

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 czerwca 2012r.

Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział XII Gospodarczy - Odwoławczy
w następującym składzie:

Przewodniczący - Sędzia: SO Bożena Cincio-Podbiera (spr.)

Sędzia: SO Andrzej Ganiewski

Sędzia: SO Janusz Beim

Protokolant: st. protokolant sądowy Rafał Czopek

po rozpoznaniu w dniu 27 czerwca 2012r. w Krakowie

na rozprawie

sprawy ze skargi zamawiającego Karpackiej Spółki Gazownictwa Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie

przy uczestnictwie przeciwnika skargi GTS Poland Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

z udziałem przystępującego do postępowania po stronie przeciwnika skargi Netia Spółki Akcyjnej w Warszawie
o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi wniesionej przez Karpacką Spółkę Gazownictwa Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 25 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 91/12

I. oddala skargę;

II. zasądza od zamawiającego Karpackiej Spółki Gazownictwa Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie na rzecz przeciwnika skargi GTS Poland Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie koszty postępowania apelacyjnego w kwocie 1.800,00 zł (jeden tysiąc osiemset złotych);

III. zasądza od zamawiającego Karpackiej Spółki Gazownictwa Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie na rzecz przystępującego do postępowania po stronie przeciwnika skargi

Netia Spółki Akcyjnej w Warszawie koszty postępowania apelacyjnego w kwocie 1.800,00 zł (jeden tysiąc osiemset złotych);

Na oryginała własnlwa podpisy

Zgodność z oryginałem stwierdza

Rafał Cłopek
St. Protokolant Sądowy

XII Ga 152/12

UZASADNIENIE

W dniu 4 stycznia 2012 roku zamawiający Karpacka Spółka Gazownictwa spółka z o.o. w Tarnowie opublikowała modyfikację treści zamówienia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia dot. przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi operatorskiej sieci teleinformatycznej WAN w zakresie transmisji danych, głosu i video przez prywatną sieć szkieletową VPN realizowaną w technologii MPLS.

W dniu 13 stycznia 2012 roku uczestnik przetargu GTS Poland spółka z o. o. w Warszawie wystąpiła z odwołaniem, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych/ Dz. U. nr 113 z 2010 r., poz. 759, z późn. zm./ w zw. z art. 192 ust. 3 pkt. 1 i art. 22 ust. 4 ustawy na skutek modyfikacji warunków udziału w przetargu w sposób niezgodny z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2011 roku, sygn. KIO 2549/11. Dalej odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 w zw. z art. 91 ust. 2 i art. 192 ust. 3 pkt. 1 cyt. ustawy przez modyfikację kryteriów oceny, prowadzącą do preferowania jednego wykonawcy, aktualnie świadczącej usługę TP SA oraz naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 cyt. ustawy wobec prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Uzasadniając swoje stanowisko wskazał, iż wykonując powołany wyrok Izby zamawiający usunął rodzaj infrastruktury sieci rdzeniowej IP MPLS i ograniczył ilość węzłów do pięciu co nie czyni zadość orzeczeniu KIO albowiem pozostały wymóg dysponowania wyłącznymi prawami i możliwościami zarządzania parametrami logicznymi sieci także został uznany za naruszający przepisy pzp.

Dodatkowo zamawiający poza zmianą nakazaną wyrokiem KIO wprowadził dodatkowe zmiany kryteriów oceny ofert, naruszające zasady uczciwej konkurencji. Wprowadził bowiem dwa nowe kryteria w postaci terminu uruchomienia usługi oraz czasu dokonania zmian parametrów, co doprowadziło do utrwalenia sytuacji preferowania Telekomunikacji Polskiej SA, która jako jedyna posiada możliwość

uzyskania maksymalnej ilości punktów w zakresie nowych kryteriów. Posiada jednak gotową infrastrukturę i nie musi ponosić kosztów związanych z jej wytworzeniem przez co posiada przewagę cenową, a ponadto jej technologia w postaci światłowodów jest także preferowana. Wprowadzenie dodatkowych kryteriów terminu wykonania i czasu zmiany parametrów powoduje, zdaniem odwołującego, iluzoryczność konkurencji. Biorąc pod uwagę kryterium terminu realizacji usługi wykonawca oferujący uruchomienie w ciągu pięciu miesięcy zyskuje bowiem 1 punkt, na 6 możliwych. Tylko zaś TP SA dysponuje siecią i jest w stanie dokonać uruchomienia w najkrótszym przedziale czasu to jest do 105 dni, za co otrzyma 6 punktów. Analogicznie, według odwołującego, kształtuje się sytuacja w zakresie kryterium zmiany przepustowości w czasie ponieważ wyłącznie TP SA może jej dokonać do 21 dni, za co otrzyma maksymalną ilość 5 punktów.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami odwołania. W postępowaniu przed Izłą podnosił, że wprowadzenie dodatkowych kryteriów odpowiada wyrokowi Izby skoro uwzględnia 5 miesięczny termin tym wyrokiem wskazany, a równocześnie nie istnieją nieprzekraczalne bariery dochowania terminów. Natomiast preferuje on sprawność i szybkość uruchomienia usługi. Maksymalny termin zakończenia negocjacji o zawarcie umowy na dzierżawę łącznie to 90 dni, a w przypadkach bezspornych- 37 dni, po czym po złożeniu zamówienia na łącznie dzierżawa jest realizowana/ w zależności od przepustowości/ w okresie od 18 do 30 dni. Skoro odwołujący zawarł z TP SA umowę o dzierżawę łącznie to pozostaje mu jedynie wystąpić z zamówieniem na łącznie. W tej sytuacji każdy uczestnik przetargu ma możliwość uzyskania maksymalnej ilości punktów. Podobnie w kwestii czasu dokonania zmian parametrów łącznie zamawiający wskazywał, że w przypadku zmiany dotyczącej jednostek terenowych zamawiającego, gdzie konieczne jest podwojenie przepustowości, łącznie może być uruchomione w ciągu 18 dni, a w przypadku światłowodów pozostawałoby tylko konieczność wykupu dodatkowego pasma. Te okoliczności miały wskazywać na nieograniczanie przez to kryterium żadnego z wykonawców.

Wyrokiem z dnia 25 stycznia 2012 roku Krajowa Izba Odwoławcza częściowo uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu zmianę ogłoszenia i modyfikację siwz poprzez wykreślenie kryteriów oceny ofert w postaci terminu uruchomienia usługi i czasu dokonania zmian parametrów łącznie z sekcji IV.3 pkt 2 i 3 ogłoszenia i rozdziału XIII pkt. 1 ppkt. 2 i 3 siwz.

W tym zakresie w uzasadnieniu wyroku wywiedziono, iż o ile nie doszło do naruszenia art. 192 ust. 3 pkt. 1 ustawy, ani art. 91 ust. 2 ustawy, o tyle został naruszony przepis art. 7 ust. 1 i 3 pzp. Zdaniem Izby naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców[^] może nastąpić w sposób pośredni, poprzez umożliwienie niektórym wykonawcom złożenia odpowiadającej siwz oferty, która jednak nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców. Podkreślono, że pośrednie ograniczenie dostępu do zamówienia należy oceniać przez pryzmat uzasadnionych potrzeb zamawiającego, który winien tak ukształtować siwz aby nie wykraczały poza te potrzeby.

Odnosnie kryterium uruchomienia usługi Izba podniosła, że nie jest możliwe jej uruchomienie przez wykonawców nie posiadających infrastruktury w określonej lokalizacji w terminie poniżej 105 dni.

Choć ustawa w¹ art. 27 ust. 1 podaje 90 dni jako maksymalny termin na zakończenie negocjacji o zawarcie umowy o dostępie telekomunikacyjnym, niemniej nie znaczy to, że taka umowa będzie zawarta. Z pkt. 2.1.3, 6 oraz 8 oferty ramowej zawierającej warunki zawierania przez TP SA umów dzierżawy łączy wynika bowiem, że zawarcie umowy ma nastąpić do 40 dni, po czym następuje złożenie zamówienia i oczekiwanie na odpowiedź do 14 dni. Nie jest to równoznaczne z przekazaniem łączy, które realizuje się w ciągu 18 i 30 dni. W ocenie Izby nie jest zatem pewne czy wykonawca posiadając zawartą umowę ramową uzyska łączy w terminie poniżej 105 dni.

Zdaniem Izby odwołujący wykazał, że nie ma możliwości realizacji usługi w sposób żądany przez zamawiającego i w terminie do 105 dni, brak jest dostępu do łączy w inny sposób, a terminy oczekiwania wynoszą od 3 do 9 miesięcy. Potwierdził się przez to zarzut, że inny wykonawca niż TP SA będzie zmuszony zaoferować terminy uniemożliwiające mu uzyskanie maksymalnej ilości punktów. Ponadto zamawiający zagwarantował sobie na okres miesiąca jednoczesne funkcjonowanie infrastruktury dotychczasowej i zamawianej dlatego na datę składania ofert wykonawcy inni niż TP SA nie mogą gwarantować, że łączy wykorzystywane przez TP SA dla zamawiającego będą mogły być wydierżawione w ramach zamówienia na usługę.

W uzasadnieniu wyroku podkreślono, że zamawiający wskazał na potrzebę szybkiej i sprawnej realizacji zamówienia, jednakże nie uzasadnił takiej potrzeby, pomijając swój cel lub interes publiczny czy społeczny, który miałby być zaspokojony w sytuacji skrócenia terminu realizacji usługi, czyli nie udowodnił aby jego preferencje były poparte obiektywnymi potrzebami. Izba dała wiarę odwołującemu co do tego, że tylko TP SA bez potrzeby realizacji nowych inwestycji i ponoszenia nakładów może zmienić przepustowość łączy w czasie krótszym niż 21 dni. Tymczasem z okoliczności przyznanych przez zamawiającego wynika, iż na zapewnienie dostępności dzierżawionego łączy niezbędne jest 18 dni, nie licząc złożenia wniosku, czy prac przygotowawczych infrastruktury do zmiany. Dodatkowo zamawiający nie wykazał aby w terminie 21 dni mogła zajść potrzeba zmiany przepustowości łączy. Z dowodów nie wynikało też ile danych i dla jakich podmiotów ma być udostępniane i jakie przepustowości będą wiązały się z wprowadzeniem nowego sprzedawcy. Ta okoliczność, zdaniem Izby, nie wskazuje na powiązanie z wprowadzonym kryterium.

W skardze z dnia 13 lutego 2012 roku zamawiający zarzucił Izbie naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 pzp przez bezpodstawne przyjęcie, że wprowadzone kryteria oceny faworyzują konkretnego uczestnika przetargu, naruszenie art. 190 ust. 1 pzp w zw. z art. 6 kc i art. 14 pzp przez uznanie za nieudowodnioną obiektywnej potrzeby wprowadzenia kwestionowanych kryteriów ocen przez zamawiającego, choć to na przeciwniku skargi ciążył obowiązek udowodnienia dyskryminacyjnego charakteru kryteriów, a dalej naruszenie art. 192 ust. 7 pzp na skutek orzekania co do zarzutów nie objętych odwołaniem, to jest w zakresie zarzutu nieuzasadnionego zastosowania przez skarżącego kryteriów oceny ofert w postaci „terminu uruchomienia łączy” i „czasu dokonania zmian parametrów łączy”. Wnosząc o zmianę wyroku i oddalenie odwołania wskazywał, że uznał za celowe wprowadzenie powyższych, dodatkowych kryteriów albowiem uzasadnienie wyroku KIO 2549/11 uprawniało go do

modyfikacji siwz, a to na podstawie interpretacji art. 38 pzp. Dalej wywodził, że wprowadzone kryteria Izba uznała co do zasady zgodne z prawem, podkreślając, iż równe traktowanie uczestników przetargu nie oznacza jednakowego traktowania wszystkich lecz jednakowe traktowanie podmiotów znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Twierdził przy tym skarżący, że brak było podstaw do uznania, że określono kryteria w sposób wykraczający poza jego uzasadnione potrzeby bowiem wykazał je w odpowiedzi na odwołanie. Stąd na odwołującym ciążył ciężar udowodnienia zastosowania kryteriów w sposób nieuprawniony.

W szczególności, zdaniem skarżącego, odpowiedź na odwołanie podkreślała, że nie są mu znane żadne nieprzewyżnione bariery dochowania terminów. Skarżący miał premiować szybkość i sprawność uruchomienia usługi, nie wykluczając szans oferty z najkorzystniejszą ceną. Brak maksymalnej punktacji w jednym kryterium mógł być przy tym nadrobiony ofertą korzystnych rozwiązań w innych kryteriach. Nadto podał, że w przypadkach bezspornych zawarcie umowy ramowej następuje w ciągu 37 dni, po czym składane jest zamówienie na łączę, stąd uruchomienie łącza może trwać 67 dni. Zresztą odwołujący posiada umowę ramową z TP SA w związku z czym kryterium „termin uruchomienia usługi” nie narusza zasad uczciwej konkurencji. Zdaniem skarżącego każdy wykonawca może złożyć ofertę zmiany przepustowości w terminie krótszym niż 21 dni, nawet w razie zmiany typu łącz czy konieczności dzierżawy łącz. W przypadku zmian dot. jednostek terenowych skarżącego dzierżawa łącz może być uruchomiona w ciągu 18 dni od złożenia zamówienia, zaś w przypadku 8 oddziałów terenowych skarżącego i łącz światłowodowych, które wykonawca będzie dzierżawił, jest możliwe 2-3 krotne zwiększenie przepustowości poprzez wykup dodatkowego pasma. Skarżący deklarował gotowość do ponoszenia kosztów za zapewnienie przez operatora możliwości zwiększenia przepustowości.

Dalej skarżący powołał się na opublikowany przez Urząd Regulacji Energetyki w dniu 22 grudnia 2011 roku projekt dokumentu Mapa Drogowa związany z uwolnieniem cen gazu, a związany z prawem wspólnotowym, przyjętym przez Polskę 13 lipca 2009 roku. Dokument ten ustanawia priorytety w związku z rozwojem konkurencji co uzasadniać ma potrzebę reorganizacji strony skarżącej, w tym rozbudowę sieci WAN, będącej przedmiotem przetargu. W obszernych wywodach skargi podkreśla się przyszłą potrzebę elastyczności w działaniu i sprawności, a także obawę narażenia się na konsekwencje finansowe ze strony URE w razie niewykonania procedury zmiany sprzedawcy w czasie 21 dni, co dodatkowo uzasadniać ma słuszność jego stanowiska i premiowanie wykonawcy, który zaoferuje czas dokonania parametrów zmian łącz dostępowych do 21 dni kalendarzowych. Te okoliczności miały uzasadniać wprowadzenie nowych kryteriów przetargu.

Zdaniem skarżącego odwołujący nie udowodnił dyskryminacyjnego charakteru wprowadzonych kryteriów bowiem nie wykazał ile punktów jest w stanie uzyskać. Podkreślił przy tym, że mniej korzystna oferta, aby miała szansę na uzyskanie zamówienia, musi konkurować pułapem ceny.

Za oczywiste przyjął skarżący, że dokonania dzierżawy łącza może ulec przedłużeniu do kilku miesięcy, uznając to za ryzyko biznesowe i wskazując na możliwość zawarcia konsorcjum w celu wspólnego

ubiegania się o zamówienie.

W ocenie skarżącego to na odwołującym ciążył ciężar udowodnienia dyskryminacyjnego charakteru kryteriów, zaś skarżący nie musiał udowadniać obiektywnych potrzeb ich wprowadzenia co powoduje skuteczność zarzutu naruszenia przez Izbę art. 199 ust. 1 pzp w zw. z art. 6 kc.

Przeciwnik skargi wniósł o jej oddalenie. Podkreślił, że zarzut niezasadnego zastosowania kryteriów oceny został sformułowany w odwołaniu i połączony z żądaniem ich wykreślenia, uwypuklając szczególnie okoliczność konieczności dzierżawienia łącz od TP SA, jedynego wykonawcy dysponującego gotową infrastrukturą. Zatem od szybkości i sprawności TP SA w zakresie udostępnienia łącz zależy by miały terminy wykonania usługi przez wykonawców innych niż właściciel łącz. Tym samym zamawiający nie umożliwił wyboru najkorzystniejszej oferty, natomiast umożliwił wybór oferty TP SA, nadal preferując tego jednego wykonawcę i nie wskazując równocześnie obiektywnej potrzeby wprowadzenia spornych rozwiązań.

Sąd Okręgowy zważył co następuje.

Istota przedmiotowego sporu zasadza się de facto na twierdzeniu odwołującego o naruszeniu przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 7 pzp. Naruszenie to ma przejawiać się w takiej konstrukcji dodatkowo wprowadzonych kryteriów oceny siwz, która realnie uniemożliwia konkurowanie ofert wykonawców innych niż TP SA. Z kolei TP SA jawić się ma jako jedyny oferent zdolny do sprostania wymogom warunków siwz w maksymalnie krótkim terminie, tak że jej oferta pozostanie bezkonkurencyjna. TP SA dysponuje bowiem siecią światłowodową i innymi elementami infrastruktury co czyni zbędnym podejmowanie nakładów na jej wytworzenie, a równocześnie preferuje tego wykonawcę w zakresie kryteriów „czasowych” we wszystkich aspektach zamówienia. Dodatkowo jedynie TP SA może zająć pozycję wydzierżawiającego infrastrukturę czyli od jej sprawności decyzyjnej zależy możliwość uzyskania realnego dostępu do łącz przez pozostałych oferentów. Okoliczność ta ma znajdować bezpośrednie przełożenie na terminy w jakich dalsi wykonawcy mogą zaoferować realizację zamówienia. Ponieważ zamawiający w punktacji preferuje szybkość i elastyczność działania jedynie TP SA jest w stanie uzyskać maksymalną liczbę punktów w zakresie spornych kryteriów, to jest 11.

Ten pogląd odwołującego podzieliła Izba w zaskarżonym wyroku, uznając, że naruszenie zasad uczciwej konkurencji może mieć też charakter pośredni przez takie sformułowanie kryteriów, które, choć nie bezpośrednio, wskazują na preferencję w wyborze konkretnego wykonawcy.

Rozważając tą kwestię należy zauważyć, iż uprawdopodobnienie naruszenia uczciwej konkurencji nie może ograniczyć się do twierdzeń wykonawcy, przesuwając w ten sposób cały ciężar dowodzenia wyłącznie na zamawiającego, przy założeniu, iż jeśli nie udowodni on tezy przeciwnej, należy uznać daną okoliczność za wystarczającą

wykazaną. Przeczy to zarówno kontrydiktoryjnemu charakterowi postępowania odwoławczego jak i rozkładowi ciężaru dowodu art. 6 kc/. Nie jest też zadaniem Izby ustalanie czy modyfikacje siwz należyte urzeczywistniają zasadę uczciwej konkurencji/ wyrok KIO z dnia 10 października 2011 r., KIO 2009/11.

Skarżący ma zatem rację co do zasady, iż odwołujący winien był udowodnić zasadność swoich zarzutów.

Nie oznacza to jednak, iż twierdzenia skarżącego o braku przeprowadzenia skutecznego dowodu są trafne.

Trzeba bowiem zwrócić uwagę i na ten aspekt, z którego wynika, że dla uznania, że zamawiający naruszył powołany przepis wystarczającym jest jedynie wykazanie, że opisując przedmiot zamówienia dokonał on tego w sposób, który jedynie potencjalnie mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, nie jest tym samym konieczne udowodnienie realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Dlatego też nie jest konieczne ze strony odwołującego wykazywanie w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, iż zamawiający poprzez poszczególne zapisy utrudnił uczciwą konkurencję. Wystarczającym jest jedynie, iż opis będący częścią siwz, zawiera zapisy, które mogłyby ją utrudnić, potencjalnie jej zagrozić/ wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2011 r., KIO/UZP 961/10/.

Zasada ta znajduje pełne zastosowanie w przypadkach kryteriów oceny ofert.

Podkreśla się przy tym, iż siwz winny być tak sformułowane aby zachodziła realna możliwość spełnienia wymagań przez przeciętnego wykonawcę/ KIO 1795/10/.

Sformułowanie kryteriów oceny ofert stanowi niewątpliwie jedną z fundamentalnych czynności zamawiającego, dlatego też winna być ona dokonana z poszanowaniem zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp. Zakazane są zatem takie kryteria oceny ofert, które, wprowadzając bezpośrednie, lecz pośrednie i potencjalnie mogą wpłynąć na ograniczenie konkurencji.

Stwierdzenie, że takie potencjalne zagrożenie ma miejsce, a warunki oceny ofert nie dają realnej możliwości konkurowania z ofertą TP SA legły u podstaw kwestionowanego orzeczenia Izby. Izba przy tym uznała za wystarczające argumenty przytoczone przez odwołującego, zaś argumenty zamawiającego oceniła jako niewystarczające, czemu dała wyraz w treści uzasadnienia wyroku.

Przyjmuje się też, a stanowisko to nie budzi sprzeciwu tut. Sądu, że zamawiający, działając w granicach ustawy, może precyzować warunki zamówienia publicznego poprzez określenie kryteriów/ tu: głównie czasowych/ o ile nie są one wymogami zbędnymi i wygórowanymi/. Ograniczenie uczciwej konkurencji jest niedopuszczalne, z tym że zakaz nie dotyczy konkurencji jako takiej. Dopuszczalne są warunki brzegowe jeśli są one możliwe do spełnienia przez przeciętnego wykonawcę/ wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r., III CA 88/09/.

Reasumując dyskryminacja wykonawców może przybrać różną formę, także formę sprecyzowania kryteriów oceny ofert w sposób typujący jednego z nich na faworyta przetargu. Mamy wówczas do czynienia z dyskryminacją pośrednią.

W sprawie KIO 2549/11, w której w dniu 13 grudnia 2011 roku zapadł wyrok Izba odnośnie kryterium związanym ze zwiększeniem przepustowości łącz uznała wskazany tam czas realizacji 5 dni za nierealny i jako taki naruszający art. 7 i art. 29 cyt. Ustawy prawo zamówień publicznych. Izba stwierdziła, iż w sytuacji gdy może być konieczna wymiana lub rozbudowa łączy i urządzeń termin ten stanowi nieuzasadnioną barierę dla uczestników przetargu i nakazała wydłużyć go do 2 miesięcy. Zauważyła nadto, że konieczność zwiększenia przepustowości łącz może w ogóle nie zaistnieć. Zamawiający dostosował się do tej decyzji, jednakże wprowadził nowe kryterium oceny ofert, obdarzając maksymalną ilością punktów tego wykonawcę, który w ofercie zaproponuje termin wykonania zmian do 21 dni.

W tym samym wyroku Izba uznała, że termin uruchomienia łącz winien wynosić 5 miesięcy w celu wyrównania szans w warunkach uczciwej konkurencji. Zamawiający dostosował się do tej decyzji, jednakże wprowadził kolejne „nowe kryterium oceny ofert, premiując maksymalną ilością punktów tego z wykonawców, który dokona uruchomienia w terminie 105 dni.

Uzasadniając swoje stanowisko Izba wskazała, iż zamawiający będzie znał potrzebę zmiany przepustowości na tyle wcześniej aby z wyprzedzeniem poinformować wykonawcę z jaką datą zamierza dokonać zmiany.

W wyroku, którego dotyczy przedmiotowa skarga KIO zauważyła, iż nawet mając na uwadze treść umowy ramowej TP SA, według której udostępnienie dzierżawionego łącza ma nastąpić w ciągu 18 dni, konieczne jest uwzględnienie dodatkowego czasu na prace przygotowawcze do zmiany, nie licząc samego złożenia wniosku. Dalej Izba zauważyła, że skarżący nie udowodnił bezpośredniej zależności pomiędzy terminem 21 dni, a podłączeniem nowego sprzedawcy gazu. W tym zakresie w zaskarżonym wyroku stwierdza się, że nie wykazano, że w takim terminie zajdzie potrzeba zmiany, ani dla jakich podmiotów i ile danych ma być udostępnione i jakie przepustowości będą się wiązały z wprowadzeniem choćby jednego, nowego sprzedawcy. Tu Izba wskazała na brak powiązań okoliczności zmiany sprzedawcy z kryterium 21 dni, podkreślając, że nie zostało udowodnione aby w¹ celu zapewnienia nowemu sprzedawcy dostępu do infrastruktury konieczna była zmiana przepustowości łączy. Izba stwierdziła zatem, że skarżący nie udowodnił obiektywnych potrzeb zastosowania nowych kryteriów ocen. U podstaw stanowiska Izby legły też przeprowadzone przez odwołującego symulacje, wedle których przy złożeniu analogicznych wartościowo ofert zawsze zyskiwała oferta strony, która zdołałaby spełnić oba nowe kryteria oceny. Wówczas taki oferent zdolny był do osiągnięcia ceny za usługę wyższej o 14,4 % od ceny dalszych oferentów, którzy nie byli w stanie spełnić nowych kryteriów oceny tak by uzyskać punkty zbliżone do maksymalnych.

W nin. sporze tak przeciwnik skargi, jak i przystępujący po jego stronie wykonawca stoją na stanowisku, że nowe kryteria oceny ofert premiują TP SA, od której w zakresie dzierżawy łącz pozostali wykonawcy pozostają zależni. W ramach tego zarzutu przeciwnik skargi odwoływał

się do dokumentów w postaci pisma TP SA z dnia 13 stycznia 2012 roku gdzie w ramach weryfikacji technicznej zamówienia na usługę dzierżawy łącz jako czas realizacji dla lokalizacji wskazanych przez zamawiającego podano okresy od 3 do 9 miesięcy/ przykładowo: Gorlice- 4 miesiące, Tarnobrzeg- 9 miesięcy/. Dalej w powołaniu na wydruk strony internetowej , na której umieszczono stanowisko sygnowane przez A. Streżyńską wskazywał na nieprzestrzeganie terminów, wynikających z umowy ramowej przez TP SA, którego poziom w latach ubiegłych sięgał w zależności od kategorii spraw od 46 do 84 % przeterminowania wniosków o dostęp do sieci kablowej.

Równocześnie zamawiający podnosi, iż z uwagi na treść zapisów dokumentu MAPA DROGOWA termin maksymalnie punktowany 21 dni jest dla niego niezbędny, a to w związku z koniecznością przyjęcia nowych sprzedawców gazu.

Sąd Okręgowy ma na uwadze to, iż sieć WAN stanowi drogę wymiany informacji pomiarowych, rozliczeniowych i innych, związanych z usługą dystrybucyjną między skarżącą KSG , a sprzedawcą gazu. Sąd ma na uwadze i to, że zgodnie z art. 27 ust. 1 Ustawy prawo telekomunikacyjne zakończenie negocjacji o zawarcie umowy z TP SA o dostęp telekomunikacyjny może trwać 90 dni. Nie umyka też uwadze Sądu to, że w myśl cz. 2 ust. 2.1 umowy ramowej, która posługuje się

TP SA, określającej warunki zawierania umów dzierżawy łącz realizacja dzierżawy, licząc od złożenia zamówienia, ma wynosić dla przepustowości 64 Kbit/s - 18 dni, dla przepustowości 2 Mbit/s- 30 dni. Dodatkowo/ ust. 2. 1 pkt. 8/ negocjacje powinny zakończyć się w ciągu 30 dni, po czym następuje złożenie zamówienia, następnie weryfikacja techniczna terminu realizacji usługi, licząc od dostarczenia do TP SA podpisanej umowy szczegółowej.

Równocześnie analiza dokumentu MAPA DROGOWA, stanowiącego projekt Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 22 grudnia 2011 roku wskazuje na to, iż są to propozycje programu działań związanych z deregulacją rynku gazu. Jak wynika z treści tego projektu termin 21 dni/ w projekcie 3 tygodnie/ nie dotyczy nowych sprzedawców gazu, którzy zgłoszą do skarżącego akces nabywania tego towaru lecz odnosi się do sytuacji, w której sprzedawca gazu/ dystrybutor/ związany już umową ze skarżącą Spółką , sygnalizuje zawarcie przez siebie umowy z nowym odbiorcą. Tej okoliczności / przy zgłoszeniu się nowego sprzedawcy-dystrybutora termin wynosi 51 dni/ dotyczyć ma nowe kryterium oceny. Tu też skarżący wskazuje/ pismo z 4 czerwca 2012 r./, iż dla zachowania terminu maksymalnie punktowanego/ 21 dni/ należy zarezerwować łącze o docelowej przepustowości czyli inaczej mówiąc utrzymać łącze w gotowości do czasu gdy skarżący zgłosi potrzebę zmiany.

Jak już wskazano w tym zakresie Izba uznała, że KSG nie wykazała ani konkretnej potrzeby zmiany przepustowości łącz, ani związku pomiędzy tym kryterium a zgłoszeniem nowego odbiorcy gazu.

Sąd Okręgowy podziela ten pogląd.

Skarżący ani w postępowaniu przed Izba, ani w postępowaniu przed Sądem nie wykazał aby zachodził adekwatny związek przyczynowy

między premiovany termin 21 dni, a faktem zgłoszenia przez sprzedawcę gazu nowego odbiorcy. W szczególności nie przedstawiono dowodów na to by okoliczność taka wywoływała potrzebę zmiany przepustowości łącz. Poza ogólnikowymi stwierdzeniami o zgłaszaniu się nowych sprzedawców, za którymi „pójdą” nowi odbiorcy skarżący nie wykazał jaka będzie skala tego zjawiska i w jaki sposób przełoży się na potrzebę zwiększenia przepustowości w terminie 21 dni. Oprócz samych twierdzeń nie zaoferowała skarżąca choćby symulacji ewolucji rynku gazu w powiązaniu z jej ofertą dystrybucyjną, które można by połączyć ze spornym terminem. Nie wskazała o jaką szacunkową ilość zwiększy się poziom danych tak by w związku z ich wzrostem niezbędna była potrzeba zwiększenia przepustowości w ciągu 21 dni albowiem pierwotna przepustowość okaże się niewystarczająca. Nie przeanalizowała też o ile ewentualnie zmniejszy się potrzeba przesyłu danych wobec odstąpienia przez odbiorców masowych od umów dotąd łączących ich z aktualnym monopolistą dostaw gazu. Wreszcie nie dokonała porównania obu szacunków tak by możliwe było ustalenie, że konieczność zachowania terminu 21 dni zaistnieje wobec niedostatku przepustowości pierwotnej.

Jak już wskazano termin 21 dni nie ma bezpośredniego związku z podejmowaniem działalności przez nowych sprzedawców gazu, a w każdym razie takiego związku skarżąca nie wykazała. Sąd podziela pogląd Izby, że tylko w takim przypadku, to jest w sytuacji udowodnienia konieczności o której, mowa możliwe byłoby

zaakceptowanie spornego kryterium jako wynikającego z usprawiedliwionych potrzeb zamawiającego, działającego w celu zapewnienia bezpieczeństwa gazowego. Jednakże dowodów na te okoliczności brak. Wprowadzenie tego kryterium oceny przejawia się więc jako preferujące określonego wykonawcę, który dysponując pełną infrastrukturą nie napotka trudności w spełnieniu tego kryterium w taki sposób, że uzyska maksymalną ilość punktów. Natomiast pozostali wykonawcy jawią się jako uzależnieni od TP SA, która nie daje gwarancji wywiązania się ze zobowiązań w terminach określonych w umowie ramowej. Tym samym konkurencyjność w przedmiotowym przetargu nabiera iluzorycznego wymiaru.

Nie zaprzeczono bowiem w procesie stanowisku przeciwnika skargi i przystępującego, że średni czas wybudowania łącza radiolinii, niżej punktowanego, wynosi około 3 miesiące, a wykonanie własnej linii światłowodowej jest nie tylko szczególnie kosztowne ale też zależne od przeprowadzenia określonych procedur administracyjnych.

Podobnie przedstawia się kwestia drugiego kryterium - naj wyżej punktowanego 105 dni.

Jak już powiedziano realny i co wynika z powołanych wyżej dokumentów czas uzyskania dzierżawy łącza od TP SA znacząco przekracza czas wskazany przez skarżącą.

Skarżąca posługuje się modelem, wzorcem opartym na treści umowy ramowej, uznając że jest on zachowywany. Odstępstwo od modelu określa jako ryzyko biznesowe, choć pociąga to za sobą konieczność zapłaty wysokich kar umownych przez zwycięzcę przetargu. Pomija przy tym realia wskazujące na to, że TP SA powyższego modelu nie stosuje w praktyce.

Jak trafnie zauważyła KiO w wyroku 874/09 „nawet przy dzierżawie czas niezbędny na wykonanie niektórych tylko czynności musi być uwzględniony przez zamawiającego”.

W ocenie Sądu Okręgowego nie jest też istotne czy GTS Poland zdołałby zachować maksymalnie punktowane warunki, co podkreśla skarżąca w powołaniu na wiążącą tę stronę z TP SA umowę ramową. Chodzi bowiem o to, że siwz kierowane są do szerszego kręgu ewentualnych wykonawców, nie tylko do tej jednej spółki. Winny być więc skonstruowane w taki sposób aby, z obiektywnego punktu widzenia, każdy z nich miał możliwość podjęcia realnej próby spełnienia maksymalnie punktowanych kryteriów. Inaczej mówiąc istota sprawy polega na tym czy maksymalnie punktowane kryteria są faktycznie dostępne dla wszystkich uczestników przetargu czy tylko dla jednego, znanego wykonawcy.

Sąd Okręgowy zauważa nadto, że zarzut skarżącego dotyczący naruszenia art. 192 ust. 7 pzp poprzez orzekanie przez Izbę w zakresie zarzutów nie objętych odwołaniem jest nietrafny. Tak zarzuty odwołania, jak i argumenty w całej rozciągłości odnosiły się do materii nin. sporu, a związany z nimi wywód miał bezpośrednio na celu wykazanie bezprawności wprowadzenia nowych, dwóch kryteriów oceny ofert.

Reasumując Sąd Okręgowy nie znajduje podstaw do uwzględnienia skargi, która podlega oddaleniu na podstawie art. 198 f ust.2 Pzp. O kosztach postępowania orzeczono po myśli art. 198 f ust.5 cyt. Ustawy.