

WYROK
z dnia 16 listopada 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 i 13 listopada 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2015 roku przez wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Komendę Wojewódzka Policji w Poznaniu przy udziale wykonawcy Wielkopolska Sieć Szerokopasmowa S.A. z siedzibą w Wysogotowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego Komendy Wojewódzkiej Policji w Poznaniu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Komenda Wojewódzka Policji w Poznaniu (dalej: Zamawiający) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Dzierżawa łączy telekomunikacyjnych*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 października 2015 roku pod numerem 2015/S 204-370995.

30 października 2015 roku Odwołujący działając na podstawie art. 180 ust. 1 i 4 oraz 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: ustawa lub pzp), wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego dotyczących sformułowania postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. zastrzeżenie w pkt. II. 1 załącznika nr 1 H do SIWZ (Wykaz łączy dzierżawionych - część ósma), iż wykonawca nie może zapewnić usługi w technologii radiowej, co powoduje uprzywilejowanie dotychczasowego wykonawcy usługi na rzecz Zamawiającego;
- 2) art. 29 ust. 1 ustawy przez zastrzeżenie w § 8 ust. 1 i ust. 2 i § 11 ust. 1 pkt 2 Umowy stanowiącej Załącznik nr 7 do SIWZ, możliwości jednostronnego ograniczenia zakresu umowy (wstrzymania usług) przez Zamawiającego;
- 3) art. 29 ust. 1 ustawy przez zastrzeżenie w § 11 ust. 1 pkt 8 Umowy stanowiącej Załącznik nr 7 do SIWZ, możliwości jednostronnej zmiany przez Zamawiającego parametrów łączy w zakresie zmiany miejsca instalacji i sposobu doprowadzenia

- łącza, zmiany technologii i przepływności łącza;
- 4) naruszenie art. 140 ust. 1 ustawy przez ustalenie, iż zobowiązanie Wykonawcy w toku wykonywania umowy może zmienić się względem zobowiązania złożonego w ofercie i to w formie jednostronnego oświadczenia woli Zamawiającego;
- 5) naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie w § 8 ust. 1 i ust. 2 Umowy i § 11 ust. 1 pkt 2 i pkt 8 Umowy stanowiącej Załącznik nr 7 do SIWZ możliwości jednostronnej zmiany umowy bez wskazania podstaw i warunków takiej zmiany.

2

Odwołujący wniósł o:

- 1) modyfikację pkt. II. 1 załącznika nr 1 H do SIWZ (Wykaz łączy dzierżawionych - część ósma), przez dopuszczenie wszelkich mediów transmisyjnych, w tym również medium radiowego;
- 2) modyfikację §8 ust. 1 i ust. 2 oraz §11 ust.1pkt.2 Umowy, poprzez wykreślenie zastrzeżenia o możliwości jednostronnego ograniczenia zakresu umowy przez Zamawiającego;
- 3) modyfikację § 11 ust. 1 pkt 8 Umowy, poprzez wykreślenie zastrzeżenia o możliwości jednostronnej zmiany przez Zamawiającego parametrów łączy w zakresie zmiany miejsca instalacji i sposobu doprowadzenia łącza, zmiany technologii i przepływności łącza.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia są usługi o wartości szacunkowej powyżej kwoty 134.000 Euro. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 20015/S 204- 370995.

Ogłoszenie ukazało się na stronie internetowej: <http://bip.poznan.kwp.policia.ciov.pl/KWP/zamowienia-publiczne/ocioszenia-o-wszczeciu->

[I/21746.ZPP-2380-772015-Dzierzawa-laczu-telekomunikacyjnch-na-potrzeb-Komendy-Woiewodz.html?sid=670299cb9387b2dd29448244191bde32](http://bip.poznan.kwp.policia.ciov.pl/KWP/zamowienia-publiczne/ocioszenia-o-wszczeciu-)

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazała w uzasadnieniu odwołania, że posiada interes prawny w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie, który przejawia się w tym, że czynności Zamawiającego naruszające przepisy ustawy mogą uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia. Z drugiej strony, w przypadku złożenia oferty i zawarcia umowy o zamówienie publiczne przez

Odwołującego, niekorzystne i sprzeczne z prawem zapisy SIWZ mogą narazić go na szkodę.

Odwołujący wskazała, że wartość Zamówienia przekracza wartość, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot

Europejskich. Ogłoszenie o zamówieniu, którego dotyczy odwołanie, ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21.10.2015 r. (ogłoszenie nr 20015/S 204-370995).

Treść SIWZ została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 21.10.2015r. Stosownie do treści art. 182 ust. 2 pkt. 1 ustawy, gdy wartość zamówienia jest

3

równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia od publikacji ogłoszenia w

Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. Odwołanie zostało złożone w dniu 30 października 2015

r., a co za tym idzie, termin 10 dni został przez Odwołującego zachowany. Odwołujący przekazał treść odwołania Zamawiającemu (dowód w załączeniu).

OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA - CZĘŚĆ ÓSMA Przedmiotem zamówienia w postępowaniu jest dzierżawa łączy telekomunikacyjnych na

potrzeby Komendy Wojewódzkiej Policji w Poznaniu i jednostek jej podległych od operatora telekomunikacyjnego. Przedmiot Zamówienia podzielony został na 10 Części. Zamawiający

dopuszcza złożenie oferty na więcej niż jedną część Zamówienia. Szczegółowy wykaz łączy dla poszczególnych części zamówienia wraz z wymogami technicznymi Zamawiającego zawarty

został w Załącznikach nr 1A- 1 L do SIWZ - „Opis przedmiotu zamówienia”. Dla większości Części zamówienia Zamawiający dopuścił realizację usługi dzierżawy przez

udostępnienie, uruchomienie i skonfigurowanie łączy określonego typu (o określonej przepływności), umożliwiając wykonawcom skorzystanie zarówno z technologii kablowej (przy wykorzystaniu światłowodów czy kabli miedzianych) oznaczonej w SIWZ przez Zamawiającego jako MEDIUM 1, jak i technologii radiowej oznaczonej w SIWZ przez Zamawiającego jako MEDIUM 2. W pkt. II. 1 załącznika nr 1 H do SIWZ

(Wykaz łączy dzierżawionych - część ósma),

Zamawiający opisując wymogi dotyczące dzierżawy łączy, zastrzegł dla wszystkich 42 opisanych w nim relacji konieczność

świadczenia usługi przy użyciu infrastruktury kablowej.

Zamawiający wprost wykluczył możliwość świadczenia usługi przy wykorzystaniu technologii radiowej. W ocenie Wykonawcy, takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia rażąco narusza konkurencję w postępowaniu i prowadzi do nierównego traktowania wykonawców. Zastrzeżenie to wyklucza automatycznie potencjalnych wykonawców, którzy

świadczą usługi

telekomunikacyjne przez zastosowanie łączy innych niż światłowodowe. Przez to ci, którzy posiadają takie łącza zostali postawieni przez Zamawiającego w nadzwyczaj

uprzywilejowanej pozycji, co w jaskrawy i ewidentny sposób narusza zasady uczciwej konkurencji, o których jest mowa w art. 7 ust.1 ustawy i art. 29 ust.2 ustawy. Zawarcie w

SIWZ przedmiotowych zastrzeżeń powoduje szczególne uprzywilejowanie jednego z potencjalnych wykonawców, który

świadczy obecnie na rzecz Zamawiającego usługi

podobne bądź identyczne z usługami objętymi niniejszym postępowaniem, a w konsekwencji dysponuje własnymi łączami dostępowymi w technologiach kablowych. Zatem jedynie dla

tego wykonawcy (według najlepszej wiedzy wykonawcy taki potencjalny wykonawca jest tylko jeden) ustalone przez Zamawiającego zastrzeżenie realizacji przedmiotu zamówienia z

4

zastosowaniem tylko drogi kablowej nie stanowi bariery uniemożliwiającej złożenie oferty w niniejszym postępowaniu. Wykonawca zwraca również uwagę,

że brak jest jakichkolwiek

dowodów na to, że sieć światłowodowa czy sieć kablowa miedziana jest bardziej bezpieczna od technologii radiowej. Wszystkie technologie obciążone są ryzykiem wystąpienia awarii.

Zamawiający może zatem żądać od wykonawców zagwarantowania określonej przepływności i bezawaryjności infrastruktury i może obciążyć ten wymóg koniecznością

zapłaty stosownego odszkodowania lub kary umownej. Nie może jednak ograniczać kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia w sposób bezzasadny i nie

podyktowany swoimi wyjątkowymi potrzebami. Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. - „Prawo telekomunikacyjne” w żaden sposób nie różnicuje

technologii świadczenia usługi. Gwarantuje odbiorcy końcowemu otrzymanie usługi o określonej jakości i wyznacza dostawcy usług określone obowiązki w razie niedotrzymania

tej jakości. Z punktu widzenia odbiorcy końcowego nie powinno, więc mieć znaczenia w jakiej technologii są dostarczane mu usługi.

W tym miejscu Odwołujący wskazała na treść *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* (KND/1/07 Dot. ZW/112701/07) dotycząca postępowania na dzierżawę łączy dla

Komendy

Wojewódzkiej Policji, w której stwierdzono co następuje: "Ponadto, w ocenie biegłego, analiza materiału wykazanego pozwala w sposób kategoryczny stwierdzić, iż na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. 13.08.2007 r. na "świadczenie usług dzierżawy łączy cyfrowych do wybranych jednostek Policji Mazowsza" przeprowadzonego przez Komendę Wojewódzką Policji w Radomiu funkcjonowały rozwiązania równoważne wobec usługi dzierżawy, która stanowiła przedmiot zamówienia. Biegły wskazał, iż technologie teleinformatyczne umożliwiały realizację usług będących przedmiotem zamówienia przy wykorzystaniu innych rozwiązań. Dzierżawę łączy można było zastąpić dzierżawą łączy od innego podmiotu w tym również w innej technologii. Na dzień wszczęcia postępowania dostępne na rynku były rozwiązania umożliwiające transmisję danych przy wykorzystaniu technologii: kablowych miedzianych, kablowych światłowodowych, radiowych, GSM, satelitarnych, innych. Infrastrukturę kablową można było układać w trasach kablowych prowadzonych nie tylko w kanalizacjach kablowych, ale również na trakcjach elektrycznych> estakadach itp.(...)"

Biegły zwrócił również uwagę, iż sieci teleinformatyczne posiadają cechę polegającą na ich bardzo łatwej ekspansywności oraz konfigurowalności. (...) Dodał, iż konieczność upowszechnienia dostępu do zasobów SIS oznacza konieczność zestawienia połączeń między współpracującymi w tym zakresie jednostkami. **Nie oznacza ona jednak konieczności dzierżawy tych łączy. Warunek zostanie również spełniony po zestawieniu połączeń w dowolny inny sposób, np. przez zestawienie radiolinii, czy też**

5

budowy linii kablowej w którejkolwiek relacji. Zatem przytoczona konieczność nie stanowi tym bardziej uzasadnienia dla usługi dzierżawy wszystkich łączy od jednego operatora."

Odwołujący wskazała również tezę wyroku Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25.01.2006 r., sygn. Akt II Ca 693/5 (niepubl.)/ zgodnie z którą przepis art. 29 ust.2 ustawy nie wymaga faktycznego wykazania utrudnienia uczciwej konkurencji, lecz uznaje za

wystarczający uprawdopodobnienie jej utrudnienia. W wyroku tym podniesiono, iż w przypadku gdy Zamawiający skutecznie nie udowodni,

że dany produkt nie spełnia

parametrów granicznych wyznaczonych w specyfikacji, fakt eliminacji określonych technologii a priori stanowi o naruszeniu art. 29 ust. 2 ustawy.

JEDNOSTRONNE OGRANICZENIE ZAKRESU ZAMÓWIENIA Zamawiający w § 8 ust. I i ust.2 Umowy stanowiącej Załącznik nr 7 do SIWZ, wskazał:

1. Zamawiający może zrezygnować z części łączy dzierżawionych, o których mowa w załączniku nr 1 do umowy, po pisemnym powiadomieniu Wykonawcy z co najmniej miesięcznym wyprzedzeniem / w przypadkach braku potrzeb transmisyjnych sieci

likwidacją jednostki, Zamawiającego spowodowanych tub reorganizacją trwałym wyłączeniem obiektu z eksploatacji oraz braku możliwości technicznych sieci Wykonawcy w zakresie przeniesienia zakończenia łączy do nowej lokalizacji.

2. Zamawiający nie będzie ponosił opłat za łączy, z których zrezygnował oraz nie będzie obciążony odszkodowaniem za rezygnację z tych łączy.

Nadto, w § 11 ust. 1 pkt. 2 i 8 Umowy, Zamawiający zastrzegł również:

Strony przewidują możliwość dokonania **zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty**, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, w następujących przypadkach i na określonych warunkach:

2) dopuszczalne są zmiany będące następstwem okoliczności leżących wyłącznie po stronie Zamawiającego, **w szczególności wstrzymanie usług; (...)**

8) Zamawiający **może** żądać **zmiany parametrów łączy(-y) w zakresie zmiany miejsca instalacji i sposobu doprowadzenia łączy w tym zmiany technologii i przepływności łączy**. Za dokonanie takiej zmiany zostaną naliczone opłaty zgodnie z aktualnie obowiązującym cennikiem Wykonawcy, przy jednoczesnym zachowaniu ceny za dzierżawę łączy wynikającej z kalkulacji cenowej Wykonawcy stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ. W przypadku braku możliwości technicznych realizacji żądania Zamawiającego, Wykonawca w ciągu 7 dni od dnia otrzymania zamówienia, powiadomi pisemnie o tym fakcie Zamawiającego. Brak możliwości technicznych realizacji żądania Zamawiającego określonego w niniejszym punkcie nie może być podstawą do naliczenia kar umownych; Odwołujący wskazał, że takie sformułowanie warunków umownych powoduje, iż

6

Wykonawca nie może ocenić ani zakresu i parametrów jakościowych usług jakie świadczyć będzie dla Zamawiającego ani długości ich trwania. Zamawiający nie doprecyzował nawet jaka jest możliwa skala (np. procentowa) dotycząca możliwości „rezygnacji z łączy”. Dodatkowo, uprawnienia Zamawiającego w powyższym zakresie są

nieograniczone czasowo. Powyższe rażąco narusza dyspozycję art. 29 ust. 1 ustawy, nakazującą jasne i jednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, który

umożliwi Wykonawcy wycenę oferowanych usług. Niezależnie od powyższego, stwierdzić należy, iż ewentualna zmiana umowy o

zamówienia publiczne poddana jest szczególnym rygorom. Stosownie bowiem do brzmienia art. 140 ust. 1 ustawy, zakres

świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest

tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Ewentualna istotna zmiana Umowy (a do takich należy zaliczyć należy zmianę dotyczącą zakresu zamówienia i długości trwania umowy), możliwa jest wyłącznie w sytuacji, w której Zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany (art. 144. ust. 1 ustawy). Oczywiście zmiana dokonana w ten sposób wymaga złożenia przez strony zgodnego oświadczenia woli. W zaskarżonych postanowieniach umownych Zamawiający nie tylko narzucił wykonawcy jednostronną zmianę umowy, ale jeszcze nie doprecyzował warunków ewentualnej zmiany. Wykonawca nie jest zatem w stanie przewidzieć jak długo będzie świadczył usługi dla Zamawiającego oraz jakie będą podstawowe parametry tej usługi oraz jakie są podstawy lub warunki dla wprowadzenia ewentualnych zmian.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 października 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

7

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu jak również wyrażone w złożonych pismach:

pismo Zamawiającego z 9 października 2015 roku *Odpowiedź na odwołanie KIO – 2367/15* (z załącznikami),
Pismo Odwołującego z 10 listopada 2015 roku (z załącznikiem), –
Pismo Przystępującego w postępowaniu odwoławczym z 9 listopada 2015 roku, –
Pismo Przystępującego w postępowaniu odwoławczym zawierające wniosek – dowodowy z 12 listopada 2015 roku (z załącznikami),
Pismo Odwołującego z 13 listopada 2015 roku (zawierające tajemnicę – przedsiębiorstwa – 1 karta oraz załącznik).

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę Wielkopolska Sieć Szerokopasmowa S.A. z siedzibą w Wysogotowie. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem

Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego -* przesłał wszystkim wykonawcy informację o wpłynięciu odwołania 2 listopada 2015 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 4 listopada 2015 roku, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której

zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu z udziałem Stron.

Odwołujący na posiedzeniu w oparciu o regulację art. 185 ust 4 ustawy zgłosił opozycję przeciw przystąpieniu wykonawcy Wielkopolska Sieć Szerokopasmowa S.A. z siedzibą w Wysogotowie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba opozycję oddaliła, Izba uznała, że Odwołujący nie uprawdopodobnił, że zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpił, tj. do Zamawiającego.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

W zakresie zarzutu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję przez zastrzeżenie w pkt II. 1 załącznika nr 1H do SWIZ (wykaz łączy dzierżawionych – część ósma), że wykonawca nie może zapewnić usługi w technologii radiowej, co powoduje uprzywilejowanie dotychczasowego wykonawcy usługi na rzecz Zamawiającego – Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Izba na wstępie wskazuje, że określone w ustawie zasady, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców to „szkielet” każdego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jak również całego systemu zamówień publicznych. Zaznaczyć należy, że kwestia konkurencji winna być kategorią, którą należy rozpatrywać z uwzględnieniem danego rynku, którego dotyczy konkretne zamówienie jak również uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Niewątpliwie Zamawiający mają prawo opisując przedmiot zamówienia do określenia pewnych wymagań technicznych i jakościowych uwzględniających niezbędne Zamawiającemu standardy, przy uwzględnieniu realnych

potrzeb Zamawiającego. Zgodnie z art. 29 ust. 2 *przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję*.

Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję, co nie oznacza, że zasada konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której o zamówienie muszą móc ubiegać się wszyscy wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie konsekwentnie wskazuje, że granicą rygoryzmu przy formułowaniu wymagań w zakresie parametrów technicznych zamówienia są **obiektywne potrzeby** Zamawiającego. Kluczowym w zakresie opisu przedmiotu zamówienia są zatem potrzeby Zamawiającego, jednakże muszą być obiektywne, uzasadnione i w tym zakresie niedyskryminujące.

Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyrok z dnia 27 maja 2009 roku sygn. akt: II Ca 158/09 wskazał - *Z przepisu art. 7 ust. 1 pzp wynika, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zatem należy uznać, że fundamentalnymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Stosowanie tych zasad prowadzi do realizacji celu określonego w pzp jakim jest wybranie najkorzystniejszej oferty spełniającej potrzeby zamawiającego. Przepis art. 29 ust. 2 pzp z kolei wprowadza zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jednakże zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług*

czy robót budowlanych nie odpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczenia dostępu do zamówienia (tak Małgorzata Stachowiak w M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2007, wyd. II.). (...) Celem postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór najkorzystniejszej oferty odpowiadającej potrzebom zamawiającego, a jego potrzeby należy oceniać biorąc pod uwagę wszystkie elementy objęte postępowaniem, a nie tylko jego część istotną z punktu widzenia skarżącego, Sąd Okręgowy uznaje jako prawdziwe twierdzenie skarżącego, że można skonstruować systemy informatyczne kompatybilne z systemem już działającym u zamawiającego i dlatego dopuszczenie dowodu z opinii biegłego było zbędne.

10

W rozpoznawanej sprawie w przedmiocie dzierżawy łączy telekomunikacyjnych Zamawiający dokonał podziału zamówienia na części, odwołanie dotyczy części ósmej. Zamawiający dla części ósmej, zgodnie z Załącznikiem nr 1 H do SIWZ – *opis przedmiotu zamówienia dla części nr 8* określił przez wskazanie w kolumnie „Uwagi” dla każdej z 42 pozycji określił wymaganie – „MEDIUM 1” co oznacza, zgodnie z informacją z punktu II – *Dodatkowe wymagania zamawiającego dla każdego łącza* ppkt 1, że wymaga realizacji umowy z wykorzystaniem infrastruktury kablowej. Natomiast zgodnie z ppkt 5 punktu II ww. załącznika Zamawiający określił, że łącza po stronie komisariatów policji – z wyjątkiem jednego – mają być zakończone urządzeniami teletransmisyjnymi zgodnymi z wymaganiami określonymi w załączniku 1 K do SIWZ – *Wymagania techniczno-funkcjonalne dla urządzenia teletransmisyjnego*. W treści załącznika nr 1K w punkcie 2 ppkt g), h) Zamawiający jednoznacznie wskazał, że urządzenie teletransmisyjne będzie współpracować z siecią OST 112 i ma współpracować z urządzeniami pracującymi w sieci OST 112 w tym z protokołami komunikacyjnymi i kryptograficznymi oraz ma zapewnić poprawną współpracę z systemem nadzoru urządzeń sieci OST 112. W punkcie 4 załącznika nr 1K Zamawiający wskazał, że urządzenie teletransmisyjne zostanie dołączone do centralnych systemów zarządzania i autoryzacji wdrożonych w ramach sieci OST 112.

Postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom. Zamawiający, dokonując opisu sposobu zamówienia w sposób eliminujący niektórych wykonawców, winien udowodnić, że taki opis jest uzasadniony jego rzeczywistymi potrzebami. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający wykazał na rozprawie, że opis przedmiotu zamówienia dla części ósmej wynika z obiektywnych potrzeb Zamawiającego. Zamawiający wyjaśnił, że dzierżawiona łącza w części ósmej będą wykorzystane do dołączenia jednostek Policji szczebla komisariatu do Ogólnopolskiej Sieci Telekomunikacyjnej na potrzeby obsługi numeru alarmowego 112 (OST 112). Zamawiający określił wymagania zgodnie z głównymi warunkami obowiązującymi przy budowie i pracy sieci OST 112. Sieć OST 112 w całym kraju budowana jest jako jednorodny, technologicznie scentralizowany system teleinformatyczny a podstawowy szkielet transmisji sieci OST 112 zbudowany został przy założeniu wykorzystania łączy telekomunikacyjnych kablowych światłowodowych.

Zamawiający zaznaczył, że usługa transmisji radiowej dopuszczona została tylko w wyjątkowych sytuacjach tj. do czasu wybudowania infrastruktury kablowej na obszarach z białymi plamami infrastruktury kablowej oraz do zestawienia łączy redundantnych. Linie

11

światłowodowe w systemie OST 112 o wymaganym najwyższym poziomie bezpieczeństwa i odporności na działanie niekorzystnych czynników atmosferycznych. Natomiast linie radiowe w systemie OST 112 wykorzystywane są jako łącza rezerwowe, o dopuszczanej mniejszej odporności na niekorzystne działanie czynników atmosferycznych a ich wykorzystanie następuje w czasie uszkodzenia łącza podstawowego światłowodowego. Zamawiający wskazał również, że obecnie na terenie całego kraju, w tym na terenie województwa wielkopolskiego do sieci OST 112 dołączone są kolejne jednostki w oparciu o linie

światłowodowe i dodatkowo, jak system zapasowy, linie radiowe. W celu wykazania tych twierdzeń Zamawiający przedstawił ogłoszenie o zamówieniu na roboty budowlane związane z ułożeniem kabli światłowodowych w kanalizacji technicznej oraz budowę radiolinii klasy operatorskiej w ramach rozbudowy OST 112. Izba zaznacza, że przedstawiona przez Odwołującego informacja o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie odnosi się do przedmiotu zamówienia (sieci OST 112), bowiem zgodnie z informacją wskazaną przez Zamawiającego budowa sieci OST 112 rozpoczęta jest w 22 stycznia 2010 r. gdy Centrum Projektów Informatycznych MSWiA podpisało umowę na realizację budowy sieci OST 112, natomiast wskazywane przez Odwołującego postępowanie prowadzone było w roku 2009. Izba zaznacza również, że Odwołujący nie kwestionował wymagań technologicznych określonych przez Zamawiającego w zakresie dzierżawy łączy telekomunikacyjnych wykorzystywanych do dołączenia jednostek Policji szczebla komisariatu do sieci OST 112; nie wykazywał, że realizacja określonego przez Zamawiającego zadania może następować przy pomocy łączy radiowych a nie światłowodowych zgodnie ze sposobem realizacji zadania; Odwołujący nie zakwestionował argumentacji Zamawiającego dotyczącej wymagań sieci OST 112. W rozpoznawanym przypadku jest kilka podmiotów mogących zrealizować zamówienie, tj. podmiotów posiadających sieć kablową na terenie objętym zamówieniem, na co wskazywano w trakcie rozprawy jak również w pismach procesowych składanych zarówno przez Odwołującego, Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego. Jednocześnie zaznaczyć należy, że sam Odwołujący potwierdził, że może złożyć ofertę w postępowaniu, jednakże jest to związane z koniecznością dzierżawy sieci, co w ocenie Odwołującego uniemożliwi mu złożenie oferty konkurencyjnej, bowiem inne podmioty będą znały główny czynnik cenotwórczy oferty. Zaznaczyć należy w tym miejscu, że ceny za dzierżawę łączy są uzgodnione i kontrolowane przez Urząd Komunikacji Elektronicznej (UKE). W ocenie Izby Zamawiający w sposób bardzo przejrzysty, jasny i precyzyjny wykazał potrzeby, jakie stanowiły podstawę dokonanego opisu przedmiotu zamówienia. Zaznaczyć

12

należy, że sieć OST 112 zapewnia przekazywanie zgłoszeń kierowanych na numer alarmowy 112 i inne numery alarmowe do służb ratownictwa i bezpieczeństwa publicznego oraz przekazywane informacje w ramach współdziałania służb i instytucji, w tym Policji, Państwowej Straży Pożarnej, Państwowego Ratownictwa Medycznego oraz Centrów Powiadamiania Ratunkowego. Warto w tym miejscu również wskazać na orzeczenie Sądu Okręgowego w Gdańsku, który w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 roku sygn. akt XII Ga 431/09 uzasadniał: *Podkreślić trzeba, że zakaz przewidziany przepisem art. 29 ust. 2 ustawy ... nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Ponadto nie jest podstawą do uznania, że przedmiot zamówienia został określony w sposób sprzeczny z zasadami ustawowymi to, że wypełnienie wymagań technicznych jest trudne do spełnienia dla danego wykonawcy (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 07.02.2005 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-175/05). (...) Sąd Okręgowy podziela stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z dnia 09.X.2008r., sygn. akt KIO//UZP 1024/08, zgodnie z którym " (...) Bezsprzecznie Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, a w tym o najwyższych dostępnych standardach jakościowych, w oparciu o opinie użytkowników produktów. (...) Powtórzyć trzeba, że nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą zaoferować żądany przedmiot zamówienia wszyscy wykonawcy działający w danej branży, co nie jest równoznaczne z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Ograniczona liczba wykonawców mogących uczestniczyć w postępowaniu, z uwagi na określony przedmiot zamówienia, nie jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27.07.2007 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-879/07).*

Reasumując, w ocenie Izby nie doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów art. 29 ust. 2 ustawy jak również nie zostały naruszone zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy. Izba wskazuje za wyrokiem sygn. akt: KIO 229/12, KIO 238/12, KIO 239/12,

13

KIO 242/12, KIO 245/12, KIO 247/12 z dnia 28 lutego 2012 roku: *w ocenie Izby, kwestia sposobu wykazania potrzeb Zamawiającego może być oparta na uzasadnieniu potrzeb, pochodzącym wprost od użytkownika końcowego lub innej osoby merytorycznie odpowiedzialnej u Zamawiającego za zagadnienie techniczne będące przedmiotem sporu (...). Istotą jest bowiem wykazanie w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, co było podstawą takich, a nie innych wymagań. Naturalnie nie jest takim uzasadnieniem gołosłowne oświadczenie Zamawiającego nie poparte żadną miarodajną argumentacją. Jest to o tyle istotne, że: „W orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, że nawet opis przedmiotu zamówienia dokonany w taki sposób, że wyłącznie jeden wykonawca może złożyć zgodną nim ofertę, może nie być poczytany za naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp. Zamawiający może bowiem oczekiwać rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych.” (wyrok KIO z dnia 01.02.2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: 89/11, sygn. akt: 90/11), o ile Zamawiający swoje potrzeby uzasadni.*

II.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy przez zastrzeżenie w § 8 ust. 1 i ust. 2 i § 11 ust. 1 pkt 2 Umowy stanowiącej Załącznik nr 7 do SIWZ, możliwości jednostronnego ograniczenia zakresu umowy (wstrzymania usług) przez Zamawiającego; art. 29 ust. 1 ustawy przez zastrzeżenie w § 11 ust. 1 pkt 8 Umowy stanowiącej Załącznik nr 7 do SIWZ, możliwości jednostronnej zmiany przez Zamawiającego parametrów łączy w zakresie zmiany miejsca instalacji i sposobu doprowadzenia łączy, zmiany technologii i przepływności łączy; naruszenie art. 140 ust. 1 ustawy przez ustalenie, iż zobowiązanie Wykonawcy w toku wykonywania umowy może zmienić się względem zobowiązania złożonego w ofercie i to w formie jednostronnego oświadczenia woli Zamawiającego; naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie w § 8 ust. 1 i ust. 2 Umowy i § 11 ust. 1 pkt 2 i pkt 8 Umowy stanowiącej Załącznik nr 7 do SIWZ możliwości jednostronnej zmiany umowy bez wskazania podstaw i warunków takiej zmiany.

Zamawiający w piśmie z dnia 9 listopada 2015 roku oświadczył, że uwzględnił powyższe zarzuty oraz podtrzymał to stanowisko na rozprawie, jak również wskazała, że w dniu 10 listopada 2015 roku dokonał zmiany w zakresie kwestionowanych postanowień umowy.

Zgodnie art. 192 ust. 2 pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. De lege lata przepisy ustawy nie znają instytucji częściowego umorzenia

14

postępowania odwoławczego w związku z uwzględnieniem części zarzutów odwołania przez Zamawiającego. Izba umarza, czyli może umorzyć postępowanie odwoławcze wyłącznie w ściśle wskazanych przypadkach, które kazuistycznie zostały określone w art. 186 ust. 2 i 3 ustawy. W przepisach tych możliwość umorzenia postępowania uzależniono od uznania przez Zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Również tylko do takiej sytuacji odnosi się dyspozycja art. 186 ust. 2 zd 2 ustawy, zgodnie z którą w razie umorzenia postępowania przez Izbę zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Uznanie przez Zamawiającego zasadności niektórych zarzutów ma znaczenie procesowe w zakresie dowodzenia ich zasadności. Stanowi potwierdzenie przez Zamawiającego, że prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia niezgodnie z zarzucanymi przepisami, czyli przyznanie faktów leżących u podstaw uznanych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zd. 2 ustawy. Izba bierze je pod uwagę przy orzekaniu, o ile nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy i nie prowadzi do naruszenia przepisów prawa. Natomiast merytoryczna zasadność zarzutów, a nie ich uznanie przez Zamawiającego, przesądza bezpośrednio o wyniku sprawy odwoławczej, co wynika z przywołanego powyżej

art. 192 ust. 2 ustawy. Ponieważ uwzględnienie części zarzutów nie wywiera skutku, o którym mowa w art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy, dopiero uwzględnienie odwołania przez Izbę spowoduje, że Zamawiający będzie miał obowiązek uczynienia zadość żądaniom odwołania. Natomiast oddalenie odwołania w takiej sytuacji nie gwarantowałoby wykonawcy, że zamawiający rzeczywiście postąpi zgodnie z żądaniem odwołania, jak to uprzednio zadeklarował. W rezultacie wykonawca zostałby pozbawiony możliwości przeprowadzenia egzekucji wyroku Izby, które nie odnosiłoby się do uznanych przez Zamawiającego zarzutów i żądań odwołania. Wykonawca nie mógłby również ponownie wnieść odwołania od tych czynności, ze względu na upływ terminu do ich kwestionowania.

Odmienne przedstawia się sytuacja uwzględnienia przez Zamawiającego zasadnych zarzutów odwołania z jednoczesnym dokonaniem czynności zgodnych z żądaniem odwołania w tym zakresie. Zaznaczyć należy, że Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, że *uwzględnienie zarzutów odwołania przez zamawiającego dotyczących wzoru umowy jest zgodne z żądaniem odwołującego i uznaje on częściowe uwzględnienie odwołania*.

Ponieważ ustawa de lege lata w związku z wniesieniem odwołania nie nakazuje Zamawiającemu powstrzymania się z dokonywaniem w prowadzonym postępowaniu dalszych czynności, Zamawiający może ich dokonywać zgodnie z żądaniem

15

odpowiadającymi części zarzutów odwołania, których zasadność uznał. Zamawiający nie może jedynie do czasu wydania orzeczenia przez Izbę zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wynika wprost z art. 183 ust. 1 ustawy. Jednocześnie z mocy art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Wynika z tego, że również czynności dokonane przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu po wniesieniu odwołania składają się na stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, który jest brany pod uwagę z urzędu przy ustalaniu wyniku sprawy według reguły z art. 192 ust. 2 ustawy. Jeżeli nowe czynności spowodowały usunięcie objętych uznanymi zarzutami naruszeń przepisów ustawy, podtrzymane w tym zakresie odwołanie podlega oddaleniu, z uwagi na brak wpływu tych naruszeń na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w dacie wyrokowania. W powyższym zakresie skład orzekający Izby podziela zatem stanowisko uprzednio wyrażone w wyroku z 20 lutego 2015 roku sygn. akt KIO 169/15, KIO 170/15 (również: KIO 1406/15 z dnia 14 lipca 2015 roku)

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 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. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący:

16

17