

Sygn. akt: KIO/UZP 592/08

WYROK
z dnia 30 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Andrzej Niwicki
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **NET Technology S.A., 03-977 Warszawa, ul. Marokańska 2S** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Sprawiedliwości, 00-950 Warszawa, Al. Ujazdowskie 11** protestu z dnia 04 czerwca 2008 r.

przy udziale **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i unieważnia postępowanie w części pierwszej,

2. kosztami postępowania obciąża Ministerstwo Sprawiedliwości, 00-950 Warszawa, Al. Ujazdowskie 11 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2032 zł 00 gr. (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **NET Technology S.A., 03-977 Warszawa, ul. Marokańska 2S,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4472 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta siedemdziesiąt dwa złote) przez **Ministerstwo Sprawiedliwości, 00-950 Warszawa, Al. Ujazdowskie 11** na rzecz **NET Technology S.A., 03-977 Warszawa, ul. Marokańska 2S** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 17968 zł 00 gr. (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **NET Technology S.A., 03-977 Warszawa, ul. Marokańska 2S.**

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

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na "Zakup usługi transmisji danych na potrzeby obsługi ogólnopolskich i lokalnych systemów informatycznych, zapewnienia użytkownikom dostępu do centralnych i lokalnych baz danych, świadczenie usług audio i video dla jednostek organizacyjnych resortu sprawiedliwości oraz obsługi centralnych rejestrów sądowych: Krajowy Rejestr Sądowy (KRS), Rejestr Zastawów (RZ), Nowa Księga Wieczysta (NKW) i innych resortowych systemów informatycznych drogą elektroniczną" w dniu 04.06.2008r. wykonawca NET Technology S.A. (dalej NET) złożył protest, który dotyczył treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ); Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 21.05.2008r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił SIWZ na swojej stronie internetowej.

Zamawiający wskazał, że na zamówienie składają się trzy części, a każdy wykonawca może złożyć ofertę na jedną, dwie lub trzy części tego zamówienia.

Zastrzeżenia NET dotyczyły:

1. rozdziału VIII ust. 1 pkt 2 w związku z postanowieniami rozdziału IX ust. 6 w części dotyczącej wymaganego doświadczenia,

2. rozdziału XIV ust. 8 pkt 8.5.4 lit. a) w związku z postanowieniami rozdziału XVI ust. 2 lit. a),
3. par. 5 pkt 7 IPU w związku z postanowieniami załącznika nr 4 do SIWZ – „Plan – Harmonogram realizacji umowy”.

NET zarzucił Zamawiającemu naruszenie **art. 7 w związku z art. 22, art. 29 oraz 353¹ KC**.

Wykazując swój interes prawny NET stwierdził, że jest podmiotem z realnymi szansami na wygranie postępowania przy zachowaniu warunków uczciwej konkurencji i zapisów ustawowych.

Wykonawca NET zażądał:

1. złagodzenia warunku udziału w postępowania w zakresie wymaganego doświadczenia,
2. wykreślenia zapisu w rozdziale XIV ust. 8 pkt 8.5.4 lit. a) i rozdziale XVI ust. 2 lit. a) w części ograniczającej do 10% łącznej ryczałtowej ceny brutto – oddzielnie dla każdej części zamówienia, koszty za zestawienie, uruchomienie i oddanie do eksploatacji zabudowanych urządzeniami aktywnymi łącza dostępowych do wszystkich lokalizacji zamawiającego,
3. wydłużenie terminu realizacji zamówienia do co najmniej 8 miesięcy od podpisania umowy

alternatywnie o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu protestu NET:

odnośnie żadanego przez Zamawiającego doświadczenia stwierdził, że postawiony w rozdziale VIII ust. 1 pkt 2 SIWZ warunek stanowi naruszenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podał, że Zamawiający w sposób następujący sformułował sporny warunek: „w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie: wykonawca zestawił i uruchomił co najmniej jedną infrastrukturę sieciową IP VPN dla co najmniej 200 lokalizacji (punktów dostępowych) i w oparciu o uruchomioną infrastrukturę świadczył w okresie nie krótszym niż 1 rok lub aktualnie świadczy usługi transmisji danych w okresie nie krótszym niż rok. Warunek musi być spełniony przez Wykonawcę niezależnie od tego czy składa ofertę na jedną, dwie lub trzy części zamówienia tzn. wykonane (wykonywane) usługi mogą potwierdzać spełnienie tego warunku dla jednej lub dwóch lub trzech części zamówienia”.

NET podniósł, że warunki graniczne w postaci 200 lokalizacji, niezależnie od tego czy wykonawca składa ofertę na 1,2 lub 3 części, są zbyt wygórowane i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, ponieważ:

1. Zamawiający różnicuje w zależności od części zamówienia ilość lokalizacji, które wynoszą dla części I – 42 lokalizacje, a zamawiający wymaga doświadczenia dla 200 lokalizacji.
2. Wymóg świadczenia usługi dla 200 lokalizacji może dotyczyć wyłącznie świadczenia usługi dla podmiotów z zakresu administracji publicznej; podmiot prywatny zazwyczaj nie dysponuje tyłoma własnymi ośrodkami / oddziałami.
3. Świadczenie usługi dla 100 podmiotów nie różni się od świadczenia usługi dla 50 czy 200 podmiotów.

Wymóg precyzujący doświadczenie w zakresie IP VPN utrudnia uczciwą konkurencję jako, że umiejętność budowy sieci rozległej nie zależy od technologii.

NET zażądał zmniejszenia wymogu zestawienia i uruchomienia co najmniej jednej infrastruktury sieciowej w dowolnej technologii do max. 100 lokalizacji lub zróżnicowanie pod względem wielkości poszczególnych części zamówienia, tj. np. dla części I – 50 lokalizacji, dla części II – 100 lokalizacji, dla części III – 100 lokalizacji.

odnośnie ograniczenia do 10% ceny ryczałtowej brutto kosztów za zestawienie, uruchomienie i oddanie do eksploatacji zabudowanych urządzeniami aktywnymi łączy dostępowych do wszystkich lokalizacji Zamawiającego stwierdził, że koszty te, jak wskazuje praktyka i doświadczenie, oscylują na zdecydowanie wyższym poziomie.

odnośnie terminu realizacji zamówienia wskazanego w par. 5 pkt 7 IPU stwierdził, że czas potrzebny wykonawcy na fizyczne wykonanie żądanych prac, który nie posiada własnej infrastruktury w tym zakresie, czyni realizację niemożliwą z przyczyn obiektywnych, niezależnych od wykonawcy (jest to możliwe tylko przez wykonawcę, który dotychczas dostarczał Zamawiającemu tego rodzaju usługi i dysponuje już właściwą infrastrukturą), zaś w przypadku wymagań wskazanych w par. 5 ust. 1-3 IPU realny czas na wykonanie wskazanych tam czynności wynosi ok. 3 miesięcy.

NET podniósł także, że postanowienia dotyczące terminu realizacji narażają w konsekwencji wszystkich, poza dotychczas świadczącym na rzecz Zamawiającego usługi, wykonawców na poniesienie stosunkowo wysokich kar umownych z tytułu niedotrzymania tego terminu, choć okoliczność ta jest od nich niezależna.

NET zażądał co najmniej 8 miesięcznego terminu na wykonanie prac, o którym mowa w par. 5 ust. 7 IPU, liczonego od momentu podpisania umowy.

Zamawiający pismem z dnia 13.06.2008r., doręczonym wykonawcy w tym samym dniu, protest oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający:

odnośnie żadanego przez siebie doświadczenia stwierdził, że określił optymalną i adekwatną ilość obsługiwanych lokalizacji, a chcąc utrzymać zasadę równego traktowania wykonawców postawił wymóg dotyczący tylko jednej struktury sieciowej. Podniósł, że SIWZ jednoznacznie określa skalę przedmiotu zamówienia, tj.

część I – Zamawiający wymaga zestawienia, uruchomienia i świadczenia usług transmisji danych w oparciu o 35 zabudowanych urządzeniami aktywnymi łączy dostępowych sieci IP VPN; jednocześnie wymaga od wykonawcy części I zapewnienia styku telekomunikacyjnego pomiędzy VPN CENTRALA a 22 VPN APELACJA i na wniosek Zamawiającego połączenia sieci IP VPN Centrala z IP VPN Apelacja, po uruchomieniu infrastruktury sieciowej zamawianej lokalnie co oznacza, że docelowa struktura sieciowa IP VPN dla części I, po zrealizowaniu postępowań przetargowych lokalnych, w okresie obowiązywania umowy, będzie liczyła co najmniej 600 lokalizacji.

część II - Zamawiający wymaga zestawienia, uruchomienia i świadczenia usług transmisji danych w oparciu o 330 zabudowanych urządzeniami aktywnymi łączy dostępowych dla obsługi Centralnych Rejestrów Sądowych,

część III - Zamawiający wymaga zestawienia, uruchomienia i świadczenia usług transmisji danych w oparciu o 203 zabudowane urządzeniami aktywnymi łączy dostępowe dla obsługi jednostek Służby Więziennej.

Z powyższego wynika, zdaniem Zamawiającego, adekwatność warunku na poziomie 200 lokalizacji.

Zamawiający nie zgodził się z NET, że nie ma różnicy pomiędzy świadczeniem usługi dla 50 i dla 200 lokalizacji, gdyż z punktu widzenia logistyki zestawienie i utrzymanie infrastruktury technicznej, a także świadczenie usług transmisji danych dla większej ilości punktów dostępowych wymaga zapewnienia odpowiedniej ilości przygotowanych zespołów technicznych, administracyjnych i sprzętu.

Świadczenie usługi w wymaganej przez Zamawiającego technologii IP VPN wymaga innych kompetencji niż świadczenie usług w „dowolnej technologii”.

odnośnie ograniczenia do 10% ceny ryczałtowej brutto kosztów za zestawienie, uruchomienie i oddanie do eksploatacji zabudowanych urządzeniami aktywnymi łączy dostępowych do wszystkich lokalizacji Zamawiającego stwierdził, że dokonał analiz finansowych i na podstawie rozeznania rynku, cen katalogowych usług transmisji danych oraz dotychczas realizowanych postępowań przetargowych określił procentowy udział przygotowania infrastruktury technicznej na poziomie 10% w okresie obowiązywania umowy.

Zamawiający zwrócił uwagę, że:

1. może finansować tylko usługi lub dostawy faktycznie zrealizowane,

2. w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zamierza zakupić usługi, a nie jak podnosi NET finansować zaliczkowo sprzęt i inwestycje mające na celu ich zapewnienie,
3. jednym z warunków udziału w postępowaniu jest, aby wykonawca znajdował się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

odnośnie terminu realizacji zamówienia

Zamawiający podniósł, że niezależnie od swoich uzasadnionych potrzeb na pozyskanie zamawianych usług, przyjęte w SIWZ terminy przygotowania infrastruktury telekomunikacyjnej dla ich świadczenia określone zostały na podstawie innych postępowań przetargowych prowadzonych u Zamawiającego oraz postępowań o porównywalnej i większej skali od przedmiotowego zamówienia.

Zwrócił uwagę, że harmonogram nie narzuca kolejności wykonywanych czynności toteż wykonawca może podjąć i realizować prace jednocześnie. Podniósł także, że postawienie wymagań wymagających nawet znacznego zaangażowania sił i środków wykonawcy, ale możliwych do spełnienia, nie prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji; każdy wykonawca musi posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponować potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Wskazał także, że przedmiot zamówienia ma być zrealizowany w odmiennej technologii od obecnie eksploatowanej w jednostkach organizacyjnych resortu sprawiedliwości, co sprawia, że żaden z dotychczasowych dostawców usług transmisji danych na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości nie jest podmiotem uprzywilejowanym. Zakreślony przez Zamawiającego termin jest optymalny biorąc pod uwagę:

1. skalę przedsięwzięcia,
2. uwarunkowania techniczne i organizacyjne zamówienia,
3. analizy własne Zamawiającego,
4. możliwości rynku telekomunikacyjnego.

Dodał, że fakt, iż wykonawca nie posiada na określonym terenie infrastruktury technicznej nie uniemożliwia zapewnienie Zamawiającemu dostępu do sieci, np. poprzez dzierżawę infrastruktury od innego operatora telekomunikacyjnego.

W dniu 18.06.2008r. pismem z tego samego dnia, z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp, NET wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty, żądania i argumentację zawarte w proteście oraz dodając, że nigdzie w SIWZ dla części I zamówienia nie został określony wymóg zestawienia

i uruchomienia łączy dla 600 lokalizacji, zaś to, że wykonawca będzie zapewniał styk o ilości 600 punktów nie oznacza, że przy zamówieniu na 42 węzły Zamawiający może żądać doświadczenia pięciokrotnie większego od obecnego zamówienia.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania oraz stanowisk i oświadczeń stron oraz Przystępującego, złożonych w toku rozprawy

I. skład orzekający Izby ustalił, co następuje:

Wykonawca miał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania, ponieważ zajmując się profesjonalnie świadczeniem usług, będących przedmiotem zamówienia jest potencjalnym ich wykonawcą, zaś potwierdzenie się zarzutów, że postanowienia SIWZ uniemożliwią mu ubieganie się o udzielenie zamówienie publicznego stanowi uzasadnienie jego interesu prawnego.

odnośnie żadanego przez Zamawiającego doświadczenia

Warunek o treści: „Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy o udzielenie zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w tym: w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie: wykonawca zestawiał i uruchomił co najmniej jedną infrastrukturę sieciową IP VPN dla co najmniej 200 lokalizacji (punktów dostępowych) i w oparciu o uruchomioną infrastrukturę świadczył w okresie nie krótszym niż 1 rok lub aktualnie świadczy usługi transmisji danych w okresie nie krótszym niż rok.

Warunek musi być spełniony przez Wykonawcę niezależnie od tego czy składa ofertę na jedną, dwie lub trzy części zamówienia tzn. wykonane (wykonywane) usługi mogą potwierdzać spełnienie tego warunku dla jednej lub dwóch lub trzech części zamówienia”.

został przez Zamawiającego wskazany w sekcji III.2) 1 Część A 1.1) Ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale VIII pkt 1 ppkt 2 SIWZ.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla części I został zawarty w Specyfikacji technicznej, część I, stanowiącej załącznik nr 1 I do IPU.

odnośnie ograniczenia do 10% ceny ryczałtowej brutto kosztów za zestawienie, uruchomienie i oddanie do eksploatacji zabudowanych urządzeniami aktywnymi łączy dostępowych do wszystkich lokalizacji Zamawiającego

Wymóg, aby cena ryczałtowa brutto za zestawienie, uruchomienie i oddanie do eksploatacji zabudowanych urządzeniami aktywnymi łączy dostępowych wynosiła 10% łącznej ceny ryczałtowej brutto wynika z:

1. Rozdziału XIV pkt 8 ppkt 8.5.4. lit. a SIWZ,
2. Formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ.

odnośnie terminu realizacji zamówienia

Termin realizacji zamówienia, wynoszący dla wszystkich części zamówienia 37 miesięcy od dnia zawarcia umowy, Zamawiający wskazał w par. 2 Załącznika nr 1 do SIWZ, tj. w Istotnych postanowieniach umowy.

Szczegółowe etapy wykonania zamówienia wraz z podaniem terminów zostały podane w Planie – Harmonogramie realizacji umowy, stanowiącym Załącznik nr 4 do IPU. Zamawiający zastrzegł, że poszczególne etapy wykonywane będą równolegle dla każdej części zamówienia.

W przywołanym Harmonogramie Zamawiający zażądał:

1. 1 - miesięcznego terminu wykonania na opracowanie projektu infrastruktury technicznej sieci IP VPN udostępnianej zamawiającemu, oddzielnie dla każdej części zamówienia z uwzględnieniem adresacji IP,
2. 2 – miesięcznego terminu wykonania na opracowanie planu – harmonogramu instalacji sprzętu i uruchomienia telekomunikacyjnych łączy dostępowych, oddzielnie dla każdej części zamówienia,
3. 3 – miesięcznego terminu na opracowanie planu – harmonogramu migracji podłączy jednostek organizacyjnych Zamawiającego do docelowej infrastruktury sieciowej,
4. 5 – miesięcznego terminu na wykonanie wszystkich zestawień i uruchomienie w każdej z części, z tym, że w części III termin tej obejmuje także konfigurację i uruchomienie bezpiecznego, centralnego dostępu do sieci Internet oraz przeprowadzenie migracji systemów i aplikacji użytkowych Zamawiającego z aktualnie eksploatowanych sieci transmisji danych do struktury sieciowej świadczenia usług TD, udostępnionej w przedmiotowym postępowaniu.

Nadto Zamawiający zastrzegł dla siebie w pkt. 2 Harmonogramu 14 – dniowy termin na ocenę i akceptację projektu infrastruktury technicznej sieci IP VPN (odpowiednio par. 5 ust. 2 IPU).

Podane terminy zostały także zawarte odpowiednio w par. 5 ust. 1, 4, 5 i 7 IPU.

II. Skład orzekający Izby zważył, co następuje:

odnośnie żądanego przez Zamawiającego doświadczenia

Bezspornym pomiędzy Zamawiającym a NET był zakres przedmiotu zamówienia w odniesieniu do części II i III, w przypadku których Zamawiający wymagał odpowiednio zestawienia, uruchomienia i świadczenia usług transmisji danych w oparciu o 330 zabudowanych urządzeniami aktywnymi łącza dostępowych dla obsługi Centralnych Rejestrów Sądowych (część II) oraz zestawienia, uruchomienia i świadczenia usług transmisji danych w oparciu o 203 zabudowane urządzeniami aktywnymi łącza dostępowe dla obsługi jednostek Służby Więziennej (część III).

Sporny natomiast był zakres przedmiotu zamówienia w odniesieniu do części I oraz adekwatność warunku doświadczenia wymagającego zestawienia i uruchomienia infrastruktury sieciowej IP VPN dla co najmniej 200 lokalizacji (punktów dostępowych).

Potwierdzeniem wagi, jaką ustawodawca przypisuje do skali uprzednio realizowanych przez wykonawców przedsięwzięć jest fakt wyposażenia Zamawiającego w narzędzie w postaci możliwości weryfikowania przez niego wartości zrealizowanego wcześniej przez wykonawcę zamówienia, będącej ewidentnie pochodną stopnia skomplikowania, ale także rozmiaru samego zamówienia. Za trafny i zgodny z doświadczeniem życiowym należy uznać pogląd, że duże przedsięwzięcie, realizowane w warunkach presji czasowej wymaga daleko lepszej logistyki i organizacji, niż przedsięwzięcie małe, realizowane w komfortowych warunkach z punktu widzenia terminu zakończenia.

Odwołujący NET nie wykazał w żaden sposób, że doświadczenie w zakresie budowy sieci w jakiegokolwiek technologii jest przydatne i podobne do doświadczenia niezbędnego do budowy sieci w żądanej przez Zamawiającego technologii IP VPN.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, że część II i III zamówienia obejmują odpowiednio 330 i 203 zabudowanych urządzeniami aktywnymi łącza dostępowych, skład orzekający izby uznał, że Zamawiający był uprawniony do żądania doświadczenia wymagającego zestawienia i uruchomienia infrastruktury sieciowej IP VPN dla co najmniej 200 lokalizacji (punktów dostępowych), ponieważ jest to liczba porównywalna do liczby

lokalizacji objętych tymi częściami. Fakt, że możliwość świadczenia usług dla dużej liczby lokalizacji np. 200 w praktyce oznacza, że chodzi o usługi świadczone dla podmiotów z zakresu administracji publicznej nie może stanowić uzasadnienia rezygnacji przez Zamawiającego z żądania, aby doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia było adekwatne do jego skali. W tym bowiem przypadku, w ocenie składu orzekającego Izby, pierwszeństwo należy przyznać interesowi Zamawiającego, polegającemu na pewności powierzenia zamówienia podmiotowi legitymującemu się niezbędnym, w tym adekwatnym do skali tego zamówienia, doświadczeniem, nie zaś interesom poszczególnych wykonawców, realizującym wiele, drobniejszych zamówień.

W przypadku jednak części I, w opisie przedmiotu zamówienia skład orzekający Izby nie doszukał się, aby przedmiotem przedmiotowego zamówienia było również zestawienie i uruchomienia łączy, jak wskazał Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu i na rozprawie, dla 600 lokalizacji. Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do IPU punkt II.2.3) wykonawca ma zapewnić styk telekomunikacyjny pomiędzy VPN CENTRALA a 22 VPN APELACJA z wykorzystaniem dynamicznego protokołu routing'u, zaś na wniosek Zamawiającego wykonawca będzie musiał zapewnić połączenie sieci IP VPN Centrala – IP VPN Apelacja, po uruchomieniu infrastruktury sieciowej zamawianej lokalnie. Z brzmienia tego fragmentu opisu przedmiotu zamówienia w żaden sposób nie wynika skala tego obowiązku, tj. jakiej liczby lokalizacji to połączenie, na wniosek Zamawiającego, się odnosi.

Warunki udziału w postępowaniu muszą być adekwatne nie tylko do samego przedmiotu zamówienia, w sensie jego rodzaju i charakteru, ale także do jego skali, a zatem i w tym zakresie muszą znajdować potwierdzenie w opisie przedmiotu zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu niewątpliwie mamy do czynienia z 42 lokalizacjami, wskazanymi w pkt II.1 Załącznika nr 1 do IPU, brak jest natomiast informacji o dalszych lokalizacjach i ich liczbie.

Wobec braku w SIWZ postanowień, które objęłyby przedmiotem zamówienia również wymóg zestawienia i uruchomienia łączy dla kolejnych 600 lokalizacji, a nie jedynie dla 42, skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający nie był uprawniony do żądania doświadczenia wymagającego zestawienia i uruchomienia infrastruktury sieciowej IP VPN dla co najmniej 200 lokalizacji (punktów dostępowych), ponieważ nie sposób potraktować liczbę 200 lokalizacji jako porównywalną do 42 lokalizacji. W związku z tym warunek w części I jest warunkiem wygórowanym, nie wynikającym ze skali tej części przedmiotu zamówienia.

W tym stanie rzeczy zarzut naruszenia art. 7 w z związku z art. 22 ustawy Pzp skład orzekający uznał za zasadny.

Ze względu na zakaz dokonywania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności w zakresie warunków udziału w postępowaniu, wynikający

z art. 38 ust. 5 ustawy Pzp oraz biorąc pod uwagę przepis art. 93 ust. 2 ustawy Pzp, skład orzekający Izby na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 unieważnił postępowania na "Zakup usługi transmisji danych na potrzeby obsługi ogólnopolskich i lokalnych systemów informatycznych, zapewnienia użytkownikom dostępu do centralnych i lokalnych baz danych, świadczenie usług audio i video dla jednostek organizacyjnych resortu sprawiedliwości oraz obsługi centralnych rejestrów sądowych: Krajowy Rejestr Sądowy (KRS), Rejestr Zastawów (RZ), Nowa Księga Wieczysta (NKW) i innych resortowych systemów informatycznych drogą elektroniczną" w części I.

odnośnie ograniczenia do 10% ceny ryczałtowej brutto kosztów za zestawienie, uruchomienie i oddanie do eksploatacji zabudowanych urządzeniami aktywnymi łączy dostępowych do wszystkich lokalizacji Zamawiającego

Zamawiający – Ministerstwo Sprawiedliwości był obowiązany, a jednocześnie uprawniony, na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, do objęcia treścią SIWZ kwestii odnoszącej się do sposobu obliczenia przez wykonawców ceny, przy czym oczywistym jest, że wymagania dotyczące sposobu obliczenia ceny, artykułowane przez Zamawiającego, nie mogą naruszać zasad prowadzenia postępowania, w tym przede wszystkim zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu narzucony przez Zamawiającego sposób obliczenia ceny, polegający na wskazaniu procentu łącznej ceny ryczałtowej brutto, jaki mają stanowić koszty za zestawienie, uruchomienie i oddanie do eksploatacji zabudowanych urządzeniami aktywnymi łączy dostępowych do wszystkich lokalizacji był taki sam dla wszystkich wykonawców, a Zamawiający nie naruszył w żadnej z części zamówienia i w żaden sposób swobody wykonawców co do sposobu obliczenia łącznej ceny ryczałtowej brutto.

Odwołujący NET w proteście, odwołaniu jak i na rozprawie nie wykazał, że przyjęty przez Zamawiającego próg 10% jest nieadekwatny do relacji rynkowych w tym zakresie. Doświadczeniu i praktyce Odwołującego, które wskazują, że koszty te kształtują się na poziomie 30%, skład orzekający nie może przypisać rozstrzygającego charakteru ze względu na ciężar dowodu, który zgodnie z regułą art. 6 KC spoczywa na Odwołującym.

W tym stanie rzeczy skład orzekający Izby nie dopatrzył się naruszenia w tym zakresie przez Zamawiającego art.7 ustawy Pzp oraz art. 353¹ KC.

odnośnie terminu realizacji zamówienia

Zamawiający – Ministerstwo Sprawiedliwości był zobowiązany, a jednocześnie uprawniony, na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, do objęcia treścią SIWZ kwestii

odnoszącej się do terminu wykonania zamówienia, przy czym skład orzekający Izby raz jeszcze podkreśla, że oczywistym jest, że wymagania dotyczące sposobu obliczenia ceny, artykułowane przez Zamawiającego, nie mogą naruszać zasad prowadzenia postępowania, w tym przede wszystkim zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Niewątpliwie w interesie Zamawiającego leży jak najszybszy odbiór i korzystanie z zamawianej usługi. Zamawiający ma zatem prawo oczekiwać od wykonawców sprawnej organizacji pracy, skierowania osób i sprzętu, którzy sprostają jego oczekiwaniom.

Kluczowe dla realizacji tego przedmiotu zamówienia zestawienie i uruchomienie zabudowanych łączy dostępowych w terminie 5 miesięcy rzeczywiście wymagać będzie od wykonawcy konieczności podejmowania działań na terenie całej Polski, z czym wiąże się nieuchronność przemieszczania się osób, którymi wykonawca będzie wykonywał zamówienie i sprzętu. Jednak sam ten fakt nie czyni żądany przez Zamawiającego termin nierealnym. Słusznie wskazuje Zamawiający, że postawienie żądań wymagających nawet znacznego zaangażowania sił i środków wykonawcy, ale możliwych do spełnienia, nie prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

To na Odwołującym, zgodnie z regułą art. 6 KC, spoczywa ciężar dowodu, a tego, że termin przyjęty przez Zamawiającego nie jest realny, Odwołujący nie wykazał.

Skład orzekający Izby wziął także pod uwagę fakt, że Zamawiający w ogóle nie przewidział w SIWZ obowiązku dokonywania wizji lokalnych w miejscach zestawiania i uruchamiania łączy, a zatem wykonawcy, przymierzając swoje możliwości personalno – sprzętowo – organizacyjne do uwarunkowań czasowych tego zamówienia, nie muszą rezerwować czasu na przeprowadzenie tych wizji, a jedynie czerpać swoją wiedzę na temat zamówienia z postanowień SIWZ, a jeśli ta jest niewystarczająca, z odpowiedzi Zamawiającego na ich zapytania i wątpliwości.

Otwarta jest kwestia, jakie czynności i na jakim etapie realizacji zamówienia mogą być przez wykonawców kumulowane, a zatem jakie „oszczędności” czasowe są z tym związane, a nadto jakie znaczenie może mieć w tym przypadku indywidualna dla każdego wykonawcy sprawność działania.

Kwestia wystąpienia lub braku tych rezerw czasowych, będących konsekwencją możliwości podejmowania różnych prac w tym samym czasie nie może być uznana na korzyść Odwołującego, właśnie ze względu na wątpliwości co do niej i ciężar dowodu spoczywający na Odwołującym

Skład orzekający Izby wziął wreszcie pod uwagę, nie zakwestionowane przez Odwołującego, przykłady postępowań prowadzonych przez innych Zamawiających o porównywalnej do obecnego zamówienia skali, realizowane w terminie zamówienia

wynoszącym nawet 4 miesiące, a więc krótszym od obecnego postępowania Zamawiającego.

W tym stanie rzeczy skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia w tym zakresie przez Zamawiającego art.7 i 29 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznał za uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*