

WYROK

z dnia 30 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2013 r. przez **GTS Poland Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Apelacyjny w Krakowie**

przy udziale wykonawców:

A. NETIA Spółka Akcyjna w Warszawie

B. Telekomunikacja Polska Spółka Akcyjna w Warszawie

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Sądowi Apelacyjnemu w Krakowie** – unieważnienie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegającej na wykreśleniu pkt 22 części I Zał. Nr 4 Opis przedmiotu zamówienia w brzmieniu *Zamawiający dopuszcza, dla tych lokalizacji, do których wykonawca nie ma możliwości dostarczenia usług własnymi łączami, świadczenie usług telefonii publicznej z użyciem posiadanej przez zamawiającego sieci WAN (VPN Apelacja)*
2. kosztami postępowania obciąża **Sąd Apelacyjny w Krakowie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **GTS Poland Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. zasądza od **Sądu Apelacyjnego w Krakowie** na rzecz **GTS Poland Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Sąd Apelacyjny w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie świadczenia usług telefonii stacjonarnej wraz z dzierżawą systemów telekomunikacyjnych dla jednostek organizacyjnych sądownictwa powszechnego na podstawie umowy ramowej.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 29 sierpnia 2013 roku wykonawca GTS Poland Sp. z o.o. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonanej w dniu 19 sierpnia 2013 roku.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnioną modyfikację opisu przedmiotu zamówienia, która doprowadziła do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ poprzez przywrócenie brzmienia opisu przedmiotu zamówienia sprzed modyfikacji z dnia 19 sierpnia 2013 roku, tj. poprzez dopuszczenie możliwości wykorzystania sieci WAN do dostarczania łącz i usług będących przedmiotem postępowania.

Zamawiający oświadczeniem złożonym na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że nie dysponuje siecią WAN i nie może jej udostępnić. Jedynym dysponentem sieci WAN jest Ministerstwo Sprawiedliwości. Przyznał, że źle przygotował postępowanie. Nie prowadził analiz w zakresie dostępu do dysponowania siecią WAN.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z załącznikiem nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) „Opis przedmiotu zamówienia”, część I pkt 22 w brzmieniu sprzed modyfikacji *Zamawiający dopuszcza, dla tych lokalizacji, do których Wykonawca nie ma możliwości dostarczenia usług własnymi łączami, świadczenie usług telefonii publicznej z użyciem posiadanej przez*

Zamawiającego sieci WAN [VPN Apelacja – zwanej dalej siecią korporacyjną na warunkach określonych w tym punkcie.

W dniu 19 sierpnia 2013 roku zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej wyjaśnienia i modyfikacje treści SIWZ (*Pytania – odpowiedzi nr 3*). W pytaniu nr 1 jeden z wykonawców wskazywał na uprzywilejowanie odwołującego, wynikające z faktu, że odwołujący jako wykonawca sieci WAN posiada informacje, w jakich lokalizacjach zamawiającego sieć WAN spełnia wymagania QoS oraz z okoliczności, że w lokalizacjach, w których sieć WAN nie spełnia wymagań QoS oraz z okoliczności, że w lokalizacjach, w których sieć nie spełnia wymagań QoS odwołujący będzie mógł zaimplementować na własne potrzeby mechanizmy priorytetyzacji pakietów głosowych (QoS), a następnie wykorzystać sieć zamawiającego w celu realizacji przedmiotowego zamówienia.

W związku z powyższym wykonawca wniósł o udzielenie odpowiedzi na pytanie:

- 1. Czy Zamawiający podtrzymuje wcześniejszą deklarację udostępnienia swojej sieci WAN z parametrami (QoS) jakie są wymagane dla usług głosowych?*
- 2. Jeżeli zamawiający nie ma takiej możliwości we wszystkich lokalizacjach to prosimy o wskazanie na obecnym etapie postępowania lokalizacji spełniających parametru QoS przy jednoczesnym zastrzeżeniu braku możliwości wykorzystania sieci Zamawiającego nie objętych tą listą także przez GTS.*

Na tak postawione pytanie zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

Zamawiający nie będąc dysponentem sieci VPN Apelacja poszczególnych Sądów Apelacyjnych, nie jest w stanie na obecnym etapie postępowania jednoznacznie stwierdzić, że dla wszystkich lokalizacji podłączonych do sieci WAN są spełnione parametry QoS. Z uwagi na powyższe, Zamawiający dokonuje modyfikacji pkt 22 Części I Zał. Nr 4 Opis przedmiotu zamówienia, poprzez jego wykreślenie, nie dopuszczając tym samym możliwości wykorzystania sieci WAN do dostarczenia łącz i usług będących przedmiotem postępowania. Tym samym wszystkie odpowiedzi Zamawiającego, udzielone w odpowiedzi na pytania zadane w ramach postępowania, odnoszące się do sieci WAN, stają się nieaktualne.

Na podstawie umowy nr 30 zawartej w dniu 9 sierpnia 2011 roku ze Skarbem Państwa reprezentowanym przez Ministra Sprawiedliwości, działającego na rzecz Sądów Apelacyjnych wymienionych i wskazanych jako płatników w Załączniku nr 5 do umowy

odwołujący świadczy usługi transmisji danych dla jednostek organizacyjnych wskazanych w Załączniku nr 2 umowy. Zgodnie z załącznikiem Nr 2 zakresem umowy objęte zostały sądy podległe Apelacji Krakowskiej.

Zgodnie z § 1 ust. 1 zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 lutego 2013 roku w sprawie wskazania zamawiającego do przygotowywania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, udzielania zamówień oraz zawierania umów ramowych na rzecz sądów powszechnych (Dz. U. poz. 122) wydanym na podstawie art. 16 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje się Sąd Apelacyjny w Krakowie jako zamawiającego właściwego do przygotowywania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówień oraz zawierania umów ramowych na rzecz sądów powszechnych. W myśl § 1 ust. 1 Sąd Apelacyjny w Krakowie jest zobowiązany do współpracy z sądami apelacyjnymi przy realizacji zamówień, o których mowa w § 1 ust. 2, dla sądów z danej apelacji. Stosownie do § 8 ust. 2 sądy są zobowiązane do współpracy z Sądem Apelacyjnym w Krakowie, w szczególności do udzielania wyjaśnień i informacji niezbędnych do realizacji zamówień.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający w istocie jest uprawniony do dysponowania siecią WAN. Wynika to z umowy z dnia 9 sierpnia 2011 roku, która została zawarta ze Skarbem Państwa reprezentowanym przez Ministra Sprawiedliwości, działającego na rzecz wskazanych w załączniku Sądów Apelacyjnych, w tym również Sądu Apelacyjnego w Krakowie oraz oświadczenia Ministerstwa Sprawiedliwości Departamentu Informatyzacji i Rejestrów Sądowych z dnia 17 września 2013 roku. Departament w złożonym oświadczeniu potwierdził, że każdy sąd powszechny (w szczególności Sąd Apelacyjny w Krakowie) wymieniony w załączniku nr 2 do umowy nr 30 zawartej w dniu 9 sierpnia 2011 roku uprawniony jest do korzystania z sieci WAN (w tym VPN Apelacja) oraz posiada wiedzę, w których lokalizacjach jednostek organizacyjnych sądownictwa powszechnego podłączonych do sieci WAN są spełnione parametry QoS (Quality of Service).

Z dalszej części oświadczenia wynika, że potrzeby sądów dotyczące zmian w świadczonych usługach na podstawie ww. umowy oraz umów uzupełniających zawartych

zgodnie z postanowieniami Rozdziału XX SIWZ z postępowania BDG-II-3710-33/11, realizowane są na wniosek sądów za pośrednictwem Ministerstwa Sprawiedliwości. Każdy z sądów apelacyjnych, na podstawie zawartych umów wraz z aneksami oraz bieżących kontaktów z Ministerstwem Sprawiedliwości, powinien mieć pełną wiedzę w zakresie świadczonych usług na terenie danej apelacji.

Zamawiający na rozprawie w dniu 11 września 2013 roku przyznał, że źle przygotował postępowanie i nie dokonywał analizy w zakresie dysponowania siecią WAN. W ocenie Izby nie jest to okoliczność usprawiedliwiająca zamawiającego. W myśl bowiem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający obowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz – co w szczególności należy podkreślić – z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenia oferty. Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy. Zaniedbania zamawiającego w zakresie ustalenia wszystkich istotnych dla postępowania okoliczności nie mogą obciążać wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, iż w przedmiotowym postępowaniu nie podlega badaniu, czy zamawiający mógł uzyskać uprawnienie do dysponowania sieciami VPN WAN Apelacja czy sieci WAN oraz czy mógł uzyskać wiedzę w tej kwestii. Skoro zamawiający, jako powód dokonanej modyfikacji, powołał się tylko i wyłącznie na brak możliwości dysponowania siecią oraz brak wiedzy na temat parametrów QoS, okoliczności te musiały zostać zbadane. Izba zwraca uwagę na treść art. 38 ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający może zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia „w uzasadnionych przypadkach”. Odwołanie się przez ustawodawcę do wyłącznie uzasadnionych podstaw modyfikacji SIWZ oznacza brak zupełnej dowolności zamawiającego w dokonywaniu takich zmian. Ponadto modyfikacja SIWZ, jak każda czynność zamawiającego, podlega kontroli poprzez zastosowanie środków ochrony prawnej, co oznacza, że organ powołany do przeprowadzenia takiej kontroli (Krajowa Izba Odwoławcza) może i powinien badać, czy w danym przypadku istotnie zaszły owe uzasadnione przypadki, o których mowa w art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. W ocenie Izby zaniedbania zamawiającego, które potwierdził i do których się przyznał, nie mogą być zakwalifikowane jako uzasadnione przypadki stanowiące podstawę modyfikacji SIWZ. Nawet zaprezentowana przez zamawiającego teza, iż obecne sformułowanie „w uzasadnionych przypadkach” oznacza, iż można dokonywać zmian zawsze, kiedy wymaga tego należyta

staranność w przeprowadzeniu postępowania, nie może być usprawiedliwiona faktem niedołożenia należytej staranności przy opisie przedmiotu zamówienia.

Idąc dalej, Izba podziela argumentację zamawiającego, iż niemożność dysponowania przez niego siecią WAN i brak wiedzy na temat jej parametrów, jest okolicznością negatywną, co oznacza, że ciężar dowodu co do okoliczności przeciwnej obciąża odwołującego. I odwołujący okoliczność tę udowodnił, w szczególności poprzez złożenie oświadczenia Ministerstwa Sprawiedliwości Departamentu Informatyzacji i Rejestrów Sądowych z dnia 17 września 2013 roku.

Odnosząc się do wątpliwości zamawiającego wyrażonych w piśmie z dnia 17 września 2013 roku, czy zamawiający musi angażować wszystkie sposoby, jakie potencjalnie i technicznie są możliwe celem wykonania zamówienia, Izba zwraca uwagę, że nie taka argumentacja legła u podstaw decyzji zamawiającego w kwestii modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Argumentacja ta pojawiła się dopiero w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Izba analizowała zaś zasadność modyfikacji, w tym w szczególności zaistnienie uzasadnionych przypadków, o których mowa w art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, na moment dokonywania zmiany. Jak wynika z powyższego, zasadności modyfikacji w dniu jej dokonania Izba się nie dopatrzyła.

Na końcu należy też przeanalizować argumentację zamawiającego co do braku po jego stronie wiedzy, w których lokalizacjach są spełnione parametry QoS. Abstrahując od informacji zawartej w oświadczeniu Ministerstwa Sprawiedliwości Departamentu Informatyzacji i Rejestrów Sądowych z dnia 17 września 2013 roku, iż każdy sąd powszechny (w tym w szczególności Sąd Apelacyjny w Krakowie) posiada taką wiedzę, należy zwrócić uwagę na fakt, iż zamawiający prowadzi postępowanie w imieniu i na rzecz innych zamawiających, na podstawie zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 lutego 2013 roku w sprawie wskazania zamawiającego do przygotowywania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, udzielania zamówień oraz zawierania umów ramowych na rzecz sądów powszechnych (Dz. U. poz. 122). Stosownie do § 8 ust. 2 zarządzenia sądy są zobowiązane do współpracy z Sądem Apelacyjnym w Krakowie, w szczególności do udzielania wyjaśnień i informacji niezbędnych do realizacji zamówień. A zatem – jeżeli zamawiający nie posiadał wiedzy odnośnie lokalizacji, w których spełniony jest wskazany parametr, był uprawniony i obowiązany do żądania takich informacji od sądów, na rzecz których prowadzi przedmiotowe postępowanie. Te zaś – zgodnie z § 8 ust. 2 zarządzenia – takich informacji powinny mu być udzielić.

Podnoszone przez przystępujących argumenty dotyczące uwarunkowań technicznych związanych ze świadczeniem usługi objętej przedmiotem zamówienia za pomocą sieci WAN nie były przedmiotem badania przez Izbę. Zamawiający bowiem w ogóle nie powoływał się na te kwestie, koncentrując się wyłącznie na wskazanych wyżej podstawach dokonanej modyfikacji.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1 lit. a oraz § 3 pkt 2 lit. b 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: