

Warszawa, dnia 09.10.2009 r.

Nr sprawy: EZ/ZP-12/2009

**Dotyczy:** postępowania nr EZ/ZP-12/2009 o udzielenie zamówienia publicznego na sprzedaż, dostarczenie, zainstalowanie, uruchomienie i sprawdzenie poprawności funkcjonowania systemu telekomunikacyjnego złożonego z fabrycznie nowej centrali telefonicznej wraz z wyposażeniem (zestaw komputerowy i aparaty systemowe) oraz świadczenie przez okres trzech lat usług telekomunikacyjnych (telefonicznych i faksowych), prowadzonego w trybie „przetarg nieograniczony”.

### **ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU**

Na podstawie art. 183 ust. 4 Ustawy z dn. 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), po zapoznaniu się z treścią protestu wniesionego w dniu 29 września 2009 r. przez GTS Energis Sp. z o.o., Al. Niepodległości 69, 02-626 Warszawa (zwaną dalej „Protestującym”), w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr EZ/ZP-12/2009, Zamawiający postanawia protest **oddalić**.

### **UZASADNIENIE**

Protestujący wniósł w dniu 29 września 2009 r. protest w postępowaniu nr EZ/ZP-12/2009 o udzielenie zamówienia publicznego *na sprzedaż, dostarczenie, zainstalowanie, uruchomienie i sprawdzenie poprawności funkcjonowania systemu telekomunikacyjnego złożonego z fabrycznie nowej centrali telefonicznej wraz z wyposażeniem (zestaw komputerowy i aparaty systemowe) oraz świadczenie przez okres trzech lat usług telekomunikacyjnych (telefonicznych i faksowych)*, prowadzonym w trybie „przetarg nieograniczony”, zgodnie z Ustawą z dn. 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „Ustawą”.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu „*naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Ustawy poprzez ograniczenie konkurencji na skutek wymogu realizacji zamówienia przez łącze kablowe*”, w związku z czym Protestujący wniósł o:

- 1) „zmianę treści SIWZ oraz załączników do SIWZ, w taki sposób, aby odpowiadały wymogom ustawy,
- 2) dopuszczenie możliwości świadczenia przedmiotu zamówienia drogą radiową.”

Uzasadniając protest, Protestujący stwierdził, że określenie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymogu instalacji **stałego łącza kablowego**, stanowi naruszenie

zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Postawienie tego warunku skutkuje bowiem pozbawieniem możliwości ubiegania się o udzielenia zamówienia tych Wykonawców, którzy świadczą usługi telekomunikacyjne drogą radiową.

Protestujący stwierdził również, że określenie przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu stawia w uprzywilejowanej pozycji Operatora, który „dotychczas wykonywał na rzecz Zamawiającego usługi określone w SIWZ”, ponieważ kalkulując cenę oferty nie będzie on musiał brać pod uwagę kosztów wykonania łącza.

W uzasadnieniu protestu Protestujący argumentuje, że technologia radiowa nie jest gorsza od dostępu kablowego (światłowodowego, miedzianego). Jego zdaniem pasma radiowe licencjonowane są przeznaczone do profesjonalnych zastosowań telekomunikacyjnych, a odpowiednio zaprojektowana i zainstalowana radiolinia może zapewnić łącze do transmisji danych, którego niezawodność osiąga wartość nawet 99,9999 % w skali roku. W związku z powyższym, zdaniem Protestującego, z punktu widzenia odbiorcy końcowego nie ma znaczenia, w jakiej technologii są mu dostarczane usługi.

Rozstrzygając niniejszy protest, Zamawiający zważył, co następuje:

Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Protestującego, że opisując przedmiot zamówienia, naruszył postanowienia art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 Ustawy, które nakazują przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zakazują opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zamawiający nie posiada i nie posiadał w swojej siedzibie centrali telefonicznej ani okablowania zewnętrznego i nie jest abonentem żadnego Operatora. W związku z tym każdy Wykonawca składający ofertę będzie musiał przy kalkulacji ceny oferty uwzględnić koszty instalacji stałego dostępu kablowego w postaci łącza cyfrowych na potrzeby dostępu 2 x ISDN PRA (30B+D), tj. elementu zamówienia określonego w pkt 3.1. ppkt 2 lit. a) w SIWZ znak: EZ/ZP-12/2009.

Zamawiający korzysta do chwili obecnej z części numerów wewnętrznych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

Mając na uwadze powyższe, twierdzenie Protestującego, że Zamawiający określając przedmiot zamówienia stawia w uprzywilejowanej pozycji dotychczasowego lub jakiegokolwiek innego Operatora, są niezgodne z prawdą.

Postawienie potencjalnym Wykonawcom wymogu zapewnienia dostępu kablowego w postaci łączy cyfrowych podyktowane jest indywidualnymi wymaganiami dotyczącymi funkcjonowania Zamawiającego, którym jest Centralny Instytut Ochrony Pracy – Państwowy Instytut Badawczy. Ze względu na zadania realizowane przez Zamawiającego, konieczne jest zapewnienie bezpiecznej, niezawodnej łączności telekomunikacyjnej, przy jednoczesnym zachowaniu wysokiej jakości świadczonych usług, wysokiego poziomu stabilności, pewności i ciągłości połączeń. Zamawiający, w ramach przysługującego mu uprawnienia do wyboru zamawianej usługi, stwierdził, że usługi telekomunikacyjne świadczone drogą kablową dają najlepszą gwarancję realizacji zamówienia zgodnie z potrzebami Zamawiającego.

Obowiązek przestrzegania reguł opisywania przedmiotu zamówienia, określonych w Ustawie, nie stoi w sprzeczności z określaniem przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający potrzeby Zamawiającego. Jak stwierdził skład orzekający w wyroku KIO z 16 maja 2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 423/08: *„Prawem zamawiającego i zarazem jego obowiązkiem jest ocena własnych potrzeb i dokonanie zamówienia zgodnie z tymi potrzebami. Zatem określenie i opisanie przedmiotu zamówienia powinno zostać dokonane stosownie do uzasadnionych potrzeb zamawiającego”*.

*W wyroku z dnia 3 lutego 2009 r., sygn. akt. KIO/UZP 91/09, KIO/UZP 92/09, skład orzekający orzekł, że „Ustawa Prawo zamówień publicznych nie powinna być stosowana i interpretowana jedynie przez pryzmat pojmowanej absolutnie zasady równej konkurencji, a w oderwaniu od innego celu jej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów. [...] Dopuszczenie stosowania przepisów ustawy prowadzące do narzucania zamawiającym dokonywania zakupów, które nie odpowiadają jego potrzebom i utrudniają prowadzenie statutowej działalności, nie daje pogodzić się z postulatem racjonalności ustawodawcy.”*

Argumenty przytoczone przez Protestującego dot. technologii radiowej, odnoszą się do ogólnych cech dostępu radiowego w paśmie licencjonowanym i nie budzą zastrzeżeń od strony technicznej. Ogólne cechy nie stanowią jednak podstawy do twierdzenia, że w danym przypadku (tj. dołączenia Zamawiającego do sieci Operatora) łącze radiowe będzie gwarantowało równie wysoki poziom jakości transmisji co łącze kablowe.

Negatywny wpływ na jakość transmisji mają m.in. warunki atmosferyczne, zakłócenia pochodzące od innych urządzeń nadawczo-odbiorczych, brak możliwości poprawnej instalacji anten i urządzeń nadawczo-odbiorczych oraz wiele innych czynników mających

wpływ na fale radiowe lub ich transmitters. Natomiast łącze kablowe/fizyczne wyróżnia się całkowitą niezależnością transmisji danych od ww. czynników.

Siedziba Zamawiającego usytuowana jest od strony północno-wschodniej Trasy Siekierkowskiej, budynek znajduje się w pierwszej linii zabudowy od strony rzeki Wisły, taka ekspozycja budynku powoduje, że jest bardzo narażony na czynniki atmosferyczne, jak np. silny wiatr lub opady.

Protestujący twierdzi że odpowiednio zaprojektowana i zainstalowana radiolinia **może zapewnić** łącze do transmisji danych, którego niezawodność osiąga wartość nawet 99,9999% **w skali roku**. Użyte przez Protestującego określenie „**może zapewnić**” oraz podanie jedynie wartości maksymalnej w skali całego roku, wskazuje na fakt, że nawet w takim przypadku nie ma pewności co do uzyskanej jakości transmisji danych.

W związku z powyższym, Zamawiający uznał, że inne metody świadczenia usług telekomunikacyjnych, niż drogą kablową, nie zapewniają mu odpowiednio wysokiej jakości świadczonych usług. Zamawiający, w ramach przysługującego mu uprawnienia do wyboru zamawianej usługi, stwierdził, iż usługa telekomunikacyjna świadczona drogą kablową jest najbezpieczniejszą, jak i dającą pewność zabezpieczenia realizowanych połączeń przez poszczególnych użytkowników przed przypadkowym zakłóceniem, czego nie gwarantuje sieć radiowa.

Zgodnie z wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2008 r., sygn. KIO/UZP 204/08 oraz zespołu Arbitrów z dnia 7 marca 2007 r. sygn. Akt UZP/ZO/0-207/07, *„Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom. Fakt, iż wymogi zostały określone w sposób, który nie pozwala wziąć udziału w postępowaniu wszystkim działającym w danej branży na rynku podmiotom, nie przesądza, iż doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.”*

Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku z dnia 24 marca 2009 r., sygn. akt. KIO/UZP 280/09: *„Skład orzekający Izby zwraca uwagę, że – jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), czy też orzecznictwie sądowym w sprawie skarg na orzeczenia KIO i zespołów arbitrów - wykonawca, który jest w posiadaniu określonych instrumentów, czy określonej wiedzy, technologii, nie może domagać się od konkretnego zamawiającego dostosowania swoich wymogów do możliwości technicznych, czy technologicznych świadczenia usługi, czy dostarczania towaru przez danego wykonawcę. Zamawiający ma bowiem prawo do zakupu określonych produktów, czy usług, które są mu niezbędne, z jednoczesnym zapewnieniem ich sprawnej realizacji.”*

Nie należy więc mylić prawa Zamawiającego do samodzielnego dokonywania oceny swoich potrzeb i stosownego do tych potrzeb określenia przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający postawił wszystkim potencjalnym Wykonawcom takie same warunki udziału w postępowaniu. Do naruszenia zasad uczciwej konkurencji mogłoby dojść jedynie wówczas, gdyby Zamawiający zróżnicował ich udział w postępowaniu w zależności od posiadanych przez nich cech, czy gdyby udział w postępowaniu uzależniał od nieobiektywnych okoliczności. Tymczasem postawiony przez Zamawiającego wymóg, zgodny z jego potrzebami, dotyczy w równym stopniu wszystkich potencjalnych Wykonawców. Każdy z nich musi spełnić te same warunki udziału w postępowaniu, zaś ocena spełnienia tych warunków dokonywana jest według tych samych, z góry określonych kryteriów, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia znak: EZ/ZP-12/2009.

W związku z powyższym, Zamawiający rozstrzygnął, jak na wstępie.