

WYROK
z dnia 17 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 sierpnia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **1 sierpnia 2017 r.** przez wykonawcę **T-M.P. S.A. z siedzibą w (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Politechnika Warszawska, Pl. Politechniki 1, 00-661 Warszawa**

przy udziale:

- A) **wykonawcy O.P. S.A. z siedzibą w (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego**
- B) **wykonawcy P. Sp. z o.o. z siedzibą w (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **T-M.P. S.A. z siedzibą w (...)**i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **T-M.P. S.A. z siedzibą w (...)** tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od wykonawcy **T-M.P. S.A. z siedzibą w (...)** na rzecz zamawiającego **Politechnika Warszawska, Pl. Politechniki 1, 00-661 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579, 1920 i 2260 oraz z 2017 r. poz. 933**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Politechnika Warszawska, Plac Politechniki 1. 00-661 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Świadczenie stacjonarnych i komórkowych usług telekomunikacyjnych dla Politechniki Warszawskiej«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22.07.2017 r. pod nrem 2017/S 139-285 718.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579, 1920, 2260 oraz z 2017 r. poz. 933)zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Wykonawca T-M.P. S.A. z siedzibą w (...), zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, wniósł 1.08.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie na treść ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1, 2c i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zakresie w jakim Zamawiający przewidział kryterium oceny ofert „Przełączanie systemów telekomunikacyjnych” w sposób wewnętrznie sprzeczny i niejasny oraz preferujący operatora dotychczas świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego;
- 2) art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie, w jakim Zamawiający nieprecyzyjnie i niespójnie określił terminy wykonania poszczególnych elementów zamówienia oraz określił sztywny termin rozpoczęcia świadczenia usługi tj. określił termin wykonania zamówienia przez podanie konkretnej daty kalendarzowej (rozdział 4 SIWZ; § 3 rozdziału 17 SIWZ – Istotne postanowienia umowy).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ przez wprowadzenie do SIWZ oraz OPZ następujących zmian:

- 1) usunięcie kryterium oceny ofert „Przełączanie systemów telekomunikacyjnych”;
- 2) zmianę terminu wykonania zamówienia i doprecyzowanie, że rozpoczęcie świadczenia usług nastąpi nie później niż w ciągu 60 dni od zawarcia umowy, tj.

termin wykonania zamówienia wynosić będzie 48 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi, której uruchomienie nastąpi w ciągu 60 dni od dnia zawarcia umowy.

Argumentacja odwołującego

I. Kryterium oceny ofert

1. Ustanowione przez Zamawiającego kryterium oceny ofert „Przełączanie systemów telekomunikacyjnych” powoduje naruszenie zasad uczciwej konkurencji i w sposób wyraźny preferuje jednego wykonawcę – operatora dotychczas świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego, tj. wykonawcę P. sp. z o.o. z siedzibą w W..
2. Zgodnie z rozdziałem 14 pkt 1.2. SIWZ *Przełączanie systemów telekomunikacyjnych musi zostać przeprowadzone bezprzerwowo. Usługa u Zamawiającego ma działać bez jakichkolwiek przerw niezależnie od wyboru Wykonawcy (Załącznik nr 1 pkt 4). W zależności od zaoferowanej usług Wykonawca otrzyma odpowiednio:*
 - 1.2.1 bezprzerwowo – 35 pkt,
 - 1.2.2 do 5 minut – 21 pkt,
 - 1.2.3 od 6 minut do 15 minut – 14 pkt,
 - 1.2.4 od 16 minut do 30 minut – 10,5 pkt,
 - 1.2.5 od 31 minut do 60 minut – 7 pkt,
 - 1.2.6 od 61 minut do 120 minut – 0 pkt.«.
3. Powyższe wymagania Zamawiającego nie uwzględniają faktu, że przełączanie systemów telekomunikacyjnych jest konieczne i wymaga przeprowadzenia procedury, w której toku może dojść do przerw w działaniu usługi tylko w przypadku tych wykonawców, którzy będą dokonywali przejęcia usługi od operatora aktualnie świadczącego na rzecz Zamawiającego usługi telekomunikacyjne.
4. Skoro jeden z operatorów i potencjalnych wykonawców również w ramach tego postępowania obecnie świadczy usługę na rzecz Zamawiającego, z góry wiadomo, że uzyska on maksymalną liczbę punktów w ramach tego kryterium, gdyż z racji jego właściwości podmiotowych (status obecnego operatora telekomunikacyjnego dla Zamawiającego) może kontynuować świadczenie usługi bez żadnej przerwy. Przedmiotowe kryterium faworyzuje zatem jednego wykonawcę, kosztem nierównego i dyskryminacyjnego traktowania pozostałych operatorów.
5. Przełączanie usługi telekomunikacyjnej, zarówno telefonii stacjonarnej, jak i komórkowej (jakkolwiek zgodnie z odwołaniem do Załącznika nr 1 pkt 4, kryterium i deklarowany czas przełączania usługi dotyczy tylko telefonii stacjonarnej) wymaga dokonania szeregu operacji, w ramach których konieczna jest współpraca operatora przejmującego usługę

i dotychczasowego operatora. Dotyczy to chociażby procesu przejęcia numeracji, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego.

6. Nie tylko zatem operator przejmujący usługę nie ma wpływu na czas trwania operacji przełączania usługi w zakresie czasu reakcji (choćby wysyłania odpowiednich komunikatów wymaganych dla ukończenia procedur przejęcia numeracji) przez dotychczasowego usługodawcę, ale również – możliwość dotrzymania zadeklarowanego czasu przerwy w działaniu usługi zależy właśnie od tego operatora – konkurencyjnego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
7. Opis procedur i procesów przenoszenia usług z przejęciem numeracji opracowany przez Urząd Komunikacji Elektronicznej zakłada, że maksymalny czas przerwy między terminem rozpoczęcia świadczenia usług a terminem zakończenia świadczenia usługi przez Dawcę będzie nie dłuższa niż 24 godziny, chyba że Abonent wnioskował o późniejszy termin uruchomienia usług przez Biorcę.
8. Zgodnie z § 10 ust. 7 i 8 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych z dnia 16 grudnia 2010 r. (Dz.U. Nr 49, Poz. 1670):
 - »7. Przeniesienie numeru, na wyraźne żądanie abonenta zawarte w oświadczeniu, o którym mowa w ust. 3, następuje nie później niż w terminie:
 - 1) 1 dnia roboczego – w przypadku abonentów będących stroną umowy z dostawcą usług zapewniającym przyłączenie do ruchomej publicznej sieci telefonicznej lub
 - 2) 7 dni roboczych – w przypadku abonentów będących stroną umowy z dostawcą usług zapewniającym przyłączenie do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej – od dnia zawarcia umowy, o której mowa w ust. 5, albo w późniejszym terminie w trakcie trwania dotychczasowej umowy, wskazanym przez abonenta.
 8. Przeniesienie przydzielonego numeru nie może powodować przerwy w świadczeniu usług telekomunikacyjnych dłuższej niż:
 - 1) 3 godziny w porze nocnej pomiędzy godziną 000 a300 -w przypadku abonentów będących stroną umowy z dostawcą usług zapewniającym przyłączenie do ruchomej publicznej sieci telefonicznej lub
 - 2) 24 godziny, liczone od określonego w umowie, o której mowa w ust. 5, dnia rozpoczęcia świadczenia tych usług – w przypadku abonentów będących stroną umowy z dostawcą usług zapewniającym przyłączenie do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej – chyba że abonent wyraził w umowie zgodę na dłuższą przerwę, określając czas jej trwania.«.
9. Z powyższego wynika, że szybkość komunikacji w ramach procedur przenoszenia numeracji, a w konsekwencji – długość trwania przerwy, które operator przejmujący

usługę może egzekwować od operatora – dawcy są znacząco dłuższe niż wskazane w ramach sposobu oceny ofert, zaś wykonawcy nie dysponują żadnymi narzędziami czy też środkami prawnymi pozwalającym zapewnić współpracę dotychczasowego operatora na poziomie takim, aby umożliwić uzyskanie punktów w ramach kwestionowanego kryterium oceny ofert. Kryterium to zatem prowadzi do rażącego uprzywilejowania dotychczasowego operatora, który z racji kontynuacji usługi zyskuje znaczącą przewagę punktową (35%), co narusza uczciwą konkurencję i stanowi przejaw nierównego traktowania wykonawców.

10. Również, pozostałe działania operatora (opisane poniżej), które można uznać za objęte procesem „przełączania systemów” wymagają współpracy dotychczasowego operatora z przejmującym usługę, po to aby zagwarantować minimalną przerwę w dostępności usług dla odbiorcy. Z postanowień SIWZ nie wynika, aby Zamawiający w jakikolwiek sposób zapewnił wykonawcom możliwość wyegzekwowania takiej współpracy na odpowiednim poziomie, umożliwiającym faktyczne zminimalizowanie okresu przerwy przy zmianie operatora.
11. Niezależnie od powyższego, przedmiotowe kryterium zostało opisane w sposób niejasny i niejednoznaczny, uniemożliwiając wykonawcom prawidłowe przygotowanie oferty.
12. Treść opisu sposobu oceny w ramach kryterium jest wewnętrznie sprzeczna – Zamawiający zarówno w OPZ, jak i w opisie sposobu oceny kryterium zastrzega, że: *„Przełączanie systemów telekomunikacyjnych musi zostać przeprowadzone bezprzerwowo. Usługa u Zamawiającego ma działać bez jakichkolwiek przerw niezależnie od wyboru Wykonawcy (Załącznik nr 1 pkt 4)”*. Jednocześnie, w sposób sprzeczny z ww. wymaganiami opisuje możliwe do zadeklarowania i wiążące dla wykonawców czasy trwania przerwy w świadczeniu usługi. Wobec ustalonego w postępowaniu kryterium, gdzie wykonawcy mogą zadeklarować określoną długość trwania przerwy, wymaganie, aby przełączanie systemów zostało przeprowadzone bezprzerwowo staje się zupełnie bezprzedmiotowe. Jednocześnie, utrzymanie tych postanowień SIWZ prowadzi do niepewności po stronie wykonawcy na ile wiążące dla stron umowy będą jego deklaracje, co do dopuszczalnego czasu trwania przerw przy przełączaniu usługi.
13. Ponadto, nie zostało zdefiniowane, co Zamawiający rozumie przez przełączanie systemów telekomunikacyjnych i jakie czynności należy przeprowadzić, z zachowaniem deklarowanej ciągłości usługi. Odesłanie do „Załącznika nr 1 pkt 4” nie jest precyzyjne, gdyż Załącznik ten składa się z dwóch części. W części A opisującej usługi telefonii stacjonarnej, w pkt 4 znajduje się co prawda tabela „Wymagania realizacyjne”, która opisuje również wymagania związane z przejściem usługi (np. wymóg zachowania aktualnej numeracji), jednakże nie pozwala na jednoznaczne określenie pełnego

zakresu działań, jakie musi podjąć Wykonawca przy zadeklarowanym maksymalnym okresie przerwy w dostępności usługi. Zawiera ona bowiem również elementy, które ciężko uznać za wchodzące w zakres „przełączenia systemów”, np.: „Sekundowe naliczanie połączeń”, „Pełna identyfikacja numerów”. Ponownie w tej tabeli pojawia się również wymaganie, że „Przełączenie systemów telekomunikacyjnych musi zostać przeprowadzone bezprzerwowo. Usługa u Zamawiającego ma działać bez jakichkolwiek przerw niezależnie od wyboru Wykonawcy”.

14. Proces „przełączania systemów” może obejmować różne działania, np.:

a) Przełączenie centrali telekomunikacyjnej na łącze innego operatora

Zrozumiałe jest, że Zamawiający oczekuje wysokiej dostępności usług, które są dla niego krytyczne. Niemniej, w praktyce fizyczne przełączenie kabla do urządzenia transmisyjnego drugiego operatora zawsze będzie oznaczało przerwę w działaniu usługi, chociażby kilkusekundową. W związku z tym, w takiej sytuacji jedynie Wykonawca, który aktualnie świadczy usługi dla Zamawiającego może zadeklarować wykonanie usługi bez żadnej przerwy i uzyskać maksymalną ilość punktów w tym kryterium.

b) Przeniesienie numeracji

Tak jak już wspomniano wyżej, proces ten regulowany jest przez Urząd Komunikacji Elektronicznej, który jasno określa proces i odpowiedzialności wszystkich zaangażowanych podmiotów w ten proces. W praktyce biorą w nim udział:

- Operator przejmujący numerację – biorca,
- Operator oddający numerację – dawca,
- Operator, któremu blok numeracyjny został pierwotnie przyznany przez UKE – operator macierzysty,
- Klient – na etapie przygotowania dokumentów.

Sprawne przeprowadzenie procesu przeniesienia numeracji jest uzależnione m.in. od dostępności zasobów ludzkich i technicznych ze strony wszystkich trzech operatorów. Obciążanie Wykonawcy (za wyjątkiem dotychczasowego operatora) karami, lub nawet ryzykiem rozwiązania umowy za przekroczenie okresu trwania przerwy w trakcie przeprowadzania tego procesu, który w znacznej części leży w gestii drugiego operatora, narusza zasady Prawa zamówień publicznych, jak również nie przystaje do regulacji przewidzianych w ramach prawa telekomunikacyjnego.

c) Wykonanie prac modernizacyjnych, aktualizacji i dostawa telefonów

W OPZ wskazano zakres zamówienia jako obejmujący m.in.:

a) Wymiana telefonów (pkt 3.6),

- b) Dostarczenie nowych telefonów (pkt 3.7 i 3.8),
- c) Wykonanie aktualizacji programowej systemu taryfikacji (pkt 3.9),
- d) Szkolenia (3.10),
- e) Dostarczenie systemu zabezpieczenia dostępu (3.11),
- f) Dostawa stacji administracyjnych (3.12).

Ponieważ SIWZ nie definiuje terminu, w którym komponenty te miałyby zostać dostarczone, rodzi to wątpliwości, czy również tych działań dotyczy zachowanie zadeklarowanego maksymalnego czasu niedostępności usług i czy nie są objęte zakresem „przełączania systemów”. Również w przypadku tych działań, Wykonawca nie może zagwarantować zachowania pełnej ciągłości (bezprzerwowej zmiany operatora), chociażby ze względu na fakt, że nie możliwe przygotowanie tych działań i poniesienie związanych z nimi nakładów przed zawarciem umowy. Ponadto, aby zachować ciągłość świadczenia usług wymagają one ingerencji w usługi świadczone przez poprzedniego operatora, w szczególności: wymiana telefonów, dostarczenie systemu zabezpieczenia dostępu.

15. Brak doprecyzowania tego, co należy rozumieć przez „przełączanie systemów” uniemożliwia zatem prawidłowe przygotowanie oferty i ocenę przez wykonawcę możliwości zadeklarowania takiego okresu trwania przerwy, który pozwoliłby na uzyskanie jak najwyżej liczby punktów. Jest to okoliczność, która również dodatkowo poprawia sytuację dotychczasowego operatora, gdyż jako jedyny nie ponosi on ryzyka związanego z przekroczeniem zadeklarowanej długości trwania przerwy i uzyskuje znaczącą przewagę nad pozostałymi wykonawcami.

II. Termin wykonania zamówienia

1. Zamawiający w rozdziale 4 SIWZ określił termin wykonania usługi jako 48 miesięcy od 1.11.2017 r. Oznacza to, że niezależnie od daty podpisania umowy, Wykonawca musi być gotowy do rozpoczęcia świadczenia usługi 1.11.2017 r. i do tego terminu wykonać wszystkie czynności przygotowawcze. Z kolei, w pkt 4 Załącznika nr A dotyczącego telefonii stacjonarnej (Załącznik nr 1 str. 5/21) Zamawiający wskazał, że uruchomienie usługi ma nastąpić w 1 miesiąc od daty podpisania umowy. Natomiast w części OPZ dotyczącej telefonii komórkowej (tabela 5, załącznik nr B str. 17), w harmonogramie aktywacji wskazano, że do zakupu 280 aktywacji dojdzie już z dniem zawarcia umowy. Nie określono natomiast odrębnie terminu dostawy objętych zamówieniem urządzeń.
2. Powyższe powoduje brak możliwości, przygotowania i wyceny oferty, preferując również wykonawcę obecnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego, który nie potrzebuje np. doprowadzać łączy do lokalizacji Zamawiającego, a więc posiada większą niż konkurenci możliwość skrócenia czasu wymaganego na przygotowanie usługi.

3. Pozostali wykonawcy, chcąc rozpocząć świadczenie usługi muszą dokonać szeregu czynności przygotowawczych, zarówno w zakresie telefonii komórkowej, jak i stacjonarnej, przy czym, działań tych i ponoszonych na nie nakładów nie mogą podjąć zanim nie zostanie podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego. Dlatego też, zasadne jest żądanie Odwołującego, aby termin rozpoczęcia świadczenia usług został określony w taki sposób, aby niezależnie od daty zawarcia umowy, wykonawcy mieli zapewniony odpowiednio długi – 60 dni – okres przygotowania do świadczenia usługi, w czasie którego zrealizowane zostaną te działania, które poprzedzają uruchomienie usług (zestawienie łącz, podłączenie infrastruktury, dostawa aparatów telefonicznych i kart SIM itd.).
4. Określenie przez Zamawiającego sztywnego terminu odnoszącego się do realizacji przedmiotu zamówienia przez wskazanie konkretnej daty kalendarzowej stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Wykonawca zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu nie ma wiedzy, co do tego kiedy zakończy się postępowanie, a co za tym idzie, kiedy zostanie podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast zobowiązany jest przed rozpoczęciem świadczenia usług na rzecz Zamawiającego do podjęcia szeregu czynności. Z drugiej zaś strony, dane niezbędne wykonawcy do przygotowania do świadczenia usług Wykonawca otrzyma dopiero po zawarciu umowy i przystąpieniu do jej realizacji.
5. Zakładając np. że umowa w sprawie zamówienia zostanie podpisana pod koniec września, przy czym postępowanie może ulec jeszcze dalszemu przedłużeniu (termin składania ofert upływa w 28 sierpnia), to wykonawca będzie miał zaledwie miesiąc na przygotowanie do świadczenia usług. Ponadto, na obecnym etapie, nie jest możliwe zapewnienie Wykonawcy składającemu ofertę (i będącego zobowiązanym do zawarcia umowy pod rygorem utraty wadium), że okres ten nie ulegnie jeszcze dalszemu skróceniu. Wówczas Wykonawca, zobowiązany do zawarcia umowy, będzie pozbawiony możliwości terminowego rozpoczęcia świadczenia usługi i zmuszony do zapłaty kar umownych, mimo że przyczyną niezapewnienia wystarczającego czasu na uruchomienie usługi było przedłużające się postępowanie o udzielenie zamówienia.
6. Takie działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne, gdyż uniemożliwia wykonawcy należyte przygotowanie się do świadczenia usług i naraża go na obowiązek zapłaty kar umownych. Przykładowo można wskazać, że zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 2 i 3 IPU Zamawiający naliczy Wykonawcy karę w wysokości 0,1% maksymalnej wartości umowy za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia. Ponadto, sztywne określenie początkowej fazy realizacji zamówienia preferuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego.

7. Wskazanie przez Zamawiającego sztywnego terminów dla realizacji przedmiotowego zamówienia jest nieuzasadnione również z uwagi na fakt, że nie uwzględnia specyfiki przedmiotu zamówienia (konieczności podjęcia określonych czynności zmierzających do uruchomienia usługi), przede wszystkim czasu koniecznego na wybudowanie lub pozyskanie łączy telekomunikacyjnych dla świadczenia usługi w lokalizacji Zamawiającego czy też dokonania podłączenia i konfiguracji urządzeń.
8. Konieczność zapewnienia w przypadku usług telekomunikacyjnych, odpowiedniego czasu na ich przygotowanie, nie budzi wątpliwości zarówno w praktyce postępowań o udzielenie zamówienia (60-dniowy okres przygotowawczy do uruchomienia usługi został przewidziany m.in. w ostatnio rozstrzygniętym postępowaniu na usługi telefonii dla Jednostek Administracji Państwowej w imieniu których postępowanie prowadziło Centrum Obsługi Administracji Rządowej), jak również w orzecznictwie: „W ocenie Zespołu Arbitrów kluczowe znaczenie dla odpowiedzi na tak sformułowane pytanie ma treść opinii Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 26.01.2006 r. wydanej w odpowiedzi na pytanie skierowane przez Prezesa UZP. Z treści tej opinii jednoznacznie wynika, że określenie wspomnianego terminu (termin rozpoczęcia realizacji świadczenia usługi – przyp. wł.) przy uwzględnieniu skali przedsięwzięcia oraz uwarunkowań technicznych oraz organizacyjnych świadczenia usługi, stanowi barierę uniemożliwiającą złożenie oferty konkurencyjnej wobec dotychczasowego wykonawcy. Opinia ta pochodząca od fachowego, specjalistycznego organu administracji rządowej zasługuje na uwzględnienie. Podważa ona tym samym stanowisko Odwołującego co do terminów świadczenia usług określonych w innych postępowaniach prowadzonych w podobnych sprawach, a także wystarczającego czasu dla innych wykonawców na przygotowanie się do wykonania powyższego zamówienia. Nie można przy tym zasadnie przyjąć, że ci inni wykonawcy powinni już rozpocząć przygotowania do świadczenia usług objętych przetargiem z momentem opublikowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego” (*wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 lutego 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-533/06*).

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 1.08.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej 2.08.2017 r. (art. 185 ust. 1 in fine Pzp).

4.08.2017 r. wykonawca P. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego,

pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

7.08.2017 r. wykonawca O.P. S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160, 01-230 Warszawa złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Uczestnik postępowania przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego 16.08.2017 r. wniósł do Prezesa Izby pismo procesowe wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 16.08.2017 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 91 ust. 1, 2c i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp – w zakresie w jakim Zamawiający przewidział kryterium oceny ofert „Przełączanie systemów telekomunikacyjnych” w sposób wewnątrznie sprzeczny

i niejasny oraz preferujący operatora dotychczas świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że Zamawiający w rozdz. 14 ust. 1.2 SIWZ ustanowił, że przełączenie systemów telekomunikacyjnych powinno zostać przeprowadzone bezprzerwowo. Wykonawca otrzyma za takie przełączenie 35 punktów. Natomiast za przełączenie z przerwą wynoszącą do 5 min wykonawca otrzyma 21 pkt i odpowiednio mniej za dłuższe przerwy, aż do 0 pkt za przerwę od 61 do 120 minut.

Odwołujący składając odwołanie nie wziął pod uwagę, że Zamawiający eksploatuje centrale wyposażone cyt. z odpowiedzi na odwołanie »w kilka kart PRA lub karty sieciujące E1 o dwóch interfejsach« umożliwiające cyt. »równoległe podłączenie środowiska telekomunikacyjnego do co najmniej dwóch infrastruktur telekomunikacyjnych – obecnego i oferenta«. Ponadto Odwołujący pod pojęciem »przenoszenia systemów telekomunikacyjnych« rozumie również »przenoszenie numeracji telefonicznej«, co nie było nigdzie ustanowione przez Zamawiającego. Odwołujący nie dowiódł także, że powszechnie, czy choćby gdziekolwiek np. w literaturze dotyczącej tematów telekomunikacyjnych pod czynnością »przenoszenia systemów telekomunikacyjnych« można rozumieć również »przenoszenie numeracji telefonicznej«.

Izba podkreśla, że w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym „Odpowiedź na odwołanie” z 16.08.2017 r. nie stanowi zmiany SIWZ, co próbował sugerować na rozprawie Odwołujący.

Odwołujący wskazał także na uregulowania § 10 ust. 7 i 8 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych z dnia 16 grudnia 2010 r. (Dz.U. Nr 49, Poz. 1670), gdzie zostały unormowane maksymalne terminy (*nie później niż w terminie*) przeniesienia numerów. Jednak Odwołujący nie wziął pod uwagę, że te przepisy nie stanowią zakazu ustanawiania między stronami umowy krótszych terminów przenoszenia numerów.

Także Izba nie może uwzględnić argumentu Odwołującego, że skoro jeden z wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia obecnie świadczy usługę na rzecz Zamawiającego, to cyt. »z góry wiadomo, że uzyska on maksymalną liczbę punktów w ramach tego kryterium, gdyż z racji jego właściwości podmiotowych (status obecnego operatora telekomunikacyjnego dla Zamawiającego) może kontynuować świadczenie usługi bez żadnej przerwy. Przedmiotowe kryterium faworyzuje zatem jednego wykonawcę, kosztem nierównego i dyskryminacyjnego traktowania pozostałych operatorów«. Jednak stawiając ten argument Odwołujący nie wziął pod uwagę, że urządzenia Zamawiającego pozwalają na »równoległe podłączenie środowiska telekomunikacyjnego do co najmniej dwóch infrastruktur telekomunikacyjnych«, o czym wyżej, i tym samym istnieje możliwość aby każdy wykonawca mógł przełączyć systemy bezprzerwowo.

W związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutu pierwszego naruszenia art. 91 ust. 1, 2c i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie, w jakim Zamawiający nieprecyzyjnie i niespójnie określił terminy wykonania poszczególnych elementów zamówienia oraz określił sztywny termin rozpoczęcia świadczenia usługi tj. określił termin wykonania zamówienia przez podanie konkretnej daty kalendarzowej (rozdz. 4 i rozdz. 17 § 3 SIWZ) – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że Zamawiający określił konkretny termin wykonania jednej z czynności zamówienia – przełączenie systemów telekomunikacyjnych. Termin ten został wyznaczony na 1.11.2017 r. Z doświadczenia życiowego wiadomo, że 1 listopada każdego roku jest dniem prawdopodobnie najmniejszego zainteresowania telefonowaniem, kiedy zgodnie z dziejową tradycją Polacy oddają się zadumie wynikającej ze Świąta Zmarłych. Odwiedzanie cmentarzy i palenie świeczek nie współgrają z telefonowaniem. Ponadto termin ten wynika również z zakończenia obowiązywania umowy dotychczasowym wykonawcą. Ale Zamawiający przewidział także możliwość nie zakończenia procedury zamówieniowej w odpowiednim czasie i dlatego w ust. 4 rubryka 1 załącznika A do SIWZ »Uruchomienie usługi dla wszystkich lokalizacji« wyznaczył termin »1 miesiąc od daty podpisania umowy«.

Nie można powiedzieć, że wymaganie realizacji zamówienia w jakimś konkretnym terminie jest postępowaniem niezgodnym z zamówieniami publicznymi, co sugeruje Odwołujący – np. zamówienie fajerwerków na godzinę 0:00 1 stycznia zapewne także u Odwołującego nie wzbudza zastrzeżeń, a zgłoszenie gotowości do wykonania tej usługi na 3 stycznia nie mogłoby być uznane za właściwe wykonanie usługi.

Odwołujący postulował, aby termin na wykonanie każdej z czynności wynosił 60 dni od zawarcia umowy, jednak nigdzie Odwołujący nie wykazał, że krótszy termin – wymagany przez Zamawiającego – jest niemożliwy do spełnienia.

Odwołujący wielokrotnie podkreślił, że obecny usługodawca ma przewagę w stosunku do wszystkich innych wykonawców, którzy zamierzają ubiegać się o udzielenie rozpoznawanego zamówienia. Jednak Odwołujący nie wziął pod uwagę, że zróżnicowanie warunków składania ofert nie wynika z działań Zamawiającego. Biorąc argumentację Odwołującego w tym zakresie nie byłoby można przeprowadzać postępowania na kontynuację usług ciągłych, bo zawsze dotychczasowi wykonawcy mają inne uwarunkowania dalszego świadczenia usług niż pozostali wykonawcy. Jednak Odwołujący nie wykazał, że

Zamawiający dokonał jakichś czynności, aby różne warunki, w jakich znajdują się wykonawcy, uprzywilejowały któregoś z wykonawców w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp.

Dosyć późne wszczęcie postępowania i wyznaczenie terminu składania ofert na koniec sierpnia 2017 r. także nie może być poczytane jako wada postępowania, bo przy sprawnym postępowaniu Zamawiającego będzie istniał zapas czasu na odpowiednie wybranie oferty i zawarcie umowy, aby wybrany wykonawca mógł rozpocząć wykonywanie zamówienia w zaplanowanym terminie 1.11.2017 r.

Zdaniem Izby w sprawie nie miał znaczenia argument Zamawiającego, że Odwołujący nie skorzystał z instytucji zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienia określonej w art. 38 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp. który to przepis brzmi »Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie«. Zgodnie z przepisami to do wykonawcy należy wybór czy zwróci się o wyjaśnienia, czy złoży odwołanie.

Również dla rozstrzygnięcia odwołania przez Izbę nie miało znaczenia domaganie się przez Odwołującego zamieszczenia na stronie internetowej Zamawiającego odpowiedzi na odwołanie, gdyż nie obejmowało tego odwołanie ani poinformowanie przez Zamawiającego o zamieszczeniu tej odpowiedzi na stronie Zamawiającego.

Także Izba wskazuje, że wszelkie wątpliwości odnośnie treści SIWZ Zamawiający musi rozpatrywać na korzyść wykonawcy. Zostało to w celnie wskazane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 660/15 (str. 33) »Należy wskazać, że obowiązuje swoista „święta” zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców, [...]«. Reguła ta wynika z prawniczej paremii »In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty Izba nie może przychylić się do zarzutu drugiego naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego po stronie zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca

2010 r. 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 oraz z 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący: