

WYROK

W I MIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 sierpnia 2008 r.

Sąd Okręgowy w Szczecinie Wydział II Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SO Agnieszka Bednarek (spr.)
Sędzia SO Bożena Badenio-Grcgrowicz
Sędzia dcl. SR Elżbieta Woźniak
Protokolant apl. sąd. Sylwia Karwecka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2008 r. w Szczecinie sprawy

ze skargi zamawiającego Skarbu Państwa -Komendanta Wojewódzkiego Policji w Szczecinie
przy udziale Polkomtel Spółki Akcyjnej w Warszawie
o zamówienie publiczne

na skutek skargi wniesionej przez Skarb Państwa -Komendanta Wojewódzkiego Policji w
Szczecinie od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z dnia 21 maja 2008r.
sygn. akt. KIO/UZP 442/08

- I. oddała skargę;
zasadza od zamawiającego Skarbu Państwa -Komendanta Wojewódzkiego Policji w
II. Szczecinie na rzecz Polkomtel Spółki Akcyjnej w Warszawie kwotę 300zł (trzysta
złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Na oryginale właściwe podpisy

Zartgafajność
St. Sfikrod/rz'Sądowy
DoriftabaniuchA

Sygn. akt. TT Ca 657/08

UZASADNIENIE

Dnia 25 kwietnia 2008r., Polkomtel Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie złożyła protest wobec treści czynności Zamawiającego- Komendy Wojewódzkiej Policji w Szczecinie podjętej w toku postępowania, polegającego na sporządzeniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w sposób ograniczający wykonawcę co do sposobu spełnienia świadczenia oraz naruszający równe traktowanie wykonawców i uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji.

Czynnościom Zamawiającego protestujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z. wymaganiem świadczenia usług wyłącznie drogą radiową, a w przypadku lokalizacji „Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie” wyłącznie za pomocą ziemnego, światłowodowego przyłącza kablowego przy wykorzystaniu przełącznicy optycznej tj. z wyłączeniem drogi radiowej.

Uzasadniając swoje stanowisko protestujący podniósł, iż zamawiający niniejszym zapisem uniemożliwił uczestnictwo w postępowaniu wykonawców, którzy nie posiadają aktualnie doprowadzonego łącza kablowego do lokalizacji wskazanych przez zamawiającego, a którzy mogliby świadczyć usługi telekomunikacyjne za pośrednictwem łączy radiowych, jednocześnie preferując wykonawców, którzy posiadają już. wymagane łącze przewodowe.

Formułując powyższy zarzut protestujący domagał się uwzględnienia protestu oraz doprowadzenia postępowania do jego zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych przez odpowiednią modyfikację treści SIWZ, a mianowicie przez usunięcie warunku świadczenia usług drogą kablową tj., z wyłączeniem drogi radiowej.

W rozstrzygnięciu protestu dnia 5 maja 2008r., Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie zamawiający w części A oddalił protest, zaś w części B częściowo go uznał.

Względem części A zamawiający wskazał, iż w przytoczonym warunku świadczenia usług wyłącznie drogą kablową, a w przypadku KWP w Szczecinie światłowodem, zachował obowiązujące standardy realizacji takich przedsięwzięć z jednoczesnym zastrzeżeniem braku możliwości ingerencji w infrastrukturę na obiektach zamawiającego. Uznał, iż ochrona praw zamawiającego do rozporządzania własną istniejącą i planowaną infrastrukturą nie stanowi ani naruszenia interesu prawnego jakiegokolwiek wykonawcy ani też naruszenia postanowień ustawy. Zamawiający jest zdania, iż nie ma obowiązku modyfikować swoich urządzeń i instytucji usługowych celem ułatwienia wykonawcy realizacji usługi.

Względem części B zamawiający stwierdził, iż nie narzuca wykonawcy technologii realizacji usług w jego własnej sieci, a jedynie sposób doprowadzenia usług do poszczególnych lokalizacji (obiektów) zamawiającego. Z tych względów usunięto treść znajdującą się po myślniku w rozdziale III pkt 5 ppkt 4 lit b), jako że mogła ona budzić zastrzeżenia co do swojej formy i niezamierzonej intencji opiniowania technologii radiowej.

Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie wobec oddalenia protestu dnia 9 maja 2008r., wniósł do Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie podtrzymując zarzuty podniesione w proteście. Jednocześnie odwołujący uznał, iż w oparciu o rozstrzygnięcie protestu w części B zamawiający wycofał się z twierdzenia, że jakość usług świadczonych drogą radiową uzasadnia ograniczenia nałożone przez zamawiającego, co do sposobu świadczenia- ę,7y też - sposobu doprowadzenia usług do poszczególnych lokalizacji zamawiającego. Jakość ta nie jest bowiem gorsza od jakości usług świadczonych drogą kablową. W oparciu zaś o część A odwołujący uznał, że zamawiający sugeruje przejściowe korzystanie z infrastruktury, która jest

własnością podmiotów zewnętrznych wybudowaną w ramach wcześniejszych inwestycji. Wskazał jednocześnie na sprzeczność stanowiska zamawiającego, który z jednej strony nic dopuszcza doprowadzenia usług do jego lokalizacji drogą inną niż

?

kablową, gdyż wymagałoby to „ingerencji w infrastrukturę”, z drugiej zaś sugeruje, że ingerencja w infrastrukturę jest dopuszczalna, jeśli chodzi o przyłączenie kabli. Ponadto odwołujący podniósł, iż naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp nie miałoby miejsca, gdyby zamawiający dopuścił doprowadzenie usług do jego lokalizacji drogą radiową. W tym kontekście wskazał, że instalacja anteny co do zasady nie wymaga uzyskania decyzji administracyjnych i trwa nieporównanie krócej niż instalacja kabli. Po zakończeniu zaś wykonania zamówienia antena taka może bez uszczerbku dla infrastruktury zamawiającego zostać zdemonstrowana, w związku z czym wykonawca taki nic musi uwzględniać kosztów urządzeń w cenie oferty. Ponadto dopuszczenie drogi radiowej doprowadziłoby nie tylko do złożenia ofert przez większą liczbę wykonawców, lecz również do uzyskania cen niższych niż w przypadku możliwości faktycznego ubiegania się o zamówienie przez ograniczony krąg wykonawców. Jednocześnie sam sposób świadczenia usług w technologii radiowej nie powoduje ingerencji w infrastrukturę zamawiającego. J. jakie rozwiązanie w żaden sposób nie pogarsza sytuacji zamawiającego, czego nie można powiedzieć o fizycznej ingerencji związanej z kładzeniem kabla i wynikającym z tego ryzykiem.

Wyrokiem z dnia 21 maja 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie złożone przez Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie od rozstrzygnięcia protestu i nakazała zamawiającemu tj. Komendzie Wojewódzkiej Policji w Szczecinie dokonanie modyfikacji postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w ten sposób, że:

1. w rozdziale III pkt 5 ppkt 3 SIWZ dokonać zmiany zapisu: „Zamawiający nie dopuszcza świadczenia usług inną drogą niż kablówką, a w lokalizacji „Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie”, inną drogą niż za pomocą ziemnego, światłowodowego przyłącza kablówkowego przy wykorzystaniu przełącznicy optycznej” na zapis uwzględniający sposób świadczenia usług nie tylko drogą kablówką, ale także drogą radiową,
2. w rozdziale III pkt 5 ppkt 4 lit. b SIWZ poprzez skreślenie istniejącego zapisu.

W uzasadnieniu wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust 1 oraz art. 29 uSt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest, zasadny. Przyjmując takie stanowisko (zba kierowała się zasadą neutralności opisu przedmiotu zamówienia, której kwintesencję stanowi art. 29 ust 2 powołanej wyżej ustawy, zgodnie z którym przedmiot zamówienia nie można opisywać w taki sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Dla uzasadnienia swojego stanowiska Izba przywołała również wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., a mianowicie, że zakazane jest formułowanie warunków postępowania w sposób uniemożliwiający swobodny dostęp do udziału w postępowaniu, co oznacza konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę bądź też takich, które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodując sytuację, w której jeden z zainteresowanych podmiotów byłby bardziej uprzywilejowany od innych. Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż nic kwestionuje prawa zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami, jednakże zamawiający nie wykazał, iż sporne zapisy co do opisu przedmiotu zamówienia uzasadnione są takimi właśnie potrzebami.

Ponadto Izba podniosła, iż fakt eliminacji jednej z możliwych technologii tj.. drogi radiowej ogranicza w sposób niewątpliwy krąg wykonawców zdolnych do wykonania niniejszego zamówienia, a to z kolei narusza zasadę równego traktowania wykonawców. Z kolei stanowisko zamawiającego, iż na rynku istnieją wykonawcy zdolni zrealizować zamówienia zgodnie z jego opisem nie przesądza jeszcze o dopuszczalności takiego opisu. Nie można bowiem przygotować go w taki sposób, aby stanowił on barierę dostępu do postępowania.

Od powyższego wyroku skargę złożył Zamawiający Skarb Państwa - Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie. Skarżący zaskarżył powyższy wyrok w całości zarzucając mu całkowicie nieuzasadnione i błędne przyjęcie, iż zawarty w oprotestowanej przez Polkomtel S.A. w Warszawie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dotyczącej zamówienia publicznego nr ZZ 2380-65/08 na świadczenie usług telekomunikacyjnych telefonii stacjonarnej w jednostkach Policji woj. Zachodniopomorskiego, zapis „Zamawiający nie dopuszcza świadczenia usług inną drogą niż kablowa, a w lokalizacji Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie inną drogą niż za pomocą ziemnego światłowodowego przyłącza kablowego przy' wykorzystaniu przełącznicy optycznej” eliminuje jedną z możliwych technologii realizacji zamówienia, tj. w tym wypadku „radiową”. Ponadto skarżący zarzucił wyrokowi także naruszenie przepisów art. 26, 27, 34, 36, 42 i 43 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r., Prawo telekomunikacji poprzez błędne przyjęcie, iż sporne zapisy SIWZ w kontekście nie posiadania przez część potencjalnych wykonawców połączenia kablowego z obiektami zamawiającego ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, tym samym naruszają zasadę równego traktowania wykonawców, stanowiąc barierę dostępu do postępowania. Kolejny zarzut skarżącego dotyczył nieuzasadnionego przyjęcia, jako „uprawdopodobnionego” faktu naruszenia przez skarżącego spornymi zapisami SIWZ przepisów art. 7 ust 1 oraz art. 29 ust 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych. Skarżący zarzucił wyrokowi również naruszenie art. 192 ust 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych poprzez brak wskazania w podstawie faktycznej rozstrzygnięcia zaskarżonego wyroku dowodów, na podstawie których Izba uznała za uprawdopodobniony fakt naruszenia przez skarżącego spornymi zapisami SIWZ przepisów art. 7 ust 1 oraz art. 29 ust 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Wskazując na powyższe skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie w całości odwołania Polkomtel S.A. w Warszawie od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego prolektii z dnia 25.04.2008 r. oraz o zasądzenie od Polkomtel S.A. w Warszawie na rzecz Skarbu Państwa — Komendanta Wojewódzkiego Policji w Szczecinie zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę przeciwnik skargi Polkomtel S.A. w Warszawie wniosła o sprawdzenie przez Sąd wartości przedmiotu sporu oraz o oddalenie skargi i zasądzenie od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa, procesowego, według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga okazała się niezasadna.

Zgodnie z treścią art. 29 ust 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zapis ten oznacza konieczność

eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego producenta czy usługodawcę.

Powyższe niejednokrotnie było przedmiotem rozpoznania Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych, i tak w wyroku z dnia 24 kwietnia 2006 r., UZP/ZO/O-I 114/06 LEX 199289 ZAUZP stwierdzono, iż „Zgodnie z art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wolno w opisie przedmiot[!] zamówienia używać określeń wskazujących konkretne produkty, producentów, wskazywać nazw oraz sposobu ich wytwarzania, wskazującego na konkretnego producenta. Z kolei w wyroku z dnia 27.07.2007 r., (UZP/ZO/0-899/07) Zespół Arbitrów stwierdził, iż nie można mówić o zachowaniu zasad uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy warunki zamówienia są określone w sposób wskazujący albo wprost na konkretnego wykonawcę, albo poprzez takie określenie wymogów i parametrów dla przedmiotu zamówienia, iż może je spełnić tylko określony oferent. Zatem wskazany przez zamawiającego wymóg dostarczenia przez wykonawcę przed podpisaniem umowy z zamawiającym umów o współpracy z określonymi firmami narusza te zasady”. W wyroku zaś z dnia 3.02.2005 r., (UZP/ZO/0-153/05 LEX nr 172229), znalazł się zapis, iż „zasada zachowania uczciwej konkurencji znajduje swoje rozwinięcie między innymi przepisie art. 29 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Stosownie do jego zapisów zamawiającemu nie wolno określać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, co oznacza potrzebę eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby

wskazywać na konkretnego wykonawcę. Zakaz taki zostaje naruszony, jeżeli zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia użyje oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt, działając równocześnie wbrew zasadzie obiektywizmu.¹¹ Wyżej przytoczone orzeczenia wskazują na utrwaloną linię orzecznictwa cytowanego wyżej przepisu. Naruszenie dyspozycji niniejszego artykułu ma miejsce wtedy, gdy zamawiający opíše przedmiot zamówienia w sposób, który mógłby jedynie utrudniać uczciwą konkurencję, nie zaś ją uniemożliwiać.

Natomiast art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zezwolenia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców” formułuje dwie podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, którymi są: zasada uczciwej konkurencji oraz zasada równego traktowania wykonawców. Ta pierwsza oznacza działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Druga zaś zawiera w sobie obowiązek traktowania na równych prawach wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia przez zamawiającego na wszystkich etapach postępowania oraz konieczność stawiania wszystkim potencjalnym uczestnikom takich samych warunków udziału w postępowaniu. Zatem zgodnie z dyspozycją art. 7 ust. 1 cytowanej wyżej ustawy na zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia w przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający nie może zatem opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, iż spór między stronami dotyczy zapisu zawartego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a mianowicie że „zamawiający nie dopuszcza świadczenia usług inną drogą niż kablowa, a lokalizacji Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie inną drogą niż za pomocą ziemnego światłowodowego przyłącza kablowego przy wykorzystaniu przełącznicy optycznej”.

Zamawiający takiej treści zapis uzasadnił tym, że wypełniając ustawowe zadania nałożone ustawą o Policji, każdego roku realizuje projekty, w konsekwencji których posiada określony majątek oraz infrastrukturę, będącą własnością podmiotów zewnętrznych, wybudowaną w ramach wcześniejszych inwestycji. Użycie zaś cytowanego wyżej sformułowania zastrzegającego brak możliwości ingerencji w

infrastrukturę na obiektach zamawiającego podyktowane jest, ochroną jego praw do rozporządzania własną, istniejącą oraz planowaną infrastrukturą i w żadnym razie nie narusza to interesu prawnego jakiegokolwiek wykonawcy. Zamawiający wskazał jednocześnie, iż nic ma obowiązku modyfikować swoich urządzeń oraz instytucji usługowych celem ułatwienia wykonawcy realizacji usług i stanowczo podkreślił, iż konstruując opis przedmiotowego zamówienia ocenił swoje potrzeby, do czego miał prawo i obowiązek.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych rzeczywiście nie zawierają zapisów nakazujących zamawiającemu określenie przedmiotu zamówienia w Liki sposób, aby każdy podmiot potencjalnie zdolny do wykonania zamówienia miał możliwość ubiegania się o jego udzielenie. Zamawiający faktycznie uprawniony jest do opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, który przede wszystkim uwzględnia jego potrzeby, a jednocześnie jest zgodny z prawnie chronionymi interesami wykonawców. Co więcej nie ma on obowiązku takiego lub o wania wymogów, aby zapewniać możliwość zrealizowania zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży i w odniesieniu do wszystkich produktów oferowanych na rynku, tym samym zamawiający ma pełne prawo określać przedmiot zamówienia w sposób, który odpowiada jego indywidualnym potrzebom. Niemniej jednak należy mieć na uwadze także generalne zasady udzielania zamówień publicznych respektujące równe traktowanie wykonawców oraz określanie przedmiotu zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji.

W tym kontekście wskazać należy, iż wyżej przytoczone stanowisko zamawiającego jest nie tylko niezgodne z ustawą, ale także wewnętrznie sprzeczne. / jednej bowiem strony mowa jest o tym, że zamawiający nie dopuszcza doprowadzenie usług do jego lokalizacji inną drogą niż kablową, bo to wymagałoby ingerencji w jego infrastrukturę, do czego dopuścić nie chce, a jednocześnie sugeruje, że możliwa będzie taka ingerencja w sytuacji przyłączenia kabli. Jak słusznie zauważył przeciwnik takie zbudowanie własnego przyłącza kablowego możliwe będzie jedynie z zastrzeżeniem terminów określonych w SIWZ, który to termin zgodnie z pkt IV SIWZ wynosi 24 miesiące od dnia zawarcia umowy. Takie zaś przedsięwzięcie ze strony wykonawcy wymagać będzie stosownych uzgodnień oraz zyskania decyzji administracyjnych, a to z kolei znacznie wydłużyłoby proces inwestycyjny. Niniejsze przekłada się jednocześnie na koszt inwestycji, których nie muszą uwzględniać wykonawcy posiadający już infrastrukturę na obiekcie zamawiającego. W tym kontekście nie może budzić wątpliwości, iż odwołujący, jako wykonawca nie posiadający własnej infrastruktury, ubiegając się o zamówienie znajdzie się - z punktu widzenia zamawiającego - w znacznie mniej korzystnej pozycji aniżeli wykonawcy, którzy taką infrastrukturą dysponują. Sytuacji tej nie zmienia również twierdzenie zamawiającego jakoby do czasu wybudowania własnego przyłącza istniała możliwość korzystania z istniejącego przyłącza, innych operatorów. Rozważając niniejsze wskazać należy, iż rozwiązanie to jest o tyle hipotetyczne, o ile ci operatorzy zgodziliby się na udostępnienie tejże aparatury'. Tu należy mieć na uwadze specyfikę rynku telekomunikacyjnego - tj. agresywne zachowania operatorów w zrozumiałym celu jakim jest wyeliminowanie konkurencji, przez co nie można wykluczyć brak możliwości uzyskania tejże zgody. Okoliczność podnoszona przez zamawiającego, iż na wszystkich operatorach publicznych ciąży obowiązek udostępniania własnej infrastruktury celem zapewnienia operatorom dostępu telekomunikacyjnego do odbiorcy usług telekomunikacyjnych, co następuje w drodze zawarcia umowy jak słusznie wskazał odwołujący, nie oznacza jeszcze, że operator publiczny jest zobowiązany do udostępnienia konkretnego odcinka tej sieci. Tym bardziej, iż umowa wskazana przez zamawiającego de facto jest tzw. „ofertą określającą ramowe warunki umów o dostępie do lokalnej pętli abonenckiej i związanych z nim udogodnień w zakresie dostępu pełnego i współdzielonego”, w ramach której nic jest możliwe udostępnienie przez Telekomunikację Polską S.A. łączy zawierających odcinki światłowodowe. Ponadto gdyby nawet teoretycznie przyjąć niniejsze rozwiązanie to niewątpliwie wiązałaby się to z koniecznością poświęcenia dodatkowego czasu na porozumienie związane z ewentualnym udostępnieniem przyłącza i na co wskazywał

sam zamawiający wiązałoby z dodatkowymi kosztami. To z kolei w sposób oczywisty zaburza konkurencję, a jednocześnie powoduje, że główny cel systemu zamówień publicznych, jakim jest efektywne wydatkowanie środków publicznych, w postępowaniu, w którym jedynym kryterium, oceny oferty jest cena nie zostanie osiągnięty. W takiej zaś sytuacji wątpliwości nie może budzić fakt, iż w postępowaniu, w którym ofertę złożyliby wykonawcy z własną infrastrukturą oraz ci, którzy takowej nie posiadają ci drudzy niewątpliwie byłoby mniej konkurencyjni dla zamawiającego. Taki sposób opisu przedmiotu zamówienia de facto wyklucza ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie posiadają infrastruktury kablowej w obiektach zamawiającego, a są gotowi świadczyć usługi z wykorzystaniem innych technologii.

Analizując dalej zaznaczyć należy, iż. skarżący wskazał, że absolutnie nie narzuca wykonawcy żadnej technologii realizacji usług w jego właściwej sieci, a jedynie sposób ostatecznego doprowadzenia usług do poszczególnych jego obiektów. Nie sposób podzielić niniejszego stanowiska, albowiem jak wynika już z powyższego możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawców posługujących się infrastrukturą radiową stawia ich w pozycji gorszej, niż wykonawców posiadających infrastrukturę kablową. Takie zaś sformułowanie warunków zamówienia jest w świetle przepisów ustawy niedopuszczalne. W niniejszej sprawie zamawiający określił przedmiot zamówienia w sposób uniemożliwiający lub co najmniej ograniczający możliwość wzięcia udziału w postępowaniu wszystkim działającym w danej branży podmiotom i tym samym ułatwił sporządzenie oferty uprzywilejowanym wykonawcom kosztem pozostałych. Pak tymczasem rację ma zamawiający, że sporne zapisy nie wykluczają żadnej z możliwych technologii świadczenia usług, ale w związku z takim zapisem zamawiający w niewątpliwy sposób ograniczył swobodny dostęp do udziału w postępowaniu celem złożenia oferty wykonawców nie dysponujących preferowaną przez niego infrastrukturą, przez co doszło do naruszenia dyspozycji art. 7 ustawy Pzp.

Zaznaczyć można, iż do naruszenia zasady uczciwej konkurencji nie doszłoby, gdyby zamawiający dopuścił doprowadzenie usług do jego lokalizacji drogą radiową. Przypomnieć wypada, iż. do tego rodzaju świadczenia usług niezbędna byłaby jedynie antena o średnicy nie przekraczającej 30 cm i ułożenie kabli łączących antenę z

przełącznicą telekomunikacyjną zamawiającego. Czas potrzebny na wykonanie takich czynności wynosiłby jedynie kilkadziesiąt godzin, inwestycja taka nie wymagałaby uzyskiwania decyzji administracyjnych i co istotne po zakończeniu wykonania zamówienia antena taka może być bez uszczerbku dla zamawiającego zostać zdemontowana, co wiąże się z brakiem konieczności uwzględniania przez wykonawcę kosztu urządzeń w cenie oferty.

W tym miejscu zaakcentować należy, iż zamawiający jako główny argument uzasadniający takowy właśnie opis zamówienia przywołał swoje potrzeby. W tym kontekście wskazał, iż warunki przez niego stawiane podyktowane są celem jakim ma służyć przedmiot zamówienia i jakie ma pełnić funkcje w określonych warunkach technicznych. Tutaj wskazał na specyfikę działalności, przy czym podkreślił, iż z uwagi na pełnioną przez KMP Szczecin funkcję w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa i porządku publicznego wynika konieczność przekazywania informacji w sposób stały, niezakłócony i ciągły, faktycznie przedmiot zamówienia jest przede wszystkim podyktowany potrzebami zamawiającego. Niemniej jednak zamawiający, w sytuacji kiedy powołuje się na swoje „szczególne potrzeby” winien wskazać z jakich przyczyn- podyktowanych rodzajem prowadzonej przez niego działalności- taka a nie inna technologia jest przez niego preferowana w zakresie świadczenia usług. W rozpoznawanej sprawie zaś skarżący poza powołaniem się na specyfikę działalności KMP Szczecin nie wykazał, by technologia świadczona drogą radiową była znacznie mniej odpowiednia z punktu widzenia pełnionych przez zamawiającego funkcji, aniżeli usługi świadczone drogą kablową. Co więcej nie wykazał także, że wykonanie zamówienia przy zastosowaniu technologii innej niż kablowa niweczyłoby jego potrzeby. Z kolei sytuacja, w której zamawiający zakłada z

góry i daje temu wyraz w SI WZ, iż określona technologia jest nieodpowiednia, bez wskazania jakichkolwiek przyczyn, nie może być uznana za sformułowanie warunków zamówienia zgodnie z wymogami nałożonymi przez ustawę.

W odniesieniu do powyższego uczestnik wskazał, iż sam sposób świadczenia usług w Technologii radiowej nie rodzi ingerencji w infrastrukturę zamawiającego, albowiem wolna przestrzeń radiowa powoduje, że fale radiowe innego typu wykorzystywane przez inne podmioty i tak w tej przestrzeni się znajdują, lącznie rozwiązanie w przeciwieństwie do fizycznej ingerencji związanej z kładzeniem kabla w żadnym razie nie pogarsza sytuacji zamawiającego. Jednocześnie usunięcia awarii w przypadku drogi radiowej jest o wiele prostsze aniżeli w przypadku drogi kablowej. Co więcej gdyby zamawiający uwzględnił, możliwość świadczenia usług „drogą radiową” doprowadziłoby to nie tylko złożenia ofert przez większą liczbę wykonawców, lecz również do uzyskania cen niższych niż w przypadku możliwości taktycznego ubiegania się o zamówienie przez ograniczony krąg wykonawców. Zamawiający w żadnej mierze nie ustosunkował się do niniejszych argumentów, a nadto o czym wspomniano wcześniej, nie wskazał żadnych obiektywnych powodów wyłączenia określonej technologii, co więcej technologii świadczonej jakościowo tymi samymi parametrami jak dostęp kablowy. Stąd też w ocenie Sądu trudno znaleźć uzasadnienie dla wniosku, iż wykluczenie technologii innej niż kablowa pociąga za sobą zniweczenie potrzeb zamawiającego, a stanowi dostosowywanie się do wszystkich wykonawców na rynku.

Analizując dalej w odniesieniu do argumentu skarżącego związanego z lokalizacją anteny radiowej w przypadku, drogi radiowej, a mianowicie jak (o określił - występującym w tym zakresie problemem zamontowania anteny na dachu jego obiektu to wskazać trzeba, iż zgodnie z twierdzeniem przeciwnika antena taka może być zamontowana nie tylko na obiektach zamawiającego, ale również na budynkach sąsiednich lub innej nieruchomości, a także wewnątrz budynku zamawiającego - co zapewni zachowanie zabytkowego wizerunku budynku KMP, jak również na jego elewacji, faktycznie zaś rozwiązanie - zamontowanie anteny poza budynkiem zamawiającego - automatycznie pociąga za sobą brak ingerencji w jego infrastrukturę budynku, co zamawiający chciał wykluczyć, a jednocześnie czego nie da się uniknąć w sytuacji przyłączy kablowych (w tym światłowodowych), a ponadto wyklucza również konieczność ubiegania się o wyrażenie zgody przez Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków. Zatem w świetle powyższego kwestia montażu anteny w z uwagi na rozległe pole manewru w tym zakresie w żadnym razie nie zmusza zamawiającego do zmiany infrastruktury, przebudowy czy jakichkolwiek innych działań z tym związanych.

Sąd nie tracił także z pola widzenia okoliczności podnoszonej dotyczącej utraty przez, skarżącego ważności certyfikatu bezpieczeństwa w przypadku montażu instalacji radiowej na obiekcie będącym siedzibą zamawiającego. W tym zakresie podniósł on, że dysponuje certyfikatem bezpieczeństwa wydanym na bazie oceny istniejącej infrastruktury wewnętrznej, jak i zewnętrznej, ewentualna ingerencja w niniejszą infrastrukturę spowodowałaby konieczność weryfikacji oraz odnowienia wskazanego certyfikatu. To z kolei wiązałoby się z jego czasowym brakiem oraz z zakłóceniem możliwości realizacji ustawowych działań Policji. Niniejsze uznać należy za chybione, albowiem bez względu na zastosowaną technologię i tak nie zostanie zachowana ciągła ważność certyfikatu. Każda bowiem ingerencja w infrastrukturę będzie wiązała się z koniecznością jego odnowienia. Z resztą jak wskazał sam zamawiający dopuszczał on możliwość dokonania przez wykonawcę własnego okablowania, a jak wynika z certyfikatu ochrony elektromagnetycznej z listopada 2005r., będzie to przecież skutkowało jego zawieszeniem i to niezależnie od tego, czy przyjęta zostanie oferta wykonawcy posiadającego w lokalizacji KWP Szczecin infrastrukturę kablową, czy też wykonawcy, który nie będzie jej posiadał. Jak słusznie wskazała w wyroku Krajowa Izba Odwoławcza ewentualna konieczność uzyskania certyfikatu, w związku z przetwarzaniem przez zamawiającego informacji niejawnych, może stanowić dla niego przejściowe niedogodności, niemniej jednak nie mogą być one podstawą do formułowania opisu przedmiotu zamówienia, w sposób ograniczający uczciwą konkurencję.

Odnosnie zaś systemu zasilania twierdzenie skarżącego, że technologia radiowa powoduje konieczność zapewnienia zasilania „i jego ciągłości dla urządzeń radiowych” i stąd w jego opinii uzasadnia ograniczenie konkurencji dokonane w STWZ jest chybiona. Wskazać bowiem należy, iż zarówno infrastruktura świadczona drogą radiową, jak i drogą kablową wymaga zasilania, w tym także awaryjnego celem zapewnienia ciągłości świadczenia usług. W tym też kontekście argument ten okazał się niezasadny, albowiem bez względu na zastosowaną technologię - i tak zarówno przy zastosowaniu technologii radiowej jak i kablowej - większość urządzeń stosowanych komercyjnie wymaga takiego zasilania. Jednocześnie przeciwnik skargi wskazał, iż oferowany przez niego sprzęt posiada systemy zasilania tak podstawowe, jak i awaryjne czy też back-up-ujące.

W ocenie Sądu stawiane przez skarżącego ograniczenia oraz ich argumentacja nie jawi się jednak, jako podyktowana rzeczywistą specyfikacją jego potrzeb, a stanowi raczej nieudolną próbę uzasadnienia zawartego w SWIZ sformułowania- de facto naruszającego przepisy ustawy- usiłując przedstawiać je jako zapis konieczny i niezbędny z uwagi na prowadzoną przez skarżącego działalność.

Reasumując w ocenie Sądu wykonawca wykazał w sposób dostateczny, iż opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję. Jednocześnie sporny zapis eliminuje jedną z możliwych technologii realizacji zamówienia tj. drogę radiową, czym ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, czym narusza zasadę równego traktowania wykonawców i stanowi barierę dostępu do postępowania. Zamawiający uprawniony jest do sformułowania przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający jego potrzebom, ale bez naruszania pr./y tym fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych. W rozpoznawanej sprawie skarżący zaś opisał przedmiot zamówienia w sposób, który zawęży krąg wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji.

W ocenie Sądu argumenty podnoszone przez skarżącego dotyczące jego potrzeb, w szczególności specyfiki prowadzonej przez niego działalności, mają niewątpliwie wpływ na to, która z ofert zgłoszonych przez wykonawców okaże się dla zamawiającego najkorzystniejsza w rozumieniu ustawy. Niewątpliwie musi to znaleźć swoje odzwierciedlenie w ofercie przedstawionej przez wykonawcę, który chcąc przedstawić ofertę najkorzystniejszą winien zaspokoić te potrzeby w sposób pełniejszy niż inni oferenci. Zdaniem Sądu Okręgowego nie może to jednak z góry wykluczać wykonawców stosujących inne technologie przy świadczeniu usług.

W takim stanie rzeczy Sąd uznał, iż skarga nie zasługuje na uwzględnienie, wobec tego orzeczono w sentencji, zasądzając przy tym na rzecz uczestnika kwotę 300zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

ZT 'dIS 92:60 ZT02 ZdW02

T9666 żż T6: ns>ldd dN

ANUfUD II N-ZS '0'S: CIO