

Sygn. akt: KIO/UZP 1515/09

**WYROK**  
**z dnia 19 listopada 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Klaudia Szczytowska - Maziarz**

**Członkowie:** **Ryszard Tetzlaff**

**Renata Tubisz**

**Protokolant:** **Wioleta Wasilewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Telekomunikację Polską S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Śląskie, 40-037 Katowice, ul. Ligonia 46** protestu z dnia 18.09.2009 r.

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie**
- 2. kosztami postępowania obciąża Telekomunikację Polską S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Telekomunikację Polską S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Telekomunikację Polską S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18** na rzecz **Województwa Śląskiego, 40-037 Katowice, ul. Ligonia 46** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Telekomunikacji Polskiej S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18.**

### **U z a s a d n i e n i e**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na "Świadczenie usług telefonii stacjonarnej wraz z dzierżawą telefonów stacjonarnych systemowych dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Śląskiego" wykonawca - TELEKOMUNIKACJA POLSKA S.A. - zwany dalej protestującym lub odwołującym, złożył protest na czynności i zaniechania zamawiającego, polegające na:

1. zaniechaniu odrzucenia ofert złożonych przez NETIA S.A. i TBM Telekom Sp. z o. o.,
2. bezprawnym wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez NETIA S.A.,

zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, 24 ust. 1 pkt 10 oraz ust. 2 pkt 2, 89 ust. 1 pkt 5, 91 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 pkt 2 oraz 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) - zwanej dalej ustawą Pzp oraz wnosząc o:

1. ponowne dokonanie czynności oceny złożonych ofert,
2. wykluczenie z postępowania wykonawcy TBM Telekom Sp. z o.o.,
3. odrzucenie oferty złożonej przez TBM Telekom Sp. z o.o.,
4. wykluczenie z postępowania wykonawcy NETIA S.A.,
5. odrzucenie oferty złożonej przez NETIA S.A.,
6. wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez protestującego.

W uzasadnieniu protestu protestujący podniósł:

Odnośnie oferty złożonej przez TBM Telekom Sp. z o.o.

Oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający w punkcie 111.2. (akapit trzeci) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) "Opis przedmiotu zamówienia" oraz w § 1 ust. 7 wzoru umowy, będącego załącznikiem nr 2 do SIWZ zapisał, iż "Wykonawca z którym zostanie zawarta

umowa jest zobowiązany do wykonania kompleksowego przyłączenia własnych linii do istniejącej sieci wewnątrz budynków i właściwej organizacji połączeń, z zapewnieniem ciągłości usługi w okresie zmiany operatora. Wykonawca przedstawi w terminie do 14 dni od podpisania umowy harmonogram prac w tym zakresie, który musi zostać zatwierdzony przez Zamawiającego."

Wykonawca TBM Telekom Sp. z o.o. w punkcie 4 swojej oferty złożył oświadczenie, iż "składana oferta przetargowa jest zgodna z warunkami i treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia" oraz że akceptuje wzór umowy, jednakże w treści dołączonego do oferty Zaświadczenia o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych z dnia 24 stycznia 2008 roku w części zawierającej "ogólny opis sieci telekomunikacyjnej, usługi telekomunikacyjnej lub udogodnień towarzyszących" jako przedmiot działalności wymieniono świadczenie usług telekomunikacyjnych. W dalszej części uszczegółowiono, iż przedmiotem działalności może być:

- o "publicznie dostępna usługa telefoniczna świadczona w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej / strefowa usługa telefoniczna świadczona z wykorzystaniem sieci innego operatora
- o publicznie dostępna usługa telefoniczna świadczona w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej / międzystrefowa usługa telefoniczna świadczona z wykorzystaniem sieci innego operatora
- o publicznie dostępna usługa telefoniczna świadczona w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej / międzynarodowa usługa telefoniczna świadczona z wykorzystaniem sieci innego operatora".

Zgodnie z treścią działu "Uprawnienia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego" w przedstawionym Zaświadczeniu o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, TBM Telekom Sp. z o.o. jest upoważniony wyłącznie "do wykonywania działalności telekomunikacyjnej w zakresie określonym wpisem, zgodnie z przepisami prawa i z zachowaniem obowiązków określonych przepisami prawa". Natomiast z przytoczonych treści Zaświadczenia wynika, że TBM Telekom Sp. z o.o. posiada jedynie uprawnienie do świadczenia usług telefonicznych w ramach sieci innego operatora, a nie jak żądał Zamawiający z wykorzystaniem przyłączonych własnych linii do istniejącej sieci wewnątrz budynków Zamawiającego.

Wobec powyższego, w ocenie protestującego, TBM Telekom Sp. z o.o. nie posiada uprawnienia do wykonywania działalności w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, a co za tym idzie nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu określonego w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i w konsekwencji podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a w konsekwencji oferta złożona przez TBM Telekom

Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 5 ustawy Pzp jako oferta złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

Odnosnie oferty złożonej przez NETIA S.A.

Oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zgodne z wiedzą protestującego w lokalizacjach w Częstochowie i Bielsku Białej, NETIA S.A. nie posiada własnej sieci ani też nie dzierżawi kanalizacji telekomunikacyjnej od Telekomunikacji Polskiej S.A., dla tych lokalizacji nie zostały również wydane warunki na dzierżawę kanalizacji lub kabli ani też nie zostały zgłoszone do uzgodnień projekty budowy przyłączy do tych lokalizacji.

Wobec powyższego NETIA S.A. nie ma w chwili obecnej i nic nie wskazuje na to, by budowała sieci TT do przedmiotowych lokalizacji Urzędów Marszałkowskich. Co prawda, NETIA w treści oferty złożyła dopuszczone przez Zamawiającego oświadczenie, iż na czas wybudowania przez wykonawcę własnej sieci zastosuje "technologię radiową jako rozwiązanie tymczasowe tylko dla jednej lokalizacji przez okres maksymalnie 60 dni od uruchomienia świadczenia usług, będących przedmiotem postępowania", jednak po pierwsze NETIA w chwili obecnej nie posiada własnej sieci w dwóch lokalizacjach, a nie jak dopuścił Zamawiający tylko w jednej, po drugie, z uwagi iż wybudowanie własnej sieci przypadnie na okres zimowy realizacja zamówienia dla tych realizacji staje się nierealna.

Zwrócił uwagę, że skoro zamawiający wymaga wykorzystania własnej sieci, to odpada możliwość dzierżawy infrastruktury od innego operatora. W przypadku bowiem dzierżawy sieci mamy do czynienia tylko z dysponowaniem, a nie z posiadaniem, jak wymaga zamawiający.

Wobec powyższego, w ocenie protestującego, wykonawca NETIA S.A. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ:

1. nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a mianowicie dysponowania potencjałem technicznym, którym niewątpliwie jest posiadanie własnej infrastruktury oraz
2. złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania złożone oświadczenie o zastosowaniu tymczasowego rozwiązania wprowadziło w błąd zamawiającego i niewątpliwie wpłynęło na wynik postępowania, tj. wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez NETIA S.A.

a w konsekwencji odrzuceniu podlega oferta złożona przez tegoż wykonawcę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Nadto protestujący podniósł, że brak wykluczenia wykonawcy, jak też brak odrzucenia oferty, która bezwzględnie podlega odrzuceniu z mocy prawa, powodować będzie, że postępowanie będzie obarczone wadą uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy.

Zamawiający protest oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu zamawiający wskazał, że zapis, iż "Wykonawca, z którym zostanie zawarta umowa jest zobowiązany do wykonania kompleksowego przyłączenia własnych linii do istniejącej sieci wewnątrz budynków i właściwej organizacji połączeń, z zapewnieniem ciągłości usługi w okresie zmiany operatora. Wykonawca przedstawi w okresie 14 dni od podpisania umowy harmonogram prac w tym zakresie, który musi zostać zatwierdzony przez Zamawiającego" nie oznacza konieczności użycia przez wykonawcę sieci, która jest przedmiotem jego prawa własności, a jedynie odnosi się do linii (sieci) wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Wyjaśnił, że zadaniem wykonawcy, który otrzyma zamówienie jest przyłączenie Urzędu do obsługiwanej przez siebie sieci. Ważne jest tu nie tyle prawo własności sieci, co możliwość podłączenia zamawiającego do sieci, którą dysponuje wykonawca. Podniósł, że stanowisko takie, w niniejszym zamówieniu, przyjął sam protestujący, który w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu z dnia 24 lipca 2009 r.. pisał "w odróżnieniu od zapisów Protestującego (Netia S.A.) krąg podmiotów, które mogą spełnić opis przedmiotu zamówienia jest dość liczny, a i inwestycji jeśli Wykonawca nie posiada odpowiedniej infrastruktury nie zawsze trzeba będzie wykonywać, ponieważ żeby przystąpić do jego wykonania należy być właścicielem albo dzierżawcą sieci. Takie dwie formy prawne władania siecią umożliwiają różnym operatorom świadczącym usługi na rynku polskim spełnienie opisu przedmiotu zamówienia i złożenie oferty w niniejszym postępowaniu". Argument ten został potwierdzony przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu z dnia 31 lipca 2009 r., a zatem zapisy o przyłączeniu własnych linii odnoszą się do organizacyjnego aspektu przyłączenia do sieci i nie ma znaczenia, czy linie stanowią własność wykonawcy, czy też wykonawca dysponuje lub będzie dysponował nimi na podstawie umów cywilnoprawnych czy międzyoperatorskich.

Zamawiający zezwolił wykonawcy na posiadanie, dzierżawę oraz inne formy dysponowania liniami, a jedynym warunkiem była możliwość poprawnej realizacji przez wykonawcę przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający podniósł także, że nie ma podstaw do negowania oferty i złożonych oświadczeń wykonawców w zakresie wykonania zamówienia i włączenia zamawiającego do obsługiwanej przez siebie sieci.

Zamawiający wyjaśnił, że Netia S.A., zgodnie z postanowieniami SIWZ ma 60 dni od zawarcia umowy na uruchomienie świadczenia usług i włączenia zamawiającego do

obsługiwanej przez siebie sieci oraz 60 dni od dnia uruchomienia świadczenia usług na zmianę technologii radiowej na kablową. Nie można więc uznać za słuszne twierdzenia protestującego, iż zamawiający dopuścił brak własnej sieci, w obecnej chwili, tylko w jednej lokalizacji. Także argumentowanie, że poprzez brak własnej infrastruktury Netia S.A. nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a mianowicie dysponowania potencjałem technicznym jest bezpodstawne, gdyż na potwierdzenie tego warunku zamawiający żądał, zgodnie z pkt V.1.b SIWZ, wykazu wykonanych usług, a nie dokumentów potwierdzających posiadanie odpowiedniej sieci w lokalizacjach zamawiającego.

Zamawiający wskazał też, że w przypadku dzierżawy sieci, zgodnie z art. 336 Kodeksu cywilnego, mamy do czynienia zarówno z dysponowaniem, jak i posiadaniem. Skoro, co przyznał sam protestujący, żeby spełnić opis przedmiotu zamówienia i przystąpić do jego wykonania nie trzeba być właścicielem, ale wystarczy być dzierżawcą sieci, to brak jest podstaw do wykluczenia TBM Telekom sp. z o.o. i Netia S.A. i odrzucenia ich ofert.

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty, żądania i argumentację zawarte uprzednio w proteście.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w rozstrzygnięciu niniejszego odwołania, bowiem odrzucenie ofert złożonych przez NETIA S.A. i TBM Telekom Sp. z o.o. pozwoli na uzyskanie przedmiotowego zamówienia przez odwołującego.

Dodatkowo podniósł, że ze sformułowaną przez zamawiającego na potrzeby oddalenia protestu definicją "własnej sieci" nie można się zgodzić. Wskazał, że przy interpretacji spornego zapisu „kompleksowego przyłączenia własnych linii do istniejącej sieci wewnątrz budynków” pomocna będzie analiza przepisów Prawa telekomunikacyjnego (ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, Dz. U. Nr 171 poz. 1800 z późn. zm.).

Świadczenie usług telekomunikacyjnych to, zgodnie z definicją zawartą w § 2 pkt 41 Prawa telekomunikacyjnego: "wykonywanie usług za pomocą własnej sieci, z wykorzystaniem sieci innego operatora lub sprzedaż we własnym imieniu i na własny rachunek usługi telekomunikacyjnej wykonywanej przez innego dostawcę usług". Należy zatem rozgraniczać sieć należącą i eksploatowaną przez danego operatora od elementów telekomunikacyjnych pochodzących od innych operatorów (np. usług łączy dzierżawionych), które są wykorzystywane w celu zapewnienia telekomunikacji.

Dostarczanie sieci telekomunikacyjnych (§ 2 pkt 4 Prawa telekomunikacyjnego) jest jednym z rodzajów działalności telekomunikacyjnej i polega na przygotowaniu sieci telekomunikacyjnej w sposób umożliwiający świadczenie w niej usług, jej eksploatację, nadzór nad nią lub umożliwianiu dostępu telekomunikacyjnego, czyli umożliwianiu

korzystania z urządzeń telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub usług świadczonych przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, na określonych warunkach, celem świadczenia usług telekomunikacyjnych (§ 2 pkt 4 Prawa telekomunikacyjnego). Dostarczanie sieci ma zatem służyć świadczeniu usług telekomunikacyjnych, przy czym odbiorcą tych usług mogą być zarówno użytkownicy końcowi (gdy usługi są świadczone przy wykorzystaniu własnej sieci), jak i inni przedsiębiorcy telekomunikacyjni wykorzystujący cudze usługi do budowania własnej oferty usług telekomunikacyjnych (gdy usługi są świadczone w oparciu o sieć innego operatora). Ma to swoje odzwierciedlenie w definicji przedsiębiorcy telekomunikacyjnego (§ 2 pkt 41 Prawa telekomunikacyjnego), zgodnie z którą jest nim przedsiębiorca lub inny podmiot uprawniony do wykonywania działalności gospodarczej na podstawie odrębnych przepisów, który wykonuje działalność gospodarczą polegającą na:

- dostarczaniu sieci telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub
- świadczeniu usług telekomunikacyjnych.

Odwołujący wskazał też, że zgodnie z art. 10 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego działalność telekomunikacyjna będąca działalnością gospodarczą jest działalnością regulowaną i podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, zaś organem, który prowadzi rejestr jest Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (art. 10 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego), który podejmuje wszelkie decyzje związane z dokonywaniem wpisu, opierając się na złożonym pisemnym wniosku przez przedsiębiorcę lub inny uprawniony podmiot do wykonywania działalności gospodarczej. Zaświadczenie o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych stanowi zatem źródło informacji, do jakich czynności (usług) uprawniony jest dany operator, czy do świadczenia tych usług wykorzystuje własną sieć czy sieć innego operatora.

W ocenie odwołującego, pod pojęciem "własna sieć" należy rozumieć sieć telekomunikacyjną, której właścicielem jest dany operator, natomiast sieć innego operatora to sieć, którą ten operator dysponuje na podstawie umowy dzierżawy lub innej umowy cywilnoprawnej. W związku z tym stwierdził, iż zarzuty co do ofert złożonych przez NETIA S.A. oraz TBM Telekom Sp. z o.o. są jak najbardziej uzasadnione, ponieważ;

- o TBM Telekom Sp. o.o., zgodnie z załączonym do oferty Zaświadczeniem o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, jest uprawniony do świadczenia usług telekomunikacyjnych będących przedmiotem zamówienia wyłącznie w oparciu o sieć telekomunikacyjną innego operatora,
- o NETIA S.A. nie posiada w dwóch lokalizacjach własnej sieci w rozumieniu przedstawionym wyżej.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści ogłoszenia o zamówieniu z dnia 20.06.2009 r. (Dziennik Urzędowy UE 2009/S 117-169596), SIWZ, rozstrzygnięcia protestu z dnia 31.07.2009 r. (pismo ZN/ZP.3333-B57-2/2009), oferty wykonawcy TBM Telekom Sp. z o.o. oraz oferty wykonawcy Netia S.A., oświadczeń i stanowisk stron, a także przystępującego, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia do postępowania protestacyjnego i odwoławczego oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny do wniesienia tak protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutu, że zamawiający bezprawnie zaniechał wykluczenia dwóch wykonawców i zaniechał odrzucenia złożonych przez nich ofert, oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskania przedmiotowego zamówienia, skoro jego oferta byłaby jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu w przedmiotowym postępowaniu.

Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka niezbędna do rozpoznania odwołania wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Kluczowym dla rozstrzygnięcia odwołania było ustalenie, czy w przedmiotowym postępowaniu na „Świadczenie usług telefonii stacjonarnej wraz z dzierżawą telefonów stacjonarnych systemowych dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Śląskiego” zamawiający dopuścił, aby oferty złożyli wyłącznie ci wykonawcy, którzy mogą (są uprawnieni) świadczyć usługi telekomunikacyjne z wykorzystaniem własnych sieci, czy też także ci, którzy mogą świadczyć te usługi wyłącznie z wykorzystaniem sieci innego operatora.

Skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że zamawiający dopuścił obie wskazane powyżej grupy wykonawców, opierając się w tej mierze:

po pierwsze, na brzmieniu warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu, zawartym w Rozdziale V pkt 1 lit. a SIWZ, w którym brak jest zastrzeżenia, że o udzielenie tego zamówienia mogą się ubiegać wyłącznie wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania działalności, polegającej na świadczeniu usług telekomunikacyjnych jedynie z wykorzystaniem własnych sieci, co byłoby jednocześnie równoznaczne z zakazem ubiegania się wykonawców świadczących takie usługi z wykorzystaniem sieci innego operatora,

po drugie, na stanowisku zamawiającego, które zawarł w rozstrzygnięciu protestu z dnia 31.07.2009 r. (pismo ZN/ZP.3333-B57-2/2009 - str.2), zgodnie z którym: „aby przystąpić do wykonania przedmiotu zamówienia trzeba być właścicielem lub dzierżawcą



sieci. Umożliwia to różnym operatorom świadczącym usługi na rynku polskim spełnienie opisu przedmiotu zamówienia i złożenie oferty w niniejszym postępowaniu”,

po trzecie, na braku zdefiniowania przez zamawiającego w postanowieniach SIWZ oraz w toku przedmiotowego postępowania sposobu rozumienia sformułowania „własne linie”, użytego w Rozdziale III SIWZ, opisującym oczekiwania zamawiającego co do przedmiotu zamówienia w zdaniu: „Wykonawca z którym zostanie zawarta umowa jest zobowiązany do wykonania kompleksowego przyłączenia własnych linii do istniejącej sieci wewnątrz budynków i właściwej organizacji przełączeń, z zapewnieniem ciągłości usługi w okresie zmiany operatora”; użycie dwóch odmiennie brzmiących słów, tj. „linie” i „sieci” przemawia przeciw nadaniu obu tym pojęciom tego samego znaczenia, tj. rozumienie linii jako sieci, która stanowi własność danego operatora.

po czwarte, na zasadzie, że wszelkie braki lub niejasności sporządzonej przez zamawiającego SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy, którego te niejasności lub braki bezpośrednio dotyczą i eliminowałyby tego wykonawcę z udziału w postępowaniu.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy TBM Telekom Sp. z o.o. z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z powołaniem się na przepis art. 24 ust. 1 pkt 10, oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, skoro wykonawca ten, zgodnie z przedłożoną wraz z ofertą kopią Zaświadczenia o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 24.01.2008 r., jest uprawniony do świadczenia usług telekomunikacyjnych z wykorzystaniem sieci innego operatora. W konsekwencji skład orzekający Izby uznał, że brak jest także podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Drugą istotną kwestią niezbędną dla rozstrzygnięcia odwołania było ustalenie, jakie warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu wprowadził zamawiający odnośnie potencjału technicznego.

W tym zakresie w Rozdziale V pkt 1 lit. b zamawiający dopuścił wykonawców, którzy: „posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, w tym - wykonali (...) min. 1 usługę świadczenia usług telekomunikacyjnych telefonii stacjonarnej w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, o wartości min. 300 000,00 zł”.

W ocenie składu orzekającego Izby, pomimo zbiorczego nazwania warunku, tj. odniesienia go zarówno do: 1) niezbędnej wiedzy, 2) niezbędnego doświadczenia,

3) niezbędnego potencjału technicznego oraz 4) niezbędnych osób zdolnych do wykonania zamówienia, zamawiający w istocie postawił warunek wyłącznie co do niezbędnego doświadczenia (1 usługa o wartości min. 300 tys. zł) i tylko w odniesieniu do niego zażądał dokumentu, tj. wykazu usług z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane należycie (Rozdział VI pkt 8 SIWZ).

Tak samo brzmiący warunek został zamieszczony w ogłoszeniu o przedmiotowym zamówieniu z dnia 20.06.2009 r. (Dziennik Urzędowy UE 2009/S 117-169596) w sekcji III.2.1.

Biorąc pod uwagę to ustalenie, stwierdzić należy, że warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu, którego spełnienie wykonawcy byli zobowiązani wykazać na dzień składania ofert nie było ani to, że wykonawcy muszą być właścicielami, ani to, że wykonawcy muszą być choćby dzierżawcami sieci, która pozwoli im na świadczenie objętej tym postępowaniem usługi telekomunikacyjnej telefonii stacjonarnej.

Podkreślenia wymaga, że wiedza wykonawców co do spełniania warunków mogła zapaść - bowiem temu właśnie służy publikacja ogłoszenia o zamówieniu zawierającego warunki udziału w postępowaniu – wyłącznie po lekturze tego ogłoszenia, tj. bez znajomości uwagi na str. 2 Formularza ofertowego, o czym poniżej.

Za niedopuszczalne skład orzekający Izby uznaje, aby to wykonawcy - wobec jedynie ogólnego odwołania się do warunku przez zamawiającego - sami go uszczegóławiali i nadawali mu treść.

Uwaga, jaka została zamieszczona przez zamawiającego w Formularzu ofertowym o treści: „W przypadku, gdy Wykonawca nie dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia powinien do oferty dołączyć pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępniania potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia”, na którą powoływał się odwołujący na rozprawie, wobec brzmienia samego warunku udziału w postępowaniu (braku wymagań co do potencjału technicznego) w treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu nie niesie za sobą żadnej merytorycznej treści co do żądań samego zamawiającego, którym mieliby sprostać wykonawcy.

Potwierdzeniem tego jest także przywołane już stanowisko zamawiającego, które zawarł w rozstrzygnięciu protestu z dnia 31.07.2009 r. (pismo ZN/ZP.3333-B57-2/2009 (str.2), zgodnie z którym: „aby przystąpić do wykonania przedmiotu zamówienia trzeba być właścicielem lub dzierżawcą sieci”, a które wprost odnosi się do momentu „przystąpienia do wykonania przedmiotu zamówienia”, nie zaś do momentu „przystąpienia do postępowania przetargowego”.

Za takim podejściem przemawia również fakt, że nadmiernym wymogiem udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego byłoby wymuszanie

na wykonawcach, aby w sytuacji braku gwarancji co do uzyskania zamówienia ponosili oni, już na etapie składania ofert, koszty, które w istocie stanowią koszty realizacji tego konkretnego zamówienia.

Wskazany na rozprawie przez zamawiającego i przystępującego jako wystarczający 30-dniowy termin na wydzierżawienie łączy od innego operatora, którego to terminu odwołujący nie kwestionował tak w odniesieniu do operatora Dialog, jak i odwołującego (TP S.A.) gwarantuje przystąpienia przez wykonawcę, który musi stać się dzierżawcą, do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogiem zamawiającego, tj. 60 dni od dnia zawarcia umowy (zgodnie z Rozdziałem IV SIWZ - Termin wykonania zamówienia)

Uwzględniając fakt, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający dopuścił, aby oferty złożyli również wykonawcy, którzy mogą świadczyć usługi telekomunikacyjne z wykorzystaniem sieci innego operatora, o czym była mowa powyżej oraz to, że odwołujący nie wykazał, poprzestając na gołosłownych twierdzeniach, że wykonawca Netia S.A. nie jest w stanie, w przypadku lokalizacji w Częstochowie i Bielsku - Białej, dzierżawić na potrzeby tego postępowania sieci innego operatora, a nadto wobec ustalenia braku wymogów zamawiającego w zakresie potencjału technicznego, skład orzekający Izby uznał, że brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy Netia S.A. z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z powołaniem się na przepis art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. W konsekwencji skład orzekający Izby uznał, że brak jest także podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 oraz 91 ustawy Pzp.

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że w przypadku wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, złożona przez takiego wykonawcę oferta jest eliminowana na podstawie przepisu art. 24 ust. 4, nie zaś art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który to przepis odnosi się do takiego wykonawcy, który został wykluczony na wcześniejszym etapie, tj. przed złożeniem oferty (np. w trybie przetargu ograniczonego). Innymi słowy, w momencie składania oferty wykonawca Netia S.A. i TBM Teleksom Sp. z o.o. nie byli wykonawcami wykluczonymi z udziału w postępowaniu, a zatem odrzucenie ich ofert z powołaniem się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 jest niezasadne.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie przepisu art. 191 ust.1 ustawy Pzp zdanie pierwsze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznał za uzasadnione koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....