Sygn. akt: KIO 1560/13

WYROK
z dnia 16 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Aneta Mlącka
Marena Teresa Ordysińska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2013 r. przez Odwołującego - **NETIA S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **- Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna,**

przy udziale wykonawcy **EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i na podstawie art. 192 ust.3 pkt 2 lit. c) w związku z art. 146 ust.1 pkt 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych orzeka o skróceniu okresu obowiązywania umowy Nr PSE/DT/025/2013 na świadczenie usługi dzierżawy łączy o przepływności 2 Mbit/s dla sieci technologicznej PSE S.A. do dnia 31 marca 2014 r.;

2. kosztami postępowania obciąża **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna** 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., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od Zamawiającego - **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna** na rzecz wykonawcę **NETIA S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Warszawie.**

……

……

……

Sygn. akt: KIO 1560/13

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Usługa dzierżawy łączy o przepływności 2 Mbit/s dla sieci technologicznej PSE S.A.". Zdaniem Odwołującego – NETIA S.A. z Warszawy w tym postępowaniu Zamawiający - Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.

wobec wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę dzierżawy łączy o przepływności 2 Mbit/s dla sieci technologicznej PSE S.A. naruszył art. 134 ust. 6 pkt 1 w związku z art. 67. ust. 1 pkt I lit. a) ustawy Pzp z uwagi na przyjęcie, że jedynym wykonawcą zdolnym do realizacji niniejszego zamówienia jest wykonawca Exatel S.A. podczas gdy na rynku występują również inni wykonawcy oferujący usługi objęte przedmiotem zamówienia; art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie umowy w związku z zaistnieniem przesłanki, o której mowa w art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Stwierdził również, że (…) Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdyż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (w załączeniu zaświadczenie z rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych), którego zakres działalności obejmuje m.in. świadczenie usług dzierżawy łączy i który może wykonywać usługi będące przedmiotem zamówienia. Udzielenie zamówienia przez Zamawiającego w trybie zamówienia z wolnej ręki może spowodować powstanie po stronie Odwołującego szkody z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, o którego uzyskanie mógłby się realnie ubiegać. W odniesieniu do trybów niekonkurencyjnych, podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania jest każdy podmiot, który ma potencjalną możliwość uzyskania zamówienia. W uzasadnieniu odwołania podał, że Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia dotyczy zamówienia udzielanego z wolnej ręki, którego możliwość udzielenia uzasadniana jest istnieniem monopolu wynikającego z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Podał również, że Odwołujący ma legitymację do wniesienia odwołania, gdyż jest operatorem telekomunikacyjnym wpisanym do rejestru przedsiębiorców

---

telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, którego zakres działalności obejmuje m.in. świadczenie usług dzierżawy łączy, mającym interes w uzyskaniu zamówienia. Podkreślił, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki ze względu na wynikający z przepisów prawa monopol jest możliwe tylko wyjątkowo, w sytuacji gdy nie dość że istnieje monopol to istnieje w taki sposób, że fakt jego istnienia nie budzi żadnych wątpliwości, a Zamawiający nie wykazał istnienia takiego monopolu spółki Exatel S.A. w zakresie świadczeń objętych przedmiotem zamówienia. Stwierdził, że (…) Usługa dzierżawy łączy, jako jeden z typów usługi telekomunikacyjnej może być wykonywana przez większą liczbę podmiotów obecnych na rynku. Bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej odnoszące się do problematyki wykonywania takich świadczeń jednoznacznie wskazuje na obowiązek zachowania konkurencyjności takich postępowań". Stwierdził również, że (…) Dodatkowym potwierdzeniem braku istnienia monopolu Exatel S.A. jest fakt, że tylko w ostatnim roku ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ponad 100 ogłoszeń z rynku polskiego dotyczących zamówień publicznych na usługi dzierżawy łączy w trybie przetargowym, w tym także w odniesieniu do zamówień sektorowych oraz zamówień o szczególnych wymaganiach w zakresie bezpieczeństwa przesyłu danych. Ponadto dodatkowym potwierdzeniem braku istnienia monopolu Exatel S.A. jest fakt, że (…) detaliczny rynek dzierżawy łączy o przepływności do 2 Mbit/s był rynkiem regulowanym na mocy decyzji Prezesa UKE stwierdzającej brak konkurencyjności tego rynku i wyznaczającej podmiot o znaczącej pozycji rynkowej, którym była Telekomunikacja Polska S.A., a w chwili obecnej wobec konkurencyjności tego rynku uchylony został przepis art. 47 ustawy Prawo telekomunikacyjne przewidujący regulację tego rynku (…). Ponadto (…) hurtowy rynek świadczenia usługi dzierżawy zakończeń łączy jest rynkiem regulowanym na mocy decyzji Prezesa UKE stwierdzającej brak konkurencyjności tego rynku i wyznaczającej podmiot o znaczącej pozycji rynkowej, którym jest Telekomunikacja Polska S.A., a w konsekwencji Exatel nie został uznany za Operatora SMP na rynku dzierżawy łączy, a operatorzy działający na tym rynku mogą korzystać z łączy udostępnianych przez Telekomunikację Polską S.A (…). Z kolei z analiz Prezesa UKE w ramach ww. decyzji jasno wynika, że Exatel jest jednym z licznych podmiotów działających na tym rynku, a udziały podmiotów takich jak Telekomunikacja Polska S.A., Netia S.A., Czy Telefonia Dialog Sp. z o.o. są zbliżone lub większe aniżeli udziały Exatel S.A". Dalej podał, że (…) W dniu 30 maja 2013 roku zostało

opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 103-177291 ogłoszenie o udzieleniu przez Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. zamówienia sektorowego w trybie zamówienia z wolnej ręki na świadczenie usług dzierżawy łączy o przepływności 2 Mbit/s dla sieci technologicznej PSE S.A. Zgodnie z treścią ogłoszenia Zamawiający działając na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 litera a) ustawy Pzp udzielił zamówienia wykonawcy Exatel S.A. Tym samym niniejsze odwołanie zostało złożone w

wymaganym terminie 30 - dniowym przewidzianym w art. 182 ust. 4 pkt 1 ustawy Pzp". Dalej wykonawca podał, że Zamawiający w treści punktu IV. 1.1 ogłoszenia w głównej mierze omówił charakter prowadzonej przez PSE S.A. działalności. W odniesieniu do uzasadnienia udzielenia zamówienia z wolnej ręki zawarto następujące zastrzeżenie: „Należy przy tym dodać, że obiekty te, z oczywistych względów w przeważającej mierze znajdują się poza terenami miejskimi i dużymi aglomeracjami, w miejscach, gdzie infrastruktura telekomunikacyjna operatorów publicznych innych niż Exatel S.A. nie jest dostępna, dlatego usługa dzierżawy łączy cyfrowych 2Mbit/s na potrzeby OSP począwszy od 2002 r. była zapewniana przez Exatel S.A. (pierwotnie Tel Energo). W ramach aktualnie zawartej z Exatel S.A. w trybie zamówienia z wolnej ręki umowy nr PSE Op/IT/040/2011, na świadczenie usług dzierżawy łączy 2 Mbit/s, z okresem obowiązywania od 1.4.2011 r. do 31.3.2013 r. przewiduje się pod koniec jej obowiązywania dzierżawę około 100 łączy. W celu zapewnienia bezpieczeństwa systemu konieczne jest przedłużenie Umowy dzierżawy łączy na kolejne dwa lata. W związku z realizacją obowiązków PSE, wynikających z Prawa Energetycznego, a powyżej wskazanych, w szczególności bezpieczeństwa funkcjonowania Krajowego Systemu Elektroenergetycznego, uwzględniając fakt wygasania umowy nr PSE OP/1T/040/2011 z dniem 31.3.2013 roku, zachodzi konieczność udzielenia zamówienia na świadczenie usług dzierżawy łączy cyfrowych 2 Mbit/s zgodnych ze standardami G. 703 1TU-T na rzecz PSE firmie Exatel S.A, w trybie z wolnej ręki, z następujących przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze (tj. w oparciu o art. 134 ust. 6 pkt. 1 w związku z art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych):

1. jedynym medium teletransmisyjnym zapewniającym wymagane parametry dla stałego nadzoru KSE oraz bezpieczeństwo linii przesyłowych jak również urządzeń znajdujących się w stacjach elektroenergetycznych jest dowiązanie światłowodowe;
2. żaden operator telekomunikacyjny, z wyjątkiem Exatel S.A., nie posiada dowiązań światłowodowych do obiektów elektroenergetycznych, do których wymagane jest zapewnienie łączy, będących przedmiotem zamówienia;
3. dowiązania światłowodowe, którymi dysponuje Exatel S.A, są już wyposażone w urządzenia, które umożliwiają wykorzystanie łączy o parametrach wymaganych przez PSE;
4. łącza te są obecnie z powodzeniem wykorzystywane przez PSE. Powierzanie realizacji zamówienia Exatel S.A gwarantuje osiągnięcie wymaganych parametrów jakościowych.

Nie zgadzając się z prezentowaną argumentacją stwierdził, że Zamawiający zamierza udzielić zamówienia na podstawie przywołanego w ogłoszeniu art. 67 ust. 1 pkt 1 litera a Pzp, zgodnie z którym: zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcą z

przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze". W pierwszej kolejności stwierdził, że wybrany przez Zamawiającego tryb zamówienia z wolnej ręki stanowi najdalej idący wyjątek od zasady konkurencyjności postępowań zamówieniowych. Wskazując na orzecznictwo zwrócił uwagę na potrzebę ścisłej wykładni art. 67 ustawy Pzp. Podkreślił, że (…) Tryb zamówienia z wolnej ręki można zastosować tylko w sytuacjach ściśle określonych przez Pzp, a żadna z przesłanek jego zastosowania nie może być traktowana w sposób rozszerzający". Stwierdził również [wskazując na orzecznictwo], (…) że istnienie tylko jednego dostawcy lub wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste, wynikać z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania strony zamawiającej. Przesłanka jednego wykonawcy, warunkująca dopuszczalność udzielania zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu dotyczy sytuacji, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca -

monopolista, świadczący tego rodzaju szczególne usługi". Dalej podał, że (…) Podobnie zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości przepisy pozwalające na odstąpienie od trybów podstawowych powinny być interpretowane ściśle, a w przypadku jakichkolwiek wątpliwości należy przyjąć obowiązek stosowania trybu podstawowego (niniejsze zamówienie o wartości powyżej tzw. progów unijnych objęte jest także pośrednio regulacjami wspólnotowymi). W piśmiennictwie monopol o charakterze technicznym utożsamia się w głównej mierze z monopolem naturalnym (np. jeden dostawca wody z sieci wodociągowej na danym terenie, czy po zmianie przepisów jeden podmiot uprawniony do wywozu śmieci). Jak dodaje się w orzecznictwie: Względy techniczne o obiektywnym muszą być poparte rzeczywistym monopolem danego wykonawcy na uzyskanie od niego zamówienia. Subiektywne przekonanie Zamawiającego, że tylko jeden wskazany przez niego wykonawca daje gwarancją najlepszego wykonania danego przedmiotu zamówienia, nie jest wystarczającym wypełnieniem w/w przesłanki. Konieczne jest bowiem wykazanie, że danego zamówienia nie jest w stanie wykonać żaden inny podmiot". Zatem (…) udzielenie zamówienia z wolnej ręki możliwe będzie jedynie w przypadku, gdy nie istnieją na rynku jakiekolwiek możliwości wykonania zamówienia przez innych wykonawców, które realizowałyby cele danego postępowania". Powołał się także na opinie UZP, wskazując, że (…) Zgodnie z orzecznictwem ETS (sprawa C — 199/85 Komisja przeciwko Republice Włoch) dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi bowiem przede wszystkim wykazać, że tylko wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem, obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie". Dalej podał, że (…) wywód ten potwierdzają wytyczne

dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, Dokument przyjęty 18 listopada 2010 r. przez Komitet Rady Ministrów, Urząd Zamówień Publicznych 2010 rok, w których zauważa się w odniesieniu do art. 67 ust. 1 pkt 1 Pzp: „Podstawą zastosowania tej przesłanki jest szczególny charakter danego zamówienia powodujący, że może zostać ono zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę, przy czym nie jest wystarczające, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej bądź w najszerszym zakresie. (...) Aby odwołać się do przesłanki praw wyłącznych, nie wystarczy jednak, że dany produkt chroniony jest prawami wyłącznymi - niezbędne jest również wykazanie, że produkty te mogą być wytworzone łub dostarczone tylko przez określonego wykonawcę. Należy więc wykazać również, śe na rynku nie istnieją rozwiązania równoważne (...), które odpowiadałyby potrzebom zamawiającego. Tym samym, w sytuacji, gdy na rynku istnieje możliwość uzyskania zamówienia od innych wykonawców nie może on powoływać się na przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy PZP, ponieważ prowadziłoby to do nierównego traktowania wykonawców". Odnośnie konkurencyjności polskiego rynku dzierżawy łączy telekomunikacyjnych stwierdził, że (…) Rynek usług telekomunikacyjnych jest rynkiem, który począwszy od lat 90-tych ubiegłego wieku, poddany został liberalizacji celem wprowadzenia na tym rynku skutecznej i efektywnej konkurencji. W konsekwencji, o ile rynek ten faktycznie cechował naturalny monopol (bynajmniej jednak nie Exatel S.A., ale Telekomunikacji Polskiej S.A.) to w wyniku działań regulacyjnych konkurencyjność tego rynku w ramach szeregu różnych rynków właściwych wzrosła. Co więcej, o ile dane rynki właściwe nie są konkurencyjne to Prezes UKE po analizie danego rynku wyznacza podmiot o znaczącej pozycji rynkowej (SMP) i nakłada na niego obowiązki ex ante, które umożliwiają innym podmiotom konkurowanie na danym rynku dzięki możliwości dostępu do produktów świadczonych przez operatora SMP". Odwołujący wskazał także, że (…) wśród rynków związanych z dzierżawą łączy należy wymienić trzy odrębne rynki właściwe podlegające analizie Prezesa UKE tj. a) krajowy rynek świadczenia usługi zapewnienia części lub całości minimalnego zestawu łączy dzierżawionych o przepływnościach do 2 Mbit/s (rynek detaliczny); b) krajowy rynek świadczenia usługi dzierżawy odcinków zakończeń łączy (rynek hurtowy); oraz c) krajowy rynek świadczenia usługi dzierżawy odcinków łączy niebędących zakończeniami". Wskazał na pierwotne analizy Prezesa UKE, który uznał znaczącą pozycję rynkową Telekomunikacji Polskiej S.A. na

każdym z tych rynków. Zdaniem wykonawcy (…) Analizując powyższe decyzje Prezesa UKE można postawić następujące wnioski: a) podmiotem o znaczącej pozycji rynkowej jest (była) Telekomunikacja Polska S.A.; b) pomimo posiadania znaczącej pozycji rynkowej przez TP, nie można mówić o monopolu naturalnym, gdyż TP jest zobowiązana do świadczenia na

---

rzecz innych podmiotów hurtowej usługi dzierżawy łączy na nie dyskryminacyjnych zasadach; oraz c) obok TP na rynku dzierżawy łączy działa szereg innych podmiotów wśród których należy wymienić podmioty takiej jak Telekomunikacja Kolejowa Sp. z o.o.. Exatel S.A., Netia S.A., GTS Polska Sp. z o.o. (dawniej GTS Energis), czy Telefonia Dialog Sp. z o.o. (należąca obecnie do Grupy Netii)". Zdaniem wykonawcy (…) na skutek nowelizacji ustawy Prawo telekomunikacyjne na najbardziej interesującym nas rynku mianowicie krajowym rynku świadczenia usługi zapewnienia części lub całości minimalnego zestawu łączy dzierżawionych o przepływnościach do 2 Mbit/s uchylona została znacząca pozycja rynkowa Telekomunikacji Polskiej S.A. Ustawa z dnia 16 listopada 2012 r. o zmianie ustawy - Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw uchyliła bowiem art. 47 ustawy Prawo telekomunikacyjne (dotyczący tego rynku), a art. 12 tejże ustawy stanowi: „Obowiązki nałożone na przedsiębiorcą telekomunikacyjnego na podstawie art. 47 ustawy zmienianej w art. 1 wygasają po upływie 3 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy.'' (czyli wygasły one 21 kwietnia 2013 r.). W uzasadnieniu nowelizacji w odniesieniu do uchylenia art. 47 Prawa telekomunikacyjnego zostało wskazane: „w związku ze skreśleniem w dyrektywie o usłudze powszechnej art. 18 dotyczącego łączy dzierżawionych należy uchylić art. 47 ustawy. Zgodnie z motywem 19 dyrektywy 2009/136/WE wymóg dotyczący zapewnienia minimalnego zestawu linii dzierżawionych na poziomie detalicznym, który był niezbędny do zapewnienia stałego stosowania przepisów ram regulacyjnych z 1998 r. w zakresie linii dzierżawionych, których udostępnianie nie było w wystarczającym stopniu konkurencyjne w czasie wejścia w życie ram regulacyjnych z 2002 r., nie jest już konieczny i powinien zostać uchylony. Tym samym rynek ten został uznany przez Ustawodawcę za wystarczająco konkurencyjny, aby zrezygnować z jego regulacji. Przeczy to całkowicie tezie Zamawiającego o rzekomym monopolu Exatel S.A. w zakresie dostarczania usług objętych zamówieniem z wolnej ręki". Dalej wykonawca podkreślił, że (…) W konsekwencji dzięki wzrastającej konkurencji oraz aktywnej działalności państwowego regulatora Urzędu usług telekomunikacyjnego Prezesa Komunikacji Elektronicznej, rynek telekomunikacyjnych, w tym rynek usług dzierżawy łączy cechuje się stałym i istotnym wzrostem konkurencyjności oraz spadkiem cen oferowanych przez operatorów". Ponownie powołując się na orzecznictwo KIO podkreślił, że (…) postępujący, istotny wzrost konkurencyjności potwierdzają wydawane w ostatnich latach raporty Urzędu Komunikacji Elektronicznej. W jednym z wyroków Izby zauważono wprost, że (…) należy wziąć pod uwagę, okoliczność, że usługi telekomunikacyjne aktualnie na rynku cieszą się dużą konkurencją i obserwuje się stałą tendencję do obniżania cen tych usług przez operatorów. Okres ostatnich kilkunastu lat to czas wzmożonych inwestycji na rynku usług stopnia kraju telekomunikacyjnych skutkujących znacznym zwiększeniem pokrycia infrastrukturą telekomunikacyjną". Zdaniem Odwołującego - nie jest prawdą, w

---

szczególności, że wykonawca Exatel S.A. posiada infrastrukturę telekomunikacyjną „poza terenami miejskimi i dużymi aglomeracjami" w stopniu większym niż pozostali operatorzy prowadzący działalność telekomunikacyjną o skali ogólnokrajowej. Co więcej, jak jasno wynika z przedstawionych wyżej decyzji znacznie szerszą infrastrukturę telekomunikacyjną posiada Telekomunikacja Polska S.A. Jednocześnie jednak podmiot ten, jako zajmujący znaczącą pozycję rynkową, obowiązany jest do udostępniania jej innym podmiotom na nie dyskryminacyjnych zasadach, co eliminuje ewentualne ryzyka związane z zajmowaniem przez TP pozycji SMP. Zamawiający, zdaniem wykonawcy, zapomina także, że zgodnie z przepisami ustawy Prawo telekomunikacyjne każdy operator telekomunikacyjny, niezależnie od zajmowanej przez niego pozycji rynkowej, jest zobowiązany do umożliwienia innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, dostępu do swojej infrastruktury telekomunikacyjnej (art. 139 Pt), a w konsekwencji jeśli w określonej lokalizacji Exatel posiada jako jedyny podmiot infrastrukturę taką jak kanalizacja, czy ciemne włókna to inni przedsiębiorcy są

uprawnieni do skorzystania z tej infrastruktury. Oznacza to, że każdy z innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających na rynku ma możliwość szybkiego dojścia z własną infrastrukturą światłowodową do miejsc, gdzie działa obecnie jeden podmiot. Okoliczność ta została całkowicie pominięta przez Zamawiającego. Jednocześnie przyjmując logikę przyjętą przez Zamawiającego należałoby uznać, iż praktycznie w każdym przypadku, gdzie w danym czasie jeden podmiot dostarcza usługi możliwe jest skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki. Jest bowiem oczywiste, iż przedsiębiorcy, którzy w danym momencie nie świadczą tam usług mogą nie posiadać w danej lokalizacji swoich zasobów. Nie oznacza to jednak, iż nie są oni w stanie w normalnym trybie zapewnić takiej infrastruktury i wywiązać się ze swoich zobowiązań. Netia niejednokrotnie (można wręcz wskazać, że w większości przypadków) wraz z wygraniem danego zamówienia podejmuje inwestycję w celu jego realizacji poprzez budowę własnej infrastruktury czy też korzysta z zasobów innych przedsiębiorców (będzie o tym mowa szerzej w punkcie poniżej)".
Analizując przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki przedstawione w ogłoszeniu stwierdził, że (…) Zamawiający powołał się na cztery przesłanki uzasadniające udzielenie zamówienia z wolnej ręki. PSE S.A. podnosi w pierwszej kolejności dwie następujące okoliczności: 1. jedynym medium teletransmisyjnym zapewniającym wymagane parametry dla stałego nadzoru KSE oraz bezpieczeństwo linii przesyłowych jak również urządzeń znajdujących się w stacjach elektroenergetycznych jest dowiązanie światłowodowe; 2. żaden operator telekomunikacyjny, z wyjątkiem Exatel S.A., nie posiada dowiązań do do jest światłowodowych obiektów elektroenergetycznych, których wymagane zapewnienie łączy, będących przedmiotem zamówienia". Zdaniem Odwołującego (…) Zamawiający powołuje się zatem na fakt, iż jedynie ten wykonawca posiada dowiązania światłowodowe do wykorzystywanych przez niego obiektów elektroenergetycznych.

Okoliczność ta dotyczy jednak niemalże każdego zamówienia na usług telekomunikacyjne, gdyż ze względu na charakter takich usług, operator telekomunikacyjny aktualnie wykonujący umowę będzie, co do zasady, posiadał infrastrukturę służącą do wykonywania umowy. Jak słusznie zauważa się jednak w orzecznictwie, warunki realizacji zamówienia na usługi telekomunikacyjne powinny być tak wyznaczone, by dawały 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. Co więcej, Zamawiający powinien dopuszczać zarówno możliwość budowy własnych łączy światłowodowych, jak i właśnie możliwość pozyskania łączy od operatora na rzecz dotychczasowego wykonującego świadczenia Zamawiającego".
Odwołując się do orzecznictwa KIO wykonawca stwierdził, że (…) sposób uzyskania oferowanego produktu nie może być wyłącznie skorelowany z chęcią przeprowadzenia określonego procesu inwestycyjnego (wykonanie własnej sieci światłowodowej), a z faktycznymi możliwościami dostępnymi na rynku. Zdaniem Izby, co zostało potwierdzone przez zamawiającego, odwołujący może, przy odpowiednim sposobie nawiązania stosunków handlowych na rynku zaoferować usługę, która umożliwi zamawiającemu korzystanie z usługi w terminie wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia". Również w odniesieniu do problematyki wykorzystania istniejących łączy telekomunikacyjnych KIO stwierdziła, iż sposób 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.
Wykonawca zwrócił uwagę, że konkurentami Exatela w niniejszym postępowaniu mogą być nie tylko wykonawcy działający pojedynczo, ale także konsorcja operatorów telekomunikacyjnych lub też wykonawcy korzystający z zasobów podmiotów trzecich.
Odwołujący wskazał również, że na znaczenie tego argumentu w zakresie usług teleinformatycznych wskazywał Prezes UZP w Informacji o wynikach kontroli doraźnej o sygn. UZP/DKD/KND/77/11. Zwrócił również uwagę na wskazane uwarunkowania prawne [powyżej], które nakładają na Exatel obowiązki związane z udostępnieniem posiadanej

infrastruktury innym podmiotom. Wykonawca dodał, że (…) fakt posiadania przesz wykonawcę istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej w postaci łączy światłowodowych bywa przedmiotem oceny przez Krajową Izbę Odwoławczą, ale jedynie w zakresie

problematyki rażąco niskiej ceny (wpływ dysponowania istniejącą infrastrukturą na wysokość oferowanej ceny) lub też w zakresie wyznaczania odpowiedniego terminu na rozpoczęcie wykonywania usług. Izba przykładowo badała prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu obejmującym między innymi dostawę łączy światłowodowych dla zamawiającego sektorowego Karpacka Spółka Gazownictwa Sp. z o.o., w których Izba potwierdziła, że w sposób pośredni, Zamawiający, ograniczył konkurencyjność postępowania, preferując określony podmiot i nie wykazał, że taka preferencja jest uzasadniona obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Reasumując, wykonawca podał, że posiadanie przez Exatel S.A. infrastruktury koniecznej do wykonywania umowy w żaden sposób nie uzasadnia tezy, iż jest to naturalny monopolista w rozumieniu art. 67 ust. pkt 1 lit. a) Pzp. Wykonawca podał również, że w ramach aktualnie zawartej z Exatel S.A. w trybie zamówienia z wolnej ręki umowy nr PSE Op/IT/040/2011, na świadczenie usług dzierżawy łączy 2 Mbit/s, z okresem obowiązywania od 1.4.2011 r. do 31.3.2013 r. przewiduje się pod koniec jej obowiązywania dzierżawę około 100 łączy. W celu zapewnienia bezpieczeństwa systemu konieczne jest przedłużenie Umowy dzierżawy łączy na kolejne dwa lata. Zauważył, że uprzywilejowanie spółki Exatel S.A. zawieranymi w poprzednich latach umowami w trybie zamówienia z wolnej ręki w żaden sposób nie może tworzyć uzasadnienia dla udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Wskazując na orzecznictwo KIO [w odniesieniu do problematyki wykonywania usług telekomunikacyjnych] wykonawca podniósł, że okoliczność zawarcia umów, na podstawie których zamawiający korzystał już z usług danego wykonawcy w danym zakresie przedmiotowym nie stanowi podstawy do wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na usługę tożsamą. Czynności podjęte przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania nie mogą bowiem niejako "wymuszać" zawierania kolejnych umów na konkretną usługę z tym samym wykonawcą. Zamawiający dokonując wyboru podmiotu, z którym zawarł już umowę na świadczenie usługi [telefonii komórkowej], prowadził do sztucznego ustanowienia wskazanego wykonawcy w roli podmiotu monopolistycznego, co zamyka drogę do podjęcia realizacji zamówienia innym podmiotom. Taki działanie stanowi naruszenie jednej z podstawowych zasad wyrażonych w art. 7 ustawy Pzp, a mianowicie zasady uczciwej konkurencji pełnego dostępu do zamówienia przez wszystkie podmioty o nie się ubiegające, jako podstawy funkcjonowania współpracy gospodarczej między podmiotami oraz ich szans na równy rozwój ekonomiczny. Odnosząc się do kolejnej przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki [zamieszczoną w treści ogłoszenia] - dowiązania światłowodowe, którymi dysponuje Exatel S.A, są już wyposażone w urządzenia, które umożliwiają wykorzystanie łączy o parametrach wymaganych przez PSE, stwierdził, że (…) Podobnie jak w przypadku powyżej przedstawionej argumentacji, fakt wykorzystywania urządzeń jednego operatora nie może być podstawą do istnienia monopolu jednego wykonawcy". Zauważył, że Zamawiający nie precyzuje jakiego to rodzaju urządzenia

posiadane przez wykonawcę mają przesądzać o istnieniu monopolu tego wykonawcy. Zdaniem wykonawcy, w trakcie wykonywania obecnej umowy, Exatel S.A. wykorzystuje urządzenia typowe, możliwe do nabycia na rynku przez każdego wykonawcę. Nie istnieje żaden technologiczny monopol w zakresie wykorzystywanych przez tego wykonawcę urządzeń. Co najwyżej można stwierdzić, iż Zamawiający błędnie utożsamia fakt wykorzystywania obecnie infrastruktury tego wykonawcy z istnieniem monopolu tego wykonawcy na wykonywanie przedmiotu świadczenia. Podkreślił, że jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych jest tzw. zasada neutralności opisu przedmiotu zamówienia. Zasada ta oznacza w praktyce eliminację z opisu wszelkich elementów, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę. Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. 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. Zamawiający musi skutecznie wykazać, iż jedynie produkt o określonych przez niego cechach umożliwia mu realizację celu założonego w ramach prowadzonego postępowania, co zdaniem wykonawcy, nie zostało w niniejszej sprawie wykazane. Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki powinno dotyczyć jak najmniejszego, jedynie koniecznego zakresu zamówienia. Zamówienie w tym trybie: musi podlegać analizie pod kątem zgodności z zasadą proporcjonalności, co oznacza, że zastosowanie tego przepisu może być usprawiedliwione tylko w takim zakresie, w jakim osiągnięcie celu nie może być równie skuteczne za pomocą środków mniej ograniczających uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Brak możliwości udzielenia zamówienia w trybach konkurencyjnych musi wynikać z trwałych i nieprzezwyciężalnych okoliczności, uzasadniających skorzystanie ze szczególnego trybu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, jakim jest tryb zamówienia z wolnej ręki. Istnienie technicznych możliwości, choćby subiektywnie w ocenie Zamawiającego droższych, powinno przemawiać za udzieleniem zamówienia w trybie konkurencyjnym. Dalej podał, że najbardziej efektywnym sposobem wybrania najkorzystniejszej ekonomicznie oferty jest przeprowadzenie postępowania w trybie otwartym (np. w przetargu nieograniczonym), który zapewnia największą konkurencję między wykonawcami. Odwołujący wskazał również na ostatnią okoliczności powołaną przez Zamawiającego, a mianowicie dotyczącą łączy obecnie „z powodzeniem wykorzystywanych przez PSE" oraz, że „powierzanie realizacji zamówienia Exatel S.A gwarantuje osiągnięcie wymaganych parametrów jakościowych". Zdaniem Odwołującego powyższe w żaden sposób nie odnosi się do istnienia monopolu o charakterze technicznym, o którym mowa w treści art.

---

67 Pzp. Zamawiający arbitralnie rozstrzyga, iż tylko ten wykonawca gwarantuje osiągnięcie wymaganych parametrów jakościowych, a przecież Zamawiający powinien udowodnić, że żaden inny wykonawca, poza podmiotem który ma być zaproszony do negocjacji w trybie zamówienia wolnej ręki, nie jest w stanie zaoferować dostaw, świadczenia usług lub wykonania robót budowlanych, które pod względem funkcjonalnym mogłyby stanowić rozwiązania równoważne oferowanym przez wybranego wykonawcę. Taki stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzezwyciężalny, a także obiektywny. Nie bierze się pod uwagę renomy danej firmy lub zaufania, jakim się ona cieszy u zamawiającego. Subiektywna ocena wykonawcy nie ma zatem znaczenia z perspektywy dopuszczalności zastosowania trybu z wolnej ręki. Wykonawca podniósł również, że podobnie Prezes UZP zauważa w odniesieniu do problematyki istnienia monopolu o charakterze technicznym w obszarze teleinformatycznym, stwierdzając, że (…) Nie stanowi przesłanki pozwalającej na skorzystanie z trybu z wolnej ręki przekonanie zamawiającego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne, jest w stanie wykonać zamówienie. (...) wyłonienie wykonawcy zamówienia, stosownie do przepisów ustawy, powinno zostać poprzedzone stosowną weryfikacją w oparciu o procedury ustawy Prawo zamówień publicznych, oparte na zasadzie konkurencyjności, które są najlepszym sposobem oceny rynku. Fakt istnienia podmiotu, którego oferta odpowiada wymaganiom zamawiającego nie przesądza o tym, że postępowanie konkurencyjne przeprowadzone w przedmiotowej sprawie nie doprowadzi do wyłonienia innego wykonawcy, którego oferta będzie korzystniejsza dla zamawiającego, a zarazem spełni wszelkie wymogi stawiane przedmiotowemu zamówieniu". Wykonawca podtrzymał argumentację, co do braku monopolu na rynku polskim jakiegokolwiek wykonawcy na usługi w zakresie dzierżawy łączy. Usługi te są przedmiotem wielu postępowań o udzielenie zamówienia. Przykładowo wskazał, iż jedynie w ostatnim roku ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ponad 100 ogłoszeń z rynku polskiego dotyczących zamówień publicznych na usługi dzierżawy łączy w trybie przetargowym. Zauważył, że prezentowane, dalej. zamówienia dotyczyły zarówno zamówień szczególnie skomplikowanych, w których aspekt bezpieczeństwa i niezawodności wykonywania zamówienia miał szczególne znaczenie, a także tzw. zamówień sektorowych związanych z dystrybucją energii. Przykładowo: Polska Agencja Żeglugi Powietrznej. [Dzierżawa łączy telekomunikacyjnych], Centralne Biuro Antykorupcyjne [Dzierżawa Łączy teletransmisyjnych o przepustowości 10 Mbit/s dla Centralnego Biura Antykorupcyjnego], PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź-Teren [Łączność stacjonarna i dzierżawa łączy], Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie [Dzierżawa łączy telekomunikacyjnych dla jednostek Policji woj. Zachodniopomorskiego], oraz Komenda Wojewódzka Policji w Lublinie

[Dzierżawa łączy telekomunikacyjnych dla Komendy Wojewódzkiej Policji w Lublinie] i

Ministerstwo Sprawiedliwości [Zakup usług transmisji danych na potrzeby obsługi ogólnopolskich (resortowych) i lokalnych systemów informatycznych, zapewnienia dostępu do centralnych i lokalnych baz danych w tym obsługi sieciowej Systemu Informatycznego Prokuratury (SIP), systemów informatycznych Biura do Spraw Przestępczości Zorganizowanej, Systemu Informatycznego Schengen dla Sądów (SIS- SAD), Punktów Informacyjnych Krajowego Rejestru Karnego oraz zapewnienia możliwości świadczenia usług audio i video dla jednostek Prokuratur i Sądów Apelacyjnych i innych wskazanych jednostek (Użytkowników) resortu sprawiedliwości.]. W konkluzji wykonawca stwierdził okoliczność, że Zamawiający w treści ogłoszenia z dnia 30 maja 2013 roku poza omówionymi powyżej błędnymi argumentami, nie przedstawił żadnego dodatkowego uzasadniania dla wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Odwołujący zwraca uwagę na to, iż jak zauważono w treści uzasadnienia do nowelizacji przepisów Pzp w odniesieniu do możliwości kwestionowania przez KIO wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki zaproponowane rozwiązanie ma umożliwić wykonawcom pozyskanie wiedzy w przedmiocie udzielania przez zamawiających zamówień w trybach niepoprzedzonych publikacją ogłoszenia, w celu umożliwienia im ewentualnego zakwestionowania ich wyboru, w przypadku gdy nie zachodzą przesłanki do ich zastosowania. Zatem to treść uzasadnienia ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia będzie przedmiotem badania przez Izbę w trakcie ewentualnego postępowania odwoławczego (a dokładniej wykazane w ogłoszeniu przesłanki zastosowania art. 67 ust. 1 Pzp). Jak zauważa się w orzecznictwie, wszelkie kolejne czynności podejmowane przez Zamawiającego po dacie dokonania zakwestionowanej czynności pozostają bez znaczenia dla badania zasadności wniesionego odwołania. Zamawiający w treści ogłoszenia w żaden sposób nie potwierdził istnienia monopolu o charakterze technicznym na wykonanie przedmiotu zamówienia przez jednego wykonawcę. Tym samym nie zachodziły i nie zachodzą przesłanki zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 litera a) Pzp. Dalej podał, że Zamawiający wybierając tryb zamówienia z wolnej ręki nie tylko naruszył zasadę uczciwej konkurencji, ale również to, że zasadę tę naruszył w sposób rażący.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, w pierwszej kolejności, wniósł o oddalenie odwołania w całości, podnosząc braku interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a także wobec braku możliwości poniesienia szkody przez wykonawcę w wyniku domniemanego naruszenia Pzp przez Zamawiającego, biorąc pod uwagę niemożliwość zrealizowania przez Odwołującego przedmiotu Zamówienia na warunkach wymaganych przez Zamawiającego, a dodatkowo także jako całkowicie nieuzasadnionego, z uwagi na brak możliwości spełnienia przesłanek warunkujących możliwość udzielenia przez Zamawiającego zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 134

ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) PZP, albowiem tylko wybrany wykonawca - Exatel S.A. z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze może świadczyć usługi będące przedmiotem zamówienia, a Zamawiający nie naruszył przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 29 ust. 2 tej ustawy. Wniósł również o dopuszczenie dowodów wskazanych w treści tej odpowiedzi, w tym w szczególności o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu telekomunikacji na okoliczność, że określony w postępowaniu przedmiot zamówienia, zarówno w aspekcie zakresowym (dostępność wyszczególnionych łączy), jak i czasowym (dostępność czasowa świadczenia usług), skutkuje tym, że wykonawca Exatel jest jedynym wykonawcą zdolnym do wykonania zamówienia. W uzasadnieniu odwołania podkreślił, że Odwołujący nie jest w stanie zrealizować zamówienia na warunkach określonych przez Zamawiającego, a zatem należy uznać, że Odwołujący nie ma (i nie mógł również mieć w przeszłości) interesu w uzyskaniu zamówienia. Nie można bowiem uznać, że Odwołujący składając odwołanie dąży do uzyskania zamówienia, w sytuacji, w której obiektywnie nie jest w stanie go zrealizować, w szczególności biorąc pod uwagę warunki techniczne konieczne do spełnienia przez wykonawcę oraz wymagane przez

(a z widzenia Zamawiającego niezbędne punktu zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego kraju) terminy i sposób świadczenia usług. Odnośnie braku posiadania

interesu w uzyskaniu zamówienia publicznego przez wykonawcę kwestionującego zastosowanie przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki wskazał na orzeczenie KIO 947/3 22, w którym Izba stwierdziła w szczególności, że „ewentualne uwzględnienie zarzutów postawionych w odwołaniu i w następstwie tego uwzględnienie - uczynienie zadość postawionym żądaniom, poprzez nakazanie przeprowadzenia tego postępowania w trybie konkurencyjnym (przetarg nieograniczony lub przetarg ograniczony) nie mogłoby, przy niezmienionym przedmiocie tego zamówienia, zmienić sytuacji odwołującego w sposób, który pozwoliłby mu uzyskać zamówienie. Także w takim wypadku odwołujący dopiero nie wcześniej niż za dwa lata, i to przy braku przeszkód w wykonaniu inwestycji (to zaś na obecnym etapie może być rozważane wyłącznie w sferze planów i intencji, albowiem odwołujący przed uzyskaniem zdolności wykonania zamówienia musiałby przeprowadzić inwestycję polegającą na budowie niezbędnej infrastruktury i dopiero wówczas mógłby znaleźć się w stanie zdolności uzyskania zamówienia oraz jego realizacji. Aktualnie jednak odwołujący nie ma zdolności technicznej wykonania danego zamówienia i zdolności tej nie jest w stanie uzyskać w terminie realnie dającym możliwość ubiegania się o zamówienie, niezależnie od trybu tego postępowania". Zamawiający podkreślił, że z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie, albowiem Odwołujący nie jest w stanie w dających się przewidzieć realiach czasowych uzyskać technicznej możliwości realizacji zamówienia. W konkluzji stwierdził, że brak interesu we wniesieniu powoduje, że to odwołanie powinno być oddalone w całości. Brak interesu stanowi bowiem materialno prawną przesłankę

---

skuteczności środka ochrony prawnej, a ponieważ Odwołujący nie ma (i nie \ miał) interesu we wniesieniu odwołania, to trudno jest również mówić o możliwości (choćby i hipotetycznej) poniesienia przez niego szkody w wyniku rzekomego naruszenia przez j Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odnosząc się do przesłanek zastosowania do zamówienia trybu zamówienia z wolnej ręki podkreślił, że decyzja Zamawiającego o wszczęciu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki była w pełni prawidłowa oraz, że jedynym wykonawcą, który może świadczyć usługi będące przedmiotem zamówienia na rzecz Zamawiającego jest Exatel. Możliwość świadczenia tych usług przez inne podmioty, na którą powołuje się Odwołujący, jest wyłącznie iluzoryczna. Podkreślił, że żaden inny podmiot nie posiada aktualnie rzeczywistej (a nie tylko czysto hipotetycznej) możliwości korzystania z istniejącej infrastruktury, w zakresie niezbędnym dla realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia. Zdaniem Zamawiającego, jest to okoliczność w zasadzie bezsporna w świetle treści odwołania, albowiem Odwołujący nie kwestionuje tego faktu, wskazując jedynie na czysto teoretyczną, a także wysoce niepewną, możliwość uzyskania, w bliżej nieokreślonej przyszłości, dostępu do istniejącej infrastruktury innych podmiotów. Jako dowód powołał zestawienie 95 łączy, wchodzących w zakres zamówienia, w zakresie których teren lub budynek nie należy do Zamawiającego, a we wszystkich lokalizacjach firma Exatel ma możliwość świadczenia usług. Oznacza to, że w zakresie oznaczonych obiektów konieczne jest uzyskanie przez wykonawcę zdolności świadczenia usług, w tym chociażby uzyskanie stosownych zgód ze strony spółek, do których należą odpowiednie tereny/budynki (nie jest jednak pewne, że zgoda taka zostanie udzielona w każdym przypadku choćby z uwagi na fakt, że właściwe obiekty stanowią infrastrukturę krytyczną kraju w rozumieniu ustawy o zarządzaniu kryzysowym). Zamawiająca podkreślił, że we wszystkich tych lokalizacjach firma Exatel ma możliwość świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia. Natomiast z informacji posiadanych przez Zamawiającego wynika, że biorąc pod uwagę włókna światłowodowe, będące własnością Odwołującego (nie wspominając nawet o urządzeniach koniecznych do zainstalowania w poszczególnych węzłach), Odwołujący nie jest w stanie świadczyć usług będących przedmiotem zamówienia w około 75 procentach łączy. Zamawiający podał również, że wbrew twierdzeniu Odwołującego (pkt 11 str. 7 Odwołania), istnieje monopol naturalny Exatel w zakresie świadczenia usługi będącej przedmiotem zamówienia. O monopolu naturalnym można bowiem mówić w sytuacji, w której tylko jeden przedsiębiorca może wytwarzać dane dobro efektywniej niż kilku konkurencyjnych przedsiębiorców (może być to przy tym sytuacja tzw. monopolu sieciowego związanego z istnieniem określonej infrastruktury technicznej). Istnienie monopolu naturalnego w przypadku Exatel wynika z faktu posiadania przez tego wykonawcę niezbędnej infrastruktury w konkretnych lokalizacjach geograficznych. To co szczególnie ważne, w tej sytuacji nie chodzi o lokalizacje w dużych aglomeracjach miejskich, czy też

połączenia takich aglomeracji. Wiele z obiektów, do których doprowadzona jest sieć światłowodowa leży bowiem w lokalizacjach oddalonych od miejsc zamieszkałych i jest częścią infrastruktury krytycznej kraju chronionej zgodnie z ustawą o zarządzaniu kryzysowym. Stworzenie własnej infrastruktury w powyżej wskazanych miejscach, w zakresie niezbędnym dla realizacji zamówienia (tj. m.in. z podwójnym podejściem do każdej lokalizacji, gwarantującym bezpieczny przesył danych), jest procesem niezwykle złożonym i czasochłonnym. Wymaga to bowiem m.in. stworzenia sieci światłowodowych prowadzących przez tereny należące do elektrowni i przedsiębiorstw dystrybucji energii, a często także wielu indywidualnych właścicieli. Uzyskanie niezbędnych zgód dla celu uzyskania dostępu do tych nieruchomości i zawarcie niezbędnych umów to proces rozłożony na lata. Wskazał również, że wymagania jakościowe odnośnie zamawianych łącz są tak sprecyzowane, że ich spełnienie umożliwiają wyłącznie łącza redundantne (zestawione dwiema niezależnymi geograficznie drogami). Zamawiający podkreślił, że wykorzystywana przez niego infrastruktura pełni absolutnie unikatową i krytyczną dla bezpieczeństwa kraju funkcję. Komunikacja na łączach będących przedmiotem zamówienia odbywa się głównie za pośrednictwem systemów WIRE/SOWE oraz ARCM/LFC. Systemy WIRE i SOWĘ stanowią infrastrukturę techniczną wspierającą funkcjonowanie rynku energii oraz systemu elektroenergetycznego. Służą one do wymiany danych handlowych (WIRE) oraz technicznych (SOWĘ) pomiędzy operatorem systemu przesyłowego (PSE S.A.) oraz uczestnikami rynku. Zakłócenia w funkcjonowaniu systemu WIRE, w szczególności brak możliwości przesłania danych lub zwłoka w przesyłaniu danych, mogą powodować straty finansowe dla poszczególnych podmiotów oraz się na nieefektywne przekładać wykorzystanie zasobów systemu elektroenergetycznego. W pewnych przypadkach mogą one prowadzić nawet do zawieszenia funkcjonowania rynku energii elektrycznej w Polsce. Zakłócenia w funkcjonowaniu systemu SOWE w tym przerwy lub długi czas transmisji danych, przekładają się na powstawanie olbrzymich ryzyk w zakresie bezpieczeństwa funkcjonowania krajowego systemu elektroenergetycznego. Wynika to między innymi z faktu, że system SOWE służy do przesyłania poleceń ruchowych do elektrowni, których funkcjonowanie ma zasadniczy wpływ na spełnienie kryteriów bezpieczeństwa realizacji dostaw energii do odbiorców. Ponadto Zamawiający nie będzie również otrzymywał prognozy pracy odnawialnych źródeł energii, których generacja może sięgać kilkunastu procent zapotrzebowania krajowego, a przez to nie będzie w stanie odpowiednio wcześnie uwzględnić tych zmian w planach pracy elektrowni konwencjonalnych. To może spowodować coraz większe rozbieżności między zapotrzebowaniem, a ilością energii generowanej przez dane jednostki. W konsekwencji może to prowadzić do ograniczeń w dostawie energii, a w szczególności do zagrożenia stabilności pracy systemu. Wszelkie znaczące rozbieżności między generacją i zapotrzebowaniem przenoszą się również na

sąsiednie systemy, powodując zakłócenia w ich pracy, mogą powodować przeciążenia na liniach granicznych i w związku z tym doprowadzić do sytuacji awaryjnych. Z kolei system ARCM/LFC umożliwia ciągłą kontrolę rzeczywistego zapotrzebowania na energię elektryczną i ciągłe do elektrowni które przesyłanie sygnałów regulacyjnych, zwiększają/zmniejszają produkcję w przeciągu kilku sekund. Zarówno monitorowanie zapotrzebowania, jak i dosyłanie sygnałów regulacyjnych wymaga niezawodnego systemu łączności, który był przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia. Awarie systemu łączności skutkują niestabilnością systemu. W konsekwencji Zamawiający jako krajowy operator sieci przesyłowej ponosi w pierwszym rzędzie straty finansowe. Należy jednak stanowczo zaznaczyć, iż brak regulacji może wywołać zakłócenia nie tylko w krajowej sieci elektroenergetycznej, ale również w sieciach operatorów krajów sąsiednich, których skutki mogą być katastrofalne dla milionów mieszkańców. Zamawiający jest odpowiedzialny za bieżące bilansowanie elektroenergetyczne kraju. Należy również wskazać, że część łączy będących przedmiotem zamówienia służy Zamawiającemu do kontroli bieżących wahań zapotrzebowania na energię elektryczną i zaspokajania tych zmiennych potrzeb poprzez wysyłanie do elektrowni odpowiednich, wypracowanych centralnie sygnałów regulacyjnych. Zakłócenie tego procesu pomiarowo - sterującego może mieć znaczące skutki ekonomiczne, a przy niekorzystnych zbiegach okoliczności doprowadzić do rozległej, ogólnosystemowej i dramatycznej w skutkach awarii elektroenergetycznej. Zamawiający

stwierdził również, że (…) Brak komunikacji w zakresie wskazanym powyżej może spowodować katastrofalne skutki. Posługując się konkretnymi przykładami, mogą one być podobne do skutków awarii w Szczecinie w 2008 r., gdzie rezultaty awarii dotknęły ponad 500 tys. odbiorców. W niniejszej sprawie możliwe skutki [katastrofy energetycznej] mogłyby być dużo bardziej dotkliwe, ponieważ infrastruktura telekomunikacyjna wykorzystywana przez Zamawiającego przesyła dane do wielu elektrowni". Zamawiający podał również, że dla celów wykonania zamówienia (…) nie jest także możliwe wykorzystywanie innych rozwiązań, poza łącznością za pośrednictwem światłowodów. Nie stosuje się w szczególności połączeń na kablach miedzianych ze względu na krótki zasięg transmisji (ok. 3 km, bez regeneratorów ~ zamawiane łącza nie spełniają tego warunku, są dłuższe) i wrażliwość na zakłócenia. Rozwiązanie to zostało zarzucone w latach osiemdziesiątych ubiegłego stulecia. Stosowanie innego rozwiązania, które hipotetycznie mogłoby zostać zaproponowane przez Odwołującego ~ radiolinii dopuszczalne jest tylko na krótkich odcinkach w ciężkich warunkach terenowych (jeziora, bagna) i tylko wtedy, gdy nie jest wymagana wysoka jakość transmisji (przypadek ten nie zachodzi w odniesieniu do przesyłania sygnałów sterowania elektrowniami i danych rynku energii). Infrastruktura krytyczna nie może opierać się bowiem na rozwiązaniach podatnych na zakłócenia atmosferyczne (śnieg, deszcze, mgły) lub pochodzące z zewnętrznych źródeł emitujących

silne pola elektromagnetyczne np. radary, energetyczne stacje przekształtnikowe lub inne obce urządzenia nadawczo-odbiorcze". Podkreślił, że (…) w odróżnieniu np. od usług telefonii komórkowej, w której istniejąca infrastruktura techniczna obejmuje aktualnie w zasadzie cały kraj (wynika to z rozlokowaniem masztów na terenie całego kraju), istotnym elementem usługi dzierżawy łączy jest lokalizacja geograficzna - kluczowe jest zatem położenie konkretnych łączy, a także dostęp do obiektów, niebędących własnością Zamawiającego, stanowiących infrastrukturę krytyczną kraju podlegającą ochronie w myśl obowiązujących przepisów". Stąd nietrafne jest powoływanie się przez wykonawcę w odwołaniu na uchwałę KIO dotyczącą usług telefonii komórkowej i odnoszenie jej wprost do usług będących przedmiotem zamówienia. Bezspornym jest, że żaden operator sieci komórkowej nie ma monopolu na świadczenie takich usług, i że bardzo łatwo jest zmienić dostawcę usług. Podobnie nietrafne zdaniem Zamawiającego jest powoływanie się na orzeczenie, dotyczące usług telefonii stacjonarnej na potwierdzenie tezy, że „usługi telekomunikacyjne aktualnie na rynku cieszą się dużą konkurencją i obserwuje się stałą tendencję do obniżania cen tych usług przez operatorów". Oprócz tego, że usługi telefonii stacjonarnej nie są usługami tożsamymi z usługami będącymi przedmiotem zamówienia, dodatkowo cytowane przez Odwołującego rozważania KIO zostały wypowiedziane w kontekście zarzutu zaoferowania przez jednego z wykonawców rażąco niskiej ceny, a nie możliwości świadczenia usług przez określonego wykonawcę (lub wykonawców). Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego o braku monopolu w przypadku usług będących przedmiotem zamówienia, Zamawiający stwierdził, że w telekomunikacji monopole naturalne są faktem, a zadaniem regulatora jest zwiększanie konkurencji na rynkach, poprzez wyznaczenie przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej (SMP) i w szczególności nałożenie na niego odpowiednich obowiązków np. obowiązek zapewnienia innym przedsiębiorcom dostępu do infrastruktury (art. 34 ustawy Prawo telekomunikacyjne, „PT"), zakaz dyskryminacji (art. 36 PT). Fakt, że na niektórych z krajowych rynków relewantnych dla usługi dzierżawy łączy przedsiębiorcą posiadającym znaczącą pozycję rynkową (SMP) jest (lub była) Telekomunikacja Polska S.A. (nie jest takim przedsiębiorcą Exatel) nie wyklucza jednak istnienia przedsiębiorcy, który będzie miał pozycję monopolisty, jeśli chodzi o jakiś obszar kraju, region, czy daną lokalizację. Wynika to z faktu, że nie każdy przedsiębiorca ma w każdej lokalizacji potrzebne łącza, z których może korzystać dla celów realizacji danej usługi. Zamawiający wskazał również, że zgodnie z Wytycznymi Urzędu Zamówień Publicznych przesłanka wymieniona w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) PZP znajduje zastosowanie wówczas, gdy specyficzne cechy techniczne danego zamówienia sprawiają, że do jego wykonania zdolny jest jedynie jeden wykonawca. W związku z tym przesłanka ta jest stosowana głównie w okolicznościach istnienia monopolu, chociaż w doktrynie wskazuje się również, że „mogą mieć miejsce przypadki, w których ze względu na szczególność

przedmiotu zamówienia trudno będzie przypisać wykonawcy miano monopolisty, chociaż w danym czasie tylko on będzie w stanie wykonać zamówienie. Podkreślił, że (…) Zamawiający na bieżąco monitoruje wokół obiektów stan sieci światłowodowych wchodzących w zakres Zamówienia, m.in. w celu ustalenia podmiotów mających prawa do infrastruktury i mogących ewentualnie świadczyć usługi dzierżawy łączy. Bieżąca analiza w tym zakresie jest prowadzona, co najmniej od 2009 r., kiedy to Zamawiający podjął strategiczną decyzję dotyczącą budowy własnej sieci światłowodowej. Jednocześnie zaznaczył, że w 2011 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z zapytaniem o ewentualną możliwość świadczenia usług dzierżawy łączy — z uzyskanej przez Zamawiającego odpowiedzi wynikało, że Odwołujący nie jest w stanie świadczyć usługi w zakresie wymaganym przez Zamawiającego (m.in. mimo, że Odwołujący otrzymał nazwy obiektów elektroenergetycznych stanowiących początek i koniec łączy dzierżawionych w roku 2011). Zamawiający podkreślił, że (…) W sytuacji, w której inni przedsiębiorcy nie mają na dzień dzisiejszy niezbędnej infrastruktury w zakresie niezbędnym dla realizacji Zamówienia, mają oni dwie możliwości: (a) albo stworzyć własną infrastrukturę w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia, (b) albo uzyskać dostęp do istniejącej infrastruktury innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych (infrastruktury firmy Exatel), w szczególności na zasadzie art. 139 ust. 1 pkt 1) PT. Jednocześnie podkreślił, że (…) żadne z powyższych teoretycznych rozwiązań kwestii braku niezbędnej infrastruktury nie daje jednak realnej możliwości wykonania Zamówienia, w zakresie, oraz w ramach czasowych wymaganych przez Zamawiającego (Zamawiający podkreśla przy tym, że wymagania te są niezwykle istotne z punktu widzenia zachowania bezpieczeństwa energetycznego kraju)". Dalej podał, że (…) Stworzenie własnej infrastruktury przez Odwołującego w zakresie niezbędnym dla realizacji Zamówienia jest nierealne. Proces ten, w zakresie przygotowania infrastruktury dla aż 95 łączy będących przedmiotem Zamówienia, jeżeli w ogóle byłby możliwy w praktyce, to musiałby być procesem trwającym co najmniej rok lub więcej. W ramach tego procesu wymagane byłyby w szczególności następujące czynności: Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki opublikowane przez Prezesa UZP". Stwierdził również, że (…) Zakup i instalacja przez Odwołującego lub innego przedsiębiorcę włókien światłowodowych tam gdzie jest to niezbędne (przy czym przy 95 łączach niezbędnych do zrealizowania na terenie całej Polski zakres inwestycji może być tu znaczny: należy pamiętać, że 95 łączy oznacza dodatkowo 2 razy więcej obiektów, gdyż każde z nich dowiązane jest do dwóch obiektów)". Podał również, że (…) Uzyskanie przez Odwołującego lub innego przedsiębiorcę dostępu do obiektów energetycznych, w których miałyby być wykonane prace związane z instalacją urządzeń telekomunikacyjnych (przy czym

prawdopodobnie byłyby tu potrzebne zgody korporacyjne w spółkach kontrolujących te obiekty, a także zawarcie odpowiednich umów itp., a dodatkowo spółki te mogłyby odmówić takiego dostępu chociażby ze względów bezpieczeństwa - wynika to ze specyfiki ich działalności - a dodatkowo jest to infrastruktura krytyczna kraju objęta ustawową ochroną, do których dostęp jest ściśle limitowany). Wykonanie prac budowlanych związanych z budową infrastruktury telekomunikacyjnej niezbędnej do wykonania Zamówienia (co wiązałoby się z uzyskaniem dostępu do działek, na których prace te miałyby być przeprowadzone, a niejednokrotnie również dostępu do działek sąsiednich, uzyskaniem stosownych służebności na tych działkach, przygotowaniem projektów, uzyskaniem wymaganych przez prawo zgód i zezwoleń dotyczących przeprowadzenia prac budowlanych, a także samym przeprowadzeniem tych prac itp.)". Dalej podał, że (…) ze względu na zakres inwestycji wymaganych dla. przygotowania własnej infrastruktury niezbędnej dla realizacji Zamówienia, nawet gdyby Zamawiający teoretycznie rozpisał przetarg na usługi będące przedmiotem Zamówienia (do czego Zamawiający nie był jednak zobowiązany), to trudno sobie wyobrazić, aby Odwołujący (lub jakikolwiek inny przedsiębiorca) rozpoczął w tej sytuacji, niejako z wyprzedzeniem, a także dokończył w realnym czasie, realizację czynności wymaganych powyżej". Podkreślił, że (…) żaden rozsądny przedsiębiorca nie podejmuje bardzo kosztownych, i przez to ryzykownych inwestycji, przynajmniej do czasu, gdy ma pewność realizacji danego zamówienia (w praktyce: do momentu wyboru wykonawcy usługi). Ponadto, w przypadku podjęcia inwestycji na potrzeby realizacji Zamówienia, oczywistym jest, że z pomocą stworzonej infrastruktury Odwołujący (ani żaden inny wykonawca) nie

będzie w stanie świadczyć usług komercyjnych za pomocą tej infrastruktury. W związku z tym, że byłyby to łącza wykorzystywane na potrzeby obiektów będących infrastrukturą krytyczną kraju, to mogłyby one w zasadzie być wykorzystywane tylko do tej konkretnej umowy". Dodatkowo podał, że (…) rozpoczęcie tych inwestycji dopiero w momencie uzyskania przez Odwołującego Zamówienia musiałoby się skończyć niemożliwością świadczenia usług przez Odwołującego". W kontekście ewentualnego przeprowadzenia przetargu wskazał, że (…) liczba łączy wykorzystywanych przez Zamawiającego dynamicznie się zmienia. Jeszcze trzy lata temu wykorzystywane było 463 łączy, rok temu 190 łączy, obecnie wykorzystywanych jest 95 łączy (dążeniem Zamawiającego jest bowiem rozbudowa własnej infrastruktury). Co szczególnie istotne, rozbudowa własnej infrastruktury jest procesem czasochłonnym i zależnym od zewnętrznych czynników. Przykładowo, konieczne jest uzyskanie zgód na umieszczenie własnych urządzeń w zakładach energetycznych. Dlatego Zamawiającemu ciężko jest precyzyjnie wskazać jaką liczbę łączy będzie dzierżawił w ciągu najbliższego roku czy kilku lat". Podkreślił, że (…) Zamawiający nie może sobie pozwolić na scenariusz braku możliwości uzyskania usługi będącej przedmiotem Zamówienia, ponieważ każda, nawet bardzo krótka, przerwa w łączności jest skrajnie

---

niebezpieczna z punktu widzenia bezpieczeństwa energetycznego kraju i regionu: może ona skutkować chociażby wyłączeniem lub uszkodzeniem bloków energetycznych, do których nie docierałyby sygnały sterujące (…). W podsumowaniu stwierdził, że (…) stworzenie przez Odwołującego, lub jakiegokolwiek innego przedsiębiorcę infrastruktury alternatywnej dla infrastruktury Exatel, w ramach czasowych niezbędnych dla realizacji Zamówienia, należy uznać za nierealne". Odnośnie możliwości uzyskania przez Odwołującego lub innego wykonawcę dostępu do infrastruktury Exatel stwierdził, że (…) Z wywodów Odwołującego wynika, że Odwołujący nie byłby w stanie świadczyć usługi będącej przedmiotem Zamówienia bez korzystania z infrastruktury telekomunikacyjnej Exatel (Odwołujący pośrednio przyznaje przy tym niejako, że tylko Exatel posiada niezbędną infrastrukturę z punktu widzenia realizacji Zamówienia). Z Odwołania (pkt 12, str. 8, 9 Odwołania) wynika przy tym, iż zakres zaangażowania infrastruktury telekomunikacyjnej Exatel byłby bardzo szeroki - m.in. kanalizację teletechniczną, studzienki kanalizacyjne, ale również ciemne włókna (tj. te włókna w światłowodzie, które nie są aktualnie wykorzystywane)". Dalej zwrócił uwagę, że (…) na Exatel nie spoczywają żadne obowiązki regulacyjne dotyczące konieczności udostępnienia infrastruktury związane z posiadaniem przez Exatel znaczącej pozycji rynkowej (SMP); Exatel nie został uznany za takiego przedsiębiorcę. Dlatego uzasadniając możliwość uzyskania zamówienia, Odwołujący wskazuje na konieczność dostępu do infrastruktury Exatel, wynikającą z art. 139 ust. 1 pkt 1) PT. Jednakże obowiązek udostępnienia infrastruktury telekomunikacyjnej z art. 139 ust. 1 pkt 1) PT ma miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy zachodzą przesłanki wymienione w tym przepisie, tzn. gdy stworzenie własnej infrastruktury przez inny podmiot **„jest** niemożliwe lub niecelowe z punktu widzenia planowania przestrzennego, zdrowia publicznego, ochrony środowiska lub bezpieczeństwa i porządku publicznego." Dalej podał, że wykonawca Exatel nie jest w sposób bezwzględny zobowiązany do udostępnienia infrastruktury. Podkreślił, że w przeszłości istniały w omawianym przepisie dodatkowe przesłanki, które umożliwiały żądanie udostępnienia infrastruktury, takie jak „brak technicznej lub ekonomicznej zasadności powielania istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej". Usunięcie tych przesłanek z ustawy wynikało z konieczności zapewnienia zgodności przepisu z Dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa, „DR"), której przepis został implementowany do prawa polskiego w art. 139 PT. Usunięcie powyższych przesłanek znacznie ograniczyło zakres obowiązku udostępnienia infrastruktury z art. 139 ust. 1 pkt 1) PT. Dodatkowo wskazał, że podstawową formą zapewnienia dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej, jest obowiązek zapewnienia dostępu przez SMP. Nie można jednak, jak chciałby to widzieć Odwołujący, utożsamiać obowiązku udostępnienia infrastruktury z art. 139 ust. 1 pkt 1) PT, z obowiązkiem nałożonym na SMP, który nie zależy

---

od wystąpienia dodatkowych przesłanek. Zdaniem wykonawcy, w świetle art. 12 ust. 2 DR [przepis art. 12 DR został implementowany do polskiego porządku prawnego przez art. 139

PT - dopisek Zamawiającego] rozwiązania przymusowe powinny być stosowane, gdy operatorzy nie mają innych realnych możliwości budowy sieci, jak tylko przez współ wykorzystanie istniejącej infrastruktury i nieruchomości służących potrzebom telekomunikacyjnym. Przyczyną takiego stanu mogą być względy ochrony środowiska, zdrowia publicznego, bezpieczeństwa publicznego oraz wymogi planowania przestrzennego. Nie wystarcza ekonomiczna nieefektywność innych wariantów wytworzenia lub wykorzystania cudzej infrastruktury. Z treści art. 12 ust. 2 DR prawidłowo jest więc wyprowadzany wniosek, że obowiązek współ korzystania może być ustanowiony tylko w przypadku, gdy niemożność wytworzenia lub *wykorzystania alternatywnej infrastruktury jest wynikiem ograniczeń publicznoprawnych związanych z tymi dobrami.* Zamawiający wskazując na przesłanki z art. 139 ust. 1 pkt 1) PT, warunkujące możliwość ubiegania się przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o współ korzystanie z innego infrastruktury przedsiębiorcy, przykładowo wskazał, że będą one spełnione w sytuacji: (i) gdy brak jest miejsc pozwalających na fizyczną lokalizację określonych obiektów lub urządzeń (z uwagi na względy planowania przestrzennego), (ii) gdy istnieje wprawdzie techniczna możliwość wykonania określonych czynności, ale ich realizacja jest związana z zagrożeniem życia ludzkiego (kwestia zdrowia publicznego), (iii) gdy inwestycja w nową infrastrukturę mogłaby mieć negatywny wpływ na środowisko naturalne, a także (iv) gdy jest to uzasadnione względami bezpieczeństwa publicznego. Jego zdaniem (…) Odwołujący nie wykazał spełnienia którejkolwiek z tych przesłanek, oraz wysoce wątpliwe jest, aby zachodziły one w niniejszym stanie faktycznym, zatem możliwość ubiegania się przez niego (jak i przez jakiegokolwiek innego wykonawcę) o współ korzystanie z infrastruktury Exatel należy uznać za jedynie czysto hipotetyczną". Zamawiający ponownie podkreślił, że obowiązek z art. 139 ust. 1 pkt 1) PT nie jest obowiązkiem bezwzględnym również o tyle, że możliwość jego zrealizowania będzie zależała każdorazowo od możliwości technicznych dysponenta infrastruktury, związanych m.in. z „przepustowością" danego łącza itp. *„Słusznie zwraca się uwagę, że przepis art. 139 ust. 1 pr. tel. nie obejmuje kwestii dotyczących faktycznych możliwości zapewnienia dostępu do infrastruktury i skutków współ korzystania dla działalności prowadzonej przez dysponenta infrastruktury. Trudno bowiem zaakceptować sytuację, gdy dysponujący infrastrukturą operator jest zobowiązany do umożliwienia dostępu, niezależnie od skutków, jakie wykonanie tego obowiązku wywoła dla działalności tego operatora. Przede wszystkim trafnie się wskazuje, że skoro dostęp do infrastruktury oznacza wykorzystanie zasobów rzeczowych służących do prowadzenia działalności telekomunikacyjnej, wstępnym warunkiem musi być istnienie takich zasobów. Nie wystarczy bowiem samo istnienie zasobów infrastruktury, gdy zasoby te zostały już wykorzystane przez*

---

dysponenta infrastruktury. Słusznie więc zwraca się uwagę, że przepis art. 139 ust. 1 pr. tel. nie uprawnia operatora poszukującego dostępu do infrastruktury do żądania ograniczenia działalności dysponenta infrastruktury w celu zwolnienia odpowiednich zasobów. Podniósł również, że (...) W przypadku rozstrzygania ewentualnych sporów w tym zakresie, kluczowe znaczenie należy przypisać zasadzie proporcjonalności odnoszącej się do wszelkich obciążeń i ograniczeń nakładanych na obywateli i przedsiębiorców w interesie ogólnym. Nie jest więc uzasadnione domaganie się od operatora dysponującego infrastrukturą, aby wykonując obowiązek przewidziany przez art. 139 ust. 1 pr.tel. pokonywał znaczące trudności techniczne, znosił długotrwałe przerwy w pracy własnej sieci lub zagrożenie dla jej integralności". Stwierdził także, że (…) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej („UKE") widzi art. 139PT jako jeden z mechanizmów mających zachęcić operatorów do inwestowania w sieci nowych technologii. Wg Prezesa UKE celem art.139PT jest zachęcenie przedsiębiorców do budowy sieci, przy wykorzystaniu elementów infrastruktury telekomunikacyjnej innych przedsiębiorców, natomiast w żadnym razie nie chodzi tu o świadczenie usług w oparciu o cudzą infrastrukturę". Jest to o tyle logiczne, że inne rozumienie art. 139 PT hamowałoby rozbudowę nowej infrastruktury". Jego zdaniem, (…) Stanowisko Prezesa UKE w sprawie wdrożenia obowiązku umożliwienia dostępu do nieruchomości, w tym do budynków oraz infrastruktury telekomunikacyjnej - nikt nie chciałby bowiem ponosić ciężarów finansowych i organizacyjnych związanych z jej budową. Nawet jednak, gdyby hipotetycznie Odwołujący lub jakikolwiek inny podmiot mógł uzyskać dostęp do infrastruktury Exatel, to i tak proces przygotowania innego wykonawcy do wykonywania Zamówienia musiałby być procesem wieloletnim. W ramach tego procesu wymagane byłyby w szczególności następujące czynności: a) Uzyskanie przez

Odwołującego lub innego przedsiębiorcę dostępu do obiektów energetycznych, w których miałyby być wykonane prace związane z instalacją urządzeń telekomunikacyjnych, a także ich serwisowaniem (przy czym prawdopodobnie byłyby tu potrzebne zgody korporacyjne w spółkach kontrolujących te obiekty, a także zawarcie prawie 100 odpowiednich umów, a dodatkowo spółki te mogłyby odmówić takiego dostępu chociażby ze względów bezpieczeństwa - wynika to ze specyfiki ich działalności /infrastruktura krytyczna kraju/ - ponadto działalność spółek dystrybucyjnych polegająca na udostępnieniu infrastruktury i osiąganie z tego tytułu przychodu przez te spółki musiałoby być zatwierdzone przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, co także jest procesem czasochłonnym), b) Konieczność zakupu i ustawienia przez Odwołującego lub innego przedsiębiorcę własnych urządzeń telekomunikacyjnych w obcych obiektach, c) Przeprowadzenie testów 95 łączy, co również jest procesem długotrwałym, a konieczność przeprowadzenia tego procesu wynika z międzynarodowych norm ITU-T *{International Telecommunication Union - Telecommunicalion Standardization Sector);* każde łącze powinno być testowane osobno,

przez minimum 24 godziny (w uzasadnionych przypadkach przez 7 dni); w przypadku jednoczesnego testowania wymaga to użycia specjalistycznej aparatury i zespołów w liczbie odpowiadającej 95 łączom, oraz d) Przełączenie transmisji: musiałoby się odbyć jednocześnie na wszystkich łączach i w sposób bezpieczny, ograniczający skutki braku transmisji. Przełączanie takie musi być wcześniej uzgodnione z Krajową Dyspozycją Mocy, elektrowniami, zakładami energetycznymi oraz z rynkiem energii i partnerami zagranicznymi w przypadku łączy międzynarodowych. W związku z powyższym przełączenie transmisji musiałoby być rozciągnięte na bliżej nieokreślony okres czasu." W podsumowaniu stwierdził, że (…) uzyskanie przez Odwołującego, łub jakiegokolwiek innego przedsiębiorcę dostępu do infrastruktury Exatel, oraz przygotowanie się przez innego wykonawcę do świadczenia usług, w ramach czasowych niezbędnych dla realizacji Zamówienia, należy również uznać za nierealne. Ponadto, gdyby wykonawca inny niż Exatel rozpoczął starania o dostęp do cudzej infrastruktury dopiero w momencie uzyskania zamówienia (żaden racjonalny wykonawca nie podjąłby tak ogromnego wysiłku wcześniej) to z pewnością zakończyłoby się to niemożliwością świadczenia przez niego usługi". Wskazując na dotychczasową argumentację Zamawiający stwierdził, że nie naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Podał również, że odnośnie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, nie jest jasne w jaki sposób miałoby dojść do takiego naruszenia (zarzut ten należy uznać za niedostatecznie sprecyzowany). Z powyższych powodów – zdaniem Zamawiającego - kluczowe jest, aby w przypadku zakończenia realizacji danej usługi na rzecz Zamawiającego, dokładnie od tego momentu była zapewniona usługa na okres kolejny w zakresie wszystkich wymaganych łączy ~ i to nie usługa, która tylko w sposób hipotetyczny (i przez to wysoce niepewny) może być świadczona, w bliżej nieokreślonej przyszłości, czy też usługa, w której występują przerwy lub błędy, ale usługa realna i absolutnie pewna. Podkreślił, że (…) Zamawiający nie może pozwolić na jakiekolwiek przerwy w świadczeniu usługi, a odwołanie Odwołującego i żądanie unieważnienia umowy zmierza w istocie nieuchronnie do tego, aby taka przerwa miała miejsce. Konsekwencje jakiejkolwiek przerwy mogą być jednak skrajnie niebezpieczne dla systemu energetycznego kraju.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk przedstawionych w toku rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu w związku z art.192 ust.2 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. c) w związku z art. 146 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.

Tak jak stwierdzila Izba, odwołanie zostało wniesione wobec czynności naruszenia art. 134 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp, albowiem Odwołujący [dalej również: firma Netia] nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, że tylko wybrany wykonawca - Exatel S.A. z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze może świadczyć usługę dzierżawy łączy o przepływności 2 Mbit/s dla sieci technologicznej PSE

S.A. Jego zdaniem, także inni wykonawcy występujący na rynku oferują usługi objęte przedmiotem zamówienia. Wykonawca wskazał także na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 29 ust. 2 tej ustawy, albowiem jego zdaniem postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przeprowadzone w sposób, który nie zapewniał zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a przedmiot zamówienia opisany został w sposób, który utrudniał – potencjalnemu zainteresowanemu zamówieniem przedsiębiorcy - uczciwą konkurencję. Wskazując na powyższe wniósł o unieważnienie umowy w związku z zaistnieniem przesłanki, o której mowa w art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Rozpoznając odwołanie i – uwzględniając wniosek Zamawiającego w przedmiocie oddalenia odwołania bez merytorycznego rozpoznania zarzutów – Izba, w pierwszej kolejności miała na uwadze ustalenie, czy firma Netia ma legitymację procesową, określoną art. 179 ust.1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zamawiający bowiem, wnioskując o oddalenie odwołania bez merytorycznego rozpoznawania zarzutów, stwierdził, że wnoszący odwołanie nie ma i nie miał interesu w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu, a uwzględniając stan faktyczny sprawy Odwołujący także nie poniósł, ani nie poniesie żadnej szkody, której wykazania wymaga ten przepis. Wnioskodawca podkreślił, w szczególności, że Odwołujący nie ma możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia na warunkach wymaganych przez Zamawiającego oraz, że tylko wybrany wykonawca - Exatel S.A. z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze może świadczyć usługi, będące przedmiotem zamówienia na podstawie art. 134 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp, jak również, że Zamawiający nie naruszył przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 29 ust. 2 tej ustawy. Zdaniem Zamawiającego, nie można uznać, że wnosząc odwołanie firma Netia dąży do uzyskania zamówienia, w sytuacji, w której obiektywnie nie jest w stanie

---

go zrealizować, w szczególności biorąc pod uwagę warunki techniczne konieczne do spełnienia przez wykonawcę oraz wymagane (a niezbędne z punktu widzenia zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego kraju) przez Zamawiającego terminy i sposób świadczenia usługi. W tym przypadku, Izba przede wszystkim stwierdziła, że zgodnie z art. 179 ust.1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej w rozumieniu tego przepisu przysługują obok wykonawcy zdefiniowanego w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, czy uczestnika konkursu [art. 118 ustawy Pzp] również innemu podmiotowi. Zdaniem Izby, takim podmiotem - jak w niniejszej sprawie - będzie przedsiębiorca, który mógłby być potencjalnym uczestnikiem postępowania konkurencyjnego [prowadzonego w jednym z trybów określonych ustawą], ale wobec wszczęcia postępowania, w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust.1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp z naruszeniem – zdaniem Odwołującego - tego przepisu, uniemożliwił mu wzięcie udziału w postępowaniu w charakterze wykonawcy. Zdaniem Izby, żadnemu potencjalnemu podmiotowi, mogącemu wykonać zamówienie nie można a' prori odmówić interesu we wnoszeniu odwołania w koniunkcji z utratą możliwości uzyskania zamówienia [możliwość poniesienia szkody], będącej wynikiem nieprawidłowo zastosowanego trybu udzielenia zamówienia. W niniejszej sprawie Izba uznała, że Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, na gruncie art. 179 ust.1 ustawy Pzp, gdyż jest on – niekwestionowanym przez Zamawiającego przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (co potwierdził zaświadczeniem z rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych), którego zakres działalności obejmuje m.in. świadczenie usług dzierżawy łączy i tym samym mógłby potencjalnie ubiegać się o wykonywanie usługi będącej przedmiotem zamówienia. To oznacza, że udzielenie zamówienia przez Zamawiającego w trybie zamówienia z wolnej ręki na rzecz innego podmiotu może spowodować powstanie po stronie Odwołującego szkody z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, o którego uzyskanie – jak wskazano - mógłby się realnie ubiegać. Zdaniem Izby, zbyt wąskie rozumienie interesu w koniunkcji z potencjalną możliwością poniesienia szkody pozostawałoby w sprzeczności m.in. z dyrektywą Rady 89/665/665 i 92/13/EWG zmienionych dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG. Na marginesie Izba stwierdza, że orzeczenia KIO wiążą w sprawie, której dotyczy rozstrzygnięcie. Ponadto orzeczenie KIO 947/12 powołane zostało intencjonalnie, albowiem wbrew twierdzeniom Zamawiającego, dotyczy innych okoliczności faktycznych. Przede wszystkim terminy rozpoczęcia realizacji inwestycji były uzależnione od środków finansowych, a co więcej dotyczyły nowego zadania, a nie zadania kontynuowanego, jak w przypadku zamówienia, którego dotyczy spór. Izba stwierdza

również, że w niniejszej sprawie w toku rozprawy Zamawiający nie przedłożył żadnego dowodu dla potwierdzenia stanowiska, że wnoszący odwołanie wykonawca nie jest w stanie spełnić - przy założeniu obiektywnie rozsądnych terminów - warunków technicznych

27

---

zamówienia. W tym przypadku Izba miała na uwadze wytyczne z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą kontradyktoryjności, która obowiązuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i zgodnie z tą zasadą strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust.7 ustawy Pzp, przestrzegając jednocześnie zasad logicznego i uzasadnionego rozumowania.

Rozpoznając, zatem zarzut naruszenia art. 134 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp Izba przede wszystkim stwierdziła, że firma EXATEL jest dotychczasowym realizatorem usługi. Jak podano w Sekcji IV – Procedura pkt IV.1.1. Ogłoszenia o udzieleniu zamówienia [dalej Ogłoszenie] z dnia 30 maja 2013 r. usługa dzierżawy łączy cyfrowych 2 Mbit/s na potrzeby OSP była zapewniana przez tego wykonawcę od 2002 r. Wskazano również na ostatnią z umów, zawartych także w trybie zamówienia z wolnej ręki, z okresem obowiązywania od 1.04.2011 r. do 31.03. 2013 r. W Ogłoszeniu tym wskazano również, że (…) W celu zapewnienia bezpieczeństwa systemu konieczne jest przedłużenie tej umowy na kolejne dwa lata i wskazano na jej wygaśnięcie z dniem 31 marca 2013 r. Izba zauważa, że w tym przypadku nie skorzystano z fakultatywnej opcji Ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante. Tak jak ustaliła Izba, umowa została zawarta w dniu 4 kwietnia 2013 r. z okresem obowiązywania od dnia 1 kwietnia do dnia 31 marca 2015 r. W Ogłoszeniu, wskazując na art. 134 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp podano, następujące przyczyny zastosowania tych przepisów, a mianowicie, że:

1. jedynym medium teletransmisyjnym zapewniającym wymagane parametry dla stałego nadzoru KSE oraz bezpieczeństwo linii przesyłowych jak również urządzeń znajdujących się w stacjach elektroenergetycznych jest dowiązanie światłowodowe;
2. żaden operator telekomunikacyjny, z wyjątkiem Exatel S.A., nie posiada dowiązań światłowodowych do obiektów elektroenergetycznych, do których wymagane jest zapewnienie łączy, będących przedmiotem zamówienia;
3. dowiązania światłowodowe, którymi dysponuje Exatel S.A, są już wyposażone w urządzenia, które umożliwiają wykorzystanie łączy o parametrach wymaganych przez PSE;
4. łącza te są obecnie z powodzeniem wykorzystywane przez PSE. Powierzanie realizacji zamówienia Exatel S.A gwarantuje osiągnięcie wymaganych parametrów jakościowych.

28

Zdaniem Izby, firma Exatel, jako dotychczasowy wykonawca usługi, niewątpliwie jest podmiotem, który na dzień 1 kwietnia 2013 r. gwarantował osiągnięcie wymaganych parametrów jakościowych. Niewątpliwie dowiązania światłowodowe, którymi dysponuje Exatel S.A, są już wyposażone w urządzenia, które umożliwiają wykorzystanie łączy o parametrach wymaganych przez PSE, jak również Exatel jest jedynym medium teletransmisyjnym zapewniającym wymagane parametry dla stałego nadzoru KSE oraz bezpieczeństwo linii przesyłowych jak również urządzeń znajdujących się w stacjach elektroenergetycznych jest dowiązanie światłowodowe, i niewykluczone, że żaden operator telekomunikacyjny, z wyjątkiem Exatel S.A., na dzień 1 kwietnia 2013 r., nie posiadał dowiązań światłowodowych do obiektów elektroenergetycznych, do których wymagane jest zapewnienie łączy, będących przedmiotem zamówienia. Jednakże powyższe okoliczności są skutkiem wykonywanej od wielu lat usługi w oparciu o zamówienie z wolnej ręki, co nie mogło stanowić wystarczającej i bezpośredniej podstawy dla zamówienia udzielonego w roku 2013 z okresem obowiązywania od 1 kwietnia 2013 r. do 31 marca 2015 roku na podstawie wskazanego art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp. Izba zwraca uwagę, że tryb zamówienia z wolnej ręki – tak jak podnosi się w doktrynie oraz orzecznictwie krajowym i

europejskim - stanowi najdalej idący wyjątek od zasady konkurencyjności postępowań na gruncie Prawa zamówień publicznych. Tym samym tryb ten można zastosować tylko w sytuacjach ściśle określonych przez Pzp, w tym przypadku art. 67 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, a żadna z przesłanek jego zastosowania nie może być traktowana w sposób rozszerzający. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie istnienie tylko jednego dostawcy lub wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania zamawiającego. Przesłanka jednego wykonawcy, warunkująca dopuszczalność udzielania zamówienia [z wolnej ręki] na podstawie tego przepisu dotyczy sytuacji, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca - monopolista, świadczący tego rodzaju szczególne usługi, a obiektywne względy techniczne muszą być poparte rzeczywistym monopolem danego wykonawcy, warunkującym realizację danej usługi tylko przez tego wykonawcę. Z pewnością przekonanie zamawiającego, że tylko dotychczasowy realizator usługi daje gwarancją najlepszego wykonania danego przedmiotu zamówienia, nie jest wystarczającym wypełnieniem powołanych przesłanek. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki możliwe jest tylko w przypadku, gdy nie istnieje na rynku jakakolwiek inna możliwość wykonania zamówienia przez innego wykonawcę [innych wykonawców], która alternatywnie realizowałyby cele danego postępowania. Izba ponownie podkreśla, że dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp nie jest wystarczające wskazanie, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Przede wszystkim Zamawiający musi wykazać, że tylko wyłącznie jeden

wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem, obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Te okoliczności mogłyby być dotychczas zweryfikowane przez PSE, chociażby w trybie prowadzonych postępowań w konkurencyjnych trybach przewidzianych ustawą. Jednakże to wymagało, odpowiednio wyprzedzającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania, z pewnością nie 27 dni przed upływem terminu obowiązywania umowy [4 marca 2013 r. podjęto negocjacje z Exatelem]. Mając zatem na względzie wymagania określone wskazanym art. 190 ust.1 ustawy Pzp, Izba stwierdza, że Zamawiający nie wykazał, tych przeszkód na które powołuje się w odpowiedzi na odwołanie, a w szczególności, że stanowisko Prezesa UKE w sprawie wdrożenia obowiązku umożliwienia dostępu do nieruchomości, w tym do budynków oraz infrastruktury telekomunikacyjnej [maj 2013] nie jest zasadne i wykonawca Exatel, podobnie jak inni operatorzy, nie są zobowiązani na gruncie ustawy Prawo Telekomunikacyjne [art. 139 oraz art. 36 i 37 tej ustawy], czy też ustawy o zarządzaniu kryzysowym do umożliwienia dostępu innym przedsiębiorcom do nieruchomości [w tym do budynku] oraz infrastruktury telekomunikacyjnej m.in. dla potrzeb wybudowania przez nich własnej infrastruktury telekomunikacyjnej. Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że sposób uzyskania oferowanego produktu musi być skorelowany z faktycznymi możliwościami dostępnymi na rynku. Izba podzieliła również pogląd Odwołującego, że sposób świadczenia usługi 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. Ubiegającymi się o przedmiotowe zamówienie mogą być np. także wykonawcy działający wspólnie [konsorcja operatorów telekomunikacyjnych] - nie tylko wykonawcy działający pojedynczo, albo też wykonawcy korzystający z zasobów podmiotów trzecich. Oczywiście warunki techniczne oraz terminy realizacji mają być przede wszystkim podyktowane uzasadnionymi obiektywnymi potrzebami zamawiającego i może to powodować – nawet pośrednio - ograniczenie konkurencyjności postępowania, preferując jeden z podmiotów. Izba podkreśla, że jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych – jak słusznie zauważył Odwołujący - jest zasada tzw. neutralności opisu przedmiotu zamówienia. Zasada ta oznacza w praktyce eliminację z opisu wszelkich elementów, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę. Zgodnie bowiem z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a dyskryminacja wykonawców może przejawiać się w takim opisie przedmiotu zamówienia, który nie jest uzasadniony obiektywnymi wymaganiami

zamawiającego, a faktycznie ogranicza konkurencję na rynku. Jednocześnie w niniejszej sprawie, Zamawiający musi również uwzględniać uwarunkowania prawne, które nakładają na Exatel [jak i innych operatorów] obowiązki związane z udostępnieniem posiadanej infrastruktury innym podmiotom. Izba zwraca również uwagę, że fakt wykorzystywania urządzeń jednego operatora nie może być podstawą do twierdzeń o istnieniu monopolu jednego wykonawcy. Ponadto Zamawiający nie sprecyzował, jakiego to rodzaju urządzenia posiadane przez wykonawcę Exatel, mają przesądzać o istnieniu monopolu tego wykonawcy i nie wykazał, że w trakcie aktualnie wykonywanej umowy Exatel wykorzystuje urządzenia nie typowe, nie możliwe do nabycia na rynku przez przeciętnego wykonawcę. Tym samym twierdzenia o technologicznym monopolu wykonawcy Exatel w zakresie wykorzystywanych przez tego wykonawcę urządzeń nie zostało poparte żadnym dowodem. Zdaniem Izby, Zamawiający błędnie utożsamia fakt wykorzystywania obecnie infrastruktury firmy Exatel z istnieniem monopolu tego wykonawcy na wykonywanie przedmiotu świadczenia. W konkluzji Izba stwierdza, że podstawą zastosowania przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy jest szczególny charakter danego zamówienia powodujący, że może zostać ono zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę, przy czym nie jest wystarczające, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej bądź w najszerszym zakresie. Dla jej zastosowania niezbędne jest wykazanie, że dany produkt może być wytworzony [lub dostarczony] tylko przez określonego wykonawcę oraz, że na rynku [szeroko rozumianym – krajowym i zagranicznym] nie istnieją rozwiązania, które pod względem funkcjonalnym mogłyby stanowić rozwiązania równoważne - odpowiadające potrzebom zamawiającego - oferowane przez danego wykonawcę. Tym samym, w sytuacji, gdy na rynku istnieje możliwość uzyskania zamówienia od innego wykonawcy [innych wykonawców] nie można powoływać się na ten przepis, albowiem takie zachowanie prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców. Izba podkreśla, że udzielając zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp nie można powoływać się na renomę danej firmy lub zaufanie, jakim jest darzona przez zamawiającego, albowiem taka subiektywna ocena wykonawcy nie ma znaczenia dla dopuszczalności zastosowania trybu z wolnej ręki na wskazanej podstawie prawnej. Rzeczywisty monopol danego wykonawcy musi mieć charakter trwały i nieprzezwyciężalny oraz podlega obiektywnej ocenie. Izba zwraca uwagę, że na podstawie okoliczności faktycznych nie jest możliwe wnioskowanie o braku możliwości przeprowadzenia postępowania konkurencyjnego w jednym z trybów otwartych, włącznie z konkurencyjnymi procedurami negocjacyjnymi oraz braku możliwości wyłonienia innego wykonawcy, spełniającego wymagania stawiane przedmiotowemu zamówieniu, niż firma Exatel. Izba ponownie podkreśla, że w postępowaniu odwoławczym, w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy i zgodnie ze wskazywaną już zasadą kontradyktoryjności na Zamawiającym ciążył obowiązek w związku z art. 6 kc wskazania dowodów na

potwierdzenie rzeczywistego monopolu firmy Exatel. Tym samym podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 134 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 29 ust.2 ustawy Pzp, Izba miała na uwadze przepis art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, który wymaga wskazania nie tylko podstaw prawnych czynności [zaniechania] kwestionowanych w odwołaniu, ale również – podstaw faktycznych danego zarzutu. W przypadku wskazanego naruszenia, firma Netia, podnosząc ten zarzut, wskazała tylko na treść przepisu i m.in. w podsumowaniu twierdzeń, jak również w dalszej części uzasadnienia nie podano na czym naruszenie tego przepisu miałoby polegać w niniejszej sprawie. Podobnie, w odniesieniu do zarzutu naruszenia art.7 ust.1 ustawy Pzp – brak jest argumentacji i tym samym, co najwyżej zarzut w części dotyczącej przeprowadzenia postępowania z naruszeniem uczciwej konkurencji mógłby podlegać uwzględnieniu przez Izbę, w związku z uwzględnieniem zarzutu naruszenia art. 134 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp oraz w zw. z art. 146 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba, rozstrzygając w niniejszej sprawie i biorąc pod uwagę argumentację Zamawiającego, co do specyfiki tego przedmiotu zamówienia, w szczególności, co do

specyfiki zadań realizowanych przez Zamawiającego PSE z użyciem tej usługi oraz, że nawet bardzo krótka, przerwa w łączności jest skrajnie niebezpieczna z punktu widzenia bezpieczeństwa energetycznego kraju i regionu, [co mogłoby skutkować chociażby wyłączeniem lub uszkodzeniem bloków energetycznych, do których nie docierałyby sygnały sterujące] - uwzględniła przepis art. 192 ust.3 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp. Przepis ten przede wszystkim zezwala Izbie odstąpić od unieważniania umowy w całości i orzec, albo o skróceniu okresu obowiązywania umowy, albo nałożyć karę finansową w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Zdaniem Izby, podnoszona przez Zamawiającego argumentacja, wymagała zastosowania wskazanego przepisu i orzeczenia tylko o skróceniu okresu obowiązywania spornej umowy, mając na uwadze, że jej realizacja przez okres najbliższych 12 miesięcy jest niezwykle istotna z punktu widzenia zachowania bezpieczeństwa energetycznego kraju. W tym czasie, według prognoz Izby - Zamawiający będzie miał możliwość przygotować postępowanie w trybie konkurencyjnym, w tym uwzględniając wszystkie obiektywne jego potrzeby, rzetelnie i obiektywnie określić, w szczególności, warunki techniczne konieczne do spełnienia przez wykonawcę oraz wymagania niezbędne z punktu widzenia zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego kraju i sposób świadczenia usługi, a także obiektywnie zdefiniować zdolność techniczną wykonania zamówienia przez potencjalnego wykonawcę, co w niniejszej sprawie nie

musiałoby się wiązać, już na etapie składania ofert, z przeprowadzeniem inwestycji polegającej na budowie niezbędnej infrastruktury, a tylko legitymowaniem się stosownymi promesami. Prowadząc następnie postępowanie Zamawiający będzie miał możliwość obiektywnego zweryfikowania rynku wykonawców. Izba ponadto zwraca uwagę, że potencjalny wykonawca zainteresowany ubieganiem się o udzielenie zamówienia będzie w stanie, w dających się przewidzieć realiach czasowych, uwzględniając chociażby konieczność pozyskania zgód operatorów sieci, uzyskać techniczną możliwość realizacji zamówienia, o ile Zamawiający w warunkach postępowania uwzględni tzw. vacatio na wejście w życie postanowień umowy, w zakresie rozpoczęcia realizacji już usługi dzierżawy łączy o przepływności 2 Mbit/s dla sieci technologicznej PSE S.A.

Izba stwierdza dodatkowo, że rozważała, z uwagi na przepis art. 192 ust.3 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, alternatywnie, nałożenie kary pieniężnej. Jednakże konstrukcja umowy – brak określenia łącznego końcowego wynagrodzenia oraz stanowcze brzmienie art. 193 ustawy Pzp i w tym przypadku żądanie Odwołującego, nie pozwoliło na zastosowanie tego alternatywnego rozstrzygnięcia. Izba zwraca uwagę, że w umowie, podobnie w Ogłoszeniu o udzieleniu zamówieniu, nie podano kwoty łącznego wynagrodzenia, wskazując tylko ceny jednostkowe, a przepis art. 193 ustawy Pzp, który w niniejszej sprawie mógłby mieć zastosowanie, wymaga przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej uwzględniać w jej podstawach naliczania, wynagrodzenie wykonawcy przewidziane w umowie. Jednocześnie Izba zauważa, że kumulacja obu tych środków w jednym wyroku nie jest dopuszczalna na gruncie ustawy Pzp.

Wobec powyższych ustaleń, Izba mając na uwadze postanowienia art. 192 ust.3 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp w związku z art. 146 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła orzec o skróceniu obowiązywania umowy Nr PSE/DT/025/2013 na świadczenie usługi dzierżawy łączy o przepływności 2 Mbit/s dla sieci technologicznej PSE S.A. do dnia 31 marca 2014 r. uznając, że utrzymanie tej umowy w części leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinie bezpieczeństwa. W ocenie Izby, okres obowiązywania umowy, powinien, uwzględniając przepisy ustawy Pzp oraz możliwe do zastosowania tryby, pozwolić na przeprowadzenie procedury konkurencyjnej, celem wyłonienia wykonawcy usługi dzierżawy łączy o przepływności 2 Mbit/s dla sieci technologicznej PSE S.A, zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie

przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając także § 3 pkt 2 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.

……

……

……