

Sygn. akt KIO/UZP 750/09

WYROK
z dnia 30 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Lubomira Matczuk - Mazuś**

Członkowie: **Ryszard Tetzlaff**

Jolanta Markowska

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 czerwca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej, 01-673 Warszawa, ul. Podleśna 61** protestu z dnia **11 maja 2009 r.**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13**,
- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13**.

Uzasadnienie

Odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego, którego przedmiotem jest świadczenie usług telekomunikacyjnych (sieć VAN na IP VAN) w terminie 48 miesięcy od dnia uruchomienia.

Ogłoszenie o zamówieniu – usługi - zamieszczone zostało w Dz. Urz. U.E. w dniu 5 maja 2009 r. nr 2009 / S 85-122917 i ogłoszenie o wszczęciu postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego, na stronie internetowej zamawiającego, w dniu 30 kwietnia 2009 r. (data przekazania ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich).

Odwołujący - Netia S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł w dniu 13 maja 2009 r., pismem z dnia 11 maja 2009 r., protest na postanowienia zawarte w treści ogłoszenia.

Protest został oddalony w całości, rozstrzygnięcie protestu – pismo zamawiającego Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej z siedzibą w Warszawie - z dnia 28 maja 2009 r., doręczone odwołującemu w dniu 29 maja 2009 r.

W odwołaniu wniesionym w dniu 8 czerwca 2009 r. odwołujący powtórzył zarzuty zawarte w proteście wskazując na przepisy art. 7 oraz art. 29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), zwanej w skrócie Pzp.

Odwołujący żądał modyfikacji ogłoszenia w sposób zapewniający zgodność ogłoszenia z Pzp.

Zarzuty i wnioski zawarte w odwołaniu.

1. Zgodnie z treścią ogłoszenia (opis potrzeb i wymagań zamawiającego) wykonawca zobowiązany jest do uruchomienia łączy IP VPN w terminie nieprzekraczającym trzech miesięcy od dnia podpisania umowy.

Termin ten, w ocenie odwołującego, w sposób istotny ogranicza konkurencję, naruszając tym samym art. 7 Pzp.

Odwołujący podał, że przedmiotowe zamówienie obejmuje podjęcie prac instalacyjnych oraz potrzebę uzyskania wymaganych uzgodnień w ramach 84 lokalizacji wskazanych przez zamawiającego.

Ponadto, zamawiający w ramach oceny ofert, przyjął jako kryterium - termin uruchomienia usług, preferując tych spośród dostawców usług, którzy już świadczą usługi w wybranych lokalizacjach (szczególnie lokalizacje wymagające dłuższego okresu instalacji urządzeń). Podane w ogłoszeniu 8 tygodni na uruchomienie usługi (maksymalna punktacja) jest terminem, w przypadku niektórych lokalizacji, możliwym do zaproponowania jedynie przez obecnego dostawcę usługi w ramach danej lokalizacji.

Termin ten istotnie odbiega od warunków rynkowych wykonywania tego typu usług (przy tak licznej ilości lokalizacji). W ocenie odwołującego, zamawiający nie może powoływać się na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, gdyż w takiej sytuacji wykonawcy ponosiliby konsekwencje zbyt późnego wszczęcia postępowania przez zamawiającego.

Opisane działanie zamawiającego, poprzez wykluczenie swobodnej konkurencji, uniemożliwi zamawiającemu obniżenie kosztów zamawianej usługi.

W ocenie Odwołującego, terminem umożliwiającym zachowanie uczciwej konkurencji jest termin co najmniej czteromiesięczny. Odwołujący żąda tym samym zarówno wydłużenia terminu rozpoczęcia realizacji usługi, jak i odpowiedniej modyfikacji kryterium oceny ofert odnoszącego się do terminu realizacji usługi (zmiana terminów oraz wagi tego kryterium).

II. Zgodnie z treścią ogłoszenia (opis potrzeb i wymagań) Zamawiający wyklucza możliwość zbudowania łączy dostępowych z wykorzystaniem:

- zasobów publicznej sieci Internet,
- łączy satelitarnych,
- łączy radiowych działających w paśmie niekoncesjonowanym,
- łączy radiowych typu punkt -wielopunkt,
- technologii IEEE 801.11 (Wi-Fi).

Zamawiający dokonał tego wyłączenia, zgodnie z przedstawioną informacją, ze względu na wymagania w zakresie bezpieczeństwa oraz potrzebę uniezależnienia transmisji WAN od warunków pogodowych. Takie działanie zamawiającego, w ocenie odwołującego, narusza art. 29 Pzp, gdyż wyklucza zastosowanie dostępnych technologii stanowiących rzeczywistą alternatywę wobec obecnie stosowanych przez zamawiającego rozwiązań.

Łącze radiowe charakteryzuje się porównywalną bezawaryjnością oraz bezpieczeństwem świadczenia usług. Zdaniem odwołującego, akceptacja tylko jednego rodzaju technologii, jest faktycznym ograniczeniem konkurencji i nie znajduje technologicznego uzasadnienia.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający ma możliwość opisu przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi oczekiwaniami, ale nie może w sposób arbitralny, nieuzasadniony swoimi potrzebami dokonywać wyłączenia, dopuszczalnych z technologicznego punktu widzenia, niektórych sposobów realizacji usługi. Alternatywne rozwiązania mogłyby oznaczać dla zamawiającego realne obniżenie kosztów świadczenia usługi. Art. 29 ust. 3 Pzp nakazuje dopuścić wszelkie równoważne rozwiązania technologiczne celem zapewnienia uczciwej konkurencji. Na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, iż tylko określony sposób realizacji zamówienia umożliwia mu realizację celu założonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienie publicznego.

Istotną okolicznością jest także to, iż wybór obecnie stosowanej technologii oznacza kolejną preferencję dotychczasowego usługodawcy (w wybranych lokalizacjach). Zamawiający może

oczekiwać pozyskania przedmiotu zamówienia w najlepszej dostępnej technologii, ale nie może tego robić w taki sposób, iż narusza zasady równego traktowania wykonawców. Tym samym decydując się na konkretną technologię, zamawiający powinien, przy opisie przedmiotu zamówienia, wskazać rozwiązania równoważne.

Zamawiający powinien podać, jakie wymagania stawia w zakresie bezpieczeństwa oraz w zakresie uniezależnienia się od warunków pogodowych w ramach świadczonej usługi, zamiast dokonywać wyłączenia konkretnych rozwiązań technologicznych. Jeżeli w niektórych z wybranych lokalizacji umieszczone są urządzenia zamawiającego działające w technologii radiowej (radary meteorologiczne), tworzące w ocenie zamawiającego, ryzyko istnienia zakłóceń, któremu odwołujący przeczy, zamawiający mógł wskazać takie lokalizacje wraz z ograniczeniem w tych miejscach możliwości świadczenia usługi, jedynie w oparciu o technologie kablowe. Wyłączenie dotyczące wszystkich lokalizacji, co do zasady, nie znajduje merytorycznego uzasadnienia.

Przepisy ustawy Prawo telekomunikacyjne w żaden sposób nie różnicują technologii świadczenia usługi. Zobowiązują jedynie operatora telekomunikacyjnego do utrzymania usługi o określonej jakości. Dla odbiorcy końcowego nie powinno mieć znaczenia w jaki dostępny na rynku sposób usługa jest realizowana. Zamawiający ponadto błędnie podnosi tezę o wadliwości technologii radiowej na podstawie własnych doświadczeń związanych z działaniem radarów meteorologicznych, gdyż rozważania te dotyczą nieporównywalnych technologii.

Zamawiający określa wymogi, jakim ma odpowiadać efekt prawidłowego wykonania usługi, natomiast ustalenie sposobu i środków niezbędnych dla jej zrealizowania należy do przyszłego wykonawcy, gdyż czynniki te mają wpływ na przebieg i koszty wykonania usługi.

Odwołujący żądał modyfikacji ogłoszenia w tym zakresie poprzez dopuszczenie także technologii radiowego przesyłu.

Zamawiający oddalił protest w całości.

W uzasadnieniu podał, że wniesiony protest wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, zarzucający zamawiającemu naruszenie art. 7 Pzp (zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców) oraz 29 Pzp (opis przedmiotu zamówienia, utrudniający uczciwą konkurencję), w tym:

- wymogu uruchomienia łączy w terminie trzech miesięcy od dnia podpisania umowy, przy maksymalnej punktacji deklarowanego 8-tygodniowego terminu uruchomienia usługi oraz
- nieuzasadnionego dopuszczenia tylko dotychczasowej technologii realizacji zamówienia, co, zdaniem protestującego, preferuje dotychczasowego wykonawcę usługi oraz żądający modyfikacji w zakresie:

- terminu uruchomienia usługi - na co najmniej 4-miesięczny,
- kryterium oceny ofert stosownie do modyfikacji ww. terminu (zmiany terminu i wagi tego kryterium),
- wskazania rozwiązań równoważnych przy opisie zamówienia,
- przy opisie przedmiotu zamówienia - zamiast wyłączenia konkretnych rozwiązań technologicznych - postawienia wymagań w zakresie bezpieczeństwa oraz w zakresie uniezależnienia się od warunków pogodowych w ramach świadczonej usługi, nie zasługuje na uwzględnienie.

1. W kwestii terminu uruchomienia usługi, a co za tym idzie - wagi terminu jako kryterium oceny ofert, zamawiający stwierdził, że określenie przedmiotu zamówienia, w tym oprotestowanego terminu uruchomienia usługi, jest suwerenną decyzją zamawiającego i to w gestii zamawiającego leży ustalenie wszystkich cech, funkcji, parametrów i innych wymogów zamówienia. Oprotestowany wymóg jest ściśle związany z charakterem przedmiotu zamówienia i odpowiada indywidualnym potrzebom zamawiającego, które to potrzeby nie mogą być uzależnione od warunków mikroekonomicznych konkretnego wykonawcy. Zamawiający podniósł, że protestujący wskazał jedynie na własne możliwości uruchomienia usługi, które oszacował na 4 miesiące. Natomiast nie wynika z tego, że jest to termin obiektywny i minimalny dla każdego z wykonawców. Fakt, że protestujący nie ma subiektywnych możliwości uruchomienia usługi w żądanym terminie, nie świadczy o dyskryminowaniu go na rynku, czy też o naruszeniu przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji przy konstruowaniu tego wymogu.

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z jego statutem, ustawodawca nałożył obowiązek: "monitorowania, prognozowania oraz wczesnego ostrzegania przed zjawiskami i katastrofami naturalnymi, występującymi w atmosferze i hydrosferze, stwarzającymi zagrożenie dla bezpieczeństwa publicznego oraz zdrowia i życia ludzi i ich mienia...". Dodatkowo utrzymanie niezawodnych systemów synoptycznych wymuszają na Instytucie przepisy art. 103, 104 i 111 ustawy Prawo wodne z dnia z dnia 18 lipca 2001 r. i rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 22 sierpnia 2007 r. dotyczącego ostrzeżeń meteorologicznych.

Zamawiający podkreślił, że wyznaczenie 3 miesięcznego terminu wykonania zamówienia jest świadomym wyborem zamawiającego dla zapewnienia pełnej osłony hydrologiczno-meteorologicznej kraju w ramach Państwowej Służby Hydrologiczno-Meteorologicznej.

Okres migracji (przechodzenia) na nowy system transmisji danych może spowodować osłabienie zdolności Instytutu do wykonywania zadań statutowych, stąd konieczność minimalizacji wystąpienia zagrożeń z tym związanych, co za tym idzie uruchomienia poza okres absolutnie konieczny.

Wymagany termin uruchomienia jest kompromisem pomiędzy zdolnościami wykonawczymi operatorów telekomunikacyjnych, a ryzykiem niedopełnienia przez Instytut wymagań dotyczących ciągłości transmisji danych, która ma bezpośrednie przełożenie na bezpieczeństwo w ruchu lotniczym, komunikacji lądowej i wodnej.

Określając termin uruchomienia sieci WAN, zamawiający opierał się na wiedzy dotyczącej rynku telekomunikacyjnego w Polsce, na którym obecnie działa co najmniej kilku operatorów telekomunikacyjnych, posiadających wystarczające doświadczenie i odpowiednie zasoby do realizacji przedsięwzięcia w wyznaczonym czasie. Pośrednim potwierdzeniem tego założenia jest brak oprotowania terminu przez innych potencjalnych wykonawców.

Ponadto, zamawiający podniósł, że w ogłoszeniu o dialogu konkurencyjnym dopuścił możliwość zestawienia łączy tymczasowych w celu szybszej realizacji usługi.

Nie ma także uzasadnienia, w ocenie zamawiającego, zarzut preferowania obecnego wykonawcy usługi, które aktualnie są świadczone jako usługi telekomunikacyjne o innej technologii niż opisane w przedmiotowym zamówieniu. Wykonawcami usług jest pięciu różnych operatorów telekomunikacyjnych, a ilościowy zakres usług (liczba lokalizacji) jest znacznie mniejszy od wymaganego w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający skonstruował kryteria oceny ofert zgodnie z przepisem art. 91 ust. 2 Pzp, w taki sposób, aby najkorzystniejsza oferta stanowiła optymalną propozycję realizacji zamówienia.

W związku z tym, również żądanie modyfikacji kryteriów oceny ofert, nie zasługuje, w ocenie zamawiającego, na uwzględnienie.

2. W kwestii dopuszczenia tylko dotychczasowej technologii realizacji zamówienia, zamawiający podał.

Ustalenie niezbędnych cech, wymogów, dotyczących przedmiotu zamówienia, leży w gestii zamawiającego. Zamawiający określa je, mając na uwadze własne potrzeby, konieczność zapewnienia bezpiecznej realizacji zadań statutowych, w tym przypadku przedmiotowego zamówienia, mając na uwadze interes publiczny.

Określenie przez Zamawiającego wymogów realizacji usługi według żądań protestującego byłoby obarczone dużym ryzykiem niepowodzenia zadania, jakim jest zapewnienie łączności na wymaganym poziomie, wynikającym ze specyfiki działań statutowych zamawiającego.

Łącza w technologii radiowej, ze względu na zastosowane medium transmisyjne i środowisko, w jakim pracują, posiadają cechy wyraźnie odróżniające je od właściwości łączy kablowych (miedzianych czy światłowodowych). Najważniejsze dla zamawiającego są trzy aspekty wynikające z ich użycia do transmisji danych w sieci WAN: bezpieczeństwo transmisji, niezawodność przesyłu danych, wpływ działania łączy na otoczenie.

Niezawodność przesyłu danych determinuje ośrodek, w którym następuje propagacja fal radiowych (atmosfera ziemska) i czynniki powodujące jego niestabilność w czasie (zjawiska

atmosferyczne takie jak wilgotność, opady, wyładowania burzowe). Intensywne opady deszczu i śniegu powodują zaniki sygnału radiowego i zakłócenia oraz przerwy w przesyłaniu danych.

Negatywna ocena technologii radiowej dla potrzeb transmisji danych wynika z doświadczeń Instytutu z zastosowania tych łącz do odbioru danych z Radarów Meteorologicznych. Łąca radiowe silnie oddziałują na otoczenie poprzez tworzenie silnego tła radiowego, interferencję fal radiowych w urządzeniach elektronicznych czy też powstawanie wielu harmonicznych zakłócających ich normalną pracę. Występowanie tych zjawisk jest widoczne przede wszystkim w działaniu czułych i podatnych na zakłócenia urządzeń pomiarowych i rejestrujących stosowanych przez zamawiającego. Następstwem tego jest brak pomiarów lub błędne, zafałszowane wyniki, które są następnie bazą do tworzenia prognoz i ostrzeżeń meteorologicznych. W niektórych specjalistycznych systemach pomiarowych takich jak radar meteorologiczny, utrata niewielkiej porcji danych na łączach transmisyjnych (np. przez zakłócenia) powoduje bezpowrotną stratę całego cyklu pomiarowego. Wysokie wymagania stawiane przez IMGW systemom teletransmisyjnym wynikają także z tego, że Polska, podobnie jak wszystkie państwa członkowskie Światowej Organizacji Meteorologicznej (WMO) ma obowiązek przesyłania reprezentatywnych i kompletnych danych pomiarowych do globalnego systemu danych meteorologicznych, na którym bazują wszystkie systemy ostrzegania przed klęskami żywiołowymi. Ogólnoświatowy system telekomunikacyjny (GTS) stosowany do przesyłania danych meteorologicznych zbudowany jest na łączach IP VPN, a dane przesyłane są według wyznaczonych formatów, protokołów i standardów teletransmisyjnych. W związku z tymi wymaganiami, optymalnym wyborem dla zaspokojenia potrzeb IMGW, są łącza kablowe - zamawiający dopuszcza stosowanie łącz radiowych w konfiguracji punkt-punkt (radiolinia), jako łącza tymczasowe.

Zamawiający stwierdził, że łącza ADSL, w oparciu o zasoby publicznej sieci Internet, nie są równoważne z dedykowanymi łączami ISDN ze względu na co najmniej dwa aspekty funkcjonalne, inne dla obu środowisk teletransmisyjnych - bezpieczeństwo transmisji i opóźnienia przesyłu danych. Publiczna sieć – Internet - posiada wspólne zasoby transmisyjne dla wszystkich użytkowników i nikt nie odpowiada za zarządzanie, nie kontroluje i nie nadzoruje mechanizmów bezpieczeństwa. Podobnie jest w przypadku opóźnień w transmisji danych - nie można określić ich stałej wartości (brak efektywnych mechanizmów QoS). Przeciwnie, dla łącz w sieci ISDN użytkownik otrzymuje dedykowane dla niego łącze cyfrowe w komutowanej sieci publicznej, za którego parametry i bezpieczeństwo odpowiada koncesjonowany operator telekomunikacyjny. Wielkość opóźnień jest określona, jakość gwarantowana przez standard EURO ISON. Podobnie jest z wymaganiami QoS dla cyfrowej transmisji głosu i danych.

Zdaniem zamawiającego, zasada równej konkurencji nie może być pojmowana w sposób absolutny.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie dowodów zawartych w aktach sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego oraz wyjaśnień stron, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący legitymuje się posiadaniem interesu prawnego, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, jako niezbędnej przesłanki wniesienia odwołania. Postępowanie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego. Odwołujący złożył skutecznie wniosek o dopuszczenie do dialogu konkurencyjnego. W czasie dialogu, zamawiający może przed zaproszeniem do składania ofert dokonać zmiany wymagań będących przedmiotem dialogu, a więc także zastosowania odpowiednich technologii przy wykonywaniu zamówienia. Nie zamieszcza tylko w tym przypadku w siwz, przekazywanej wraz z zaproszeniem do składania ofert, zakresu opisanego w art. 36. ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp. tj. opisu warunków udziału w postępowaniu, opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem, odwołujący mógł wnieść protest, a następnie odwołanie, w których podważył treść ogłoszenia, mimo potencjalnej możliwości zmiany tej treści.

W ocenie KIO, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ogłoszeniu zamieszczonym na stronie internetowej, zamawiający podał w części oznaczonej II pt. „Opis potrzeb i wymagań Zamawiającego”, że opis stanowi załącznik nr 1 do ogłoszenia. W załączniku nr 1 w tytule oznaczonym 1 pn. „Architektura oraz łącza dostępowe sieci VAN”, w pkt 2 podał, że wszystkie łącza IP VPN wykonawca uruchomi w terminie nie przekraczającym 3 miesięcy od dnia podpisania umowy. W tabeli 3 pt. „Lista lokalizacji – wymagania dotyczące sieci VAN”, zamawiający określił kategorie dla 84 lokalizacji, podając oznakowania od „0” do „5”. Piątą kategorię przypisał radarom meteorologicznym wyszczególnionym w liście lokalizacji w pozycjach od 78 do 84. W pkt 10 podał, że w lokalizacjach należących do kategorii 5, łącza dostępowe zostaną wykonane w technologii zaproponowanej przez wykonawcę, przy czym od routera CE do sieci szkieletowej operatora powinny zostać poprowadzone dwa niezależne łącza. Dodatkowo, łącza nie mogą powodować zakłóceń radarów meteorologicznych stosowanych przez zamawiającego. Specyfikacja radarów została przedstawiona w Tabeli 1, w której podano: typ radaru, parametry, lokalizacje. W pkt 11 następującym po tabeli, zamawiający zamieścił kwestionowany przez odwołującego punkt ogłoszenia, o treści: „Ze względu na wymagania w zakresie bezpieczeństwa oraz potrzebę uniezależnienia transmisji WAN od warunków

pogodowych, zamawiający wyklucza możliwość zbudowania łączy dostępowych z wykorzystaniem:

- zasobów publicznej sieci Internet,
- łączy satelitarnych,
- łączy radiowych działających w paśmie niekoncesjonowanym,
- łączy radiowych typu punkt -wielopunkt,
- technologii IEEE 801.11 (Wi-Fi)”.

W pkt 17 Zamawiający określił, że „Preferowanym medium dla łączy dostępowych są kable światłowodowe lub miedziane”. Natomiast w pkt 18 podał, że „Operator może zestawić tymczasowe łączy oparte na dostępie radiowym punkt-punkt w paśmie koncesjonowanym w celu realizacji zamówienia w zadeklarowanym terminie, które później – w terminie do 3 miesięcy ma obowiązek zastąpić łączy docelowym”.

Z powyższych postanowień jednoznacznie wynika, że jako termin uruchomienia usługi zamawiający określił okres nie przekraczający 3 miesięcy od dnia podpisania umowy, przyjmując termin uruchomienia usług, jako jedno z kryteriów oceny ofert o znaczeniu 8%, stanowiące podstawę przyznania od 25 pkt za termin do 8 tygodni do 0 pkt za termin do 3 miesięcy. Natomiast wykluczenie możliwości zbudowania łączy z wykorzystaniem zakwestionowanych przez odwołującego tylko łączy radiowych, dotyczy wyłącznie łączy dostępowych w lokalizacjach należących do kategorii 5, a więc wykazanych w pozycjach od 78 do 84 listy lokalizacji.

W kontekście powyższego, w ocenie składu orzekającego Izby, zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego, zarzut zarówno pierwszy, dotyczący terminu realizacji usługi, jak i drugi, dotyczący wyboru technologii, odnosi się wyłącznie do 7 radarów meteorologicznych, podanych w zestawieniu lokalizacji w pozycjach od 78 do 84.

Skład orzekający podziela stanowisko zamawiającego wyrażone w oświadczeniu złożonym do protokołu rozprawy, że w pozostałych lokalizacjach, tj. w pozycjach od 1 do 77 listy lokalizacyjnej, zamawiający dopuszcza inną technologię, bowiem zgodnie z pkt 11 załącznika nr 1 do ogłoszenia, nie została wykluczona technologia bezprzewodowa łączy radiowych typu punkt-punkt w paśmie koncesjonowanym.

Odwołujący mógłby uczestniczyć w świadczeniu usługi, z wykorzystaniem łączy radiowych, w łączach typu punkt–punkt w lokalizacjach wymienionych w pozycjach od 1 do 77.

Koszt przyłączy do 7 punktów radarowych, jak oświadczył zamawiający, będzie wynosić zaledwie około 10% kosztu związanego z realizacją całego zadania.

Skład orzekający wziął pod uwagę także, że postępowanie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego i zgodnie z art. 60 c ust. 1 pkt 1 Pzp, zamawiający opisał swoje potrzeby i wymagania w sposób, który umożliwia wykonawcom przygotowanie się do udziału w dialogu. Przy czym odwołujący nie zakwestionował warunków podmiotowych udziału

w postępowaniu, które przesądzą o uczestniczeniu w postępowaniu, po czym złożył w dniu 29.05.2009 r. wniosek o dopuszczenie do dialogu konkurencyjnego.

W części IV ogłoszenia pt. „Zasady kwalifikacji wykonawców” w pkt 2 lit.a zamawiający określił, że wykonawca ma przedstawić, potwierdzony referencjami wykaz usług IP VPN. W szczególności podkreślenia wymaga fakt, że warunek brzmiał, że każda z usług powinna obejmować wdrożenie i utrzymanie sieci IP VPN w minimum 85 lokalizacjach, przy czym usługa powinna być świadczona przez okres ciągły co najmniej 12 miesięcy, a roczna wartość umowy powinna wynosić co najmniej 3 mln PLN.

W opisie tym nie ma wskazania łączy radiowych. Zatem, odwołujący składając przyjęty przez zamawiającego i zakwalifikowany do dalszego etapu postępowania, wniosek o dopuszczenie do dialogu konkurencyjnego, potwierdził, że dotychczas zbudował łącza dostępne z wykorzystaniem innych łączy, niż radiowe, w minimum 85 lokalizacjach.

Odwołujący nie wykazał na czym polega utrudnienie w określeniu 3 miesięcznego terminu uruchomienia łączy, skoro, jak wyjaśnił w toku rozprawy, termin o który wniósł w odwołaniu – 4 miesiące – również nie jest wystarczający do wykonania usługi.

W ocenie KIO, nie doszło poprzez opisane przedmiotu zamówienia, w szczególności przez wykluczenie niektórych technologii w budowaniu łączy, a także określenie poprzez terminu uruchomienia łączy (czterech wykonawców, w tym odwołujący, złożyło zakwalifikowane do dalszego etapu wnioski) do naruszenia podanych w odwołaniu przepisów art. 7 i art. 29 Pzp. Należy wskazać, że zamawiający dokonał całkowitego wykluczenia technologii radiowej tylko w odniesieniu do 7 z 84 lokalizacji, kierując się uzasadnionymi potrzebami oraz interesem publicznym, z uwagi na wymóg zapewnienia pełnej osłony hydrologiczno-meteorologicznej w ramach Państwowej Służby Hydrologiczno - Meteorologicznej.

Dodać należy także, że pkt 18 załącznika nr 1 określa, że operator może zestawić tymczasowo łącza oparte na dostępie radiowym punkt–punkt w paśmie koncesjonowanym, jest to rozwiązanie dopuszczone przez zamawiającego jako wyłącznie czasowe, ale powoduje wydłużenie terminu uruchomienia łączy w zakresie lokalizacji związanych z radarami meteorologicznymi.

Biorąc pod uwagę powyższe, KIO orzekła na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 233, 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....