oprogramowania, który nie jest uprzywilejowany przez zapisy SWZ (czy też przez niego wyeliminowany). Poprzez zaniechanie dokonania powyższych czynności Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Na posiedzeniu z udziałem stron Odwołujący cofnął odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr V b i V c oraz w części w zakresie zarzutu oznaczonego nr V a, tj. w zakresie dotyczącym wymagań co do łączy ISDN ISDN PRA (30B+D) oraz niedopuszczenia rozwiązań opartych o VoIP.

W związku z tym postępowanie w tym zakresie podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp.

Odwołujący podtrzymał zarzut V a w części odnoszącej się do wymagań styku liniowego SS7 z operatorem krajowym w strefie numeracyjnej 14.

W związku z tym rozpoznaniu przez Izbę podlegał zarzut V a w ograniczonym zakresie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 3.1. SWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załącznikach nr 4, 4 A i 5 do specyfikacji.

Zgodnie z pkt 1. 26. załącznika nr 4 do SWZ *Formularz asortymentowy - warunki techniczne:*

„(...) Zamawiający wymaga styku liniowego SS7 z operatorem krajowym w strefie numeracyjnej 14”

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty zawarte w odwołaniu, w granicach których Izba orzeka.

Zgodnie z art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp: *1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. 2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. 4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.*

Stosownie do art. 16 pkt 1 ustawy Pzp: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*

Jak wyżej wskazano Izba orzeka w granicach zarzutów odwołania, które powinny nie tylko obejmować wskazanie przepisu ustawy, który zdaniem odwołującego został naruszony przez zamawiającego, ale przede wszystkim okoliczności faktyczne, które jego zdaniem wskazują na uchybienie wskazanym normom. Zarzuty odwołania powinny być w sposób pełny i jednoznacznie oddający intencje odwołującego uzasadnione, tj. tak aby nie było wątpliwości co do ich treści. Zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp odwołanie powinno

bowiem zawierać wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

W zakresie pierwszego zarzutu (V a) Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie ww. przepisów *poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie rodzaju łącz w sposób niewskazujący na funkcjonalności czy efekt jaki Zamawiający chce osiągnąć, w konsekwencji utrudniający uczciwą konkurencję z uwagi na bezpodstawne wyeliminowanie rozwiązań, które są w stanie zapewnić funkcjonalności odpowiednie przez Zamawiającego, gdyby OPZ wskazywał na efekt jaki Zamawiający planuje osiągnąć przy realizacji przedmiotu zamówienia, przez co wymagane cechy usługi nie są związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do wartości i celów jakie chciałby osiągnąć Zamawiający.*

W treści uzasadnienia tego zarzutu Odwołujący dał wyraz oczekiwaniu, aby Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia jedynie efekt, funkcjonalność czy cel jaki chce uzyskać oraz wykreślił zakwestionowane w odwołaniu postanowienia SWZ. Jego zdaniem Zamawiający niezasadnie opisał przedmiot zamówienia, w sposób uniemożliwiający zaoferowanie powszechnie funkcjonujących rozwiązań bazujących na rozwiązaniach VoIP, a w zakresie styków wskazując wprost jedynie: *„wymagając przy tym łączy i styku, które funkcjonują co do zasady pomiędzy operatorami telekomunikacyjnymi a nie u klienta końcowego”*. W ocenie Odwołującego kwestionowane przez niego zapisy nie znajdują uzasadnienia w przedmiocie zamówienia. Odwołujący w odwołaniu nie podał jednak z czego wywodzi takie stanowisko. Stwierdził natomiast, że w przypadku wykreślenia kwestionowanych zapisów dotyczących wymagań co do łącz ISDN ISDN PRA (30B+D), wymagań co do styku liniowego SS7 z operatorem krajowym w strefie numeracyjnej 14 oraz dopuszczenia rozwiązań opartych o VoIP, oferowane przez niego rozwiązania, zapewniają wszelkie funkcjonalności i parametry opisane przez Zamawiającego. Brak jest zatem według Odwołującego podstaw do ograniczenia przez Zamawiającego tego typu rozwiązań, które w żadnej mierze nie są gorsze od rozwiązań wskazanych w SWZ.

Z odwołania wynika zatem, że Odwołujący oczekuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który pozwoliłby mu na zaoferowanie innych rozwiązań, niż oczekiwane przez Zamawiającego, a które, jego zdaniem, mogłyby zapewnić uzyskanie oczekiwanego efektu przez Zamawiającego.

Przedmiotem zamówienia jest m.in. świadczenie usług telefonii publicznej. Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie Zamawiający oczekuje zapewnienia funkcjonowania usługi telefonii publicznej w oparciu o odrębną sieć telekomunikacyjną (analogową), a nie internetową (VoIP). Ze stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego wynika, że jego

celem jest w jak największym stopniu uniezależnienie się od Internetu, oraz że systemy oparte na sieciach analogowych są zdecydowanie bezpieczniejsze, ze względu na ich niezawodność i niezależność od sieci Internet. Z tych względów w opisie przedmiotu zamówienia zostały przez niego postawione wymagania dotyczące analogowych rozwiązań. Zdaniem Zamawiającego zapewniają one bowiem bezpieczeństwo połączeń, które zważywszy na specyfikę realizowanych usług oraz posiadany status operatora usługi kluczowej w sektorze zdrowia, jest obowiązany zapewnić.

W sprawie zwraca uwagę, że Odwołujący cofnął omawiany zarzuty w części dotyczącej wymagań co do łączności ISDN PRA (30B+D) oraz niedopuszczenia rozwiązań opartych o VoIP. Oznacza to, że zaakceptował w tym zakresie rozwiązania analogowe, dając tym samym wyraz, że uznaje, iż wymagania co do nich nie naruszają wskazanych przepisów ustawy Pzp. Jednocześnie Odwołujący podtrzymał zarzut dotyczący wymagań co do styku liniowego SS7 z operatorem krajowym w strefie numeracyjnej 14, o którym mowa w uzasadnieniu odwołania w sposób wskazujący na jego łączne traktowanie z zakwestionowanymi łączkami. Odwołanie nie zawiera konkretnych argumentów co do nieprawidłowości opisu wymagań co do styku, potwierdzających ogólne stwierdzenie, że opis przedmiotu zamówienia nie jest związany z przedmiotem zamówienia jak też, że nie jest proporcjonalny do jego wartości i celów. Odwołujący w odwołaniu nie przedstawił wyводу w tym zakresie. Jak natomiast wyżej wskazano, pełny zarzut powinien zawierać precyzyjne wskazanie okoliczności, które zdaniem Odwołującego przemawiają za uznaniem, iż zakwestionowany wymóg co do styku SS7, stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp.

Na rozprawie, w zakresie punktu styku Odwołujący stwierdził, że powinny zostać dopuszczone rozwiązania w technologii SIP, tj. technologii internetowej, która jest bardziej nowoczesna i powszechnie stosowana. Również dopiero na rozprawie Odwołujący przedstawił argumentację dotyczącą tego, iż technologia SIP umożliwia szerszy zakres usług niż technologia SS7. Także dopiero na rozprawie Odwołujący podniósł, że jego zdaniem punkty styku w technologii SIP, w której chciałby zrealizować zamówienie w tym zakresie, powinny być dopuszczone, bowiem postawione przez Zamawiającego wymagania co do nich ogranicza konkurencję. Budowa takiego styku jest bowiem kosztowna i czasochłonna - szacowany czas budowy takiego punktu styku to 25 tygodni. W związku z tym jego zdaniem nie da się zrealizować tego wymagania przed złożeniem ofert.

Jak natomiast stwierdził Zamawiający, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, jakkolwiek czas realizacji punktu styku może być długotrwałym procesem, to jednak nie jest to styk tworzony wyłącznie na potrzeby tego zamówienia. Każdy operator może mieć taki punkt styku i z niego skorzystać przy realizacji tego zamówienia. Zdaniem Zamawiającego, to, że

Odwołujący nie ma takiego styku nie oznacza ograniczenia konkurencji, podobnie jak to, że nie każdy wykonawca jest operatorem telekomunikacyjnym.

Odwołujący dopiero na rozprawie podał okoliczności składające się na zarzut dotyczący jego zdaniem bezzasadnego wymogu co do styku liniowego SS7 z operatorem krajowym w strefie numeracyjnej 14. Jest to działanie spóźnione. Okoliczności faktyczne składające się na zarzut powinny bowiem zostać przedstawione w odwołaniu. Tymczasem w odwołaniu w tym zakresie Odwołujący wskazał jedynie, że wymagane przez Zamawiającego łącza (co do których cofnął odwołanie) oraz styki (co do których podtrzymał odwołanie) *funkcjonują co do zasady pomiędzy operatorami telekomunikacyjnymi a nie u klienta końcowego*, nie wskazując przy tym, dlaczego ta okoliczność miałaby przesądzać o naruszeniu przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp. Nawet jednak, gdyby chcieć przyjąć, że przedstawiona przez Odwołującego na rozprawie argumentacja i złożone dowody, mają związek z ww. twierdzeniem zawartym w odwołaniu, to należy je uznać za nietrafione.

Przedłożony dowód w postaci decyzji z 24 grudnia 2023 r., z której wynika m.in., że Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej zobowiązał Orange Polsk S.A. do przygotowania zmiany oferty ramowej w części poprzez wprowadzenie do Oferty SOR punktów styku sieci w technologii IP/SIP, nie potwierdza, że wymóg Zamawiającego postawiony w SWZ, dotyczący styku liniowego SS7 narusza prawo czy uczciwą konkurencję. Wynika z niej bowiem, że niezależnie od oferowanej dotychczas technologii SS7, winna zostać dopuszczona technologia IP/SIP. Zgodzić się zatem należy z Zamawiającym, że przysługuje mu wybór w tym zakresie. Skorzystanie z takiego wyboru samo w sobie nie stanowi naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów Pzp.

Naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów nie potwierdzają także pozostałe dowody złożone przez Odwołującego.

Schemat usług zakańczania połączeń, na który Odwołujący zwracał na rozprawie uwagę, przedstawiony w decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 11 grudnia 2019 r, nie wskazuje bowiem, aby podnoszona na rozprawie okoliczność, iż wymóg co do spornego styku, umiejscowionego w tym schemacie jako czwarty, w sytuacji, gdy co do dwóch pierwszych elementów nie ma sporu, że mogą być analogowe, a co do trzeciego Zamawiający nie określił wymagań, miałby wskazywać na uchybienie ww. przepisom.

Podobnie takiego uchybienia nie można się dopatrzeć w wymaganym czasie potrzebnym na realizację punktu styku SS7 lub SIP, wskazanym w złożonym przez Odwołującego wydruku ze strony T-Mobile.

W ocenie Izby skoro nie jest sporne, że każdy z wykonawców jest w stanie zrealizować punkt styku w technologii SS7, a Zamawiający wykazał, że wymogi w tym zakresie są uzasadnione jego usprawiedliwionymi potrzebami związanymi z potrzebą uniezależnienia się od Internetu, i są one spójne z zaakceptowanymi przez Odwołującego innymi elementami, wskazującymi na oczekiwanie analogowych rozwiązań, które - jak wynika z twierdzeń Zamawiającego - dla zwiększenia bezpieczeństwa mają funkcjonować u niego obok stosowanych także rozwiązań internetowych, to należy uznać, że zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia nie potwierdził się.

Z ww. względów należy uznać, że nie zostało także potwierdzone, aby poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego wymogu w zakresie styku liniowego SS7 z operatorem krajowym w strefie numeracyjnej 14 zostały naruszone zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Obowiązku zachowania uczciwej konkurencji nie można bowiem utożsamiać z nakazem dopuszczenia wszystkich rozwiązań oferowanych przez wykonawców, w oderwaniu od potrzeb zamawiającego. Okoliczność, iż określone postanowienia opisu przedmiotu zamówienia utrudniają niektórym z wykonawców występujących na danym rynku złożenie oferty, nie oznacza sama w sobie niezgodności takich postanowień z ustawą Pzp. W sytuacji, gdy wymagania postawione przez zamawiającego są uzasadnione jego usprawiedliwionymi potrzebami i nie naruszają powszechnie obowiązujących przepisów prawa, nie mogą być uznane za sprzeczne z wskazanymi przez Odwołującego przepisami Pzp.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego chodzi o zaspokojenie uzasadnionych potrzeb zamawiającego, które, w ocenie Izby, w analizowanej sprawie zostały wykazane. Zamawiający został uznany za operatora usługi kluczowej w sektorze zdrowia, co wynika z decyzji Ministra Zdrowia z 9 maja 2022 roku, znak: DIWP.550.38.2021.MS (ATS), a z art. 8 pkt 6 ustawy z dnia 5 lipca 2018 roku o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa (tj. Dz.U. z 2022, poz. 1863) wynika, że, do obowiązków operatora usługi kluczowej należy wdrożenie systemu zarządzania bezpieczeństwem w systemie informacyjnym wykorzystywanym do świadczenia usługi kluczowej zapewniającego stosowanie środków łączności umożliwiających prawidłową i bezpieczną komunikację w ramach krajowego systemu cyberbezpieczeństwa. W sytuacji, gdy według Zamawiającego systemy oparte na sieciach analogowych uznawane są za rozwiązania bezpieczniejsze, ze względu na ich niezawodność i niezależność od sieci Internet, z której Zamawiający także korzysta, to trudno uznać, że postawione przez niego wymaganie w zakresie styku SS7 z operatorem krajowym w strefie numeracyjnej 14 nie jest związane z jego uzasadnionymi potrzebami.

Okoliczność, iż Odwołujący w części przedmiotu zamówienia dotyczącej styku SS7 nie jest aktualnie gotów do sprostania oczekiwaniom Zamawiającego, czy też wolałby zaoferować inne posiadane przez siebie rozwiązanie, w sytuacji, gdy - jak sam stwierdził na rozprawie - każdy z wykonawców jest w stanie zrealizować punkt styku w technologii SS7, sama w sobie, nie oznacza, że Zamawiający naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp.

Z tych względów podtrzymany przez Odwołującego w części zarzut odwołania nie może zostać uwzględniony.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, mającego wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: