

**WYROK**

**z dnia 3 lutego 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2014 r. przez wykonawcę **Netia S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie**

przy udziale Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Netia S.A. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Netia S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

2.1 zasądza od **Netia S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej – Państwowego Instytutu Badawczego z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Zamawiający: Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej – Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest modyfikacja sieci transmisyjnej danych WAN IMIGW-PIUB (Dz. U. U.E 2013/S 249-436411).

Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia oraz postanowień siwz

Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiedniej modyfikacji postanowień siwz oraz ogłoszenia w zakresie opisanym w dalszej części odwołania.

Stwierdził, że niniejsze postępowanie pomimo wyboru konkurencyjnego trybu zamówienia jest postępowaniem zamkniętym na konkurencję. Zamawiający wskutek zamieszczenia szeregu postanowień w ramach opisu przedmiotu zamówienia doprowadził do sytuacji, iż tylko jeden wykonawca - Orange Polska S.A. - może złożyć ofertę. Wykonawca ten jest podmiotem wykonującym aktualnie na rzecz IMiGW świadczenia objęte przedmiotem zamówienia.

W ocenie Odwołującego za naganne powinny zostać uznane praktyki prowadzenia postępowań w trybach konkurencyjnych, w których warunki zamówienia rozstrzygają postępowanie przed otwarciem ofert. Z góry wybrany wykonawca nie musi być nazwany wprost przez zamawiającego w dokumentacji postępowania. Wystarczy, iż wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że może je spełnić tylko jeden oferent. Wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 6 maja 2009 r. (sygn. akt: XII Ga 143/09) : Przepisy pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw czy usług spośród oferowanych przez wszystkie podmioty występujące na rynku, a więc nawet te, które nie mogą wykazać się odpowiednim doświadczeniem w dostawach lub usługach odpowiadających rodzajowo przedmiotowi danego zamówienia. Oczywistym jednak jest, iż zamawiający określając warunki uczestnictwa w postępowaniu nie może czynić tego w taki sposób, aby umożliwić udział w postępowaniu jedynie konkretnemu wykonawcy lub

wykonawcom konkretnego produktu, o ściśle oznaczonych przez zamawiającego parametrach.

Jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych jest bowiem tzw. zasada neutralności opisu przedmiotu zamówienia. Zasada ta oznacza w praktyce eliminację z opisu wszelkich elementów, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę. Dyskryminacja wykonawców może polegać na takim opisie przedmiotu zamówienia, który nie jest uzasadniony obiektywnymi wymaganiami zamawiającego, a faktycznie ogranicza konkurencję na rynku danych usług, czy też dostaw. Zamawiający, jak wynika z dyrektyw unijnych, powinni otwierać się na konkurencję i w tym celu umożliwiać składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych. Jak dodaje Prezes UZP w swojej praktyce kontrolnej:

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem i doktryną, z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia mamy do czynienia nie tylko w sytuacji bezpośredniego wskazania przez zamawiającego danych znaków towarowych, czy oznaczeń. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji zachodzi również, gdy w sposób pośredni wskazane w SIWZ parametry prowadzą do uprzywilejowania jednego podmiotu względem drugiego.

Wskazał na wyniki kontroli doraźnej postępowania o sygn. UZP/DKUE/KN/14/12 Prezesa UZP, gdzie biegły zauważył, iż sposób określenia całokształtu warunków postępowania powoduje, iż tylko jednej wykonawca może złożyć ofertę.

W niniejszym postępowaniu warunki zamówienia umożliwiają złożenie oferty tylko przez Telekomunikację Polską S.A. (Orange Polska) Takie kreowanie monopolu jednego wykonawcy, poprzez wadliwe czynności podejmowane przez Zamawiającego, jest rażącym naruszeniem polskich i wspólnotowych zasad udzielania zamówień publicznych.

Zarzut wadliwego wyznaczenia terminu na rozpoczęcie wykonywania świadczeń.

Na stronie 9 załącznika nr 9 do siwz. (opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający określił, iż wszystkie łącza objęte przedmiotem zamówienia wykonawca winien uruchomić w ciągu dwóch miesięcy od dnia podpisania umowy. W ocenie Odwołującego takie postanowienie opisu przedmiotu zamówienia narusza art. 7 oraz 29 ustawy Pzp, gdyż praktycznie uniemożliwia złożenie oferty jakimkolwiek innym wykonawcom niż TP S.A,

Zamawiający dopuścił możliwość świadczenia usług z wykorzystaniem technologii radiowej (dla części lokalizacji w okresie przejściowym 6 miesięcy), mając na uwadze termin 60 dni od dnia podpisania umowy na realizację zamówienia, można byłoby uznać, iż termin ten jest wystarczający. Jednak mając na uwadze lokalizacje objęte przedmiotem zamówienia, nie

jest możliwe dostarczenie usług do wszystkich lokalizacji z wykorzystaniem własnej sieci radiowej min. w lokalizacji: Sława, Terespol, Świdwin, Zakopane - na terenie Parku Narodowego, Karpacz - na terenie Parku Narodowego. Każdy Wykonawca, z wyłączeniem obecnie świadczącej usługi, będzie musiał w części lokalizacji wydzierżawić część sieci od obcego Operatora łącząc ją z własnymi zasobami. Dzierżawa sieci od TP S.A. odbywa się w oparciu o Ofertę Ramową Dzierżawy Łączy Telekomunikacyjnych - RLLO, od innych Operatorów w oparciu o zapisy Prawa Telekomunikacyjnego (Rozdział 2), mając na uwadze doświadczenie Odwołującego, niezbędnym czasem do wykonania przedmiotowego zamówienia, w powyższy sposób, jest czas 90 dni od dnia podpisania umowy. Termin ten wynika z przepisów Prawa Telekomunikacyjnego, które reguluje warunki zawarcia umów o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci (art. 29 ust.1).

Wyznaczenie odpowiedniego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi jest jedną z kluczowych decyzji Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia na usługi telekomunikacyjne. Wskazuje na orzecznictwo KIO dotyczące zasad wyznaczania takich terminów. Np. w KIO/UZP 707/08) Izba nakazała zmianę terminu na rozpoczęcie wykonywania świadczeń w sposób uwzględniający wielkość i zakres wymaganej infrastruktury telekomunikacyjnej. Jak słusznie dodała Izba: Wyznaczenie terminu 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.

Wyznaczenie odpowiedniego terminu na rozpoczęcie wykonywania świadczeń telekomunikacyjnych jest podstawowym warunkiem otwarcia się Zamawiającego na konkurencję. Specyfika świadczeń telekomunikacyjnych (gdy z reguły jeden z wykonawców posiada już swoją infrastrukturę telekomunikacyjną doprowadzoną do lokalizacji zamawiającego) wymaga zapewnienia przedsiębiorcom należytego okresu na pozyskanie istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej lub też na wybudowanie swojej infrastruktury. Np. wyrok KIO/UZP 1246/10: w konsekwencji izba stoi na stanowisku, że zamawiający w zasadzie uniemożliwił innym wykonawcom, niż obecny usługodawca, zaoferowanie realizacji zamówienia we wskazanym przez zamawiającego terminie. Wyznaczenie terminu

rozpoczęcia świadczenia usług powinien być tak określony, aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotom, które dotychczas świadczyły tego rodzaju usługi telekomunikacyjne na rzecz zamawiającego i posiadają pełną infrastrukturę sieciową, jak i tym wykonawcom, którzy w celu realizacji umowy muszą zawrzeć umowy dzierżawy łączy z ich właścicielami bądź chcieliby zainstalować własną infrastrukturę. Zasadnym jest więc, aby wykonawcy dysponowali 90 dniami na uruchomienie świadczenia usług.

Na znaczenie odpowiednio wyznaczonego terminu na uruchomienie łączy wskazała także Izba w wyroku sygn. akt: KIO 1869/13, 1876/13): w przypadku niniejszego przedmiotu zamówienia istotne jest, aby przed podjęciem świadczenia właściwej usługi - świadczenia usługi transmisji danych - wykonawca wybrany do wykonania zamówienia podjął szereg działań o charakterze przygotowawczym, które wymagają określonego czasu dla wykonawcy. Wśród tych czynności o charakterze przygotowawczym należy wymienić choćby takie działania, jak: przygotowanie projektu technicznego usługi transmisji danych dla Zamawiającego, czy samo uruchomienie transmisji (zgodnie z pkt 10.1 i 10.2 Opisu przedmiotu zamówienia), które to czynności wymagają odpowiedniego skonfigurowania łączy i urządzeń do transmisji danych, przede wszystkim w oparciu o infrastrukturę, która aktualnie należy do dotychczasowego wykonawcy tej usługi dla Zamawiającego, tj. TP S.A. W zakres tych czynności wchodzi także niewątpliwie konieczność uzyskania określonych wymaganych prawem decyzji i zezwoleń związanych z uruchomieniem infrastruktury do świadczenia usługi, jak i z samą usługą transmisji danych.

Jak dodano w wyroku Zespołu Arbitrów sygn. UZP/ZO/0-533/06): Określenie terminu rozpoczęcia realizacji usług powinno uwzględniać skalę przedsięwzięcia oraz uwarunkowania techniczne i organizacyjne świadczenia usługi. Zbyt krótki termin nie może stanowić bariery uniemożliwiającej złożenie oferty konkurencyjnej wobec dotychczasowego wykonawcy, ponieważ stanowiłoby to naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy.

Termin ten powinien być zatem proporcjonalny do stopnia skomplikowania zamówienia w szczególności z uwzględnieniem ilości lokalizacji wskazanych przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę powyższe Netia domaga się określenia w dokumentacji postępowania terminu na uruchomienie usług nie krótszego niż 90 dni od daty zawarcia umowy.

V. Zarzut dotyczący wadliwych kryteriów oceny ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe należy także wskazać na wadliwość kryteriów oceny ofert. Cechą charakterystyczną niniejsze postępowanie jest to, iż jeden z potencjalnych wykonawców jest w posiadaniu infrastruktury niezbędnej do wykonania zamówienia. Pozostali wykonawcy w mniejszym lub większym stopniu są zobowiązani do jej pozyskania lub wybudowania.

Zgodnie z treścią siwz kryteriami oceny ofert są cena oraz „skrócenie terminu uruchomienia łączy” o wadze 10%. W naszej ocenie takie premiowanie obecnego wykonawcy świadczeń narusza zasadę uczciwej konkurencji. Po pierwsze kryteria oceny ofert winny uwzględniać charakterystykę niniejszego zamówienia na usługi telekomunikacyjne. Co jednak istotniejsze, za skróceniem terminu na rozpoczęcie wykonywania świadczeń nie stoją żadne rzeczywiste potrzeby Zamawiającego, a jest to jedynie kolejne uprzywilejowanie TP S.A. w ramach niniejszego postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza w swoim dorobku orzecznictwem wskazywała już na dyskryminujący charakter kryterium „termin realizacji świadczenia” gdy w ramach danego rynku kryterium takie bezzasadnie tworzyło przewagę jednego z wykonawców :

W związku z powyższym, w tego typu warunkach rynkowych, szczególnie istotne dla oceny nienaruszania zasady uczciwej konkurencji i zabezpieczenia równego traktowania wykonawców jest sposób ukształtowania kryteriów oceny ofert czy innych warunków zamówienia odnoszących się do terminów realizacji zamówienia, jako mogących przesądzić o przyznaniu zamówienia określonemu podmiotowi. (...) w przypadku gdy termin dostawy nie jest ograniczany do niezbędnego zdaniem zamawiającego minimum, a jedynie wprowadza się kryteria oceny ofert, które jednoznacznie preferują wykonawców, którzy skrócony termin mogą zaoferować, tzn. dopuszczają, iż wykonawcy oferujący minimalny wykonania zamówienia właściwie niezależnie od wysokości zaoferowanej ceny zamówienie uzyskają — postanowienia tego typu uznać należy za dyskryminujące część wykonawców obecnych na rynku w sposób nie uzasadniony potrzebami zamawiającego

Skoro już z góry wiadomo, iż tylko TP S.A. będzie mogła zaproponować najkrótszy możliwy termin, a każdy z pozostałych wykonawców będzie zmuszony do konkurowania jedynie ceną - kryterium to jedynie pozornie różnicuje oferty.

Reasumując, odwołujący wnosi o nakazanie zmiany kryteriów oceny ofert poprzez usunięcie kryterium „skrócenie terminu uruchomienia łączy”.

VI. Zarzut dotyczący wadliwego opisu przedmiotu zamówienia (technologia ISDN).

(21) Kolejną preferencją ustanowioną w dokumentacji postępowania na rzecz TP S.A. jest określenie sposobu realizacji łączy w lokalizacjach dla kategorii 3 i 4. Zgodnie z treścią załącznika nr 9 do siwz. (opis przedmiotu zamówienia, strona 4):

W lokalizacjach należących do kategorii 3 i 4 Wykonawca zainstaluje łącza dostępne w konfiguracji „1 CE + 1 PE + NAS Backup” (jeden router CE podłączony łączem podstawowym do jednego routera P/PE Wykonawcy z dodatkowym łączem zapasowym w technologii ISDN/NAS Backup.

Z jednej strony takie ograniczenie w wykorzystywaniu innych dostępnych technologii nie ma żadnego uzasadnienia technologicznego (przykładowo technologia xDSL), z drugiej strony

akurat technologia ISDN jest technologią w głównej mierze wykorzystywaną właśnie przed Telekomunikację Polską do wykonywania świadczeń objętych przedmiotem umowy. Analogiczną funkcjonalność łączy zapasowych, Zamawiający może otrzymać poprzez zestawienie np. łączy xDSL. Odwołujący nie widzi żadnego technologicznego, czy też związanego z bezpieczeństwem, uzasadnienia wymagania zapewnienia łączy zapasowych jedynie poprzez dostęp ISDN. Sieć zapasowa oparta na łączach xDSL, w przypadku awarii sieci podstawowej nie będzie wymagała przerwy 30 sekund przed jej uruchomieniem, usługi te mają możliwość zapewnienia takiej samej przepustowości jak ISDN, a nawet wyższej. Mając na uwadze ciągłość sieci, łącza xDSL mają możliwość bieżącego monitorowania usługi. Nie bez znaczenie pozostaje fakt, iż tylko TP S.A. posiada obecnie tak skonfigurowaną sieć dla Zamawiającego i tylko ona może świadczyć usługi ISDN w przedmiotowych (i nie tylko) lokalizacjach bez ponoszenia znaczących nakładów finansowych. Świadczenie usługi ISDN 2B+D wymaga od wykonawcy posiadania linii miedzianych (lub w przypadku sieci światłowodowej lub radiowej odpowiedniego sprzętu). Tylko TP posiada tak szeroki zasięg sieci miedzianej opartej na starej technologii PDH/SDH. Sieć ta, nie jest rozwijana przez alternatywnych operatorów, wynika to z faktu, iż dostęp taki daje dużo mniejsze możliwości efektywnego jej wykorzystania, min. brak możliwości dostarczenia usług dostępu do Internetu, czy transmisji danych o przepustowościach powyżej kilkunastu Mb. Sieci obecnie rozwijane w Polsce opierają się o technologię 1P/MPLS, dając duże szersze możliwości ich wykorzystania. Dostarczenie usługi ISDN przez innego, niż TP S.A. operatora, który będzie posiadał łącza światłowodowe lub radiolinię, będzie możliwe, jednak wymagać będzie zapewnienia dodatkowego urządzenia multiplexera, koszt zapewnienia takiego sprzętu dla jednej lokalizacji będzie wynosił około 40 tys. zł. Jak już wyżej wspomniano brak jest uzasadnienia technologicznego do zestawienia sieci zapasowej w oparciu o dostęp ISDN, który w sposób znaczący zwiększa koszty dostarczenia usług, ograniczając jednocześnie konkurencyjność postępowania.

Art. 29 ust. 3 ustawy Pzp wprost nakazuje dopuścić wszelkie równoważne rozwiązania technologiczne celem zapewnienia uczciwej konkurencji. To na Zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, iż tylko określony sposób realizacji zamówienia umożliwia mu realizację celu założonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienie publicznego (np. wyrok SO w Bydgoszczy z dn. 25.01. 2006 sygn. akt U Ca 693/5). Należy zauważyć, iż ustawa Prawo telekomunikacyjne w żaden sposób nie różnicuje sposobów świadczenia usług telekomunikacyjnych. Ustawa nakazuje jedynie operatorowi telekomunikacyjnemu utrzymanie usługi o określonej jakości. Dla odbiorcy końcowego nie winno mieć znaczenia, w jaki dostępny na rynku sposób usługa jest realizowana. Zamawiający określa wymogi, jakim ma odpowiadać efekt prawidłowego wykonania usługi, natomiast ustalenie sposobu i



środków niezbędnych dla jej zrealizowania należy do przyszłego wykonawcy, gdyż czynniki te mają wpływ na przebieg i koszty jej wykonania (wyrok Zespołu Arbitrów sygn. akt UZP/ZO/O-1363/04). To wykonawcy prowadzący profesjonalną działalność telekomunikacyjną są w stanie lepiej określić rodzaj rozwiązań właściwy dla potrzeb Zamawiającego.

Rolą wykonawcy w postępowaniu odwoławczym jest uprawdopodobnienie naruszenia zasady uczciwej konkurencji, jak bowiem zauważa Izba (KIO 470/11) :

Odwołujący na gruncie art. 29 ust. 2 ustawy nie ma obowiązku wykazania, a więc udowodnienia ponad wszelką wątpliwość, że opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez zamawiającego utrudnia uczciwą konkurencję. Taki bowiem dowód mógłby być albo bardzo trudny do przeprowadzenia, albo wręcz niemożliwy. (...) ustawodawca przewidział, że wystarczające będzie uprawdopodobnienie przez wykonawcę powołującego zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy, że czynności zamawiającego utrudniają uczciwą konkurencję. To uprawdopodobnienie sprowadza się do wykazania (a więc udowodnienia), jedynie tego, że to odwołujący nie może złożyć oferty na warunkach uczciwej konkurencji w skutek dokonanego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Obowiązek dowodowy obciążający odwołującego została zatem w tym przypadku znacznie zawężony i ograniczony jedynie do dowodów, które są odwołującemu znane i dla niego bez trudności dostępne. Dopiero takie uprawdopodobnienie otwiera drogę do przeniesienia na zamawiającego ciężaru dowodu przeciwnego, że nie utrudnił uczciwej konkurencji poprzez opis przedmiotu zamówienia, gdyż ofertę jest w stanie złożyć więcej niż jeden lub kilku wykonawców, których odwołujący wskazuje jako preferowanych, albo, że wprawdzie zamawiający preferuje określone rozwiązania techniczne czy technologiczne, ale ta preferencja znajduje usprawiedliwienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego.

Zatem oceniając wskazywane poniżej informacje należy mieć na względzie powyższe zastrzeżenie.

Biorąc pod uwagę powyższe domagamy się umożliwienia wykonywania łączy dostępowych także z wykorzystaniem innych technologii niż ISDN.

VII. Zarzut wadliwego opisu przedmiotu zamówienia (technologia radiowa).

Zgodnie z treścią załącznika nr 9 do siwz (opis przedmiotu zamówienia, strona 5): w lokalizacjach należących do kategorii 5 (radary meteorologiczne), od routera CE powinny zostać poprowadzone dwa niezależne łącza do dwóch różnych routerów szkieletowych (P/PE) operatora. Wykonawca zainstaluje łącza zapasowe o takich samych parametrach, co łącza główne (niezawodność, opóźnienie, QoS, SLA). Łącza podstawowe i zapasowe będą realizowane za pomocą różnych usług podkładowych (np. DSL, Metro Ethernet, FR). Operator nie może stosować łączy radiowych (również w paśmie koncesjonowanym) jako

jedynego medium dla łączy dostępowych do radarów, za wyjątkiem maksymalnie 6-miesięcznego okresu przejściowego.

W ocenie odwołującego takie postanowienie narusza art. 29 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający bezzasadnie wyklucza zastosowanie łączy radiowych jako jedynego medium dla łączy dostępowych do radarów. Takie wyłączenie praktycznie uniemożliwia wykonywanie świadczenia innym wykonawcom niż TP S.A. (która posiada już wymaganą infrastrukturę). Poza tym wyłączenie łączy radiowych nie znajduje uzasadnienia w specyfice wykonywanej usługi. Należy zwrócić uwagę na kilka okoliczności:

- skoro jedno z dopuszczonych łączy może być łączem radiowym (taki sposób wykonywania świadczenia spełnia wymagania zamawiającego) to niezrozumiałym jest niedopuszczenie takiego łącza, jako drugiego;
- skoro dopuszczalne jest wykonywanie usługi przez okres 6 miesięcy z wykorzystaniem dwóch łączy radiowych, to niezrozumiałym jest wyłączenie tej technologii po upływie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy.

W orzecznictwie KIO wielokrotnie wskazywano na bezzasadność wyłączania drogi radiowej w ramach opisu przedmiotu zamówienia na usługi telekomunikacyjne, przykładowo:

Skład orzekający Izby nie kwestionuje prawa Zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami. Jednakże Zamawiający, w ocenie Izby, nie wykazał, iż sporne zapisy co do opisu przedmiotu zamówienia uzasadnione są takimi właśnie potrzebami. Powyższe stanowisko Izby znajduje także potwierdzenie w fakcie, iż sam Zamawiający wycofując się z pierwotnego zapisy SIWZ w Rozdz. III pkt 5 ppkt 4 lit. b) po myślniku, uznał de facto iż „droga radiowa” nie jest dużo bardziej podatna na wszelkiego rodzaju zakłócenia (KIO 442/08) .

Zamawiający nie wykazał negatywnego wpływu instalacji na urządzenia używane przy badaniach prowadzonych na Uniwersytecie żadnymi dowodami, chociażby przy pomocy stanowiska wyrażonego przez placówkę badawczą, do której, zgodnie z jej zadaniami, należy ocena wpływu technologii radiowej na urządzenia badawcze, z których korzysta zamawiający (KIO 874/09)

Podobnie przykładowo w przypadku niezasadnego wyłączenia technologii łączy satelitarnych : przywołany wymóg opisu przedmiotu zamówienia, aby opóźnienia transmisji kształtowały się na poziomie poniżej 300 ms mierzonych pomiędzy routerami Zamawiającego w trzeciej warstwie modelu ISO/OSI, nie znajduje oparcia w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego, a z drugiej strony prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu, eliminując z niego podmioty świadczące swoje usługi telekomunikacyjne przy pomocy technologii satelitarnej, a tym samym preferując też podmioty, które korzystają z technologii tradycyjnej (kabel) KIO 1869, 1876/13.

Dla odbiorcy końcowego nie winno mieć znaczenia, w jaki dostępny na rynku sposób usługa telekomunikacyjna jest realizowana. Zamawiający określa wymogi, jakim ma odpowiadać efekt prawidłowego wykonania usługi, natomiast ustalenie sposobu i środków niezbędnych dla jej zrealizowania powinno należeć do przyszłego wykonawcy. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie zmiany treści SIWZ w zakresie powyżej opisanym (dopuszczenie transmisji radiowej dla obu łączy).

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania wniesionego przez Netia S.A.

Zakwestionował twierdzenie, że warunki udziału w przetargu umożliwiają udział wyłącznie jednemu podmiotowi. Stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia jest uzasadniony obiektywnymi wymaganiami wynikającymi ze specyfiki świadczonych przez zamawiającego usług z uwzględnieniem zadań ustawowych i statutowych. Przedstawił statut Instytutu.

Oдноśnie zarzutu wadliwego wyznaczenia terminu rozpoczęcia wykonywania świadczeń określonego na 60 dni od dnia zawarcia umowy stwierdził, że jest to termin również dla odwołującego wystarczający; na tę okoliczność powołał Regulamin świadczenia usług przez spółki grupy Netia wg którego odwołujący w analogicznych usługach oferuje maksymalnie 30-dniowy termin na uruchomienie usług.

Wg wiedzy zamawiającego odwołujący posiada ramową umowę dzierżawy łączy z TPSA, co umożliwia mu relatywnie szybko rozpoczynać świadczenie usług kontrahentom. Stwierdził również, że usługi, które mają być świadczone, będą tożsame technicznie z usługami, których dotyczy Regulamin.

Niezależnie od powyższego zamawiający, choć generalnie ze względu na wymogi niezawodności i bezpieczeństwa transmisji, nie dopuszcza łączy innych niż przewodowe, bowiem jak wynika z jego doświadczeń, łączy satelitarne i radiowe nie gwarantują koniecznej niezawodności, dopuścił okres przejściowy dostosowania infrastruktury przesyłu danych do swoich wymogów podstawowych. Podkreślił, że we wszystkich wymienionych w siwz lokalizacjach istnieje infrastruktura teleinformatyczna pozwalająca uznać 6 m-czny okres przejściowy za wystarczający.

Oдноśnie kryteriów oceny ofert uznał zastosowane kryterium skrócenia terminu uruchomienia łączy na dopuszczalne. Wskazał, że ze względu na charakter zamówienia, oferentami mają być profesjonaliści, świadczący standardowo usługi transmisji danych. Podmioty te powinny mieć dostateczny potencjał do świadczenia usług sprawnie i należycie. Co do zasady podmioty te mają zawarte umowy ramowe z TPSA lub innymi podmiotami, w zależności od potrzeb. W razie braku takich umów, okres prowadzenia niniejszego postępowania jest wystarczający do podjęcia stosownych działań w celu zawarcia takich

umów. Zamawiający stwierdził, że skrócenie terminu uruchomienia jest istotne dla realizacji jego zadań ustawowych i statutowych.

Oдноśnie zarzutu wadliwego opisu przedmiotu zamówienia (ISDN) wymagającego doprowadzenia do siedziby zamawiającego linii miedzianej i propozycji łącza XDSL zamawiający stwierdził, że wymóg łącza zapasowego w technologii ISDN nie preferuje jednego wykonawcy, ponieważ zaproponowana przez odwołującego technologia XDSL wymaga doprowadzenia do siedziby zamawiającego identycznego łącza miedzianego. Zamawiający stwierdził, że proponowana technologia opiera się na tej samej strukturze fizycznej – kabel miedziany. Podniósł nadto, że odwołujący proponuje klientom biznesowym również łącza cyfrowe w technologii ISDN. Określona przez zamawiającego usługa znajduje się w standardowej ofercie odwołującego i jest możliwa do zrealizowania przez niego. Tym niemniej zamawiający dokonał zmiany opisu przedmiotu zamówienia w zał 9 do siwz zmieniając treść PU 14.

Oдноśnie zarzutu wyłączenia technologii radiowej zamawiający odwołał się do specyfikacji usługi, w której konieczne jest spełnienie wymagań co do niezawodności transmisji danych, zwłaszcza w warunkach występujących zjawisk meteorologicznych noszących znamiona klęski żywiołowej lub w czasie klęski żywiołowej.

Stwierdził, że w przypadku wystąpienia zjawisk burzowych, intensywnych opadów atmosferycznych połączonych z zachmurzeniem, bądź podmuchów wiatrów mogących zmienić położenia anteny lub jej „widzialności” dla systemu transmisji, istnieje wysokie ryzyko utraty danych istotnych dla systemu ostrzegania przed zagrożeniami pogodowymi.

Przystępujący do postępowania odwoławczego toczącego się wskutek wniesienia odwołania przez NETIA S.A., po stronie zamawiającego - wykonawca Orange Polska S.A. wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że podnoszone przez odwołującego zarzuty dotyczą naruszenia zasady uczciwej konkurencji, także przez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia oraz zasady równego traktowania wykonawców. Zauważył, że konsekwencją uwzględnienia zarzutów będzie modyfikacja postanowień siwz na niekorzystne dla zamawiającego i spowoduje umożliwienie ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia, a w konsekwencji przystępujący może nie uzyskać zamówienia.

Przystępujący podnosi, że brzmienie siwz ustalono w sposób odpowiadający zasadom ustawy pzp i orzecznictwu KIO. Wskazał na wyrok KIO 2076/11, gdzie wskazano, iż „to zamawiający jest gospodarzem postępowania i ma kształtować jego warunki w taki sposób, aby z poszanowaniem właściwych przepisów zapewnić jak najlepszy jego rezultat”.

W KIO 1092/11 podniesiono, iż „każdy opis warunków udziału w postępowaniu czy opis przedmiotu zamówienia już sam w sobie prowadzi do eliminacji niektórych wykonawców z udziału w postępowaniu. Ważne aby to ograniczenie nie było nadmierne i uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Ustawa pzp nie może być interpretowana przez pryzmat absolutnej zasady równej konkurencji, w oderwaniu od innego podstawowego celu jej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów.

Zasadne było zatem określenie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, by oferowane usługi w pełni zaspokajały oczekiwania zamawiającego w tym zakresie, nawet jeżeli zamówienie zrealizowane będzie mogło zostać tylko przez część wykonawców. Powyższe nie może stanowić podstawy zarzutów stawianych zamawiającemu, skutkującej zmianą zapisów siwz. Taka zmiana prowadziłaby do naruszenia interesów wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia o przedmiocie opisanym przez zamawiającego.

W trakcie rozprawy przed Izłą strony i uczestnik postępowania odwoławczego złożyli następujące oświadczenia.

Odwołujący stwierdził, iż w związku z dokonaną przez Zamawiającego modyfikacją SIWZ uznaje za bezprzedmiotowe zarzuty dotyczące pozacenowego kryterium oceny ofert oraz technologii ISDN.

Podtrzymał stanowisko, iż niemożliwe jest rozpoczęcie świadczenia usług w okresie wymaganym specyfikacją. Domaga się zmiany tego terminu na nie krótszy niż 90 dni. Wskazuje, iż w zakresie 4 lokalizacji przygranicznych niezbędne jest uzyskanie pozwolenia radiowego, wymagającego koordynację zagranicznych, która to procedura trwa do 90 dni. Na tę okoliczność złożył Składa wydruk ze strony internetowej Ministerstwa Gospodarki i UAE - portal informacyjny.

Stwierdził, iż dopiero po uzyskaniu pozwolenia możliwe są zakupy sprzętu o parametrach zgodnych z pozwoleniem. Okres dostawy określił na 9 tygodni. Odwołujący złożył także wyciąg z dokumentów 3 analogicznych postępowań wskazując na stosowane terminy uruchomienia usług. Stwierdził, iż w tych postępowaniach złożono co najmniej po 3 oferty, co może wskazywać na zachowanie zasady konkurencyjności.

Odnosnie regulaminu świadczenia usług przez Odwołującego złożonego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, iż dotyczy on zawierania umów z abonentami w sytuacji, gdy ma ku temu warunki techniczne.

Odnosnie 2 zarzutu ponownie wskazuje na postanowienia analogicznych postępowań, których Zamawiający dopuszczali łącza podstawowe i zapasowe w technologii radiowej. Stwierdził, że zbudowanie łącza kablowego w jednej z lokalizacji Zamawiającego wymaga czasu 360 dni. Podtrzymał stanowisko, iż wymóg technologii liniowej jest nadmierny i nieracjonalny, a w rzeczywistość promuje jednego, wskazanego w odwołaniu wykonawcę.

Zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie. Stwierdził, iż podniesiony przez Odwołującego problem koordynacji zagranicznej w rzeczywistość nie istnieje, gdyż dotyczy nowych pozwoleń, których nie ma potrzeby uzyskiwać. Zamawiający dysponuje własnymi częstotliwościami i może je udostępnić wykonawcy. Poza tym są to częstotliwości znane, w związku z czym można dokonywać zakupów stosowanego sprzętu.

Nie podziela poglądu Odwołującego o równoważności sieci i łączy radiowych z kablowymi. W tym zakresie powołuje się na własne wieloletnie doświadczenie.

Zauważył, że termin na rozpoczęcie świadczenia usług wynosi w rzeczywistości 6 miesięcy + 9 tygodni tj. w praktyce 8 miesięcy na zrealizowanie łączy docelowych. Oznacza to, iż jest to termin analogiczny do stosowanych w innych postępowaniach np. wskazanych przez Odwołującego. Zauważył, że wskazanie rocznego terminu wykonania inwestycji kablowej oznacza mocne zawyżenie zwłaszcza, że dotyczy to terenów niezabudowanych, co oznacza mniejsze skomplikowanie zarówno techniczne, jak i formalne, wykonania. Zauważył że infrastruktura kablowa wymagana do realizacji tych usług fizycznie istnieje i możliwe jest korzystanie z niej przez każdego z wykonawców na podstawie zawartej umowy z właścicielem. Stwierdził, iż Odwołujący świadczy obecnie usługi z wykorzystaniem sieci Przystępującego.

Przystępujący poparł całości stanowisko Zamawiającego. Wskazał na przepisy prawa telekomunikacyjnego dotyczące udostępnienia łączy. Zauważył, iż w tym postępowaniu nie występują łącza zagraniczne (art. 143 ust.7 Prawa telekomunikacyjnego nie będzie miał zastosowania; okoliczności takiej nie wykazał Odwołujący).

Na okoliczność możliwości zestawienia łączy radiowych w terminach i lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego złożył ofertę swojego dostawcy stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa.

Stwierdził, iż postępowania prowadzone przez innych Zamawiających, wskazane przez Odwołującego są nieadekwatne z niniejszym z uwagi na to, że ich zakres jest znacząco większy, w tym co do liczby lokalizacji rzędu kilkuset. Stwierdził, że wskazał na możliwość zestawienia łączy radiowych od podstaw w wymaganym terminie. Zauważył, że na potrzeby

niniejszego postępowania również będzie musiał rozbudować infrastrukturę, w tym zbudować niektóre łącza od nowa. Stwierdził, że wymagany czas na łącze docelowe jest wystarczający. Zauważył także, że udostępnienie na podstawie prawa telekomunikacyjnego oznacza jego obowiązki nie zaś Przystępującego i wskazał, że udostępnienia na jego rzecz dokonuje część hurtowa Orange Polska oddzielona funkcjonalnie i organizacyjnie od detalicznej na takich warunkach, jak na rzecz innych operatorów na niedyskryminujących warunkach.

Odwołujący zauważył, że w specyfikacji brak jest informacji o możliwości wykorzystania częstotliwości dysponowanymi przez Zamawiającego – zostało to jedynie zadeklarowane na rozprawie. Wskazał na postanowienia SIWZ i wzoru umowy, gdzie określono precyzyjnie termin uruchomienia usługi. Podkreślił przewagę konkretną Przystępującego. Zauważył, że warunkiem udostępnienia łącza jest uprzednie potwierdzenie technicznej dostępności.

Zamawiający stwierdził, że termin uruchomienia usługi jest realny i możliwy do dotrzymania przez operatorów występujących na rynku. Wskazał, że właściwy termin określony jest w OPZ w poz. PU16, natomiast w § 2 umowy popełniono błąd wskazujący na termin krótszy od rzeczywistego. Stwierdził, że przedstawił wysokie wymagania techniczne, jednakże dla niego niezbędne i nie dyskryminujące żadnego z wykonawców.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowiska wyrażone na piśmie i do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.

Biorąc pod uwagę, że przed zamknięciem rozprawy zamawiający dokonał istotnych zmian postanowień siwz, Izba dokonała rozstrzygnięcia w zakresie dwóch zarzutów tj. wyznaczonego terminu rozpoczęcia wykonywania świadczeń oraz wyłączenia technologii radiowej jako technologii docelowej.

Pozostałe zarzuty, zgodnie z oświadczeniem odwołującego złożonym na rozprawie stały się bezprzedmiotowe tj. zarzut dotyczący pozacenowego kryterium oceny ofert oraz wymaganej technologii ISDN.

Odnosnie zarzutu dotyczącego wyznaczenia terminu rozpoczęcia wykonywania świadczeń określonego na 60 dni od dnia zawarcia umowy jako terminu zbyt krótkiego i

promującego wykonawcę Orange Polska S.A. Izba uznała, że zamawiający wykazał, iż określenie terminu nastąpiło zgodnie z uzasadnionymi potrzebami zamawiającego. Należy stwierdzić, że wyznaczony termin również dla odwołującego nie jest niemożliwy do dochowania. Można zauważyć przy tym, iż odwołujący w toku postępowania dowodowego zmierzał do wykazania, że również żądany przez niego termin 90 dni nie jest wystarczający, co rodzi pytanie o realność jego żądania w kontekście przewidywanego zamiaru wykonania umowy na oczekiwanych warunkach. Izba uznała za wiarygodne oświadczenie zamawiającego o możliwości wykorzystywania przez wykonawców łączy radiowych i częstotliwości, którymi zamawiający dysponuje, a tym samym brak potrzeby uzyskiwania pozwoleń radiowych połączonych z koordynacją zagraniczną trwającą średnio ok. 90 dni.

W zakresie łączy docelowych, którymi wykonawca nie dysponuje, wykonawca jako podmiot świadczący standardowo usługi transmisji danych, posiada zarówno wiedzę, jak i doświadczenie co do pozyskania dostępu do łączy operatora zobowiązanego do ich udostępnienia, w tym co do okresu, w jakim takie udostępnienie można pozyskać. Terminy te nie przekraczają wymaganych przez zamawiającego.

Odnosnie zarzutu wyłączenia technologii radiowej skład orzekający uznaje, że zamawiający ma prawo do określenia technologii transmisji danych. Stanowisko zamawiającego, który odwołał się do specyfikacji usługi, w której konieczne jest spełnienie wymagań co do niezawodności transmisji danych, zwłaszcza w warunkach występujących zjawisk meteorologicznych noszących znamiona klęski żywiołowej lub w czasie klęski żywiołowej i ryzyka utraty danych istotnych dla systemu ostrzegania przed zagrożeniami pogodowymi w sytuacji zastosowania technologii radiowej, nie zostało zakwestionowane przez odwołującego. W ocenie odwołującego zakaz stosowania łączy radiowych jako jedynego medium dla łączy dostępowych do radarów (za wyjątkiem maksymalnie 6 – miesięcznego okresu przejściowego), narusza art. 29 ustawy pzp. W toku postępowania nie wykazano, że obydwie metody przesyłu danych są równorzędne i jednakowo niezawodne. Odwołujący wskazał przy tym na poparcie swojego stanowiska orzecznictwo Izby, w tym m. in. stwierdzenie z wyroku sygn. akt KIO 442/08 iż „droga radiowa nie jest dużo bardziej podatna na wszelkiego rodzaju zakłócenia”, z czego można wnosić, iż nie jest wykluczona większa podatność takiej drogi na zakłócenia.

Reasumując Izba uznaje, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia kierował się własnymi rzeczywistymi potrzebami i dotychczasowym doświadczeniem i nie naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy.



Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy pzp orzeczono, jak w sentencji i oddalono odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....