

Sygn. akt: KIO 2888/12

WYROK

z dnia 14 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 10 stycznia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2012 r. przez **wykonawcę Telekomunikację Polską Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Ministra Finansów Ministerstwo Finansów z siedzibą w Warszawie, ul. Świętokrzyska 12**

przy udziale **wykonawcy Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2888/12 po stronie odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści postanowień siwz w taki sposób, aby dopuścić możliwość oferowania infrastruktury niezbędnej dla realizacji systemu telekomunikacji nie pochodzącej od producenta systemu,
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Ministra Finansów Ministerstwo Finansów z siedzibą w Warszawie, ul. Świętokrzyska 12** i :
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Telekomunikację Polską Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Ministra Finansów Ministerstwo Finansów z siedzibą w Warszawie, ul. Świętokrzyska 12** na rzecz **Telekomunikacji Polskiej Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18** kwotę 15 000 zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielanie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług telekomunikacyjnych telefonii stacjonarnej na rzecz Ministerstwa Finansów zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa – Ministra Finansów Ministerstwo Finansów z siedzibą w Warszawie, ul. Świętokrzyska 12 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym również w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 grudnia 2012r. za numerem 2012/S 134-223510.

W dniu 17 grudnia 2012r. na stronie zamawiającego www.mf.gov.pl została opublikowana specyfikacja istotnych warunków zamówienia (siwz)

W dniu 27 grudnia 2012r. odwołanie na treść siwz wniosła Telekomunikacja Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18 – dalej odwołujący. Odwołujący oświadczył, iż jest wykonawcą, którego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Opis przedmiotu zamówienia w obecnym kształcie umożliwia złożenie oferty jedynie jednemu wykonawcy działającemu na rynku krajowym. Wykreślenie lub zmiana poniżej wskazanych postanowień SIWZ umożliwi odwołującemu złożenie oferty oraz uzyskanie zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy), poprzez niejednoznaczny oraz utrudniający uczciwą konkurencję opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający przygotowanie oferty,
- 2) art. 7, art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), poprzez zastrzeżenie o możliwości weryfikacji oferty poprzez żądanie zaprezentowania w siedzibie zamawiającego funkcjonalności centrali wraz z wymaganymi urządzeniami niezbędnymi do świadczenia zamawiających usług, możliwości rozbudowy VoIP, sprawdzenie systemu rozgłaszania, faxserwera, konsoli dyspozytorskich, itp.,
- 3) art. 151 ust. 2 ustawy poprzez zastrzeżenie, że pozostała kwota zabezpieczenia należytego wykonania umowy zostanie zwolniona nie później niż 15 dni od dnia upływu okresu rękojmi podczas, gdy przedmiotem umowy będzie świadczenie usług.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób szczegółowo wskazany w uzasadnieniu. W uzasadnieniu wskazał, że zamawiający zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szereg postanowień, które utrudniają uczciwą konkurencję uprzywilejowując wykonawcę obecnie świadczącego usługi na rzecz zamawiającego, a także nie uwzględniają wszystkich okoliczności mogących

mieć wpływ na sporządzenia oferty. W szczególności zwrócił uwagę na następujące postanowienia:

- 1) zamawiający w pkt 3.19 (str. 52) załącznika nr 1 do umowy „Wymagania techniczne i funkcjonalności przedmiotu zamówienia”, zastrzegł, że „Centrala i współpracujące urządzenia o ile nie zaznaczono, że wymagane są nowe nie mogą być starsze niż 55 miesięcy według stanu na ostatni dzień trwania obecnej umowy”. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy dostarczenia systemu telekomunikacyjnego. Jednym z głównych elementów tego systemu, zarówno w sensie technicznym jak i kosztowym jest centrala telefoniczna. Zamawiający opisał centralę w ten sposób, że musi być to centrala wyprodukowana przez firmę DGT, a ponadto określił, że może być używana, z tym że nie starsza niż 55 miesięcy. Tak skonstruowany wymóg pozwala wykonawcy świadczącemu obecnie usługi telefoniczne ponownie zaoferowanie tej samej centrali, tym bardziej, że dopuszczalny „wiek” centrali został skorelowany ściśle z okresem użytkowania centrali zainstalowanej przez wykonawcę obecnie świadczącego usługi (umowa trwa 48 miesięcy, a nadto uwzględniono, że od chwili jej wyprodukowania do dnia instalacji mogło upłynąć kilka miesięcy). Dopuszczenie możliwości zaoferowania używanej centrali o ściśle określonych parametrach, które wskazują na producenta DGT, stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawcę dotychczas świadczącego usługi. Mając na względzie powyższe, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu ustanowienia wymogu, aby centrala, podobnie jak pozostały sprzęt oferowany w niniejszym postępowaniu, były nowe.
- 2) Specyfikacja Centrali oraz pozostałych urządzeń, zdaniem odwołującego, wskazuje na centralę DGT, a więc centralę, która w tej chwili stanowi podstawę systemu działającego u zamawiającego. Postanowienie to, wraz z postanowieniem dotyczącym możliwości dostarczenia używanych central oznacza to, że zamawiający oczekuje utrzymania istniejącego status quo, czyli udzielenia zamówienia przez wykonawcę obecnie świadczącego usługę. Wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji siwz w ten sposób, aby możliwe było dostarczenie centrali innego producenta (np. Alcatel, Siemens).
- 3) W rozdziale I „Opis przedmiotu zamówienia”, w ust. 1 pkt 2) zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje „dołączenie uruchomionego systemu telekomunikacyjnego do nadrzędnej centrali telefonicznej dostawcy usług cyfrowymi traktami transmisyjnymi”. Analogiczne postanowienia znalazło się a w pkt 1.1. ust. 2 załącznika nr 1 do umowy „Wymagania techniczne i funkcjonalności przedmiotu zamówienia”. Zamawiający nie określił przy tym liczby traktów, które należy zestawić do centrali nadrzędnej, a także nie podał o jakie trakty chodzi. W cytowanym punkcie

mowa jest ogólnie o „traktach cyfrowych”, z kolei w rozdziale V „Opis sposobu obliczenia ceny, rozliczenia i płatności w ust. 2 we wzorze na wyliczenie ceny, wskazuje na trakty PRA. Mając na względzie powyższe niejednoznaczności i sprzeczności, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu podania liczby oraz charakterystyki traktów.

- 4) W rozdziale X „Sposób przygotowania oferty” w ust. 3 siwz, określając zawartość oferty zamawiający wymaga „opisu przedmiotu oferty”. W związku z tym, że zamawiający nie dołączył żadnego wzoru dokumentu, którego wypełnienie stanowiłoby „opis przedmiotu oferty”, odwołujący przypuszcza, że chodzi o dołączenie do oferty opisu technicznego oferowanego systemu telekomunikacyjnego. Jednocześnie, w żadnym miejscu siwz nie podano jaki stopień szczegółowości oraz jakie elementy powinien zawierać taki opis. W związku z tym wniósł o nakazanie zamawiającemu określenie stopnia szczegółowości oraz minimalnej zawartości „opisu przedmiotu oferty.”
- 5) W załączniku nr 1 do umowy „Wymagania techniczne i funkcjonalności przedmiotu zamówienia” w pkt 1.1 ust. 6 zamawiający sformułował następujące wymaganie: „zaproponowane rozwiązanie systemu telekomunikacyjnego musi umożliwiać w przyszłości rozbudowę do systemu budynkowej telefonii VoIP, musi być pozostawione miejsce w szafach centrali na karty systemowe do obsługi technologii VoIP do połączeń z głównym punktem dystrybucji sieci LAN.” Zamawiający nie dokonał, choćby w sposób ogólny, opisu systemu telefonii VoIP, a zatem wykonawcy nie będą w stanie zaproponować systemu, który umożliwi wymaganą rozbudowę do systemu budynkowej telefonii VoIP, w szczególności zaś nie będą w stanie oszacować ile miejsca należy pozostawić na instalację dodatkowych kart systemowych. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonanie ogólnego opisu systemu telefonii VoIP, wraz z określeniem liczby i rodzaju kart systemowych instalowanych w szafach teletechnicznych wykonawcy.
- 6) W załączniku nr 1 do umowy „Wymagania techniczne i funkcjonalności przedmiotu zamówienia” w pkt 1.1 ust. 12 zamawiający określił, że przedmiot zamówienia obejmuje współpracę z centralą rejestratora rozmów Sim Logger będącego własnością Ministerstwa Finansów. Zamawiający nie dokonał opisu rejestratora, a zatem wykonawcy nie będą w stanie przygotować oferty uwzględniającej uruchomienie rejestratora oraz zapewnienia jego współpracy z centralą. Wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania opisu rejestratora Sim Logger, w stopniu umożliwiającym uwzględnienie w ofercie uruchomienie i współpracę rejestratora z centralą.

- 7) W załączniku nr 1 do umowy „Wymagania techniczne i funkcjonalności przedmiotu zamówienia” w pkt 1.1 ust. 13 zamawiający określił, że przedmiot zamówienia obejmuje demontaż, wywóz i utylizację zbędnej infrastruktury telekomunikacyjnej (po uzgodnieniu z zamawiającym). Zamawiający nie opisał w bliżej o jaką infrastrukturę chodzi, może więc chodzić o utylizację urządzeń w żadnym stopniu nie związanych z przedmiotem zamówienia. Ponadto zamawiający nie powiązał powyższego postanowienia z przepisami ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o zużytym sprzęcie elektronicznym (Dz. U. Nr 180, poz. 1495 z późn. zm.). Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu, aby zmodyfikował treść siwz w taki sposób, aby wykonawca zobowiązany był do utylizacji urządzeń wyłącznie w przypadkach, kiedy obowiązek taki wynika z przepisów ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o zużytym sprzęcie elektronicznym (Dz. U. Nr 180, poz. 1495 z późn. zm.).
- 8) W załączniku nr 1 do umowy „Wymagania techniczne i funkcjonalności przedmiotu zamówienia” w pkt 1.1 ust. 17 zamawiający wymaga podłączenia do przełącznicy, centrali istniejących numerów spoza puli DDI w tym ruchu dla istniejących telefonów VoIP z niezależnej sieci służb celnych. W związku z brakiem opisu telefonów i numeracji VoIP z niezależnej sieci służb celnych, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonanie stosownego opisu.
- 9) W § 10 ust 2 wzoru umowy zamawiający sformułował bardzo ogólne przesłanki wypowiedzenia umowy przez zamawiającego - właściwie każde niewywiązanie się z umowy uprawnia go do jej rozwiązania, niezależnie do wagi naruszenia obowiązków umownych. W związku z tym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmodyfikowanie przesłanek wypowiedzenia umowy, w ten sposób, aby wypowiedzenie to było możliwe jedynie w przypadku rażącego niewywiązania się z postanowień umowy, po uprzednim wezwaniu do usunięcia takich naruszeń.
- 10) W § 10 ust. 4 pkt 4 wzoru umowy zamawiający zastrzegł możliwość rozwiązania umowy bez wypowiedzenia w przypadku nie rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych w terminie określonym w umowie. Zamawiający przewidział więc najdalej idącą konsekwencję w przypadku zwłoki w uruchomieniu usługi wynoszącą już 1 dzień. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji powyższego postanowienia w ten sposób, aby odstąpienie od umowy było możliwe w przypadku, gdy zwłoka w uruchomieniu usługi przekracza 14 dni.
- 11) Zgodnie z pkt 5.3 (str. 53) załącznika nr 1 do umowy „Wymagania techniczne i funkcjonalności przedmiotu zamówienia”, zamawiający po otrzymaniu ofert na świadczenie usług telekomunikacyjnych od potencjalnych wykonawców przed podpisaniem umowy ma prawo do weryfikacji oferty poprzez żądanie zaprezentowania w siedzibie zamawiającego funkcjonalności centrali wraz z

wymaganymi urządzeniami niezbędnymi do świadczenia zamawiających usług, możliwości rozbudowy VoIP, sprawdzenie systemu rozgłaszania, faxserwera, konsoli dyspozytorskich, itp.” Postanowienie to, zdaniem odwołującego, należy rozumieć jako żądanie próbek mających potwierdzić, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Postanowienie to jest, w ocenie odwołującego, sprzeczne zarówno z § 5 rozporządzenia, jak również art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Podniósł, że prezentacja centrali musi być powiązana z pełną konfiguracją zamawianego systemu telekomunikacyjnego. Testy nie polegałyby więc jedynie na prezentacji centrali, ale wymaga realizacji czynności przygotowawczych niezbędnych do świadczenia usług jeszcze przed zawarciem umowy. Oczywistym jest przy tym, że uprzywilejowaną pozycję w takich testach będzie zajmował wykonawca obecnie świadczący usługi telekomunikacyjne dla zamawiającego - tylko on będzie w stanie bez ryzyka przeprowadzić takie testy. Pozostali wykonawcy zmuszeni będą skonfigurować centralę z pozostałymi elementami systemu telekomunikacyjnego, należącymi do dotychczasowego wykonawcy. Wymaganie takie nie jest niezbędne do przeprowadzenia postępowania – wystarczające, w ocenie odwołującego, jest żądanie załączenia do oferty opisu oferowanego systemu, który pozwoli na weryfikację wszystkich funkcjonalności systemu. Zamawiający nie określił również procedury testów, w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców oraz zachowanie prawa pozostałych wykonawców do uczestnictwa w takich testach. Przede wszystkim brak jest zastrzeżenia, że testy zostaną przeprowadzone w odniesieniu do wszystkich wykonawców, którzy złożyli swoje oferty. Istotne jest przy tym również to, że testy mogą zostać przeprowadzone nie tylko przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej, ale również po dokonaniu tego wyboru, a przed podpisaniem umowy. W tej sytuacji trudno jest dokonać kwalifikacji prawnej takich testów, określić skutki prawne niepowodzenia testów. Konsekwencją tego jest również utrudnienie z możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej w przypadku (czynność dokonywana jest po wyborze oferty najkorzystniejszej). Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenie przedmiotowego postanowienia.

- 12) W § 4 ust 1 wzoru umowy zamawiający przewidział, że zgodnie z tym postanowieniem kwota zabezpieczenia zostanie zwolniona w ciągu 30 dni od daty wykonania umowy, natomiast pozostała kwota zostanie zwolniona nie później niż 15

dni po dacie upływu rękojmi. Odwoływanie się do rękojmi za wady fizyczne rzeczy w sytuacji, gdy przedmiotem umowy jest świadczenie usług stanowi naruszeniu art. 151 ust. 1 ustawy, a zatem uzasadnione jest żądanie nakazania usunięcia tego postanowienia.

Odwołanie zostało podpisane przez dalszego pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4 listopada 2008r. udzielonego przez pełnomocnika upoważnionego do udzielania dalszych pełnomocnictw i działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 31 marca 2008r. To ostatnie pełnomocnictwo zostało udzielone przez prezesa i członka zarządu ujawnionych w KRS w dacie udzielania pełnomocnictwa i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem pełnym z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 27 grudnia 2012r. faksem i drogą elektroniczną.

W dniu 27 grudnia 2012r. zamawiający na swojej stronie internetowej zamieścił informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 31 grudnia 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosiła swój udział Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13 wnosząc o uwzględnienie odwołania. Zgłaszający wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż ma zamiar ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a wprowadzone do siwz postanowienia niezgodne z ustawą mu to uniemożliwiają. Jego interes może doznać uszczerbku polegającego na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 grudnia 2012r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji zgłaszającego przystąpienie. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 31 grudnia 2012r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami

Na podstawie powyższego ustaliła :

W rozdziale I „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA” zamawiający określił przedmiot zamówienia podając :

1. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie stacjonarnych usług telekomunikacyjnych na rzecz zamawiającego w jego siedzibie - budynku przy ul. Świętokrzyskiej 12 w Warszawie, zgodnie z podanymi wymaganiami technicznymi i funkcjonalnościami stanowiącymi Załącznik Nr 1 do Umowy. Zakres zamówienia obejmuje w szczególności:

1) Wyposażenie zamawiającego w sprawną technicznie, skonfigurowaną infrastrukturę telekomunikacyjną w postaci cyfrowego systemu komutacyjnego (cyfrowej centrali telefonicznej lub wyniesionego modułu centrali telefonicznej dostawcy usług) wraz z odpowiednim wyposażeniem dodatkowym (kable liniowe od punktów połączeń do przełącznicy, przełącznica główna, rozdzielnia elektryczna, baterie akumulatorów, klimatyzatory), w potrzebną ilość stacji abonenckich (aparatów telefonicznych) oraz uruchomienie systemu telekomunikacyjnego.

2) Dołączenie uruchomionego systemu telekomunikacyjnego do nadrzędnej centrali telefonicznej dostawcy usług cyfrowymi traktami transmisyjnymi.

3) Świadczenie telekomunikacyjnych usług połączeniowych:

a) w wewnętrznej sieci zamawiającego (w ramach połączeń w obszarze jednej lokalnej centrali telefonicznej) obejmującej kompleks budynków zamawiającego przy ul. Świętokrzyskiej 12 w Warszawie - połączenia bez naliczania opłat;

b) w obszarze wszystkich dostępnych telekomunikacyjnych sieci zewnętrznych, krajowych i zagranicznych (realizacja ruchu wychodzącego i przychodzącego, krajowego i międzynarodowego) - zgodnie z zaproponowaną ceną ofertową wykonawcy.

4) Wyposażenie zamawiającego w dedykowaną aplikację do rozliczeń bilingów i nowe urządzenia kompatybilne z centralą do obsługi funkcji: IVR-ów, faxserwera, konsoli dyspozytorskich, rejestratorów rozmów, systemu rozgłaszania i alarmowania, awiza, terminali abonenckich, wraz z niezbędnymi licencjami, na dedykowane rozwiązania.

5) Pełną, bez dodatkowych kosztów w okresie trwania umowy w ramach abonamentu miesięcznego (opłacaną łącznie z opłatą za wszystkie łącza, zrealizowane połączenia, usługi, dzierżawę urządzeń, zapewnienie wymaganego poziomu świadczenia usług), obsługę gwarancyjną i serwisowo-eksploatacyjną zamówionego systemu telekomunikacyjnego wraz z urządzeniami, skonfigurowanymi usługami.

6) Kompletnie uruchomienie sprzętu, obecnych i nowych funkcjonalności oraz konfiguracji w sposób gwarantujący bezprzerwowe korzystanie z usług w trakcie i po przełączeniu.

W rozdziale V zamawiający opisując sposób obliczenia ceny, rozliczenia i płatności w ust. 2 wskazał, że cenę oferty, którą należy wpisać do formularza ofertowego, którego wzór określa załącznik A do SIWZ, należy obliczyć według poniższego wzoru cena oferty brutto w oparciu o wskazane przez wykonawcę w formularzu kalkulacji ceny oferty, którego wzór określa załącznik AI do SIWZ, łączną miesięczną kwotę netto opłat stałych

(abonamentów dla numerów abonenckich objętych zamówieniem, opłat za trakty PRA, dodatkowe usługi, dzierżawa urządzeń, serwis systemu telekomunikacyjnego, zapewnienie wymaganego poziomu świadczenia usług) oraz kwoty netto za 1 minutę poszczególnych rodzajów połączeń.

Cena oferty brutto = [48 x [łączna miesięczna kwota netto opłat stałych (abonamentów dla numerów abonenckich objętych zamówieniem i/lub opłat za trakty PRA) + (109500 x opłata netto za 1 minutę połączenia lokalnego i strefowego) + (49000 x opłata netto za 1 minutę połączenia międzystrefowego) + (2500 x opłata netto za 1 minutę połączenia międzynarodowego*) + (39000 x opłata netto za 1 minutę połączenia do sieci komórkowych) + (3000 x opłata netto za 1 minutę połączenia do sieci teleinformatycznych)]] x (1 + stawka podatku VAT).

Jako cenę 1 minuty połączenia międzynarodowego zamawiający przyjął cenę 1 minuty połączenia do krajów Unii Europejskiej.

W rozdziale X zamawiający opisując sposób przygotowania oferty wskazał w ust. 3, że oferta musi zawierać:

- 1) pełną nazwę wykonawcy;
- 2) adres siedziby wykonawcy;
- 3) cenę oferty zawierającą wszelkie koszty, wyliczone zgodnie z postanowieniami rozdziału V;
- 4) dokumenty i oświadczenia określone w rozdziale VIII;
- 5) opis przedmiotu oferty;
- 6) termin realizacji przedmiotu zamówienia;
- 7) okres gwarancji (o ile dotyczy);
- 8) jeśli wykonawca zamierza skorzystać z usług podwykonawców przy realizacji przedmiotowego zamówienia, obowiązany jest wskazać w ofercie część zamówienia, której wykonanie zleci podwykonawcom - o ile dotyczy;
- 9) potwierdzenie wniesienia wadium;
- 10) zobowiązanie Wykonawcy do zawarcia umowy sporządzonej według wzoru umowy stanowiącego załącznik C do siwz;

W załączniku C do siwz – we wzorze umowy zamawiający w § 4 określił zabezpieczenie należytego wykonania umowy i podał, że wykonawca, którego oferta zostanie wybrana, zobowiązany jest przed zawarciem umowy wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 2 % szacunkowej całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto (maksymalna wartość nominalna), określonej w § 3 ust. 13 umowy. Kwota zabezpieczenia zostanie zwolniona w ciągu 30 dni od daty wykonania przez wykonawcę całości przedmiotu umowy bez zastrzeżeń. Pozostała kwota zostanie zwolniona nie

później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi zgodnie z postanowieniami art. 568 §1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny.

W § 8 wzoru umowy zamawiający określił sytuacje, kiedy strony umowy nie ponoszą odpowiedzialności za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie swoich zobowiązań, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań, to jest gdy zostało spowodowane zdarzeniem niezależnym od obu stron i powstało z przyczyn o obiektywnym charakterze, takie jak: powódź, huragan, trzęsienie ziemi, śnieżycy itp., będącym poza kontrolą stron, oraz gdy w chwili zawarcia umowy niemożliwe było przewidzenie tego zdarzenia i jego skutków, które wpłynęły na zdolność stron do wykonania umowy oraz gdy niemożliwe było uniknięcie samego zdarzenia lub przynajmniej jego skutków. Zamawiający wskazał także, iż za siłę wyższą nie uznaje się braku środków finansowych u wykonawcy, niedotrzymanie zobowiązań przez jego kontrahentów oraz brak zezwoleń niezbędnych wykonawcy dla wykonania umowy, wydawanych przez dowolną władzę publiczną.

W § 10 wzoru umowy zamawiający określił sytuacje wypowiedzenia umowy wskazując:

1. zamawiający może odstąpić od umowy zgodnie z art. 145 Ustawy.
2. zamawiającemu przysługuje prawo do rozwiązania umowy przed upływem terminu, na jaki została zawarta, z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia w przypadku, gdy:
 - 1) wykonawca nie będzie realizować przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami umowy,
 - 2) wykonawca zostanie trzykrotnie obciążony karą umowną z tego samego tytułu,
 - 3) wykonawca nie będzie rzetelnie i terminowo wypełniał zobowiązań wynikających z umowy,
 - 4) w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków, o których mowa w § 11 umowy.
3. Jeżeli suma faktur VAT z tytułu zrealizowanej części umowy przekroczy 80% szacunkowej całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto (maksymalna wartość nominalna), o której mowa w § 3 ust. 13 umowy, przed upływem okresu, na który została zawarta umowa, zamawiający może wypowiedzieć umowę z zachowaniem 1-miesięcznego okresu wypowiedzenia, a wykonawcy nie przysługują z tego tytułu żadne roszczenia względem zamawiającego.
4. Zamawiający może wypowiedzieć umowę w trybie natychmiastowym także w następujących wypadkach, przy czym wypowiedzenie jest możliwe bez dodatkowych wezwań i uprzedzeń:
 - 1) zostanie wszczęte postępowanie upadłościowe lub likwidacyjne wykonawcy,
 - 2) przeciwko wykonawcy zostanie wszczęte postępowanie egzekucyjne,

- 3) wykonawca przerwał świadczenie usług telekomunikacyjnych bez poinformowania zamawiającego o przyczynach na okres przekraczający 72 godziny,
- 4) wykonawca nie rozpoczął świadczenia usług telekomunikacyjnych w terminie określonym w umowie.

W załącznik nr 1 do umowy nr C/435/12/BAD/B/339 zamawiający określił wymagania techniczne i funkcjonalności przedmiotu zamówienia i wskazał, że wymaga w pkt. :

1.1.2. Dołączenia uruchomionego systemu telekomunikacyjnego do nadrzędnej centrali telefonicznej dostawcy usług cyfrowymi traktami transmisyjnymi.

1.1.6. Zaproponowania rozwiązanie systemu telekomunikacyjnego, które musi umożliwiać w przyszłości rozbudowę do systemu budynkowej telefonii VoIP, musi być pozostawione miejsce w szafach centrali na karty systemowe do obsługi technologii VoIP do połączeń z głównym punktem dystrybucji sieci LAN.

1.1.12. Uruchomienia do współpracy z centralą rejestratora rozmów Sim Logger będącego własnością Ministerstwa Finansów.

1.1.13. Demontażu, wywozu, utylizacji zbędnej infrastruktury telekomunikacyjnej (po uzgodnieniu z zamawiającym).

1.1.17. Podłączenia do przełącznicy, centrali istniejących numerów spoza puli DDI w tym ruchu dla istniejących telefonów VoIP z niezależnej sieci służb celnych.

Ponadto w pkt 3.19. powołanego wyżej załącznika do umowy określił, że centrala i współpracujące urządzenia o ile nie zaznaczono, że wymagane są nowe nie mogą być starsze niż 55 miesięcy według stanu na ostatni dzień trwania obecnej umowy.

Dodatkowo w pkt 5.3. ww. załącznika do umowy wskazał, że po otrzymaniu ofert na świadczenie usług telekomunikacyjnych od potencjalnych wykonawców przed podpisaniem umowy ma prawo do weryfikacji oferty poprzez żądanie zaprezentowania w siedzibie zamawiającego funkcjonalności centrali wraz z wymaganymi urządzeniami niezbędnymi do świadczenia zamawianych usług, możliwości rozbudowy VoIP, sprawdzenie systemu rozgłaszania, faxserwera, konsoli dyspozytorskich, itp.

W dniu 9 stycznia 2012r. zamawiający dokonał modyfikacji treści siwz w sposób następujący:

1) w Rozdziale I SIWZ ust. 1 pkt 2) otrzymuje nowe brzmienie:

Dołączenie uruchomionego systemu telekomunikacyjnego do nadrzędnej centrali telefonicznej dostawcy usług cyfrowymi traktami transmisyjnymi tj., na etapie wstępnym uruchamiania usługi min. 8 traktów PRA (docelowo zajętość łączy nie może być powyżej 85% kanałów).

2) w Rozdziale I SIWZ ust. 1 pkt 4) nadał nowe brzmienie:

wyposażenie zamawiającego w dedykowaną aplikację do rozliczeń bilingów i urządzenia kompatybilne z centralą do obsługi funkcji: IVR_ów, faxserwera, konsoli dyspozytorskich,

rejestratorów rozmów, systemu rozgłaszania i alarmowania, awiza, terminali abonenckich wraz z niezbędnymi licencjami na dedykowane rozwiązania

3) w Rozdziale II SIWZ ust. 1 nadał nowe brzmienie:

Zakończenie wszystkich prac niezbędnych do rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych, o których mowa w § 1 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik C do SIWZ musi nastąpić w terminie do dnia 1 maja 2013r.

4) w Rozdziale V SIWZ ust. 2 nadał nowe brzmienie:

Cena oferty brutto = [48 x [łącznie miesięczna kwota netto opłat stałych (abonamentów dla numerów abonenckich objętych zamówieniem i opłat za trakty PRA) + (109500 x opłata netto za 1 minutę połączenia lokalnego i strefowego) + (49000 x opłata netto za 1 minutę połączenia międzystrefowego) + (2500 x opłata netto za 1 minutę połączenia międzynarodowego*) + (39000 x opłata netto za 1 minutę połączenia do sieci komórkowych) + (3000 x opłata netto za 1 minutę połączenia do sieci teleinformatycznych)]] x (1 + stawka podatku VAT).

5) w Rozdziale X SIWZ nadał nowe brzmienie:

1. Ofertę należy sporządzić w języku polskim z zachowaniem formy pisemnej w postaci wydruku komputerowego, maszynopisu lub czytelnego pisma odręcznego. W przypadku załączenia dokumentów w języku obcym niezbędne jest przedstawienie ich tłumaczenia na język polski poświadczone przez wykonawcę.

2. Do przygotowania oferty zaleca się :

l) wykorzystanie Formularza Ofertowego, którego wzór stanowi załącznik A do siwz i zamieszczenie formularza na początku oferty lub zawarcie wymaganych w formularzu informacji na początku oferty.

3. Oferta musi zawierać:

- 1) pełną nazwę wykonawcy;
- 2) adres siedziby wykonawcy;
- 3) cenę oferty zawierającą wszelkie koszty, wyliczone zgodnie z postanowieniami rozdziału V;
- 4) dokumenty i oświadczenia określone w rozdziale VIII;
- 5) oświadczenie, że oferowana przez wykonawcę infrastruktura techniczna oraz oprogramowanie niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia spełnia wszystkie wymagania techniczne i funkcjonalne określone w SIWZ – którego wzór określa załącznik D do siwz;
- 6) termin realizacji przedmiotu zamówienia;
- 7) okres gwarancji(o ile dotyczy);

8) jeśli wykonawca zamierza skorzystać z usług podwykonawców przy realizacji przedmiotowego zamówienia, obowiązany jest wskazać w ofercie część zamówienia, której wykonanie zleci podwykonawcom - o ile dotyczy;

9) potwierdzenie wniesienia wadium;

10) zobowiązanie Wykonawcy do zawarcia umowy sporządzonej według wzoru umowy stanowiącego załącznik C do siwz;

3) Rozdział XVII SIWZ ust 1 nadał nowe brzmienie:

Wykonawca którego oferta zostanie wybrana, zobowiązany jest wnieść zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w wysokości 2 % wartości umowy. Kwota zabezpieczenia zostanie zwolniona w ciągu 30 dni od daty wykonania przedmiotu Umowy bez zastrzeżeń.

4) Załącznik A1 do SIWZ- Formularz kalkulacji ceny oferty otrzymuje nowe brzmienie polegające na określeniu przy pierwszej opłacie opłat za trakty PRA poprzez wykreślenie słowa lub.

5) W Załączniku C do SIWZ _ Wzór umowy w § 1 ust. 1 pkt 2 wskazano na 8 traktów PRA i zajętość docelową nie przekraczającą 85%.

6) W Załączniku C do SIWZ _ Wzór umowy w § I. ust I pkt 4) otrzymał nowe brzmienie, zgodne z Rozdziałem I SIWZ ust. 1 pkt 4).

7) W Załączniku C do SIWZ - wzór umowy w § I. ust 3 zostaje wykreślony.

8) W Załączniku C do SIWZ - Wzór umowy w § 4. ust, I wykreślono postanowienie o utrzymaniu 30% wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy do upływu terminu rękojmi.

9) W Załączniku C do SIWZ - Wzór umowy w § 8. ust. 2 wskazano, że za siłę wyższą nie uznaje się brak środków finansowych u wykonawcy i zamawiającego, niedotrzymanie obowiązków przez kontrahentów wykonawcy oraz brak zezwoleń niezbędnych wykonawcy dla wykonania umowy wydawanych przez dowolną władzę publiczną.

10) W Załączniku C do SIWZ - Wzór umowy w § 10. otrzymał nowe brzmienie: „Rozwiązanie umowy”

11) W Załączniku Nr 1 do Umowy Nr C/435/12/BAD/B/339 pkt 1.1.2 wskazano minimalną ilość 8 traktów PRA i zajętość nie przekraczającą 85%.

12) W Załączniku Nr 1 do Umowy Nr C/435/12/BAD/B/339 pkt 1.1.4 zawarto analogiczne postanowienie jak w zmodyfikowanym pkt 1.1.4 siwz.

13) W Załączniku Nr 1 do Umowy Nr C/435/12/BAD/B/339 pkt 1.1.6 opisano, że zaproponowanie rozwiązanie systemu telekomunikacyjnego musi umożliwiać w przyszłości rozbudowę systemu budynkowej technologii VOIP, musi być pozostawione miejsce w szafach centrali na karty systemowe do obsługi technologii VoiP do połączeń z głównym punktem dystrybucji sieci LAN. Zamawiający wymaga opcji, aby centrala miała możliwości podłączenia dodatkowych PRA z pozostałych sieci VoiP ministerstwa do centrali – bramki i

generowanie ruchu zgodnie z ofertą oraz podłączenia 100 aparatów VoiP będących własnością zamawiającego do centrali przez punkt dystrybucyjny sieci LAN (znajdujący się w innym pomieszczeniu, innym piętrze)

20) W Załączniku Nr 1 do Umowy Nr C/435/12/BAD/B/339 pkt t 1.1.12 nadano brzmienie, że uruchomienie do współpracy z centralą rejestratora rozmów Sim Logger 2 U będącego własnością Ministerstwa Finansów. Rejestrator Sim Logger 2U pracuje obecnie z modułami linii abonenckich przewidzianych dla centrali DGT poprzednio pracował poprawnie z modułami przewidzianymi dla centrali Alcatel. Wymagana jest aktualizacja oprogramowania. Rejestrator nie ma dodatkowego podłączenia do centrali po łączu sterującym pracuje tylko i wyłącznie po liniach abonenckich.

21) W Załączniku Nr 1 do Umowy Nr C/435/12/BAD/B/339 pkt 1.1.13 wskazano, że obowiązek utylizacji ograniczony jest do infrastruktury telekomunikacyjnej w zakresie wynikającym z przepisów ustawy z dnia 29 lipca 2009r. o zużytych sprzęcie elektronicznym.

22) W Załączniku Nr 1 do Umowy Nr C/435/12/BAD/B/339 pkt 1.1.17 wskazano, że podłączenie do przełącznicy centrali istniejących numerów spoza puli DDI, podłączenie ruchu do sieci stacjonarnej istniejących telefonów VoiP, z niezależnej sieci służb celnych (2 szt. Modemów HDSL, karta PRA centrali).

23) W Załączniku Nr 1 do Umowy Nr C /435/12/BAD/B/339 p kt 1.1.1.3 lit h został wykreślony system zarządzania jakością, w pkt. 1.1.2) normy międzynarodowe został wykreślony, w pkt 2.1. 2) po raz kolejny wskazano na 8 traktów PRA i zajętość nie przekraczającą 85%.

26) W Załączniku Nr 1 do Umowy Nr C/435/12/BAD/B/339 pkt 2.8. I) wskazano wszystkie terminale abonenckie – cyfrowe aparaty systemowe i analogowe muszą być zasilane wyłącznie z sieci telefonicznej bez zastosowania baterii, akumulatorów, lub zasilaczy podłączanych do sieci energetycznej. Cyfrowe aparaty systemowe muszą być tego samego producenta co system telekomunikacyjny. Interfejs aparatów systemowych musi umożliwiać pracę na pojedynczej parze przewodów oraz stabilną pracę na linii o długości co najmniej 1 km, przy średnicy przewodu 0,5mm. Programowalne przyciski muszą umożliwiać monitorowanie stanu abonenta lub łącza.

27) W Załączniku Nr 1 do Umowy Nr C/435/12/BAD/B/339 pkt 2.9.5) lit. r) - został wykreślony.

28) W Załączniku Nr 1 do Umowy Nr C/435/12/BAD/B/339 pkt 2.9 ust 1) nadano brzmienie identyczne z pkt. 2.8.1 i dodatkowo postanowiono, że wszystkie urządzenia (terminale) dostarczone przez wykonawcę muszą być czyste, bez uszkodzeń i zarysowań.

30) W Załączniku Nr 1 do Umowy Nr C/435/12/BAD/339 dotychczasowy pkt 3,19 otrzymał

brzmienie: Zamawiający nie będzie ponosił żadnych dodatkowych kosztów związanych z rozbudową swojej infrastruktury telekomunikacyjnej w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia. Zamawiający wykreślił pkt. 3.20.

Zamawiający w części „Inne postanowienia” w załączniku nr 1 do wzoru umowy zmienił i nadał jej części nowe brzmienie przewidując między innymi, że infrastruktura stanowi własność Wykonawcy, a zamawiający może ją odkupić w części lub w całości. Zamawiający przed podpisaniem umowy ma prawo żądać od wykonawcy poświadczenia od producenta, dystrybutora sprzętu informacji o wersji oprogramowania i cechach funkcjonalnych centrali i urządzeń, całość musi pochodzić z oficjalnego kanału dystrybucyjnego producentów sprzętu. Wskazał, że ma prawo na każdym etapie korzystać z niezależnego eksperta z dziedziny telekomunikacji celem weryfikacji ofert, funkcjonalności urządzeń oraz stanu realizacji umowy. Wykonawca przed uruchomieniem systemu przeprowadzi testy mające na celu sprawdzenie funkcjonowania systemu i ich wyniki przekaże zamawiającemu nie później niż 3 dni przed podpisaniem protokołu odbioru systemu.

W dniu 9 stycznia 2013r. zamawiający udzielił także wyjaśnień treści siwz wskazując, na treści ujawnione następnie w modyfikacji siwz w zakresie udzielonej odpowiedzi na pytania nr 1, 19, 20, 31, 35, 37-41, 45 i 50, jednocześnie pozostawiając możliwość dostarczenia używanej infrastruktury bez ograniczenia czasowego 55 miesięcy. W zakresie możliwości modyfikacji siwz w zakresie załącznika C – wzoru umowy § 10 ust. 2 i 4 pkt 4 wypowiedział się negatywnie w odpowiedziach na pytanie nr 14, 15, 26, 43 i odpowiednio 44. Wskazał na prawną dopuszczalność przyjętych postanowień umownych, ich znaczenie dla zamawiającego oraz enumeratywny charakter.

W dniu 9 stycznia 2013r. zamawiający sporządził odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty odwołania za wyjątkiem zarzutów dotyczących dopuszczalności zaoferowania infrastruktury używanej, ograniczenia konkurencji przez zamawiającego do jednego producenta DGT, a także wprowadzenia niejednoznacznych postanowień dotyczących rozwiązania umowy w § 10 ust. 2 i ust. 4 pkt 4 wzoru umowy.

Na rozprawie odwołujący przedstawił wydruki korespondencji elektronicznej prowadzonej pomiędzy nim, a producentami central telefonicznych Alcatel, Siemens i dystrybutora central AASTRA firmy DIR, z których wynika, że żaden tych podmiotów nie jest w stanie zaoferować central telefonicznych spełniających wymagania funkcjonalne podane w siwz przez zamawiającego. Alcatel i Siemens wskazali, że barierą dostępu do zamówienia jest brak możliwości zaoferowania systemu rejestracji tego samego producenta, co centrala telefoniczna.

Izba zważyła, co następuje :

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymagania formalne określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba uznała, że wobec wniesionego odwołania nie zachodzą przesłanki z art. 189 ust. 2 ustawy, które powodowałyby konieczność jego odrzucenia.

Izba oceniła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest wykonawcą działającym na rynku objętym przedmiotem zamówienia i prowadzi działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu usług objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący zarzuca zamawiającemu, że opis przedmiotu zamówienia w obecnym kształcie umożliwi złożenie oferty jedynie jednemu wykonawcy działającemu na rynku krajowym. Wykreślenie lub zmiana wskazanych w odwołaniu postanowień SIWZ umożliwi odwołującemu złożenie oferty oraz uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w sytuacji niemożności złożenia oferty w postaci utraty potencjalnych korzyści, jakie mógłby osiągnąć, gdyby mógł złożyć ofertę i uzyskać zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ustawy, poprzez niejednoznaczny oraz utrudniający uczciwą konkurencję opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający przygotowanie oferty

Zarzut w przeważającej części zasługuje na uwzględnienie. Art. 29 ust. 1 ustawy zawiera normę nakazującą zamawiającemu jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, w taki sposób, aby wykonawca po zapoznaniu się z tym opisem był w stanie sporządzić ofertę. Tym samym w sytuacji, gdy zamawiający oczekuje dostawy na jego rzecz jakiegoś dobra czy świadczenia na jego rzecz usługi mu określić swoje wymagania tak szczegółowo i dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje i to właśnie mu zaoferować. Prawidłowa realizacja normy art. 29 ust. 1 ustawy jest gwarancją porównywalności ofert. Z mocy art. 29 ust. 1 ustawy na zamawiającym spoczywa obowiązek określenia przedmiotu zamówienia, a zatem nawet w sytuacji, gdy nie jest on profesjonalistą musi potrafić określić swoje potrzeby i oczekiwania. Jeśli przedmiot jest wysoce specjalistyczny, a zamawiającemu brak odpowiedniej wiedzy, aby jasno określić wymagania, może skorzystać z dialogu technicznego, trybów negocjacyjnych (w szczególności dialogu konkurencyjnego), czy powołać biegłych służących mu odpowiednią pomocą. Brak jest jednak podstaw do zwolnienia zamawiającego z obowiązku jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia. Wprowadzenie wyjątków od zasady art. 29 ust. 1 ustawy prowadziłoby bowiem do nieefektywnego wydatkowania

środków publicznych. Zamawiający nie musi opisywać przedmiotu zamówienia za pomocą parametrów technicznych, może wskazać na funkcjonalności, których realizacja zaspokoi potrzeby zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zamówił u wykonawców m. in. dołączenie uruchomionego systemu telekomunikacyjnego do nadrzędnej centrali telefonicznej dostawcy usług cyfrowymi traktami transmisyjnymi, zapewnienie możliwości w przyszłości rozbudowy do systemu budynkowej telefonii VoIP, współpracę z centralą rejestratora rozmów Sim Logger będącego własnością Ministerstwa Finansów, demontaż, wywóz utylizację zbędnej infrastruktury telekomunikacyjnej, podłączenie do przełącznicy, centrali istniejących numerów spoza puli DDI w tym ruchu dla istniejących telefonów VoIP z niezależnej sieci służb, jednakże nie opisał w jakikolwiek sposób jakich świadczeń od wykonawców oczekuje, ani nie podał informacji ilościowo - jakościowych pozwalających na osiągnięcie oczekiwanej funkcjonalności. Zamawiający tę okoliczność potwierdził w modyfikacji treści siwz i wyjaśnieniach treści siwz z dnia 9 stycznia 2013r., podając brakujące informacje, a w konsekwencji uzupełniając wcześniejszy opis przedmiotu zamówienia do stanu wymaganego w art. 29 ust. 1 ustawy. Odwołujący na rozprawie wskazywał, że podane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, jak i w dokonanych wyjaśnieniach treści siwz oraz modyfikacji siwz informacje usuwają jego wątpliwości. Wobec faktu, że modyfikacja i wyjaśnienia treści siwz zostały przez zamawiającego opublikowane przed wydaniem orzeczenia w przedmiotowej sprawie Izba zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy wzięła pod uwagę, że w dacie wyrokowania nie obowiązywały już kwestionowane przez odwołującego w zarzutach 1.3- 1.8 postanowienia siwz i stwierdziła, że wprawdzie zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący i jednoznaczny naruszając art. 29 ust. 1 ustawy, ale naruszenie to z uwagi na jego usunięcie, nie ma wpływu na wynik postępowania. Z tego zatem względu na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy w zakresie zarzutów odwołania dotyczących dołączenia uruchomionego systemu telekomunikacyjnego do nadrzędnej centrali telefonicznej dostawcy usług cyfrowymi traktami transmisyjnymi, zapewnienia możliwości w przyszłości rozbudowy do systemu budynkowej telefonii VoIP, współpracy z centralą rejestratora rozmów Sim Logger będącego własnością Ministerstwa Finansów, demontażu, wywozu, utylizacji zbędnej infrastruktury telekomunikacyjnej, podłączenia do przełącznicy, centrali istniejących numerów spoza puli DDI w tym ruchu dla istniejących telefonów VoIP z niezależnej sieci służb, odwołanie podlegało oddaleniu. Analogiczna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do postawionego przez zamawiającego wymagania załączenia do oferty opisu przedmiotu oferty. Zamawiający wprowadził wymóg przedłożenia dokumentu przedmiotowego, ale nie określił celu złożenia tego dokumentu, ani jego minimalnego zakresu. Taka informacja zawarta w rozdziale X ust. 3 pkt 5 siwz nie spełnia wymogu uwzględnienia wszystkich

wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Dostrzegł to także zamawiający dokonując stosownej modyfikacji tego postanowienia siwz w dniu 9 stycznia 2013r. Wobec faktu, że modyfikacja i wyjaśnienia treści siwz zostały przez zamawiającego opublikowane przed wydaniem orzeczenia w przedmiotowej sprawie Izba zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy wzięła pod uwagę, że w dacie wyrokowania nie obowiązywały już kwestionowane przez odwołującego postanowienia siwz i stwierdziła, że wprawdzie zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący i jednoznaczny naruszając art. 29 ust. 1 ustawy, ale naruszenie to z uwagi na jego usunięcie, nie ma wpływu na wynik postępowania. Z tego zatem względu na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy w zakresie zarzutu odwołania dotyczącego niejednoznaczności wymagania dołączenia do oferty opisu przedmiotu oferty, odwołanie podlegało oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy dotyczy postanowień siwz dopuszczających zaoferowanie central i urządzeń (infrastruktury) nowych i używanych, z tym że nie starszych niż 55 miesięcy oraz ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia poprzez opis centrali i innych urządzeń w sposób wskazujący na preferowanie jednego wykonawcy tj. wykonawcy aktualnie świadczącego usługi na rzecz zamawiającego. Zarzut ten zasługuje na uwzględnienie częściowo. Izba zwraca uwagę na brzmienie art. 29 ust. 2 ustawy, który stanowi, że opis przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji. W ocenie Izby przepis ten wskazuje na to, że dla jego naruszenia wystarczające jest ustalenie, że może dojść do naruszenia uczciwej konkurencji. Tym samym nie jest koniecznym dowodzenie, a wystarczające jest uprawdopodobnienie tego faktu. Z utrudnieniem uczciwej konkurencji nie będziemy mieć do czynienia w sytuacji, gdy wykonawca korzysta z wyjątkowo sprzyjających mu okoliczności w sposób uczciwy. Zamawiający ma obowiązek dbać, aby złożona oferta nie stanowiła czynu nieuczciwej konkurencji, a więc nie była wynikiem zmywy, nadużywania pozycji monopolistycznej, czy nieuczciwych praktyk rynkowych. Jednak nie można odmówić prawa wykonawcy do ubiegania się o zamówienie tylko z tego względu, że posiada jakąś infrastrukturę, która potencjalnie może być wykorzystana do realizacji przedmiotowego zamówienia. Sam fakt, że jest to infrastruktura, którą aktualnie dany wykonawca realizuje usługi na rzecz zamawiającego, nie świadczy o nieuczciwej grze konkurencyjnej. Ponadto sam zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 9 stycznia 2013r. dwukrotnie wskazywał, że infrastruktura aktualnego dostawcy usług nie spełnia jego wymagań wynikających z przedmiotowego zamówienia. Ponadto nie można wykluczyć sytuacji, że inny wykonawca posiada istniejącą infrastrukturę, o parametrach zbliżonych do wymaganych przez zamawiającego, którą może zaoferować w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Izby dopuszczenie infrastruktury używanej rozszerza krąg podmiotów, które mogą się ubiegać o przedmiotowe zamówienie, natomiast zarzut odwołującego i skorelowane z nim żądanie ograniczenia przedmiotu zamówienia do

infrastruktury nowej, nie prowadzi do przywrócenia zasady uczciwej konkurencji, ale przeciwnie do ograniczenia ilości konkurentów, tylko do takich podmiotów, które mogą zaoferować infrastrukturę nową. Nadto Izba podziela argumentację zamawiającego, że ma on prawo dopuścić rozwiązanie pozwalające na oszczędność. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy w takim zakresie, w jakim zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania mu infrastruktury używanej. Co do czasookresu, który miałby wskazywać na konkretnego wykonawcę, to odwołujący nie uprawdopodobnił swoich twierdzeń, co do tego, że sprzęt nie starszy niż 55 miesięcy wskazuje na dotychczasowego dostawcę usługi. Nie wskazał w tym zakresie, że inni dostawcy usług mogą oferować wyłącznie sprzęt z innego przedziału czasowego niż podany przez zamawiającego. W odniesieniu do zarzutu opis przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na jednego wykonawcę, w ocenie Izby ten zarzut potwierdził się. Odwołujący przedkładając wydruki korespondencji elektronicznej z producentami lub dystrybutorami central telefonicznych w ocenie Izby uprawdopodobnił, że przynajmniej dla dwóch producentów central barierą jest możliwość zaoferowania centrali, która będzie tej samej produkcji, co system telekomunikacyjny. W ocenie Izby w tym zakresie nie doszło do sformułowania nowego zarzutu w rozumieniu art. 192 ust. 7 ustawy. Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy polegający na naruszeniu przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji poprzez taki opis przedmiotu zamówienia, który preferuje dotychczasowego wykonawcę. Wprawdzie odwołujący nie wskazał, które konkretnie postanowienia opisu przedmiotu zamówienia mają dyskryminujący charakter, ale w ocenie Izby opis przedmiotu zamówienia nie powinien w żadnym postanowieniu preferować konkretnego wykonawcy, a odwołujący wykazał za pomocą wydruków korespondencji elektronicznej, że nie jest w stanie złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu w oparciu o centrale trzech producentów, tezę tę potwierdził także przystępujący. Natomiast zamawiający nie wykazał w ocenie Izby, że ograniczenie konkurencji do niektórych producentów central, znajduje odzwierciedlenie w jego uzasadnionych potrzebach. Izba bowiem nie kwestionuje prawa zamawiającego do określenia przedmiotu zamówienia, który najlepiej będzie dopasowywał się do zapotrzebowania zamawiającego. Zamawiający ma prawo ograniczyć konkurencyjność postępowania zamawiający usługi wysoce specjalistyczne, czy spełniające podwyższone standardy, ale wyłącznie w sytuacji, gdy wykaże, że jest to uzasadnione jego obiektywnymi potrzebami. Innymi słowy zamawiający nie musi decydować się na określony standard w imię ochrony zasady uczciwej konkurencji, ale ma prawo oczekiwać, że zamawiany przedmiot będzie skrojony na miarę jego potrzeb, zindywidualizowany. To prawo nie oznacza jednak dowolności po stronie zamawiającego, ale musi być odnoszone do obiektywnie dających się zidentyfikować potrzeb zamawiającego. Zatem w sytuacji, gdy

odwołujący uprawdopodobnia o ograniczenie konkurencji na podstawie art. 29 ust. 2 ustawy, na zamawiającego przechodzi obowiązek udowodnienia, że do tego ograniczenia doszło z powodu obiektywnych, uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zamawiający w przedmiotowej sprawie jedynie wskazał na okoliczność potrzeb działalności wywiadowczej prowadzonej przez służby zamawiającego, czy na możliwość awaryjności systemu z uwagi na stare okablowanie. Jednak zamawiający w żaden sposób nie udowodnił, że te okoliczności rzeczywiście występują lub stanowią realne zagrożenie i powodują po stronie zamawiającego powstanie realnej i uzasadnionej potrzeby. Mając to na uwadze Izba uznała, że odwołujący uprawdopodobnił istnienie bariery w dostępie do zamówienia w postaci wymogu dostawy centrali i urządzeń infrastruktury tego samego producenta, co producent systemu telekomunikacyjnego, natomiast zamawiający nie udowodnił, że wprowadzenie tej bariery w opisie przedmiotu zamówienia było uzasadnione jego obiektywnymi potrzebami. Tym samym Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 ustawy poprzez wprowadzenie wymogu „Cyfrowe aparaty systemowe muszą być tego samego producenta co system telekomunikacyjny” utrudniając uczciwą konkurencję i nakazał dokonanie modyfikacji postanowień siwz w taki sposób, aby dopuścić możliwość oferowania infrastruktury niezbędnej dla realizacji systemu telekomunikacji nie pochodzącej od producenta systemu.

W ocenie Izby nie zasługują na uwzględnienie zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy poprzez niejednoznaczne określenie przesłanek rozwiązania umowy wskazanych w § 10 ust. 2 i ust. 4 pkt 4 wzoru umowy. Przede wszystkim w ocenie Izby określone przesłanki nie utrudniają wykonawcy sporządzenia oferty. Przesłanki wskazane w § 10 ust. 2 pkt 2 i 4 nie powinny budzić jakichkolwiek wątpliwości pierwszy precyzyjnie wskazuje na ilość kar umownych z tego samego tytułu, które dają podstawę do rozwiązania umowy, drugi zaś odwołuje się do §11, który zawiera klauzulę poufności. Pozostałe dwie przesłanki, w ocenie Izby także są jednoznaczne pkt. 1 odnosi się bowiem do niewykonywania przedmiotu zamówienia (nie będzie realizować), a drugi do nienależytego (nierzetelnego) lub nie terminowego wykonywania zobowiązań umownych, tym samym przesłanki te na siebie nie zachodzą i dają się zidentyfikować. W ocenie Izby, regulacja przewidziana w §10 ust. 2 wzoru umowy nie narusza art. 29 ust. 1 ustawy, a nadto jest względniejsza dla wykonawcy, gdyż przewiduje rozwiązanie za wypowiedzeniem niż regulacja art. 746 kc stanowiącego o wypowiedzeniu umowy zlecenia. Również §10 ust. 4 pkt 4 wzoru umowy jest jednoznaczny i wyczerpujący. W ocenie Izby okoliczność rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym została opisana w sposób nie budzący wątpliwości tj. gdy wykonawca nie rozpoczął świadczenia usług telekomunikacyjnych w terminie określonym w umowie. Zamawiający wyjaśnił okoliczności przemawiające za przyjęciem takiej przesłanki rozwiązania umowy. Wskazał, że dla prawidłowego

funkcjonowania instytucji, które reprezentuje konieczne jest zapewnienie ciągłości świadczenia usługi i jej terminowe rozpoczęcie, gdyż 30 kwietnia 2013r. ulega rozwiązaniu dotychczasowa usługa i od 1 maja 2013r. musi rozpocząć się świadczenie nowej usługi. Przyjęte przez zamawiającego rozwiązanie nie sprzeciwia się ani art. 610 kc ani 746 kc. Oczekiwanie odwołującego i przystępującego, że rozwiązanie umowy następować będzie dopiero po dwóch tygodniach zwłoki w uruchomieniu usługi nie daje się pogodzić z usprawiedliwioną potrzebą zamawiającego. W tym zakresie Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 29 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7, art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), poprzez zastrzeżenie o możliwości weryfikacji oferty poprzez żądanie zaprezentowania w siedzibie zamawiającego funkcjonalności centrali wraz z wymaganymi urządzeniami niezbędnymi do świadczenia zamawiających usług, możliwości rozbudowy VoIP, sprawdzenie systemu rozgłaszania, faxserwera, konsoli dyspozytorskich, itp.,

Zarzut potwierdził się. Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) zamawiający może żądać od wykonawców próbek, jednakże żądanie to powinno być sprecyzowane w siwz, gdyż tylko w taki sposób możliwe jest zapewnienie realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawca zapoznając się z wymaganiami zamawiającego w zakresie warunków podmiotowych jak i żądań związanych z postawionymi wymaganiami jakościowymi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia podejmuje decyzję o udziale w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że już na etapie zapoznawania się z treścią siwz powinien mieć możliwość oceny, czy jest w stanie przygotować próbkę dla zamawiającego i czy przygotowana przez niego próbka będzie potwierdzać określone przez zamawiającego wymagania. Obowiązek określenia dokumentów służących potwierdzeniu warunków jakościowych mieści się w obowiązku zamawiającego zamieszczenia w siwz opisu sposobu przygotowania oferty. Z tego względu jedynie ogólne wskazanie, że zamawiający może zażądać złożenia próbek w celu przeprowadzenia jakiś testów, nie spełnia wymagań transparentności postępowania. Do takich samych wniosków doszedł także zamawiający dokonując modyfikacji treści siwz poprzez usunięcie niejednoznacznych postanowień w dniu 9 stycznia 2013r. Izba stwierdziła, że zamawiający zastrzegając dla siebie nieskonkretyzowane prawo weryfikacji oferty

poprzez żądanie zaprezentowania w siedzibie zamawiającego funkcjonalności centrali wraz z wymaganymi urządzeniami niezbędnymi do świadczenia zamawiających usług, możliwości rozbudowy VoIP, sprawdzenie systemu rozgłaszania, faxserwera, konsoli dyspozytorskich, itp. Naruszył art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, jednak Izba wzięła pod uwagę fakt, że przed rozpoczęciem rozprawy zamawiający usunął sporne postanowienia siwz dokonując w dniu 9 stycznia 2013r. modyfikacji siwz, a tym samym stwierdzone naruszenie w dacie wyrokowania nie ma już wpływu na wynik postępowania. Z tego względu na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy odwołanie w tym zakresie należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 151 ust. 2 ustawy poprzez zastrzeżenie, że pozostała kwota zabezpieczenia należytego wykonania umowy zostanie zwolniona nie później niż 15 dni od dnia upływu okresu rękojmi podczas, gdy przedmiotem umowy będzie świadczenie usług.

Izba stwierdziła, że w dacie wyrokowania zamawiający dokonał już modyfikacji treści siwz poprzez usunięcie spornego postanowienia dokonując w dniu 9 stycznia 2013r. modyfikacji siwz, a tym samym stwierdzone naruszenie w dacie wyrokowania nie ma już wpływu na wynik postępowania. Z tego względu na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy odwołanie w tym zakresie należało oddalić.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego. Izba obciążyła zamawiającego obowiązkiem zwrotu odwołującemu kosztów postępowania tj. wpisu (zgodnie ze złożonym rachunkiem) zgodnie z § 3 ust. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: