

WYM. 271.5.2017



Warszawa, dnia 23 października 2017 r.

WPŁYNĘŁO 2017 -10- 23

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Stowarzyszenie Wielkie Jeziora Mazurskie 2020
ul. Kolejowa 6
11-730 Mikołajki
Fax +48 874285241
e-mail: cyfrowemazury@gizycko.pl

Odwołujący:

Netia S.A.
ul. Poleczki 13
02-822 Warszawa
Tel.: +48 (22) 352 29 22
Faks: +48 (22) 338 29 22
e-mail: arkadiusz.lysik@netia.pl
reprezentowany przez:
Pana Arkadiusza Łysika

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawa oprogramowania portalu E-usług oraz oprogramowania szyny danych i zestawu konektorów do integracji portalu z systemem EZD PUW wraz z usługą hostingu, dostawa usługi bezpieczeństwa sieciowego, dostawa sprzętu i wyposażenia komputerowego serwerowego i sieciowego, dostawa punktów publicznego dostępu do sieci internet, usługa modernizacji sieci LAN, usługa szkolenia w zakresie obsługi portalu, świadczenie usługi wsparcia i serwisu.”;



numer referencyjny: WJM.271.5.2017, (dalej jako „Postępowanie” lub „Zamówienie”)

ODWOŁANIE

Działając w imieniu spółki Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej: „Odwołującym” lub „Netia”), na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 i 4 oraz art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. z dnia 20 lipca 2017 r., poz. 1579, dalej zwaną „ustawą” lub „PZP”), niniejszym składam odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w toku Postępowania w postaci sformułowania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”).

W związku z powyższym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. naruszenie **art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2 PZP** poprzez wymaganie w pkt 9.6 Załącznika nr 2 do SIWZ – *Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia* (WD12 w Tabeli nr 29, ppkt 2, str. 63), aby wykonawca świadczył usługę transmisji danych w oparciu o sieć IP/MPLS wykonawcy **na bazie własnych łącz** dostępowych routerów CE zainstalowanych w miejscach wskazanych przez zamawiającego, co stanowi rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności i powoduje nieuzasadnione ograniczenie konkurencji;
2. naruszenie **art. 7 ust. 1 i ust.1 a) PZP oraz art. 29 ust. 2 PZP** poprzez wymaganie w pkt 9.6 Załącznika nr 2 do SIWZ – *Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia* (WD13 w Tabeli 29, str. 64), aby wykonawca posiadał co najmniej 5-letnie doświadczenie w prowadzeniu centrum monitoringu i obsługi incydentów (SOC) **na polskim rynku** w zakresie związanym z identyfikacją i obsługą incydentów w obszarze cyber-bezpieczeństwa, co rażąco narusza zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę proporcjonalności i powoduje nieuzasadnione ograniczenie konkurencji;

Nadto, z ostrożności:

3. naruszenie **art. 41 ust. 7 PZP**, polegające na pominięciu w ogłoszeniu o zamówieniu warunku o jakim mowa w pkt 9.6 Załącznika nr 2 do SIWZ – *Szczegółowy Opis*

Przedmiotu Zamówienia (WD13 w Tabeli 29, str. 64), stanowiącego w istocie warunek dotyczący zdolności technicznych wykonawcy, a nie element opisu przedmiotu zamówienia;

4. naruszenia **art. 7 ust. 1 PZP**, tj. zasady przejrzystości (transparentności) poprzez sformułowanie w 9.6 Załącznika nr 2 do SIWZ – *Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia* (WD13 w Tabeli 29, str. 64), wymogów niejednoznacznych, niejasnych i budzących wątpliwości interpretacyjne zarówno co do ich charakteru, jak i konsekwencji ich niezachowania przez wykonawców.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący domaga się uwzględnienia Odwołania i nakazania Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ poprzez zmianę jego zapisów w następujący sposób:

1. usunięcie z treści pkt 9.6 Załącznika nr 2 do SIWZ – *Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia* (WD12 w tabeli, ppkt 2, str. 63) wymagania, aby wykonawca świadczył usługę transmisji danych w oparciu o sieć IP/MPLS wykonawcy **na bazie własnych łączy** dostępowych routerów CE zainstalowanych w miejscach wskazanych przez zamawiającego, ewentualnie – w razie nieusunięcia – modyfikację tego wymagania poprzez jednoznaczne dopuszczenia korzystania z łączy niebędących własnością wykonawcy;
2. usunięcie z treści pkt 9.6 Załącznika nr 2 do SIWZ – *Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia* (WD13 w tabeli, str. 64) wymagania, aby wykonawca posiadał co najmniej 5-letnie doświadczenie w prowadzeniu centrum monitoringu i obsługi incydentów (SOC) na polskim rynku w zakresie związanym z identyfikacją i obsługą incydentów w obszarze cyber-bezpieczeństwa.

Ponadto, Odwołujący wskazuje, co następuje:

1. przedmiotem zamówienia są usługi o wartości szacunkowej przekraczającej kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP;
2. numer Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej i numer ogłoszenia: 2017/S 197-405047;
3. ogłoszenie ukazało się na stronie internetowej:
<http://www.7cudowmazur.pl/270-ogloszenie-o-zamowieniu-cyfrowe-mazury>.

UZASADNIENIE

I. WARUNKI FORMALNE ODWOŁANIA

Wartość Zamówienia przekracza wartość, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Ogłoszenie o Zamówieniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie, ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13.10.2017 r. (ogłoszenie nr 2017/S 197-405047). Treść SIWZ została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 13.10.2017 r. Stosownie do treści art. 182 ust. 2 pkt. 1 PZP, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej.

Odwołanie zostało złożone w dniu 23.10.2017 r., w związku z czym termin 10 dni został przez Odwołującego zachowany. Odwołujący przekazał treść odwołania Zamawiającemu (dowód w załączeniu).

Interes prawny Odwołującego w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych w PZP przejawia się w tym, że czynności Zamawiającego naruszające przepisy PZP mogą uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty w Postępowaniu. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia. Z drugiej strony w przypadku złożenia oferty i zawarcia umowy o zamówienie publiczne przez Odwołującego, niekorzystne i sprzeczne z prawem zapisy SIWZ mogą narazić go na szkodę.

II. WSTĘP - ZARZUTY

Przedmiotem Zamówienia jest dostawa oprogramowania portalu E-usług oraz oprogramowania szyny danych i zestawu konektorów do integracji portalu z systemem EZD PUW wraz z usługą hostingu, dostawa usługi bezpieczeństwa sieciowego, dostawa sprzętu i wyposażenia komputerowego serwerowego i sieciowego, dostawa punktów publicznego dostępu do sieci internet, usługa modernizacji sieci LAN, usługa szkolenia w zakresie obsługi portalu, świadczenie usługi wsparcia i serwisu. Opis przedmiotu

zamówienia został określony w pkt III.1 SIWZ, a nadto w Załączniku nr 2 do SIWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej „SOPZ”).

Należy zauważyć zatem, iż zamówienie charakteryzuje się wyjątkowym rozmiarem i stopniem skomplikowania. Cechuje je przy tym różnorodność dostaw i usług składających się na jego przedmiot. Zamówienie nie jest podzielone na części.

W niniejszym Postępowaniu wadliwe postanowienia SIWZ utrudniają lub wręcz uniemożliwiają złożenie oferty przez podmioty zainteresowane realizacją zamówienia i zdolne do jego wykonania. Wymogi SIWZ zostały skonstruowane w sposób uniemożliwiający złożenie oferty doświadczonym i zdolnym do jego realizacji wykonawcom, co ogranicza konkurencję w Postępowaniu.

III. WYKORZYSTANIE WŁASNYCH ŁĄCZY DOSTĘPOWYCH

Zakresem niniejszego Postępowania objęte są między innymi usługi polegające na wdrożeniu Portalu Usług Elektronicznych i centralnej Szyny Danych oraz zapewnienie bezpieczeństwa transmisji danych. W jego ramach wykonawca powinien wykonać szereg czynności, w tym dokonać integracji z szyną danych oraz zapewnić bezpieczeństwo transmisji danych za pomocą dedykowanych łączy. Szczegółowy ww. opis zadania objętego Zamówieniem określonych został w pkt 9.6 SOPZ. Wymagania odnoszące się do realizacji ww. zadania opisane zostały w Tabeli nr 29 (*Parametry minimalne centralnej szyny danych oraz minimalny zakres usług bezpieczeństwa transferu danych*). Zapisy te są jednak w dużej mierze wadliwe i wzbudzają wątpliwości, w szczególności w kontekście ograniczenia konkurencyjności w Postępowaniu.

Zgodnie z wymaganiem WD1, *System SUE wraz z szyną danych zostanie zainstalowany na infrastrukturze Wykonawcy i udostępniony*. Dla wyjaśnienia, w świetle pkt 2.2 ppkt 63 SOPZ, System Usług Elektronicznych (SUE) to system do publikowania i zarządzania usługami elektronicznymi udostępnionymi dla klientów JST w postaci portalu www. Przez szynę danych należy w tym wypadku rozumieć z kolei fragment magistrali komunikacyjnej odpowiedzialny za transmisję danych, wykorzystywany do świadczenia usług telekomunikacyjnych (transmisji danych).

Nadto, w myśl WD12 ppkt 2, wykonawca będzie świadczył usługę transmisji danych w oparciu o sieć IP/MPLS wykonawcy na bazie własnych łączy dostępowych routerów CE zainstalowanych w miejscach wskazanych przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę treść postanowienia WD1 oraz fragment WD12 zauważyć należy, iż Zamawiający wymaga od wykonawców, aby wykonywali usługi transmisji danych wyłącznie na własnej infrastrukturze. Określenia „infrastruktura wykonawcy” oraz „własne łącza” wskazują wyraźnie na wymóg dysponowania prawem własności do infrastruktury, za pomocą której będą świadczone usługi transmisji danych. Tym samym, Zamawiający w sposób zupełnie nieuzasadniony wyklucza możliwość dysponowania jakimkolwiek innym tytułem prawnym do infrastruktury, za pomocą której realizowane mają być przedmiotowe usługi, w tym tytułem uprawniającym do korzystania z infrastruktury należącej do innego niż wykonawca operatora telekomunikacyjnego, jak np. powszechna na rynku telekomunikacyjnym dzierżawa łączy.

Podkreślenia wymaga, iż skonstruowanie takiego wymagania pozbawione jest jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia, a nadto stanowi o niezrozumieniu istniejących realiów rynku usług telekomunikacyjnych i jego specyficznych uwarunkowań i właściwości.

Podkreślić trzeba bowiem, iż operatorzy telekomunikacyjni, świadcząc usługi telekomunikacyjne, wykorzystują nie tylko własną infrastrukturę telekomunikacyjną, ale także infrastrukturę należącą do innych operatorów, dysponując nią na podstawie innych niż własność tytułów prawnych. Instrument udostępniania infrastruktury telekomunikacyjnej przez operatorów telekomunikacyjnych nie podlega przy tym jedynie regułom wolnego rynku, lecz został usankcjonowany przez ustawodawcę w dziale II, Rozdziale II ustawy – Prawo telekomunikacyjne (pt).

W pierwszej kolejności podnieść należy, iż zgodnie z art. 2 pkt. 41 pt, świadczeniem usług telekomunikacyjnych jest: (i) wykonywanie usług za pomocą własnej sieci, (ii) z wykorzystaniem sieci innego operatora lub (iii) sprzedaż we własnym imieniu i na własny rachunek usługi telekomunikacyjnej wykonywanej przez innego dostawcę usług.

Celem zapewniania powszechnego dostępu telekomunikacyjnego przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, ustawodawca uregulował w dziale II, rozdziale II pt tzw. kwestie tzw. dostępu telekomunikacyjnego. Stosownie do brzmienia art. 2 pkt 6 pt, przez *dostęp*

telekomunikacyjny rozumie się korzystanie z urządzeń telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub usług świadczonych przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, na określonych warunkach, w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych, w tym świadczenia za ich pomocą usług świadczonych drogą elektroniczną lub usług dostarczania nadawanych treści.

Zgodnie z podstawową zasadą dostępu telekomunikacyjnego zawartą w art. 26 a) pt, *operator publicznej sieci telekomunikacyjnej **jest obowiązany do prowadzenia negocjacji o zawarcie umowy o dostępie telekomunikacyjnym** w zakresie połączenia sieci oraz w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, którego obowiązek zapewnienia wynika z nałożonych na tego operatora obowiązków regulacyjnych, na wniosek innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w celu świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych oraz zapewnienia interoperacyjności usług.*

Naruszenie obowiązku wynikającego z art. 26a) pt poprzez niepodjęcie negocjacji lub odmowę prowadzenia negocjacji upoważnia przedsiębiorcę do wystąpienia do Prezesa UKE o wydanie decyzji administracyjnej. Jest to główny środek służący wymuszeniu dostępu telekomunikacyjnego. Naruszenie obowiązku prowadzenia negocjacji w zakresie połączenia sieci może być podstawą do nałożenia przez Prezesa UKE kary pieniężnej na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 12 pt.

Zauważyć należy, iż regulacje prawa telekomunikacyjnego mają na celu zagwarantowanie realnej konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych, która sprzyja nie tylko rozwojowi przedsiębiorstw telekomunikacyjnych, ale prowadzi również do podniesienia poziomu świadczonych usług i obniżenia cen rynkowych. Celem tych regulacji jest wszakże otwarcie konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych, a zatem przeciwdziałanie zjawisku monopolizacji. Wymienione powyżej wymagania Zamawiającego stoją natomiast w sprzeczności z powyższym celem, w sposób oczywisty ograniczając uczciwą konkurencję w Postępowaniu.

W ocenie Odwołującego Wykonawca winien mieć swobodę co do możliwości świadczenia usług Zamawiającemu z wykorzystaniem cudzej infrastruktury lub pozyskania własnej. Zamawiający nie może wymagać od wykonawcy opierania się wyłącznie na infrastrukturze własnej, gdyż takie rozwiązanie utrudnia możliwość wzięcia udziału w Postępowaniu wykonawcy nieposiadającemu własnej infrastruktury w lokalizacjach, do

których odnosi się Zamówienie. Jak ponadto słusznie zauważa Izba¹ należy dawać „możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotom, które dotychczas świadczyły tego rodzaju usługi telekomunikacyjne na rzecz zamawiającego i posiadają pełną infrastrukturę sieciową, jak i tym wykonawcom, którzy w celu realizacji umowy muszą zawrzeć umowy dzierżawy łączy z ich właścicielami bądź chcieliby zainstalować własną infrastrukturę”. Gwarancją zachowania konkurencyjności Postępowania jest zatem pozostawienie wykonawcy alternatywy: pozyskania infrastruktury istniejącej lub wybudowanie własnej (o ile nie można jej pozyskać). Zmuszanie wykonawcy do wykonywania usług za pomocą własnej infrastruktury telekomunikacyjnej nie znajduje uzasadnienia.

Należy pamiętać, iż ustawa Prawo telekomunikacyjne w żaden sposób nie różnicuje sposobów świadczenia usług telekomunikacyjnych. Ustawa nakazuje jedynie operatorowi telekomunikacyjnemu utrzymanie usługi o określonej jakości. Dla odbiorcy końcowego nie powinno mieć znaczenia, w jaki, dostępny na rynku sposób, usługa jest realizowana o ile wypełnia ona zakładane wymogi jakościowe i ilościowe. Zamawiający określa wymogi, jakim ma odpowiadać efekt prawidłowego wykonania usługi, natomiast ustalenie sposobu i środków niezbędnych dla jej zrealizowania należy do przyszłego wykonawcy, gdyż czynniki te mają wpływ na przebieg i koszty jej wykonania (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 sierpnia 2004r. sygn. akt UZP/ZO/0-1363/04). To wykonawcy prowadzący profesjonalną działalność telekomunikacyjną są w stanie lepiej określić rodzaj rozwiązań właściwy dla potrzeb Zamawiającego.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż Zamawiający wymagając, aby wszystkie łącza dostępne, za pomocą których wykonawca będzie świadczył usługi transmisji danych, **były jego własnością**, dokonał opisu przedmiotu zamówienia **w sposób utrudniający uczciwą konkurencję na rynku telekomunikacyjnym**. Wykonawcy chcący zrealizować przedmiotowe Zamówienie nie mogą bowiem korzystać z łączy dostępowych należących do innych operatorów komunikacyjnych np. na podstawie umowy dzierżawy, lecz powinni posłużyć się własnymi łączami, w związku z czym zmuszeni będą przeprowadzić w tym celu inwestycje mające na celu stworzenie własnej infrastruktury.

Jednocześnie, nie istnieje żaden - faktyczny lub prawny - interes w formułowaniu przedmiotowego wymogu po stronie Zamawiającego. Zamawiający jest bowiem

¹ Wyrok KIO z dnia 12 lipca 2010 roku Sygn. KIO/UZP 1246/10

wyłącznie zainteresowany w terminowym uzyskaniu określonej usługi telekomunikacyjnej o odpowiedniej jakości. Nie ma zatem żadnego znaczenia, czy usługa jaką świadczy Zamawiającemu wykonawca jest wykonywana przy pomocy łącza własnego, czy też dzierżawionego. Rażące ograniczenie konkurencji wynikające z ww. zapisów nie jest zatem w najmniejszy sposób równoważone jakimkolwiek, uzasadnionym interesem Zamawiającego.

Tym samym, wskazane postanowienia pkt 9.6 SOPZ stanowią naruszenie art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 2 PZP, uniemożliwiając lub znacząco utrudniając złożenie konkurencyjnych ofert zainteresowanym realizacją zamówienia wykonawcom. Zamawiający nie uwzględnił w SIWZ szczególnych warunków funkcjonowania rynku regulowanego, jakim jest rynek usług telekomunikacyjnych.

W świetle powyższego Odwołujący domaga się modyfikacji powyższego postanowienia poprzez usunięcie wymagania korzystania z własnej infrastruktury telekomunikacyjnej przy wykonywaniu usług telekomunikacyjnych.

IV. POSIADANIE CO NAJMNIJ 5-LETNIEGO DOŚWIADCZENIA NA RYNKU POLSKIM

Zgodnie z wymaganiem wskazanym w pkt 9.6 SOPZ, w Tabeli nr 29 (*Parametry minimalne centralnej szyny danych oraz minimalny zakres usług bezpieczeństwa transferu danych*), WD13: *Wykonawca musi posiadać co najmniej 5 letnie doświadczenie w prowadzeniu centrum monitoringu i obsługi incydentów (SOC) na polskim rynku w zakresie związanym z identyfikacją i obsługą incydentów w obszarze cyberbezpieczeństwa. Zważyć należy, iż ww. wymaganie stanowi fragment Opisu przedmiotu zamówienia.*

W ocenie Odwołującego ww. wymóg, w zakresie w jakim odwołuje się wyłącznie do rynku polskiego narusza art. 29 ust. 2 i ust. 3 PZP w zw. z art. 7 ust.1 i ust.1 a) PZP. Nadto, sposób jego redakcji narusza również art. 22 ust.1 b PZP w zw. z art. 40 pkt. 7 PZP w zw. z art. 7 ust.1 PZP.

Odwołujący podnosi, iż podstawowe zasady opisywania przedmiotu zamówienia określają przepisy art. 29 – 31 PZP. W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż przedmiot

zamówienia trzeba opisać w sposób precyzyjny: jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, przy uwzględnieniu wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust.1 PZP). Nadto, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję ani poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów (art. 29 ust. 3 PZP). Powyższe stanowi zasadę neutralności opisu przedmiotu zamówienia.

Przepis art. 29 ust. 2 PZP stanowi uszczegółowienie zasady uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 PZP, jako reguły o charakterze fundamentalnym dla reżimu zamówień publicznych, wprowadzając zakaz określania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w tym zakaz dyskryminacji wykonawców (obowiązek równego traktowania). Powyższe oznacza konieczność eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób czy konkretnego wykonawcę.

Jednocześnie, z ustalonej linii orzeczniczej TSUE wynika, że w świetle prawa unijnego zakazana jest zarówno bezpośrednia dyskryminacja podmiotów ze względu na przynależność państwową, ale także wszelkie przejawy dyskryminacji pośredniej. Przy czym wyjaśnia się, iż dyskryminacja pośrednia może polegać na ustaleniu warunków pod względem prawnym znajdujących zastosowanie bez rozróżnienia na pochodzenie podmiotów, niemniej pod względem faktycznym łatwiejszych do spełnienia przez podmioty pochodzące z państwa przyjmującego. W tym kontekście powołać można np. wyrok TSUE z dnia 25 października 2007 r. ws. C-464/05 Geurts, w którym orzeczono: „W rzeczywistości bowiem z orzecznictwa Trybunału wynika, że w dziedzinie swobody przedsiębiorczości zasady równego traktowania zakazują nie tylko jawnej dyskryminacji opartej na przynależności państwowej lub, w odniesieniu do spółek, na siedzibie, lecz również inne, ukryte formy dyskryminacji, które posługując się innymi kryteriami rozróżnienia, prowadzą do tego samego skutku (wyrok z dnia 19 września 2000 r. w sprawie C-156/98 Niemcy przeciwko Komisji, Rec. str. I-6857, pkt 83, i przywołane tam orzecznictwo). (...) Sporne w postępowaniu przed sądem krajowym uregulowanie ustanawia jako przesłankę przyznania przewidzianej przez nie korzyści zatrudnianie przez określony okres określonej liczby pracowników na terytorium danego państwa

członkowskiego, która to przesłanka bezspornie może być o wiele łatwiej spełniona przez spółkę posiadającą już siedzibę w tym państwie członkowskim”.

Powyższe znajduje również potwierdzenie w szeregu opinii rzeczników generalnych, w których podsumowano dotychczasowe orzecznictwo na temat dyskryminacji pośredniej w odniesieniu do swobód traktatowych oraz zamówień publicznych². Oznacza to, że dopuszczalność stosowania takich kryteriów (stanowiących dyskryminację zarówno bezpośrednią jak i pośrednią) w zamówieniach publicznych należy rozumieć w sposób restrykcyjny.

Również w doktrynie podnosi się, iż zasada równego traktowania wykonawców „nie pozwala faworyzować ani dyskryminować wykonawców z jakiegokolwiek powodu, poza rygorami przewidzianymi dla zapewnienia uczciwej konkurencji. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w takiej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wszystkich wykonawców³¹. Zamawiający jest związany wymaganiami postawionymi wykonawcom i przy ocenie musi stosować te same kryteria wobec nich.”³. Nie budzi zatem żadnych wątpliwości fakt, iż wymóg SIWZ stawiający w uprzywilejowanej pozycji państwa posiadające siedzibę w Polsce, ewidentnie dyskryminuje pozostałych wykonawców. Dyskryminujące i w związku z tym bezprawne są bowiem wszelkie warunki, które pod względem faktycznym pozostają łatwiejsze do spełnienia przez podmioty pochodzące z jednego państwa członkowskiego, nawet jeśli formalnie nie odnoszą się one do pochodzenia bądź miejsca siedziby wykonawcy. Należy przy tym podkreślić, że polskie organy stosujące prawo krajowe obowiązane są dokonywać jego wykładni w zgodzie z normami prawa unijnego (obowiązek wykładni prounijnej wynika z wyroku TSUE ws. 14/83 Von Colson). Dlatego też taką samą treść należy przypisać zakazowi dyskryminacji ustanowionemu w art. 7 ust. 1 PZP.

Niezależnie od naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, ww. wymóg narusza również zasadę proporcjonalności. W orzecznictwie wskazuje się, iż środek służący ochronie wskazanego celu jest proporcjonalny, jeśli jest konieczny i adekwatny, tzn. nie istnieje żaden inny środek, który jest w stanie zagwarantować równie skutecznie realizację zamierzonego celu i nie wykracza poza to, co jest niezbędne dla jego

² Zob. Opinie rzeczników generalnych: Geelhoed ws. C-452/01 Ospelt, pkt 124; Jacobsa ws. C-147/03 Komisja przeciwko Austrii, pkt 20; Saugsmansgaard Oe ws. C-52/16 i C-113/16 SEGRO, pkt 70-71.

³ Komentarz do art. 7 Prawa zamówień publicznych, Pieróg 2017, wyd.14./Legalis.

osiągnięcia⁴. W sposób wprost wynikający z prawa unijnego⁵ zasadę proporcjonalności definiuje Krajowa Izba Odwoławcza w bogatym orzecznictwie odnoszącym się do tej kwestii: „W orzecznictwie zamówień publicznych wskazuje się na obowiązek przestrzegania zasady proporcjonalności, zgodnie z którą ingerencja w konkurencyjność postępowania powinna następować w jak najmniejszym, obiektywnie uzasadnionym stopniu. Działanie zamawiającego musi podlegać analizie pod kątem zgodności z zasadą proporcjonalności, co oznacza, że zastosowanie tego przepisu może być usprawiedliwione tylko w takim zakresie, w jakim osiągnięcie celu nie może być równie skuteczne za pomocą środków mniej ograniczających uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców”⁶.

W świetle orzecznictwa KIO zasada proporcjonalności oznacza, że wszelkie opisane przez zamawiającego warunki muszą być uzasadnione, w tym wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania⁷. Proporcjonalność warunku należy w związku z tym rozumieć jako opisanie go na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie wprowadza zaś - nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy - ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. W tym kontekście należy zwrócić uwagę przede wszystkim na brak adekwatności przyjętego wymogu względem uzasadnionych interesów Zamawiającego. Nie istnieje bowiem przekonujące uzasadnienie dla przyjęcia, iż tylko doświadczenie nabyte w realizacji usług na terenie Rzeczypospolitej Polskiej może gwarantować Zamawiającemu należyty standard, jakość, rzetelność i terminowość w wykonaniu Zamówienia.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, iż treść zaskarżonego postanowienie pkt 9.6 SOPZ, WD13 nie ma charakteru przedmiotowego, lecz podmiotowy. Zasadniczo nie odnosi się on bowiem do cech i właściwości przedmiotu zamówienia, tylko do właściwości wykonawcy (jego doświadczenia). Tymczasem warunki odnoszące się do zdolności

⁴ C-456/10 ANETT, pkt 45; C-333/14 Scotch Whisky Association, pkt 33 oraz przytoczone tam orzecznictwo.

⁵ Zob. w tym względzie chociażby wyroki: z dnia 27 kwietnia 2017 r. o sygn. KIO 697/17; z dnia 7 czerwca 2017 roku, sygn. KIO 1043/17.

⁶ Wyrok KIO z dnia 13 marca 2017 r., sygn. KIO 325/17. Zob. także uchwałę KIO/KD 3/11 oraz wyroki KIO: z dnia 19 maja 2016 r. w sprawie 712/16, z 7 października 2013 r. w sprawie 2184/13.

⁷ Wyrok z dnia 27 kwietnia 2017 r. sygn. KIO 697/17.

technicznych wykonawcy - regulowane w art. 22 ust.1 lit. b PZP - zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 41 pkt. 7 PZP), czego Zamawiający nie uczynił. Nie wskazał również ww. warunku w treści pkt. V Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (odnoszących się do warunków udziału). Warunek ten – w sposób spreczny z jego rzeczywistym charakterem – został umieszczony w *Opisie przedmiotu zamówienia*. Powyższe budzi istotne wątpliwości interpretacyjne. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą mieć istotne wątpliwości dotyczące charakteru ww. warunku i konsekwencji jego nie dotrzymania. Powyższa niejasność stoi w sprzeczności z zasadą transparentności i przejrzystości postępowania wyrażonej w art. 7 ust.1 PZP, która jest gwarantem zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

V. CIĘŻAR DOWODU

Reasumując powyższe zarzuty należy dodać, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w sposób omówiony powyżej naruszył zasadę uczciwej konkurencji uniemożliwiając lub też bezzasadnie utrudniając złożenie oferty wykonawcom gotowym i należycie przygotowanym do wykonywania świadczeń objętych przedmiotem niniejszego postępowania.

Podsumowując powyższe rozważania należy także zauważyć, iż rolą wykonawcy w postępowaniu odwoławczym jest jedynie uprawdopodobnienie naruszenia zasady uczciwej konkurencji, jak bowiem zauważa Izba⁸: „*Odwołujący na gruncie art. 29 ust. 2 ustawy nie ma obowiązku wykazania, a więc udowodnienia ponad wszelką wątpliwość, że opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez zamawiającego utrudnia uczciwą konkurencję. Taki bowiem dowód mógłby być albo bardzo trudny do przeprowadzenia, albo wręcz niemożliwy. (...) ustawodawca przewidział, że wystarczające będzie uprawdopodobnienie przez wykonawcę powołującego zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy, że czynności zamawiającego utrudniają uczciwą konkurencję. To uprawdopodobnienie sprowadza się do wykazania (a więc udowodnienia), jedynie tego, że to odwołujący nie może złożyć oferty na warunkach uczciwej konkurencji w skutek dokonanego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Obowiązek dowodowy obciążający odwołującego został zatem w tym przypadku znacznie zawężony i ograniczony jedynie do dowodów, które są Odwołującemu znane i dla niego bez trudności*

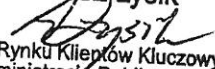
⁸ Wyrok KIO z dnia 21 marca 2011 r. Sygn. akt: KIO 470/11



dostępne. Dopiero takie uprawdopodobnienie otwiera drogę do przeniesienia na Zamawiającego ciężaru dowodu przeciwnego, że nie utrudnił uczciwej konkurencji poprzez opis przedmiotu zamówienia, gdyż ofertę jest w stanie złożyć więcej niż jeden wykonawca, którego Odwołujący wskazuje jako preferowanego."

Nie budzi wątpliwości fakt, iż szerokie wywody zaprezentowany w niniejszym odwołaniu dotyczące zapisów SIWZ co najmniej należyście uprawdopodobniają fakt naruszenia przez Zamawiającego uczciwej konkurencji w postępowaniu.

W tym stanie rzeczy, wobec zasadności zarzutów odwołania, NETIA wnosi i wywodzi jak w petitum odwołania.

Arkadiusz Łysik

Dyrektor Rynku Klientów Kluczowych
Administracja Publiczna
Netia S.A.

(podpis Odwołującego)

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
2. dowód przesłania kopii odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu,
3. odpis z KRS Odwołującego,
4. pełnomocnictwo wraz z opłatą skarbową.