

Sygn. akt: KIO/UZP 990/09

KIO/UZP 1001/09

WYROK

z dnia 17 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Członkowie: Jolanta Markowska
Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2009 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa,

B. NETIA S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego – Centrala, Al. Niepodległości 190, 00-608 Warszawa** protestów:

A. EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa z dnia 30 czerwca 2009 r.,

B. NETIA S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa z dnia 29 czerwca 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża:

A. EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa,

B. NETIA S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A. koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa,**
 - B. koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **NETIA S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa** na rzecz **Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego – Centrala, Al. Niepodległości 190, 00-608 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **NETIA S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** na rzecz **Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego – Centrala, Al. Niepodległości 190, 00-608 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **25 426 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A. kwoty **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzysta trzy złote zero groszy) na rzecz **EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa,**
 - B. kwoty **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzysta trzy złote zero groszy) na rzecz **NETIA S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi operatorskie sieci WAN obejmujące transmisję danych, głosu i obrazu, świadczone poprzez dostarczenie urządzeń, zestawienie łączy, utrzymanie i zarządzanie infrastrukturą sieci WAN. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 czerwca 2009 r. pod numerem 2009/S 114-165144.

Sprawa o sygn. akt KIO/UZP 990/09:

W dniu 30 czerwca 2009 r. protest wobec treści ogłoszenia o zamówieniu wniósł wykonawca EXATEL S.A. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22, art. 29 i art. 45 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp przez sformułowanie następujących postanowień ogłoszenia:

- pkt II.2.1 przez wymóg realizacji zamówienia w zakresie jednego z łączy (podstawowego lub zapasowego) na bazie łącza kablowego, jak również przez wskazanie terminu rozpoczęcia świadczenia usług niemożliwego do dotrzymania przez wykonawców innych niż ten, który dotychczas świadczy usługę dla Zamawiającego,
- pkt II.2.1 w zakresie, w jakim Zamawiający wyklucza możliwość zlecenia podwykonawcom części zamówienia dotyczącej świadczenia usług przy wykorzystaniu sieci podwykonawcy,
- pkt II.3 przez ustalenie, iż umowa zostanie zawarta na okres przekraczający 48 miesięcy,
- pkt III.1.1) w zakresie, w jakim Zamawiający wskazuje na treść dokumentu wadialnego lub dokumentu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jak również w zakresie ustalenia wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy na wygórowanym poziomie,
- pkt III.2.1) w zakresie, w jakim Zamawiający żąda przedłożenia pełnomocnictwa wśród dokumentów składanych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu,
- pkt III.2.2) w zakresie, w jakim Zamawiający ustalił sposób przeliczenia wartości wskazanych w kwocie innej niż PLN,
- pkt III.2.3) w zakresie, w jakim Zamawiający ustalił warunki udziału w postępowaniu w sposób naruszający uczciwą konkurencję i faworyzujący jednego z wykonawców telekomunikacyjnych.

Wykonawca EXATEL S.A. podniósł, iż Zamawiający dokonując oznaczenia przedmiotu zamówienia w pkt II.2.1) ogłoszenia w sposób nieuprawniony ograniczył sposób

realizacji zamówienia do technologii FR/ATM oraz medium, w jakim mają zostać zbudowane łącza dostępowe. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien obok technologii FR/ATM dopuścić również w zakresie budowy łączy dostępowych równoważną technologię, tj. SDH/PDH, która gwarantuje osiągnięcie takich samych parametrów. EXATEL S.A. wniosła o dokonanie modyfikacji ogłoszenia przez dopuszczenie możliwości zestawienia/zbudowania łączy dostępowych w następujący sposób:

- łącza kablowe zakończone urządzeniami pracującymi w systemie SDH/PDH lub jako ciemne włókno bezpośrednio łączące router PE Wykonawcy z routerem CE w lokalizacji Zamawiającego,
- łącza radiowe punkt-punkt lub punkt - wielopunkt pracujące w paśmie koncesjonowanym w systemie SDH/PDH.

W ocenie EXATEL S.A. brak jest również uzasadnienia dla wprowadzenia wymogu, aby jedno z łączy (podstawowe lub zapasowe) zbudowane było jako łącze kablowe. Wykonawca stwierdził, iż dostępowe łącza kablowe i radiowe są równoważne - łącza radiowe różni się od łącza kablowego wyłącznie sposobem dostarczenia sygnału do Zamawiającego. Zastosowanie technologii radiowej nie wiąże się dla Zamawiającego z dokonaniem nowych inwestycji czy modyfikacjami już istniejącej architektury połączeń, a pozwala na osiągnięcie co najmniej tych samych rezultatów jak przy zastosowaniu drogi naziemnej. EXATEL S.A. wniosła o wykreślenie postanowienia mówiącego o konieczności zbudowania co najmniej jednego z łączy na bazie łącza kablowego, co wyraźnie preferuje największego operatora telekomunikacyjnego, który dotychczas świadczy usługi na rzecz Zamawiającego.

W ocenie EXATEL S.A., nie dopuszczając realizacji zamówienia przez podwykonawców w pkt II.2.1) ogłoszenia Zamawiający narusza przepisy prawa, bowiem osobistego wykonania świadczenia można żądać tylko wówczas, gdy jego wykonanie zależy od osobistych przymiotów wykonawcy. Wykonawca wskazał, że zgodnie z art. 36 ust 5 ustawy Pzp zamawiający może zastrzec, że część zamówienia nie będzie zlecona podwykonawcom jedynie ze względu na specyfikę zamówienia. Świadczenie usług sieci WAN przy pomocy infrastruktury technicznej (sieci teletransmisyjnej) podmiotu trzeciego nie spełnia tego warunku, bowiem w takim zakresie nie można mówić o jakichkolwiek przymiotach osobistych wykonawcy. Odwołujący zwrócił uwagę, że na rynku telekomunikacyjnym powszechną praktyką jest udostępnianie sieci przez operatorów i usługi świadczone są zarówno z wykorzystaniem sieci własnej, jak i wydierżawionej, wobec czego zakaz udziału podwykonawcy w ww. zakresie jest zakazem nadmiernym, nieuzasadnionym w świetle przedmiotu zamówienia. EXATEL S.A. wniosła o wykreślenie ww. punktu.

Odwołujący wskazał również na zbyt krótki termin rozpoczęcia świadczenia usługi określony w pkt II.2.1 ogłoszenia stwierdzając, iż nie jest możliwe jego dotrzymanie przez wykonawców innych niż dotychczasowy operator świadczący usługi na rzecz Zamawiającego, który posiada swoje łącza dostępowe w lokalizacjach Zamawiającego. Co więcej, świadczenie usług transmisji danych i głosu będzie poprzedzone okresem wdrożenia sieci (budowa, zestawienie, instalacja, w tym urządzeń, uruchomienie, odbiory, itp.), które ma bezpośredni związek z uruchomieniem i rozpoczęciem świadczenia usług na rzecz Zamawiającego. Określając tak krótki termin, zdaniem EXATEL S.A., Zamawiający preferuje dotychczasowego wykonawcę usług, który jako jedyny może zapewnić świadczenie usług bez czasu na budowę i wdrożenie sieci.

Wykonawca wskazał również na niezgodność ogłoszenia z przepisami ustawy Pzp przez określenie terminu realizacji zamówienia na 60 miesięcy. EXATEL S.A. wniosła o doprowadzenie treści ogłoszenia do stanu zgodnego z prawem albo wykazanie, iż Zamawiający zawiadomił Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata i nie otrzymał negatywnej opinii w tym zakresie.

EXATEL S.A. zwróciła także uwagę na treść pkt III.1.1) ogłoszenia, w którym Zamawiający zastrzegł, iż w przypadku wnoszenia wadium lub zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej, gwarancja „nie może zawierać warunku, że żądanie wypłaty powinno być przekazane za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek Zamawiającego i że podpisy należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu Beneficjenta gwarancji”. Ww. klauzula jest, jak stwierdził wykonawca, standardową klauzulą, jaką posługują się banki i towarzystwa ubezpieczeniowe. Klauzula ta ma za zadanie zapobiec sytuacji, w której osoby nieuprawnione wystąpią do banku, ubezpieczyciela z żądaniem wypłaty środków. EXATEL S.A. wywiodła, iż postanowienia dotyczące sposobu realizacji gwarancji nie stanowią warunku w kontekście nieodwołalności i bezwarunkowości zapłaty należnej sumy i nie mogą być w ten sposób interpretowane przez Zamawiającego. Odwołujący zauważył też, że wykonawcy występując do banku/ubezpieczyciela nie mają wpływu na postanowienia dokumentów gwarancji, które są opracowywane przez wewnętrzne komórki organizacyjne tych podmiotów i które nie podlegają negocjacji. Jego zdaniem, Zamawiający nie jest uprawniony do narzucania treści dokumentów wadialnych przedkładanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Mając na uwadze, że kwestionowane zapisy pozostają bez wpływu na uprawnienia przysługujące Zamawiającemu z gwarancji, wymóg Zamawiającego jest za daleko idący i jako taki nie powinien wywoływać negatywnych skutków wobec wykonawców. EXATEL S.A. wniosła o usunięcie ww. postanowienia podnosząc, iż Zamawiający wykracza poza dyspozycję art. 24 i 45 ustawy Pzp przez ustanowienie dodatkowych, nieuzasadnionych warunków uczestnictwa w postępowaniu.

Kolejną kwestią, jaką podniósł wykonawca jest ustalona przez Zamawiającego wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy na poziomie 10% ceny ofertowej brutto. W jego ocenie, tak wysokie zabezpieczenie utrudnia uczciwą konkurencję. Wniesienie i utrzymanie przez 5-letni okres realizacji umowy zabezpieczenia należytego wykonania umowy na tak wysokim poziomie, stanowi znaczne obciążenie dla prowadzenia działalności gospodarczej przez wykonawców, co wpłynie na zaoferowane w postępowaniu ceny. EXATEL S.A. wniosła o modyfikację przedmiotowego postanowienia przez zmniejszenie wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy do poziomu 5 % wartości oferty.

EXATEL S.A. wskazała także, iż wśród dokumentów dotyczących sytuacji podmiotowej wykonawcy Zamawiający wymienił dokument pełnomocnictwa (pkt III.2.1) ogłoszenia), co jest działaniem, w ocenie wykonawcy, nieprawidłowym i wprowadza wykonawców w błąd. EXATEL S.A. wniosła o wykreślenie dokumentu pełnomocnictwa z ww. punktu.

Wykonawca podniósł również, iż w punkcie III.2.2) ogłoszenia Zamawiający postanowił, że w przypadku podania w dokumentach przedkładanych na potwierdzenie znajdowania się w sytuacji finansowej i ekonomicznej zapewniającej wykonanie zamówienia kwot w walucie innej niż PLN, przeliczenie zostanie dokonane według kursu średniego NBP z dnia będącego ostatnim dniem terminu na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zdaniem EXATEL S.A., postanowienie to stawia w niepewnej sytuacji wykonawców, którzy dysponują takimi dokumentami, bowiem nie sposób przewidzieć jaki kurs walut obowiązywał będzie w dacie, w której upływał będzie termin składania wniosków. Zasadnym i prawidłowym, jak zauważył wykonawca, jest dokonanie modyfikacji ww. postanowienia ogłoszenia w ten sposób, że przeliczenie zostanie dokonane według kursu NBP z dnia wystawienia/sporzządzenia dokumentu (w odniesieniu do informacji banku oraz rachunku zysków i strat) lub daty zawarcia umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

Wykonawca zwrócił również uwagę na postanowienia pkt III.2.3) ogłoszenia, gdzie Zamawiający zawarł warunki udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia wykonawcy oraz potencjału kadrowego.

W odniesieniu do warunku wykazania się co najmniej jedną usługą obejmującą utrzymanie i zarządzanie, w okresie co najmniej roku, siecią WAN zbudowaną w oparciu o technologię IP VPN z wykorzystaniem MPLS w co najmniej 200 lokalizacjach odbiorcy (w ramach jednego wdrożenia) EXATEL S.A. stwierdziła, iż ma on na celu uprzywilejowanie jednego wykonawcy tj. Telekomunikacji Polskiej S.A., co wynika, jak wskazał wykonawca, z następujących okoliczności:

- sieć WAN MPLS obejmująca co najmniej 200 lokalizacji mogła być realizowana jedynie dla dużych podmiotów o rozproszonej strukturze geograficznej, najczęściej zatem dla podmiotów administracji publicznej (samorządowej lub rządowej), ponadto uruchomienie takiej sieci miało się odbyć w ramach jednego wdrożenia,
- technologia MPLS na ww. rynku występuje stosunkowo od niedawna, tj. 2 lat, co wynika z konieczności zaangażowania dość dużych środków finansowych (wcześniej sieci pracowały w technologii FRAME RELAY), co w połączeniu z podmiotami, na rzecz których taka usługa mogła by być realizowana znacznie zawęża krąg potencjalnych odbiorców usług,
- budowa tak rozległej sieci (200 lokalizacji) jest przedsięwzięciem czasochłonnym (około 18 miesięcy),
- w okresie ostatnich trzech lat nie tylko należało taką sieć zbudować, ale również świadczyć przez okres co najmniej roku na niej usługi, co faktycznie sprowadza się do tego, iż w tym okresie nawet jeśli zbudowano i wdrożono sieć rozległą, to do momentu wszczęcia postępowania mógł nie upłynąć rok świadczenia usług.

EXATEL S.A. wniosła o zmodyfikowanie warunku w ten sposób, by wykonawcy zobligowani byli wykazać się zbudowaniem i wdrożeniem sieci rozległej WAN MPLS obejmującej 200 lokalizacji bez konieczności wykazania się świadczeniem usług na tej sieci przez okres co najmniej 1 roku. Zdaniem wykonawcy, zbędnym z punktu widzenia weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia jest żądanie wykonania sieci w ramach 1 wdrożenia. EXATEL S.A. zwróciła uwagę, iż wdrożenie nie posiada legalnej definicji i może być interpretowane różnie przez różne podmioty. Obwarowanie to, zdaniem wykonawcy, nie ma podstaw innych jak próba dyskryminacji innych podmiotów niż Telekomunikacja Polska S.A.

- sieć realizowana w ramach kilku umów (a jednak stanowiąca jedną całość), nie różni się niczym od sieci realizowanej w ramach jednej umowy.

Także warunek wykazania się co najmniej jedną usługą obejmującą utrzymanie i zarządzanie, w okresie co najmniej roku, systemem telefonii IP składającym się z co najmniej 500 telefonów IP w środowisku sieci rozległej WAN składającej się z co najmniej 20 lokalizacji, u jednego odbiorcy, przy czym telefony IP rozmieszczono w co najmniej 20 lokalizacjach został, zdaniem EXATEL S.A., skonstruowany w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcom posiadającym doświadczenie i potencjał gwarantujący należyte jego wykonanie. Wykonawca zwrócił uwagę, iż telefonia IP jest technologią stosunkowo nową, dopiero wkraczającą na rynek telekomunikacyjny i zdobywającą klientów, stąd doświadczeniem w tym zakresie dysponuje niewiele podmiotów. Jak wskazał wykonawca, o ciężarze tego warunku decyduje wymóg, by telefonia ta obejmowała co najmniej 500 telefonów IP, który ma charakter sztuczny, nie znajdujący uzasadnienia w przedmiocie zamówienia i technologii wykonania i świadczenia usług telefonii IP. Wykonawca wskazał

też, że zainstalowanie i uruchomienie w każdej z tych lokalizacji 1, 2 czy 5 telefonów IP nie różni się w sposób zasadniczy od uruchomienia większej ilości telefonów IP w tej samej lokalizacji. Z uwagi na powyższe wymaganie, aby zainstalowany i uruchomiony w 20 lokalizacjach system telefonii IP obejmował 500 telefonów EXATEL S.A. uznała za „zaporowe” i dyskryminujące i wniosła o rezygnację z ww. wymagania.

Odnosząc się do warunku dotyczącego wykazania się dysponowaniem kierownikiem projektu legitymującym się certyfikatem z zakresu zarządzania projektami zgodnie z metodyką PRINCE2 lub równoważną, który wykaże się pełnieniem funkcji kierownika projektu w co najmniej dwóch projektach teleinformatycznych, przez cały okres ich realizacji, przy czym jeden z tych projektów musi mieć wartość minimum 10 000 000 PLN EXATEL S.A. zauważyła, że certyfikat zarządzania projektami jest dokumentem prywatnym wystawianym przez prywatne instytucje, nie mające jakiegokolwiek legitymacji do nadawania tytułów lub uprawnień. Certyfikat taki nie poświadcza zdobycia uprawnień, gdyż uprawnienia takie do zarządzania nie są wymagane - metodyka PRINCE2 i sposób wystawiania certyfikatów nie poświadcza zatem nabycia jakichkolwiek umiejętności. Tym samym, zdaniem wykonawcy, żądanie wykazania się osobą z odpowiednim certyfikatem ma na celu jedynie ograniczenie uczciwej konkurencji, a nie faktyczne sprawdzenie umiejętności zarządczych, do czego wystarczające jest wykazanie doświadczenia w realizacji przedsięwzięć o określonej skali.

W zakresie dysponowania zespołem co najmniej 10 specjalistów legitymujących się kwalifikacjami zawodowymi, wykształceniem i doświadczeniem zawodowym, niezbędnym do wykonania zamówienia w zakresie budowy, wdrażania i utrzymania sieci LAN/WAN oraz telefonii IP, w tym minimum jednej osoby legitymującej się certyfikatem zawodowym CCIE oraz minimum jednej osoby legitymującej się certyfikatem zawodowym CCNP EXATEL S.A. podniosła, że Zamawiający nie wskazał, w jaki sposób zamierza weryfikować wykształcenie osób pod kątem jego niezbędności do wykonania zamówienia. Proces weryfikacji, zdaniem wykonawcy, będzie nieodpowiedni w kontekście weryfikowanych danych, co wynika z faktu, iż nie ma specjalistycznego kształcenia w zakresie stanowiącym przedmiot zamówienia. Dodatkowo, wraz z szybkim rozwojem technologii w telekomunikacji/informatyce, wyuczona wiedza szybko się dezaktualizuje, wobec czego o jakości eksperta świadczy jego doświadczenie i praktyka zawodowa, i to te elementy powinny być ewentualnie weryfikowane przez Zamawiającego. EXATEL S.A. wniosła o wykreślenie ww. postanowienia. Wykonawca zwrócił też uwagę, iż wymaganiem nadmiernym jest żądanie, by ta sama osoba miała doświadczenie zarówno w zakresie sieci, jak i telefonii IP. Jak zauważył, obszary te występują samodzielnie i wystarczającym jest, by w zespole specjalistów, którzy będą realizowali zamówienie znaleźli się zarówno tacy, którzy mają doświadczenie w zakresie sieci LAN/WAN, jak i tacy, którzy mają doświadczenie w zakresie telefonii IP, ale niekoniecznie tacy, którzy pracowali przy obydwu rodzajach projektów i mają niejako

„podwójne” doświadczenie. Taki sposób konstruowania warunku ma, zdaniem EXATEL S.A., charakter naruszający uczciwą konkurencję, a ponadto jest nieproporcjonalny, wobec czego wykonawca wniósł o modyfikację tego warunku w taki sposób, by wykonawcy zobowiązani byli wykazać się dysponowaniem specjalistami, którzy posiadają kwalifikacje i doświadczenie w tych dwóch obszarach, tj. budowy, wdrażania sieci LAN/WAN oraz telefonii IP, ale rozdzielnie.

Wykonawca stwierdził dodatkowo, iż żądanie wykazania się dysponowaniem osobami, które uzyskały certyfikaty jest nadmierne z tych samych względów, które podniesiono przy zarzucie dotyczącym kierownika projektu.

Powyższe warunki, w ocenie EXATEL S.A., stanowią utrudnienie uczciwej konkurencji, przez co naruszają art. 22 ustawy Pzp, mają też sztuczny i nieproporcjonalny charakter w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca wniósł o usunięcie opisanych powyżej postanowień ogłoszenia lub dokonanie jego modyfikacji w sposób wskazany powyżej.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 10 lipca 2009 r. przez jego oddalenie w całości.

Odnosząc się do zarzutu niezasadnego ograniczenia technologii jedynie do technologii FR/ATM Zamawiający stwierdził, iż warunek zastosowania na łączy kablowym lub radiowym protokołów FR/ATM nie wyklucza możliwości stosowania łączy kablowych czy też łączy radiowych w technologiach wskazanych przez EXATEL S.A., bowiem protokoły FR/ATM definiują sposób realizacji łączy w drugiej warstwie sieciowej - warstwie łączy danych siedmiowarstwowego modelu sieciowego ISO/OSI, natomiast implementacja łączy kablowych w technologii SDH/PDH, ciemnych włókien, czy też łączy radiowych działających w paśmie koncesjonowanym jako punkt-punkt, lub punkt-wielopunkt odnosi się do warstwy pierwszej-fizycznej ww. modelu. Obie, zdefiniowane w tym modelu warstwy realizują różne funkcje. Z uwagi na powyższe, zdaniem Zamawiającego, bezprzedmiotowe jest porównanie rozwiązań technologicznych z innych warstw modelu ISO/OSI. Twierdzenia EXATEL S.A. w tym zakresie Zamawiający uznał za nadinterpretację faktycznie wyspecyfikowanych wymagań.

Ustosunkowując się do zarzutu niezasadnego wymagania zapewnienia łączy kablowego do każdej ze wskazanych lokalizacji Zamawiający wyjaśnił, iż mając na uwadze konieczność zapewnienia wysokiego poziomu niezawodności krytycznego elementu infrastruktury teleinformatycznej, jakim jest sieć WAN, wymaga zastosowania rozwiązań zapewniających redundancję łączy. Wskazał, iż łączy w technologii radiowej, ze względu na zastosowane medium transmisyjne i środowisko, w jakim pracują, posiadają cechy wyraźnie odróżniające je od właściwości łączy kablowych. W szczególności niezawodność przesyłu

danych determinuje ośrodek, w którym następuje propagacja fal radiowych (atmosfera ziemska) i czynniki powodujące jego niestabilność w czasie (zjawiska atmosferyczne takie jak wilgotność, opady, wyładowania burzowe). Bezspornym, według Zamawiającego, jest również fakt, że dla potrzeb łączy radiowych niezbędne jest zastosowanie anten kierunkowych oraz podatność tak zestawionych łączy na przeszkody znajdujące się (lub mogące się znaleźć) pomiędzy antenami. Zamawiający poinformował, iż mając na uwadze ww. ograniczenia łączy radiowych dopuścił ich zastosowanie w przedmiotowym zamówieniu w przypadku, gdy drugie łącze będzie zestawione w technologii kablowej chcąc w ten sposób zapewnić w sieci WAN KRUS wysoki poziom niezawodności transmisji. Z uwagi na to, że łączność zapewniana przez sieć WAN stanowi dla KRUS krytyczny zasób teleinformatyczny, umożliwiający dostęp użytkowników do wszystkich kluczowych aplikacji dziedzinowych znajdujących się w KRUS, a ponadto umożliwiający m. in. korzystanie ze stosowanej przez Zamawiającego w szerokim zakresie telefonii IP, wysoce podatnej na ewentualne zakłócenia w transmisji, takie zdefiniowanie przedmiotu zamówienia jest, zdaniem Zamawiającego, w pełni uzasadnione. Zamawiający podkreślił też, że prawem i obowiązkiem zamawiającego jest racjonalna ocena własnych potrzeb i opisanie zgodnie z nimi przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego terminu rozpoczęcia realizacji usługi Zamawiający zwrócił uwagę, iż zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, szczegółowe informacje dotyczące wdrożenia, w tym również harmonogram będą opisane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 czerwca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP/592/08). Stwierdził, że o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji można mówić w sytuacji, gdy warunek udziału w postępowaniu lub opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia zaoferowanie przez podmiot produktu, który będzie spełniał wszystkie wymagania zamawiającego, a niemożliwość ta ma charakter obiektywny i nieprzemijający. Zdaniem Zamawiającego, nie może stanowić uzasadnienia do stwierdzenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji fakt, że ze względu na czas nie jest możliwe aktualnie zaoferowanie przez wykonawcę produktu spełniającego oczekiwania Zamawiającego. Podkreślił, iż ma prawo oczekiwać od wykonawców sprawnej organizacji pracy, skierowania osób i sprzętu spełniających jego oczekiwania. Nawet jeśli postawione wymaganie powoduje konieczność znacznego, ale możliwego do spełnienia zaangażowania sił i środków po stronie wykonawcy, to zdaniem Zamawiającego, nie prowadzi to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający wskazał również, że termin rozpoczęcia realizacji usługi nie został określony datą sztywną, zatem w przypadku przedłużania się postępowania Zamawiający będzie w stanie dostosować harmonogram.

Odnosząc się do zakazu powierzania podwykonawcom części zamówienia dotyczącej świadczenia usług przy wykorzystaniu sieci szkieletowej MPLS Zamawiający

stwierdził, iż z uwagi na bardzo duży rozmiar zamówienia mający w dużym stopniu charakter umowy outsourcingowej obejmującej krytyczny element systemu teleinformatycznego Zamawiającego, istotne jest zapewnienie odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa i niezawodności dla całego rozwiązania. Zdaniem Zamawiającego, uprawnienie do przedmiotowego zastrzeżenia wynika z art. 36 ust. 5 ustawy Pzp i w żaden sposób nie ogranicza prawa wykonawcy do zlecenia części usługi dotyczącej łączy dostępowych do sieci szkieletowej MPLS podwykonawcom. Zamawiający wyjaśnił, iż znaczenie sieci szkieletowej MPLS jest dla przedmiotu zamówienia znacznie bardziej istotne z punktu widzenia całego rozwiązania, niż pojedyncze łącze dostępowe - w przypadku awarii pojedynczego łącza dostępowego konsekwencją może być niedostępność danej lokalizacji Zamawiającego. Natomiast w przypadku awarii elementu sieci szkieletowej MPLS, zasięg awarii może być nieporównywalnie większy, gdyż może spowodować przerwy w działaniu znacznej części lub wręcz całej instytucji Zamawiającego. Zamawiający wyjaśnił też, że w przypadku, gdy siecią szkieletową dysponuje wykonawca, ma on nieporównywalnie większy wpływ na jej prawidłowe działanie, niż w przypadku korzystania z podwykonawstwa w tym zakresie. Twierdził, iż na rynku istnieje co najmniej kilku wykonawców zdolnych wykonać zamówienie w sposób wymagany przez Zamawiającego, w tym EXATEL S.A.

Za nieuzasadniony Zamawiający uznał również zarzut dotyczący okresu obowiązywania umowy. Wskazał, iż wypełnił swój ustawowy obowiązek wynikający z art. 142 ust. 3 ustawy Pzp powiadamiając Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż wskazany w ustawie Pzp podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Zauważył, iż przedmiotowe zamówienie ma charakter ciągły.

Bezzasadny, w ocenie Zamawiającego jest także zarzut dotyczący treści gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej. Stwierdził, iż oprotestowany wymóg był już stosowany przez Zamawiającego w innych postępowaniach. Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że podmioty wystawiające gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe są w stanie sprostać wymaganiom Zamawiającego, zatem dodatkowe postanowienia w przedmiotowym zakresie nie ograniczają zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Ponadto, jak stwierdził Zamawiający, ww. wymóg dotyczący treści gwarancji jest powszechnie znany i wszyscy potencjalni wykonawcy mogą się z nim zapoznać od chwili ogłoszenia, a zastosować w odpowiednim momencie.

Wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jak zwrócił uwagę Zamawiający, dotyczy w równym stopniu wszystkich uczestników postępowania. Zauważył, że określił wysokość zabezpieczenia w granicach określonych przez ustawę Pzp mając na względzie zakres zamówienia oraz znaczenie sieci WAN z punktu widzenia ustawowych funkcji Zamawiającego.

W zakresie zarzutu dotyczącego umiejscowienia dokumentu pełnomocnictwa wśród dokumentów dotyczących sytuacji podmiotowej wykonawcy Zamawiający wyjaśnił, iż umieścił w tym miejscu oprotestowane postanowienie z uwagi na kategoryzację dokumentów, do których stosuje się przepisy art. 25 ustawy Pzp, uwzględniając jednocześnie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Co więcej, jak zauważył Zamawiający, ewentualne uchybienie Zamawiającego pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Zarzut dotyczący sposobu przeliczania kwot określonych w walutach obcych na PLN również nie znalazł uzasadnienia w opinii Zamawiającego. Zamawiający stwierdził, iż warunki ekonomiczne i finansowe zostały ukształtowane na takim poziomie w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia, że wahania kursu nie spowodują, że będzie je można uznać za nadmierne.

Zamawiający oddalił także protest w zakresie zarzutów dotyczących postawionych warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do warunku wykazania się zrealizowaniem co najmniej jednej usługi obejmującej utrzymanie i zarządzanie w okresie co najmniej roku siecią WAN zbudowaną w oparciu o technologię IP VPN z wykorzystaniem MPLS w co najmniej 200 lokalizacjach (w ramach jednego wdrożenia) Zamawiający stwierdził, iż warunek ten jest adekwatny do przedmiotu zamówienia i przypomniał, iż EXATEL S.A. w 2008 r. ubiegając się wspólnie z Telekomunikacją Kolejową o udzielenie zamówienia na zakup usług transmisji danych dla Ministerstwa Sprawiedliwości wykazał się referencjami o zakresie większym niż w przedmiotowym postępowaniu, co potwierdza, zdaniem Zamawiającego, iż warunek postawiony w przedmiotowym postępowaniu nie jest dla EXATEL S.A. warunkiem nadmiernym.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wymagania określonego w sekcji III.2.3 pkt 1.2 ogłoszenia (telefonii IP), Zamawiający stwierdził, że zakres usług, jakie będą świadczone w ramach postępowania tj. do 3000 telefonów IP w ponad 270 lokalizacjach uprawnia Zamawiającego do oczekiwania, że wykonawca, który będzie świadczył ww. usługi posiada odpowiedni potencjał techniczny oraz doświadczenie w tej dziedzinie. Zauważył też, że telefonia IP, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie jest technologią nową - Zamawiający korzysta z niej w szerokim zakresie (ok. 1300 telefonów IP w ponad 270 lokalizacjach) już od 4 lat.

Odnosnie wymagania, aby osoba wskazana na stanowisko kierownika projektu legitymowała się certyfikatem PRINCE2 Zamawiający stoi na stanowisku, że do sprawnej i skutecznej realizacji zamówienia niezbędne jest wykorzystanie narzędzi i mechanizmów wspomagających, jakim jest właśnie metodyka zarządzania projektami.

Zamawiający nie zgodził się także z zarzutem dotyczącym wymagania, aby ta sama osoba miała doświadczenie zarówno w zakresie sieci, jak i telefonii IP w odniesieniu do wymagania dotyczącego kwalifikacji i doświadczenia zespołu specjalistów. Jest to zdaniem Zamawiającego nadinterpretacja postanowień ogłoszenia. Zamawiający wskazał, że z treści przedmiotowego warunku wynika, że kwalifikacje zawodowe, wykształcenie i doświadczenie zawodowe zespołu specjalistów powinny obejmować pełny zakres określony w tym wymaganiu.

Z rozstrzygnięciem tym nie zgodziła się EXATEL S.A., która wniosła w dniu 16 lipca 2009 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu jak w proteście i podnosząc dodatkowo zarzut naruszenia art. 150 ustawy Pzp.

Wykonawca wniósł o usunięcie stosownych postanowień ogłoszenia bądź dokonanie ich modyfikacji.

Sprawa o sygn. akt KIO/UZP 1001/09:

Protest wobec treści ogłoszenia o zamówieniu wniósł w dniu 29 czerwca 2009 r. wykonawca NETIA S.A. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 i art. 29 ustawy Pzp przez niezasadne ograniczenie technologii jedynie do technologii FR/ATM oraz niezasadne wymaganie zapewnienia łącza kablowego do każdej ze wskazanych lokalizacji.

W uzasadnieniu podniósł, iż zawężając możliwość świadczenia usługi tylko do technologii dostępowej FR/ATM Zamawiający ogranicza jakość zamawianych usług przez wykluczenie stosowanej dziś powszechnie, bardziej stabilnej technologii dostępu, jaką jest technologia wykorzystująca przezroczyste łącza cyfrowe. Wywiódł, iż Zamawiający narusza także zasadę uczciwej konkurencji przez wykluczenie z udziału w postępowaniu tych operatorów, którzy nie stosują technologii FR/ATM w łączach dostępowych. Stwierdził też, że wymóg dostępu kablowego do każdej lokalizacji w sposób niezasadny ogranicza konkurencję przez preferowanie operatora, który posiada sieć kablową na terenie całej Polski. W ocenie Odwołującego, takie działanie Zamawiającego narusza art. 29 ustawy Pzp, gdyż wyklucza wyłączone zastosowanie dostępnych technologii alternatywnych wobec łącza kablowego. W jego ocenie, łącze radiowe charakteryzuje się porównywalną bezawaryjnością oraz bezpieczeństwem świadczenia usług. Dodatkowo wykonawca podniósł, iż ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2004 r. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.) w żaden sposób nie różnicuje technologii świadczenia usługi - nakazuje jedynie operatorowi telekomunikacyjnemu utrzymanie usługi o określonej jakości. Dla odbiorcy końcowego nie powinno mieć znaczenia, zdaniem NETIA S.A., w jaki dostępny na rynku sposób usługa jest realizowana. Co więcej, jak wskazał wykonawca, art. 1 ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne wśród podstawowych zasad prawa telekomunikacyjnego wymienia

wprost zasadę neutralności technologicznej, zgodnie z którą każde rozstrzygnięcie wyróżniające określoną sieć lub usługę ze względu na rodzaj stosowanej technologii musi mieć szczególne uzasadnienie.

NETIA S.A. wniosła o określenie w ogłoszeniu warunków wykonywania usługi w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji, w szczególności przez wykreślenie postanowień niezasadnie preferujących niektóre sposoby realizacji usługi.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 10 lipca 2009 r. przez jego oddalenie. Odnosząc się do zarzutu niezasadnego ograniczenia technologii jedynie do technologii FR/ATM Zamawiający stwierdził, iż warunek zastosowania na łączy kablowym lub radiolinii protokołów FR/ATM nie wyklucza możliwości stosowania łączy cyfrowych jako medium transmisyjnego, bowiem protokoły FR/ATM definiują sposób realizacji łączy w drugiej warstwie sieciowej - warstwie łączy danych siedmiowarstwowego modelu sieciowego ISO/OSI, natomiast implementacja łączy cyfrowego odnosi się do warstwy pierwszej ww. modelu. Obie, zdefiniowane w tym modelu warstwy realizują różne funkcje.

Ustosunkowując się do zarzutu niezasadnego wymagania zapewnienia łączy kablowego do każdej ze wskazanych lokalizacji Zamawiający wyjaśnił, iż mając na uwadze konieczność zapewnienia wysokiego poziomu niezawodności krytycznego elementu infrastruktury teleinformatycznej, jakim jest sieć WAN, wymaga zastosowania rozwiązań zapewniających redundancję łączy. Wskazał, iż łączy w technologii radiowej, ze względu na zastosowane medium transmisyjne i środowisko, w jakim pracują, posiadają cechy wyraźnie odróżniające je od właściwości łączy kablowych. W szczególności niezawodność przesyłu danych determinuje ośrodek, w którym następuje propagacja fal radiowych (atmosfera ziemską) i czynniki powodujące jego niestabilność w czasie (zjawiska atmosferyczne, takie jak wilgotność, opady, wyładowania burzowe). Bezspornym, według Zamawiającego, jest również fakt, że dla potrzeb łączy radiowych niezbędne jest zastosowanie anten kierunkowych oraz podatność tak zestawionych łączy na przeszkody znajdujące się (lub mogące się znaleźć) pomiędzy antenami. Zamawiający poinformował, iż mając na uwadze ww. ograniczenia łączy radiowych dopuścił ich zastosowanie w przedmiotowym zamówieniu w przypadku, gdy drugie łączy będzie zestawione w technologii kablowej chcąc w ten sposób zapewnić w sieci WAN KRUS wysoki poziom niezawodności transmisji. Z uwagi na to, że łączność zapewniana przez sieć WAN stanowi dla KRUS krytyczny zasób teleinformatyczny, umożliwiający dostęp użytkowników do wszystkich kluczowych aplikacji dziedzinowych znajdujących się w KRUS, a ponadto umożliwiający między innymi korzystanie ze stosowanej przez Zamawiającego w szerokim zakresie telefonii IP - wysoce podatnej na ewentualne zakłócenia w transmisji, takie zdefiniowanie przedmiotu zamówienia jest, zdaniem Zamawiającego, w pełni uzasadnione. Zamawiający podkreślił też, że prawem

i obowiązkiem zamawiającego jest racjonalna ocena własnych potrzeb i opisanie zgodnie z nimi przedmiotu zamówienia.

Z rozstrzygnięciem tym nie zgodziła się NETIA S.A., która wniosła w dniu 17 lipca 2009 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (w dniu 15 lipca 2009 r. do Zamawiającego) odwołanie podtrzymując zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji przez wymóg dostępu kablowego do każdej z lokalizacji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności opisu przedmiotu zamówienia przez opisanie warunków wykonywania usługi w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba ustaliła:

W terminie wyznaczonym przez Zamawiającego na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wnioski złożyło 5 wykonawców:

1. Konsorcjum firm: Crowley Data Poland Sp. z o.o., Comarch S.A., FIMA, UAB,
2. Telekomunikacja Polska S.A.,
3. Konsorcjum firm: NETIA S.A., MCSI Ltd. Sp. z o.o.,
4. Konsorcjum firm: EXATEL S.A., Telekomunikacja Kolejowa Sp. z o.o., Trecom Sp. z o.o.,
5. Konsorcjum firm: CA Services S.A., iFIN24 S.A., iMED24 S.A.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że obaj Odwołujący legitymują się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołujących w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Fakt, iż Odwołujący złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może stanowić o braku interesu prawnego, bowiem, jak wyjaśniła EXATEL S.A., wobec ewentualnego stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a co za tym idzie, modyfikacji treści ogłoszenia

o zamówieniu, miałyby możliwość samodzielnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, podczas gdy wobec niezmienionej treści ogłoszenia zmuszona była to uczynić wspólnie z innymi wykonawcami.

Przedmiot zamówienia obejmuje dostarczenie, skonfigurowanie i wdrożenie infrastruktury (łącza, sprzęt oprogramowanie itp.) niezbędnej do świadczenia usług sieci WAN w lokalizacjach Zamawiającego wraz z centralnym dostępem do sieci Internet oraz świadczenie usług sieci WAN, w tym w szczególności utrzymywanie i zarządzanie dostarczoną infrastrukturą w ramach zdefiniowanych poziomów świadczenia usług. Zamawiający dopuścił, aby łącza dostępne w odniesieniu do lokalizacji (16 oddziałów regionalnych, 256 placówek terenowych) budowane były przy wykorzystaniu technologii FR/ATM na bazie sieci kablowej dla łącza podstawowego lub/i zapasowego lub FR/ATM na bazie sieci radiowej w paśmie licencjonowanym tylko w przypadku, gdy drugie łącze jest zrealizowane w technologii kablowej (pkt II.2.1) ogłoszenia). Odwołujący EXATEL S.A. stwierdził, iż Zamawiający powinien obok technologii FR/ATM dopuścić również w zakresie budowy łączy dostępowych równoważną technologię tj. SDH/PDH, w odwołaniu rozszerzając wyliczenie technologii równoważnych o HDLC i PPP. Odwołujący nie przedłożył dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu wywodził, iż wymóg zastosowania na łączy protokołów FR/ATM nie wyklucza możliwości stosowania łączy w technologiach wskazanych przez Odwołującego EXATEL S.A., bowiem protokoły FR/ATM definiują sposób realizacji łącza w drugiej warstwie sieciowej modelu ISO/OSI, z kolei implementacja łączy kablowych w technologii SDH/PDH, ciemnych włókien, łączy radiowych działających w paśmie koncesjonowanym odnosi się do warstwy pierwszej. Obie zatem realizują różne funkcje. Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający złożył ekspertyzę z dnia 27 lipca 2009 r. przygotowaną przez Izbę Rzecznawców Polskiego Towarzystwa Informatycznego. W ekspertyzie tej potwierdzono, iż protokoły SDH/PDH umieszcza się w warstwie pierwszej modelu referencyjnego ISO/OSI, podczas gdy FR jest protokołem warstwy drugiej (strona 4). Wyjaśniono tam również, iż urządzenie realizujące funkcje opisane w protokołach odwołujących się do pojęć z n-tej warstwy modelu ISO/OSI musi z konieczności realizować funkcje wszystkich warstw niższych niż n-ta. Jednocześnie w ww. ekspertyzie stwierdzono, iż wymagania Zamawiającego dotyczące stosowania protokołów FR/ATM nie narzucają wyboru protokołu warstwy pierwszej. Co więcej, według autora ekspertyzy, liczący się na rynku operatorzy telekomunikacyjni, w tym Odwołujący, posiadają w swojej ofercie rozwiązania FR/ATM. Odwołujący EXATEL S.A. twierdzeniu temu nie zaprzeczył, nie przedstawił również dowodów przeciwnych. Wobec powyższego, zarzut ten Izba uznała za nieudowodniony.

Obaj Odwołujący podnieśli zarzut naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji przez wprowadzenie wymagania, aby jedno z łączy (podstawowe lub zapasowe)

zbudowane było w technologii kablowej. Zdaniem wykonawców, łącze radiowe charakteryzuje się porównywalną do łącza kablowego bezawaryjnością i bezpieczeństwem świadczenia usług. Odwołujący podkreślali również aspekt finansowy realizacji funkcji przy pomocy łącza radiowego. Izba nie znalazła w tym zakresie podstaw do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. W ocenie Izby, Zamawiający wykazał, iż charakter zamówienia wymaga zapewnienia wysokiego poziomu niezawodności sieci WAN. Zamawiający podkreślał, iż łączność zapewniana przez sieć WAN stanowi dla KRUS krytyczny zasób teleinformatyczny, umożliwiający dostęp użytkowników do wszystkich kluczowych aplikacji dziedzinowych znajdujących się w KRUS, a ponadto umożliwiający korzystanie ze stosowanej przez Zamawiającego w szerokim zakresie telefonii IP podatnej na ewentualne zakłócenia w transmisji. Tymczasem, co podnosił Zamawiający, co zostało też potwierdzone w złożonej ekspertyzie, warunki atmosferyczne, w szczególności opady, mgła, mogą mieć wpływ na funkcjonowanie sieci wykonanej w technologii radiowej. Powyższe ma tym większe znaczenie z uwagi na mnogość lokalizacji, które obejmuje zamówienie oraz ich rozmieszczenie na terenie całej Polski – zmienne, często trudne warunki atmosferyczne np. w górach mogą zakłócać bądź uniemożliwiać działanie sieci zbudowanej w technologii radiowej. Tym samym, za uzasadniony Izba uznała wymóg, aby łącza dostępowe w odniesieniu do lokalizacji budowane były na bazie sieci kablowej dla łącza podstawowego lub/i zapasowego lub na bazie sieci radiowej w paśmie licencjonowanym w przypadku, gdy drugie łącze jest zrealizowane w technologii kablowej.

Nie potwierdził się również zarzut dotyczący wymagania Zamawiającego, aby usługa świadczona była w oparciu o infrastrukturę sieci szkieletowej MPLS, którą dysponuje wykonawca, bez możliwości powierzenia zamówienia w tym zakresie podwykonawcom. Wskazać w tym miejscu należy, iż ustawa Pzp w art. 36 ust. 5 daje zamawiającym uprawnienie do określenia, której części zamówienia wykonawca nie może powierzyć podwykonawcom. Zamawiający wyjaśnił, iż ww. ograniczenie wynika z dużego rozmiaru zamówienia, mającego w dużej mierze charakter umowy outsourcingowej, obejmującej element systemu teleinformatycznego Zamawiającego, stąd istotnym jest zapewnienie odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa i niezawodności dla całego rozwiązania. Zamawiający zauważył przy tym, iż nie ogranicza to prawa wykonawcy do zlecenia części usługi dotyczącej łączy dostępowych do sieci szkieletowej MPLS podwykonawcom. Podkreślił też, że znaczenie sieci szkieletowej MPLS jest bardziej istotne z punktu widzenia całego rozwiązania niż pojedyncze łącze dostępowe, bowiem konsekwencją awarii pojedynczego łącza dostępowego może być niedostępność danej lokalizacji, natomiast awaria elementu sieci MPLS może spowodować przerwy w działaniu nawet całej instytucji Zamawiającego. Ww. wpływ awarii elementu sieci szkieletowej MPLS na niezawodność całej sieci WAN został potwierdzony także w ekspertyzie z dnia 27 lipca 2009 r. Dodatkowo,

w ekspertyzie stwierdzono, iż operatorzy działający na rynku, w tym m.in. EXATEL S.A., świadczą w sieci szkieletowej usługę MPLS. Twierdzeniu temu nie zaprzeczył Odwołujący. Powyższe wyjaśnienia Zamawiającego stanowią, w ocenie Izby, wystarczającą podstawę do skorzystania przez Zamawiającego z uprawnienia, jakie daje mu ustawa Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego w zakresie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, iż termin wskazany w ogłoszeniu jest terminem nierealnym, a to na wykonawcy, zgodnie z art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93), spoczywa ciężar dowodu. Fakt, iż dotrzymanie terminu wymaga od wykonawców znacznego zaangażowania sił i środków nie prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Istotne jest, iż przy odpowiednim dołożeniu starań termin ten jest możliwy do dotrzymania.

W zakresie określonego w ogłoszeniu o zamówieniu 5-letniego okresu obowiązywania umowy Odwołujący EXATEL S.A. wniósł o doprowadzenie postanowienia ogłoszenia w tym zakresie do stanu zgodnego z prawem lub wykazanie, iż Zamawiający zawiadomił Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata i nie otrzymał negatywnej opinii. Również w tym zakresie postępowanie Zamawiającego Izba uznała za uprawnione. Niewątpliwie przedmiot zamówienia ma charakter świadczenia ciągłego, o którym mowa w art. 142 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał też na oszczędności, które poczyni w związku z amortyzacją sprzętu, którego zakupu zobowiązany jest dokonać w związku z przedmiotowym zamówieniem. Dodatkowo, Zamawiający pismem z dnia 17 czerwca 2009 r. zawiadomił Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o zamiarze zawarcia umowna okres 60 miesięcy wskazując m.in. na finansowe oraz organizacyjno-logistyczne aspekty ww. decyzji. Powyższe stanowi o wypełnieniu przesłanek określonych w art. 142 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie znajduje również uzasadnienia zarzut dotyczący treści gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej. Wprowadzony przez Zamawiającego w pkt III.1.1) ogłoszenia o zamówieniu wymóg nie ogranicza uczciwej konkurencji – dotyczy w równym stopniu wszystkich wykonawców, którzy postanowią wnieść wadium bądź zabezpieczenie należytego wykonania zamówienia w ww. formie. Zarówno ustawa Pzp, jak i inne przepisy prawa nie regulują szczegółowej treści ww. gwarancji, nie stanowi to jednak przeszkody dla Zamawiającego we wprowadzeniu własnych wymagań, zabezpieczających jego interesy.

Nie sposób także postawić Zamawiającemu zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji przez ustanowienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy na poziomie 10%. Zgodnie z dyspozycją art. 150 ust. 2 ustawy Pzp, zabezpieczenie ustala się w wysokości od 2% do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, zatem wysokość zabezpieczenia

wskazana przez Zamawiającego jest w pełni uprawniona. Ust. 3 art. 150 ustawy Pzp daje zamawiającym możliwość tworzenia zabezpieczenia przez potrącenia z należności za częściowo wykonaną usługę, jednak dopuszczenie takiej możliwości uzależnione jest od zgody zamawiającego.

Bez znaczenia dla toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozostaje umiejscowienie w treści ogłoszenia o zamówieniu dokumentu pełnomocnictwa do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Istotnie, jak stwierdził Odwołujący, dokument ten nie należy do katalogu dokumentów składanych na potwierdzenie sytuacji podmiotowej wykonawców, jednak umiejscowienie go w pkt III.2.1) ogłoszenia nie stanowi naruszenia ustawy Pzp, pozostaje również bez wpływu na wynik postępowania.

Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący postanowienia ogłoszenia, zgodnie z którym, jeżeli kwoty podane w dokumentach składanych przez wykonawców na potwierdzenie ich zdolności ekonomicznej i finansowej zostaną określone w walucie innej niż PLN, Zamawiający dokona ich przeliczenia według kursu średniego opublikowanego przez NBP z dnia będącego ostatnim dniem terminu na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący podnosił, iż wykonawca składający taki dokument nie będzie w stanie przewidzieć jaki kurs walut będzie obowiązywał w dacie, w której będzie upływał termin składania wniosków żądając, aby postanowienie to zostało zmodyfikowane w ten sposób, aby przeliczenie dokonywane było według kursu NBP z dnia wystawienia/sporzządzenia dokumentu lub daty zawarcia umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Zarzut ten Izba uznała za niezasadny z uwagi na fakt, iż postanowienie ogłoszenia w obecnym brzmieniu stawia wszystkich wykonawców w równej pozycji. Różnicowanie wykonawców pod tym względem byłoby działaniem nieuzasadnionym.

Odwołujący EXATEL S.A. postawił również zarzut naruszenia przez Zamawiającego uczciwej konkurencji przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu. Zarzut ten, zdaniem Izby, nie potwierdził się, bowiem zakwestionowane warunki uznane zostały za adekwatne do przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie wykazał też, iż jest je w stanie spełnić tylko jeden wykonawca. Nie przedstawił dowodu na poparcie swoich twierdzeń.

Warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania przez wykonawcę odpowiedniej wiedzy, doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym zdolnym do wykonania zamówienia są niezbędne z punktu widzenia należytego wykonania zamówienia. Tym samym, formułując warunki Zamawiający powinien wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności mające wpływ na jego prawidłową realizację. Biorąc pod uwagę zakres przedmiotowego zamówienia, przewidywany czas trwania umowy, mnogość lokalizacji, co za tym idzie, liczbę telefonów IP (do 3000) nie sposób uznać warunków

ustanowionych przez Zamawiającego w zakresie doświadczenia wykonawcy za wygórowane – wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien wykazać, iż jego umiejętności zostały potwierdzone w praktyce. Podobnie, istotne, w szczególności w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia na usługę, są warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym, posiadającym uprawnienia, poziom wiedzy i doświadczenie stosowne do przedmiotu zamówienia. Z tego względu Izba nie uwzględniła zarzutu Odwołującego dotyczącego wymagania legitymowania się przez kierownika projektu certyfikatem PRINCE2 lub równoważnym. Metodyka zarządzania projektami PRINCE2 jest metodyką powszechnie uznawaną i powszechnie stosowaną w postępowaniach o podobnym przedmiocie zamówienia. Certyfikat PRINCE2 jest rozpowszechniony wśród specjalistów w zarządzaniu projektami, poświadcza uzyskanie stosownej wiedzy w tym zakresie, stąd ustalony warunek Izba uznała za uzasadniony charakterem zamówienia tym bardziej, że Zamawiający dopuścił legitymowanie się przez osobę wskazaną na stanowisko kierownika projektu równoważnym certyfikatem.

Odwołujący EXATEL S.A. podniósł także zarzut dotyczący warunku legitymowania się przez 10 specjalistów kwalifikacjami zawodowymi, wykształceniem i doświadczeniem zawodowym niezbędnym do wykonania zamówienia w zakresie budowy, wdrażania i utrzymania sieci LAN/WAN oraz telefonii IP. W zakresie dotyczącym braku wskazania sposobu weryfikowania wykształcenia poszczególnych osób Zamawiający na rozprawie wyjaśnił, iż treść postawionego warunku wynika z dyspozycji § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605 z późn. zm.). Oświadczył, iż wykształcenie zaproponowanych osób nie będzie weryfikowane. Wobec nie sprecyzowania charakteru wykształcenia Izba uznała oświadczenie Zamawiającego za uprawnione, a część wymagania dotyczącą wykształcenia za pozostającą bez wpływu na wynik postępowania.

W zakresie ww. warunku EXATEL S.A. postawiła również zarzut, iż wymaganiem nadmiernym jest, aby ta sama osoba posiadała doświadczenie zarówno w zakresie sieci, jak i telefonii IP. Zamawiający wyjaśnił, iż z treści postawionego wymagania wynika jedynie, że kwalifikacje zawodowe, wykształcenie i doświadczenie zawodowe zespołu specjalistów powinny obejmować pełny zakres określony w tym wymaganiu, ale nie wynika z niego, że każdy specjalista powinien wykazać się doświadczeniem i w zakresie sieci, i telefonii IP. Zarzut ten Izba uznała za niezasadny z uwagi na fakt, iż jak wynika z treści złożonego przez EXATEL S.A. wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, interpretacja przedmiotowego warunku przez wykonawcę była zgodna z intencją Zamawiającego – Odwołujący przedstawił wykaz osób, z których część wykonywała czynności z zakresu telefonii IP, część z kolei z zakresu budowy, wdrażania i utrzymania sieci LAN/WAN.

Izba, na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy Pzp bez rozpoznania pozostawiła zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 150 ustawy Pzp jako nie podniesiony w proteście.

Mając na uwadze, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7, art. 22, 29, 45 ustawy Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Odwołujących uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....