

WYROK

z dnia 11 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **T-Mobile Polska S.A. ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez

Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego

Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa

przy udziale wykonawców:

A. **Orange Polska S.A. Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. **Polkomtel Sp. z o.o. ul. Konstruktorska 4, 02-673 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża T-Mobile Polska S.A. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez T-Mobile Polska S.A. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od T-Mobile Polska S.A. na rzecz Skarbu Państwa – Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. 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:

U z a s a d n i e

Zamawiający: Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczanie usług telekomunikacyjnych w zakresie transmisji danych” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 grudnia 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 239-496289. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący: T-Mobile Polska S.A. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję, jak również nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia, w zakresie, w jakim Zamawiający:

1. wymaga od wykonawcy realizacji przedmiotu zamówienia w oparciu o technologię CDMA – Część III specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opis przedmiotu zamówienia ust. 4 pkt 4.2.1, 4.2.2. pkt 1 i 2 oraz pkt 11, jak również § 2 ust. 1 lit. b i c oraz § 4 ust. 8 lit. d istotnych postanowień umowy,
2. zastrzegł 14-dniowe terminy realizacji usługi od momentu podpisania umowy w odniesieniu do uruchomienia węzła teletransmisji z wymaganych relacji, uruchomienia pozostałych łączy (IPSEC) oraz skonfigurowania wymaganych APN, w tym podgrup APN (VPN) w liczbie nie większej niż 8 (część III specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opis przedmiotu zamówienia pkt 4.2.2 ppkt 20) lit. a-c oraz § 3 ust. 2 lit. a-c istotnych postanowień umowy).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści dokumentacji przetargowej poprzez wprowadzenie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia następujących zmian:

1. w zakresie technologii CDMA:

a. część III ust. 4 pkt:

- 4.2.1 – poprzez wykreślenie wymagania uruchomienia dedykowanych kart SIM oraz APN-ów do transmisji danych w trybie CDMA,

- 4.2.2. ppkt 1) lit. b – poprzez jego wykreślenie,
- pkt 4.2.2 ppkt 1) zdanie ostatnie – poprzez jego wykreślenie,
- pkt 4.2.2 ppkt 2) poprzez wykreślenie obowiązku dostarczenia 50 szt. kart SIM umożliwiających transmisję danych w trybie i technologii CDMA,
- pkt 11 – poprzez wykreślenie, iż wykonawca będzie zobowiązany uruchomić transmisję w sieci GSM w standardzie CDMA,

b. § 2 ust. 1 lit. b i c istotnych postanowień umowy – poprzez wykreślenie obowiązku dostarczenia kart SIM umożliwiających transmisję danych w trybie i technologii CDMA,

c. § 4 ust. 8 lit. d istotnych postanowień umowy – poprzez wykreślenie, iż wykonawca będzie zobowiązany uruchomić transmisję w sieci GSM w standardzie CDMA.

2. ewentualnie, w zakresie technologii CDMA, poprzez wyłączenie dostawy kart SIM oraz APN-ów do transmisji danych w trybie CDMA oraz obowiązku uruchomienia i świadczenia usług transmisji w sieci GSM w standardzie CDMA do odrębnej części postępowania i dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych,

3. część III pkt 4.2.2 ppkt 20) lit. a-c oraz § 3 ust. 2 lit. a-c IPU poprzez wydłużenie terminów na uruchomienie węzła teletransmisji z wymaganych relacji, uruchomienie pozostałych łączy (IPSEC) oraz skonfigurowanie wymaganych APN, w tym podgrup APN (VPN) w liczbie nie większej niż 8 z 14 dni od zawarcia umowy do 6 tygodni od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 Prawo zamówień publicznych czynności Zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z treści cytowanego przepisu wynika 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 zamawiane produkty mają służyć. Zespół Arbitrów w orzeczeniu z 24 sierpnia 2007 r. (sygn. UZP/ZO/0-1040/07 oraz UZP/ZO/0-1045/07) 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

także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: „Szeroko pojęte wymagania zamawiającego (w tym również dotyczące miejsca czy sposobu jego realizacji) składające się na opis przedmiotu zamówienia mogą naruszać konkurencję, o której stanowi art. 29 ust. 2 p.z.p., nie tylko przez eliminację niektórych wykonawców z możliwości zaoferowania swoich usług czy produktów, ale również w sposób nadmiernie utrudniający przygotowanie i złożenie korzystnej ekonomicznie i racjonalnej oferty.” (wyrok KIO z 22 grudnia 2009 r sygn. KIO/UZP 1734/09); „Prawidłowe określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem, ale i prawem zamawiającego. Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia wskazuje norma art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zakazująca takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję przez użycie sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Podkreślenia wymaga fakt, że okoliczność, iż nie wszystkie podmioty z danej branży mogą wziąć udział w postępowaniu z powodu niespełnienia wymaganych parametrów nie przesądza o tym, że postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji.” (wyrok KIO z 18 grudnia 2014 r., sygn. KIO 2562/14). Zamawiający dokonując opisu zakresu zamówienia dopuścił się naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – postawione wymogi, jakie muszą spełniać oferowane usługi, utrudniają uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, jak również są nadmiernie rygorystyczne uniemożliwiając Odwołującemu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający zastrzegł, iż wykonawca będzie zobowiązany do świadczenia usług m.in. w technologii CDMA. W tym celu wskazał, iż:

- wymaga uruchomienia dedykowanych kart SIM oraz APN-ów do transmisji danych w trybie m.in. CDMA (pkt 4.2.1 opisu przedmiotu zamówienia),
- wykonawca powinien dostarczyć 604 szt. aktywnych kart SIM, w tym karty SIM umożliwiające transmisję danych w trybie i technologii CDMA (pkt 4.2.2 ppkt 1) lit. b opisu przedmiotu zamówienia),
- zastrzega sobie prawo zmiany początkowo określonej liczby kart w technologii GPRS/EDGE/UMTS/HSDPA/HSUPA/HSPA+/LTE na CDMA lub odwrotnie (pkt 4.2.2 ppkt 1 zd. ostatnie opisu przedmiotu zamówienia),

- wymaga dostarczenia dodatkowych kart SIM, w tym 50 szt. umożliwiających transmisję danych w trybie i technologii CDMA (pkt 4.2.2. ppkt 2 opisu przedmiotu zamówienia);
- wykonawca uruchomi transmisję w sieci GSM w standardzie GPRS/EDGE/UMTS/HSDPA/HSUPA/HSPA+/LTE/CDMA.

Analogiczne postanowienia co do konieczności wykorzystania przy realizacji przedmiotu zamówienia technologii CDMA zostały sformułowane w istotnych postanowieniach umowy – § 3 ust. 2 lit. a-c.

W punkcie 4.2.2 ppkt 27) lit. b-e opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający doprecyzował, iż posiada modemy do transmisji danych w technologii CDMA, które działają w pasmach częstotliwości 420MHz oraz 450MHz.

Wymaganie, aby przedmiot zamówienia był realizowany w technologii CDMA (z ang. Code Division Multiple Access) z uwagi na posiadanie przez Zamawiającego jedynie części urządzeń obsługujących przedmiotową technologię jest nadmierne i stanowi naruszenie zasady opisu przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Technologia CDMA jest technologią przestarzałą i obecnie znacznie bardziej powszechne jest stosowanie technologii GSM lub LTE. Co więcej, na polskim rynku usług telekomunikacyjnych tylko jeden podmiot jest w stanie świadczyć usługi w technologii CDMA w paśmie 420 MHz, natomiast brak jest podmiotów, które mogłyby świadczyć usługi w ww. technologii w paśmie 450 MHz. Wymaganie, aby wykonawca świadczył usługi transmisji danych w technologii CDMA, która działa w pasmach 420 MHz oraz 450 MHz jest zatem całkowicie nieuzasadnione.

Tylko jeden operator posiada infrastrukturę CDMA oraz pozwolenia radiowe dla stacji CDMA 420MHz, tj. Nordisk Polska Sp. z o.o., której wyłącznym właścicielem jest Polkomtel Sp. z o.o. operator sieci Plus. Zatem tylko ww. podmiot będzie w stanie spełnić wymagania Zamawiającego dotyczące obowiązku świadczenia usług w trybie i technologii CDMA, co potwierdza aktualny wykaz pozwoleń radiowych dla technologii CDMA zamieszczony na stronie internetowej UKE.

Żaden z wykonawców nie będzie mógł spełnić wymagania świadczenia usług w technologii CDMA w paśmie 450 MHz. Do 16 kwietnia 2017 r. Orange Polska S.A. posiadał infrastrukturę radiową w CDMA 450 MHz, jednak wycofał się ze świadczenia usług w przedmiotowej technologii, a pozwolenia radiowe nie zostały przedłużone. Stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie na stronie internetowej UKE zawierającej wykaz aktualnych pozwoleń radiowych w tym zakresie. Wobec powyższego brak jest możliwości obsługi modemów Zamawiającego AnyData ADU-500A działających w paśmie CDMA 450 MHz. Wskazane wymaganie jest niemożliwe do spełnienia, gdyż brak jest możliwości współpracy z modemami Zamawiającego CDMA AnyData ADU-500A, które obsługują technologię CDMA 450 MHz. W konsekwencji, żaden z wykonawców nie będzie w stanie

uzyskać pozytywnego wyniku testów, o których mowa w punkcie 4.2.2. 26) opisu przedmiotu zamówienia z uwagi na brak współpracy obecnie wykorzystywanych technologii z modemami AnyData ADU-500A.

Powyższe świadczy o sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem uczciwej konkurencji, jak również przy postawieniu wymagań nadmiernych, co z kolei uzasadnia wykreślenie ww. postanowień z dokumentacji przetargowej.

Fakt, iż niektóre z urządzeń posiadanych przez Zamawiającego działają w technologii i trybie CDMA nie oznacza, że Zamawiający jest uprawniony do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z ustawą i wykluczający z postępowania operatorów, którzy z powodzeniem mogliby świadczyć usługi na rzecz Zamawiającego.

Jeżeli obiektywną potrzebą Zamawiającego jest pozostawienie urządzeń obsługujących technologię CDMA w swojej infrastrukturze, to rozwiązaniem przedmiotowej sytuacji jest ich wyłączenie do oddzielnej części postępowania. W ten sposób Zamawiający rozszerzy krąg potencjalnych wykonawców mogących wykonać dostawę kart SIM oraz świadczyć usługi transmisji danych w każdej z obecnie powszechnie wykorzystywanych technologii (w tym GSM/LTE), a jednocześnie obejmie odrębną częścią postępowania dostawę elementów obsługujących CDMA, jak również świadczenie usług transmisji danych w standardzie CDMA. Powyższe rozwiązanie pozwoli zatem na pogodzenie interesu Zamawiającego z zachowaniem konkurencyjności postępowania i umożliwieniem wykonawcom złożenia swojej oferty w postępowaniu.

Zgodnie z punktem 4.2.2 ppkt 20 opisu przedmiotu zamówienia oraz § 3 ust. 2 lit. a-c istotnych postanowień umowy termin realizacji usługi w zakresie uruchomienia węzła teletransmisji z wymaganymi relacjami, uruchomienia pozostałych łączy (IPSEC) oraz skonfigurowania wymaganych APN-ów, w tym podgrup APN (VPN) został ustalony na 14 dni od dnia podpisania umowy.

Wymaganie, aby wykonawca wykonał wszystkie ww. czynności w terminie do 14 dni od dnia zawarcia umowy jest zbyt rygorystyczne i uniemożliwia wykonawcy należyłą realizację zamówienia. W celu realizacji przedmiotu zamówienia wykonawcy będą zobowiązani do uzyskania pozwolenia od Prezesa UKE na zestawienie łączy radiowego w paśmie koncesjonowanym. Czas postępowania toczącego się przed Prezesem UKE to 6 tygodni (art. 143 ust. 6 ustawy Prawo telekomunikacyjne), co oznacza, że termin 14 dni od zawarcia umowy jest niewystarczający i nierealny. Bez uzyskania zamówienia wykonawca nie powinien czynić kroków, aby przedmiotowe pozwolenie uzyskać, bowiem jeśli nie ma zagwarantowanej możliwości realizacji umowy, brak jest podstaw do żądania od wykonawcy ponoszenia kosztów na realizację kontraktu, który nie jest zawarty i podejmowania w związku z tym jakichkolwiek czynności, które dotyczą wykonania postanowień umowy.

Zasadne jest zatem wydłużenie terminu na uruchomienie węzła teletransmisji z wymaganych relacji, uruchomienie pozostałych łączy (IPSEC) oraz skonfigurowanie wymaganych APN, w tym podgrup APN (VPN) na 6 tygodni od dnia zawarcia umowy.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego wraz z kosztami opłaty skarbowej w wysokości 17 zł.

Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał, że istota sporu sprowadza się do ustalenia, czy Zamawiający w realiach przedmiotowego postępowania dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który narusza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Zamawiający kwestionuje w tym zakresie twierdzenia Odwołującego. Odwołujący główne źródło ograniczenia konkurencji upatruje w wymaganiu Zamawiającego w zakresie łączności w technologii CDMA. Zamawiający ma świadomość istnienia różnych technologii na rynku usług transmisji danych, a twierdzenia Odwołującego o tym, iż ww. technologia jest przestarzała oraz że powszechnie stosowana jest technologia LTE lub 3G, nie mogą mieć wpływu na treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z tego względu, że to rolą i wyłączną prerogatywą Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi potrzebami i przy uwzględnieniu wymogów ustawy Prawo zamówień publicznych. Subiektywne przekonanie Odwołującego co do charakteru danej technologii czy też wizja, w jaki sposób Zamawiający mógłby zamówić „lepszą technologię”, nie może być wykładnikiem przesłanek, dla których Zamawiający dokonuje danego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający tym samym kwestionuje prawo Odwołującego do narzucania sposobu świadczenia usług, parametrów dostawy czy specyfikacji danej technologii ze względu na potrzeby Zamawiającego .

Wybór technologii CDMA przez Zamawiającego oparty jest wyłącznie o przesłanki natury technicznej, organizacyjnej oraz ekonomicznej. W chwili obecnej GITD korzysta z łączności CDMA dla co najmniej 40 urządzeń – w 11 wypadkach są to fotoradary stacjonarne (lokalizacja punktowa), a w 29 przypadkach są to fotoradary mobilne, instalowane w samochodach. W przypadku fotoradarów stacjonarnych użytkowanie kart CDMA wynika z faktu, że dla tych 11 lokalizacji jest to sposób zapewniający odpowiednią jakość transmisji danych wynikającą z pokrycia danej lokalizacji sygnałem radiowym. Część z tych 11 urządzeń ma zainstalowane modemy 3G, jednak nie wszystkie. Koszt zakupu i instalacji modemu 3G wynosi ok. 3 000 zł brutto za każde urządzenie, dlatego Zamawiający uznaje taki wydatek za nieuzasadniony. Z punktu widzenia ekonomicznego korzystniejsze wydaje się instalowanie kart CDMA.

W urządzeniach rejestrujących Ramet AD9C, zainstalowanych w samochodach, użytkowane są modemy CDMA z przyczyn technologicznych, gdyż zapewniają one lepszą jakość komunikacji. Należy mieć przy tym na uwadze, że specyfiką działania urządzeń mobilnych jest to, iż inspektorzy Inspekcji Transportu Drogowego patrolują sieć dróg krajowych, często znajdując się w miejscach, gdzie jakość sieci 3G jest nadal bardzo słaba. W tym celu, dla zapewnienia ciągłości przesyłu danych, Zamawiający postanowił o zainstalowaniu w tych urządzeniach kart CDMA. Dodatkowo obecnie, z przyczyn organizacyjnych i prawnych, Zamawiający nie jest w stanie dokonać, bez poniesienia ponadprzeciętnych kosztów, zmiany i przekonfigurowania urządzeń mobilnych w taki sposób, aby było możliwe zainstalowanie tam innych niż CDMA kart SIM w taki sposób, aby poprawnie komunikowały się za pośrednictwem modemów i kart 3G (poprzednio poniesiony koszt związany z wymianą 29 kart SIM, konfiguracją polegającą na przełączenie do APN-u wyniósł 66 tys. zł). Dokonywanie zmian w urządzeniach nie jest uzasadnione także zasadami trwałości projektu, który uzyskał dofinansowanie ze środków wspólnotowych w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko. Tym samym zarówno ekonomiczne, jak i prawne przesłanki wskazują na konieczność kontynuowania korzystania z łączności CDMA.

W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia część III opis przedmiotu zamówienia pkt. 4.2.2 ppkt 1) wprowadzony został warunek, w ramach którego liczba kart SIM pracujących w technologii opisanej w punkcie a), tj. również w technologii CDMA, zostanie określona po podpisaniu umowy, przy czym Zamawiający zastrzegł sobie możliwość zmiany początkowo określonej liczby kart w technologii GPRS/EDGE/UMTS/HSDPA/ HSUPA/HSPA+/LTE na CDMA. Warunek ten uzasadniony jest tym, że Zamawiający dokonuje zmiany lokalizacji fotoradarów stacjonarnych lub też posadowienia nowych fotoradarów. Zamawiający przy lokalizacji urządzeń rejestrujących nie kieruje się dostępnością sygnału radiowego w danej technologii, ale następującymi przesłankami: analizą stanu bezpieczeństwa ruchu drogowego na odcinku obejmującym po 500 m drogi w obu kierunkach lub do najbliższych skrzyżowań z drogami kategorii nie niższej, jeśli znajdują się one w odległości mniejszej niż 500 m od projektowanej lokalizacji; informacją o miejscu lokalizacji wymaganą dla projektu organizacji ruchu, o którym mowa w przepisach o szczegółowych warunkach zarządzania ruchem na drogach oraz wykonywania nadzoru nad tym zarządzaniem; obowiązującą dopuszczalną prędkość na drodze w miejscu lokalizacji oraz na odcinku 500 m przed i za lokalizacją, a w obszarze zabudowanym odpowiednio na odcinku 200 m; kategorią i klasą drogi oraz średnim dobowym natężeniem ruchu drogowego w miejscu lokalizacji, w przypadku, gdy jest ono dostępne w związku z wcześniej przeprowadzonymi badaniami oraz warunkami widoczności na drodze w odległości do 100 m od tego miejsca, w tym w szczególności związanymi z ukształtowaniem terenu, zabudowaniami oraz innymi elementami mającymi wpływ na jego ograniczenie; obiektami użyteczności publicznej, w tym w szczególności: szkołami, boiskami,

obiektami kulturalnymi, obiektami kultu religijnego oraz przystankami komunikacji publicznej, znajdującymi się w odległości do 500 m od miejsca lokalizacji, oraz innymi obiektami położonymi w większej odległości, o ile ich specyfika może mieć istotny wpływ na bezpieczeństwo ruchu drogowego; już istniejącymi na drodze w odległości do 1000 m od miejsca lokalizacji stacjonarnymi urządzeniami rejestrującymi wraz z informacją o kierunku wykonywanych pomiarów; opinią właściwego komendanta wojewódzkiego Policji w zakresie zasadności lokalizacji stacjonarnego urządzenia rejestrującego.

Zamawiający nie posiada kompetencji w zakresie planowania radiowego, jak też nie korzysta z usług w tym zakresie, stąd też dla zapewnienia łączności bezprzewodowej w danej lokalizacji konieczne jest dysponowanie możliwością zainstalowania w urządzeniu rejestrującym karty SIM zapewniającej prawidłowy i niezakłócony przesył danych z urządzeń rejestrujących. Zamawiający musi mieć możliwość adekwatnego reagowania na zmiany w zasięgu pokrycia radiowego dla danej lokalizacji, jak też na zmiany lokalizacji urządzenia lub posadowienie nowego. Do momentu instalacji urządzenia Zamawiający nie ma pełnej wiedzy co do określonych warunków panujących w zakresie dostępności sygnału radiowego. Dane pochodzące od operatorów sieci niejednokrotnie były odmienne od panujących w rzeczywistości w danej lokalizacji.

Za nieuprawnione należy też uznać twierdzenie, jakoby wyłącznie firma Polkomtel Sp. z o.o. świadczyła usługi w zakresie transmisji danych w systemie CDMA. Inne podmioty na rynku usług telekomunikacyjnych oferują usługi w takim standardzie (np. Orange S.A). Ponadto podmiot posiadający pozwolenie radiowe dla stacji 420 MHz w systemie CDMA oferuje wszystkim operatorom telekomunikacyjnym możliwość zakupu usług na zasadach rynkowych bez warunków ograniczających lub uniemożliwiających uczciwą konkurencję. Dodatkowo Zamawiający usunął z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymóg świadczenia usługi CDMA w paśmie 450 MHz w związku z tym, że w chwili obecnej żaden podmiot na rynku nie posiada wymaganego pozwolenia radiowego.

Niezasadne jest też żądanie Odwołującego o konieczności dokonania podziału zamówienia na części. Zamówienie nie mogło zostać podzielone na części, ponieważ liczba potrzebnych kart CDMA ulega ciągłym zmianom. Zamawiający, mając tego świadomość, zastrzegł w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwość zmiany liczby kart w danej technologii. Dotychczasowa praktyka w tym zakresie była analogiczna i pozwalała Zamawiającemu na zabezpieczenie jego potrzeb w zakresie stabilnej transmisji danych. Ponadto dokonanie podziału zamówienia na części na konkretną liczbę kart CDMA spowoduje, że w przypadku zwiększenia zapotrzebowania na te karty konieczne będzie przeprowadzenie dodatkowego postępowania o udzielenie zamówienia, co wpłynie niewątpliwie na wzrost kosztów. W przypadku podziału zamówienia na części i udzielenia takiego zamówienia innemu wykonawcy niż dla pozostałej części, konieczne będzie

wprowadzenie dodatkowej infrastruktury odpowiedzialnej tylko za obsługę kart CDMA, co w sposób istotny generuje koszty, gdyż do tej pory odbywa się to w ramach jednej infrastruktury. Tym samym będzie to miało wpływ na wysokość ponoszonych przez Zamawiającego opłat.

Istota nakazu dzielenia zamówienia na części (art. 36aa ustawy Prawo zamówień publicznych) wynika z brzmienia motywu 78. dyrektywy 2014/24/UE, gdzie wskazano, iż podziału zamówienia na części można dokonać na zasadzie ilościowej, tak, by wielkość poszczególnych zamówień lepiej odpowiadała możliwościom małych i średnich przedsiębiorstw, lub na zasadzie jakościowej, z uwzględnieniem różnych zaangażowanych branż i specjalizacji, tak, by w większym stopniu dostosować treść poszczególnych zamówień do wyspecjalizowanych sektorów małych i średnich przedsiębiorstw, lub według różnych kolejnych etapów projektu. Zatem podział zamówienia na części w istocie zmierza do poprawienia konkurencyjności w sektorze małych i średnich przedsiębiorstw. W realiach przedmiotowego postępowania mamy do czynienia z konkurencją z grupy największych przedsiębiorstw działających na terenie RP.

Artykuł 36aa ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie nakłada bezwzględnego obowiązku podziału zamówienia na części oraz nie określa, w jakich przypadkach zamawiający powinien podzielić zamówienie na części. Decyzja w tym zakresie pozostawiona jest woli zamawiającego uwzględniającej jego potrzeby, w szczególności zakres przedmiotu zamówienia. Natomiast zasadność podziału zamówienia na części lub jego brak, a w konsekwencji ewentualne ograniczenie dostępu wykonawców do zamówienia i naruszenie zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych powinna być oceniana w kontekście uzasadnionych potrzeb i korzyści, jakie może nieść taka formuła zamówienia dla zamawiającego. W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający wykazał, że z punktu widzenia jego uzasadnionych potrzeb, zmieniających się lokalizacji urzędzeń, organizacji działalności kontrolnej, a także z przyczyn ekonomicznych, nie jest zasadne dokonywanie podziału zamówienia na części, gdyż nie przyniesie to korzyści.

Zamawiający 9 stycznia 2018 r. dokonał modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, że ustalił nowy termin realizacji usługi objętej zamówieniem. W dotychczasowym brzmieniu specyfikacji tj. część III opis przedmiotu zamówienia pkt 4.2.2.20 lit. a), b), c i pkt 4.2.2.21) oraz część IV istotne postanowienia umowy – § 3 ust. 2 lit. a), b), c) i § 3 ust. 3 Zamawiający oczekiwał realizacji zamówienia w terminie nie dłuższym niż 14 dni od daty podpisania umowy. W wyniku dokonanej zmiany termin ten uległ zmianie na 42 dni. Dokonana zmiana w ocenie Zamawiającego czyni bezprzedmiotowym zarzut zawarty w odwołaniu.

Termin realizacji przedmiotu zamówienia został określony przez Zamawiającego w taki sposób, aby w miarę możliwości zapewnić ciągłość świadczonej obecnie usługi przy jednoczesnym uwzględnieniu odpowiedniego okresu dla wykonawcy dla rozpoczęcia realizacji usługi.

Każdy opis warunków udziału w postępowaniu czy opis przedmiotu zamówienia już sam w sobie prowadzi do eliminacji niektórych wykonawców z udziału w postępowaniu. Ważne, aby to ograniczenie nie było nadmierne i było uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie może być interpretowana przez pryzmat absolutnej zasady równej konkurencji, w oderwaniu od innego podstawowego celu jej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów. Zamawiający wykazał, że jest w stanie oczekiwać terminu realizacji zamówienia nie dłuższego niż 42 dni.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Zamawiający przed otwarciem rozprawy dokonał modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w wyniku której zmienił kwestionowany termin realizacji zamówienia. W związku z powyższym Odwołujący cofnął zarzut odwołania w tym zakresie.

Zamawiający usunął także z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymóg świadczenia usługi w paśmie 450 MHz w związku z tym, że w chwili obecnej żaden podmiot na rynku nie posiada wymaganego pozwolenia radiowego.

Tym samym przedmiotem sporu pozostaje wymóg świadczenia usługi przy wykorzystaniu technologii CDMA w paśmie 420 MHz.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron oraz Przystępujących, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania (treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nie jest sporny między Stronami.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie transmisji danych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób

naruszający uczciwą konkurencję, jak również nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia, w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga od wykonawcy realizacji przedmiotu zamówienia w oparciu o technologię CDMA – Część III specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opis przedmiotu zamówienia ust. 4 pkt 4.2.1, 4.2.2. pkt 1 i 2 oraz pkt 11, jak również § 2 ust. 1 lit. b i c oraz § 4 ust. 8 lit. d istotnych postanowień umowy. Odwołujący wniósł o stosowną zmianę lub usunięcie kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub, ewentualnie, wyłączenie dostawy kart SIM oraz APN-ów do transmisji danych w trybie CDMA oraz obowiązku uruchomienia i świadczenia usług transmisji w sieci GSM w standardzie CDMA do odrębnej części postępowania i dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych.

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera główną zasadę zamówień publicznych, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że 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. Ustęp 2. natomiast, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Z kolei z dyspozycji art. 36aa ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części.

Naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych następuje co do zasady w sytuacjach, w których zamawiający dokona opisu przedmiotu zamówienia (w szerokim znaczeniu – a więc również np. warunków realizacji umowy) w sposób niekompletny, niedokładny, niezrozumiały czy wewnętrznie sprzeczny.

W niniejszym postępowaniu sytuacja taka nie następuje – a przynajmniej nie jest przedmiotem zarzutów – a wykonawcy zrozumieli, jakie są wymagania Zamawiającego. Inną kwestią jest to, czy się z nimi zgadzają, czy też uznają za nadmierne – jednak ta sytuacja mieści się w zakresie regulowanym art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Taka jest też istota zarzutu Odwołującego, tj. w jego ocenie przedmiot zamówienia został określony w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Jak wskazał Odwołujący – za orzecznictwem – przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń lub

parametrów wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Przy tym okoliczność, iż nie wszystkie podmioty z danej branży mogą wziąć udział w postępowaniu z powodu niespełnienia wymaganych parametrów, nie przesądza o tym, że postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji.

Z tymi poglądami orzecznictwa należy się zgodzić. Jednak oznaczają one także, że poprawny jest opis przedmiotu zamówienia odpowiadający obiektywnym potrzebom zamawiającego i uzasadniony nimi, nawet jeśli utrudnia lub nawet uniemożliwia on niektórym wykonawcom udział w postępowaniu i złożenie oferty. Przy czym określenia „obiektywny” nie należy tłumaczyć jako uzasadnionego dla „ogółu”, lecz uzasadnionego dla danego zamawiającego (co zawsze niesie ze sobą pewien stopień subiektywnych potrzeb charakterystycznych dla tego jednego podmiotu), ale obiektywnego w tym znaczeniu, że ów ogół wymóg ten uznaje za racjonalny.

Tym samym – wbrew popularnemu pogładowi, zgodnie z którym potencjalnych wykonawców powinno być co najmniej dwóch – nie można jednoznacznie stwierdzić, że naruszającym konkurencję będzie opis przedmiotu zamówienia skutkujący złożeniem oferty tylko przez jednego wykonawcę (przy małym rynku wykonawców) albo nie naruszy tej konkurencji ograniczenie liczby ofert „jedynie” do np. trzech czy pięciu (w przypadku dużego rynku wykonawców). Każdorazowo więc należy dokonać indywidualnego badania uwarunkowań wykonania przedmiotu zamówienia.

Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Zamawiającego, zawartymi zarówno w odpowiedzi na odwołanie, jak i uzupełnionymi podczas rozprawy, co do powodów, dla których zawarł wymogi dotyczące technologii CDMA, Izba stwierdziła, że Zamawiający uzasadnił postawione wymogi swoimi potrzebami w sposób wystarczający na ich akceptację.

Należy też przyznać rację Przystępującemu Polkomtel, że to wykonawca ma dostosować się do potrzeb Zamawiającego i tak skonstruować swoją ofertę, aby ona te potrzeby realizowała, a nie Zamawiający pytać, jakie dany wykonawca ma w danej chwili możliwości techniczne albo w jaki najdogodniejszy dla siebie sposób chciałby zamawianą usługę realizować.

Nie było sporne, że obecnie technologia CDMA (niezależnie od tego, czy oceniać ją z tego powodu jako przestarzałą, czy też nie) nie jest technologią popularną, zwłaszcza na rynku usług dla osób i podmiotów prywatnych. Jednak, zdaniem Zamawiającego, ma ona swoje zalety, ponieważ pozwala na łączność w miejscach, w których nie sprawdzają się inne technologie. Zamawiający powołał się na swoje dotychczasowe doświadczenie w tym

zakresie, które nie było kwestionowane – jak też nie za bardzo istnieją środki do jego zakwestionowania, gdyż, jak podniesiono, do chwili instalacji urządzenia wykonawca nie ma wiedzy o dostępności sygnału w danym miejscu, może też on być zmienny w różnych okresach.

Poza tym, co również nie było sporne, Zamawiający dostosował swoje wymogi w zakresie zastosowania technologii CDMA do posiadanych urządzeń, których obecnie nie będzie wymieniał – zarówno z powodów finansowych, jak i związania warunkami otrzymanego dofinansowania unijnego do zakupu ww. urządzeń. Niechęć do dodatkowych wydatków jest na tyle zrozumiała, że nie wymaga dodatkowego komentarza. Zamawiający nie może też przyjąć darowizny od podmiotu prywatnego w postaci nowych modemów. Również koszt ich dzierżawy, nawet „ukryty” w cenie świadczenia usługi, nadal jest dodatkowym kosztem ze strony Zamawiającego. Co do związania projektem – z wiedzy Izby wynika, że Zamawiający co prawda może wystąpić o zmianę warunków, ale jest to czasochłonne, a zgoda taka nie musi być udzielona. Poza tym z punktu widzenia Zamawiającego oczywiście nieracjonalne jest „wyrzucenie” sprawnych urządzeń, które z powodzeniem mogą być wykorzystywane w jego pracy.

Przed wszystkim zaś, jak podkreślał Zamawiający, z praktycznego punktu widzenia technologia CDMA jest dla niego przydatna i z tego powodu nie chce z niej zrezygnować.

Izba przyjęła również wyjaśnienia Zamawiającego co do powodów, dla których podział zamówienia na części i wydzielenie świadczenia usługi w technologii CDMA do osobnej części i przez innego wykonawcę, jest dla niego nieracjonalny i nieekonomiczny. Podział taki mógłby bowiem powodować problemy o charakterze technicznym oraz dodatkowe koszty związane ze zmianą sposobu funkcjonowania systemu centralnego ITD obsługującego przedmiotowe urządzenia.

W ocenie Izby nie jest też wcale pewne, czy znalazłby się wykonawca chętny złożyć ofertę wyłącznie na obsługę urządzeń w technologii CDMA – zdaniem Izby ze względu na liczbę urządzeń jest to stosunkowo niewielki zysk w stosunku do nakładu pracy. Albo też – z tego samego powodu – cena oferty w tym zakresie byłaby niewspółmiernie wysoka w porównaniu z sytuacją, w której udziela się zamówienia na całość urządzeń.

Nie jest też tak, że Odwołujący czy Przystępujący Orange zostali pozbawieni możliwości świadczenia usługi na rzecz Zamawiającego, nawet jeśli chcieliby realizować tę usługę w inny sposób niż przez niego określony.

Co do kwestii, iż obecnie jedynie firma Nordisk Polska Sp. z o.o. posiada pozwolenie na użytkowanie częstotliwości 420 MHz, to rzeczywiście, jak podkreślił Przystępujący Polkomtel, rynek telekomunikacyjny jest rynkiem regulowanym i tego nie jest w stanie zmienić ani

Zamawiający, ani Izba. Jeśli więc firma Nordisk dzierżawi pasmo od UKE na zasadach wyłączności, to niezależnie od woli jakichkolwiek podmiotów jest ona podwykonawcą koniecznym.

Z argumentacji przedstawionej przez Odwołującego można wnosić, że jedynie przypuszcza on, iż firma Nordisk nie zechce złożyć mu oferty lub też przedstawi ofertę skrajnie niekorzystną albo też znacznie mniej korzystną niż spółce Polkomtel. Nie zostało to jednak w żaden sposób udowodnione ani nawet uprawdopodobnione, a w oczywisty sposób narusza zasady uczciwej konkurencji, tj. art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów. Poza tym można założyć, że firma Nordisk działa w celu osiągnięcia zysku, zatem w jej interesie jest składanie ofert co do swoich usług jak największej liczbie klientów.

Ze swojej strony Zamawiający – w celu wyrównania szans wykonawców – może co najwyżej zwrócić się do firmy Nordisk o przedstawienie potencjalnym wykonawcom w tym przetargu oferty, za jego pośrednictwem, którą mogliby oni wykorzystać składając swoje oferty. Taka oferta mogłaby być też ewentualnie punktem wyjścia do późniejszej oceny, czy w ramach przedmiotowego przetargu nie nastąpiły okoliczności opisane w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z przywołanym art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 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 z późn. zm.).

Przewodniczący: