

WYROK
z dnia 13 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Katarzyna Ronikier-Dolańska
Członkowie	Lubomira Matczuk-Mazuś
	Agata Mikołajczyk
Protokolant:	Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 21 czerwca 2010 r. przez **Netia S.A. z siedzibą przy ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Rezerw Materiałowych z siedzibą przy ul. Nowy Świat 6/12, 00-400 Warszawa**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zastąpienie dotychczasowego brzmienia § 2 ust. 3 Istotnych postanowień umowy postanowieniem treści: *„Wykonawca rozpocznie świadczenie usług, o których mowa w § 1, w terminie 90 dni od dnia podpisania umowy”*;
2. kosztami postępowania obciąża **Agencję Rezerw Materiałowych z siedzibą przy ul. Nowy Świat 6/12, 00-400 Warszawa** w ten sposób, że zalicza na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Netia S.A. z siedzibą przy ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** oraz zasądza od **Agencji Rezerw**

Materiałowych z siedzibą przy ul. Nowy Świat 6/12, 00-400 Warszawa na rzecz **Netia S.A. z siedzibą przy ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO/1246/10

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

Agencja Rezerw Materiałowych zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie w celu zawarcia umowy na świadczenie na rzecz Agencji Rezerw Materiałowych usługi VPN oraz dostępu do sieci Internet.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 11 czerwca 2010 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 czerwca 2010 r. pod numerem 2010/S 112-170444 oraz w tym samym dniu zamieszczone wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zwaną dalej „siwz” na stronie internetowej zamawiającego, co potwierdza wydruk ze strony internetowej załączony do akt sprawy.

Dnia 21 czerwca 2010 r. odwołujący wniósł odwołanie (wpływ bezpośrednio do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzony prezentatą), kopię odwołania przekazując zamawiającemu za pośrednictwem faksu tego samego dnia.

Odwołanie zostało złożone wobec treści siwz. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 oraz art. 29 Pzp i wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści siwz w zakresie wskazanym w odwołaniu.

W uzasadnieniu odwołania zostały postawione zamawiającemu następujące zarzuty:

Zarzut 1. dotyczy wadliwego, sprzecznego z art. 7 w zw. z art. 29 Pzp, wyznaczania przez zamawiającego terminów kalendarzowych na rozpoczęcie świadczenia usług (1 września 2010 r.) oraz zbyt krótkich terminów na uruchomienie usług – odwołujący wniósł

o zmianę opisu przedmiotu zamówienia poprzez określenie 3 - miesięcznego terminu na uruchomienie usługi od daty podpisania umowy.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający ustalił termin rozpoczęcia świadczenia usług poprzez wskazanie na konkretne daty kalendarzowe. Przywołał § 2 ust. 2 projektu umowy, a także treść formularza ofertowego, stosownie do których termin rozpoczęcia świadczenia usługi określono na dzień 1 września 2010 r. Zarazem w punkcie VIII.2 siwz zawarto zapis, że „Umowa będzie obowiązywać nie wcześniej niż od 01.09.2010 r.” Ponadto w § 3.6 projektu umowy zapisano, iż w celu przeprowadzenia testów poprawności funkcjonowania usług przed faktycznym terminem ich uruchomienia wykonawca wykona wszystkie niezbędne prace/montaże/konfiguracje/aktywacje urządzeń oraz inne czynności w lokalizacjach zamawiającego w terminie do dnia 18 sierpnia 2010 r. Stwierdził, iż wyznaczenie odpowiedniego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi jest jedną z kluczowych decyzji zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia na usługi telekomunikacyjne, a obecne zapisy siwz naruszają wyrażoną w art. 29 ust. 2 Pzp zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł zarzut wyznaczenia zbyt krótkich terminów na uruchomienie świadczonych usług, co godzić ma w zasadę uczciwej konkurencji zawartą w art. 7 Pzp, uniemożliwiając innym wykonawcom, niż obecny usługodawca, świadczenie usług. Wskazał, iż zakres niniejszego zamówienia, obejmującego 20 lokalizacji, wymaga określenia co najmniej kilkumiesięcznego terminu na rozpoczęcie realizacji usług od daty podpisania umowy (budowa infrastruktury, zawarcie koniecznych umów, uzyskanie zgód i zezwoleń).

Zarzut 2. dotyczy określenia procedury zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, naruszającego art. 7 w zw. z 29 Pzp poprzez niedookreślenie warunków wykonywania zamówienia – odwołujący domagał się wykreślenia § 3 ust. 19 oraz § 4 ust. 5 projektu umowy.

Odwołujący zakwestionował postanowienia § 4 ust. 5 projektu umowy, zgodnie z którym „W przypadku obniżenia cen za usługi i miesięczne abonamenty, związanych z wprowadzeniem nowego cennika przez Wykonawcę, nastąpi obniżenie cen dla Zamawiającego zgodne z nowym cennikiem. Ceny będą obowiązywały od dnia wejścia w życie nowych cenników”. Podkreślił, iż cytowany zapis w sposób rażąco narusza interesy wykonawców. Zauważył, iż świadczenie przez wykonawcę usługi opisanej w umowie wiąże się z poniesieniem określonych kosztów inwestycyjnych. Koszty te uwzględnione w biznesplanie przedsięwzięcia wpływają na poszczególne części składowe oferty. Zwrócił uwagę, iż wykonawca ma prawo oczekiwać stabilności wysokości swojego wynagrodzenia.

Możliwość uzyskiwania na rynku w kolejnych latach trwania umowy podobnych usług za mniejszą cenę np. z powodu zmian technologicznych, czy też zmian cen sprzętu, nie powinna mieć wpływu na istniejący już stosunek prawny. Stwierdził, iż w perspektywie czterech lat będą na rynku następowały zmiany umożliwiające odmienne kształtowanie cen, jednak sytuacja ta, przyszła i niepewna, nie może wpływać na zakres wynagrodzenia wykonawcy, bowiem ma on prawo do skalkulowania, przed złożeniem oferty, spodziewanych kosztów świadczenia usługi oraz spodziewanego zysku. Zwrócił uwagę, iż odwołanie się do pojęcia „nowego cennika” pomija charakter elastycznej polityki cenowej prowadzonej przez wykonawców. Ceny usług oferowanych poszczególnym klientom lub grupom klientów mogą się zmieniać w czasie w zależności od szeregu okoliczności niezależnych od warunków świadczenia usługi zamawianej w niniejszym postępowaniu. Dodał, iż zamawiający wprowadził niedookreśloną procedurę zmiany wynagrodzenia wykonawcy, czym rażąco naruszył przepis art. 29 ustawy poprzez świadome niedookreślenie warunków wykonywania zamówienia. Uwzględniając powyższą argumentację wskazał na niezasadność postanowienia § 3 ust. 19 projektu umowy przewidującego obowiązek przekazywania zamawiającemu aktualnych cenników usług.

Zarzut 3. dotyczy punktu 4.2.a) szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia ograniczającego możliwość świadczenia usługi VPN tylko do jednego ze sposobów występujących na rynku tj. w technologii SDSL (synchroniczny DSL) łącze stałe, co narusza art. 7 w zw. z art. 29 Pzp – odwołujący żąda wykreślenia z siwz zapisów niezasadnie ograniczających możliwość świadczenia usługi tylko do jednego ze sposobów występujących na rynku.

Odwołujący przywołał pkt 4.2.a) szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do siwz), zgodnie z którym usługa ma być realizowana wyłącznie w technologii SDSL (synchroniczny DSL) łącze stałe. Takie działanie zamawiającego - zdaniem odwołującego - narusza art. 29 ustawy, gdyż wyklucza zastosowanie innych dostępnych technologii. Akceptacja tylko jednego rodzaju technologii jest faktycznym ograniczeniem konkurencji i nie znajduje technologicznego uzasadnienia. Podniósł, iż 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, innych sposobów realizacji usługi. Zwrócił uwagę na art. 29 ust. 3 Pzp, który nakazuje dopuścić wszelkie równoważne rozwiązania technologiczne celem zapewnienia uczciwej konkurencji. Stwierdził, iż na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że tylko określony sposób realizacji zamówienia umożliwia mu realizację celu założonego w ramach postępowania

o udzielenie zamówienie publicznego. Argumentował, że zamawiający może oczekiwać pozyskania przedmiotu zamówienia w najlepszej dostępnej technologii, ale nie może tego robić w taki sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców. Tym samym decydując się na konkretną technologię, zamawiający powinien przy opisie przedmiotu zamówienia wskazać rozwiązania równoważne podając, jakie wymagania stawia on w zakresie bezpieczeństwa usługi, zamiast dokonywać wskazania konkretnych technologii. Powołując się na prawo telekomunikacyjne podniósł, iż ustawa ta w żaden sposób nie różnicuje technologii świadczenia usługi nakazując jedynie operatorowi telekomunikacyjnemu realizację usługi o określonej jakości. Dla odbiorcy końcowego nie powinno mieć znaczenia, w jaki dostępny na rynku sposób usługa jest realizowana.

Zarzut 4. dotyczy naruszenia art. 7 w zw. z art. 29 ustawy poprzez niezwarcie w opisie przedmiotu zamówienia zasad pozyskiwania informacji na temat lokalizacji, w których będą świadczone usługi – wniósł o uzupełnienie siwz o możliwość przeprowadzenia wizji lokalnej oraz wyznaczenie w każdej z lokalizacji osoby upoważnionej do udostępnienia informacji.

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 7 w zw. z art. 29 ustawy poprzez niezwarcie w opisie przedmiotu zamówienia zasad pozyskiwania informacji na temat lokalizacji, w których będą świadczone usługi. Wskazał, że przygotowanie oferty obejmującej świadczenie usług telekomunikacyjnych wymaga sprawdzenia warunków technicznych w każdej z 20 lokalizacji wskazanych przez zamawiającego. Zdaniem odwołującego właściwą praktyką w tym zakresie jest w szczególności wyznaczenie w każdej z lokalizacji osoby upoważnionej do udostępnienia informacji oraz umożliwienie przeprowadzenia wizji lokalnej.

Zarzut 5. dotyczy „ryczałtowego” dostępu do usługi obejmującej roamingowe połączenia dokonywane w technologii UMTS, co narusza art. 7 w zw. z art. 29 Pzp - odwołujący żądał zmiany siwz poprzez ograniczenie wielkości transmisji danych dokonywanych w sposób określony w pkt. 1.7. w zw. z pkt. 2.1. szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zakwestionował zapis pkt. 1.7. szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia zobowiązującego wykonawców do zagwarantowania realizacji dostępu zdalnego w oparciu o wszystkie możliwe technologie tj. mobilne, łącza stałego, połączenia bezprzewodowego tj. PSTN/ISDN, ADSL, Wi - Fi, GPRS/EDGE/UMTS/HSDPA/3G/VSAT/CDMA. Zarazem zgodnie z punktem 2.1. załącznika nr 1 do siwz wykonawca świadcząc usługę musi zapewnić międzynarodowy zasięg. Podkreślił, iż zamawiający żąda tym samym od wykonawców „ryczałtowego” dostępu do usługi obejmującej roamingowe

połączenia dokonywane w technologii UMTS. Wskazał, że w jego ocenie wykonawca ma prawo do skalkulowania, przed złożeniem oferty, spodziewanych kosztów świadczenia usługi oraz spodziewanego zysku. Biorąc pod uwagę niezwykle wysoki koszt przywołanych powyżej połączeń, zamawiający tym samym istotnie godzi w zasadę jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia. Wyjaśnił, iż wykonawcy nie są w stanie określić wielkości kosztów, które poniosą w przyszłości na rzecz podmiotów współwykonujących usługę telekomunikacyjną, zatem taki opis przedmiotu zamówienia naraża wykonawców na ryzyko poniesienia strat.

Ponadto odwołujący zarzucił, iż zamawiający wadliwie – z naruszeniem art. 7 w zw. z art. 29 Pzp - opisał przedmiot zamówienia poprzez:

1. Nieprecyzyjny zapis standardów UMTS/GSM, który niejednoznacznie określa, czy zamawiający dopuszcza realizację w standardzie GSM lub UMTS czy w standardzie GSM i UMTS?
2. Wymóg wykonania instalacji łącza/łączy stałego/stałych jedynie w technologii ATM/DSL, co ze względów funkcjonalnych odnoszących się do efektywności sieci do jakiej dąży zamawiający nie znajduje uzasadnienia, a jedynie wskazuje na preferowanie jednego dostawcy usług.
3. Wymóg zagwarantowania przez wykonawcę działania dostępu zdalnego na łączach realizowanych przez innych operatorów, co nie jest funkcjonalnie możliwe.
4. Wymóg uruchomienia usługi zdalnego dostępu do sieci wewnętrznej zamawiającego w oparciu o dedykowany system autonomiczny ISP. Zamawiający przy tym nie wyjaśnia w treści siwz jak należy interpretować dedykowany system autonomiczny ISP. Zapis jest dalece nieprecyzyjny. Dodatkowo nie jest określone, kto powinien dostarczyć łącza dostępowe dedykowane dla usług zdalnego dostępu do sieci wewnętrznej zamawiającego.
5. Wymóg udostępnienia zamawiającemu możliwości dowolnego zarządzania przyznanym pasmem w ramach usługi z zastosowaniem standardu RFC 2547, na który powołuje się zamawiający m.in. w pkt. 4.2.h) załącznika nr 1 do siwz. Standard RFC 2547 uniemożliwia dowolność zarządzania przyznanym pasmem przez użytkownika końcowego, zatem wymóg zamawiającego stoi w sprzeczności do standardu na jaki się powołuje.
6. Wymóg zapewnienia bezpiecznej i sztywnej blokady połączeń z Internetem w czasie łączenia do zasobów wewnętrznych zamawiającego, przy czym zamawiający nie interpretuje „*bezpiecznej i sztywnej blokady połączeń z Internetem*”, co implikuje dowolność w tym zakresie konfiguracji sprzętu przez wykonawcę.

7. Wymóg posiadania przez wykonawcę certyfikatu SLA na usługę VPN w standardzie RFC 2547 BGP MPLS VPNs nie precyzując przy tym jakiego konkretnie (nazwy normy, świadectwa) certyfikatu wymaga zamawiający w tym zakresie.
8. Wymóg zapewnienia, iż oferowane karty HSDPA, GSM/UMTS/3G/CDMA obsługiwać będą przepustowość od 7,2 Mb/s – zdaniem odwołującego ograniczenie w tym zakresie przepustowości „od” a nie „do”, sugeruje, iż karty nie będą obsługiwały przepustowości poniżej żądanej, co nie ma odzwierciedlenia w rzeczywistych warunkach technicznych takich kart.

Odwołujący wniósł o zmianę treści siwz w zakresie żądań opisanych powyżej.

Zamawiający w dniu 1 lipca 2010 r. (wpływ bezpośredni – prezentata) odpowiedział na odwołanie uznając je w części za zasadne. Oświadczył, że uwzględni zarzut wadliwego wyznaczenia terminu rozpoczęcia świadczenia usług, w konsekwencji czego dokonał zmiany siwz poprzez wykreślenie pkt. VIII ppkt 2 siwz oraz wprowadzając zmianę w § 2 ust. 3 Istotnych postanowień umowy zastępując dotychczasowe brzmienie postanowieniem, że *„Wykonawca rozpocznie świadczenie usług, o których mowa w § 1 w terminie 30 dni od dnia podpisania umowy”* oraz nadał nowe brzmienie § 3 ust. 6 Istotnych postanowień umowy tj. *„W celu przeprowadzenia testów poprawności funkcjonowania usług Wykonawca wykona wszystkie niezbędne prace/montaże/konfiguracje/aktywacje urządzeń oraz inne czynności w lokalizacjach Zamawiającego, wskazanych w załączniku nr 1, nie później niż na 5 dni przed terminem rozpoczęcia świadczenia usług”*. Poinformował także o uwzględnieniu zarzutu dotyczącego nieokreślenia wielkości transmisji danych w usługach międzynarodowych poprzez wykreślenie w pkt. 2.1. załącznika nr 1 do siwz podpunktu d) w brzmieniu *„międzynarodowy zasięg”*. Wraz z odpowiedzią na odwołanie przedłożył wydruk ze strony internetowej potwierdzający dokonanie ww. zmian siwz.

W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności postanowienia siwz, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie po dniu wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych

ustaw (Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz.1778) w sprawie znajdują zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu znowelizowanym.

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie rozpoznając odwołanie.

Izba ustaliła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut 1. dotyczący wadliwego, sprzecznego z art. 7 w zw. z art. 29 Pzp wyznaczania przez zamawiającego terminów kalendarzowych na rozpoczęcie świadczenia usług (1 września 2010 r.) oraz zbyt krótkich terminów na uruchomienie usług – odwołujący wniósł o zmianę opisu przedmiotu zamówienia poprzez określenie 3 - miesięcznego terminu na uruchomienie usługi od daty podpisania umowy.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zamawiający uwzględnił częściowo powyższy zarzut dokonując modyfikacji siwz poprzez wykreślenie pkt. VIII ppkt 2 siwz o treści „*Umowa będzie obowiązywać nie wcześniej niż od 01.09.2010 r.*” oraz wprowadzając zmianę w § 2 ust. 3 Istotnych postanowień umowy polegającą na zastąpieniu dotychczasowego brzmienia wskazującego, że datą rozpoczęcia świadczenia usług jest 1 września 2010 r. postanowieniem, że „*Wykonawca rozpocznie świadczenie usług, o których mowa w § 1 w terminie 30 dni od dnia podpisania umowy*”. Jednocześnie nadał nowe brzmienie § 3 ust. 6 Istotnych postanowień umowy zastępując pierwotną treść, zgodnie z którą w celu przeprowadzenia testów poprawności funkcjonowania usług przed faktycznym terminem ich uruchomienia wykonawca wykonać miał wszystkie niezbędne prace/montaże/konfiguracje/aktywacje urządzeń oraz inne czynności w lokalizacjach zamawiającego w terminie do dnia 18 sierpnia 2010 r. postanowieniem, że „*W celu przeprowadzenia testów poprawności funkcjonowania usług Wykonawca wykona wszystkie niezbędne prace/montaże/konfiguracje/aktywacje urządzeń oraz inne czynności w lokalizacjach Zamawiającego,*

wskazanych w załączniku nr 1, nie później niż na 5 dni przed terminem rozpoczęcia świadczenia usług”.

Odwołujący, ustosunkowując się do powyższych zmian siwz, podtrzymał na rozprawie przedmiotowy zarzut w zakresie dotyczącym okresu na uruchomienie usług argumentując, iż 30 dni od dnia podpisania umowy jest niewystarczające i narusza art. 7 oraz art. 29 Pzp. Domagał się zmiany siwz poprzez określenie, że rozpoczęcie świadczenia usługi nastąpi w terminie 90 dni od podpisania umowy. W pozostałym zakresie zarzut został wycofany.

Rozpoznając niniejszy zarzut w części podtrzymanej przez odwołującego Izba na podstawie pkt. IV siwz ustaliła, iż przedmiotem zamówienia jest świadczenie na rzecz Agencji Rezerw Materiałowych (Centrali oraz 19 jednostek terenowych) usług telekomunikacyjnych Wirtualnych Sieci Prywatnych (VPN) oraz dostępu do sieci Internet, a także usług telekomunikacyjnych dostępu do zasobów sieciowych zamawiającego poprzez szyfrowane prywatne łącza VPN przy zastosowaniu tzw. tokenów i kart UMTS oraz usług jakości (SLA) dla usług VPN – szczegółowy opis przedmiot zamówienia stanowi załącznik nr 1 do siwz.

Przeprowadzone postępowania dowodowe prowadzi do wniosku, że przedmiot zamówienia może być zrealizowany na dwa sposoby – świadczenie usług VPN przy wykorzystaniu zainstalowanej u zamawiającego przez Telekomunikację Polską S.A. (zwaną dalej „TP S.A.”) i stanowiącej jej własność infrastruktury teleinformatycznej bądź przy użyciu sieci zbudowanej przez wykonawcę w celu realizacji umowy, co także zostało przez zamawiającego dopuszczone na rozprawie.

Ze stanowisk stron przedstawionych na rozprawie wynika, iż nie jest technicznie możliwe zbudowanie sieci teleinformatycznej w technologii SDSL (synchroniczny DSL) łącze stałe w terminie wymaganym przez zamawiającego. W celu udowodnienia swoich twierdzeń odwołujący przywołał siwz dla postępowania przeprowadzonego przez zamawiającego w 2008 r., w której (str. 9, pkt 1.4. opisu przedmiotu zamówienia) został przewidziany okres 12 miesięcy na wykonanie sieci podobnej do tej, która jest niezbędna, aby realizować niniejsze zamówienie (świadczenie usługi VPN – 17 lokalizacji terenowych docelowo skomunikowanych z Centralą przy użyciu kabli miedzianych lub światłowodowych), co nie zostało zakwestionowane przez zamawiającego. Okres 45 wskazany w przywołanej siwz

liczony od dnia podpisania umowy dotyczył uruchomienia usług innych niż wskazanych w pkt. 1.4. opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby odwołujący przekonująco wyjaśnił, że rozpoczęcie świadczenia usługi w ciągu 30 dni od podpisania umowy nie jest także możliwe z powodu nie dopuszczenia przez zamawiającego wykorzystania (w okresie przejściowym) technologii radiowej, zanim zostałyby wybudowana przez wykonawcę odpowiednia do realizacji usług w technologii SDSL (synchroniczny DSL) infrastruktura. Ponadto dokonanie niezbędnych instalacji wymagać będzie także m.in. uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę w celu przeprowadzenia światłowodu pod drogą publiczną czy zezwolenie na wykorzystanie pasa drogowego. Tym samym Izba stwierdziła, iż trzeba stwierdzić, iż 30 dni od momentu podpisania umowy na uruchomienie usługi jest okresem zbyt krótkim i ograniczającym możliwość złożenia oferty przez wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotu umowy.

Termin ten mógłby być wystarczający, gdyby wykonawca, w celu wykonania przedmiotu zamówienia, wydzierżawił zainstalowaną już sieć od aktualnie świadczącej usługi na rzecz zamawiającego TP S.A. Takie rozwiązanie jest – jak zauważył zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – prawnie dopuszczalne na podstawie art. 2 pkt 41 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2004 r. Nr 171, poz. 1800 ze zm.) definiującego pojęcie usług telekomunikacyjnych jak „(...)wykonywanie usług za pomocą własnej sieci, z wykorzystaniem innego operatora lub sprzedaży we własnym imieniu i na własny rachunek usługi telekomunikacyjnej wykonywanej przez innego dostawcę usług”. Stanowisko to zostało potwierdzone przez zamawiającego i odwołującego na rozprawie. Prawo telekomunikacyjne nie określa jednak – co jest bezsporne między stronami - terminu, w którym operator zobowiązany jest udostępnić (wydzierżawić) łącza. Ponadto należy wskazać, iż TP S.A. jest jednym z potencjalnych wykonawców działających na rynku usług telekomunikacyjnych i zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem, za czym przemawia treść przedłożonego na rozprawie do akt sprawy przez zamawiającego pisma TP S.A. z dnia 23 czerwca 2010 r. pn. „Zgłoszenie przystąpienia wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego”, w którym TP S.A. oświadczyła, iż „działa (...) jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego”. Zważywszy powyższe trzeba podkreślić, iż TP S.A. jest bezpośrednio konkurentem odwołującego w niniejszym postępowaniu.

Izba uważa za trafną argumentację odwołującego, iż powyższe uwarunkowania mogą uniemożliwić mu zawarcie w terminie niezbędnym do realizacji zamówienia umowy na dzierżawę łączy TP S.A. Zatem, w ocenie Izby, w celu zapewnienia równego traktowania wykonawców i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie

uczciwej konkurencji niezbędne jest określenie terminu na rozpoczęcie świadczenia usług w sposób, który umożliwiłby także wykonawcom, którzy nie są w stanie w odpowiednim terminie wydzierżawić łączy od jednego z konkurentów – TP S.A.

Tym samym realizacja przedmiotowego świadczenia jest możliwa przy wykorzystaniu sieci teleinformatycznej TP S.A. zainstalowanej u zamawiającego – co wymaga wydzierżawienia łączy od TP S.A. która nie jest zobowiązana – jak przyznał zamawiający – do zawarcia z zainteresowanym wykonawcą umowy dzierżawy w terminie umożliwiającym mu realizację zamówienia. Takiej gwarancji w szczególności nie stanowi przywołany przez zamawiającego art. 34-36 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne. Alternatywnym rozwiązaniem jest zbudowanie przez wykonawcę własnej sieci, co jednak wymaga – jak udowodniał odwołujący i co nie było kwestionowane przez zamawiającego - około 3 miesięcy od daty podpisania umowy.

Odnosząc powyższe ustalenia faktyczne do ustawy, a w szczególności art. 7 w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp, należy stwierdzić, iż zarzut naruszenia przywołanych przepisów na gruncie analizowanej sprawy znalazł potwierdzenie. Ustawodawca zobowiązał zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, czemu dał wyraz wprost w art. 7 Pzp. Konkretyzacja tych zasad znalazła odzwierciedlenie m.in. w art. 29 ust. 2 ustawy *expressis verbis* zakazującym opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zatem Izba podziela argumentację odwołującego, że w okolicznościach niniejszej sprawy, postanowienia siwz, które wymagają od wykonawcy, aby rozpoczął świadczenie usług w terminie 30 dni od dnia podpisania, mogą prowadzić do naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W konsekwencji izba stoi na stanowisku, że zamawiający naruszył art. 7 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy, gdyż w zasadzie uniemożliwił innym wykonawcom, niż obecny usługodawca, zaoferowanie realizacji zamówienia we wskazanym przez zamawiającego terminie. Wyznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług powinien być tak określony, aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotom, które dotychczas świadczyły tego rodzaju usługi telekomunikacyjne na rzecz zamawiającego i posiadają pełną infrastrukturę sieciową, jak i tym wykonawcom, którzy w celu realizacji umowy muszą zawrzeć umowy dzierżawy łączy z ich właścicielami bądź chcieliby zainstalować własną infrastrukturę. Zasadnym jest więc, aby wykonawcy dysponowali 90 dniami na uruchomienie świadczenia usług VPN w technologii SDSL (synchroniczny DSL) łączy stałe licząc od dnia podpisania umowy,

tym samym zarzut naruszenia art. 7 w zw. z art. 29 ustawy poprzez określenie 30-dniowego terminu licząc od dnia podpisania umowy na rozpoczęcie świadczenie usług potwierdził się.

Kierując się powyższą argumentacją Izba nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji § 2 ust. 3 Istotnych postanowieniach umowy poprzez oznaczenie rozpoczęcia świadczenia usług na 90 dni od dnia podpisania umowy. Zważywszy na konieczność zachowania spójności postanowień siwz zamawiający powinien także odpowiednio zmienić pkt. 7 wzoru formularza oferty określając w nim termin na uruchomienie usług na 90 dni od dnia podpisania umowy.

Zarzut 2. dotyczy określenia procedury zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, naruszającego art. 7 w zw. z art. 29 Pzp poprzez niedookreślenie warunków wykonywania zamówienia – odwołujący domagał się wykreślenia § 3 ust. 19 oraz § 4 ust. 5 projektu umowy.

Zarzut nie potwierdził się.

Z ustaleń Izby wynika, iż w związku z 48-miesięcznym okresem obowiązywania umowy (§ 2 ust. 2 Istotnych postanowień umowy) zamawiający w § 4 ust. 5 Istotnych postanowień umowy stanowiących załącznik do siwz uregulował procedurę zmiany wynagrodzenia w taki sposób, że *„W przypadku obniżenia cen za usługi i miesięczne abonamenty, związanych z wprowadzeniem nowego cennika przez Wykonawcę, nastąpi obniżenie cen dla Zamawiającego zgodne z nowym cennikiem. Ceny będą obowiązywały od dnia wejścia w życie nowych cenników”*. Jednocześnie wykonawca został na podstawie § 3 ust. 19 Istotnych postanowień umowy zobowiązany do przekazywania zamawiającemu aktualnych cenników usług. Z przywołanymi postanowieniami koresponduje § 9 ust. 5 pkt 3 Istotnych postanowień umowy, w którym *„Zamawiający warunkowo dopuszcza możliwość dokonania zmiany umowy, z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności, w przypadku (...) obniżenia cen – przypadku wprowadzenia nowego cennika przez Wykonawcę, obniżenie cen dla Zamawiającego będzie zgodne z nowym cennikiem”*. Ponadto sposób rozliczenia umowy został szczegółowo uregulowany w § 4 ust. 3 Istotnych postanowień umowy, zgodnie z którym zamawiający zapłaci wykonawcy jednorazową opłatę za aktywację usługi VPN dla 20 lokalizacji, za 15 kart UMTS wraz z tokenami, za aktywację usługi dostęp do sieci Internet w Centrali zamawiającego oraz usługi dostęp do sieci Internet dla 19 jednostek terenowych zamawiającego. W § 4 ust. 2 Istotnych postanowień umowy wyspecyfikowana została płatność miesięczna za świadczenie usług

będących przedmiotem postępowania. Jedynym kryterium oceny ofert jest cena za cały przedmiot zamówienia (pkt XVII i XVIII siwz).

Na gruncie analizowanej sprawy Izba nie stwierdziła, ażeby przywołane postanowienia siwz prowadziły do naruszenia przez zamawiającego art. 7 w zw. z art. 29 Pzp. Zgodnie z art. 29 zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby naruszać uczciwą konkurencję. Argumentacja odwołującego - poniesienie przez wykonawcę realizującego umowę określonych kosztów inwestycyjnych; oczekiwanie stabilności wysokości wynagrodzenia, mimo, że istnieje możliwość uzyskania na rynku w kolejnych latach trwania umowy podobnych usług za mniejszą cenę; prawo do skalkulowania, przed złożeniem oferty, spodziewanych kosztów świadczenia usługi oraz spodziewanego zysku - nie dowodzi uchybienia przez zamawiającego art. 7 w zw. z art. 29 Pzp. Izba podkreśla, iż § 4 ust. 5 Istotnych postanowień umowy nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia, którego dotyczy przepis art. 29 Pzp. Odwołujący nie wykazał także, że przytoczone postanowienia siwz choćby pośrednio pozostają w sprzeczności z art. 7 w zw. z art. 29 ustawy zawierającym dyrektywy, które powinny być zachowane przy opisywaniu przedmiotu zamówienia.

Dowodu potwierdzającego zarzut odwołującego nie stanowią przedstawione na rozprawie trzy różne i wg oświadczenia odwołującego – aktualnie obowiązujące - cenniki usług telekomunikacyjnych tj. cennik usług z dnia 5 listopada 2007 r.– szybki Internet dla Firm 512 k, 1 M, 2 M, 6 M, cennik usług obowiązujący od dnia 1 kwietnia 2010 r. dotyczący umów podpisanych od dnia 1 kwietnia 2010 r. - szybki Internet dla Firm 512k, 1M, 2M, 4M, 8 M, 6 M, 16 M, cennik usług stałego dostępu do Internetu: szybki Internet 512k, 1M, 2 M, 4 M, 6 M, 8 M, 10 M, 16 M, 20 dotyczący umów podpisanych od dnia 10 czerwca 2010 r. Zdaniem Izby potwierdzają one wyłącznie (co także wynika z przywołanego przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie § 8 regulaminu świadczenia usług przez spółki grupy Netia, którego obowiązywania odwołujący nie zakwestionował), że różne cenniki usług telekomunikacyjnych wiążą klientów (firmy), w zależności od tego, kiedy została zawarta z nimi umowa. Powyższe jednak nie dowodzi, iż kwestionowane postanowienia siwz regulujące zmianę ceny naruszają art. 7 w zw. z art. 29 Pzp. Ponadto zamawiający słusznie zwrócił uwagę odpowiadając na odwołanie, iż sposób rozliczenia umowy określony w siwz pozwala wykonawcom na rozliczenie kosztów inwestycyjnych niezbędnych do wykonania umowy. W tym celu przewidziane zostały odrębne płatności

dotyczące aktywacji usług oraz te odnoszące się do opłat abonamentowych za miesięczne świadczenie usług (§ 4 ust. 2 i 3 Istotnych postanowień umowy).

Odnosząc się do argumentacji odwołującego, że odwołanie się przez zamawiającego do pojęcia „*nowego cennika*” pomija charakter elastycznej polityki cenowej prowadzonej przez wykonawców, bowiem ceny usług oferowanych poszczególnym klientom lub grupom klientów mogą ulegać zmianie w zależności od szeregu okoliczności niezależnych od warunków świadczenia usługi zamawianej w niniejszym postępowaniu trzeba podkreślić, że okoliczności te nie stanowią dowodu naruszenia przez zamawiającego art. 7 w zw. z art. 29 Pzp. Nie mniej jednak Izba zauważa, iż treść Istotnych postanowień umowy regulujących zasady zmiany ceny nie pozwala na przyjęcie, że zaoferowane przez wykonawcę opłaty będą opierały się na konkretnym cenniku przez niego wskazanym (siwz nie zobowiązuje wykonawców do podania w ofercie właściwego dla przedmiotu umowy cennika), którego zmiana (obniżenie cen) będzie obligowała do obniżenia opłat i abonamentów określonych w § 4 ust. 5 Istotnych postanowień umowy. Odwołujący wyjaśnił na rozprawie, że w okolicznościach niniejszej sprawy, jedynym właściwym cennikiem będzie skalkulowana indywidualnie na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia umowa zawarta z zamawiającym. W odpowiedzi zamawiający oświadczył, że w przypadku, gdyby wykonawca nie dysponował cennikiem, o którym mowa § 4 ust. 5 Istotnych postanowień umowy, kwestionowane uregulowania umowne nie znajdą zastosowania. Zważywszy, że w siwz nie zostało sprecyzowane pojęcie „*nowego cennika*” i warunków jego wejścia w życie oraz uwzględniając przywołane wyżej stanowisko zamawiającego wyrażane na rozprawie, trzeba stwierdzić, iż zamawiający liczy się z tym, że zawarta w umowie procedura zmiany ceny może nie znaleźć zastosowania, co jednak – zdaniem Izby – nie stanowi o naruszeniu art. 7 w zw. z art. 29 Pzp.

Zarzut 3. dotyczy punktu 4.2.a) szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia ograniczającego możliwość świadczenia usługi VPN tylko do jednego ze sposobów występujących na rynku tj. w technologii SDSL (synchroniczny DSL) łącze stałe, co narusza art. 7 w zw. z art. 29 Pzp – odwołujący żąda wykreślenia z siwz zapisów niezasadnie ograniczających możliwość świadczenia usługi tylko do jednego ze sposobów występujących na rynku.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła – co jest bezsporne - iż zamawiający wymaga (wymóg konieczny), aby usługa VPN była realizowana wyłącznie w technologii SDSL (synchroniczny DSL) łącze stałe (pkt 4.2.a szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia).

Izba ocenia, iż okoliczności rozpoznawanej sprawy pozwalają stwierdzić, że zamawiający był uprawniony do wskazania konkretnej technologii dla realizacji przedmiotu zamówienia. Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego, że określenie i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób spełniający jego uzasadnione potrzeby stanowi nie tylko uprawnienie, ale i obowiązek zamawiającego. Jednocześnie wskazać należy, iż swoboda zamawiającego w kształtowaniu opisu przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców. Art. 29 ust. 2 Pzp formułuje zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby ograniczać uczciwą konkurencję. Tym samym – jak trafnie zostało podniesione w odwołaniu - w sytuacji, gdy określone przez zamawiającego wymagania mogą ograniczyć krąg potencjalnych wykonawców, zamawiający zobowiązany jest wykazać, że są one niezbędne w świetle celu założonego w danym postępowaniu.

W przedmiotowym stanie faktycznym – biorąc pod uwagę zebrany materiał dowodowy - stwierdzić trzeba, iż zamawiający wykazał, że wymóg świadczenia usług VPN w technologii SDSL (synchroniczny DSL) łącze stałe uzasadnione jest jego potrzebami wynikającymi z charakteru wykonywanych zadań, w tym statusu informacji przetwarzanych w systemach informatycznych zamawiającego (informacje niejawne). Za przekonującą Izba uznała argumentację mającą uzasadniać potrzebę zastosowania technologii SDSL (synchroniczny DSL) ze względu na konieczność zagwarantowania bezpieczeństwa transmisji danych oraz zachowania ciągłości wykonywania zadań uzyskanej poprzez niezawodność przesyłu danych stanowiących informacje niejawne. Zamawiający powołał się na zadania, których realizacja została przypisana mu ustawą z dnia 30 maja 1996 r. o rezerwach państwowych (Dz. U. z 2007 Nr 89, poz. 594 ze zm.), a które dotyczą gospodarowania rezerwami surowców, materiałów, produktów leczniczych i wyrobów medycznych, produktów rolnych, jak również utrzymywanie i nadzorowanie państwowych zapasów ropy naftowej i produktów naftowych. Podkreślił, iż określając parametry techniczne rozwiązań teleinformatycznych funkcjonujących w swoich systemach ma obowiązek stosować zasady określone w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 25 sierpnia 2005 r. w sprawie

podstawowych wymagań bezpieczeństwa teleinformatycznego (Dz. U. z 2005 Nr 171, poz. 1433). Przywołane rozporządzenie określa podstawowe wymagania bezpieczeństwa teleinformatycznego, jakim powinny odpowiadać systemy i sieci teleinformatyczne służące do wytwarzania, przetwarzania, przechowywania i przekazywania informacji niejawnych (§ 1 pkt 1 rozporządzenia). Zgodnie z § 6 ust 4 cytowanego rozporządzenia *„Ochronę elektromagnetyczną systemu lub sieci teleinformatycznej zapewnia się w szczególności przez umieszczenie urządzeń teleinformatycznych, połączeń i linii w strefach kontrolowanego dostępu spełniających wymagania w zakresie tłumienności elektromagnetycznej odpowiednio do wyników szacowania ryzyka dla informacji niejawnych (...) lub zastosowanie odpowiednich urządzeń teleinformatycznych, połączeń i linii o obniżonym poziomie emisji (...)”*. Faktem jest, na co zwrócił uwagę odwołujący na rozprawie, że rozporządzenie to nie zakazuje wykorzystania technologii radiowej, nie mniej jednak – jak udowodnił zamawiający – w związku z koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa transmisji danych świadczenie usługi VPN w technologii SDSL (synchroniczny DSL) (połączenie i linie o obniżonym poziomie emisji) optymalnie zaspokaja jego potrzeby i minimalizuje zakłócenia, które mogłyby powstać w przypadku technologii radiowej. Izba dała wiarę wyjaśnieniom złożonym na rozprawie, że wymagana przez zamawiającego technologia gwarantuje większą niezawodność oraz jest mniej podatna na zakłócenia transmisji danych. Za jej zastosowaniem – jak zostało wyjaśnione na rozprawie – przemawia także lokalizacja poszczególnych jednostek terenowych zamawiającego np. w lasach. W przypadku zastosowania technologii innej niż SDSL (synchroniczny DSL) niezawodność przesyłu danych gwarantująca poprawność wykonywania statutowych zadań zamawiającego zostałaby uzależniona od aktualnych warunków atmosferycznych - intensywne opady deszczu i śniegu powodują zaniki sygnału radiowego oraz przerwy w przesyłaniu danych. Tymczasem realizacja głównego zadania statutowego zamawiającego polegającego na dostarczeniu *„produktów z zarządzanych przez niego rezerw państwowych”* wielokrotnie związana jest z wystąpieniem nadzwyczajnych warunków atmosferycznych np. ulewnych deszczy, śnieżyc, huraganów itp. Oceny Izby, co do wykazania przez zamawiającego zasadności świadczenia usług VPN w technologii SDSL (synchroniczny DSL), nie zmienia przywoływany przez odwołującego na rozprawie fakt, że zamawiający w postępowaniu prowadzonym w 2008 r. dopuścił technologię radiową (pkt 4.1. opisu przedmiotu zamówienia siwz z 2008 r. przedłożonej na rozprawie przez odwołującego w poczet materiału dowodowego). Odwołujący wiarygodnie na rozprawie wyjaśnił, że umowa zawarta z TP S.A. w 2008 r. dopuszczała realizację zamówienia w technologii radiowej, gdyż wówczas zamawiający nie dysponował systemem służącym do przetwarzania informacji niejawnych i ich wówczas nie przesyłał. Twierdzeniom zamawiającego odwołujący nie zaprzeczył. Nie stanowi także dowodu potwierdzającego zasadność analizowanego

zarzutu przedłożona na rozprawie przez odwołującego „*Lista kilku największych postępowań dopuszczających stosowanie technologii radiowych*”. Jak bowiem oświadczył zamawiający z ww. wykazu nie wynika, czy podmioty w nim wymienione są nadzorowani przez Departament Bezpieczeństwa Teleinformatycznego ABW (jak to ma miejsce w przypadku zamawiającego) oraz czy zamawiane systemy służyły do przesyłania informacji niejawnych.

W świetle powyższej argumentacji Izba podziela pogląd zamawiającego, że stosowanie przepisów ustawy prowadzące do narzucenia zamawiającemu zakupów, które nie odpowiadają jego potrzebom i utrudniają prowadzenie statutowej działalności, nie daje się pogodzić z postulatem racjonalności ustawodawcy. Izba zauważa, że nie stanowi naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie technologii dostosowanej do potrzeb zamawiającego (por. wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 22 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 25/08). Należy podkreślić, że wykonawca, który dysponuje np. określoną technologią nie może domagać się od konkretnego zamawiającego dostosowania potrzeb do możliwości technicznych czy potencjału danego wykonawcy. Z tych względów zamawiający nie ma obowiązku – jak chciałby odwołujący – aby dopuścić technologię radiową ewentualnie wymagając (w celu zwiększenia bezpieczeństwa transmisji), aby transmisja danych odbywała się w paśmie licencjonowanym. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie jest równoznaczna z obowiązkiem opisanie przedmiotu zamówienia tak, aby podołać jego realizacji mógł każdy wykonawca działający na rynku danej branży (por. wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt IX Ga 44/08). Izba nie ma wątpliwości, iż przepisy ustawy nie stoją na przeszkodzie zakupu przez zamawiającego usług, które są mu niezbędne.

Nie znajduje także potwierdzenia zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 3 Pzp. Izba podkreśla, że wyrażony w art. 29 ust. 3 Pzp obowiązek dopuszczenia przez zamawiającego rozwiązań równoważnych nie znajduje zastosowania w odniesieniu do kwestionowanego wymagania sformułowanego w pkt. 4.1.a) szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Za błędny Izba uważa pogląd odwołującego, że zamawiający decydując się na konkretną technologię, powinien przy opisie przedmiotu zamówienia wskazać rozwiązania równoważne podając, jakie wymagania stawia on w zakresie bezpieczeństwa usługi, zamiast wskazywać konkretną technologię. W świetle art. 29 Pzp dopuszczalne jest opisanie przedmiotu zamówienia zarówno poprzez wskazanie konkretnego sposobu realizacji zamówienia, jak i funkcjonalnie poprzez określenie oczekiwanego rezultatu bez względu na sposób realizacji. Konieczność dopuszczenia rozwiązań równoważnych, o których stanowi art. 29 ust. 3 Pzp, znajduje zastosowanie,

gdy przedmiot zamówienia zostaje opisany przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Na aprobatę zasługuje pogląd zamawiającego wyrażony na rozprawie, że rozwiązania równoważne nie zostały dopuszczone w odniesieniu do technologii SDSL (synchroniczny DSL), gdyż ustawodawca łączy obowiązek dopuszczenia równoważności, gdy do opis przedmiotu zamówienia użyte zostają nazwy własne czy znaki towarowe. W okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia odwołując się do nazw własnych czy znaków towarowych. Tym samym Izba nie ma wątpliwości, iż postanowienia pkt. 4.1.a) szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia nie naruszają art. 29 ust. 3 ustawy.

Zarzut 4. dotyczy naruszenia art. 7 w zw. z art. 29 ustawy poprzez niezwarcie w opisie przedmiotu zamówienia zasad pozyskiwania informacji na temat lokalizacji, w których będą świadczone usługi – wnioś o uzupełnienie siwz o możliwość przeprowadzenia wizji lokalnej oraz wyznaczenie w każdej z lokalizacji osoby upoważnionej do udostępnienia informacji.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zamawiający w pkt. XIV siwz wskazał dwie osoby uprawnione do porozumiewania się z wykonawcami, w tym jedną „w zakresie opisu przedmiotu zamówienia” podając jej nr telefonu oraz godziny urzędowania. Ponadto w tabeli nr 1 zawartej w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do siwz zostały podane dokładne adresy i miejsca instalacji.

W ocenie Izby nie znajduje uzasadnienia w świetle obowiązujących przepisów ustawy domaganie się przez odwołującego wskazania po jednej osobie upoważnionej do udzielania informacji w każdej z jednostek terenowych i przeprowadzenia wizji lokalnej. W świetle art. 36 ust. 1 pkt 7 Pzp zamawiający zobligowany jest do podania w siwz osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami. Obowiązkwowi temu niewątpliwie zamawiający uczynił zadość. Wykonawcy mają także prawo – na równych zasadach - do wyjaśnienia siwz w trybie opisanym w art. 38 ust. 1 i 1a) Pzp. Ponadto każdy zainteresowany wykonawca posługując się danymi zawartymi w tabeli nr 1 ma możliwość – co potwierdził zamawiający odpowiadając na odwołanie - sprawdzenia warunków technicznych w każdej z lokalizacji.

Izba nie stwierdziła w okolicznościach niniejszej sprawy, aby brak wizji lokalnej oraz wyznaczenie jednej osoby uprawnionej do kontaktowania się z wykonawcami w sprawach związanych z przedmiotem zamówienia naruszało wyrażoną w art. 7 Pzp zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz stanowiło uchybienie przez zamawiającego art. 29 ustawy, w konsekwencji czego przedmiotowy zarzut nie potwierdził się.

Zarzut 5. dotyczy „ryczałtowego” dostępu do usługi obejmującej roamingowe połączenia dokonywane w technologii UMTS, co narusza art. 7 w zw. z art. 29 Pzp - odwołujący żąda zmiany siwz poprzez ograniczenie wielkości transmisji danych dokonywanych w sposób określony w pkt. 1.7. w zw. z pkt. 2.1. szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła, że zamawiający uwzględnił powyższy zarzut dokonując modyfikacji siwz poprzez wykreślenie w pkt. 2.1. załącznika nr 1 do siwz podpunktu d) w brzmieniu „*międzynarodowy zasięg*”. Uwzględniając powyższe oraz w związku ze złożeniem przez odwołującego na rozprawie oświadczenia o cofnięciu zarzutu, nie podlega on rozpoznaniu przez Izbę.

Ponadto odwołujący wniósł o zmianę treści siwz w zakresie żądań opisanych poniżej (pkt. 1-8) zarzucając, iż zamawiający wadliwie – z naruszeniem art. 7 w zw. z art. 29 Pzp - opisał przedmiot zamówienia wskazując. Wskazywane zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Pkt 1. Nieprecyzyjny zapis standardów UMTS/GSM, który niejednoznacznie określa, czy zamawiający dopuszcza realizację w standardzie GSM lub UMTS czy w standardzie GSM i UMTS.

Izba ustaliła, iż zamawiający w podtytule załącznika nr 1 do siwz postanowił, że połączenia mają być realizowane „*przy wykorzystywaniu technologii UMTS/GSM z każdego miejsca w Polsce*”.

Odwołujący na rozprawie doprecyzował, iż domaga się bądź wykreślenia standardu GSM, bądź jego zamiany na GPRS. Z wyjaśnień zamawiającego zawartych w odpowiedzi na odwołanie wynika, iż technologia UMTS jest następcą technologii GSM, przy czym (z uwagi na ograniczenia zasięgu nadajników) nie w każdym miejscu dostępne są obie technologie. Zamawiający wskazał, że dopuszczalna jest realizacja zamówienia zarówno w standardzie GSM, jak i UMTS. Obie technologie są ze sobą kompatybilne

i większość usług zdefiniowanych w nowszym standardzie UMTS jest dostępna także w standardzie GSM. Dodał, że na rynku funkcjonują urządzenia pracujące zarówno jako terminale GSM, jak i UMTS. Wyjaśnił, że możliwe jest przeniesienie aktywnego połączenia pomiędzy oboma rodzajami sieci bez zrywania rozmowy/transmisji. Wskazane okoliczności nie zostały zakwestionowane przez odwołującego na rozprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe w ocenie Izby kwestionowany wymóg został przez zamawiającego określony jednoznacznie i dopuszcza realizację usługi w obydwu standardach tj. UMTS i GSM. Odwołujący nie udowodnił, iż kwestionowany zapis narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania konkurencji. Izba nie stwierdziła także naruszenia przez zamawiającego art. 29 Pzp.

Pkt 2. Wymóg wykonania instalacji łącza/łączy stałego/stałych jedynie w technologii ATM/DSL, co ze względów funkcjonalnych odnoszących się do efektywności sieci do jakiej dąży zamawiający nie znajduje uzasadnienia, a jedynie wskazuje na preferowanie jednego dostawcy usług.

Izba ustaliła, iż zamawiający w pkt. 1.5.a) szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia wymaga od wykonawców instalacji łącza/łączy stałego w technologii ATM/DSL łączącego sieci lokalne zamawiającego z siecią VPN MPLS oraz Internet.

Odwołujący nie udowodnił, iż postanowienie pkt. 1.5.a) szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia narusza art. 7 w zw. z art. 29 Pzp. Podniesiony na rozprawie argument, że technologia ATM, której wykreślenie postuluje, prowadzi do „ograniczenia funkcjonalnego usługi internetowej” oraz jest „technologią schyłkową”, nie uzasadniają zmiany opisu przedmiotu zamówienia tym bardziej, iż jednocześnie odwołujący na rozprawie przyznał, że technologia ATM jest możliwa do zastosowania do realizacji niniejszego zamówienia.

Ponadto – jak wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - dodać trzeba, iż wymagania określone w analizowanym punkcie załącznika nr 1 do siwz stanowią konsekwencję postanowienia pkt. 4.2.a) tegoż załącznika, w którym określona została technologia SDSL (synchroniczny DSL) łącze stałe, jako obowiązująca bezwzględnie przy realizacji niniejszego zamówienia. Tym samym stanowisko Izby zawarte w rozważaniach dotyczących zarzutu nr 3 zachowujące swoją aktualność w odniesieniu do stanu faktycznego dotyczącego niniejszego zarzutu potwierdzając zasadność jego oddalenia.

Pkt 3. Wymóg zagwarantowania przez wykonawcę działania dostępu zdalnego na łączach realizowanych przez innych operatorów, co nie jest funkcjonalnie możliwe.

Izba ustaliła, iż zamawiający w pkt. 2 załącznika nr 1 do siwz sformułował wymagania techniczne dotyczące dostępu zdalnego do zasobów sieciowych zamawiającego wymagając m.in. aby wykonawca świadczący usługę zapewnił *„możliwość połączeń do zasobów sieciowych zamawiającego z zastosowaniem różnych technik połączeniowych i dostępnych niezależnie od standardu oraz dostawcy usługi Internet”* (pkt 2.1.e załącznika nr 1 do siwz). Odwołujący wniósł na rozprawie o wykreślenie wymogu zagwarantowania przez wykonawcę działania dostępu zdalnego na łączach realizowanych przez innych operatorów postanowień siwz, gdyż istnieje ryzyko, że inny operator nie zezwoli na dany rodzaj transmisji, za co wykonawca nie może odpowiadać.

W ocenie Izby odwołujący nie udowodnił, że postanowienia siwz w omawianym zakresie są niezgodne z art. 7 w zw. z art. 29 Pzp. Nie przedstawił argumentów, które negowałyby wyjaśnienia zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wskazał, że w jego ocenie istnieje możliwość skonfigurowania dostępu zdalnego na łączach realizowanych przez innych operatorów. Zwrócił uwagę, iż – wbrew twierdzeniom odwołującego – za pomocą odpowiednio skonfigurowanego tokenu i/lub oprogramowania zarządzającego połączeniem można logować się (i następnie nawiązywać połączenia VPN) zarówno do serwerów/urządzeń własnych-operatora świadczących usługi w sieci Internet, jak i innych serwerów ustawionych na styku sieci lokalnych z Internetem. W ocenie Izby brzmienie pkt. 2.1.e) szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia nie wymaga od wykonawców - jak twierdzi odwołujący – *„zagwarantowania”* działania dostępu zdalnego na łączach realizowanych przez innych operatorów, lecz zapewnienia *„możliwości połączeń do zasobów sieciowych Zamawiającego (...) niezależnie od standardu oraz dostawcy usługi Internet.”* Zdaniem Izby zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – nawiązując do literalnego brzmienia pkt. 2.1.e) załącznika nr 1 do siwz - prawidłowo zinterpretował kwestionowane postanowienie siwz wyjaśniając, że wykonawca zobowiązany będzie wyłącznie do umożliwienia połączeń (odpowiedniego skonfigurowania), a nie ich zagwarantowania bez względu na dopuszczalność transmisji danego rodzaju przez innego operatora.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, iż odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego art. 7 w zw. z art. 29 Pzp w przedmiotowym zakresie, zatem niniejszy zarzut nie może zostać uwzględniony.

Pkt 4. Wymóg uruchomienia usługi zdalnego dostępu do sieci wewnętrznej zamawiającego w oparciu o dedykowany system autonomiczny ISP. Zamawiający przy tym nie wyjaśnia w treści siwz jak należy interpretować dedykowany system autonomiczny ISP. Zapis jest

dalece nieprecyzyjny. Dodatkowo nie jest określone, kto powinien dostarczyć łącza dostępowe dedykowane dla usług zdalnego dostępu do sieci wewnętrznej zamawiającego.

Izba ustaliła, że wśród ogólnych założeń technicznych w pkt. 1.8. załącznika nr 1 do siwz, został wymieniony wymóg, aby wykonawcy uruchomili usługę zdalnego dostępu do sieci wewnętrznej zamawiającego z zastosowaniem technologii mobilnych, łącza stałego, połączenia bezprzewodowego w oparciu o dedykowany system autonomiczny ISP z zastosowaniem bezpiecznego algorytmu szyfrowego 3 DES. Odwołujący na rozprawie wniósł o doprecyzowanie pojęcia „*dedykowanego systemu autonomicznego ISP*”.

Bezspornym jest, iż zamawiający – co przyznał odpowiadając na odwołanie – nie zdefiniował w siwz pojęcia „*dedykowanego systemu autonomicznego ISP*”. Zdaniem Izby odwołujący nie wykazał, że na gruncie analizowanej sprawy brak doprecyzowania, co zamawiający rozumie przez „*dedykowany system autonomiczny ISP*” stanowi uchybienie art. 7 w zw. z art. 29 Pzp. Przede wszystkim bowiem odwołujący nie wyjaśnił w jakim zakresie sformułowany przez zamawiającego wymóg jest budzi wątpliwości skutkujące uchybieniem art. 7 w zw. z art. 29 ustawy. Odwołujący nie wyjaśnił, dlaczego argumentacja zamawiającego zawarta w odpowiedzi na odwołanie, jest niewystarczająca. Ponadto, zważywszy na wskazanie w pkt. 1.8. załącznika nr 1, iż „*wykonawca zobowiązany jest uruchomić usługę (...)*”, nie budzi wątpliwości, iż to na wykonawcy realizującym umowę spoczywa obowiązek uruchomienia usługi, zatem także dostarczenia niezbędnych łączy, co potwierdza także brzmienie postanowienia pkt. 1.6. szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, w którym wykonawca został zobowiązany do połączeniu klientów zdalnych, mobilnych (praca zdalna) realizowana poprzez „*wdzwanianie*” się do serwera lub z zastosowaniem bramki systemowej (gateway) oraz pakietów dostępowych. Wynika z niego (na co wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie), iż dostarczenie łącza dostępowego dedykowanego dla usług zdalnego dostępu do sieci wewnętrznej zamawiającego, obciąża wykonawcę.

Pkt 5. Wymóg udostępnienia zamawiającemu możliwości dowolnego zarządzania przyznanym pasmem w ramach usługi z zastosowaniem standardu RFC 2547, na który powołuje się zamawiający m.in. w pkt. 4.2.h) załącznika nr 1 do siwz. Standard RFC 2547 uniemożliwia dowolność zarządzania przyznanym pasmem przez użytkownika końcowego, zatem wymóg zamawiającego stoi w sprzeczności do standardu na jaki się powołuje.

Izba ustaliła, że zamawiający w pkt. 4.1.g) i 4.2.h) załącznika nr 1 do siwz sformułował wymaganie konieczne, aby wykonawcy zestawili usługę VPN w oparciu o standard RFC 2547 BGP/MPLS VPNs oraz ustawili swoje urządzenia w jednym z określonych typów pracy: transparent – tryb Bridge – jeśli Firewall lub statyczny Routing do sieci zamawiającego – jeśli Router, tak aby zamawiający mógł wykonać tunel IPSec z własnych urządzeń sieciowych i tym samym utworzyć połączenie VPN hybryd.

Odwołujący nie wykazał, że brzmienie przywołanego postanowienia siwz jest niezgodne z art. 7 w zw. z art. 29 ustawy. Nie określił na czym miałyby polegać naruszenie przez zamawiającego w tym zakresie dyrektyw rządzących opisywaniem przedmiotu zamówienia wynikających z art. 29 Pzp oraz zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Odwołujący nie udowodnił, że standard FRC 2547 ogranicza możliwości zarządzania przyznanym pasmem przez użytkownika końcowego. Tym samym zarzut stawiany przez odwołującego w powyższym zakresie jest bezzasadny.

Pkt 6. Wymóg zapewnienia bezpiecznej i sztywnej blokady połączeń z Internetem w czasie łączenia do zasobów wewnętrznych zamawiającego, przy czym zamawiający nie interpretuje „*bezpiecznej i sztywnej blokady połączeń z Internetem*”, co implikuje dowolność w tym zakresie konfiguracji sprzętu przez wykonawcę.

Izba ustaliła, iż zamawiający w pkt. 2.1.i) załącznika nr 1 do siwz zobowiązał wykonawców do zapewnienia bezpiecznej i sztywnej blokady połączeń z Internetem w czasie łączenia do zasobów wewnętrznych zamawiającego. Na rozprawie odwołujący wniósł o doprecyzowanie pojęcia „*bezpiecznej i sztywnej blokady połączeń z Internetem*”.

Faktem jest, iż zamawiający nie zdefiniował w siwz pojęcia „*bezpiecznej i sztywnej blokady połączeń z Internetem*”. Zdaniem Izby odwołujący nie wykazał jednak, iż brak sprecyzowania znaczenia przywołanego wcześniej pojęcia stoi w sprzeczności z art. 7 w zw. z art. 29 ustawy. Jak zostało przyznane w treści odwołania aktualne brzmienie siwz implikuje dowolność konfiguracji sprzętu w przedmiotowym zakresie. Tym samym Izba nie dopatrzyła się naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnego z przepisem art. 29 Pzp opisanego przedmiotu zamówienia, bowiem jak stwierdził odwołujący – zamawiający pozostawił dowolność wykonawcom co do konfiguracji sprzętu. Zaprezentowany tok rozumowania jest zgodny także z intencją zamawiającego wyrażoną w odpowiedzi na odwołanie.

Pkt 7. Wymóg posiadania przez wykonawcę certyfikatu SLA na usługę VPN w standardzie RFC 2547 BGP MPLS VPNs nie precyzując przy tym jakiego konkretnie (nazwy normy, świadectwa) certyfikatu wymaga zamawiający w tym zakresie.

Z ustaleń izby wynika, iż zamawiający sformułował w pkt. 5.1. załącznika nr 1 do siwz obowiązek posiadania przez wykonawców certyfikatu SLA na usługę VPN w standardzie RFC 2547 BGP MPLS VPNs nie precyzując, jakiego konkretnie certyfikatu wymaga. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, iż chciał umożliwić realizację umowy przez różnych operatorów, a nie tylko tych posiadających określony certyfikat. Zważywszy, że brzmienie pkt. 5.1. załącznika nr 1 do siwz pozwala na przyjęcie, jak wskazał zamawiający, że każdy certyfikat SLA na usługę VPN w standardzie RFC 2547 BGP MPLS VPNs będzie przez niego honorowany, Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 w zw. z art. 29 Pzp.

Pkt 8. Wymóg zapewnienia, iż oferowane karty HSDPA, GSM/UMTS/3G/CDMA obsługiwać będą przepustowość od 7,2 Mb/s, co zdaniem odwołującego ograniczanie w tym zakresie przepustowości „od” a nie „do”, sugeruje, iż karty nie będą obsługiwały przepustowości poniżej żądanej, co nie ma odzwierciedlenia w rzeczywistych warunkach technicznych takich kart.

Odwołujący, uwzględniając treść wyjaśnień zamawiającego zawartych w odpowiedzi na odwołanie odnośnie niniejszego zarzutu, na rozprawie skutecznie zarzut wycofał, zatem nie podlega on rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła, iż żaden wykonawca nie przystąpił skutecznie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania. TP S.A. - co przyznały strony na rozprawie – przekazała im pismo z dnia 23 czerwca 2010 r. pt. *„Zgłoszenie przystąpienia wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego”*. Dla swej skuteczności zgłoszenie przystąpienia wymaga jednak doręczenia do Prezesa Izby w terminie określonym w art. 185 ust.2 Pzp. Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie zostało doręczone przystąpienie TP S.A.

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp uwzględniła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień § 5 ust. 2

pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

.....

.....

.....