

Sygn. akt: KIO 2549/11

WYROK

z dnia 13 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 grudnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 listopada 2011 r.** przez wykonawcę: **GTS Poland Sp. z o.o. ul. Marynarska 15; 02-674 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Karpacką Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. ul. Wita Stwosza 7; 33-100 Tarnów**, przy udziale:

A. wykonawcy: **Netia S.A. ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa**,

B. wykonawcy: **TK Telekom Sp. z o.o. ul. Kijowska 10/12A, 03-743 Warszawa**,

- zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie.

1.1. Nakazuje zamawiającemu dokonanie zmian ogłoszenia o zamówieniu oraz modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób wskazany w treści uzasadnienia wyroku.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Karpacką Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. ul. Wita Stwosza 7; 33-100 Tarnów,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł**

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **GTS Poland Sp. z o.o. ul. Marynarska 15; 02-674 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: **Karpackiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o. ul. Wita Stwosza 7; 33-100 Tarnów** na rzecz odwołującego: **GTS Poland Sp. z o.o. ul. Marynarska 15; 02-674 Warszawa** kwotę **18 600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Tarnowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na „Świadczenie usługi operatorskiej sieci teleinformatycznej WAN w zakresie transmisji danych, głosu i video poprzez prywatną sieć szkieletową VPN realizowaną w technologii MPLS,” (Dz. Urz. UE 2011/S 223-362466, z 19.11.2011 r.), w dniu 29 listopada 2011 r. zostało złożone odwołanie w formie pisemnej przez wykonawcę: GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) opublikowanych w dniu 19 listopada 2011 r.

Odwołujący uznał, że zamawiający: Karpacka Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. w Tarnowie naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), tj.:

1. art. 22 ust. 4 i art. 7 ustawy, przez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia;
2. art. 91 ust. 2 i 3 ustawy, przez postawienie kryteriów oceny ofert, które nie odnoszą się do przedmiotu zamówienia tj. nie wpływają na jakość czy funkcjonalność usług będących przedmiotem zamówienia, a *de facto* prowadzą się do posiadanego przez danego wykonawcę potencjału technicznego, czyli dotyczą właściwości wykonawcy;
3. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
4. art. 144 ust. 1 ustawy, przez zastrzeżenie dla zamawiającego prawa do renegotjacji warunków realizacji przedmiotu zamówienia i renegotjacji warunków finansowych realizacji przedmiotu zamówienia;
5. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

6. oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Powołując się na naruszenie interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie zmian postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób przez siebie postulowany.

Zarzut 1 (dotyczący warunków udziału w postępowaniu).

Zgodnie z rozdziałem IV ust. 1 pkt 5 SIWZ o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz wykażą, *„że na potrzeby realizacji zamówienia dysponują infrastrukturą ogólnopolskiej sieci rdzeniowej (szkieletowej) IP MPLS z węzłami w minimum 8 miastach, w których zlokalizowane są siedziby Oddziałów Zakładów Gazowniczych Zamawiającego, zrealizowaną w sieci telekomunikacyjnej, w której wykonawca dysponuje wyłącznymi prawami, możliwościami zarządzania parametrami logicznymi sieci i parametrami fizycznymi urządzeń.”*

W ocenie odwołującego, warunek ten ogranicza konkurencję, a nie ma wpływu ani na jakość świadczonych usług ani samą możliwość realizowania zamówienia. Wymóg posiadania węzłów sieci rdzeniowej w miastach, w których są oddziały zamawiającego (np. Jasło, Sandomierz) preferuje Telekomunikację Polską S.A. Ponadto posiadanie większej ilości węzłów, urządzeń powoduje, że ryzyko awarii się zwiększa.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu wykreślenia z SIWZ i ogłoszenia powyższego warunku.

Zamawiający nie uznał zarzutu, stwierdził, że nie może zaakceptować propozycji odwołującego, gdyż postawionych warunków udziału w postępowaniu nie można uznać za nadmierne, niezwiązane z przedmiotem zamówienia, czy nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a zarzut naruszenia przepisu art. 22 ust 4 i art. 7 ustawy ocenił jako chybiony. Warunek określony w rozdziale IV ust. 1 pkt 5 SIWZ w ocenie zamawiającego, ma nie tylko wpływ na jakość świadczonych usług, ale w sposób istotny wpływa na możliwość realizowania przedmiotu zamówienia w sposób niezawodny i zapewniający bezpieczeństwo eksploatowanych przez zamawiającego gazociągów i służących temu celowi systemów informatycznych. Uznał, wbrew temu, co wykazywał odwołujący, że czym większa i bardziej rozbudowana jest sieć szkieletowa tym niezawodność i bezpieczeństwo świadczonych usług jest większe. W systemach sieciowych istnieje odwrotna reguła mówiąca, że czym większa i bardziej rozbudowana sieć, tzn. posiadająca większą liczbę węzłów i połączeń między nimi, tym bardziej jest ona sprawna i niezawodna. Ta sprawność i niezawodność wynika z większej

ilości potencjalnych dróg połączeń w sieci pomiędzy węzłami. W wypadku awarii któregośkolwiek połączenia węzły sieci automatycznie zestawiają połączenia alternatywne po innych sprawnych łączach i węzłach sieci. Przyjmując tezę odwołującego jako prawdziwą, należałoby stwierdzić, że ogólnosiwiatowa sieć Internet, która w swojej strukturze posiada setki tysięcy węzłów z wzajemnymi między sobą połączeniami jest najbardziej awaryjną strukturą, a tak nie jest. Rozbudowana sieć szkieletowa wykonawcy pozwala zamawiającemu zminimalizować ryzyko utraty kontroli nad realizowanymi procesami biznesowymi i eksploatacyjnymi przepływu gazu gazociągami i uniknąć awarii mogących ze względu na specyfikę przesyłu i dystrybucji tego paliwa nieść ze sobą zagrożenie życia i mienia w znacznych rozmiarach. Jak podnosił zamawiający powyżej, w rozbudowanej sieci szkieletowej wzrasta liczba alternatywnych dróg przesyłu danych, co ma duży wpływ na sprawne świadczenie przez nią usługi. Awaria pojedynczego elementu w dużej sieci szkieletowej ma mniej krytyczny wpływ na niezawodność świadczonej usługi przez całą sieć, gdyż łatwo jest zastąpić jeden element, który uległ awarii, omijając go poprzez zmianę drogi przesyłu danych, innymi działającymi drogami. W słabo rozwiniętej sieci szkieletowej posiadającej małą ilość węzłów pojedynczy element częstokroć może stać się elementem krytycznym, gdyż nie można go zastąpić innym, co prowadzi do awarii (tzw. zatoru w sieci) lub powoduje znaczne ograniczenia prędkości transmisji, co znacznie pogarsza jakość świadczonej usługi. Zamawiający stwierdził, że określając przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu nie tylko nie ograniczył konkurencji, gdyż według jego wiedzy na rynku znajduje się więcej niż jeden podmiot spełniający przedmiotowy warunek, ale sformułował go tak, aby usługa, którą pragnie nabyć, i za którą będzie płacił stosowne wynagrodzenie, odpowiadała jego potrzebom obecnym i przyszłym, a jednocześnie pozwalała mu na wypełnienie jego obowiązków tj. zachowania najwyższych standardów bezpieczeństwa przy dystrybucji paliwa gazowego. Zasadą jest, że zamawiający nie ma obowiązku formułować warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, który każdemu funkcjonującemu na rynku potencjalnemu wykonawcy umożliwi złożenie oferty. Warunki udziału w postępowaniu mają być związane z przedmiotem zamówienia i być do niego proporcjonalne. Mając na uwadze powyższe, w tym w szczególności obszar działania zamawiającego, skalę posiadanych sieci gazociągów, a także ilość oraz wagę przesyłanych danych związanych z bezpieczeństwem sieci gazowych za pośrednictwem sieci WAN uznał sformułowany warunek za prawidłowy.

Zarzut 2 (dotyczący warunków udziału w postępowaniu).

Warunek określony w rozdziale IV ust. 1 pkt 6 SIWZ zgodnie z którym, o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy „*dysponują jednostkami serwisowymi w odległości nie większej niż 100 km od siedzib Oddziałów Zamawiającego w celu realizacji Service Level Agreement (skrót: SLA).*”

W ocenie odwołującego, warunek ten także w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję. Odległości jednostek serwisowych od siedzib oddziałów zamawiającego nie wpływają na jakość świadczonych usług, a co więcej zamawiający w żaden sposób nie opisał co podjęciem „jednostki serwisowej” rozumie i w jaki sposób będzie dokonywał oceny spełniania tego warunku.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu wykreślenie z SIWZ i ogłoszenia powyższego warunku udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu powyższego zarzutu i żądania odwołujący podał, że ustalając warunki udziału w postępowaniu zamawiający winien kierować się celem, jakim są zamawiane usługi mają służyć, a opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Każde wymaganie powinno znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego związanych z realizacją przedmiotu zamówienia i do niego proporcjonalnych. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które przytoczył:

a) uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 22 listopada 2010 roku (KIO/KU83/10) *„Przed wszystkim opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. "Związany z przedmiotem zamówienia" - opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Opis oceny spełniania warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. "Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia" - opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie."*

b) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 września 2010 r. (KIO 1947/10): *„Izba podkreśla, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może wykraczać poza cel, jakiemu służy i do jakiego został powołany w niniejszym postępowaniu, a który sprowadza się do wyłonienia rzetelnego oraz wiarygodnego wykonawcy zdolnego wykonać przedmiotowe zamówienie."*

Z przywołanego powyżej orzecznictwa, odwołujący wywiódł wniosek, iż w stosunku do

wymaganego potencjału technicznego wykonawcy - zamawiający postawił wymagania nieproporcjonalne i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu. Warunek określony w rozdziale IV ust. 1 pkt. 6 SIWZ uznał za wynikający z własnych potrzeb - w zakresie dotrzymania parametrów poziomu dostępności świadczonych usług (tzw. SLA - Service Level Agreement). W SIWZ określił, że w danej lokalizacji (siedziba Zakładu Głównego lub Oddziału - najważniejsze i najbardziej krytyczne dla zamawiającego lokalizacje) usunięcie awarii i przywrócenie usługi z zachowaniem wymaganych parametrów, winno zostać dokonane przez wykonawcę w terminie odpowiednio jednej godziny lub dwóch godzin od zgłoszenia awarii przez zamawiającego. Określony czas reakcji determinowany jest potrzebą zapewnienia ciągłości i niezawodności świadczonej usługi w tych lokalizacjach. Usunięcie awarii z jednej strony może polegać na likwidacji usterki logicznej, którą można wykonać zdalnie, a z drugiej strony na usunięciu przyczyny fizycznej, co wiąże się z koniecznością dotarcia serwisu do miejsca uszkodzenia. Usunięcie usterki fizycznej z zachowaniem SLA wymaga zapewnienia przez wykonawcę jednostek serwisowych w odpowiednich odległościach wskazanych przez zamawiającego. Aby spełnić ten warunek wystarczy aby wykonawca dysponował jednostkami serwisowymi jedynie w czterech miastach wojewódzkich na terenie działania KSG tj. w Krakowie, Kielcach, Lublinie i Rzeszowie. Zaznaczył, że nie wymaga posiadania jednostek serwisowych przez wykonawcę, a jedynie dysponowania takimi jednostkami serwisowymi, tzn. mogą to być jednostki jego podwykonawcy. Stwierdził, że nie ogranicza tym warunkiem konkurencji, korzysta jedynie z przysługującego mu prawa do formułowania warunków, które pozwolą wybrać wykonawcę, który zapewni świadczenie usługi na poziomie gwarantującym prawidłowe funkcjonowanie przedsiębiorstwa.

Zarzut 3 (dotyczący kryteriów oceny ofert).

W rozdziale XIII SIWZ zamawiający ustanowił następujące kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej:

- cena 64,5 %,
- *łącze podstawowe transmisji dla siedziby KSG Zakład Główny w Tarnowie i siedzib Oddziałów Zakładów Gazowniczych - 16 %,*
- *łącze podstawowe transmisji dla pozostałych lokalizacji - 19,5%.*

Jak podano w rozdziale XIII SIWZ punkty za kryterium łącze podstawowe transmisji dla siedziby KSG Zakład Główny w Tarnowie i siedzib Oddziałów Zakładów Gazowniczych (maksymalnie 16 punktów) będą przyznawane w następujący sposób:

- *za łącze światłowodowe do danej lokalizacji - 2 punkty,*
- *za łącze radiowe do danej lokalizacji - 0,8 punktu.*

Natomiast punkty za kryterium łącze podstawowe transmisji dla pozostałych lokalizacji (maksymalnie 19,5 punktów) będą przyznawane w następujący sposób:

- za łącze światłowodowe do danej lokalizacji - 0,25 punktu
- za łącze miedziane do danej lokalizacji - 0,15 punktu
- za łącze radiowe do danej lokalizacji - 0,08 punktu,

zamawiający dokona wyboru oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu modyfikacji kryteriów oceny ofert poprzez zrezygnowanie z kwestionowanych kryteriów i poprzestaniu jedynie na kryterium cena.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący podał, że analiza przywołanych powyżej kryteriów oceny ofert odnoszących się do typu łącza (różnicujących liczbę przyznanych wykonawcy punktów w zależności od typu łącza) prowadzi do wniosku, że w nieuzasadniony sposób uprzywilejowują one jednego wykonawcę, a mianowicie Telekomunikację Polską S.A. Wykonawca ten jako jedyny na rynku, dysponuje bowiem preferowanymi przez zamawiającego typami łączy (łącza światłowodowe) we wskazanych lokalizacjach, a co za tym idzie z pewnością jako jedyny uzyska maksymalną liczbę punktów w danym kryterium.

Sformułowanie kryteriów oceny ofert dotyczących typu łącza w sposób w jaki dokonał tego zamawiający, w przekonaniu odwołującego, nie znajduje uzasadnienia pod względem technologicznym i jest nieuzasadnione biorąc pod uwagę rezultat jaki zamierza osiągnąć zamawiający i co jest przedmiotem zamówienia. Zamawiający tym samym, naruszył przepis art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, przez ustalenie kryteriów oceny ofert, które nie odnoszą się do przedmiotu zamówienia, tj. nie wpływają na jakość czy funkcjonalność usług będących przedmiotem zamówienia, a *de facto* sprowadzają się do posiadane go przez danego wykonawcę potencjału technicznego, czyli dotyczą właściwości wykonawcy. Tak postawione kryteria oceny ofert są sprzeczne z przytoczonymi przepisami. Ustawa Prawo telekomunikacyjne z dnia 16 lipca 2004 r. (Dz. U. Nr 171, poz. 1800) nie różnicuje technologii świadczenia usług telekomunikacyjnych, a jedynie gwarantuje odbiorcy końcowemu otrzymanie usługi o określonej jakości i wyznacza wykonawcy określone obowiązki w razie niedotrzymania tej jakości. Z punktu widzenia odbiorcy końcowego (zamawiającego) nie ma więc znaczenia, w jakiej technologii są dostarczane mu usługi. Technologia radiowa nie jest gorsza od dostępu kablowego (światłowodowego, miedzianego). Nie stwarza uzasadnienia dla ograniczenia w świadczeniu usług, gdyż licencjonowane pasma radiowe są przeznaczone do profesjonalnych zastosowań telekomunikacyjnych. Korzystanie z tych pasm, poza spełnieniem technicznych wymagań (w Polsce obowiązują normy ETSI) jest dodatkowo rejestrowane i koordynowane przez UKE. Koordynacja stosowania kanałów radiowych jest przeprowadzana w celu:

- sprawdzania, czy dane urządzenie może być stosowane na terenie kraju;
- zapewnienia braku wzajemnych zakłóceń pomiędzy urządzeniami radiowymi na terenie kraju jak też w krajach sąsiadujących;
- wydania lub odmowy pozwolenia radiowego;
- naliczenia opłat dla używania danego zasobu radiowego.

Aby zapewnić wysoką i skalowaną niezawodność łącza, stosowane są odpowiednie rekomendacje planistyczne opracowane przez międzynarodowe organizacje zajmujące się radiokomunikacją (np. ITU-R). Odpowiednio zaprojektowana i zainstalowana radiolinia może zapewnić łącze do transmisji danych, którego niezawodność osiąga wartość nawet 99,9999% w skali roku. W zakresie bezpieczeństwa danych w warstwie fizycznej (pierwsza warstwa modelu OSI) i łącza danych (druga warstwa modelu OSI), jaką bez wątplenia stanowią linie radiowe, poziom zabezpieczeń jest na tym samym poziomie jak przy innych technologiach realizacji łącza ostatniej mili. Są to rozwiązania telekomunikacyjne zaaprobowane przez międzynarodowe organizacje standaryzacyjne (ITU, ETSI, IEEE i IEF).

Zamawiający nie uznał zarzutu, stwierdził, że kryteria oceny ofert wskazane w SIWZ nie tylko odnoszą się do przedmiotu zamówienia, ale i mają bardzo istotny wpływ na jakość i funkcjonalność świadczonej usługi, a tym samym zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 2 i 3 ustawy uznał za chybiony. Typ fizyczny łącza, jakim jest świadczona usługa nie tylko odnosi się do przedmiotu zamówienia, ale jest istotnym elementem, który ma wpływ na jakość i niezawodność świadczonej usługi. Zarzut odwołującego, jakoby takie sformułowanie kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób uprzywilejowany traktowało jednego potencjalnego wykonawcę uznał za nietrafny. Kryteria oceny ofert, mają taki charakter, iż w różny sposób są spełniane przez różnych wykonawców. Gdyby każdy z wykonawców miał możliwość świadczenia usługi na tym samym poziomie wówczas zamawiający nie obawiając się o jakość i niezawodność świadczonej usługi mógłby skorzystać z możliwości ustanowienia jedyne kryterium, jakim jest cena. Zamawiający mając świadomość jak ważna dla jego prawidłowego funkcjonowania jest niezawodność świadczonej usługi, sformułował kryteria oceny ofert bazując na swojej wiedzy i doświadczeniu, z których wynika, iż transmisja danych za pomocą łączy światłowodowych daje największą niezawodność i jakość świadczonej usługi, a co za tym idzie pozwala zamawiającemu na prawidłowe prowadzenie przedsiębiorstwa, i za tę jakość i niezawodność zamawiający jest zdecydowany płacić, gdyż ryzyko szkody, jakie może ponieść w przypadku nieprawidłowego wykonywania przedmiotowej usługi związane z narażeniem życia i mienia osób trzecich, jest tak znaczące, iż „oszczędzanie” w tym zakresie nie leży w interesie zamawiającego. Abstrahując od argumentów technicznych, które wykazują, że łącze światłowodowe jest bardziej niezawodne niż łącze radiowe, każdy może się o tym przekonać

na zasadzie zwykłego dostępu do Internetu. Trudno mówić o niezawodności świadczonej usługi, gdy w przypadku łącz radiowych tak błahe i często występujące czynniki jak deszcz, wiatr, śnieg lub wyładowania atmosferyczne mogą świadczenie takiej usługi przerwać lub znacznie ograniczyć na bliżej nieokreślony okres. Jeżeli w przypadku nieprawidłowego działania łącz radiowych podczas wyżej opisanych zmian pogodowych, zamawiający poniesie straty, utrudnione, a wręcz niemożliwe jest uzyskanie od wykonawcy odpowiedniego odszkodowania, gdyż zmiany te są interpretowane przez wykonawcę jako „siła wyższa.” Innym istotnym argumentem przemawiającym za niższą oceną łącz radiowych, jest fakt, że zamawiający w przypadku lokalizacji, gdzie wymagane są mniejsze przepustowości łącz - nie ma gwarancji, że ze względu na istotne koszty budowy radiolinii wykonawca zastosuje łącza radiowe niższych częstotliwości (np, UKF, UHF, VHF), wrażliwe na zakłócenia przemysłowe i interferencyjne z innymi stacjami radiowymi, co może spowodować znaczne pogorszenie jakości usług. Wśród lokalizacji, w których zamawiający oczekuje świadczenia usługi są też węzły i stacje gazowe, na terenie których występują strefy zagrożenia wybuchem, Stosowanie w tych lokalizacjach łączy radiowych znacznej mocy i/lub wysokiej częstotliwości może doprowadzić w skrajnych przypadkach do wybuchu. Z tego powodu instalacja masztów z urządzeniami radiowymi na terenie stacji gazowych jest mocno ograniczona do wydzielonych stref lub wręcz niemożliwa. Eksploatacja łącz radiowych powoduje ponoszenie przez zamawiającego dodatkowych kosztów związanych z większym zapotrzebowaniem urządzeń radiowych na energię elektryczną. Urządzenia końcowe linii radiowych wymagają 5 razy więcej mocy elektrycznej niż w przypadku urządzeń końcowych pracujących na liniach światłowodowych lub miedzianych. Ponadto montaż i eksploatacja infrastruktury łącza radiowego przyczynia się do dewastacji mienia zamawiającego (uszkodzenia dachów przy montażu masztów i urządzeń, konieczność przeprowadzenia instalacji antenowej). Montaż infrastruktury masztowej i antenowej może też zostać oprotestowany przez okolicznych mieszkańców, co jest w ostatnich latach częstym przypadkiem. Podana przez odwołującego niezawodność łącz radiowych na poziomie 99,9999% odnosi się do warunków idealnych, wręcz laboratoryjnych. Na podstawie własnych doświadczeń zamawiający podał, że na poprawną pracę łącz radiowych wpływa szereg parametrów takich jak: bezpośrednia widoczność anten nadawczo odbiorczych, warunki atmosferyczne, ukształtowanie terenu (obszar działania zamawiającego, to w znacznej mierze tereny o dużym pofałdowaniu terenu - Pogórze Karpackie, Góry Świętokrzyskie), przeszkody na drodze propagacji fal radiowych (zmiany tłumienności w zależności od pór roku, powstające nowe budynki, wyrastające wysokie drzewa). Im dłuższy okres eksploatacji tym możliwość wystąpienia większej liczby czynników negatywnie wpływających na niezawodność łącza. Mając na uwadze powyższe zamawiający zrezygnował z budowy i wykorzystywania łącz radiowych w zastosowaniach obsługi technicznej gazociągów i stacji gazowych zastępując to rozwiązaniem przez budowanie i

stosowanie własnych światłowodów układanych wzdłuż budowanych gazociągów. Zaś przywołane przez odwołującego międzynarodowe organizacje standaryzacyjne wydają jedynie zalecenia, których stosowanie nie jest obligatoryjne dla operatorów telekomunikacyjnych. Dlatego zamawiający na etapie formułowania SIWZ i postępowania przetargowego nie jest w stanie stwierdzić, czy przyszły dostawca usługi stosuje w pełni zalecenia którejs z przytoczonych organizacji. Typowanie w SIWZ wybranego standardu lub standardów, byłoby jedynie przyczynkiem do składania w tym zakresie odwołań. Zamawiający posiadając pełną świadomość, że transmisje radiowe są w niektórych przypadkach dość łatwe do podsłuchu, ze względu na rodzaj prowadzonej działalności dla zapewnienia bezpieczeństwa swoich danych skorzystał z przysługującego mu prawa do sformułowania dość ogólnego warunku o obowiązku szyfrowania transmisji przez wykonawcę w łączach radiowych.

Zarzut 4 (dotyczący opisu przedmiotu zamówienia).

Zamawiający w rozdziale II ust. 2 pkt 16 SIWZ wymaga „*aby każda lokalizacja została podłączona do sieci WAN KSG łączem: typu, przepustowości i organizacji pasma na klasy, określonym w tabeli nr 1.*” Jako typ łącza w tabeli wskazano ATM lub FR dla łącz podstawowych oraz ATM, FR, lub ISDN BRI dla łącz zapasowych.

Przedmiotowy wymóg, jak ocenił odwołujący, jest bezzasadny, bowiem dotyczy on odcinka między routerem PC a routerem CE, czyli części usług, która pozostaje pod całkowitą kontrolą wykonawcy. Narzucenie wykonawcy konkretnej technologii realizacji tej części usługi nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Wybór technologii realizacji łącz w obrębie sieci dostępowej wykonawcy powinien być pozostawiony wykonawcy, zaś zamawiający powinien określić jedynie ogólne warunki dostarczenia usługi: przepływność, parametry QoS, itd, które łącza dostępne powinny zapewnić.

Odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu zmiany pkt 16 rozdział II ust. 2, zdanie 1 w następujący sposób: W zakresie narzuconych technologii (ATM i FR) - usunąć technologie schyłkowe, które są głównie wykorzystywane przez TP S.A. i wprowadzić możliwość swobodnego doboru technologii przez wykonawcę.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów odwołujący podał, że zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W myśl art. 7 ustawy Pzp czynności zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z treści cytowanego przepisu wynika dla zamawiającego zakaz dokonania

opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie. Formułując wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia zamawiający winien kierować się celem, jakim zamawiane produkty mają służyć. Każde wymaganie ma znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Zdaniem odwołującego, wymóg ten uprzywilejowuje TP S.A., gdyż na rynku polskim tylko TP S.A. stosuje technologie ATM i FR. W świetle powyższego, zdaniem odwołującego, nie może budzić wątpliwości fakt, iż przedmiotowy wymóg narusza przepis art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Na poparcie swego stanowiska odwołujący przytoczył wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24 sierpnia 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1040/07 oraz UZP/ZO/0-1045/07) stwierdzający, że *„wymagania muszą mieć walor istotnych, znaczących dla przedmiotu, nie mogą mieć charakteru subiektywnych, albo więcej - zmiernych do wyeliminowania niektórych podmiotów, bądź wyrażać preferencji dla konkretnego przedmiotu.”*

W odpowiedzi zamawiający podnosił, iż opis przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu został sporządzony w sposób właściwy i zarzut naruszenia art. 29 ust 1 i 2 ustawy, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję nie znajduje uzasadnienia. Jednocześnie poinformował, że w ramach udzielania odpowiedzi do treści SIWZ w dniu 7 grudnia 2011 r. zmodyfikował przedmiotowy zapis w między innymi w następujący sposób:

W rozdziale II pkt 2 tabela nr 1: Usuwa się kolumnę 4 pt. „Rodzaj łącza IPVPN” oraz kolumnę 7 p.t. Typ łącza zapasowego.”

Tym samym zamawiający uznał, że podniesiony przez odwołującego zarzut stał się bezprzedmiotowy.

Zarzut 5 (dotyczący opisu przedmiotu zamówienia).

Stosownie do postanowień rozdziału II ust. 2 pkt 4 SIWZ „Wykonawca zapewni w okresie realizacji przedmiotu zamówienia możliwość podłączenia do sieci Zamawiającego innych nowych lokalizacji na terenie Rzeczypospolitej Polskiej nie wymienionych w tabeli nr 1 oraz możliwość zamiany istniejącej lokalizacji na inną, na warunkach wykonania i przy koszcie jednostkowym opłaty instalacyjnej i abonamentu miesięcznego nie wyższym niż średni koszt ofertowy dla porównywalnych pod względem technicznym lokalizacji wymienionych w tabeli nr 1 (tj. typu łącza, przepustowości, podziału pasma na klasy, typu i parametrów łącza rezerwowego, itp.).”

W związku z powyższym odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień rozdziału II ust 2 pkt 4 SIWZ i wprowadzenia uwarunkowania zmiany od

posiadania przez wykonawcę pozytywnych warunków technicznych jak i formalno-prawnych.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, że powyższe postanowienie SIWZ uniemożliwia prawidłową kalkulację uwzględniającą wysokość kosztów inwestycyjnych poniesionych przez wykonawcę z rozpoczęciem świadczenia usług.

Zamawiający nie uznał zarzutu, stwierdził, że nie może zaakceptować propozycji odwołującego. W uzasadnieniu podał, że w związku z trwającą od 2000 roku ciągłą restrukturyzacją całej polskiej branży gazowniczej wymuszoną przepisami polskimi i Unii Europejskiej (Dyrektywa 2006/32/WE w sprawie efektywności końcowej wykorzystania energii i usług energetycznych; Dyrektywa 2009/73/WE dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego; Prawo Energetyczne, itd.) zamawiający jest w trakcie intensywnych zmian organizacyjnych i strukturalnych. W wyniku tych zmian może następować likwidacja obecnych lub/i powstanie nowych jednostek terenowych (lokalizacji) w przedsiębiorstwie zamawiającego, dlatego też nie może zadeklarować, że podczas 48 miesięcznego okresu trwania umowy będzie eksploatował wszystkie lokalizacje wykazane w tabeli nr 1 SIWZ. W odpowiedzi na związane z zarzutem pytanie do treści SIWZ, w celu umożliwienia wykonawcom przeprowadzenia poprawnej kalkulacji kosztów świadczenia usługi wprowadził w dniu 7 grudnia 2011 r. zmianę w treści SIWZ w rozdziale II ust. 2 pkt 8 SIWZ, nadając nowe poniższe brzmienie: *„Zamawiający zastrzega sobie prawo w okresie realizacji przedmiotu zamówienia do rezygnacji bez podania przyczyny z usługi przyłączenia i świadczenia usługi sieci dla wybranych lokalizacji bez dodatkowych opłat i kar na rzecz Wykonawcy. W całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia usługa będzie realizowana dla co najmniej 70 lokalizacji wśród, których będą lokalizacje; siedziba Zakładu Głównego w Tarnowie oraz siedziby Oddziałów Zakładów Gazowniczych w Krakowie, Lublinie, Sandomierzu, Jarosławiu, Jaśle, Kielcach i Rzeszowie.”*

Tym samym podniesiony przez odwołującego zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający rezygnację przez zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy poczytał za bezprzedmiotowy. Nie odniósł się do postanowień rozdziału II ust. 2 pkt 4 SIWZ.

Zarzut 6 (dotyczący opisu przedmiotu zamówienia).

Zgodnie z rozdziałem II ust. 2 pkt 16,18,19 SIWZ zamawiający wymaga, *„aby zestawione łącza posiadały możliwość zwiększenia lub zmniejszenia przepustowości na żądanie zamawiającego. Czas realizacji zlecenia zwiększenia lub zmniejszenia nie będzie przekraczał 5 dniu roboczych od momentu zgłoszenia.”*

W związku z powyższym odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu zmiany

postanowień II ust. 2 pkt 16 SIWZ w następujący sposób:

- pkt 16 w zakresie wskazanych tam 5 dni roboczych na zwiększenie przepustowości - wydłużenie do 2 miesięcy wraz z żądaniem przedstawienia przez zamawiającego harmonogramu terminów wszystkich planowanych zmian przepustowości.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił, że wymagany przez zamawiającego czas realizacji zlecenia jest nierealny, biorąc pod uwagę konieczność dzierżawienia łącza od TP S.A., co wiąże się z koniecznością dostosowania do procedur i terminów tego operatora. Ponadto, zamawiający dla głównych lokalizacji wymaga zwiększenia do docelowej przepustowości 3 razy większej niż ta wskazana w tabeli, co oznacza, iż *de facto* wykonawca powinien zestawiać łącza na tych docelowych przepustowościach (umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie bowiem zawarta na okres 48 miesięcy i nie można przewidzieć kiedy zamawiający zażąda zwiększenia/zmniejszenia przepustowości). Powyższe spowoduje zwiększenie ceny oferty trzykrotnie, a tym samym spowoduje, iż przestanie być ona konkurencyjna w stosunku do oferty wykonawcy obecnie świadczącego usługi na rzecz zamawiającego. Na zasadność swojego stanowiska odwołujący przytoczył następujące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

1) *„Szeroko pojęte wymagania zamawiającego (w tym również dotyczące miejsca czy sposobu jego realizacji) składające się na opis przedmiotu zamówienia mogą naruszać konkurencję, o której stanowi art. 29 ust. 2 p.z.p., nie tylko przez eliminację niektórych wykonawców z możliwości zaoferowania swoich usług czy produktów, ale również w sposób nadmiernie utrudniający przygotowanie i złożenie korzystnej ekonomicznie i racjonalnej oferty,“* - wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2009r sygn. akt KIO/UZP 1734/09;

2) *„Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji należy rozumieć nie tylko opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ale także poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę), lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego,“* - wyrok KIO z dnia 18 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1240/08.

Zamawiający nie uznał zarzutu. Podnosił, że istotna jest sprawność działania sieci i aplikacji działających z wykorzystaniem sieci WAN, dlatego zasygnalizował potrzebę podnoszenia przepustowości łącza i jest gotów ponieść koszty gotowości wykonawcy do zapewnienia zwiększenia przepustowości w przewidzianym w SIWZ zakresie. Zapisy SIWZ mają też na

celu takie przygotowanie i dostarczenie przez wykonawcę łączy dostępowych do lokalizacji zamawiającego, aby podczas ich eksploatacji w czasie trwania umowy nie wymagały one uciążliwej i krytycznej dla działania sieci przebudowy związanej z podniesieniem ich przepustowości. W przypadku przygotowania łączy dostępowych zgodnie z wymogami zamawiającego proces zwiększenia ich przepustowości będzie możliwy w sposób konfigurowalny (tzn. przez zmianę konfiguracji urządzeń), a zmiana będzie możliwa w bardzo krótkim czasie, o wiele krótszym niż wyznaczony przez zamawiającego termin 5 dni roboczych. Warunek ten został sprecyzowany w SIWZ na podstawie doświadczeń zamawiającego w dotychczasowym kilkuletnim okresie eksploatacji usługi sieci WAN MPLS. Podczas ostatnich trzech lat zamawiający podniósł przepustowości w siedzibach oddziałów dwukrotnie, w siedzibie Zakładu Głównego sześciokrotnie, a w innych mniejszych lokalizacjach od dwóch do trzech razy. Ponadto w planach rozwojowych swojego przedsiębiorstwa zamawiający przewiduje uruchomienie kolejnych, centralnych aplikacji informatycznych, które mogą być przyczyną podnoszenia przepustowości w niektórych lokalizacjach. Z uwagi na charakter prowadzonej działalności zamawiającego wymagane jest zachowanie poufności przesyłanych danych poprzez sieć WAN. Zamawiający podnosił, iż opis przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu został sporządzony w sposób właściwy i zarzut naruszenia art. 29 ust 1 i 2 ustawy, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję nie znajduje uzasadnienia. Jednocześnie zamawiający informował, że w ramach udzielania odpowiedzi do treści SIWZ w dniu 7 grudnia 2011 r. zmodyfikował przedmiotowy zapis w następujący sposób:

Rozdział II ust. 2 pkt. 16 otrzymuje nowe poniższe brzmienie: Wymagane jest, aby każda lokalizacja została podłączona do sieci WAN KSG łączem o przepustowości i organizacji pasma w klasy określonym w tabeli nr 1. Wymagane jest, aby łącza te posiadały możliwość zmniejszenia lub zwiększenia przepustowości na żądanie Zamawiającego wg następujących zasad:

- a) dla lokalizacji siedziby Zakładu Głównego KSG w Tarnowie i siedzib Oddziałów Zakładów Gazowniczych - ze skokiem nie mniejszym niż co 2 Mbit/s do minimalnej docelowej przepustowości 3 razy większej niż określonej w tabeli nr 1,*
- b) dla pozostałych lokalizacji - ze skokiem nie mniejszym niż co 128 kbit/s (wybór z szeregu przepustowości: 84kbit/s, 128 kbit/s, 256 kbit/s, 384 kbit/s, 512 kbit/s, 1 Mbit/s, 1,5 Mbit/s, 2 Mbit/s) do minimalnej docelowej przepustowości 2 razy większej niż określonej w tabeli nr 1.*

Zlecenia zmiany przepustowości łącza realizowane będą za pomocą poczty elektronicznej (e-mail) przez upoważnionych pracowników Zamawiającego, a czas realizacji przez Wykonawcę zlecenia zwiększenia lub zmniejszenia przepustowości

łącza nie będzie przekraczała 10 dni roboczych od momentu zgłoszenia.

Ponadto wymaga się, aby dla lokalizacji; Zakład Główny w Tarnowie i Oddziały Zakłady Gazownicze w Krakowie, Lublinie, Sandomierzu, Jarosławiu, Jaśle, Kielcach i Rzeszowie dla łączy podstawowych i zapasowych zastosować jeden z następujących rodzajów (standardów) łączy: GigabitEthernet, FastEthernet, Ethernet, ATM, FR, ISDN PRI (30B+D) umożliwiającą realizację warunku a). Dla pozostałych lokalizacji dla łączy podstawowych należy zastosować jeden z następujących rodzajów (standardów) łączy: Ethernet, ATM, FR, ISDN PRI (30B+D) lub inny umożliwiającą realizację warunku b) Dla łączy zapasowych do ww. lokalizacji dopuszcza się również zastosowanie łączy rodzaju (standardu) ISDN BRI (2B+D).

Zarzut 7 (dotyczący opisu przedmiotu zamówienia).

Zgodnie z rozdziałem II ust. 2 pkt 18 (str. 5 SIWZ) zamawiający wymaga zapewnienia szyfrowania w przypadku stosowania łączy radiowych (odesłanie do pkt 18 zawiera pkt 19).

W związku z powyższym odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowienia rozdziału II ust. 2 pkt 18 SIWZ w następujący sposób:

- pkt 18 usunąć ewentualnie rozszerzyć wymagania na łącze światłowodowe.

Odwołujący wskazywał, że takie rozwiązanie sprawia, że wykonawca musi ponieść dodatkowe koszty. Podczas gdy, dla łączy miedzianych i światłowodowych nie przewidziano zastosowania szyfrowania, zatem postanowienie to, w ocenie odwołującego, w rażący sposób narusza wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu. Wyjaśniał, że w przypadku łączy radiowych bez szyfrowania, bezpieczeństwo przesyłanych danych jest znacznie niższe niż na łączach kablowych miedzianych i światłowodowych. Nieautoryzowany dostęp do danych przesyłanych po łączach miedzianych i światłowodowych wymaga fizycznego dostępu do linii kablowych, które są pod opieką operatora. Operator posiada możliwości ochrony łączy kablowych przed nieautoryzowanym dostępem. W przypadku łączy radiowych aby uzyskać nieautoryzowany dostęp nie wymagany jest fizyczny dostęp do urządzeń. Dlatego dane przesyłane poprzez łącza radiowe powinny być chronione przez szyfrowanie.

Zarzut 8. (dotyczący opisu przedmiotu zamówienia).

Rozdział II ust. 2 pkt 20 SIWZ przewiduje, „że świadczenie usługi przez wykonawcę powinno nastąpić nie później niż od 30 kwietnia 2012 r. Aby dotrzymać powyższego terminu wykonawca powinien najpóźniej do 26 kwietnia 2012 r.

a) zamontować urządzenia końcowe (routery CE) w lokalizacjach zamawiającego

wyszczególnionych w tabeli nr 1,

b) wykonać i uruchomić łącza dostępowe podstawowe i rezerwowe do lokalizacji Zamawiającego wykazanych w tabeli nr 1,

c) zestawić sieć KSG w swojej sieci szkieletowej,

d) uruchomić całą sieć będącą przedmiotem zamówienia,

e) podpisać protokoły odbioru z zamawiającym wykonania i uruchomienia łączy dostępowych i routerów końcowych CE w poszczególnych lokalizacjach sieci.

Odwołujący wnosił o zmianę postanowień rozdziału II ust. 2 pkt 20 SIWZ poprzez wykreślenie jego obecnego brzmienia i zastąpienie następującym: „Świadczenie usługi przez wykonawcę powinno nastąpić nie później niż w ciągu 5 miesięcy od podpisania umowy.”

Zdaniem odwołującego, zamawiający określając termin uruchomienia usługi na dzień 30 kwietnia 2012 r. w rażąco sposób naruszył przepis art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Wskazany przez zamawiającego termin uruchomienia usługi jest zbyt krótki, biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia oraz czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący powołał się na stanowisko zawarte w opinii Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 26.01.2006 r. wydanej w odpowiedzi na pytanie skierowane przez Prezesa UZP. Z treści tej opinii jednoznacznie wynika, iż 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. W wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 27 lutego 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-533/06), podano - „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, iż ci inni wykonawcy powinni już rozpocząć przygotowania do świadczenia usług objętych przetargiem z momentem opublikowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego.” Za reprezentatywne w powyższym zakresie, odwołujący poczytał m.in. następujący wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 czerwca 2011 r., sygn. akt 25.06.2010 r. „Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający musi brać pod uwagę taki czynnik, jak okres czasu konieczny na przygotowanie się wykonawcy do świadczenia usługi. Jeżeli okres ten jest obiektywnie dostatecznie długi, czynnik ten nie ma znaczenia. Odwołujący i przystępujący wskazali, że taki okres w tym konkretnym postępowaniu wynosi około 4 miesięcy i wobec tego ci wykonawcy nie kwestionowali okresu na przygotowanie do świadczenia usługi w uprzednim postępowaniu, gdyż zamawiający

wszczął uprzednie postępowanie na prawie rok przed wskazanym terminem rozpoczęcia świadczenia przedmiotu zamówienia. Strony zgodnie przyznały, że przygotowanie do rozpoczęcia świadczenia usługi jest dosyć skomplikowane i musi trwać dłuższy czas. Jednak w rozpoznawanym postępowaniu zamawiający nie wziął pod uwagę czynnika upływającego czasu między kolejnymi wszczęciami postępowań i pozostawił termin rozpoczęcia świadczenia przedmiotu zamówienia określony datami kalendarzowymi bez zmian w stosunku do poprzedniego postępowania. W przypadku zbyt późnego zakończenia postępowania, a precyzyjny termin jego zakończenia nie jest możliwy do przewidzenia, chociażby ze względu na wnoszenie środków ochrony prawnej, może się okazać, że planowane do sporządzenia ceny ofertowej czynniki zbyt dalece zmieniają się i świadczenie przedmiotu zamówienia stanie się nieopłacalne dla wykonawcy. W związku z tym, przewidujący wykonawca będzie musiał zwiększyć koszty obliczane do oferty, co może wpłynąć na brak konkurencyjności jego oferty w stosunku do usługodawcy obecnie świadczącego zamawianą usługę. (...) „Skład orzekający Izby stwierdza, że przewidzenie zbyt krótkiego, a w dodatku nieokreślonego okresu przeznaczzonego na przygotowanie wykonawcy do rozpoczęcia spełniania świadczenia, gdy konieczne jest dosyć skomplikowane przygotowanie wykonawcy do spełniania świadczenia, nie może być uznane jako właściwe stosowanie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.”

Zamawiający nie uznał zarzutu, stwierdził, że nie może zaakceptować propozycji odwołującego. Podtrzymał określone terminy uruchomienia usługi, gdyż obecnie posiada podpisaną umowę z TP S.A., która wygasa z dniem 31 maja 2012 roku. Ze względu na charakter prowadzonej działalności zamawiający nie może być pozbawiony sprawnie działającej sieci WAN. Dlatego każde przedłużenie uruchomienia usługi powoduje konieczność przedłużenia obecnie obowiązującej umowy. Zamawiający argumentował, że nie może dokonać przełączenia sieci WAN z obecnie eksploatowanej na nową bez zapewnienia minimum jednomiesięcznego okresu przejściowego, w którym będą pracowały obie sieci. Jednocześnie dłuższy okres przełączania sieci naraża go na poważne nieuzasadnione koszty.

Zarzut 9 (dotyczący opisu przedmiotu zamówienia) - możliwości rezygnacji przez zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy.

W rozdziale XVI ust. 2 SIWZ wśród okoliczności tam wskazanych w pkt 5 wymieniono: *„rezygnację przez Zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy (nie dotyczy likwidacji, zamiany dotychczasowej lub uruchomienia nowej lokalizacji sieci WAN KSG i zmian parametrów technicznych łącz dostępowych do sieci WAN KSG) - w takim przypadku wynagrodzenie przysługujące wykonawcy zostanie pomniejszone, przy czym Zamawiający zapłaci za wszystkie spełnione świadczenia oraz zwróci wykonawcy wszystkie*

udokumentowane koszty, które wykonawca poniósł w związku z wynikającymi z umowy planowanymi świadczeniami."

Odwołujący wnosil o wykreślenie powyższych postanowień z treści SIWZ, ewentualnie jasne i szczegółowe sprecyzowanie przesłanek rezygnacji przez zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy.

Zarzut 10 (dotyczący opisu przedmiotu zamówienia) - możliwości rezygnacji przez zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy.

Stosownie do postanowień rozdziału II ust. 2 pkt 8 SIWZ „Zamawiający zastrzega sobie prawo w okresie realizacji przedmiotu zamówienia do rezygnacji bez podania przyczyny z usługi przyłączenia i świadczenia usługi sieci do niektórych lokalizacji określonych w tabeli nr 1 bez dodatkowych opłat i kar na rzecz wykonawcy."

Odwołujący wnosil o wykreślenie powyższych postanowień z treści SIWZ, ewentualnie jasne i szczegółowe sprecyzowanie przesłanek rezygnacji przez zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy.

W uzasadnieniu do zarzutu nr 9 i 10 odwołujący podał - zamawiający przewidział możliwość zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, w przypadku wystąpienia co najmniej jednej z okoliczności wymienionych, co odwołujący uznał za niedopuszczalne. Podnosił, że wykonawcy mogą racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekompensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy) jedynie wówczas, gdy mogą przewidzieć przez jaki odcinek czasu strony umowy pozostaną nią związane. W praktyce, w wypadku każdej umowy wiążącej się z nakładami, wykonawca musi rozważyć, czy opłaty naliczone w okresie obowiązywania umowy pokryją poniesione nakłady oraz czy uzyskany w ten sposób przychód pozwoli na uzyskanie chociażby minimalnego zysku. Reasumując, zastrzeżenie na rzecz zamawiającego prawa do odstąpienia od umowy w każdym czasie, bez podania przyczyny stanowi, w ocenie odwołującego, rażące naruszenie szeregu przepisów ustawy Pzp, w tym przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. W wyroku KIO z dnia 24 lipca 2008 r., KIO/UZP 707/08 wskazano, że „Wyznaczony termin rozpoczęcia usługi po zawarciu umowy, a więc w sposób umożliwiający wybranemu wykonawcy podjęcie działań na rzecz realizacji zamówienia, z zaangażowaniem finansowym i organizacyjnym włącznie, winien być tak określony aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotom, które dotychczas świadczyły tego rodzaju usługi telekomunikacyjne (w tym na rzecz Zamawiającego) i posiadają pełną lub częściową infrastrukturę sieciową, jak i tym podmiotom, które dla realizacji zamówienia muszą zawierać

umowy dzierżawy łączy od firm, będących ich właścicielami czy dysponentami. W przeciwnym bowiem wypadku zostałby naruszony art. 7 ust. 1 Pzp, gwarantujący równe traktowanie wykonawców z przestrzeganiem zasad uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia.” Wskazywał, że konieczność kształtowania przez zamawiającego postanowień umowy w taki sposób, aby umożliwiły wykonawcy dokonanie prawidłowej kalkulacji kosztów nie budzi wątpliwości w orzecznictwie. Za reprezentatywny w powyższym zakresie uznał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 września 2005 r. (sygn. V Ca 1110/04): „wykonawcy, przystępując do postępowania przetargowego, dokonują analizy kosztów, która wpływa następnie na wysokość ceny, a ta z kolei jest jednym z podstawowych kryteriów oceny oferty. W zależności od wielkości zamówienia dostawca może wprowadzić określone rabaty. Musi mieć zatem pewność, że zrealizuje w przyszłości (...) zamówienie w pewnym minimalnym zakresie. Dlatego też sąd uznał, że postanowienia projektu umowy winny być zmodyfikowane w taki sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie.”

Zarzut 11 (dotyczący opisu przedmiotu zamówienia) - renegeacji warunków realizacji przedmiotu zamówienia. W rozdziale II ust. 2 pkt 33 SIWZ „Zamawiający zastrzega sobie prawo do renegeacji warunków realizacji przedmiotu zamówienia podczas okresu jego wykonania w zakresie technicznym i finansowym w przypadkach, gdy wykonawca wprowadzi do eksploatacji nowe usługi telekomunikacyjne w zakresie usług będących przedmiotem zamówienia” oraz w pkt 34 „Zamawiający zastrzega sobie prawo do renegeacji warunków finansowych realizacji przedmiotu zamówienia podczas okresu jego wykonania w przypadku, gdy wykonawca wprowadzi nowy cennik usług telekomunikacyjnych w zakresie usług będących przedmiotem zamówienia o cenach korzystniejszych niż w złożonej ofercie.”

Odwołujący stwierdził, że powyższe postanowienia w rażący sposób naruszają dyspozycję przepisu art. 144 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zakazane jest dokonywanie zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy.

Odwołujący wnosił o zmianę w rozdziale II ust. 2 pkt 33 i 34 SIWZ, przez ich wykreślenie.

Zamawiający nie uznał zarzutów nr 9,10 oraz 11. Stwierdził, że nie może zaakceptować propozycji odwołującego. Zastrzeżenie prawa do renegeacji warunków realizacji przedmiotu zamówienia i renegeacji warunków finansowych realizacji przedmiotu zamówienia nie stanowi w żaden sposób naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, a jedynie wyraża dozwolone ustawą działanie zamawiającego. Umowa w przedmiotowym zamówieniu zawierana jest na okres 48 miesięcy, mając na uwadze czas trwania przedmiotowej umowy w interesie zamawiającego jest skorzystanie z uprawnień, jakie daje przepis art. 144 ustawy Pzp w zakresie zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty w przypadku, gdy

zamawiający przewidzi taką możliwość w treści SIWZ i określi warunki takiej zmiany. Skorzystanie przez zamawiającego z możliwości, jakie stwarza ustawa w żaden sposób nie można uznać za niewłaściwe.

Wskazał również na zmienione brzmienie postanowień rozdziału II ust. 2 pkt 8 SIWZ, *„Zamawiający zastrzega sobie prawo w okresie realizacji przedmiotu zamówienia do rezygnacji bez podania przyczyny z usługi przyłączenia i świadczenia usługi sieci dla wybranych lokalizacji bez dodatkowych opłat i kar na rzecz Wykonawcy. W całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia usługa będzie realizowana dla co najmniej 70 lokalizacji wśród, których będą lokalizacje; siedziba Zakładu Głównego w Tarnowie oraz siedziby Oddziałów Zakładów Gazowniczych w Krakowie, Lublinie, Sandomierzu, Jarosławiu, Jaśle, Kielcach i Rzeszowie.*

Tym samym podniesiony przez odwołującego zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający rezygnację przez zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy uznał za bezprzedmiotowy.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 30 listopada 2011 r. zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w dniu 2 grudnia 2011 r., w kopii przesłane stronom, złożyli następujący wykonawcy:

A. Netia S.A. ul. Poleczki 13,02-822 Warszawa,

B. TK Telekom Sp. z o.o. ul. Kijowska 10/12A, 03-743 Warszawa,

- wnosząc o uwzględnienie odwołania, gdyż kwestionowane postanowienia ogłoszenia oraz SIWZ uniemożliwiają udział w postępowaniu i złożenie konkurencyjnej oferty.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w sprawie wykonawców: Netia S.A. ul. oraz TK Telekom Sp. z o.o.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) z załącznikami, wyjaśnieniami i zmianami, protokołu postępowania.

Izba nie dopuściła dowodów wnioskowanych przez odwołującego - ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących innych postępowań, gdyż nie miały one znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Natomiast wnioskowany dowód z raportu UKE,

potwierdzającego największy udział Telekomunikacji Polskiej S.A. w infrastrukturze sieci kablowych, był zbędny, gdyż powyższa okoliczność jest bezsporna.

Nadto Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zgłaszanych zarzutów, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołujący jako wykonawca działający na rynku w branży usług telekomunikacyjnych, zainteresowany złożeniem oferty, ma prawo skarżyć postanowienia SIWZ, w jego ocenie uchybiające przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, skoro wskutek zarzucanych zamawiającemu naruszeń, nie jest w stanie prawidłowo przygotować swojej oferty ani skalkulować proponowanej ceny, co legitymuje wykonawcę do wniesienia odwołania w myśl postanowień art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzucane działaniom zamawiającego uchybienia zasadzie równego traktowania wykonawców, ograniczania konkurencji i wadliwego ukształtowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mogą się przełożyć na rezygnację potencjalnych wykonawców z ubiegania się o przedmiotowe zamówienie, a przez to na wynik postępowania. Tym samym, odwołujący jest legitymowany do wniesienia niniejszego odwołania, skoro dowodzi, że sprzeczne z ustawą Pzp czynności zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na dostęp do udziału w postępowaniu - prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu złożenia oferty i uzyskaniu zamówienia.

Izba odniosła się do czynności zamawiającego kwestionowanych odwołaniem, nie negując przy tym uwarunkowań ogólnych działalności zamawiającego, który wskazywał, że świadczy dystrybucję paliwa gazowego na rzecz zleceniodawców usług dystrybucyjnych, przy wykorzystaniu gazowej sieci będącej własnością KSG. Natomiast prowadzone przez KSG postępowanie na świadczenie usługi operatorskiej sieci teleinformatycznej WAN w zakresie transmisji danych, głosu i video poprzez prywatną sieć szkieletową VPN realizowaną w technologii MPLS, dotyczy strategicznej dla zamawiającego kwestii związanej z zapewnieniem prawidłowego funkcjonowania i zarządzania posiadanymi przez siebie gazociągami, a tym samym dochowania jednej z najważniejszych zasad obowiązujących w branży gazowniczej a

dotyczącej zapewnienia bezpieczeństwa ludzi i mienia przy wykonywaniu swojej działalności. Przy czym obszar działania zamawiającego obejmuje cztery województwa południowo - wschodniej Polski (powierzchnia 60,6 tys km²) tj.: małopolskie, podkarpackie, świętokrzyskie i lubelskie, W strukturze zamawiającego znajdują się następujące oddziały:

- Zakład Główny w Tarnowie
- Oddział Zakład Gazowniczy w Tarnowie
- Oddział Zakład Gazowniczy w Kielcach
- Oddział Zakład Gazowniczy w Krakowie
- Oddział Zakład Gazowniczy w Jarosławiu
- Oddział Zakład Gazowniczy w Jaśle
- Oddział Zakład Gazowniczy w Sandomierzu
- Oddział Zakład Gazowniczy w Rzeszowie
- Oddział Zakład Gazowniczy w Lublinie

Zamawiający zaznaczał że Karpacka Spółka Gazownictwa według stanu na koniec 2008 roku eksploatowała łącznie ponad 60 tys km sieci gazowej. Ponadto, że rozwija posiadane przez siebie systemy informatyczne w kierunku, który pozwala na monitorowanie, minimalizowanie zagrożenia awarią oraz jak najskuteczniejsze zarządzanie posiadany przez siebie majątkiem. Rozwój i rozbudowa przedmiotowych systemów pociąga za sobą konieczność zapewnienia wysokiej jakości usług transmisji danych, głosu i video. Sieć teleinformatyczna WAN będąca przedmiotem postępowania przetargowego jest użytkowana przez przedsiębiorstwo zamawiającego już od kilku lat. Dotychczasowe jej sprawne i bezawaryjne działanie pozwoliło istotnie ograniczać koszty działalności i sprawować prawidłowy nadzór nad pracą i bezpieczeństwem sieci dystrybucji gazem na terenie działalności KSG. Jej dalsze działanie na co najmniej tak dobrym poziomie jak obecnie, i jej dalszy rozwój jest priorytetem w niniejszym postępowaniu przetargowym, gdyż obniżenie jakości jej działania może w istotny sposób doprowadzić do nieodwracalnych strat zamawiającego. Zapewniał, że mając powyższe na uwadze tak opisał w specyfikacji istotnych warunkach zamówienia przedmiot zamówienia, aby z zachowaniem obowiązującego prawa, w jak największym zakresie utrzymać sprawność i bezawaryjność sieci WAN, chroniąc w ten sposób swój interes, jak również interes swoich klientów - odbiorców paliwa gazowego. Zważywszy powyższe, w uzasadnieniu wniosku o oddalenie odwołania podnosił, że opis przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu został sporządzony w sposób właściwy i zarzut naruszenia art. 29 ust 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję nie znajduje uzasadnienia. Reasumując podkreślał, że tworząc zapisy ogłoszenia i SIWZ w żaden sposób nie naruszył przepisów, w tym w szczególności art. 7 ust. 1 i 3 ustawy

Pzp. Wszelkie czynności podjęte w toku przedmiotowego postępowania zmierzają w kierunku aby uzyskać usługę świadczoną na odpowiednim poziomie, niezawodną i zapewniającą bezpieczeństwo działania zamawiającego za godziwą cenę.

Ustosunkowując się do powyższych deklaracji zamawiającego, Izba zestawiała je z konkretnymi postanowieniami SIWZ, kwestionowanymi odwołaniem oraz odniosła je do wymagań ustawowych.

Izba w całości podzieliła poglądy odwołującego, co do interpretacji zasad i założeń ogólnych prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym w szczególności przestrzegania nakazu, aby było ono prowadzone w sposób zapewniający warunki do zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Co oznacza, iż zamawiający z góry w ogłoszeniu o zamówieniu, oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - stosownie do zakresu danych wyznaczonych tym dokumentom w odnośnych przepisach, podaje wszystkie informacje mające wpływ na sporządzenie oferty oraz środki służące do weryfikacji treści oferty - czyli sposób oceny, których spełnienie następnie egzekwuje w sposób przewidziany. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów i jakiegokolwiek dyskryminacji bezpośredniej lub pośredniej, a więc także stwarzanie wykonawcom zdolnym do należytej realizacji usługi równego dostępu do zamówienia. Izba przyznała rację odwołującemu, iż część kwestionowanych postanowień SIWZ może stawić w uprzywilejowanej sytuacji wykonawcę dotychczas świadczącego dane usługi na rzecz zamawiającego, który już posiada niezbędną infrastrukturę kablową wraz z zakończeniem sieci w lokalizacjach zamawiającego. Niewątpliwie z uwagi brzmienie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który podaje, że opisu przedmiotu zamówienia należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - pozostawienie w tym zakresie dowolności, czy niejednoznaczności stanowi naruszenie wskazań tej normy. Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może ono być w całości przerzucane na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę.

Przewidziane zmiany umowy wynikające z bieżących potrzeb zamawiającego, w ocenie Izby, nie mogą zostać z góry wyłączone czy ograniczone - bez względu uwarunkowania techniczne wykonawcy, ale ich wprowadzenie tak w odniesieniu do zakresu i terminu, jak i

rozliczeń winno być ujęte w sposób czytelny i jednoznaczny w warunkach zamówienia. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek przestrzegania zasad stwarzających przestrzeń dla uczciwej konkurencji, a zgodnie z art. 29 ust. 2 tej ustawy zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, który powinno się interpretować w ten sposób, że opis przedmiotu zamówienia powinien jednakowo pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich istotnych czynników wpływających na nią. Trafnie odwołujący podnosił, iż wskazywane postanowienia SIWZ w niniejszym postępowaniu świadczą, że obie wymienione wyżej zasady wyrażone w ustawie Pzp nie zostały zachowane. Niektóre z niżej wymienionych, zaskarżonych postanowień SIWZ, zdaniem Izby, mogą powodować ograniczenie kręgu wykonawców zdolnych do zrealizowania zamówienia w sposób należyty oraz złożenia oferty na warunkach konkurencyjnych.

Przechodząc do rozpatrzenia poszczególnych zarzutów w kontekście naruszenia art. 22 ust. 4, art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, oraz art. 91 ust. 2 i 3 tej ustawy, mając na względzie stanowiska obu stron w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy, Izba zajęła następujące stanowisko.

Ad zarzut 1.

W ocenie Izby warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale IV ust. 1 pkt 5 SIWZ, stanowiący, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykazą, *„że na potrzeby realizacji zamówienia dysponują infrastrukturą ogólnopolskiej sieci rdzeniowej (szkieletowej) IP MPLS z węzłami w minimum 8 miastach, w których zlokalizowane są siedziby Oddziałów Zakładów Gazowniczych Zamawiającego, zrealizowaną w sieci telekomunikacyjnej, w której wykonawca dysponuje wyłącznymi prawami możliwościami zarządzania parametrami logicznymi sieci i parametrami fizycznymi urządzeń,”* jest nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, którym jest *„Świadczenie usługi operatorskiej sieci teleinformatycznej WAN w zakresie transmisji danych, głosu i video poprzez prywatną sieć szkieletową VPN realizowaną w technologii MPLS.”* Dla wykazania spełnienia wymienionego warunku, zgodnie z rozdziałem V pkt 13 SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca załączył w dokumentach oferty schemat sieci rdzeniowej IP MPLS wykonawcy z zaznaczeniem lokalizacji węzłów i dokumentacją wskazującą na podmiot odpowiedzialny za zarządzanie parametrami sieci i urządzeń należących do sieci rdzeniowej (szkieletowej) wykonawcy. Należało zważyć, iż przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi operatorskiej. Dla wykonania takiej usługi, wykonawca każdorazowo na potrzeby konkretnego zamówienia, władny jest zestawić łącza sieci szkieletowej, tak kablone jak i radiowe, aby uzyskać

możliwość świadczenia pełnego zakresu zamawianej usługi, z zagwarantowaniem wymaganych parametrów, np. wielkości transferu danych, szybkości, niezawodności działania. Art. 22 ust. 4 ustawy Pzp dozwala aby opis sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu pozostawał związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny. Zamawiający jako wykonawca sektorowy może wprowadzić z mocy art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp żądać przedstawienia także innych dokumentów, niż wymienionych w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 tej ustawy, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełnienia przez wykonawców tych warunków. Jednakże również zamawiający sektorowy związany jest zakazem ustanawiania warunków nadmiernych, eliminujących z postępowania wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że warunek ten ogranicza konkurencję, a nie ma wpływu na możliwość realizowania zamówienia. Wymóg posiadania węzłów sieci rdzeniowej, w miastach w których są oddziały zamawiającego (w ilości nie mniejszej niż 8) w istocie preferuje wykonawców posiadających rozbudowaną infrastrukturę sieciową na terenie działalności zamawiającego (w szczególności kablową), takich jak Telekomunikację Polską S.A. Izba uznała argumentację stron dotyczącą okoliczności wpływu posiadania większej ilości węzłów, urządzeń na awaryjność systemu, bądź przeciwnie, na zwiększenie możliwości przesyłu danych alternatywnymi drogami, za pozbawioną znaczenia dla oceny warunku udziału w postępowaniu, ze względu na posiadany potencjał techniczny wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Zapewnienie niezawodności działania systemu, poziomu SLA, nie jest bowiem bezpośrednio kwestią ustalenia warunków udziału w postępowaniu, a opisu przedmiotu zamówienia. Jeżeli wykonawca nie przedstawi rozwiązań technicznych gwarantujących osiągnięcie wymaganych parametrów usługi, będą zachodziły podstawy do odrzucenia oferty, jako sprzecznej z treścią SIWZ. Ponadto należało mieć na względzie niejednoznaczność warunków, iż posiadanie *infrastruktury ogólnopolskiej sieci rdzeniowej (szkieletowej) IP MPLS z węzłami w minimum 8 miastach, w których zlokalizowane są siedziby Oddziałów Zakładów Gazowniczych Zamawiającego, zrealizowaną w sieci telekomunikacyjnej*, ma się odnosić do „*dysponowania wyłącznymi prawami możliwościami zarządzania parametrami logicznymi sieci i parametrami fizycznymi urządzeń.*” Biorąc pod uwagę, że przepisy Prawa telekomunikacyjnego umożliwiają wykonawcom danego rodzaju usługi, na zasadzie tzw. dostępu telekomunikacyjnego – dzierżawę łączy od znaczących operatorów rynkowych, żądanie aby na etapie złożenia oferty, aby każdy z wykonawców takimi łączami w oznaczonej technologii IP MPLS dysponował na oznaczonym terenie, nie jest właściwe, gdyż w praktyce sprowadza się do wykonania elementów zamówienia umożliwiających świadczenie usługi, gdy na tym

etapie postępowania wykonawca nie ma pewności, że zostanie z nim zawarta umowa. Tym bardziej, iż określenie „*dysponowania wyłącznymi prawami możliwościami zarządzania parametrami logicznymi sieci i parametrami fizycznymi urządzeń,*” nie zostało na użytek tego postępowania zdefiniowane, i może być interpretowane przez zamawiającego w sposób dowolny. Wykonawca działający w tej branży, który w aktualnym czasie na danym rynku nie świadczy usługi teleinformatycznej, nie musi utrzymywać kosztownych łączy w oznaczonej technologii, dla samego wykazania zdolności technicznej dla potencjalnych zamówień.

Z omówionych wyżej przyczyn, Izba uznała, że zachodziłyby podstawy do nakazania zamawiającemu wykreślenia z SIWZ i z ogłoszenia omawianego warunku udziału w postępowaniu w jego aktualnym brzmieniu. Mając jednak na względzie stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, iż zamawiający byłby skłonny wyeliminować z postanowień w rozdziale IV ust. 1 pkt 5 SIWZ wymaganą technologię *infrastruktury ogólnopolskiej sieci rdzeniowej (szkieletowej) IP MPLS* oraz stanowisko odwołującego, że gdyby ograniczono ilość węzłów do 5 lokalizacji, wówczas uznałby warunek za możliwy do spełnienia i nie nadmierny, w ocenie Izby, zachodzą podstawy do nakazania zamawiającemu zmian ogłoszenia oraz modyfikacji SIWZ tylko w zakresie wykreślenia w rozdziale IV ust. 1 pkt 5 SIWZ wskazanej technologii *infrastruktury ogólnopolskiej sieci rdzeniowej (szkieletowej) IP MPLS* oraz ograniczenia ilości węzłów w *minimum 5 miastach, w których zlokalizowane są siedziby Oddziałów Zakładów Gazowniczych Zamawiającego.*

Ad zarzut 2.

Warunek określony w rozdziale IV ust. 1 pkt 6 SIWZ zgodnie z którym, o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy „*dysponują jednostkami serwisowymi w odległości nie większej niż 100 km od siedzib Oddziałów Zamawiającego w celu realizacji Service Level Agreement (SLA),*” Izba uznała za nadmierny i niekonieczny dla rękojmi prawidłowego wykonywania usługi. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że warunek ten także w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję. Odległości jednostek serwisowych od siedzib oddziałów zamawiającego nie wpływają na jakość świadczonych usług, ponadto zamawiający nie opisał co podjęciem „jednostki serwisowej” rozumie i w jaki sposób będzie dokonywał oceny spełniania tego warunku – udzielił wyjaśnień do SIWZ w tym zakresie. Z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że zamawiający szczegółowo określił wymagania jakościowe w odniesieniu do zamawianej usługi i poziom niezawodności, (co potwierdził w odpowiedzi na odwołanie) - w zakresie dotrzymania parametrów poziomu dostępności świadczonych usług (SLA). W SIWZ określił, że w danej

lokalizacji (siedziba Zakładu Głównego lub Oddziału – najważniejszych i najbardziej krytycznych dla zamawiającego lokalizacjach) usunięcie awarii i przywrócenie usługi z zachowaniem wymaganych parametrów, winno zostać dokonane przez wykonawcę w terminie odpowiednio jednej godziny lub dwóch godzin od zgłoszenia awarii przez zamawiającego. Izba nie neguje zasadności stanowiska zamawiającego, że określony czas reakcji determinowany jest potrzebą zapewnienia ciągłości i niezawodności świadczonej usługi w tych lokalizacjach. Jak również zgadza się z argumentacją, że usunięcie awarii z jednej strony może polegać na likwidacji usterki logicznej, którą można wykonać zdalnie, a z drugiej strony na usunięciu przyczyny fizycznej, co wiąże się z koniecznością dotarcia serwisu do miejsca uszkodzenia. Usunięcie awarii, czy usterki fizycznej z zachowaniem SLA niewątpliwie wymaga zapewnienia przez wykonawcę jednostek serwisowych, czemu odwołujący nie zaprzeczył. Jednakże, zdaniem Izby, usytuowanie tych jednostek powinno pozostawać w gestii uprawnień organizacyjnych wykonawcy. Zamawiający określił czas, w jakim usterki i awarie mają być usunięte i stosownie do tych wymagań, wykonawca wybrany, będzie mógł racjonalnie rozlokować swoje jednostki serwisowe. Wykonawca ubiegający się o zamówienie, który w aktualnym czasie na danym rynku nie świadczy usługi teleinformatycznej, nie musi utrzymywać punktów serwisowych, dla samego wykazania zdolności technicznej dla potencjalnych zamówień, umożliwiających złożenie oferty. Zatem wykazywanie się punktami serwisowymi w określonych miejscach na terenie wskazanym przez zamawiającego, stwarzałyby nieuzasadnione preferencje dla dotychczasowych wykonawców usługi na określonym rynku terytorialnym. Prawdliwość powyższej interpretacji potwierdza wyrok ETS z 27 października 2005 r. sygn. akt C-243/03 Contse przeciwko Ingesa, w którym za niezgodne z art. 49 TWE, Trybunał uznał zamieszczenie przesłanek dopuszczenia do udziału w postępowaniu, które zobowiązywały oferenta do posiadania w chwili składania oferty: biura dostępnego dla klientów stolicy prowincji, gdzie miały być świadczone usługi, oraz istnienia w chwili złożenia oferty zakładów obsługowych, usytuowanych w odległości mniejszej niż 1000 km od tej prowincji. Na potrzeby złożenia oferty i potwierdzenia zdolności do realizacji zamówienia, wystarczające jest potwierdzenie zorganizowania punktów serwisowych własnych lub z wykorzystaniem podmiotów trzecich, które będą nadzorowały utrzymanie poziomu SLA, wyznaczonego w tabeli nr 3 w rozdziale II SIWZ i usuwały awarie oraz usterki w terminach wyznaczonych w tabeli nr 2 w rozdziale II SIWZ.

Z przedstawionych względów, Izba uznała, że zachodzą podstawy do nakazania zamawiającemu wykreślenia z SIWZ i ogłoszenia powyższego warunku udziału w postępowaniu w jego aktualnym brzmieniu.

Ad zarzut 3.

W ocenie Izby ustalone w rozdziale XIII SIWZ następujące kryteria wyboru oferty

najkorzystniejszej:

- cena 64,5 %,
- łącze podstawowe transmisji dla siedziby KSG Zakład Główny w Tarnowie i siedzib Oddziałów Zakładów Gazowniczych - 16 %,
- łącze podstawowe transmisji dla pozostałych lokalizacji - 19,5%,

Z określeniem w rozdziale XIII Ad.2 SIWZ punktów za kryterium łącze podstawowe transmisji dla siedziby KSG Zakład Główny w Tarnowie i siedzib Oddziałów Zakładów Gazowniczych (maksymalnie 16 punktów), które będą przyznawane w następujący sposób:

- za łącze światłowodowe do danej lokalizacji - 2 punkty,
- za łącze radiowe do danej lokalizacji - 0,8 punktu.

Natomiast punkty za kryterium łącze podstawowe transmisji dla pozostałych lokalizacji (maksymalnie 19,5 punktów) będą przyznawane w następujący sposób:

- za łącze światłowodowe do danej lokalizacji - 0,25 punktu,
 - za łącze miedziane do danej lokalizacji - 0,15 punktu,
 - za łącze radiowe do danej lokalizacji - 0,08 punktu,
- odnoszą się do przedmiotu zamówienia.

Za wyjątkiem usług niepriorytetowych, o których mowa w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. Nr 12, poz. 68), kryteria oceny ofert nie mogą odnosić się do właściwości wykonawcy, o czym stanowi art. 5 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 3 tej ustawy. Zamawiający nie mógł ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy nie dysponują określoną technologią sieci dostępowych (kablowych), natomiast mógł dać wyraz swoim preferencjom i potrzebom dokonując opisu przedmiotu zamówienia oraz ustalając kryteria oceny ofert. Zdaniem Izby, kwestionowane kryteria jako dotyczące aspektów technicznych i jakościowych świadczenia usługi są właściwe i odnoszą się do przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 91 ust. 2 ustawy Pzp. Z formularza oferty (załącznika nr 4) wynika, że wykonawca ma określić typ łącza podstawowego dostępowego do routera CE (należy skreślić niewłaściwe), wśród których wymieniono: łącza światłowodowe, miedziane i radiowe. Wymóg ten nie był przez odwołującego kwestionowany, zatem rodzaj oferowanych łączy stanowi treść oferty. Wykonawca może zaoferować wykonanie przedmiotu zamówienia poprzez dowolne łącze od węzła sieci szkieletowej do lokalizacji zamawiającego, jedynie ograniczony jest warunkami i możliwościami natury technicznej, czy prawnej dotyczącej zapewnienia stref bezpieczeństwa. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że wyznaczone kryteria w nieuzasadniony sposób uprzywilejowują jednego wykonawcę, a mianowicie Telekomunikację Polską S.A. Nawet jeżeli wykonawca ten jako jedyny na rynku, dysponuje preferowanymi przez zamawiającego typami łączy (łącza światłowodowe) we

wskazanych lokalizacjach, to nie można mu czynić z tego zarzutu, iż długotrwale inwestował w rozbudowę swojej infrastruktury kablowej, ponosząc związane z tym nakłady. Zatem obecnie może w sposób zasadny czerpać z tego profity. Najważniejszą okoliczność, w ocenie Izby, stanowi otwarty dostęp do zamówienia, zarówno poprzez łącza własne jak i dzierżawione. Wykonawca sam decyduje o rodzaju oferowanych łączy, aby tylko zapewniały odpowiedni poziom usług. Odwołujący nie dowiódł, że działania zamawiającego, pozostają w kolizji z przepisami ustawy Prawo telekomunikacyjne z dnia 16 lipca 2004 r. (Dz. U. Nr 171, poz. 1800), która nie różnicuje technologii świadczenia usług telekomunikacyjnych, a jedynie gwarantuje odbiorcy końcowemu otrzymanie usługi o określonej jakości i wyznacza wykonawcy określone obowiązki w razie niedotrzymania tej jakości. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że z punktu widzenia odbiorcy końcowego może jednak mieć znaczenie w jakiej technologii są dostarczane mu usługi. Nawet jeżeli technologia radiowa, posiadająca odpowiednie zabezpieczenia, nie jest gorsza od dostępu kablowego (światłowodowego czy miedzianego), to zamawiający mógł zasadnie uznać łącza kablowe za bardziej wydajne i gwarantujące mu wyższą jakość i bezpieczeństwo usługi, bazując na swojej własnej wiedzy i doświadczeniu, z których wynika, iż transmisja danych za pomocą łączy światłowodowych daje największą niezawodność i jakość świadczonej usługi, a co za tym idzie pozwala zamawiającemu na prawidłowe działanie przedsiębiorstwa i za tą jakość i niezawodność zamawiający jest zdecydowany ponosić koszty, gdyż według niego ryzyko szkody, jakie może ponieść w przypadku nieprawidłowego wykonywania przedmiotowej usługi, a związane z narażeniem życia i mienia osób trzecich, jest tak znaczące. Ponadto uwzględnieniu podlegały także inne argumenty, że montaż i eksploatacja infrastruktury łączy radiowych przyczynia się do dewastacji mienia zamawiającego (uszkodzenia dachów przy montażu masztów i urządzeń, konieczność przeprowadzenia instalacji antenowej). Na poprawną pracę łączy radiowych wpływa szereg parametrów takich jak: bezpośrednia widoczność anten nadawczo odbiorczych, warunki atmosferyczne, ukształtowanie terenu (obszar działania zamawiającego, to w znacznej mierze tereny o dużym pofałdowaniu terenu - Pogórze Karpackie, Góry Świętokrzyskie), przeszkody na drodze propagacji fal radiowych (zmiany tłumienności w zależności od pór roku, itp.).

Z przedstawionych względów Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o wykreślenie, poza ceną, innych ustanowionych kryteriów oceny ofert, jako że nie naruszają one postanowień art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, ani nie odnoszą się bezpośrednio do właściwości podmiotowych wykonawcy.

Za inną kwestię Izba uznała natomiast ustalony sposób punktacji ofert, w zależności od rodzaju oferowanego łączy. Rozwarstwienie tej punktacji, w ocenie Izby, pozostaje na tyle znaczące, iż pomimo formalnego dopuszczenia w szczególności łączy radiowych,

kwestionowane kryterium oceny ofert stwarza po stronie wykonawcy oferującego wykonanie usługi za pośrednictwem łączy kablowych faktyczne preferencje. Okoliczność bezsporną stanowiło, że na określonych obszarach RP istnieją wyłącznie sieci światłowodowe TP S.A. Dla wyrównania szans na złożenie oferty, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, otwierających dostęp do uzyskania zamówienia dla wszystkich podmiotów, które są zdolne realizować usługę w należyty sposób, w szczególności przy pomocy prawnie dopuszczonych do użytku sieci radiowych, które są tańsze w instalacji, Izba uznała za stosowne nakazanie zamawiającemu dokonanie (odpowiednio) w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ następujących zmian:

w rozdziale XIII pkt Ad. 2 i pkt Ad. 3 SIWZ w odniesieniu do punktów za kryterium łączy podstawowe transmisji dla siedziby KSG Zakład Główny w Tarnowie i siedzib Oddziałów Zakładów Gazowniczych, które będą przyznawane w następujący sposób:

- *za łączy światłowodowe do danej lokalizacji - 1 punkt,*
- *za łączy radiowe do danej lokalizacji - 0,8 punktu.*

Natomiast punkty za kryterium łączy podstawowe transmisji dla pozostałych lokalizacji będą przyznawane w następujący sposób:

- *za łączy światłowodowe do danej lokalizacji - 0,15 punktu,*
- *za łączy miedziane do danej lokalizacji - 0,10 punktu,*
- *za łączy radiowe do danej lokalizacji - 0,08 punktu.*

Jednocześnie zamawiający określi maksymalną ilość punktów w wymienionym kryterium.

Ad zarzut 4.

Zarzut dotyczący postanowień w rozdziale II ust. 2 pkt 16 SIWZ wymagających „*aby każda lokalizacja została podłączona do sieci WAN KSG łączy: typu, przepustowości i organizacji pasma na klasy, określonym w tabeli nr 1.*” Jako typ łączy w tabeli wskazano ATM lub FR dla łączy podstawowych oraz ATM, FR, lub ISDN BRI dla łączy zapasowych - nie podlegał rozpoznaniu. Odwołujący oświadczył, że w związku z modyfikacją postanowień SIWZ przez zamawiającego w dniu 7 grudnia 2011 r. i wykreśleniem w rozdziale II SIWZ z tabeli nr 1 wymogu wskazania rodzaju wymaganego łączy IPVPN oraz łączy zapasowego, uznaje, iż zarzut ten został przez zamawiającego uwzględniony. Zamawiający zgodził się z tym stanowiskiem na tyle, że przedmiot sporu, w odniesieniu do wymienionego zarzutu został wyeliminowany wskutek innej czynności zamawiającego. Stosownie do art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Z wymienionych względów nie zachodziła potrzeba merytorycznego rozpatrzenia powyższego zarzutu.

Ad zarzut 5.

Izba uznała, że postanowienia rozdziału II ust. 2 pkt 4 SIWZ zobowiązujące wykonawcę do „zapewnienia w okresie realizacji przedmiotu zamówienia możliwości podłączenia do sieci Zamawiającego innych nowych lokalizacji na terenie Rzeczypospolitej Polskiej nie wymienionych w tabeli nr 1 oraz możliwość zamiany istniejącej lokalizacji na inną, na warunkach wykonania i przy koszcie jednostkowym opłaty instalacyjnej i abonamentu miesięcznego nie wyższym niż średni koszt ofertowy dla porównywalnych pod względem technicznym lokalizacji wymienionych w tabeli nr 1 (tj. typu łącza, przepustowości, podziału pasma na klasy, typu i parametrów łącza rezerwowego, itp.)” za nienaruszające postanowień art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem zachodzi brak podstaw do nakazania zamawiającemu zmiany postanowień rozdziału II ust 2 pkt 4 SIWZ i wprowadzenia uwarunkowania zmiany od posiadania przez wykonawcę pozytywnych warunków technicznych jak i formalno-prawnych. Jakkolwiek kwestionowane postanowienie SIWZ może utrudniać kalkulację kosztów oferty, uwzględniającą wysokość kosztów inwestycyjnych poniesionych przez wykonawcę z rozpoczęciem świadczenia usług, to należało też uwzględnić stanowisko zamawiającego, że w związku z ciągłą restrukturyzacją całej polskiej branży gazowniczej wymuszoną przepisami polskimi i Unii Europejskiej (Dyrektywa 2006/32/WE w sprawie efektywności końcowej wykorzystania energii i usług energetycznych; Dyrektywa 2009/73/WE dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego; Prawo Energetyczne, itd.), zamawiający jest w trakcie intensywnych zmian organizacyjnych i strukturalnych. W wyniku tych zmian może następować likwidacja obecnych lub/i powstanie nowych jednostek terenowych (lokalizacji) w przedsiębiorstwie zamawiającego, dlatego też nie może zadeklarować, że podczas 48 miesięcznego okresu trwania umowy będzie eksploatował wszystkie lokalizacje wykazane w tabeli nr 1 SIWZ. W odpowiedzi na podobnie postawione pytanie do treści SIWZ, w celu umożliwienia wykonawcom przeprowadzenia poprawnej kalkulacji kosztów świadczenia usługi wprowadził w dniu 7 grudnia 2011 r. zmianę w treści SIWZ rozdział II ust. 2 pkt 8 SIWZ, *„Zamawiający zastrzega sobie prawo w okresie realizacji przedmiotu zamówienia do rezygnacji bez podania przyczyny z usługi przyłączenia i świadczenia usługi sieci dla wybranych lokalizacji bez dodatkowych opłat i kar na rzecz Wykonawcy. W całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia usługa będzie realizowana dla co najmniej 70 lokalizacji wśród, których będą lokalizacje; siedziba Zakładu Głównego w Tarnowie oraz siedziby Oddziałów Zakładów Gazowniczych w Krakowie, Lublinie, Sandomierzu, Jarosławiu, Jaśle, Kielcach i Rzeszowie. Z powyższego wynika, że zamawiający nie odniósł się wprost do postanowień rozdziału II ust 2 pkt 4 SIWZ. Nie mniej zagwarantował, że „w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia (48 miesięcy) usługa będzie realizowana dla co najmniej 70 lokalizacji wśród, których będą: siedziba Zakładu Głównego w Tarnowie oraz siedziby Oddziałów Zakładów Gazowniczych w Krakowie, Lublinie, Sandomierzu, Jarosławiu, Jaśle, Kielcach i Rzeszowie.”* Daje to wykonawcy

nieodzowną pewność zakresu realizacji usługi, pozwalającą na skalkulowanie ceny oferty na rentownym poziomie. Usługa w ocenie Izby, ma charakter kompleksowy – w odniesieniu do sieci rozległej WAN KSG. Nie byłoby możliwe wprowadzenie takich warunków jakich oczekuje odwołujący, aby w sytuacji, gdy dodatkowa lokalizacja, lub zmieniona lokalizacja, do której trzeba doprowadzić usługi w trakcie trwania umowy z operatorem wybranym w niniejszym postępowaniu, stała się przedmiotem odrębnego zamówienia, realizowanym przez inny podmiot, w sytuacji gdy objęcie jej zakresem umowy, byłoby dla wykonawcy danego zamówienia z różnych względów niedogodne lub utrudnione. Należało zważyć, że zamawiający również przewidział w SIWZ udzielanie zamówień uzupełniających. Wykonawca zamówienia otrzymał w warunkach SIWZ przedmiotowego postępowania - gwarancje uzyskania ustalonego w umowie wynagrodzenia, z uwzględnieniem stosownych nakładów na zestawienie połączeń do nowych lokalizacji. Natomiast w przypadku obiektywnej niemożliwości technicznej czy prawnej, doprowadzenia usługi do wskazanej przez zamawiającego lokalizacji, wykonawca będzie mógł wykazywać podstawy do zwolnienia go z tego zobowiązania umownego.

Ad zarzut 6.

Izba uznała zarzut za częściowo uzasadniony. Wymaganie rozdziału II ust. 2 pkt 16 SIWZ *„aby zestawione łącza posiadały możliwość zwiększenia lub zmniejszenia przepustowości na żądanie zamawiającego,”* znajduje podstawy. Zamawiający ma prawo korygować zakres zamawianych usług stosownie do swoich aktualnych potrzeb, w całym 48 miesięcznym terminie obowiązywania umowy. Jednakże warunek, że wyznaczony czas *„realizacji zlecenia zwiększenia lub zmniejszenia nie będzie przekraczał 5 dni roboczych od momentu zgłoszenia,”* (czy nawet 10 dni w związku z dokonaną zmianą w dniu 7 grudnia 2011 r.), należało w przekonaniu Izby, uznać za nadmierny. Wykonawca z zasady, nie jest zobowiązany na moment rozpoczęcia świadczenia usługi zestawiać sieci z uwzględnieniem możliwych parametrów docelowych, które być może zostaną przez zamawiającego zapotrzebowane na pewnym etapie realizacji umowy. Wpływa to bowiem znacząco na koszty oferty. A infrastruktura, z góry z założeniem technicznym jej znacznego rozwoju na rzecz zamawiającego, nie byłaby w pełni wykorzystania. Zamawiający z pewnością będzie znał swoje potrzeby, na tyle wcześniej, aby z odpowiednim wyprzedzeniem poinformować wykonawcę, że z określoną datą zamierza zmniejszyć, a w szczególności zwiększyć zakres przesyłu danych, celem przygotowania przez wykonawcę usługi - łączy oraz urządzeń z dostosowaniem wszelkich wymaganych parametrów, w tym przepustowości. W innym wypadku, należałoby uznać, że kwestionowane postanowienia SIWZ rzeczywiście stwarzają przywileje dla wykonawców dysponujących rozległą infrastrukturą sieciową o odpowiednio wysokich przepustowościach, którzy nie muszą dla

rozszerzenia zakresu usługi, budować warstw fizycznych sieci, w tym dzierżawić łącza np. od TP S.A., co wiąże się z koniecznością dostosowania procedur i terminów do tego operatora. Wyznaczony w art. 27 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne termin na zakończenie negocjacji o zawarcie umowy o dostępie telekomunikacyjnym, może wynosić do 90 dni. Czas realizacji zlecenia zwiększenia przepustowości łącza ograniczony do 5, czy nawet 10 dni jest nierealny, nieuwzględniający uwarunkowań wprowadzenia zmian, które mogą się wiązać z koniecznością wymiany czy rozbudowy łącza oraz urządzeń na poziomie odpowiednim dla nowo zapotrzebowanego zakresu usługi, zatem pozostają nie do zaakceptowania, z punktu widzenia zarówno postanowień art. 29 ustawy Pzp jak i zasad wyznaczonych art. 7 tej ustawy. Stwarzają bowiem nieuzasadnione bariery w dostępie do zamówienia dla wykonawców nieposiadających własnych rozbudowanych sieci teleinformatycznych o znacznych przepustowościach.

W związku z powyższym, Izba uwzględniła wniosek odwołującego o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowienia rozdziału II ust. 2 pkt 16 SIWZ w następujący sposób:

- pkt 16 w zakresie wskazanych tam 5 dni roboczych na zwiększenie przepustowości - wydłużenie do 2 miesięcy.

Izba nie odniosła się do całości treści punktu 2 ust. 16 rozdziału II SIWZ, zmodyfikowanej w dniu 7 grudnia 2011 r. w następujący sposób:

Wymagane jest, aby każda lokalizacja została podłączona do sieci WAN KSG łączem o przepustowości i organizacji pasma w klasy określonym w tabeli nr 1. Wymagane jest, aby łącza te posiadały możliwość zmniejszenia lub zwiększenia przepustowości na żądanie Zamawiającego wg następujących zasad:

a) dla lokalizacji siedziby Zakładu Głównego KSG w Tarnowie i siedzib Oddziałów Zakładów Gazowniczych - ze skokiem nie mniejszym niż co 2 Mbit/s do minimalnej docelowej przepustowości 3 razy większej niż określonej w tabeli nr 1,

b) dla pozostałych lokalizacji - ze skokiem nie mniejszym niż co 128 kbit/s (wybór z szeregu przepustowości: 84kbit/s, 128 kbit/s, 256 kbit/s, 384 kbit/s, 512 kbit/s, 1 Mbit/s, 1,5 Mbit/s, 2 Mbit/s) do minimalnej docelowej przepustowości 2 razy większej niż określonej w tabeli nr 1.

Zlecenia zmiany przepustowości łącza realizowane będą za pomocą poczty elektronicznej (e-mail) przez upoważnionych pracowników Zamawiającego, a czas realizacji przez Wykonawcę zlecenia zwiększenia lub zmniejszenia przepustowości łącza nie będzie przekraczał 10 dni roboczych od momentu zgłoszenia.

Ponadto wymaga się, aby dla lokalizacji; Zakład Główny w Tarnowie i Oddziały Zakłady Gazownicze w Krakowie, Lublinie, Sandomierzu, Jarosławiu, Jaśle, Kielcach i

Rzeszowie dla łączy podstawowych i zapasowych zastosować jeden z następujących rodzajów (standardów) łączy: GigabitEthernet, FastEthernet, Ethernet, ATM, FR, ISDN PRI (30B+D) umożliwiający realizację warunku a). Dla pozostałych lokalizacji dla łączy podstawowych należy zastosować jeden z następujących rodzajów (standardów) łączy: Ethernet, ATM, FR, ISDN PRI (30B+D) lub inny umożliwiający realizację warunku b) Dla łączy zapasowych do ww. lokalizacji dopuszcza się również zastosowanie łączy rodzaju (standardu) ISDN BRI (2B+D).

Postanowienia SIWZ w wymienionym brzmieniu nie były objęte zarzutami odwołania i jako takie nie podlegały ocenie Izby.

Ad zarzut 7.

Izba nie uwzględniła zarzutu, że wynikający z rozdziału II ust. 2 pkt 18 i 19 SIWZ „wymóg zapewnienia szyfrowania w przypadku stosowania łączy radiowych, bez obniżenia wymaganych parametrów przesyłowych” jest nadmierny i nie uzasadniony potrzebami zamawiającego. W ocenie Izby, argumentacja, że dla łączy miedzianych ani światłowodowych nie przewidziano zastosowania szyfrowania, gdyż z natury tych łączy dane są w lepszym i wystarczającym stopniu zabezpieczone, w porównaniu do łączy radiowych, znajduje uzasadnienie w potrzebach zamawiającego. Mimo, że wykonawca, który zdecyduje się złożyć ofertę w oparciu o pewien zakres łączy radiowych musi ponieść dodatkowe koszty szyfrowania, to nie narusza to wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Okolicznością niekwestionowaną przez strony oraz uczestników postępowania pozostawało, że instalacje radiowe są tańsze w instalacji niż kablowe, co bezpośrednio wpływa na cenę oferty, nawet uwzględniając koszty szyfrowania. Jak była mowa wyżej, wykonawca, który uprzednio inwestował w rozwój swojej sieci kablowej, też poniósł na to w swoim czasie określone nakłady finansowe. Zamawiający przywiązując wysoką wagę do odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa danych w sieci WAN KSG, ma prawo postawić twego rodzaju wymóg, chociażby generował on koszty, jedynie po stronie niektórych wykonawców, stosujących technologie radiowe, (tańsze niż np. światłowodowe), przy których zamawiający żąda szyfrowania danych. Bezprzedmiotowa dla treści rozstrzygnięcia pozostawała kwestia równoważności zabezpieczeń technicznych przed nieuprawnionym dostępem, w odniesieniu do sieci kablowych i radiowych. Wyznaczenie kwestionowanego warunku, pozostawało w sferze uprawnień zamawiającego, które wykonawcy mogą podważać jedynie na zasadzie wykazania naruszenia przepisu ustawy Pzp, czego odwołujący nie dowiódł.

Ad zarzut 8.

Izba uznała, że zarzut dotyczący rozdziału II ust. 2 pkt 20 SIWZ przewidującego, że „*świadczenie usługi przez wykonawcę powinno nastąpić nie później niż od 30 kwietnia 2012r.*” zasługuje w całości na uwzględnienie. Zamawiający przy tym wyznaczył szereg obowiązków wykonawcy dotyczących zestawienia połączeń oraz urządzeń najpóźniej do 26 kwietnia 2012 r., w tym:

- a) *zamontować urządzenia końcowe (routery CE) w lokalizacjach zamawiającego wyszczególnionych w tabeli nr 1,*
- b) *wykonać i uruchomić łącza dostępne podstawowe i rezerwowe do lokalizacji Zamawiającego wykazanych w tabeli nr 1,*
- f) *zestawić sieć KSG w swojej sieci szkieletowej,*
- g) *uruchomić całą sieć będącą przedmiotem zamówienia,*
- h) *podpisać protokoły odbioru z zamawiającym wykonania i uruchomienia łączy dostępowych i routerów końcowych CE w poszczególnych lokalizacjach sieci.*

Izba uwzględniła wniosek odwołującego, nakazując zamawiającemu zmianę w rozdziale II ust. 2 pkt 20 SIWZ poprzez wykreślenie jego obecnego brzmienia i zastąpienie następującym: „*Świadczenie usługi przez wykonawcę powinno nastąpić nie później niż w ciągu 5 miesięcy od podpisania umowy.*”

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że zamawiający określając termin rozpoczęcia usługi na dzień 30 kwietnia 2012 r. naruszył przepis art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Wskazany przez zamawiającego termin uruchomienia usługi jest zbyt krótki, biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia oraz czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Możliwe są również w tym postępowaniu procedury odwoławcze na tle oceny ofert. Przy uwzględnieniu skali przedsięwzięcia oraz uwarunkowań technicznych oraz organizacyjnych świadczenia usługi, wyznaczenie terminu zapoczątkowania świadczenia usługi w konkretnej dacie kalendarzowej - na dzień 30 kwietnia 2012 r. może stanowić barierę uniemożliwiającą złożenie oferty konkurencyjnej wobec dotychczasowego wykonawcy. Zachodzi bowiem konieczność po stronie wykonawców, którzy tej usługi nie świadczyli dosyć skomplikowanych przygotowań do spełniania świadczenia. Zatem wyznaczenie przez zamawiającego zbyt krótkiego terminu, nie może być uznane jako właściwe stosowanie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Dla wyrównania szans na podjęcie się realizacji zamówienia, w warunkach uczciwej konkurencji wobec dotychczasowego wykonawcy, zachodzi potrzeba ujednoczenia wyznaczonego terminu, na postulowane przez odwołującego 5 miesięcy od podpisania umowy. Nie podlegała uwzględnieniu argumentacja zamawiającego, że obecnie posiada podpisaną umowę z TP S.A., która wygasa z dniem 31 maja 2012 roku, a ze względu na charakter prowadzonej działalności nie może być pozbawiony sprawnie działającej sieci WAN, natomiast każde przedłużenie uruchomienia

usługi skutkować będzie przedłużeniem obecnie obowiązującej umowy. Ponadto, że nie może dokonać przełączenia sieci WAN z obecnie eksploatowanej na nową bez zapewnienia minimum jednomiesięcznego okresu przejściowego, w którym będą pracowały obie sieci jednocześnie, a dłuższy okres przełączania sieci naraża go na poważne nieuzasadnione koszty. Data wszczęcia postępowania zależała jedynie od decyzji zamawiającego. Kosztem wykonawcy, zamawiający nie może nadrabiać ubiegłego czasu. Każdy z wykonawców, którzy zdecydują się na złożenie oferty musi mieć zapewniony jednakowy termin uruchomienia świadczenia usługi, przy czym jednolicie możliwy do dotrzymania, biorąc pod uwagę skalę przedsięwzięcia, uwarunkowania techniczne, organizacyjne, prawne uzyskania ewentualnych potrzebnych zezwoleń. Tam gdzie wykonawca zamierza wybudować łącza telekomunikacyjne muszą być brane pod uwagę także takie czynniki jak warunki atmosferyczne. Wynika to także z orzecznictwa KIO. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2009 roku (sygn. akt KIO/UZP 874/09) Izba przychyliła się do zarzutu odwołującego, iż wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi telekomunikacyjnej jest naruszeniem art. 29 ustawy Pzp. W przywołanym postępowaniu, stwierdzono, iż nawet przy świadczeniu usług poprzez dzierżawę łącza od innego operatora (a nie budowę własnych), czas niezbędny na wykonanie niektórych tylko czynności prowadzących do dzierżaw) - musi być uwzględniony przez zamawiającego. Termin rozpoczęcia realizacji usług jest istotnym elementem postępowania, nie może być dowolnie zastrzeżony wyłącznie z uwzględnieniem potrzeb zamawiającego. W tych okolicznościach Izba uznała, że okres 5 miesięcy od daty zawarcia umowy jest odpowiedni.

Ad zarzut 9 i 10.

Izba uznała, że uregulowania rozdziału XVI ust. 2 SIWZ (istotne postanowienia umowy), gdzie w pkt 5 wymieniono: *„rezygnację przez Zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy (nie dotyczy likwidacji, zamiany dotychczasowej lub uruchomienia nowej lokalizacji sieci WAN KSG i zmian parametrów technicznych łącz dostępowych do sieci WAN KSC) - w takim przypadku wynagrodzenie przysługujące wykonawcy zostanie pomniejszone, przy czym Zamawiający zapłaci za wszystkie spełnione świadczenia oraz zwróci wykonawcy wszystkie udokumentowane koszty, które wykonawca poniósł w związku z wynikającymi z umowy planowanymi świadczeniami,*” nie naruszają wskazanych przepisów ustawy Pzp. W związku z powyższym zarzut nie podlegał uwzględnieniu, a ponadto do protokołu rozprawy, nie został podtrzymany przez odwołującego. Kwestionowane postanowienie umowy koresponduje z wymaganiami określonymi w rozdziale II ust. 2 pkt 8 SIWZ *„Zamawiający zastrzega sobie prawo w okresie realizacji przedmiotu zamówienia do rezygnacji bez podania przyczyny z usługi przyłączenia i świadczenia usługi sieci do niektórych lokalizacji określonych w tabeli nr 1 bez dodatkowych opłat i kar na rzecz wykonawcy.*” Jak była mowa

wyżej, zamawiający w wyjaśnieniach do SIWZ, określił zakres usług, których zakontraktowanie na niezmienionym poziomie, w stosunku do usług objętych umową na czas jej zawarcia gwarantuje. Zatem skalkulowanie ceny oferty jest możliwe, mimo pewnego ryzyka, które może być większe czy mniejsze, w zależności od rodzaju zamówienia i warunków kontraktu. Wykonawca, w przekonaniu Izby, ma możliwość skalkulowania opłaty instalacyjnej z uwzględnieniem faktu, że zamawiający może z określonych lokalizacji zrezygnować. Natomiast za podłączenie nowych lokalizacji będą realizowane dodatkowe płatności według porównywalnych zasad – określonych w umowie. Zamawiający ma prawo korzystać z usług stosownie do swoich racjonalnych potrzeb. W długim okresie realizacji zlecenia – 4 lat, potrzeby zamawiającego mogą ulec zmianie. Z tych względów ustawodawca w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp umożliwił istotne zmiany postanowień zawartej umowy, w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, pod warunkiem, że zamawiający przewidział możliwość takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ, a ponadto określił warunki tej zmiany. Odwołujący przyznał, że w SIWZ - zamawiający przewidział możliwość zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, w przypadku wystąpienia co najmniej jednej z okoliczności wymienionych. Upoważnienie takie wynika wprost z treści cytowanego przepisu ustawy Pzp, co wbrew stanowisku odwołującego, nie może być uznane za niedopuszczalne. Trudno więc zakładać, iż w takim przypadku został naruszony art. art. 7 ust. 1 Pzp, gwarantujący równe traktowanie wykonawców z przestrzeganiem zasad uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia.

Ad zarzut 11.

Izba nie uwzględniła zarzutu, że postanowienia w rozdziale II ust. 2 pkt 33 SIWZ o treści *„Zamawiający zastrzega sobie prawo do renegotjacji warunków realizacji przedmiotu zamówienia podczas okresu jego wykonania w zakresie technicznym i finansowym w przypadkach, gdy wykonawca wprowadzi do eksploatacji nowe usługi telekomunikacyjne w zakresie usług będących przedmiotem zamówienia,”* oraz w pkt 34 *„Zamawiający zastrzega sobie prawo do renegotjacji warunków finansowych realizacji przedmiotu zamówienia podczas okresu jego wykonania w przypadku, gdy wykonawca wprowadzi nowy cennik usług telekomunikacyjnych w zakresie usług będących przedmiotem zamówienia o cenach korzystniejszych niż w złożonej ofercie,”* naruszają przepisy ustawy Pzp, w szczególności dyspozycję normy art. 144 ust. 1 Pzp, zgodnie z którą zakazane jest dokonywanie zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Izba podzieliła argumentację zamawiającego, że zastrzeżenie prawa do renegotjacji warunków realizacji przedmiotu zamówienia i renegotjacji warunków finansowych realizacji przedmiotu zamówienia nie stanowi naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, a jedynie

jest wyrazem dozwolonego ustawą działania zamawiającego. Umowa w przedmiotowym zamówieniu zawierana jest na okres 48 miesięcy, mając na uwadze czas trwania przedmiotowej umowy, w przekonaniu Izby, tak w interesie zamawiającego, jak wykonawcy realizującego zamówienie jest skorzystanie z upoważnienia jakie daje przepis art. 144 ustawy Pzp w zakresie możliwości zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty w przypadku, gdy zamawiający przewidzi taką możliwość w treści SIWZ i określi warunki takiej zmiany. Skorzystanie przez zamawiającego z możliwości, jakie stwarza ustawa, nie można zatem uznać za niewłaściwe. Zamawiający określił okoliczności w jakich będzie prowadził renegocjacje warunków umowy. Przepis ten stwarza uprawnienie po stronie zamawiającego do dokonania zmian umowy, w jego zamyśle na warunki dogodniejsze. Postanowienia te nie stwarzają jednak żadnego obowiązku po stronie wykonawcy, aby akceptować każdą wnioskowaną zmianę w stosunku do warunków zawartej umowy na czas oznaczony. Zmiany takie mogą być korzystne dla obu stron, natomiast tylko uprzednie przewidzenie możliwości ich wprowadzenia, stwarza w przyszłości legalne podstawy dla dokonania zmian umowy.

Mając na uwadze powyższe, należało uznać, iż postępowanie dowodowe w niniejszej sprawie wykazało naruszenie art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w odniesieniu do ustalonych warunków udziału w postępowaniu, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, między innymi w odniesieniu do terminu uruchomienia świadczenia usługi i wprowadzenia zmian. Ponadto naruszenie art. 91 ust. 2 ustawy Pzp przez nadmierne preferowanie w kryterium technicznym oferowania sieci kablowych w stosunku do radiowych przez ustaloną punktację, co pośrednio wiąże się z potencjałem wykonawcy. Naruszenie wymienionych wyżej przepisów ustawy Pzp, zawsze przekłada na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i nie respektowania zasady uczciwej konkurencji, gdyż stwarza korzystniejsze warunki dla dotychczasowego wykonawcy zamówienia, który tak z uwagi na posiadaną infrastrukturę oraz dokładną znajomość realiów świadczenia usługi przesyłu danych na rzecz jednostek zamawiającego, jest w stanie spełnić warunki ustalone w SIWZ, tak w odniesieniu do udziału, jak i zestawienia sieci WAN KGS, zminimalizować ryzyko niedoszacowania ceny ofertowej. Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp, mogą mieć zatem wpływ na wynik postępowania. Mimo zadeklarowanego otwarcia zamówienia na zastosowanie technologii radiowych, to z zestawienia w szczególności wymogów kwestionowanych odwołaniem, kształtuje się obraz rzeczywistych ograniczeń, na co wskazują chociażby wyznaczone terminy na uruchomienie nowych lokalizacji, czy zwiększenie wymaganych parametrów sieci, stwarzające jedynie po stronie dotychczasowego wykonawcy, możliwość ich dotrzymania, z uwagi na rozbudowane struktury sieciowe o dużych przepustowościach, stwarzających wyjściowy potencjał do wprowadzenia zmian, które

zamawiający zamierza wprowadzić. Zamawiający ma natomiast obowiązek stworzyć realny dostęp do zamówienia wszystkim wykonawcom, którzy są w stanie uruchomić usługi w opisanym zakresie oraz parametrach i świadczyć je na wymaganym poziomie niezawodności, co właśnie stanowi zdolność do należytej realizacji zamówienia. Nawet pośrednie ograniczenia w dostępie do zamówienia, mogą przekładać się na ilość złożonych ofert, a więc naruszać reguły stwarzania podstaw do ubiegania się o zamówienie w warunkach uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający będzie zobowiązany dokonać zmian ogłoszenia oraz postanowień SIWZ opisanych wyrokiem, zachowując spójność postanowień w odniesieniu do całości dokumentacji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego. Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, stosownie do postanowień § 3 pkt 1, pkt 2b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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:

.....

