

**Sygn. akt: KIO 1960/14**

**Sygn. akt: KIO 1961/14**

## **WYROK**

**z dnia 21 października 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Izabela Kuciak**  
**Sylwester Kuchnio**  
**Emil Kuriata**

**Protokolant:** **Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 23 września 2014 r. przez wykonawcę **GTS Poland Sp. z o. o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa**
- B. w dniu 23 września 2014 r. przez wykonawcę **EXATEL S. A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, Al. Niepodległości 190, 00-608 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy **EXATEL S. A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1960/14 po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1960/14 po stronie odwołującego,
- C. wykonawcy **GTS Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1961/14 po stronie odwołującego,
- D. wykonawcy **ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1960/14 i KIO 1961/14 po stronie zamawiającego,

- E. wykonawcy **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160 02-326 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1960/14 i KIO 1961/14 po stronie zamawiającego,
- F. wykonawcy **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1960/14 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia oba odwołania i nakazuje zmianę ogłoszenia o zamówieniu i wykreślenie w sekcji III.2.3 pkt 1.1. ogłoszenia o zamówieniu zwrotu: „rozlokowanych we wszystkich 16 województwach Polski” oraz zastąpienie zwrotu: „świadczoną przez okres co najmniej 3 lat, przy czym okres świadczenia usługi utrzymania trwał nieprzerwanie przez okres co najmniej 1 roku” zwrotem „świadczoną nieprzerwanie przez okres co najmniej 1 roku”. Nadto, nakazuje modyfikację ogłoszenia o zamówieniu w części odnoszącej się do zakresu zamówienia przez dopuszczenie rozwiązania, iż łącza podstawowe mogą być budowane na bazie sieci radiowej w paśmie licencjonowanym.

2. kosztami postępowania obciąża **Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, Al. Niepodległości 190, 00-608 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez **GTS Poland Sp. z o. o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa** i **EXATEL S. A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, Al. Niepodległości 190, 00-608 Warszawa** kwotę **37 200 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych 00/100), w tym:

A. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) na rzecz **GTS Poland Sp. z o. o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

B. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) na rzecz **EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 1960/14**

**Sygn. akt: KIO 1961/14**

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

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „*usługi operatorskie sieci WAN*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 września 2014 r. Pod numerem 2014/S 176-311372.

**Sygn. akt: KIO 1960/14**

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 pkt 2 i 4 w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz zdolności ekonomicznej i finansowej w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także utrudniający uczciwą konkurencję;
2. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (określenie przedmiotu zamówienia) w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji poprzez:
  - a. wyłączenie możliwości budowania łączy dostępowych zapasowych z wykorzystaniem łączy satelitarnych;
  - b. ograniczenie technologii możliwych do wykorzystania dla budowy łączy dostępowych podstawowych jedynie do technologii kablowej;
3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

1. modyfikację warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia (sekcja III.2.3) pkt 1.1 ogłoszenia o zamówieniu) przez wykreślenie sformułowania „w 16 województwach”;
2. modyfikację warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia (sekcja III.2.3) pkt 1.1 ogłoszenia o zamówieniu) przez wykreślenie sformułowania „*świadczoną przez okres co najmniej 3 lat, przy czym okres świadczenia usługi utrzymania trwałą nieprzerwanie przez okres co*

- najmniej 1 roku*”;
3. modyfikację warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej poprzez wykreślenie warunku zawartego w sekcji III.2.2) pkt 2 ppkt b), czyli wykreślenie sformułowania: *„osiągnął wskaźnik bieżącej płynności finansowej (Current Ratio) rozumiany jako stosunek aktywów obrotowych do zobowiązań bieżących (krótkoterminowych) równy lub większy (>) 1,3*;
  4. modyfikację zakresu zamówienia w sekcji II.2.1) pkt 2.1 ogłoszenia o zamówieniu poprzez wykreślenie tiretu drugiego w brzmieniu: *„MetroEthernet na bazie sieci radiowej w paśmie licencjonowanym tylko w przypadku łącza zapasowego”* oraz modyfikację brzmienia tiretu pierwszego poprzez zastąpienie jego treści następującym sformułowaniem: *„MetroEthernet na bazie sieci kablowej lub sieci radiowej w paśmie licencjonowanym, dla łącza podstawowego oraz zapasowego”*;
  5. modyfikację zakresu zamówienia w sekcji II.2.1) pkt 2.1 ogłoszenia o zamówieniu poprzez dopuszczenie budowania łączy dostępowych z wykorzystaniem łączy satelitarnych, tj. wykreślenie z tiretu czwartego sformułowania *„łącza satelitarnych”*.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał, że formułując warunki udziału w postępowaniu Zamawiający winien kierować się celem, jakiemu zamawiane usługi mają służyć, a opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowania nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Każde wymaganie powinno znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego związanych z realizacją przedmiotu zamówienia i do niego proporcjonalnych. Powyższe, jak wskazał Odwołujący, potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności uchwała Izby z dnia 22 listopada 2010 r., sygn. akt: KIO/KU 83/10, wyrok KIO z dnia 24 września 2010 r., sygn. akt: KIO 1947/10.

Zdaniem Odwołującego, sformułowany przez Zamawiającego opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia jest nadmierny i nieuzasadniony. Brak jest bowiem uzasadnienia merytorycznego dla wymogu posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie świadczenia usługi sieci WAN w technologii MPLS, która obejmuje lub obejmowała minimum 200 lokalizacji położonych w 16 województwach i była świadczona przez okres co najmniej 3 lat, przy czym okres świadczenia usługi utrzymania trwał nieprzerwanie przez okres co najmniej roku (sekcja III.2.3) pkt 1.1. ogłoszenia o zamówieniu).

W ocenie Odwołującego, wymóg, aby usługa, którą ma się wykazać wykonawca obejmowała określoną liczbę lokalizacji położonych w 16 województwach jest

nieuzasadniony. Skoro, Zamawiający wymaga, aby usługa obejmowała 200 odrębnych lokalizacji to bez znaczenia, zdaniem Odwoływającego, pozostaje fakt, iż są one położone w 16 województwach. Odwoływający zwrócił uwagę, że wykonawca świadczy usługę transmisji danych do konkretnych lokalizacji i ewentualne trudności z tym związane mogą wynikać np. z ukształtowania terenu determinującego technologię świadczenia usług oraz dostępnych dla danej lokalizacji możliwości technicznych, nie zaś z faktu położenia lokalizacji w 16 różnych województwach.

Odwoływający podkreślił, że istotne znaczenie dla zdobycia przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia ma położenie geograficzne lokalizacji oraz dostępne dla niej warunki techniczne, a nie fakt położenia lokalizacji w danej jednostce podziału administracyjnego. Wymóg wykazania się przez wykonawcę usługą obejmującą lokalizacje położone w 16 jednostkach podziału administracyjnego (województwach) nie odzwierciedla, zdaniem Odwoływającego, rzeczywistej wiedzy i doświadczenia niezbędnego do świadczenia usług objętych przedmiotowym postępowaniem.

Ponadto, Odwoływający zauważa, iż ograniczenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia jedynie do usług, które obejmowały 200 lokalizacji położonych w 16 województwach narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W nieuzasadniony sposób eliminuje bowiem z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie niezbędne do świadczenia usług objętych przedmiotowym postępowaniem, ale nie spełniają wymogu położenia lokalizacji objętych usługą w 16 województwach, a także podmioty, które posiadają doświadczenie zdobyte w innych krajach, w których nie ma jednostki podziału administracyjnego kraju w postaci województwa.

Odwoływający stoi na stanowisku, że nadmierny i w sposób nieuzasadniony ograniczający konkurencję jest również wymóg, iż usługa dostarczenia, zestawienia, uruchomienia i utrzymania sieci WAN ma być świadczona przez okres co najmniej 3 lat, przy czym okres świadczenia usługi utrzymania miał trwać nieprzerwanie przez okres co najmniej 1 roku. Odwoływający podaje, że liczba zamówień odpowiadających usłudze określonej w warunku, o tak długim terminie realizacji, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków, jest znacznie ograniczona. Jedynie najwięksi Zamawiający instytucjonalni zlecają realizację usług rozległej sieci na taką skalę (200 lokalizacji) i na tak długi okres trwania, na co nie mają wpływu dostawcy usług telekomunikacyjnych (są to zwykle usługi zlecane w trybie zamówień publicznych). Umowy na świadczenie tego rodzaju usług zawierane są często na 12 lub 24 miesiące.

Jak podaje Odwoływający, wymaganie 3-letniego okresu świadczenia usługi (w tym 1 rok nieprzerwanej usługi utrzymania) ogranicza znacząco krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Jednocześnie w ocenie Odwoływającego, ograniczenie to nie znajduje obiektywnego uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego.

Charakter świadczonych usług nie uzasadnia żądania wykazania się świadczeniem usługi w tak długim okresie, jak ten przewidziany w niniejszym postępowaniu, szczególnie, iż potencjał wykonawcy (wiedza i doświadczenie, a także środki techniczne i finansowe) wymagany jest w największym stopniu w pierwszym okresie świadczenia usługi, w szczególności budowy łączy lub dostosowania już posiadanej infrastruktury do wymagań Zamawiającego.

Odwołujący zauważa, że ustawowo określone wymaganie proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia nie oznacza, iż usługi wymagane w celu wykazania spełnienia warunków udziału mają być tożsame z przewidywanym przedmiotem zamówienia. Dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców mogących wykazać się doświadczeniem w świadczeniu podobnych rodzajowo do przedmiotu zamówienia usług w okresie krótszym niż określony w warunku, w równym stopniu gwarantuje, iż zamówienie zostanie udzielone podmiotowi posiadającemu niezbędny potencjał wiedzy i doświadczenia oraz dającemu rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Dalej Odwołujący podniósł, że określony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w postaci wymogu wykazania się, w przeciągu ostatnich 3 lat obrotowych, osiągnięciem wskaźnika bieżącej płynności finansowej na poziomie równym lub większym niż 1,3 jest nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób nieuzasadniony ogranicza krąg potencjalnych wykonawców.

Jak wyjaśnił Odwołujący, wskaźnik bieżącej płynności finansowej (Current Ratio) służy ocenie płynności finansowej przedsiębiorstwa, tj. zdolności do bieżącego regulowania zobowiązań spółki, co dokonuje się poprzez porównanie wysokości określonych płynnych aktywów do krótkoterminowych zobowiązań (co do zasady zobowiązań o terminie wymagalności do 12 miesięcy).

Odwołujący podał, że w nauce finansów i rachunkowości nie budzi wątpliwości, iż stopień płynności finansowej przedsiębiorstwa w sposób zasadniczy zależy od specyfiki jego głównej działalności. Świadczy o tym choćby fakt, iż brak jednego uniwersalnego poziomu płynności finansowej, który stanowiłby wartość referencyjną dla oceny tego wskaźnika. Inny będzie oczekiwany poziom płynności w przypadku przedsiębiorstw produkcyjnych, inny zaś w przypadku przedsiębiorstw handlowych, gdzie finansowanie bieżącej działalności za pomocą tzw. kredytów kupieckich jest powszechnie przyjęte.

W ocenie Odwołującego, określenie przez Zamawiającego minimalnej wartości wskaźnika Current Ratio na poziomie 1,3 jest nieuzasadnione i nieadekwatne dla oceny podmiotów mogących zrealizować przedmiot zamówienia. W branży usług telekomunikacyjnych nie jest wymagany wskaźnik płynności bieżącej na tak wysokim

poziomie. Struktura finansowania usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia wymaga najwyższych nakładów na etapie inwestycji infrastrukturalnych, natomiast bieżąca realizacja usług nie wymaga stopnia płynności finansowej na aż tak wysokim poziomie. Minimalny wskaźnik Current Ratio 1,3 oznacza, że aktywa obrotowe nie tylko pokrywają całość bieżących zobowiązań, ale że w przedsiębiorstwie występuje stała nadwyżka wolnych, płynnych środków na poziomie 30%. Jest to wymaganie znacznie wygórowane w stosunku do potrzeb należytej realizacji zamówienia.

Ponadto, jak zauważa Odwołujący, ocenie zdolności ekonomicznej i finansowej przedsiębiorstwa służy wyznaczenie optymalnego dla jego specyfiki wskaźnika płynności bieżącej, nie zaś oczekiwanie osiągnięcia jak najwyższej wartości wskaźnika. W przypadku, gdy wysoka nadwyżka aktywów obrotowych nie jest wymagana dla danego rodzaju działalności, zbyt wysoki poziom przedmiotowego wskaźnika może świadczyć o niegospodarności (zalegające zapasy, wysoki odsetek nieuregulowanych należności krótkoterminowych) i w konsekwencji, nie stanowić żadnej gwarancji dobrej kondycji ekonomicznej wykonawcy.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, postawione przez Zamawiającego wymaganie jest nadmierne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, w szczególności jeśli wziąć pod uwagę, iż zdolność ekonomiczna i finansowa wykonawców w postępowaniu podlega ocenie również poprzez warunki w zakresie posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej (min. 30 mln zł) oraz osiąganych średnich przychodów netto ze sprzedaży (min 100 mln zł) - a więc postawione warunki są rygorystyczne i samodzielnie umożliwiają dostęp do udziału w postępowaniu jedynie podmiotom o ponadprzeciętnym potencjale.

W zakresie zarzutów sformułowanych wobec przedmiotu zamówienia Odwołujący podał, że zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W myśl art. 7 ustawy Pzp, czynności Zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z treści cytowanych przepisów wynika, w ocenie Odwołującego, dla Zamawiającego zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie. Formułując wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający winien kierować się celem, jakim są zamawiane produkty mają służyć. Każde wymaganie ma znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Zespół



Arbitrów w orzeczeniu z dnia 24 sierpnia 2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/O-1040/07 oraz UZP/ZO/O-1045/07 stwierdził, iż „wymagania muszą mieć walor istotnych, znaczących dla przedmiotu, nie mogą mieć charakteru subiektywnych, albo więcej - zmierzających do wyeliminowania niektórych podmiotów, bądź wyrażać preferencji dla konkretnego przedmiotu”. Powyższą argumentację dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia potwierdza, jak zauważył Odwołujący, także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1734/09, wyrok KIO z dnia 18 listopada 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1240/08.

Zdaniem Odwołującego, opis przedmiotu zamówienia, który został zamieszczony w sekcji II.2.1) pkt 2.1. ogłoszenia o zamówieniu utrudnia uczciwą konkurencję i narusza równe traktowanie wykonawców, gdyż w nieuzasadniony sposób uprzywilejowuje wykonawcę posiadającego łącza kablowe dla wskazanych przez Zamawiającego łączy głównych oraz ogranicza konkurencyjność postępowania poprzez niedopuszczenie możliwości wykorzystania łączy satelitarnych.

Zgodnie z zakresem zamówienia opisanym w ogłoszeniu o zamówieniu, łącza dostępowe nie mogą być budowane z wykorzystaniem:

- „ -zasobów publicznej sieci Internet;
- infrastruktury znajdującej się poza terytorium RP;
- łączy w technologii asymetryczny DSL;
- łączy satelitarnych oraz Wimax;
- komutowanych łączy telefonicznych;
- łączy technologii radiowych w paśmie nie podlegającym licencjonowaniu;
- łączy w technologii HSDPA.”

W opisie zakresu zamówienia Zamawiający wskazał ponadto, iż dopuszcza wykorzystanie technologii radiowej w paśmie licencjonowanym tylko w przypadku łączy zapasowych, nakładając na wykonawców obowiązek wykorzystania w przypadku łączy podstawowych tylko sieci kablowych.

W ocenie Odwołującego, powyższe postanowienia w sposób bardzo istotny ograniczają krąg potencjalnych wykonawców oraz możliwość wyboru przez wykonawców sposobu świadczenia usługi, a jednocześnie - nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Ponadto, wyłączenie zastosowania technologii innej niż kablowa, wyraźnie preferują jednego wykonawcę - Orange Polska S.A. (dawniej: Telekomunikacja Polska S.A.). Operator ten posiada najszerzą infrastrukturę kablową w lokalizacjach Zamawiającego. Pozostali wykonawcy zostaną więc albo zmuszeni do znacznych inwestycji w celu budowy własnych kanałów dostępowych lub też do dzierżawy istniejącej infrastruktury od Orange Polska S.A. Uwzględniając fakt, że jest to podmiot jednocześnie konkurujący z pozostałymi operatorami sieci o uzyskanie zamówienia, z oczywistych względów, zdaniem

Odwołującego, nie będzie on zainteresowany zawarciem takiej umowy, a już na pewno nie na warunkach korzystnych dla konkurencyjnego wykonawcy. Jednocześnie może się okazać niemożliwe skorzystanie z możliwości dzierżawy istniejącej już infrastruktury ze względu na jej wcześniejsze „zarezerwowanie” przez Orange Polska S.A.

Odwołujący stoi na stanowisku, że wymóg zapewnienia łączy podstawowych jedynie drogą kablową jest nieuzasadniony w sytuacji, gdy świadczenie usługi za pomocą łączy radiowych w paśmie licencjonowanym jest równie niezawodne i bezpieczne, co droga kablowa. W szczególności, na korzyść łączy radiowych w porównaniu do łączy kablowych przemawia szybkość usuwania ewentualnych awarii oraz możliwość zapewnienia dostępu w lokalizacjach trudnodostępnych, czy to poprzez łączy kablowe podziemne czy napowietrzne. Pasma radiowe licencjonowane są przeznaczone do profesjonalnych zastosowań telekomunikacyjnych. Korzystanie z tych pasm radiowych poza spełnieniem technicznych wymagań (w Polsce obowiązują normy ETSI) jest dodatkowo rejestrowane i koordynowane przez niezależny organ państwowy (w Polsce: Urząd Komunikacji Elektronicznej). Aby zapewnić wysoką i skalowaną niezawodność łączy, stosowane są odpowiednie rekomendacje planistyczne opracowane przez międzynarodowe organizacje a zainstalowana radiolinia może zapewnić łączy do transmisji danych, którego niezawodność osiąga wartość nawet 99,9999% w skali roku. W zakresie bezpieczeństwa danych w warstwie fizycznej (pierwsza warstwa modelu OSI) i łączy danych (druga warstwa modelu OSI), jaką bez wątpliwości stanowią łączy radiowe, poziom zabezpieczeń jest na tym samym poziomie co inne technologie realizacji łączy ostatniej mili. Są to rozwiązania telekomunikacyjne zaaprobowane przez międzynarodowe organizacje standaryzacyjne (ITU, ETSI, IEEE i IETF).

Podobnie, zdaniem Odwołującego, nie jest uzasadnione wyłączenie w ogóle możliwości wykorzystania technologii satelitarnej, w szczególności w odniesieniu do łączy zapasowych, które wykorzystywane są jako awaryjne w stosunku do łączy podstawowych. Technologia ta umożliwia osiąganie parametrów wystarczających dla spełnienia funkcji oczekiwanych od łączy awaryjnych przy określonych przez Zamawiającego wymaganiach. Niewątpliwą zaletą satelitarnych łączy zapasowych jest możliwość utrzymania ciągłości transmisji w przypadku awarii fizycznej sieci, bez konieczności kosztownej inwestycji budowy dodatkowego, niezależnego łączy kablowego.

Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 18 września 2013 r., sygn. akt: KIO 2135/13, KIO 2136/13, KIO 2163/13, gdzie w podobnym stanie faktycznym, Izba zwróciła uwagę na ograniczenie konkurencji przez tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia. Zagadnienie dotyczące umożliwienia realizacji połączeń zapasowych w technologii satelitarnej stanowiło, jak podał Odwołujący, przedmiot rozstrzygnięcia w sprawie o sygn. akt: KIO 1869/13, KIO 1876/13 (wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2013 r.).

Zdaniem Odwołującego, zaproponowana modyfikacja opisu przedmiotu zamówienia umożliwi zachowanie zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Odbędzie się to bez uszczerbku dla uzasadnionych potrzeb i wymagań Zamawiającego, jak również otworzy postępowanie dla szerszego kręgu wykonawców, bez preferowania jednego spośród większej liczby operatorów telekomunikacyjnych zdolnych do należytej realizacji zamówienia.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

W sekcji III.2.3) pkt pkt 1.1 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, że w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawca winien potwierdzić, że *„w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych i ciągłych wykonuje co najmniej 1 usługę o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem niniejszego zamówienia. Zamawiający uzna usługę obejmującą dostarczenie, zestawienie, uruchomienie i utrzymanie sieci WAN zbudowanej w oparciu o technologię MPLS dla co najmniej 200 lokalizacji użytkownika, rozlokowanych we wszystkich 16 województwach Polski, świadczoną przez okres co najmniej 3 lat, przy czym okres świadczenia usługi utrzymania trwał nieprzerwanie przez okres co najmniej 1 roku.”*

W sekcji II.2.2) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający postanowił m.in., iż Wykonawca musi wykazać, że *„b) osiągnął wskaźnik bieżącej płynności finansowej (Current Ratio) rozumiany jako stosunek aktywów obrotowych do zobowiązań bieżących (krótkoterminowych) równy lub większy ( $\geq$ ) 1,3, przy czym, w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie warunek ten odnosi się do Wykonawcy, który wykazuje przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów w największej części składającej się na spełnienie warunku, o którym mowa w lit. a) powyżej.”*

Pismem z dnia 10 października 2014 r. Zamawiający poinformował, iż dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu i w dniu 9 października 2014 r. przekazał do publikacji w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej oraz zamieścił na stronie internetowej KRUS i tablicy ogłoszeń w siedzibie Centrali KRUS *Ogłoszenie dodatkowych informacji, informacje o niekompletnej procedurze lub sprostowanie*. Zmiana ogłoszenia o zamówieniu obejmowała warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy i polegała na rezygnacji przez Zamawiającego z wymogów odnoszących się do wskaźnika bieżącej płynności finansowej. Powyższe ustalono na

podstawie treści *Ogłoszenia dodatkowych informacji, informacje o niekompletnej procedurze lub sprostowanie*, wysłanego do organu publikacyjnego w dniu 9 października 2014 r.

Pismem z dnia 13 października 2014 r. Odwołujący cofnął zarzut dotyczący wskaźnika bieżącej płynności finansowej.

W sekcji II.2.1) pkt I.2.1 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający postawił wymóg: „*Łącza dostępne w odniesieniu do ww. lokalizacji mogą być budowane przez Wykonawcę przy wykorzystaniu następujących technologii:*

- *MetroEthernet na bazie sieci kablowej, dla łącza podstawowego oraz zapasowego.*
- *MetroEthernet na bazie sieci radiowej w paśmie licencjonowanym tylko w przypadku łącza zapasowego.*

Zamawiający wyklucza budowanie tych łączy dostępowych z wykorzystaniem:

- *zasobów publicznej sieci Internet,*
- *infrastruktury znajdującej się poza terytorium Polski,*
- *łączy w technologii asymetryczny DSL,*
- *łączy satelitarnych oraz Wimax,*
- *komutowanych łączy telefonicznych,*
- *łączy w technologiach radiowych w paśmie nie podlegającym licencjonowaniu,*
- *łączy w technologii HSDPA,”*
- 

Pismem z dnia 10 października 2014 r. Zamawiający poinformował, iż dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu i w dniu 9 października 2014 r. przekazał do publikacji w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej oraz zamieścił na stronie internetowej KRUS i tablicy ogłoszeń w siedzibie Centrali KRUS *Ogłoszenie dodatkowych informacji, informacje o niekompletnej procedurze lub sprostowanie*. Zmiana ogłoszenia o zamówieniu dotyczyła przedmiotu zamówienia w ww. zakresie sekcji II.2.1) pkt 2.1 ogłoszenia o zamówieniu, która otrzymała brzmienie:

„*Łącza dostępne w odniesieniu do ww. lokalizacji mogą być budowane przez Wykonawcę na bazie sieci kablowej, dla łącza podstawowego oraz zapasowego albo na bazie sieci radiowej w paśmie licencjonowanym tylko w przypadku łącza zapasowego. Zamawiający wyklucza budowanie tych łączy dostępowych z wykorzystaniem:*

- *zasobów publicznej sieci Internet,*
- *infrastruktury znajdującej się poza terytorium Polski,*
- *łączy w technologii asymetryczny DSL,*
- *łączy satelitarnych oraz Wimax,*

- *komutowanych łączy telefonicznych,*
- *łączy w technologiach radiowych w paśmie nie podlegającym licencjonowaniu oraz łączy w technologiach radiowych punkt-wielopunkt w paśmie licencjonowanym,*
- *łączy w mobilnych technologiach dostępowych GSM w paśmie 2G, 3G, 4G tj. (EDGE, UMTS, HSDPA, HSUPA, LTE);”*

Powyższe ustalono na podstawie treści *Ogłoszenia dodatkowych informacji, informacje o niekompletnej procedurze lub sprostowanie*, wysłanego do organu publikacyjnego w dniu 9 października 2014 r.

Pismem z dnia 13 października 2014 r. Odwołujący cofnął zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie niedopuszczenia przez Zamawiającego realizacji zamówienia z wykorzystaniem łączy w technologii satelitarnej.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 2 i 4 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej. Jednocześnie zgodnie z przepisem art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wynikający z powoływanego przepisu nakaz wiązania warunku udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia oznacza obowiązek określenia doświadczenia wymaganego przez wykonawcę przez pryzmat obowiązków, które będą wykonywane w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Zwrócić należy uwagę, że jakkolwiek ustawodawca wskazał na możliwość weryfikowania zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia poprzez sprawdzenie jego umiejętności i kwalifikacji na oznaczonym polu, to brak jednocześnie uzasadnienia, w świetle powołanych przepisów, dla żądania wykazania się przez wykonawcę realizacją usług tożsamyh z przedmiotem zamówienia. Rolą Zamawiającego przy określaniu warunków udziału w postępowaniu z jednej strony jest zbadanie potencjału wykonawcy, który stanowić będzie o zdolnościach wykonawcy do realizacji zamówienia, z drugiej zaś strony określenie rzeczonoego potencjału na takim poziomie, aby zapewnić konkurencyjność postępowania i umożliwić udział w postępowaniu wszystkim wykonawcom, którzy dają gwarancję wykonania zamówienia.

Wypracowana przez orzecznictwo zasada proporcjonalności i adekwatności warunków udziału w postępowaniu nakazuje właśnie osiągnięcie kompromisu pomiędzy wymaganiami, określonymi przez Zamawiającego, świadczącymi o gotowości (zdolności) wykonawcy do realizacji zamówienia a zapewnieniem dostępności do danego zamówienia

wszystkim wykonawcom, którzy zadaniu wyznaczonemu przez Zamawiającego są w stanie podolać. Wyważenie tych potrzeb w taki sposób, aby zapewnić realizację zamówienia, nie utrudniając jednocześnie dostępu do zamówienia, jest zadaniem trudnym, jednakże niezbędnym dla realizacji dyspozycji normy wyrażonej w przepisie art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż Zamawiający nie sprostął obowiązkom wynikającym z powołanych przepisów. W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę, że nabycie doświadczenia w realizacji usług sieci WAN nie pozostaje w jakimkolwiek związku z ich wykonaniem we wszystkich województwach Polski. Umiejętności, biegłości w świadczeniu usług sieci WAN z pewnością nie nabywa się przez to, że były one świadczone we wszystkich województwach na terenie Polski. Nie ma więc merytorycznego związku pomiędzy nabyciem doświadczenia w tym zakresie a realizacją tej usługi w określonych jednostkach podziału administracyjnego kraju.

Jeśli chodzi o skalę przedsięwzięcia, wskazywaną przez Zamawiającego, a mianowicie, że chodziło o wykazanie się usługą adekwatną do skali działalności Zamawiającego, to jakkolwiek nie sposób odmówić Zamawiającemu racji, iż rozmiar realizowanego przedsięwzięcia referencyjnego świadczy o adekwatnym doświadczeniu dla wykonania przedmiotowego zamówienia, to określenie tego rozmiaru przez odwołanie się do jednostek podziału administracyjnego nie jest właściwe. Po pierwsze, jeśli Zamawiający oczekiwał wykazania się realizacją usługi na jakimś większym terenie, w lokalizacjach rozproszonych na określonej powierzchni, czy w określonej odległości, to mógł to uczynić, ale nie w sposób zaproponowany w treści ogłoszenia o zamówienia. Raz jeszcze należy bowiem podkreślić, że wskazanie na konkretne jednostki podziału terytorialnego kraju w sposób istotny ogranicza konkurencję i eliminuje wykonawców z doświadczeniem spoza terytorium Polski i nie stanowi odpowiedniego narzędzia do zbadania umiejętności do realizacji zadania na dużą skalę. W tym miejscu należy zwrócić również uwagę, że sam Zamawiający uzasadniając sporny wymóg odwołał się do oczekiwanego doświadczenia „w świadczeniu podobnych usług w określonych uwarunkowaniach geograficznych, prawnych i faktycznych”, co oznacza, że Zamawiający zamierzał weryfikować nie tyle rozmiar przedsięwzięcia, ile warunki, w których jest realizowane. W ocenie Izby, określenie szeroko pojętych uwarunkowań w realizacji zamówienia poprzez odesłanie do jednostki administracyjnej podziału terytorialnego jest nieskuteczne. Może się bowiem okazać, że wykonanie usługi referencyjnej w danym województwie nie wymagało sprostania warunkom geograficznym, technicznym czy też prawnym, które w ocenie Zamawiającego, stanowią o zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia.

Podkreślenia wymaga i sam Zamawiający w istocie to przyznaje, mówiąc o dysponowaniu przez wykonawcę „wiedzą i doświadczeniem o zachodzących w tym miejscu

*szeroko pojętych warunkach*”, że istotne znaczenie dla nabycia wiedzy i doświadczenia w świadczeniu usług transmisji danych do konkretnych lokalizacji ma położenie geograficzne, a w szczególności ukształtowanie terenu i panujące warunki atmosferyczne oraz dostępne warunki techniczne i faktyczne ograniczenia prawne, a nie fakt realizacji referencyjnej usługi w określonych jednostkach podziału administracyjnego kraju.

Jeśli idzie zaś o drugi aspekt spornego warunku, a mianowicie, aby usługa dostarczenia, zestawienia, uruchomienia i utrzymania sieci WAN była świadczona przez okres co najmniej 3 lat, przy czym okres świadczenia usługi utrzymania miał trwać nieprzerwanie przez okres co najmniej 1 roku, przyjąć należy, że brak jakiegokolwiek uzasadnienia dla stwierdzenia nabycia wymaganego doświadczenia przez pryzmat jedynie 3-letniego okresu realizacji spornej usługi. Zamawiający wskazał jedynie, że *„świadczenie usług przez dłuższy okres czasu umożliwia właściwą ocenę jakości pracy Wykonawcy – umowy krótkoterminowe takiej możliwości nie dają”*. Zamawiający natomiast nie uzasadnił, z jakich powodów jedynie 3-letni okres świadczenia usługi daje podstawy do weryfikacji doświadczenia wykonawcy i umożliwia ocenę jakości jego pracy, a takiej możliwości nie zapewnia świadczenie usługi przez okres jednego roku.

W ocenie Izby, Odwołujący trafnie wskazał, że charakter świadczonych usług nie uzasadnia żądania wykazania się realizacją referencyjnej usługi w tak długim okresie. Tym bardziej, że początkowy okres świadczenia usługi, w którym następuje dostarczenie, zestawienie i uruchomienie sieci WAN jest kluczowy dla realizacji usługi utrzymania sieci. Zdaniem Izby, o powodzeniu przedsięwzięcia można już mówić, jeśli nieprzerwanie przez rok usługa jest realizowana z sukcesem. Realizowanie zaś usługi przez kolejne lata, w przekonaniu Izby, nie łączy się z nabywaniem biegłości w świadczeniu usługi i ciągle jeszcze doświadczenia, a przynajmniej Zamawiający okoliczności tej nie wykazał, a stanowi jedynie o realizacji zobowiązań umownych.

Potwierdzeniem przedmiotowego stanowiska jest również okoliczność, na którą wskazał Odwołujący, a mianowicie, że w prowadzonych w ostatnim czasie postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, odpowiadającego przedmiotowi niniejszego zamówienia, doświadczenia w realizacji usług referencyjnych nie wiązano z jego okresem, w większości postępowań nie odnotowuje się wymagań co do okresu świadczenia referencyjnej usługi, jeśli już się pojawia, to jest to okres 12 miesięcy, w jednym zaś przypadku postawiono wymóg 24 miesięcy.

Ponadto należy zwrócić uwagę, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, że umowy na świadczenie usług często zawierane są na okres 12 lub 24 miesięcy, co biorąc pod uwagę inne wymogi Zamawiającego odnośnie usługi referencyjnej (choćby ilość lokalizacji),

powoduje, że dostęp do zamówienia zostałby w sposób drastyczny i nieuprawniony ograniczony.

Jednocześnie rodzaj i skala działalności prowadzonej przez Zamawiającego nie odbiega w sposób istotny od tej prowadzonej przez innych zamawiających, np. ZUS, Komenda Główna Straży Granicznej, Ministerstwo Sprawiedliwości, a tym samym nie uzasadnia postawienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącym zbliżonych usług, na poziomie znacznie odbiegającym od pewnego wzorca (praktyki).

Reasumując, stwierdzić należy, że brak korelacji pomiędzy wymaganym doświadczeniem (przedmiotowo), stanowiącym o zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia a jego długością i faktem realizacji referencyjnej usługi we wszystkich jednostkach podziału administracyjnego kraju szczebla wojewódzkiego legło u podstaw uznania przez Izbę, iż sporne warunki udziału w postępowaniu są nieadekwatne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, co stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Jeśli idzie o zarzut naruszenia przepisu art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wskaźnika bieżącej płynności finansowej Izba pozostawiła przedmiotowy zarzut bez rozpoznania uwzględniając okoliczność, że Odwołujący cofnął zarzut. Zwrócić należy uwagę, że Odwołujący na mocy przepisu art. 187 ust. 8 ustawy Pzp uprawniony jest do cofnięcia odwołania, co skutkuje umorzeniem postępowania. Sięgając do reguły wnioskowania *a maiori ad minus* należało dojść do przekonania, że dopuszczalne jest również cofnięcie zarzutu. Skoro cofnięcie odwołania jest czynnością, mocą której odwołujący wycofuje wniesione odwołanie, a więc rezygnuje z rozpoznania w toku postępowania odwoławczego, to złożenie oświadczenia woli w przedmiocie cofnięcia zarzutu w określonym zakresie winno wywoływać skutki, mając na uwadze również przepis art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, uwzględniające powyższe. Mocą złożonego oświadczenia woli Odwołujący zrezygnował z rozpoznania odwołania przez Izbę we wskazanym zakresie, co przy jednoczesnym braku podstaw do badania przez Izbę dopuszczalności przedmiotowej czynności i braku konieczności uzyskania zgody strony przeciwnej na dokonanie rzeczowej czynności, powoduje konieczność pozostawienia przez Izbę przedmiotowego zarzutu bez rozpoznania (wobec braku instrumentu w postaci uprawnienia do umorzenia postępowania w części).

Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Na tle powołanego przepisu w orzecznictwie prezentowane jest stanowisko, które Izba podziela, że zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia z jednej strony artykułuje swoje potrzeby, z drugiej zaś strony



sposób realizacji tych potrzeb nie powinien utrudniać dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy są w stanie sprostać wymogom Zamawiającego i osiągnąć wyznaczony przez niego cel. Jednocześnie, zarówno w literaturze przedmiotu, jak i w orzecznictwie podkreśla się również, i z tym należy się zgodzić, że opis przedmiotu zamówienia należy konstruować przez pryzmat wymagań istotnych, a jakiegokolwiek ograniczenie konkurencji musi mieć swoje zakotwiczenie w obiektywnych potrzebach zamawiającego, którym w inny sposób niż ten opisany przez zamawiającego, nie można sprostać.

Odnosząc przedmiotowe rozważania do niniejszego stanu faktycznego rozstrzygnięcia wymaga, czy wymóg zapewnienia łączy podstawowych jedynie drogą radiową jest uzasadniony. Rozważając przedmiotową kwestię Izba wzięła pod uwagę stanowiska stron, w szczególności stanowisko prezentowane w przedłożonej przez Zamawiającego *Opinii w zakresie aspektów technicznych treści odwołań złożonych do KIO przez uczestników postępowania na etapie ogłoszenia o zamówienie publiczne na usługi w zakresie rozległej sieci komputerowej nr 2014/S 176-311372 wraz z propozycjami odpowiedzi na zarzuty przedstawione Zamawiającemu*, sporządzonej przez A. K. i M. A., rzeczoznawców Polskiego Towarzystwa Informatycznego oraz *Ekspertyzę* przygotowaną przez dr. K. H., eksperta Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji, przedłożoną przez Odwołującego. Mając na uwadze fakt, że są to opinie prywatne, Izba wzięła je pod uwagę traktując jako element stanowiska strony. Izba jednocześnie nie znalazła podstaw do kwestionowania wagi przedłożonych dokumentów i wyrażonych stanowisk ze względu na wykształcenie, umiejętności i doświadczenie ich autorów, uznając je za równorzędne. Jednocześnie nie umniejsza wagi powołanej Opinii okoliczność, że została ona podpisana przez jednego z autorów, nadal pozostaje bowiem dokumentem prywatnym, a dodatkowo obecni na rozprawie jej autorzy potwierdzili fakt jej przygotowania.

W pierwszej kolejności podnieść należy, że Izba nie jest związana oceną, jak podkreśla Zamawiający, tożsamego zarzutu, dokonaną przez skład orzekający Izby w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 990/09 oraz KIO/UZP 1001/09. Podkreślenia wymaga, że w przedmiotowym postępowaniu Izba dokonuje rozstrzygnięcia na gruncie argumentacji i stanowisk prezentowanych przez strony i uczestników postępowania.

Zamawiający stoi na stanowisku, iż u podstaw wyłączenia określonych technologii w realizacji przedmiotu zamówienia leży bezpieczeństwo, niezawodność, nowoczesność i kompleksowość. Jakkolwiek Izba nie kwestionuje wskazanych przez Zamawiającego priorytetowych cech przedmiotu zamówienia, to oceny wymaga, czy sieci oparte o technologie łączności radiowej w istocie potrzebom bezpieczeństwa nie są w stanie sprostać.

Zamawiający wskazał, że sieć WAN wraz z zamawianymi usługami musi wykorzystywać takie technologie i metody eksploatacji, które wyeliminują możliwość nieuprawnionego i niezauważalnego (zarówno przez wykonawcę, jak i Zamawiającego) przechwycenia danych przepływających przez łącza, chodzi bowiem o dane wrażliwe, w szczególności dane osobowe ubezpieczonych. Zamawiający formułuje wniosek, że najbardziej wrażliwe na powyższe zagrożenia i nieuprawnioną penetrację są sieci oparte o technologie łączności radiowej, w których medium transportowym dla pakietów danych są fale radiowe emitowane w powietrznej przestrzeni publicznej naszego kraju.

Niezależnie od faktu, że Zamawiający nie uzasadnia swojego stanowiska, iż co do zasady łącza przewodowe są bardziej bezpieczne od łączy bezprzewodowych, w ocenie Izby, biorąc pod uwagę stanowisko Odwołującego, brak uzasadnienia dla formułowanej tezy. Po pierwsze, łącza przewodowe mogą być również „podsluchiwane”, wyjątkiem nie są tutaj łącza radiowe. Po drugie, a co ważniejsze, prawidłową metodą zabezpieczenia połączeń w sieciach rozległych jest zabezpieczenie poprzez szyfrowanie w warstwie IP lub na poziomie protokołów sieciowych, a nie w warstwie fizycznej lub łącza. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający to czyni, wskazując w sekcji II.2.1) pkt 2.1 ogłoszenia o zamówieniu na żądanie szyfrowania transmisji, zaś w pkt 2.6 formułując wymóg zapewnienia usługi zdalnego dostępu do sieci WAN KRUS dla 50 użytkowników Zamawiającego, zrealizowanej poprzez zestawienie bezpiecznych połączeń, opartych o szyfrowanie protokołem IPSec.

Nadto, Zamawiający postawił również w sekcji II.2.1) pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu wymóg dostarczenia i uruchomienia urządzeń i systemów zapewniających bezpieczeństwo sieciowe (DDoS, IPS, DLP itp.), co wskazuje, że wymienione przez Zamawiającego mechanizmy związane z bezpieczeństwem sieciowym są związane z protokołami sieciowymi (transmisją w sieci) a nie z fizycznym rozwiązaniem sposobu transmisji (przewodowym czy bezprzewodowym). To pokazuje, że w konsekwencji sam Zamawiający upatruje bezpieczeństwa w zapewnieniu odpowiednich mechanizmów a nie w określonej technologii.

Dalej Zamawiający zwrócił uwagę, że aspekt niezawodności usług, w tym transmisji danych w sieci, pociąga za sobą wymóg ciągłej pracy sieci bez przerw i zrywania łączności w niezaplanowanych momentach. Nawet bowiem chwilowa utrata łączności pomiędzy jednostkami KRUS w newralgicznych dla Zamawiającego momentach może skutkować niedopełnieniem obowiązku terminowej realizacji świadczeń z tytułu ubezpieczenia i w konsekwencji odpowiedzialnością Zamawiającego. Dalej Zamawiający podał, że z punktu widzenia technicznego niezawodność i stabilna prędkość działania sieci WAN jest konieczna do realizacji celu strategicznego KRUS, jakim jest modernizacja systemów informatycznych i przejście na model centralnego przetwarzania danych z dystrybucją wyników na pojedyncze

stanowiska w całym kraju, co oznacza konieczność zapewnienia bardzo krótkiego czasu reakcji systemów transakcyjnych i ich stabilnej, niczym niezakłóconej pracy.

Oczywistym jest, że Izba nie kwestionuje strategicznego znaczenia sieci dla poprawnego funkcjonowania systemów informatycznych KRUS. Zwrócić jednakże należy uwagę, iż w inżynierii sieci telekomunikacyjnych nie istnieje pojęcie „ciągłej pracy sieci.” Już z doświadczenia życiowego wynika, że nie istnieją rozwiązania, które pozwalają na 100% gwarancję niezawodności. Każde sieci, w tym przewodowe oparte na łączach światłowodowych, mogą ulec awarii.

Natomiast możliwe jest określenie poziomu dostępności sieci, przy uwzględnieniu potrzeb Zamawiającego. Odwołujący wskazuje, że ten poziom dostępności może być określony nawet przez wartość 99,999%, co oznacza, że w skali roku dopuszczalne są przerwy w pracy nie przekraczające łącznie 5 minut. Co więcej, taki poziom dostępności jest możliwy do uzyskania już w przypadku pojedynczego łącza radiowego, tymczasem w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z systemem łączy tworzących sieć, a więc niezawodność sieci jako całości, ze względu na stosowanie łączy zapasowych, może być wyższa. Nie wydaje się zaś, że ewentualne przerwy w pracy Zamawiającego nie trwające dłużej niż 5 minut w ciągu roku uniemożliwią Zamawiającemu realizację obowiązków statutowych.

Określenie przez Zamawiającego wymaganego poziomu dostępności sieci, w ocenie Izby, nie narazi Zamawiającego na wykorzystanie przez wykonawcę technologii radiowych do budowy łączy sieci WAN tam, gdzie występują niestabilne warunki atmosferyczne, mogące mieć negatywny wpływ na ich działanie. Wykonawca profesjonalnie świadczący usługi objęte przedmiotem zamówienia z pewnością bowiem posiada kompetencje do oceny możliwości technicznych zastosowania danej technologii w taki sposób, aby spełnić wymagania Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający skutecznie nie zaprzeczył, że parametry SLA (wymagania na dostępność łączy) technologii radiowej nie odbiegają od wartości osiągniętych w przypadku łączy kablowych.

Dodatkowo, warte odnotowania jest, iż zdaniem autorów Opinii, ewentualny negatywny wpływ zjawisk atmosferycznych na działanie sieci w technologii radiowej zależy od sposobu wykonania sieci oraz długości użytych fal elektromagnetycznych. Sam Zamawiający wskazuje więc, że prawidłowe zastosowanie technologii przesądza o właściwej realizacji przedsięwzięcia. Na powyższe zwraca uwagę również Odwołujący, opisując konkretne rozwiązania, z których należy skorzystać w przypadku wystąpienia ekstremalnych zjawisk atmosferycznych, aby zapewnić wymaganą dostępność i przepływność sieci.

Analogiczną argumentację należy powołać w odpowiedzi na powoływane przez Zamawiającego znaczenie przeszkód fizycznych dla łączy radiowych. Oczywistym jest, że prawidłowo działający, profesjonalny wykonawca nie skorzysta z technologii radiowej tam,

gdzie ze względu na powołane przeszkody nie będzie to możliwe lub nie zapewni to osiągnięcia wymaganego przez Zamawiającego poziomu dostępności sieci. Natomiast powstanie przeszkody w trakcie realizacji zamówienia, przy obowiązku zapewnienia odpowiedniej dostępności i przepływności sieci ze strony wykonawcy, wydaje się, że nie wpłynie negatywnie na ciągłość i niezawodność pracy sieci, tym bardziej, że rzeczony przeszkody nie pojawiają się nagle (z dnia na dzień).

W odniesieniu do technologii budowy łączy w oparciu o radiolinie punkt-wielopunkt Zamawiający wskazał, że jej wykorzystanie generuje dodatkowe zagrożenie związane z tym, że radiolinia spełniająca rolę wielopunktu musi obsługiwać wiele strumieni danych i kierować ruch pod odpowiednie adresy punktów docelowych. Wymaga to zwielokrotnienia przepustowości układów przełączających w stosunku do pojedynczego punktu. W sytuacjach bardzo złych warunków pogodowych, interferencji z falami radiowymi obcych nadajników i innych szumów radiowych do układów aktywnych wielopunktu dociera duża lub bardzo duża liczba nieczytelnych (niekompletnych) pakietów danych i urządzenia wielopunktu poświęcają czas na obsługę szumów, zamiast na obsługę pakietów autoryzowanej transmisji danych, co może powodować drastyczny spadek przepustowości węzła.

Zamawiający wskazując jednakże na możliwość wystąpienia określonych mechanizmów nie wykazał, że nie jest możliwe ich wyeliminowanie. Tymczasem Odwołujący w przedłożonej Ekspertyzie pokazał, że jest możliwe zagwarantowanie przepływności sieci wymaganej przez Zamawiającego nawet w przypadku wystąpienia bardzo złych warunków pogodowych.

Nadto, jakkolwiek Odwołujący przyznaje, że realizacja dostępu niektórych lokalizacji w topologii punkt-wielopunkt może zwiększyć wrażliwość na awarie, gdyż w przypadku awarii stacji bazowej obsługującej węzeł centralny wszystkie lokalizacje mogą być czasowo niedostępne, to wykonawca może jednak, czemu Zamawiający skutecznie nie zaprzeczył, tak zaprojektować łączy zapasowe, aby uzyskać wymaganą przez Zamawiającego niezawodność.

Z tych przyczyn, w ocenie Izby, problem zawodności sieci nie leży w łączych radiowych co do zasady, a zapewnienie niezawodności sieci winno być zabezpieczone przez wskazanie przez Zamawiającego wymaganego poziomu dostępności i przepływności sieci, a nie przez wykluczenie określonych technologii.

Wskazywanie przez Zamawiającego na możliwość drastycznego spadku przepustowości węzła w określonych warunkach poza konstatacją nie zawiera żadnego uzasadnienia. Zamawiający nie podejmuje również polemiki z Odwołującym w tym zakresie i nie podważa twierdzeń Odwołującego, że wykonawca projektując sieć z określonymi przez Zamawiającego konkretnymi wymaganiami, dobiera przepływności cząstkowe i sumaryczne

na dany węzeł tak, aby gwarantowana przepływność nie przekraczała wydajności tego węzła, stosując rozwiązania zachowujące przepływność nawet w trudnych warunkach atmosferycznych.

Upatrując przeszkody w możliwości dopuszczenia radiolinii Zamawiający wskazywał również, że przedmiotowa technologia jest nierozwojowa z punktu widzenia przewidywanego wzrostu zapotrzebowania na szybkość transmisji w sieci WAN oraz utrudnia budowę jednorodnego środowiska telekomunikacyjnego dla obecnych i przyszłych aplikacji oraz komunikacji głosowej i multimedialnej, co ma wpływ na koszty utrzymania i bezpieczeństwo danych. Jednakże poza przytoczonymi twierdzeniami nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił trafności formułowanych wniosków.

Izba podziela również stanowisko Odwołującego, że skoro Orange Polska S.A. posiada w lokalizacjach Zamawiającego najszerszą infrastrukturę kablową, to wyłączenia zastosowania technologii innej niż kablowa już z tej przyczyny wyraźnie preferuje tego wykonawcę. Jednocześnie podmiot ten sam zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu z pewnością nie będzie zainteresowany udostępnianiem innym wykonawcom posiadanej infrastruktury, a tym bardziej na korzystnych warunkach. Oceny tej nie zmienia wskazywany przez tego wykonawcę fakt podziału funkcjonalnego podmiotu, bowiem działania podejmowane przez powołanego wykonawcę wskazują, że w istocie nie doszło do przełamania jego uprzywilejowanej pozycji (o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia).

Reasumując stwierdzić należy, iż Odwołujący wykazał, że ograniczenie możliwości realizacji usługi przez wyłączenie technologii radiowej stanowi nieuzasadnione i nadmierne ograniczenie konkurencji. Zamawiający zaś poza uchwyceniem pewnych zjawisk czy też wad radiolinii nie odparł jednocześnie argumentacji Odwołującego, że rzekome „ułomności” radiolinii, jeśli w ogóle występują, nie mogą zostać przewyżnione (wyeliminowane).

Zdaniem Izby, ograniczenie wyboru technologii stanowi, nieuprawnione warunkami przedmiotowego postępowania, ograniczenie swobody wykonawców w doborze sposobu realizacji przedmiotu zamówienia i w konsekwencji prowadzi do ograniczenia konkurencji. Jeśli celem Zamawiającego jest uzyskanie usług o określonych cechach to powinien je wyspecyfikować, czyli określić cel a nie sposób jego realizacji. Tym bardziej, że określony sposób realizacji zamówienia nie unicestwia możliwości osiągnięcia wyznaczonego celu.

W ocenie Izby, istnieje pewne wyobrażenie i przekonanie, że technologia kablowa jest bardziej bezpieczna i mniej awaryjna, jednak brak dowodów na powyższe legło u podstaw dopuszczenia technologii radiowej nie tylko dla łączy zapasowych, ale i podstawowych. Z tych względów zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należało uznać za uzasadniony.

Natomiast nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał bowiem, że w opisie przedmiotu zamówienia nie uwzględniono wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. W ocenie Izby, sporne okoliczności nie podpadają pod przywołaną normę, czym innym jest bowiem opisanie przedmiotu zamówienia a więc wymogów Zamawiającego w sposób ograniczający konkurencję, odmiennie zaś należy kwalifikować sytuację, w której Zamawiający nie podał informacji i wymagań niezbędnych do sporządzenia oferty.

Stwierdzenie powyższych naruszeń czyni zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp uzasadnionym, zaś zważywszy na etap postępowania zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

Jeśli idzie o zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie niedopuszczenia przez Zamawiającego realizacji zamówienia z wykorzystaniem łączny w technologii satelitarnej, Izba pozostawiła go bez rozpoznania z przyczyn, o których była mowa w odniesieniu do zarzutu naruszenia przepisu art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wskaźnika bieżącej płynności finansowej, który również został przez odwołującego cofnięty.

#### **Sygn. akt: KIO 1961/14**

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w sposób preferujący jednego z potencjalnych wykonawców;
2. art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co powoduje nieuzasadnione ograniczenie kręgu podmiotów mogących się ubiegać o przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia poprzez doprowadzenie jego wymagań do zgodności z ustawą, zgodnie z treścią uzasadnienia przedmiotowego odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że z uwagi na szczególną specyfikę rynku telekomunikacyjnego w Polsce, tj. występowanie jednego podmiotu, który ze względu na posiadane zasoby strukturalne ma wyraźnie korzystniejszą pozycję od innych uczestników rynku, Zamawiający powinien ze szczególną uwagą formułować wymogi postępowania tak, aby definiując warunki przetargu, pozycji tego podmiotu dodatkowo nie faworyzować.

Odwołujący podniósł również, że obecnie usługi telekomunikacyjne na rzecz KRUS świadczy Orange Polska S.A., której oferta została wyłoniona w poprzednim postępowaniu. Odwołujący podał, że podmiot ten jako jedyny był wówczas w stanie sprostać postawionym warunkom udziału w postępowaniu i złożyć ofertę - co wskazuje pośrednio, że już w poprzednim postępowaniu zasoby infrastrukturalne Orange Polska S.A. miały donieść znaczenie w rozstrzygnięciu postępowania.

Dalej Odwołujący wyjaśnił, że skoro Orange Polska S.A. świadczy aktualnie usługi na rzecz Zamawiającego i jest właścicielem łączy kablowych doprowadzonych do zdecydowanej większości lokalizacji Zamawiającego, to każdy inny wykonawca będzie musiał albo zapewnić własne łącze kablowe, czyli doprowadzić kabel do wszystkich lokalizacji (wśród których znajdują się też lokalizacje bardzo trudno dostępne), albo zawrzeć z Orange Polska S.A. umowę, której przedmiotem będzie udostępnienie jej łączy kablowych (dzierżawa łączy). Oznacza to, że w przedmiotowym postępowaniu, przy zachowaniu wymagania dopuszczającego dla dostępu podstawowego jedynie łącze kablowe, podmiotem decydującym o tym, kto uzyska przedmiotowe zamówienie, jest Orange Polska S.A.. Tym samym, sporne postanowienie, pozwala w sposób nieuzasadniony wykorzystywać Orange Polska S.A. swoją przewagę konkurencyjną. Jest oczywiste, zdaniem Odwołującego, że Orange Polska S.A. jako jeden z wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, nie musi być zainteresowana zawarciem takiej umowy, a nawet, gdyby była, to ceny tego rodzaju usług mogą być zróżnicowane dla różnych wykonawców i ich wysokość nie jest możliwa do przewidzenia.

Takie wymaganie, w ocenie Odwołującego, uniemożliwia także prawidłowe skalkulowanie ceny oferty wszystkim wykonawcom, poza Orange Polska S.A. lub poza wykonawcami, którzy z Orange Polska S.A. zawarli umowy umożliwiające wykorzystanie posiadanych przez nią łączy kablowych.

Odwołujący stwierdza, że postawienie powyższego wymagania nie znajduje oparcia w rzeczywistych i uzasadnionych potrzebach Zamawiającego, a zarówno dostęp podstawowy, jak i awaryjny, mogą z powodzeniem (i korzyścią dla Zamawiającego) być realizowane w technologii radiowej. Wynika to z faktu, iż parametry usługi świadczonej przy wykorzystaniu łącza radiowego (np. tzw. radiolinii punkt-punkt w paśmie koncesjonowanym) nie odbiegają na niekorzyść od parametrów usługi świadczonej przy wykorzystaniu łącza

kablowego, a nawet można postawić tezę, iż wykorzystanie łącza radiowego jest dla Zamawiającego korzystniejsze. Dla przykładu Odwołujący podaje, że prowadząc działalność komercyjną w zakresie świadczenia usługi VPN MPLS, udzielając gwarancji w ramach SLA (Service Level Agreement), definiując oddzielnie gwarancje dla technologii kablowej oraz łączy kablowych punkt-punkt, działających w paśmie koncesjonowanym, wyżej definiuje parametry niezawodnościowe dla łączy radiowych.

W ocenie Odwołującego, nie bez znaczenia dla tego konkretnego stanu faktycznego jest fakt, iż z uwagi na skalę zamówienia oraz liczbę lokalizacji oraz ich rozproszenie geograficzne część lokalizacji Zamawiającego znajduje się w miejscach z ubogą infrastrukturą telekomunikacyjną, do których - w ramach realizacji zamówienia- wykonawca zmuszony byłby wykonać kosztowną i niezasadną ekonomicznie inwestycję w kabel ziemny, zamiast zestawić znacznie tańsze, lecz co najmniej równie niezawodne łącze radiowe pracujące w paśmie koncesjonowanym.

Odwołujący podniósł również, że dla łączy o niskiej przepustowości sklasyfikowanych w ogłoszeniu jako łącza do PT o przepustowości podstawowej i zapasowej na poziomie 4 Mbps wykluczenie technologii DSL jest co najmniej niezrozumiałe. Odwołujący wyjaśnił, że z powodzeniem świadczy usługi sieci rozległej oferując wymagane przez Zamawiającego przepustowości wykorzystując specjalnie zdefiniowany na te potrzeby produkt opierający się właśnie na technologii DSL. Klienci w ramach usługi otrzymują również określone parametry niezawodnościowe (SLA), jak również mają do swojej dyspozycji określone klasy QoS. Technologia ta jest również wykorzystywana, jako łącza podkładowe dla usług głosowych i w opinii Odwołującego, w pełni zaspokoi potrzeby Zamawiającego w zakresie lokalizacji zdefiniowanych jako PT. Dopuszczenie ww. technologii na obecnym etapie postępowania umożliwi potencjalnym wykonawcom realną możliwość konkurencji z Orange Polska S.A., a na etapie realizacji zamówienia zapewni wybranemu wykonawcy więcej możliwości realizacyjnych.

Odwołujący powołując się na własne doświadczenia wielu lat funkcjonowania na rynku telekomunikacyjnym podniósł, iż sporny warunek udziału w postępowaniu został określony w sposób wygórowany (nadmierny) i nieadekwatny do faktycznych potrzeb Zamawiającego. Nieuzasadnione zawyżenie wymagań w stosunku do doświadczenia wykonawców skutkuje również, zdaniem Odwołującego, naruszeniem przez Zamawiającego zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ eliminuje z udziału w postępowaniu podmioty posiadające wieloletnie doświadczenie w wykonywaniu usług zbliżonych do przedmiotu niniejszego zamówienia i z całą pewnością zdolne do jego wykonania.

W ocenie Odwołującego, w tym wypadku, uzasadniony i adekwatny do przedmiotu



zamówienia byłby wymóg wykonania sieci rozległej WAN w podobnej skali (około 300 lokalizacji na terenie całego kraju) albowiem po pierwsze - właśnie łącza WAN będą podkładowymi dla usługi, po drugie, dla realizacji i prawidłowego skonfigurowania stanowią warunek konieczny dla prawidłowego działania usług głosowych, a stopień zagadnień technicznych i technologicznych stojących do rozwiązania przed wykonawcą jest bez porównania większy i bardziej złożony niż w przypadku zestawienia usług głosowych, które to w praktyce sprowadza się do podłączenia prawidłowo prekonfigurowanego telefonu do sieci LAN w zadanej lokalizacji.

W ocenie Odwołującego, przedstawiony powyżej pogląd potwierdza poniekąd sam Zamawiający, formułując wymogi formalne w zakresie kompetencji personelu zaangażowanego w realizację zamówienia a w szczególności posiadanych przez ten personel certyfikatów.

Co więcej, jak wskazuje Odwołujący, sumarycznie każdy z obecnych na rynku operatorów telekomunikacyjnych realizuje usługi dla większej ilości klientów, tak więc wystarczyłoby wykazanie, że systemy telekomunikacyjne wykonawców są zdolne do obsługi tego typu wolumenu ruchu z zadanymi funkcjonalnościami, a nie - jak w tym wypadku - realizacji jednorazowo tego typu zadania.

W ocenie Odwołującego, sporne postanowienie nie zagwarantuje Zamawiającemu prawidłowości wykonania usług głosowych, bo sedno zagadnień technologicznych do rozwiązania znajduje się w realizacji konfiguracji oraz utrzymaniu łączy podkładowych, czyli w tym konkretnym wypadku sieci rozległej WAN oraz zdolności technologicznej serwerów telekomunikacyjnych Zamawiającego, a nie w doświadczeniu w zakresie dostarczenia usługi jednorazowo dla 1200 abonentów.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcie spornego postanowienia, bądź też jego modyfikacji w ten sposób, aby wykonawca musiał legitymować się wykonaniem i utrzymaniem sieci rozległej WAN dla około 300 lokalizacji na terenie całego kraju i/lub obsługą na swoich serwerach telekomunikacyjnych dla nie mniej niż 1200 abonentów w technologii IP.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Ustalenia Izby odnośnie przedmiotu zamówienia dokonane w sprawie o sygn. akt: KIO 1960/14 zachowują aktualność w przedmiotowej sprawie z uwagi na tożsamość zarzutów zgłoszonych w tym przedmiocie w obu sprawach.

Dodać należy, iż przedmiotem zamówienia jest również zbudowanie, wdrożenie i zarządzanie systemem telefonii IP, w skład którego wejdzie do 4000 telefonów IP wraz z elementami rozszerzającymi funkcjonalność systemu, w środowisku rozproszonych lokalizacji – ponad 270 (sekcja III.2.1) pkt 2.4 ogłoszenia o zamówieniu).

W sekcji III.2.3) pkt 1.2 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający postanowił: „*W celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp tj. posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Wykonawca musi wykazać, że: (...) W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych i ciągłych, wykonuje co najmniej 1 usługę o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem niniejszego zamówienia*”. Jednocześnie, Zamawiający wskazał, że „*za usługę o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem niniejszego zamówienia Zamawiający uzna usługę polegającą na wdrożeniu i świadczeniu usług systemu telefonii IP składającego się z co najmniej 1200 telefonów IP w środowisku sieci WAN, składającym się z co najmniej 90 węzłów rozproszonych geograficznie (w rozumieniu różnych miejscowości), przy czym okres świadczenia usługi trwał nieprzerwanie przez okres co najmniej 1 roku.*”

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z *Ekspertyzy w zakresie kwestii technicznych podnoszonych w protestach w przetargu ograniczonym na usługi operatorskie sieci WAN, obejmujące transmisję danych, głosu i obrazu w KRUS i oddalonych przez KRUS, sporządzoną w dniu 27 lipca 2009 r. przez T. R., rzeczoznawcę Polskiego Towarzystwa Informatyków. Porównując treść przedmiotowej Ekspertyzy i Opinii* przedłożonej przez Zamawiającego w toku niniejszego postępowania Izba ustaliła, że *Opinia* nie stanowi odzwierciedlenia tez sformułowanych w *Ekspertyzie*, stanowi przedstawienie stanowiska jej autorów i została poczytana jako aktualna.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów przedłożonych przez Odwołującego na rozprawie, na mocy § 23 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, nie udostępniając ich stronom i uczestnikom postępowania, gdyż zawierają tajemnicę ustawowo chronioną. Izba nie dopuściła dowodu z wydruków internetowych dotyczących certyfikatów CISCO wobec nieprzedstawienia ich tłumaczenia na język polski (§ 19 ust. 3 powołanego rozporządzenia).

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Znalazł potwierdzenie zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. W tym zakresie zachowują aktualność rozważania Izby dotyczące opisu przedmiotu zamówienia zaprezentowane w sprawie o sygn. akt: KIO 1961/14.

Dodatkowo wskazać należy, iż zapewnienie bezawaryjnej pracy łącza radiowego można uzyskać, czemu Zamawiający skutecznie nie zaprzeczył, dzięki poprawnemu zaplanowaniu przebiegu trasy radiowej (przy uwzględnieniu uwarunkowań infrastrukturalnych i geofizycznych) oraz ustaleniu liczby i rodzajów stacji transmisyjnych, a także przy prawidłowym zaprojektowaniu linii radiowej od strony ustalenia geometrycznych parametrów profili poszczególnych odcinków trasy, ustalenia wysokości zawieszenia anten, wyboru urządzeń radiowych, pasma częstotliwości, szerokości kanału częstotliwościowego ze względu na jego przepływność wraz z uwzględnieniem czasowo pogarszających się warunków atmosferycznych.

Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że nad prawidłowym wykorzystaniem częstotliwości na danym obszarze nadzór sprawuje UKE, który przydziela rezerwacje częstotliwości w taki sposób, żeby systemy radiowe działające na danym terenie nie zakłócały się wzajemnie.

Zwrócić również należy uwagę, że praktyka Odwołujących i przedłożone w sprawie dowody wskazują, że czas usunięcia awarii w przypadku łączy radiowych jest krótszy niż w przypadku łączy kablowych. Zaś, linia kablowa nie jest wolna od ryzyk. Powyższe stanowi podstawę do stosowania przez Odwołującego analogicznej gwarancji jakości świadczonych przez Odwołującego usług niezależnie od technologii (przewodowej czy też bezprzewodowej).

Przytoczone argumenty, uzasadniają i wzmacniają stanowisko prezentowane przez Odwołujących, że technologia radiowa może być z powodzeniem wykorzystywana w celu realizacji przedmiotowego zamówienia. Obie technologie należy uznać za równoważne, gdyż przy ich użyciu wykonawca jest w stanie zapewnić takie same poziomy SLA, a czynniki które mogą powodować zakłócenia w transmisji danych za pomocą radiolinii mają również negatywny wpływ na świadczenie usług w technologii kablowej.

Przedłożone zaś przez Odwołującego dokumenty dotyczące dzierżawy łączy telekomunikacyjnych stanowią potwierdzenie, iż realizacja przedmiotowej usługi z wykorzystaniem łączy radiowych uwolni konkurencję i zagwarantuje wykonawcom swobodę w wyborze rozwiązań, przy uwzględnieniu wymagań Zamawiającego.

Jednocześnie Izba nie znalazła podstaw uzasadniających stanowisko Odwołującego, że wykluczenie technologii DSL jest niezrozumiałe. Okoliczność świadczenia przez Odwołującego z powodzeniem usług w oparciu o technologię DSL z pewnością nie jest

wystarczająca dla stwierdzenia, że opis przedmiotu zamówienia narusza uczciwą konkurencję. Odwołujący zaniechał jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej w tym przedmiocie, zatem jego żądanie, jako nieuzasadnione, nie mogło zostać uwzględnione.

Na kanwie sformułowanego zarzutu naruszenia przepisu art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskazać należy, że zachowują aktualność rozważania Izby natury ogólnej dotyczące opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wyartykułowane w sprawie o sygn. akt: KIO 1961/14.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż Odwołujący w istocie poza sporem pozostawił wymóg dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Jakkolwiek w treści zarzutu wskazuje na przedmiotowy warunek to brak jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego i prawnego nie tyle wskazuje na bezprzedmiotowość zarzutu w analizowanym aspekcie, ile na brak korelacji pomiędzy treścią zarzutu a uzasadnieniem odwołania i w konsekwencji stanowi o braku sporu w tym zakresie.

Rozpatrując zaś sformułowany zarzut w aspekcie kwestionowanego doświadczenia stwierdzić należy, iż Odwołujący nie wykazał, że wymóg ten jest nadmierny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. W pierwszej kolejności zauważyć należy, na co zwrócił uwagę sam Odwołujący, że przedmiot zamówienia jest wyjątkowo szeroki i obejmuje swym zakresem zarówno zagadnienia z dziedziny usług telekomunikacyjnych, jak i integratorskich. Stąd też w ocenie Izby, nie powinno budzić wątpliwości, iż Zamawiający zechce również zweryfikować doświadczenie wykonawcy w zakresie wdrożenia i świadczenia usług systemu telefonii IP. W tych okolicznościach za całkowicie niezrozumiałe należy uznać twierdzenie Odwołującego, że sporny warunek jest wygórowany i nieadekwatny. Okoliczności tej Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, skupiając się jedynie na propozycjach treści spornego warunku, które w ocenie Odwołującego, w sposób rzeczywisty służą badaniu zdolności danego wykonawcy do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Jednakże i tych poglądów Izba nie podziela. Po pierwsze Odwołujący stoi na stanowisku, że uzasadniony byłby wymóg wykonania sieci rozległej WAN w podobnej skali. Odwołujący pomija jednakże, iż w tym zakresie Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu, o czym była mowa wyżej, zaś oczekiwanie wykazania się doświadczeniem w zakresie budowy i świadczenia usług telefonii IP należy wiązać z drugim, istotnym elementem przedmiotu zamówienia, który stanowi właśnie system telefonii IP. Po drugie, za niewystarczającą, wbrew twierdzeniom Odwołującego, należy uznać propozycję Odwołującego, że wykonawca winien wykazać, że systemy telekomunikacyjne, którymi dysponuje, są zdolne do obsługi tego typu wolumenu ruchu z zadanymi funkcjonalnościami.

Odwołujący tym samym dąży do zastąpienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do doświadczenia warunkiem w zakresie potencjału technicznego. Jednakże przedmiotowe dążenie Odwołującego należy uznać za całkowicie nieuzasadnione, bowiem posiadanie przez wykonawcę zaplecza technicznego, wystarczającego do realizacji zamówienia, nie przesądza jeszcze o umiejętności i zdolności, potwierdzonych doświadczeniem w wykonywaniu określonej usługi, do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Izba nie przychyliła się również do stanowiska Odwołującego, że uzasadnione byłoby legitymowanie się przez wykonawcę, zamiast wskazanego przez Zamawiającego spornego doświadczenia, wykonaniem i utrzymaniem sieci rozległej WAN dla około 300 lokalizacji na terenie całego kraju i obsługą na serwerach telekomunikacyjnych wykonawcy nie mniej niż 1200 abonentów w technologii IP. Po pierwsze bowiem, przedmiotem zamówienia jest wdrożenie i świadczenie usług systemu telefonii IP w środowisku WAN. Po drugie, system ten dotyczy lokalizacji rozproszonych geograficznie. Sporny warunek referuje do powyższego. Zaś, warunek udziału w postępowaniu w brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego dotyczy w istocie dwóch odrębnych usług niepozostających ze sobą w związku i nie koreluje z przedmiotem zamówienia. Nadto, cel, jaki Zamawiający starał się osiągnąć, w postaci dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawcy posiadającego doświadczenie wymagane i niezbędne na potrzeby niniejszego zamówienia a odnoszące się do systemu telefonii IP, nie zostałyby przez Zamawiającego osiągnięty.

Bez wpływu na powyższą ocenę postaje treść ogłoszenia o zamówieniu, dotyczącego analogicznego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego w roku 2009. Okoliczność, że wymogi Zamawiającego w spornym zakresie wówczas były mniejsze, nawet w porównywalnych warunkach, nie przesądza jeszcze, że sporny warunek udziału w postępowaniu jest nadmierny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia.

Ponownie należy podkreślić, że system IP stanowi element przedmiotu zamówienia, a jego budowa i utrzymanie dedykowane będzie dla ponad 270 lokalizacji, a w jego skład wchodzić będzie docelowo około 4000 telefonów IP. Zatem, nie sposób na tym tle dostrzec, że wymóg wdrożenia i świadczenia usług systemu telefonii IP, obejmującego co najmniej 1200 telefonów IP i co najmniej 90 węzłów rozproszonych geograficznie nie znajduje uzasadnienia. Z tych przyczyn zarzut naruszenia przepisu art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp okazał się chybionym.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b i § 5 ust. 3 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. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od każdego z odwołań w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocników Odwołujących w wysokości po 3.600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....