

WYROK

z dnia 26 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2020 r. przez wykonawcę ORANGE POLSKA S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Wojewódzką Policji w Poznaniu, ul. Jana Kochanowskiego 2a, 60-844 Poznań

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Komendzie Wojewódzkiej Policji w Poznaniu dokonanie modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami przez dopuszczenie realizacji zamówienia z wykorzystaniem łączny radiowych,

2. W pozostałych zakresie zarzuty odwołania uznaje za niezasanione,

2. Kosztami postępowania obciąża Komendę Wojewódzką Policji w Poznaniu, ul. Jana Kochanowskiego 2a, 60-844 Poznań i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ORANGE POLSKA S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Komendy Wojewódzkiej Policji w Poznaniu, ul. Jana Kochanowskiego 2a, 60-844 Poznań na rzecz ORANGE POLSKA S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący :

Komenda Wojewódzka Policji w Poznaniu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dzierżawę łączy telekomunikacyjnych. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 marca 2020 r. pod pozycją 2020/S 055-130568.

W dniu 27 marca 2020 r. wykonawca ORANGE POLSKA S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) i ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 43 ust. 2b pkt 2) ustawy Pzp poprzez skrócenie terminu składania ofert pomimo, iż:

a) nie zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i nie jest to uzasadnione,

b) narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji z uwagi na nieuzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego uprzywilejowywanie wykonawcy, który aktualnie świadczy usługi;

2. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na:

a) zastrzeżenie zbyt krótkiego terminu uruchomienia usług dla cz. 1, 3, 5, 6, 7, 8 zamówienia, bez uwzględnienia czasu na wykonanie prac niezbędnych do rozpoczęcia świadczenia usług, co uniemożliwia złożenie ofert na przedmiotowe części zamówienia;

b) zastrzeżenie zbyt krótkiego terminu uruchomienia usług dla cz. 8 zamówienia, bez uwzględnienia czasu na dostawę urządzeń niezbędnych do realizacji zamówienia, co uniemożliwia złożenie ofert na przedmiotowe części zamówienia;

3. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję z uwagi na:

a) nieuzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego zastrzeżenie zbyt krótkiego terminu uruchomienia usług dla cz. 1, 3, 5, 6, 7, 8 zamówienia, a w konsekwencji na uprzywilejowanie wykonawcy aktualnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego;

b) wykluczenie możliwości zestawienia łączy w cz. 1, 3, 5, 6, 7, 8 w technologii radiowej za pomocą radiolinii w paśmie koncesjonowanym, co nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców do jednego;

c) podział na części Zamówienia w taki sposób, że w każdej części zamówienia łączy kablowe we wszystkich lokalizacjach posiada jedynie wykonawca obecnie świadczący usługi, co ogranicza krąg potencjalnych wykonawców do jednego, a jednocześnie nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego z uwagi na to, że agregacja lokalizacji w poszczególne części zamówienia ma jedynie charakter formalny i nie wpływa na funkcjonalność i parametry łączy.

Ad. 1

Uzasadniając zarzut 1 Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał skrócenia terminu składania ofert. Zdaniem Odwołującego, uzasadnienie Zamawiającego zawarte w protokole z postępowania dla skrócenia terminu na

podstawie art. 43 ust. 2b pkt 2) ustawy Pzp z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, nie potwierdza zaistnienia takiej przesłanki.

Odwołujący podniósł, że potrzeba nie jest pilna z uwagi na to, że to już drugie postępowanie dotyczące tego przedmiotu zamówienia. Poprzednie postępowanie, do którego odwołuje się sam Zamawiający, zostało wszczęte w dniu 3 grudnia 2019 r. Umowy w sprawie zamówień publicznych dla części, w których udało się zakończyć postępowanie udzieleniem zamówienia, zgodnie z ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia z dnia 13 marca 2020 r. (2020/S 052-124083) zostały zawarte dnia 31 stycznia 2020 r. lub 19 lutego 2020 r. Oznacza to, jak zauważył Odwołujący, że Zamawiający zdawał sobie sprawę z tego, w których częściach musi powtórzyć postępowanie, niezależnie od przyczyny unieważnienia postępowania w danej części, już dnia 19 lutego 2020 r. (przyjmując z ostrożności późniejszy termin). Jak wskazał Odwołujący, mimo powyższego kolejne postępowanie zostało wszczęte dopiero w dniu 13 marca 2020 r.

W konsekwencji, jak wskazał Odwołujący, miała miejsce 23 - dniowa zwłoka w rozpoczęciu kolejnego postępowania, co oznacza, że nie istniała pilna potrzeba udzielenia zamówienia. W ocenie Odwołującego, zamawiający są uprawnieni do skracania terminów składania ofert, ale to nie oznacza, że za każdym razem muszą skracać okres przygotowania ofert do minimum. Przeciwnie, zgodnie z zasadą proporcjonalności wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy, powinni skracać terminy na tyle, na ile jest to konieczne, ale nie zmierzać w sposób zamierzony do maksymalnego skrócenia terminu na złożenie ofert i utrudniania złożenia ofert potencjalnym wykonawcom.

Okoliczność ta, zdaniem Odwołującego, świadczy o tym, że nie istnieje potrzeba pilnego udzielenia zamówienia, a Zamawiający ma zabezpieczoną usługę dzierżawy łączy. W przeciwnym przypadku, Zamawiający po zakończeniu części pierwszego postępowania, podjąłby niezwłocznie działania zmierzające do zapewnienia dzierżawy łączy w lokalizacjach, których dotyczy aktualne postępowanie (w których nie udało się zawrzeć umów w pierwotnym postępowaniu).

Odwołujący wskazał, że liczba podmiotów, które mogą świadczyć usługę, nie ma wpływu na czas niezbędny do sporządzenia oferty. Istotną jest złożoność przedmiotu zamówienia, która jest różna dla poszczególnych uczestników postępowania, zależnie od tego, jaki będzie zakres świadczeń, które musi wykonać dany wykonawca, aby zrealizować zamówienie. W konsekwencji przygotowanie oferty dla wykonawcy INEA (obecnie świadczącego usługi), dla którego będzie to przedłużenie już świadczonych usług, jest zdecydowanie prostsze i wymaga mniej czasu, niż dla wykonawców, którzy muszą w ofercie uwzględnić stworzenie całej infrastruktury wymaganej przez Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w uzasadnieniu skrócenia terminu składania ofert, konkurencja nie jest ograniczona do kilku wykonawców - przedsiębiorców telekomunikacyjnych, lecz do jednego podmiotu z uwagi na to, że jedynym wykonawcą, który posiada w lokalizacjach objętych postępowaniem odpowiednią infrastrukturę telekomunikacyjną jest INEA, co wynika z przyjętego przez Zamawiającego podziału na części (lokalizacje zostały tak zagregowane, że w danej części jedynie INEA posiada infrastrukturę kablową w każdej lokalizacji), a jednocześnie z wykluczenia innych technologii zestawienia łączy niż kablowe.

Jak zauważył Odwołujący, Zamawiający będąc świadomy tych okoliczności i tego, że w poprzednim postępowaniu nawet podmioty uprawnione do świadczenia usług albo nie złożyły ofert na poszczególne części, albo zaoferowały ceny przekraczające budżet Zamawiającego, zwlekał ponad trzy tygodnie z wszczęciem nowego postępowania.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający jedynie poprzez swoją opieszałość skrócił termin składania ofert, co ma istotne znaczenie dla wszystkich wykonawców, poza wykonawcą INEA. W konsekwencji, w sytuacji, gdy pierwotne, ustawowe terminy były niewystarczające dla wykonawców, aby zrealizować zamówienia lub zrealizować je za cenę mieszczącą się w budżecie Zamawiającego, teraz tym bardziej nie będzie to możliwe.

Odwołujący stwierdził, że opieszałość Zamawiającego również w tym kontekście wskazuje na to, że w rzeczywistości nie istnieje pilna potrzeba udzielenia przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego, wskazuje to na działania zmierzające do tego, aby

w postępowaniu (przynajmniej na poszczególne części) nie zostały złożone żadne oferty i aby Zamawiający mógł zawrzeć umowę w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp z wykonawcą świadczącym aktualnie usługi na rzecz Zamawiającego, lub mające na celu doprowadzenie do sytuacji, w której jedynie wykonawca INEA (aktualnie świadczący usługi) będzie mógł złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zwrócił uwagę także na jedynie pozorne argumenty wskazane w pkt 10 protokołu z postępowania, które mają świadczyć o pilnej konieczności udzielenia przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie kwestionuje potrzeby zestawienia łączy między jednostkami Policji, jednak stwierdził, że z łączy tych nie będą korzystać obywatele. Nadto, w opinii Odwołującego, wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w protokole z postępowania, stan epidemiologiczny nie ma wpływu na potrzebę udzielenia zamówienia. Łączy są tak samo potrzebne w czasie epidemii, jak i po jej zakończeniu, zwłaszcza, że pierwotne postępowanie zostało ogłoszone na długo przed ogłoszeniem stanu zagrożenia epidemiologicznego. W ocenie Odwołującego, z pilną potrzebą udzielenia zamówienia nie ma związku również brak ustawy budżetowej. Odwołujący zwrócił uwagę, że w odpowiedzi na zapytanie o plan postępowań o udzielenie zamówień publicznych w roku 2020 r. Zamawiający odpisał Odwołującemu, że z uwagi na brak ustawy budżetowej nie ma jeszcze takiego planu, ale przedmiotowe postępowanie toczy się jako kontynuacja unieważnionego poprzedniego postępowania. Tym samym, jak stwierdził Odwołujący, brak ustawy budżetowej nie wstrzymywał Zamawiającego i mógł on wcześniej rozpocząć postępowanie o udzielenie zamówienia, gdyby w istocie zachodziła pilna potrzeba udzielenia zamówienia publicznego.

Ad. 2 a) i b)

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, zgodnie z rozdz. III pkt 1.1 SMWZ, oczekuje rozpoczęcia świadczenia usługi dla części 1, 3, 5, 6, 7, a także 8 zamówienia do dnia 1 czerwca 2020 r. Przedmiotowe wymaganie Zamawiającego Odwołujący uznał za niezgodne z ustawą.

Odwołujący wskazał, że takie opisanie przedmiotu zamówienia nie uwzględnia czasu, jaki jest potrzebny do rozpoczęcia świadczenia usług przez wykonawców. Odwołujący podkreślił, że już na 7-14 dni przed wskazanym terminem (1 czerwca 2020 r.) wykonawca zobowiązany jest usługę przekazać Zamawiającemu. Odwołujący podał, że przy założeniu składania ofert w dniu 30.03.2020 r., procedura wyboru wykonawcy (minimalnych okresach na dostarczenie wymaganych dokumentów, okresu od wyboru, do podpisania umowy) zakończy się nie wcześniej niż na początku maja 2020 r. Jeżeli po wyborze oferty wniesione zostanie odwołanie innego wykonawcy, to ten okres może przedłużyć się do końca maja.

Jak zauważył Odwołujący, Zamawiający wymaga realizacji zamówienia we wskazanych częściach drogą kablową, co oznacza konieczność budowy infrastruktury własnej przez wykonawcę, lub dzierżawy infrastruktury od innych podmiotów. Zdaniem Odwołującego, dla ilości usług, jakie Zamawiający przewidział w zamówieniu, potrzebny czas na realizację będzie nie krótszy niż 6 m-cy. Odwołujący podał, że zestawienie łączy drogą kablową wymaga podjęcia co najmniej następujących czynności:

1. naniesienie przebiegu projektowanej linii (1-3 dni)
2. sprawdzenie uzgodnień w Miejscowym Planie Zagospodarowania Przestrzennego lub „studium uwarunkowań” listy niezbędnych uzgodnień do wykonania na danym terenie, (2-4 tygodni) jeżeli istnieje MPZP, (8-12 tygodni) jeżeli nie istnieje MPZG
3. w przypadku braku MPZP, wniosek i decyzja o wydanie Lokalizacji Inwestycji Celu Publicznego (4 tygodnie)
4. złożenie uzgodnień ZUD (1 tydzień)
5. uzyskanie wymaganych opinii zgodnie z Zespołu Uzgodnień Dokumentacji „ZUD” (4 -8 tygodni)

6. zgłoszenie wniosku o realizacji robót nie wymagających pozwolenia na budowę (1-2 tygodnie)/ lub złożenie wniosku o wydanie pozwolenia na budowę (4-8 tygodni)

7. uprawomocnienie pozwolenia na budowę - decyzja ostateczna (4 tygodnie)

8. zamówienia materiałów do budowy (7 dni).

Odwołujący zaznaczył, że na etapie uruchamiania procesu związanego z opracowaniem dokumentacji projektowej nie ma pewności, w jakim trybie zostanie zakwalifikowane dane zadanie przez jednostkę Administracji Państwowej.

Jak wskazał Odwołujący, do analiz terminów należy przyjmować:

- czasy związane z trybem „pozwolenia na budowę” jako termin obciążony małym ryzykiem

- czasy związane z trybem „zgłoszenia” jako termin obciążony dużym ryzykiem.

Czynności te dotyczą wszelkich inwestycji, które mają w zakresie:

- budowę kanalizacji

- budowę kabli miedzianych lub światłowodowych (z wyjątkiem wciągania kabli do istniejącej kanalizacji)

- budowę przyłączy.

Odwołujący stwierdził, że w przypadku projektu budowlanego wymagającego pozwolenia na budowę, całość procesu powinna się zamknąć maksymalnie w 35 tygodni. Natomiast dla projektu budowlanego wymagającego zgłoszenia, całość procesu powinna się zamknąć maksymalnie w 34 tygodnie.

Odwołujący podkreślił, że wobec tego, że jedynym podmiotem posiadającym infrastrukturę kablową jest wykonawca INEA, nie jest realną alternatywą pozyskanie łączu od innego operatora. Z uwagi na to, że ten wykonawca sam składał ofertę w poprzednim postępowaniu i zapewne będzie składał w przedmiotowym postępowaniu, oferta każdego wykonawcy, który pozyska łącza od wykonawcy INEA, będzie droższa. Cena jest zaś najistotniejszym kryterium oceny ofert (waga 60%), co sprawia, że w przypadku udziału wykonawcy INEA, żaden inny wykonawca nie ma możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący podniósł ponadto, że niezależnie od powyższego i konieczności stworzenia infrastruktury dla świadczenia usług na rzecz Zamawiającego, Zamawiający dla części 8 wymaga dodatkowo dostawy nowych urządzeń wcześniej nie używanych. Specyfikacja sprzętu wskazuje na konkretnego producenta - firmę Cisco, który na dostawę urządzeń, których oczekuje Zamawiający, przewiduje około 6 tygodni. Odwołujący uznał, że z uwagi na okoliczność, że po otrzymaniu ww. urządzeń trzeba na nich wykonać jeszcze wstępną konfigurację, minimalny czas potrzebny do realizacji powinien być nie krótszy niż 2 miesiące.

Ad. 3 a), b), c)

Odwołujący stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia powinien odpowiadać potrzebom Zamawiającego, jednak swoboda Zamawiającego nie jest nieograniczona w zakresie określania wymagań w OPZ. Odwołujący zaznaczył, że potrzeby Zamawiającego muszą być uzasadnione, ewentualnie muszą wynikać z „obiektywnych okoliczności”. Jak zauważył Odwołujący, opis przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji. Opis przedmiotu zamówienia może ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, o ile wynika to z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego i obiektywnych okoliczności.

W ocenie Odwołującego, wyznaczenie terminu uruchomienia usługi na dzień 1 czerwca 2020 r. dla cz. 1, 3, 5, 6, 7 i 8 zamówienia powoduje uprzywilejowanie wykonawcy, który aktualnie świadczy usługi na rzecz Zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że tylko ten wykonawca będzie w stanie złożyć ofertę, bo tylko wykonawca INEA nie będzie zmuszony w nierealnym terminie zestawić drogą kablową łącza w lokalizacjach, które obejmują wyżej wymienione części zamówienia albo pozyskać takie łącza od innych operatorów, lub będzie musiał uzyskać łącza od wykonawcy INEA, aby świadczyć usługę na rzecz Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, wyznaczenie tak krótkiego terminu rozpoczęcia świadczenia usług nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Jak podał Odwołujący, opieszalność, z jaką Zamawiający podejmuje czynności w przedmiotowym postępowaniu, świadczy o tym, że nie istnieje po stronie Zamawiającego faktyczna potrzeba uruchomienia łączy będących przedmiotem zamówienia w tak krótkim terminie. Skrócenie terminu uruchomienia usług w cz. 1, 3, 5, 6, 7, 8 służy, w ocenie Odwołującego, podobnie jak skrócenie terminu składania ofert, jedynie ograniczeniu i tak już niewielkiej, jedynie hipotetycznej konkurencji, wynikającej z tego, że obecny opis przedmiotu zamówienia sprawia, że zamówienie może zrealizować jedynie wykonawca INEA.

Odwołujący stwierdził, że o tym, że wymagania Zamawiającego nie mają na celu realizacji obiektywnie uzasadnionych potrzeb, a służą jedynie zapewnieniu udzielenia zamówienia wykonawcy, który świadczy obecnie usługi, przemawiają dodatkowo następujące okoliczności.

Po pierwsze, gdyby w istocie Zamawiającemu chodziło o uzyskanie określonych funkcjonalności wynikających z dzierżawy łączy w tak krótkim terminie, dopuściłby zastosowanie innych technologii niż technologia kablowa. Co więcej, podobnie jak to ma miejsce w innych postępowaniach, mógłby dopuścić zestawienie łączy drogą kablową, na okres, w którym wykonawca doprowadzałby łącza kablowe tak, aby ostatecznie uzyskać łącza dzierżawione zestawione w preferowanej przez siebie technologii. Wykluczenie technologii radiowej jest o tyle niezrozumiałe, w opinii Odwołującego, że radiolinia w paśmie koncesjonowanym zapewnia łącze o parametrach takich samych, jak łącze zestawione drogą kablową. Jednocześnie zapewniłoby to realną konkurencję w postępowaniu. Ofertę mogliby złożyć wykonawcy inni niż INEA z uwagi na to, że zestawienie łączy drogą radiową nie wymaga tyle czasu, co doprowadzenie łączy drogą kablową i byłoby możliwe w terminie określonym przez Zamawiającego. Nie wymagałoby też korzystania z infrastruktury wykonawcy INEA. Odwołujący uznał wymóg zestawienia łączy jedynie drogą kablową jako ograniczający uczciwą konkurencję, a przy tym nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, gdyż dopuszczenie łączy radiowych (przynajmniej czasowo, na okres do doprowadzenia łączy kablowych) gwarantowałoby zapewnienie realizacji potrzeb Zamawiającego w równym stopniu co łącza kablowe.

Po drugie, jak zauważył Odwołujący, różni operatorzy mają w niektórych lokalizacjach Zamawiającego pojedyncze łącza. Odwołujący podniósł, że opis przedmiotu zamówienia, a konkretnie jego podział na części, został dokonany w taki sposób, że w każdej z części wszystkie łącza kablowe ma jedynie wykonawca INEA, nie ma przy tym żadnej części, w której wykonawca mógłby nie korzystając z łączy INEA złożyć ofertę, co dodatkowo ogranicza konkurencję. Odwołujący stwierdził, że powyższe preferuje w sposób nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego wykonawcę INEA i sprawia, że brak jest realnej konkurencji, bo każda część zamówienia jest uzależniona od oferty wykonawcy INEA. W ocenie Odwołującego, brak obiektywnego uzasadnienia dla takiego podziału zamówienia w potrzebach Zamawiającego. Agregacja lokalizacji w poszczególnych częściach zamówienia nie wpływa w żaden sposób na funkcjonalności, jakie uzyska w ramach zamówienia Zamawiający, jest to jedynie czynność formalna, która jednak w tym konkretnym postępowaniu powoduje ograniczenie uczciwej konkurencji, a przez to jest niezgodna z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Przedłużenia terminu składania ofert o co najmniej 30 dni;
2. Przedłużenia terminu uruchomienia usług dla cz. 1, 3, 5, 6, 7, 8 zamówienia do 6 miesięcy od dnia podpisania umowy;

3. Dopuszczenia możliwości zestawienia łączy dla cz. 1, 3, 5, 6, 7, 8 zamówienia drogą radiową za pomocą radiolinii w paśmie koncesjonowanym, ewentualnie

4. Dopuszczenia możliwości zestawienia łączy dla cz. 1, 3, 5, 6, 7, 8 zamówienia drogą radiową za pomocą radiolinii w paśmie koncesjonowanym na okres 6 miesięcy od podpisania umowy do momentu zestawienia przez wykonawcę łączy drogą kablową.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca INEA S.A.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Izba stwierdziła, że przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłoszone przez INEA S.A. jest nieskuteczne z uwagi na przekroczenie 3-dniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Termin ten upływał w dniu 3 kwietnia 2020 r., zaś przystąpienie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2020 r. Izba miała na względzie problemy techniczne ze zgłoszeniem przystąpienia przez ePUAP, które wykazywała INEA S.A. Izba stwierdziła jednak, że wykonawca miał możliwość zgłosić przystąpienie pocztą elektroniczną, jak to uczynił w dniu 4 kwietnia 2020 r., ale w ustawowym terminie na jego zgłoszenie (art. 185 ust. 2 ustawy Pzp).

Na posiedzeniu Odwołujący wycofał zarzut oznaczony w odwołaniu nr 1 dotyczący terminu składania ofert. Ponadto, Odwołujący zmodyfikował żądania w zakresie pozostałych zarzutów wnosząc o:

1. Nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ w ten sposób, aby świadczenie usług rozpoczęło się w ciągu 9 miesięcy od podpisania umowy, ewentualnie
2. Nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ w ten sposób, aby dopuścił realizację zamówienia w ciągu 2 miesięcy od podpisania umowy, ale z wykorzystaniem łączy radiowych bez zastrzeżenia konkretnej daty rozpoczęcia świadczenia usług oraz wykreślenia wymogu, aby urządzenia zostały dostarczone na 14 dni przed rozpoczęciem świadczenia usług, ewentualnie;
3. Nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ w ten sposób, aby dopuścił realizację zamówienia w ciągu 2 miesięcy od podpisania umowy, ale z wykorzystaniem łączy radiowych bez zastrzeżenia konkretnej daty rozpoczęcia świadczenia usług oraz wykreślenia wymogu, aby urządzenia zostały dostarczone na 14 dni przed rozpoczęciem świadczenia usług przez okres przejściowy do czasu zestawienia przez wykonawcę łączy kablowych w terminie nie dłuższym niż 9 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że zaistniały podstawy do jego uwzględnienia w części.

Potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję z uwagi na wykluczenie możliwości zestawienia łączy w części 1, 3, 5, 6, 7, 8 zamówienia w technologii radiowej za pomocą radiolinii w paśmie koncesjonowanym (zarzut 3b).

Za wykazaną przez Odwołującego Izbą uznana okoliczność, że wymóg realizacji przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem infrastruktury kablowej stanowi ograniczenie konkurencji w stopniu, na jaki nie pozwala ustawa Pzp. W przedmiotowej sprawie przedmiot zamówienia może zostać zrealizowany przez Odwołującego przez budowę własnej infrastruktury, na co nie pozwala termin rozpoczęcia realizacji usługi ustalony przez Zamawiającego, bądź przez dzierżawę łączy, w których posiadaniu jest INEA S.A. Izba stwierdziła, że nie można mówić o zachowaniu konkurencji w postępowaniu w sytuacji, gdy jedna z firm może bez dodatkowych nakładów podjąć się realizacji zamówienia, pozostałe zaś uzależnione są od wyceny dzierżawy infrastruktury przez INEA S.A. i woli jej udostępnienia. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie jest oczywiste, że INEA S.A. wyrazi wolę udostępnienia instalacji, bowiem jak wynika z korespondencji Odwołującego z INEA

S.A. złożonej przez Odwołującego na rozprawie, wykonawca ten odmówił współpracy na okres 6 miesięcy (korespondencja elektroniczna z dnia 5 czerwca 2020 r.). Izba zważyła ponadto, że w sytuacji, gdy jeden wykonawca posiada infrastrukturę, do której dostęp jest niezbędny innym wykonawcom, aby mogli ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, wykonawcy temu pozostawiona jest zbyt duża swoboda w kształtowaniu ceny za taką usługę. Powyższe ma tym większe znaczenie, że INEA S.A., tj. podmiot posiadający infrastrukturę kablową niezbędną do realizacji przedmiotowego zamówienia, jako wykonawca ubiegający się o to zamówienie, nie będzie zainteresowana udostępnieniem ww. infrastruktury za cenę korzystną dla Odwołującego, bowiem zmniejszałoby to szanse INEA S.A. na pozyskanie zamówienia. Ww. okoliczności skutkują uznaniem, że w przedmiotowym postępowaniu nie została zachowana realna konkurencja.

Izba miała na względzie wskazywany przez Zamawiającego, istotny cel wymagania, aby przedmiot zamówienia realizowany był przez dostęp do sieci kablowych, a w szczególności bezpieczeństwo przesyłu danych i zachowanie pełnej sprawności łączy. Izba uznała jednak, że wyższość łączy kablowych nad łączyami radiowymi nie została przez Zamawiającego wykazana. Złożone przez Zamawiającego opinie prof. dr. hab. inż. W. H. Kierownika Zakładu Informatyki Stosowanej Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu z dnia 9 listopada 2015 r. oraz dr. hab. inż. P. Z. reprezentującego Stowarzyszenie Inżynierów Telekomunikacji z dnia 9 listopada 2015 r. mają charakter dokumentów prywatnych, a ponadto zostały wydane w 2015 r., a zatem z uwagi na postęp technologiczny, nie mogą stanowić wiarygodnego źródła wiedzy.

Za istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu Izba uznała złożone przez Odwołującego wyciągi ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia przygotowanych m.in. przez inne jednostki policji w postępowaniach na analogiczny przedmiot zamówienia, w szczególności specyfikację specyfikację Komendy Wojewódzkiej Policji we Wrocławiu, Komendy Wojewódzkiej Policji w Łodzi, Komendy Wojewódzkiej Policji w Radomiu, Komendy Wojewódzkiej Policji w Krakowie, oraz Komendy Wojewódzkiej Policji w Kielcach. Dokumenty te wskazują na okoliczność, że inne jednostki policji dopuszczają realizację przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem łączy zarówno kablowych, jak i radiowych. Powyższe wskazuje na fakt, że warunkiem prawidłowego działania systemów Policijnej Sieci Transmisji Danych Niejawnych (PSTDN) oraz OST-112 nie jest dzierżawa łączy kablowych.

Izba stwierdziła, że wobec braku obiektywnych okoliczności wskazujących na konieczność zastosowania wyłącznie łączy kablowych, przedmiotowe wymagania nie może się ostać. Izba uznała, że opisując wymagania co do jakości usługi, mechanizmy kontroli tej

jakości, a także sankcje z tytułu jej nieosiągnięcia, Zamawiający powinien co do zasady pozostawić środki osiągnięcia tego celu wykonawcy. Z tego względu Izba nakazała Zamawiającemu dopuszczenie realizacji zamówienia także przez możliwość zestawienia

łączy w technologii radiowej. Powyższe nie uniemożliwia Zamawiającemu premiowania łączy kablowych w kryteriach oceny ofert, przy zachowaniu podstawowych zasad zamówień publicznych.

Izba stwierdziła ponadto, że Zamawiający nie wykazał, że brak jest możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przy pomocy łączy radiowych w części lokalizacji objętych zamówieniem. Zamawiający złożył na tę okoliczność jedynie dwa zdjęcia obejmujące Komendę Powiatową Policji w Rawiczu oraz Komendę Powiatową Policji we Wrześni. Izba uznała, że w sytuacji, gdyby w istocie brak było możliwości zapewnienia łączy z wykorzystaniem dostępu radiowego do poszczególnych lokalizacji, lokalizacje te mogłyby zostać wydzielone do odrębnej części zamówienia.

Nie znalazło potwierdzenia stanowisko Odwołującego o zbyt krótkim terminie

uruchomienia usług (zarzut 3a). Izba zważyła, że termin ten został zmieniony przez Zamawiającego na dzień 1 października 2020 r. modyfikacją treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 26 maja 2020 r. Ponadto, zarzut ten staje się bezzasadny wobec nakazania przez Izbę dopuszczenia realizacji przedmiotu zamówienia także w technologii radiowej.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego podziału na części zamówienia w taki sposób, że w każdej części zamówienia łączy kablówce we wszystkich lokalizacjach posiada jedynie wykonawca obecnie świadczący usługi (zarzut 3c). Odwołujący nie przeprowadził dowodu na poparcie tego zarzutu, nie sformułował też żądania w zakresie sposobu, w jaki Zamawiający powinien dokonać podziału zamówienia na części.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp przez zastrzeżenie zbyt krótkiego terminu uruchomienia usług (zarzut 2a). Zarzut ten oparty został przez Odwołującego na założeniu realizacji przedmiotu zamówienia drogą kablową, co stało się nieaktualne wobec podjętych przez Izbę ustaleń i okoliczności opisanych powyżej. Ponadto, Zamawiający dokonał zmiany terminu rozpoczęcia świadczenia usługi na dzień 1 października 2020 r. dla wszystkich łączy (modyfikacja specyfikacji z dnia 26 maja 2020 r.).

Za nieudowodniony Izba uznała zarzut dotyczący zastrzeżenia przez Zamawiającego zbyt krótkiego terminu uruchomienia usług dla części 8 zamówienia, bez uwzględnienia czasu na dostawę urządzeń niezbędnych do realizacji zamówienia (zarzut 2b). Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał zasadności tego zarzutu. Izba nie wzięła pod uwagę złożonego przez Odwołującego wydruku, jako że nie zostało wykazane, że pochodzi on ze strony internetowej producenta Cisco, a ponadto, został on złożony w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski. Za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu Izba uznała złożone przez Zamawiającego pismo Orange Polska S.A. z dnia 15 stycznia 2020 r. skierowane do Zamawiającego traktujące m.in. o posiadaniu przez Odwołującego najwyższego statusu partnerskiego Cisco. Posiadanie statusu partnerskiego, nawet najwyższego, nie dowodzi możliwości wyprodukowania przez producenta na rzecz danego partnera urządzeń w skróconym cyklu produkcyjnym. Izba miała także na względzie zmianę terminu rozpoczęcia świadczenia usługi dokonaną ww. modyfikacją specyfikacji.

Izba nie rozpoznała zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy Pzp przez skrócenie terminu składania ofert (zarzut 1), jako że zarzut ten został wycofany przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :