Sygn. akt: KIO 2457/18

WYROK

z dnia 10 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 6 grudnia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2018 r. **przez odwołującego**: T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Skarb Państwa - Państwowy Instytut Geologiczny - Państwowy Instytut Badawczy, ul. Rakowiecka 4, 00-975 Warszawa

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu wykreślenie w pkt 1 lit. e Opisu Przedmiotu Zamówienia (ostatni akapit nad śródtytułem *dzierżawa ciemnych włókien światłowodowych*) obowiązku udostepnienia przez wykonawcę na czas trwania umowy adresacji IP w postaci IP1 klasy C (maska /24) IPv4 typu Provider Independent w terminie do dwóch tygodni przed datą uruchomienia usługi oraz wykreślenie § 1 ust.4 Istotnych Postanowień Umowy i postanowień OPZ regulujących sprzedaż zamawiającemu prawa do korzystania z adresacji IP w RIPE.
2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Państwowy Instytut Geologiczny - Państwowy Instytut Badawczy, ul. Rakowiecka 4, 00-975 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa tytułem wpisu od odwołania

2.1. zasądza od Skarb Państwa - Państwowy Instytut Geologiczny - Państwowy Instytut Badawczy, ul. Rakowiecka 4, 00-975 Warszawa kwotę 11.100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) na rzecz T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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: ……..……

<u>Uzasadnienie</u>

Odwołujący, którym jest T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie dalej przywoływany jako „T-Mobile ” lub „ Odwołujący”, korzystając z art. 180 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, wniósł odwołanie.

Odwołanie zostało wniesione na postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dalej przywoływanych jako „SIWZ”

Postępowanie, w którym wniesiono odwołanie prowadzi Państwowy Instytut Geologiczny - Państwowy Instytut Badawczy zwany w dalszym ciągu „zamawiającym”.

Przedmiotem zaskarżonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego jest „Świadczenie usługi dostępu do Internetu oraz sieci korporacyjnej obejmującej Warszawę i Oddziały FIG - PIB oraz dzierżawa ciemnego światłowodu pomiędzy budynkami PIG - PIB zlokalizowanymi przy ul Jagiellońskiej 76 i Rakowieckiej 4 na okres 24 miesięcy” o numerze referencyjnym: NZ-240-61/2018.

Zamawiający opublikował ogłoszenie o tym zamówieniu w dniu 23 listopada 2018 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 652560-N-2018.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie w załączniku nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia dalej przywoływanego jako „OPZ” oraz w załączniku nr 2 do SIWZ Istotne postanowienia umowy dalej przywoływanego jako „IPU” opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w zakresie, w jakim zamawiający:

1.w pkt 3.2 oraz pkt 4 SIWZ określił sztywny termin (poprzez wskazanie konkretnej daty dziennej) rozpoczęcia świadczenia usługi dostępu do Internetu oraz sieci korporacyjnej (w analogiczny sposób termin został określony w §1 ust.1 i ust. 2 IPU;

2.w pkt 1 lit. e) OPZ, wymaga udostępnienia przez wykonawcę na czas trwania Umowy adresacji IP w postaci 1 klasy C (maska /24) IPv4 typu Provider Independent w terminie do dwóch tygodni przed datą uruchomienia usługi. Po zakończeniu Umowy Zamawiający będzie miał możliwość nabyć na zasadach określonych w Umowie prawa do korzystania z adresacji IP w RIPE. Warunki sprzedaży, w tym kwota za którą mają być sprzedane prawa do korzystania z adresacji IP zostały określone w §1 ust. 4 IPU;

3. zastrzegł sobie prawo do ograniczenia przedmiotu Umowy, polegającego na zmniejszeniu liczby lokalizacji sieci wymienionych w załączniku nr 2 do Umowy (ofercie wykonawcy) skutkującego zmniejszeniem wynagrodzenia wykonawcy, bez jednoczesnego określenia zakresu możliwych zmian (procentowej lub liczbowej granicy tych zmian), co powoduje że wykonawca nie ma pewności jaki zakres zamówienia rzeczywiście zrealizuje oraz jakie wynagrodzenie osiągnie z tytułu realizacji przedmiotu umowy, a w konsekwencji czy pozwoli ono na pokrycie kosztów realizacji zamówienia (§7 wzoru umowy).

W związku z tak sformułowanymi zarzutami odnoszącymi się do treści SIWZ w szczególności określonych powyżej postanowień OPZ jak i IPU odwołującywniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ oraz załączników do SIWZ, poprzez:

1. określenie momentu rozpoczęcia świadczenia usług poprzez wskazanie, że wykonawca będzie zobowiązany do rozpoczęcia świadczenia usług w terminie 4 miesięcy od dnia podpisania umowy, a usługa będzie świadczona przez okres 24 miesięcy od momentu rozpoczęcia świadczenia usług (pkt 3.2, pkt 4 SIWZ oraz §1 ust 1 i ust. 2 IPU);

2. wykreślenie w pkt 1 lit. e) OPZ (ostatni akapit nad śródtytułem dzierżawa ciemnych włókien światłowodowych) obowiązku udostępnienia przez wykonawcę na czas trwania umowy adresacji IP w postaci 1 klasy C (maska /24) IPv4 typu Provider Independent w terminie do dwóch tygodni przed datą uruchomienia usługi oraz §1 ust. 4 IPU i postanowień OPZ regulujących możliwość sprzedaży zamawiającemu prawa do korzystania z adresacji IP w RIPE

ewentualnie

zmodyfikowanie ostatniego akapitu pkt 1 lit. e) OPZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Na czas trwania Umowy Wykonawca udostępni również Zamawiającemu adresację IP w postaci 1 klasy C (maska/24) IPv4 typu Provider Aggregatable w terminie do dwóch tygodni przed datą uruchomienia usługi. Po zakończeniu Umowy adresacja wraca do wykonawcy (po zakończeniu Umowy Zamawiający nie nabywa prawa do korzystania z adresacji IP udostępnionej przez wykonawcę). ”

a w konsekwencji wykreślenie §1 ust. 4 IPU.

3. wykreślenie §7 IPU ewentualnie wprowadzenie procentowej lub liczbowej granicy zmian polegających na możliwości ograniczenia przedmiotu umowy.

Co do zachowania terminu i wymogów formalnych odwołania.

1.Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 listopada 2018 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 652560-N-2018. W tym samym dniu na stronie internetowej Zamawiającego zamieszczona została specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Niniejsze odwołanie jest zatem odwołaniem wniesionym z zachowaniem terminu ustawowego określonego w art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp w terminie 5 dni.

2. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

Co do interesu i szkody.

Odwołujący powołuje się na interes we wniesieniu odwołania. Według niego w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęta odwołaniem czynność zamawiającego uniemożliwia odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia może okazać się niemożliwy. Uważa, iż uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionego przez zamawiającego nadmiernie rygorystycznego i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, w tym odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Wskazuje nadto, iż objęta odwołaniem czynność zamawiającego prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu

złożenia oferty i ubiegania się o zamówienie i uzyskania zamówienia. Odwołujący uważa, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z ustawą ww. czynność zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwości udziału odwołującego w postępowaniu.

Reasumując odwołujący uważa, że zaskarżone postanowienia są nadmiernie rygorystyczne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i skutkują ograniczeniem kręgu potencjalnych wykonawców, w tym odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Poza tym zaskarżona czynność jest sprzeczna z ustawą.

Odwołujący przedstawił uzasadnienie zarzutów jak i żądań jak poniżej.

I.Odnośnie zarzutu wskazania przez zamawiającego sztywnego terminu rozpoczęcia świadczenia usług.

1.W pkt 4 SIWZ, Zamawiający określił, że zamówienie będzie realizowane od daty zawarcia umowy, usługa dostępu do Internetu oraz sieci korporacyjnej będzie świadczona nie wcześniej niż od 01.01.2019 r. do dnia 31.12.2020 r. Stosownie do pkt 3.2 SIWZ, przedmiot zamówienia obejmuje we wszystkich lokalizacjach wskazanych w pkt. 3.1:

„3.2.1. Realizację usług wraz z aktywacją, instalacją i konfiguracją urządzeń, które posiada zamawiający, przeprowadzeniem testów oraz uruchomieniem łączy sieci korporacyjnej na wyłączne stosowanie zamawiającego w terminie min. trzech dni roboczych przed datą rozpoczęcia świadczenia usługi wyznaczoną na:

3.2.2.Uruchomienie usługi sieci korporacyjnej min. trzy dni robocze przed datą rozpoczęcia świadczenia usługi wyznaczoną na 01.01.2019 r.,

3.2.3.Zapewnienie i utrzymanie łączy korporacyjnych (w tym świadczenie pomocy technicznej) w okresie od 01.01.2019 r. do 31.12.2020 r. "

2. Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Termin rozpoczęcia świadczenia usług jest jednym z elementów opisu przedmiotu zamówienia, dlatego Zamawiający musi ten termin ustalić z uwzględnieniem wskazanych w art. 29 ust. 1 Pzp wymagań i okoliczności mających wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejsze zobowiązania wynikające z zawartej umowy (tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2017-08-02, KIO 1488/17).

3. Określenie przez Zamawiającego sztywnych terminów odnoszących się do realizacji przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie konkretnej daty kalendarzowej stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Wykonawca zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu nie ma wiedzy, co do tego kiedy zakończy się postępowanie, a co za tym idzie, kiedy zostanie podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego.

4. Takie działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne, gdyż uniemożliwia wykonawcy należyte przygotowanie się do świadczenia usług i naraża go na obowiązek zapłaty kar umownych. Zgodnie bowiem z §10 ust. 1 pkt 1 IPU Wykonawca będzie zobowiązany do zapłacenia Zamawiającemu kary umownej w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego brutto za niewykonanie lub zwłokę w oddaniu Przedmiotu Umowy za każdy dzień zwłoki licząc od dnia następnego po upływie daty odbioru końcowego Przedmiotu Umowy.

5. Operator telekomunikacyjny potrzebuje odpowiedniego czasu na przygotowanie do świadczenia usługi (stworzenie możliwości technicznych realizacji zamówienia). Budowa łączy telekomunikacyjnych, czy też ich pozyskiwanie z zasobów innych operatorów telekomunikacyjnych jest procesem czasochłonnym i wiąże się z podjęciem przez wyspecjalizowanych pracowników wykonawcy szeregu działań, w tym wydzierżawienia lub zestawienia łączy. Przy czym, nie można wymagać od wykonawcy, aby podjął te działania przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

6. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 listopada 2018 r. (piątek). Wyznaczony przez Zamawiającego termin składania ofert przypada na dzień 3 grudnia 2018 r. Tym samym, pomiędzy ogłoszeniem postępowania, a składaniem ofert jest tylko 5 dni roboczych. W tym okresie wykonawca musi przygotować ofertę i dostarczyć ją Zamawiającemu. Zakładając, że termin składania ofert nie ulegnie zmianie, a Zamawiający nie będzie musiał kierować żadnych dodatkowych wezwań poza wezwaniem do uzupełnienia dokumentów skierowanym do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona oraz będzie dokonywał wszystkich czynności w terminie jednego dnia, umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie mogła zostać zawarta najwcześniej w dniu 18 grudnia 2018 r. Jeśli umowa rzeczywiście zostanie zawarta w tym terminie, to do rozpoczęcia świadczenia usług pozostaje jedynie 13 dni.

7.Zgodnie z pkt 1 lit. a) OPZ (drugi akapit) Wykonawca musi dostarczyć podsieć 6 adresów publicznych (maska sieci

/29) dla urządzeń brzegowych Zamawiającego (tzw. przełączeniówka) w terminie do dwóch tygodni przed datą uruchomienia usługi. Tym samym czas jaki pozostanie wykonawcy na przygotowanie do świadczenia usług, już nawet przy najbardziej optymistycznych założeniach, nie pozwoli na zrealizowanie poszczególnych elementów zamówienia w wyznaczonych przez Zamawiającego terminach.

8. Niemożliwym jest dotrzymanie sztywnych terminów określonych przez Zamawiającego w sytuacji, gdy de facto wykonawca nie posiada informacji, kiedy zostanie zwarta umowa w sprawie zamówienia publicznego i jaki czas pozostanie mu na przygotowania do świadczenia usług, a jednocześnie Zamawiający określił szereg obowiązków, które wykonawca musi zrealizować przed rozpoczęciem świadczenia usługi.

9. Sztywne określenie początkowej fazy realizacji zamówienia w nieuzasadniony sposób preferuje tych spośród dostawców usług, którzy już świadczą usługi we wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach, gdyż nie potrzebują oni dodatkowego czasu na przygotowanie do uruchomienia usługi. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający nie jest uprawniony do powoływania się na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, gdyż wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji zbyt późnego wszczęcia postępowania przez zamawiającego.

10. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia powinien uwzględnić istniejące realia rynkowe oraz potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu tak, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której dochodzi do zawężenia kręgu wykonawców poprzez nieuzasadnione w obiektywny sposób postanowienia SIWZ. Nie można dopuścić do sytuacji, w której to opis przedmiotu zamówienia, a nie zaoferowane w postępowaniu ceny, zdecydują komu Zamawiający udzieli zamówienia. Powyższe działanie Zamawiającego ma miejsce na etapie poprzedzającym składanie ofert, w konsekwencji czyni z opisu przedmiotu zamówienia quasi warunek udziału w postępowaniu. Cel, który zamierza osiągnąć Zamawiający przeprowadzając przedmiotowe postępowanie (tj. uzyskanie świadczenia usługi sieci korporacyjnej) nie uzasadnia takiego ograniczenia.

II.Drugi zarzut dotyczy udostępnienia adresacji IP typu Provider Independent.

1. Zgodnie z pkt 1 lit. e) OPZ (ostatni akapit nad śródtytułem dzierżawa ciemnych włókien światłowodowych) Zamawiający wymaga udostępnienia przez wykonawcę na czas trwania Umowy adresacji IP w postaci 1 klasy C (maska /24) IPv4 typu Provider Independent w terminie do dwóch tygodni przed datą uruchomienia usługi. Po zakończeniu Umowy Zamawiający będzie miał możliwość nabyć na zasadach określonych w Umowie prawa do korzystania z adresacji IP w RIPE. W tym przypadku Zamawiający zawrze z Wykonawcą odrębne porozumienie w trakcie trwania Umowy.

2. W §1 ust. 4 IPU wskazano, że po wygaśnięciu Umowy Zamawiający ma prawo nabyć prawa do korzystania z adresacji IP (1 klasa C typu Provider Independent) udostępnionej Zamawiającemu na czas trwania Umowy, a Wykonawca zobowiązuje się Zamawiającemu te prawa sprzedać za symboliczną kwotę tj. za cenę 1 zł netto plus podatek od towarów i usług, na podstawie osobnej umowy między Zamawiającym a Wykonawcą, zgodnie z warunkami i zasadami Reseaux IP Europeens NetWork Coordination Centre, spółki zawiązanej według prawa holenderskiego, uprawnionej do przydzielania Internetowych zasobów numerycznych.

3. Z informacji publikowanych przez Reseaux IP Europeens NetWork Coordination Centre wynika, że z powodu wyczerpania zasobów adresacji IP typu Provider Independent, adresacja ta nie jest już dłużej przyznawana. W związku z powyższym, żaden z potencjalnych wykonawców nie jest w stanie zapewnić jej Zamawiającemu na czas trwania umowy, a następnie sprzedać praw do korzystania z niej po zakończeniu obowiązywania umowy. Świadczenie wymagane przez Zamawiającego jest niemożliwe do spełnienia, a zatem żądanie usunięcia tego elementu przedmiotu zamówienia ewentualnie zmodyfikowania go poprzez dopuszczenie zapewnienia przez wykonawcę adresacji IP typu Provider Aggregatabe należy uznać za uzasadnione.

III.Odnośnie zarzutu zastrzeżenia po stronie Zamawiającego uprawnienia do ograniczenia przedmiotu umowy.

1. Opis przedmiotu zamówienia został określony przez Zamawiającego w pkt 3 SIWZ. W pkt 3.3 tego postanowienia SIWZ, Zamawiający wskazał, że ,,szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia został określony w:

-załączniku nr 1 do SIWZ -„Opis przedmiotu zamówienia”,

-załączniku nr 2 do SIWZ - „Istotne postanowienia umowy”,

2. Tym samym, oczekiwania Zamawiającego, co do przedmiotu zamówienia (opis przedmiotu zamówienia) zostały zawarte zarówno w SIWZ, OPZ jak i w IPU. W tych okolicznościach, nie może budzić wątpliwości, że postanowienia §7 IPU regulujące zakres zamówienia, stanowią opis przedmiotu zamówienia, do którego znajdzie zastosowanie art. 29 ust.

1 i ust. 2 Pzp.

3.W §7 ust. 1 IPU Zamawiający zastrzegł sobie prawo do ograniczenia Przedmiotu Umowy, polegającego na zmniejszeniu liczby lokalizacji sieci wymienionych w załączniku nr 2 do umowy, czyli w ofercie wykonawcy. Przesłanki ograniczenia liczby lokalizacji zostały uregulowane w ust. 2 tego postanowienia IPU, w szczególności mogą nimi być:

,, i) zmiany organizacyjne Zamawiającego polegające na likwidacji poszczególnych Oddziałów,

2) zmiany siedzib poszczególnych komórek organizacyjnych Zamawiającego. ”

Wyłączenie danego węzła sieci z Przedmiotu Umowy następuje w terminie 30 dni od daty pisemnego powiadomienia wykonawcy o zmniejszeniu liczby lokalizacji sieci, nie wcześniej jednak niż na koniec miesiąca rozliczeniowego (§7 ust. 3 IPU).

4.W §7 ust. 4 IPU, Zamawiający wskazał, że w przypadku ograniczenia Przedmiotu Umowy, zgodnie z ust. 1 -2, wynagrodzenie określone w §5 ust. 1 Umowy ulega zmniejszeniu o kwotę stanowiącą iloczyn miesięcy pozostałych do zakończenia umowy i kwot abonamentu określonych w danej lokalizacji w Formularzu ofertowym.

5. Formułując przywołane postanowienia IPU, Zamawiający nie określił procentowej lub liczbowej granicy zmian polegających na możliwości ograniczenia przedmiotu umowy, co uniemożliwia należyte oszacowanie ceny ofertowej. Bez tych informacji, Wykonawca nie jest bowiem w stanie ustalić zakresu zamówienia, jaki z pewnością zrealizuje, a w konsekwencji nie jest również w stanie ustalić wysokości wynagrodzenia, jakie otrzyma z tytułu świadczenia usług na rzecz Zamawiającego. Wykonawca musi natomiast zagwarantować realizację zamówienia w pełnym zakresie, a w związku z tym już na początkowym etapie realizacji zamówienia ponieść koszty wynikające z zapewnienia świadczenia usług na rzecz Zamawiającego w pełnym zakresie. Nie mając zagwarantowanego choćby minimalnego zakresu zamówienia, który na pewno zostanie przez niego zrealizowany, wykonawca nie jest w stanie ustalić czy faktycznie zrealizowana część pozwoli na pokrycie poniesionych przez niego kosztów i uwzględnić ryzyka z tym związane w cenie oferty.

6.Zamawiający nie może przerzucać na wykonawcę całego ryzyka gospodarczego związanego z możliwością występowania zmian organizacyjnych po jego stronie. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na fakt, że posłużenie się przez Zamawiającego w §7 ust. 2 IPU sformułowaniem „w szczególności” wskazuje, że nie jest to zamknięta lista przesłanek ograniczenia liczby lokalizacji i Zamawiający w toku realizacji zamówienia może powołać się na inne przesłanki, których wykonawca nie jest w stanie, przy dochowaniu należytej staranności przewidzieć na obecnym etapie postępowania.

IV.Podsumowując odwołujący stwierdza, że jego argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia niniejszego odwołania.

W dniu 6 grudnia 2018 roku zamawiający przedstawił stanowisko w sprawie wniesionego odwołania w piśmie odpowiedz zamawiającego na odwołanie.

Zamawiający w związku z uwzględnieniem odwołania w części I wniósł o umorzenie postępowania. W pozostałym zakresie to jest w części II i III odwołania wniósł o jego oddalenie jako bezpodstawnego. Ponadto zamawiający wniósł o dopuszczenie twierdzeń i dowodów z kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nadesłanej do Izby potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Co do kosztów zamawiający wniósł o zwrot kosztów postępowania w tym zwrot kosztów z tytułu pełnomocnictw.

W pierwszej kolejności zamawiający odnosząc się co do części zarzutów uwzględnionych stwierdził, że powyższe uczynił pismem z dnia 5 grudnia 2018 roku zamieszczając o tym informację na stronie internetowej zamawiającego i przesyłając o tym informacje do odwołującego. Z kolei powiadamiając i powyższym Izbę załączył do pisma odpowiedź na odwołanie załącznik dokument o nazwie Zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia pismo NZ-240-61/2018/793/18/AN. W piśmie tym zmienia termin rozpoczęcia świadczenia usług zgodnie z żądaniem odwołującego zamieszczonym w punkcie III.1 odwołania. Jednocześnie zamawiający informuje, że przesunął termin składania i otwarcia ofert.

Z treści zmiany siwz z dnia 5 grudnia 2018 roku, w związku z wniesionym odwołaniem, wynika co następuje poniżej.

W wyniku dokonanych zmian pkt 3.2 otrzymuje brzmienie:

3.2. Przedmiot zamówienia obejmuje we wszystkich lokalizacjach wskazanych w pkt.3.1.:

3.2.1. Realizację usługi wraz z aktywacją, instalacją i konfiguracją urządzeń, które posiada zamawiający,

przeprowadzeniem testów oraz uruchomieniem łączy sieci korporacyjnej na wyłączne stosowanie zamawiającego w terminie minimum trzech dni roboczych przed datą rozpoczęcia świadczenia usługi tj. do 4 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

3.2.2. Uruchomienie usługi sieci korporacyjnej min. trzy dni robocze przed datą rozpoczęcia świadczenia usługi tj. do 4 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

3.2.3. zapewnienie i utrzymanie łączy korporacyjnych (w tym świadczenie pomocy technicznej) w okresie od daty uruchomienia usługi przez okres 24 miesięcy.

W konsekwencji zmian postanowień siwz w pkt 3.2. dokonano zmian w postanowieniach umowy to jest w § 1 ust.2 umowy zmieniając termin rozpoczęcia świadczenia usług objętych przedmiotem umowy z 30 dni od daty zawarcia umowy do 4 miesięcy od daty zawarcia umowy.

W tym samy kierunku dokonano zmian w załączniku nr 3 do siwz – formularz „oferta' w jego pkt 2 zmieniając termin rozpoczęcia usług objętych przedmiotem umowy z 30 dni do 4 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Wprowadzając powyższe zmiany do SIWZzamawiający zmienił termin składania i otwarcia ofert na dzień 14 grudnia 2018 roku.

Dokonane zmiany siwz w stosunku do poprzedniego jej brzmienia polegają na zmianie terminu rozpoczęcia usługi wyznaczanej od daty zawarcia umowy z 30 dni na 4 miesiące.

Zamawiający dalej odnosząc się do zarzutów i żądań odwołania przedstawił następujące stanowisko w sprawie.

Zamawiający w pkt e OPZ postawił następujący wymóg co do adresacji IP typu PI:

Na czas trwania umowy wykonawca również udostępni zamawiającemu adresację IP w postaci 1 klasy C (maska /24) IPv4 typu Provider Independent w terminie do dwóch tygodni przed datą uruchomienia usługi. Po zakończeniu usługi zamawiający będzie miał możliwość nabyć na zasadach określonych w umowie prawa do korzystania z adresacji IP w RIPE.W tym wypadku zmawiający zawrze z wykonawcą odrębne porozumienie w trakcie trwania umowy.

Zamawiający zawarł powyższy wymóg ponieważ adresacja typu PI (blok adresów IP przyznawanych przez Regional Internet Registry (RIR) bezpośrednio użytkownikowi końcowemu) pozwala uniknąć reorganizacji infrastruktury sieciowej i usług podczas zmiany dostawcy usług. Adresacja typu PA (Provider Aggregatable (zgodna z zaproponowaną zmianą przez Odwołującego) pociąga za sobą: delegację domeny pgi.gov.pl na inne adresy IP, reorganizacje systemu firewall, reorganizacje systemów DNS, konieczność poinformowania blisko współpracujących instytucji o zmianie adresacji i zmiany konfiguracji systemów bezpieczeństwa po ich stronie. Wszystkie te czynności obarczone są ryzykiem chwilowego braku dostępu do zasobów PIG i problemów z komunikacją czy bezpieczeństwem danych Zamawiającego. Powyższe czynności stanowią poważne utrudnienia dla Zamawiającego, dlatego wymagania zawarte w Opisie przedmiotu zamówienia zostały zawarte zgodnie z powyższym pkt e. Podkreślić przy tym należy, iż sieć korporacyjna jest dla PIG-PIB kluczową usługą zapewniającą połączenie pomiędzy oddziałami oraz zapewniającą usługę dostępu do Internetu. Biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający, wykonując zadania państwowej służby geologicznej i państwowej służby hydrogeologicznej, uprawniony jest — i zobowiązany — do udostępniania informacji sektora publicznego, w tym także poprzez zapewnienie zdalnego dostępu do rejestrów i baz danych (w szczególności Centralnej Bazy Danych Geologicznych, Rejestru Obszarów Górniczych, Systemu Gospodarki i Ochrony Bogactw Mineralnych MIDAS), jest t także usługa kluczowa z punktu widzenia interesu publicznego.

Z wiedzy Zamawiającego wynika, że zakup adresacji typu PI (Provider Independent) jest możliwy. Odwołujący słusznie zauważa, że organizacja RIPE NCC (Reseaux IP Europeens Networ Coordimation Centre), która zarządza adresacja IPv4 i IPv6, nie wydaje już bezpośrednio nowych adresów firmom nie będącym LIR (Local Internet Registry), natomiast istnieje rynek wtórny, gdzie firmy (LIR) odsprzedają sobie pule adresów IP. Następnie LIR może (po dwóch latach od zakupu i jego rejestracji w RIPE) odsprzedać adresację stronie trzeciej. Tym samym możliwe jest nabycie adresacji właśnie z rynku wtórnego.

Powyższe zostało potwierdzone przez: 3S S.A., ul. Ligocka 103 bud.8, 40-568 Katowice:

„Potwierdzamy możliwość zakupu praw do korzystania z adresacji publicznej IPv4 typu PI, potwierdzonych wpisem do bazy RIPE.

Aby taka operacja doszła do realizacji konieczne jest znalezienie operatora, wyrażającego chęć pozbycia się Praw do korzystania z takiej adresacji. Minimalny zasób to klasa C lub jej wielokrotność. RIPE wymaga w tym celu:

1.podpisania umowy między stroną pozbywającą się takich praw, a stroną wyrażającą chęć ich nabycia;

2.podpisania przez stronę nabywającą adresację z operatorem telekomunikacyjnym posiadającym status LIR w RIPE umowy zwanej potocznie umową Sponsor LIR na rozgłaszanie takiej adresacji publicznej oraz ewentualne uzyskanie numeru AS.

Cała procedura wymaga aktywnej współpracy zarówno ze strony:

1.Podmiotu pozbywającego się prawa do korzystania z adresacji;

2.podmiotu nabywającego prawa do korzystania z adresacji;

3.operatora posiadającego status LIR

Cala operacja jest w bardzo dużym stopniu uzależniona od RIPE i przy optymalnych warunkach trwa około miesiąca czasu.

Aktualnie można wnioskować do RIPE tylko o przyznanie adresów IP v6. RIPE NCC nie przyznaje już adresów I Pv4 klasy Provider Independent.

Usługa RIPE NCC nie jest usługą samodzielną; jest to usługa dodatkowa możliwa do realizowania razem z usługami zapewniającymi dostęp do Internetu:

•Miejski Ethernet

•Ethernet VPN

•Dorą do Internetu Frame Relay

•Transmisja Danych Frame Relo

Orange jako LIR (Local Internet Registry) może w imieniu swoich klientów występować do RIPE NCC o przyznanie niezależnych zasobów, takich jak systemy autonomiczne (Autonomus System - AS) lub adresy IP klasy Provider Intependent.

Zgodnie z polityką RIPE NCC, w przypadku gdy LIR występuje w imieniu swojego Klienta o przyznanie takich zasobów, wymagane jest podpisanie umowy między LIR'em (Orange) a użytkownikiem końcowym niezależnych zasobów (Klient). Orange stosuje dwa rodzaje umów:

• umowę o pozyskanie i utrzymanie Zasobów Niezależnych Numerów Internetowych

•umowę o przyjęcie do utrzymania lub/ i utrzymanie zasobów niezależnych Numerów Internetowych

Oba rodzaje umów zawierają zapisy wymagane przez RIPE NCC a ich treści nie mogą być zmieniane (nie podlegają negocjacjom).

Uwaga:

Należy pamiętać, że korespondencja z RIPE NCC musi być prowadzona w języku angielskim, zatem Klient zobowiązany jest do wysyłania wszelkich wniosków, maili, załączników itp. W języku angielskim.

Załącznik Informacyjny do umowy również obowiązkowo musi być wypełniony przez Klienta w języku angielskim.

Poniżej link do strony RIPE, z którym warto się zapoznać wypełniając załącznik informacyjny: „Supporting Notes for the Provider Independent (PI) Assignment Request Form" (PI) =

W przypadku przejęcia przez Orange zasobów do utrzymania od innego LIR*a Klient ponosi obydwie opłaty wyszczególnione w tabeli opłat za przejęcie oraz opłatę za utrzymanie.

Powyższa korespondencja została załączona do odpowiedzi na odwołanie.

Zgodnie z informacją zamieszczoną na stronie UZP dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia (.. .) Należy jednak pamiętać, iż określenie przedmiotu zamówienie jest nie tylko obowiązkiem ale także uprawnieniem zamawiającego. Oznacza to, że obowiązek przestrzegania reguł opisywania przedmiotu zamówienia nie stoi w sprzeczności z określeniem przedmiotu zamówienia w sposób uwzgledniający potrzeby zamawiającego. Zachowując bowiem zasady ustawowe zamawiający może tak opisać przedmiot zamówienia, by mu odpowiadał, a jednocześnie nie godził w zasadę uczciwej konkurencji. Wymogu takiego opisania przedmiotu zamówienia, żeby nie utrudniało to uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z koniecznością istnienia zdolności do realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na

rynku w danej branży. Jeżeli bowiem warunki stawiane przez zamawiającego (a wynikające między innymi z opisu przedmiotu zamówienia) znajdują uzasadnienie w świetle celu przedmiotu jakiemu ma służyć przedmiot zamówienia, to nie może być przyczyną ich ograniczenia fakt, że nie każdy produkt czy usługa dostępna na rynku może je spełnić. Powyższe potwierdzają również wyroki:

Sygn. akt KIO 2127/11 z dnia 12 października 2011r. Fakt, że niektórym wykonawcom łatwiej jest spełnić wymagania zamawiającego i łatwiej uzyskać lepszą cenę oferty niż innemu wykonawcy, nie może być traktowany, jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Sygn. akt KIO 2279/17 z dnia 15 listopada 2017 r. zasada wyrażona w przepisie art. 7 pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych wykonawców a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom (tak wyrok KIO 22.03.2012 r., sygn. akt: KIO 471/12). Warto dodać także, że (...) Obowiązek przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust. 1 i 2 1pzp nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzgledniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli to wyklucza możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście potrzeby społeczne tak wyrok KIO 28.03.2014 r., sygn. akt: KIO 486/14).(...) Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Opis przedmiotu zamówienia nie może preferować jedynie niektórych podmiotów. Wszyscy wykonawcy, powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz ofert powinno następować wedle wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie przedłożonych dokumentów, a niewiedzy zamawiającego. W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności przy opisie przedmiotu zamówienia, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jeżeli zatem zamawiający, opisując przedmiot zamówienia czy określając warunki udziału w postepowaniu, w tym warunki kontraktowe, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia. Nie jest obowiązkiem Zamawiającego uwzględnienie doświadczenia zawodowego i polityk i prowadzenia działalności komercyjnej wszystkich podmiotów działających na rynku ale uwzględnienie wymagań gwarantującej sprawne wykonanie danej usługi, co pozwoli na stworzenie sprawnie działającego systemu, istotnego z punktu widzenia Zamawiającego wykonującego istotne funkcje publiczne. Nie można również zapominać, że obowiązkiem Zamawiającego jest uwzględnienie jego potrzeb związanych z należytą realizacją zamówienia, które w obiektywny sposób doprowadza do wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia.

W związku z powyższym Zamawiający podtrzymuje swoje wymagania określone w SIWZ dotyczące adresacji IP typu PI.

Jednocześnie Zamawiający informuje, iż w Wyjaśnieniach i zmianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 4 grudnia 2018 r. w odpowiedzi na pytanie nr 1 zawarł poniższą informację:

Zgodnie z przedstawionym przez pytającego oświadczeniem, nie można przypisać nowej przestrzeni niezależnej od dostawcy IPv4(PI). Jednakże Zamawiający otrzymał informacje z rynku potwierdzające, że istnieje możliwość zakupu adresacji typu PI. Wg. wiedzy Zamawiającego operator (LIR) jest w stanie pozyskać adresację typu PI, którą po dwóch latach ma prawo oddzielną umową scedować na Zamawiającego. Zamawiający nie wymaga; aby LIR uzyskał adresację bezpośrednio od RIPE i dopuszcza pozyskanie adresacji z rynku wtórnego.

III. W paragrafie 7 Istotnych Postanowień Umowy (IPU) Zamawiający przewidział zmiany powodujące ograniczenie przedmiotu zamówienia, zgodnie z poniższym:

1. Zamawiający zastrzega sobie prawo do ograniczenia przedmiotu Umowy, polegającego na zmniejszeniu liczby lokalizacji sieci, wymienionych w Załączniku nr 2 do Umowy.

2. Przesłankami ograniczenia liczby lokalizacji sieci w szczególności mogą być:

1) zmiany organizacyjne Zamawiającego polegające na likwidacji poszczególnych Oddziałów,

2) zmiany siedzib poszczególnych komórek organizacyjnych Zamawiającego.

3. Wyłączenie danego węzła sieci z Przedmiotu Umowy następuje w terminie 30 dni od daty Pisemnego Powiadomienia Wykonawcy o zmniejszeniu lokalizacji sieci, nie wcześniej jednak niż na koniec miesiąca rozliczeniowego.

4. W przypadku ograniczenia Przedmiotu Umowy, zgodnie z ust. 1 - 2, wynagrodzenie określone w § 5 wt. 1 Umowy ulega zmniejszeniu o kwotę stanowiącą iloczyn miesięcy pozostałych do zakończenia umowy i kwot abonamentu określonych dla danej lokalizacji w Formularzu cenowym.

Obecnie w procesie legislacyjnym rozpatrywany jest projekt ustawy o Polskiej Agencji Geologicznej (dalej również PAG), przy czym zgodnie z:

1) art. 1 ust. 1 ustawa określa organizację i zadania Polskiej Agencji Geologicznej,

2) art. 3 Minister właściwy do spraw Środowiska nadaje, w drodze zarządzenia statut PAG określający siedzibę PAG, organizację wewnętrzną PAG, w tym liczbę oddziałów terenowych i ich siedziby, a także zakres zadań centrali i oddziałów terenowych oraz dyrektora centrali i dyrektorów oddziałów terenowych, mając na uwadze konieczność zapewnienia sprawnej realizacji zadań PAG,

3) art. 8 ust. 1 w skład PAG wchodzą centrala oraz oddziały terenowe,

4) art. 32 ust. 1 z dniem wejścia w życie niniejszej ustawy PAG wstępuje we wszystkie prawa i obowiązki zamawiającego wynikające z przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Z 2017 r. poz. 1579 oraz z 2018 r. poz. 1560) w związku z postepowaniami o udzielenie zamówienia publicznego wszczętymi przez Państwowy Instytut Geologiczny - Państwowy Instytut Badawczy, jeżeli zamówienie publiczne dotyczy realizacji : 1) zadań państwowej służby geologicznej,

2) usług dostaw lub robót budowlanych niezbędnych do wykonywania zadań państwowy' służby geologicznej — które na mocy niniejszej ustawy stają się zadaniami PAG oraz

5) art. 32 ust. 2 Pełnomocnik w porozumieniu z Dyrektorem Państwowego Instytutu Geologicznego — Państwowej Instytucji Badawczej przygotowuje, w terminie do dnia 28 lutego 2019 r., wykaz wszczętych postępowań o zamówienie publiczne, prowadzonych przez Państwowy Instytut Badawczy w zakresie, o którym mowa w ust. 1.

Projekt ustawy o PAG w załączeniu.

W ocenie zamawiającego nie może on wobec projektowanych zmian ustawowych, o których mowa powyżej, nie może ponosić konsekwencji braku przewidzenia możliwości wprowadzenia istotnych zmian umowy. Zamawiający nie może w chwili obecnej przewidzieć, czy i jakie oddziały utworzy PAG, czy i jakie oddziały zostaną tym samym pozostawione w PIG, a wreszcie — czy i jakie umowy z zakresu zamówień publicznych zostaną przez PAG przejęte, i czy będą one tożsame np. z przejętymi oddziałami lub lokalizacjami.

W związku z powyższym oraz faktem, że proces legislacyjny jest w toku Zamawiający z należytą starannością przewidział możliwość zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy będącej wynikiem trwającego postępowania przetargowego „na świadczenie usługi dostępu do Internetu oraz sieci korporacyjnej obejmującej Warszawę i Oddziały PIG-PIB oraz dzierżawę ciemnego światłowodu pomiędzy budynkami PIG-PIB zlokalizowanymi przy Jagiellońskiej 76 i Rakowieckiej 4 w Warszawie na okres 24 miesięcy. Należy przy tym zaznaczyć, że fakt, iż projekt ustawy jest procedowany już na tym etapie postępowania, w opinii Zamawiającego wykluczałby możliwość zastosowania w późniejszym terminie chociażby regulacji art. 145 ustawy Pzp, jako że w chwili zawierania umowy Zamawiający mógł — i powinien — przewidzieć ewentualne konsekwencje wejścia w życie ustawy o PAG. Tym samym Zamawiający jest zmuszony do zawarcia stosownych zapisów umownych, pozwalających mu na ochronę interesu publicznego.

W tym stanie rzeczy dalej zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podnosi.

Nie można się zgodzić z twierdzeniem odwołującego, że w następstwie wskazanego zapisu Wykonawca nie w stanie ustalić zakresu zamówienia, jaki z pewnością zrealizuje, a w konsekwencji nie jest również w stanie ustalić wysokości wynagrodzenia, jakie otrzyma z tytułu świadczenia usługi na rzecz Zamawiającego. Wykonawca musi natomiast zagwarantować realizację zamówienia w pełnym zakresie, a w związku z tym już na początkowym etapie realizacji zamówienia ponieść koszty wynikające z zapewnienia świadczenia usług na rzecz zamawiającego w pełnym zakresie. Należy podkreślić, iż Wykonawca składając ofertę odrębnie wskazuje w formularzu cenowym (załącznik nr 3a do SIWZ) dla każdej lokalizacji koszty podłączenia a odrębnie koszty abonamentu miesięcznego. Tym samym, jeśli faktycznie konieczna będzie zmiana w obszarze ograniczenia przedmiotu świadczenia usługi w trakcie jej trwania, Zamawiający pokryje koszt podłączenia usługi, a Wykonawca utraci jedynie wartość abonamentu za okres nieświadczenia usługi w danej lokalizacji, gdyż, zgodnie z zapisami § 7 Istotnych postanowień umowy wynagrodzenie określone w § 5 ust. 1 Umowy ulega zmniejszeniu o kwotę stanowiącą iloczyn miesięcy pozostałych do zakończenia urnowy i kwot abonamentu określonych dla danej lokalizacji w Formularzu cenowym.

Na podstawie zapisów umowy Wykonawca ma zatem możliwość określenia zarówno minimalnego, jak i maksymalnego wynagrodzenia, jakie otrzyma z tytułu usług, i odpowiedniego skalkulowania oferty, uwzględniającego odpowiednio ryzyka.

Tak chociażby KIO w wyroku sygn. KIO 558/17:

„Umowa i jej postanowienia w wielu przypadkach (załączenia przez zamawiającego gotowego Projektu umowy do SIWZ) są znane wykonawcy na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uprzywilejowanie zamawiającego w relacji z wykonawcą, wynika z faktu, że zamawiający działa w interesie publicznym. Wykonawca może rekompensować sobie ryzyka jakimi jest obciążony przez właściwą wycenę oferty.

W tym zakresie sytuacja Wykonawcy nie jest w żaden sposób gorsza od sytuacji Wykonawców, którzy w innych postępowaniach wyrażają zgodę np. na rozliczenie na podstawie obmiarów, przy zastosowaniu chociażby cen jednostkowych.

Biorąc pod uwagę powyższe odwołanie wniesione przez T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie jest bezpodstawne w zakresie zarzutu II i III, zaś wnioski jak w petitum niniejszego pisma — uzasadnione i konieczne, tak skwitował swoje stanowisko i jego uzasadnienie zamawiający w przedstawionej na rozprawie odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego z dokumentacji postępowania, prowadzonej przez zamawiającego, o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej do akt sprawy i dowodów z dokumentów (korespondencji mailowej firm: S3 z Katowic jak i Orange i IP 4ISP) przedstawionych przez strony, Izba ustaliła i zważyła jak poniżej.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usługi dostępu do Internetu oraz sieci korporacyjnej obejmującej Warszawę i Oddziały FIG - PIB oraz dzierżawa ciemnego światłowodu pomiędzy budynkami PIG - PIB zlokalizowanymi przy ul. Jagiellońskiej 76 i Rakowieckiej 4 na okres 24 miesięcy” o numerze referencyjnym: NZ-240-61/2018.

Zamawiający opublikował ogłoszenie o tym zamówieniu w dniu 23 listopada 2018 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 652560-N-2018.

Odwołujący zaskarżył postanowienia SIWZ co do terminu uruchomienia usługi, liczonego od daty podpisania umowy. Zakwestionował termin wyznaczony przez zamawiającego na maksymalnie 30 dni od zawarcia umowy. Żądanie odwołującego dotyczyło zmiany terminu uruchomienia usługi od daty podpisania umowy z 30 dni wymaganych przez zamawiającego na 4 miesiące oczekiwane przez odwołującego. W odpowiedzi na odwołanie pismo z dnia 6 grudnia 2018 roku zamawiający poinformował o uwzględnieniu tego żądania w pełnym jego zakresie. Na powyższe przedłożył do pisma - odpowiedzi na odwołanie zmianę postanowień SIWZ w trybie art.38 ust.2 ustawy Pzp gdzie zmienił termin rozpoczęcia usługi z 30 dni na 4 miesiące od daty zawarcia umowy. Jednocześnie w dniu 5 grudnia 2018 roku zamawiający zmienił termin składania i otwarcia ofert na dzień 14 grudnia 2018 roku. W związku z uwzględnieniem zarzutu zbyt krótkiego terminu na uruchomienie usługi objętej przedmiotem zamówienia i zmiany postanowień SIWZ w tym zakresie, odwołujący na rozprawie w dniu 6 grudnia 2018 roku cofnął ten zarzut.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu i żądania, którego Izba nie rozpatrywała należy wskazać zarzut oznaczony nr 3 w odwołaniu. Zarzut ten dotyczy nie określenia w sposób jednoznaczny wielkości zamówienia to jest zastrzeżenia w istotnych postanowieniach umowy, możliwości odstąpienia od umowy w zakresie ilości i adresów oddziałów zamawiającego wymienionych w siwz. Powyższe postanowienia siwz, zdaniem zamawiającego, nie znajdują podstaw do ich zaskarżenia a to z uwagi na toczący się proces nowelizacji ustawy regulującej zasady powoływania i funkcjonowania jednostki zamawiającego jak i jego oddziałów. Zamawiający uznał co szczegółowo uzasadniał, w powyżej zacytowanej argumentacji zawartej w odpowiedzi na odwołanie, że postanowienia w tym zakresie IPU są jak najbardziej usprawiedliwione. Bowiem zamawiający nie ma wpływu na ostateczną treść nowelizowanej ustawy, która ureguluje byt prawny zarówno jego jak i jemu podległych jednostek organizacyjnych. Zdaniem zamawiającego wobec nie uregulowanej na przyszłość pewności co do utrzymania aktualnej struktury organizacyjnej, którą określi Minister Środowiska uprawnionym jest zastrzeżenie o prawnie zamawiającego do jednostronnego odstąpienia od umowy, jeżeli wskutek nowelizacji ustawowych i wykonawczych zmieni się struktura organizacyjna poprzez likwidacje poszczególnych jednostek czy też zmiany ich adresu. Z kolei odwołujący oczekiwał od zamawiającego określenia potencjalnego rozmiaru ograniczenia usług w związku z ewentualną zmianą struktury organizacyjnej zamawiającego. Niemniej w związku z udzielonymi wyjaśnieniami przez zamawiającego jak i zmianami siwz bezpośrednio przed rozprawą to jest w dniach 4 i 5

grudnia 2018 roku, których postanowienia zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie, odwołujący cofnął zarzut nr 3 sprowadzający się do niedookreślenia przedmiotu zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba nie rozstrzygała odwołania w powyższym zakresie zarzutów (zarzut nr 1 i nr 3 odwołania) jak i w tym zakresie żądań odwołania.

Izba rozstrzygnęła zarzut oznaczony w odwołaniu numerem 2 a odnoszący się do sposobu świadczenia usługi (udostępnienie zamawiającemu na czas trwania usługi adresacji typu IPv4) jak i zobowiązania zawarcia umowy o odstąpienie numeracji IPv4, z zakończeniem świadczenia usługi, w tym za symboliczną cenę to jest dosłownie 1.00 zł. plus vat.

W tym zakresie Izba opierając się zarówno na dowodach przywołanych przez zamawiającego jak i odwołującego ustaliła następujący stan faktyczny i prawny.

Po pierwsze poza sporem między stronami pozostała kwestia ograniczonej ilości adresacji typu IPv4 to jest okoliczności, że od 2011roku, czy też 2012 roku na świecie skończyło się przydzielanie adresacji publicznej typu IPv 4 z powodu jej wyczerpania. Odwołujący formułując żądania w związku z postawionym zarzutem wymogu udostępnienia przez wykonawcę na czas trwania umowy adresacji IP w postaci 1 klasy C (maska /24) IPv4 typu ProviderIndependent wraz z nabyciem prawa do korzystania z adresacji IP w RIPE żądał po pierwsze wykreślenia obowiązku udostępnienia tak określonej adresacji z prawem jej nabycia. Z kolei po drugie jako ewentualne rozwiązanie wskazywał na możliwość dostarczenie adresacji IP w postaci 1 klasy C(maska /24) IPv4 typu Provider Aggregatable ale tylko na czas trwania umowy to jest z obowiązkiem zwrotu po dniu 31.12.2020 roku czyli po zakończeniu świadczenia usługi. W uzasadnieniu odwołania odwołujący powołał się na warunki i zasady Reseaux IP Europeens NetWork Coordination Centre to jest spółki zawiązanej według prawa holenderskiego i uprawnionej do przydzielania Internetowych zasobów numerycznych. Powołał się na informacje publikowane przez tę spółkę o wyczerpaniu zasobów numerycznych i nie przyznawaniu już adresacji. Według odwołującego tak sformułowany wymóg siwz (pkt 1 lit. e) OPZ i § 1 ust.4 IPU) powoduje, że świadczenie przybiera charakter świadczenia niemożliwego do spełnienia. Bowiem według odwołującego żaden z wykonawców nie jest w stanie zapewnić zamawiającemu na czas trwania umowy żądanego typu adresacji a po zakończeniu umowy sprzedania prawa do jej korzystania.

Okoliczność braku przydzielania aktualnie nowych numeracji IPv4 jako numeracji na świecie wyczerpanych Izba uznała za bezsporny pomiędzy stronami. Niemniej zamawiający od swojego żądania w siwz nie odstąpił na rozprawie i w tym celu powołał się na rynek wtórny obrotu numeracjami IPv4. Jak wyjaśniał zamawiający na rozprawie, pomimo że rynek pierwotnego przydzielania adresacji IPv4 wyczerpał się to istnieje bądź tworzy się rynek wtórny dla którego RIPE opracował regulamin nabywania numeracji. Zamawiający ten rynek kojarzy w związku z upadłościami firm będącymi posiadaczami tych adresacji jak i firm, które likwidują (zwijają) działalność i w związku z tym pozbywają się oczekiwanych przez zamawiającego adresacji. Ponadto na rozprawie zamawiający używał argumentacji zresztą przywołując w tym zakresie obszerne orzecznictwo w odpowiedzi na odwołanie, że to zamawiający określa przedmiot zamówienia i nie każdy potencjalny wykonawca ma prawo ubiegać się o udzielenie zamówienia. Jednym z ostatecznych argumentów formułowanych na rozprawie było twierdzenie, że zamawiający ma prawo ogłosić przetarg na świadczenie nawet niemożliwe a rynek nie składając ofert skoryguje jego stanowisko poprzez brak ofert i wymusi zachowanie oczekiwane przez odwołującego.

Izba dokonując oceny przeprowadzonych na rozprawie dowodów przywołanych przez strony dokonała następujących na ich podstawie ustaleń w sprawie. W dniu 3 grudnia 2018 roku firma 3S z Katowic potwierdziła możliwość zakupu praw do korzystania z adresacji publicznej IPv4 typu PI, potwierdzonych wpisem do bazy RIPE (e-mail od T. L. Kierownik ds. kluczowych klientów firmy 3S S.A. z Katowic – załącznik do odpowiedzi na odwołanie). Przy czym wbrew twierdzeniom zamawiającego nie jest to dowód na istnienie realnego rynku wtórnego tylko na możliwość (legalność) takiego rynku z opisaniem procedury postępowania. W związku tym kwitowanie tej korespondencji e-mailowej przez Pana G.S. (przedstawiciel zamawiającego) jako dowodu zakupu adresacji typu PI jako praktykowanej jest, w ocenie Izby, nieuprawnione co nie oznacza, że teoretycznie możliwej. W samym e-mailu stwierdza się, że do dojścia takiej operacji (…) konieczne jest znalezienie operatora, wyrażającego chęć pozbycia się praw do korzystania z takiej adresacji". W ocenie Izby znalezienie operatora czyli profesjonalisty, który chce się pozbyć wyczerpanej na świecie adresacji IPv4 na rzecz zmawiającego i to po zakończeniu współpracy nie przekraczającej 24 miesięcy i to za 1 zł. plus vat jest co najmniej nieprzekonywujące. Poza tym zamawiający nie wskazał w procesie dowodowym żadnej zrealizowanej tego typu transakcji pomiędzy operatorem usług internetowych a końcowym użytkownikiem. Kolejny dowód złożony przez zamawiającego na możliwość otrzymania za pośrednictwem LIR adresacji typu PI to e-mail z Orange (Pan P.L.)a Pan G.S. (zamawiający) z dnia 3 grudnia 2018 roku – załącznik do odpowiedzi zamawiającego. Izba nie podziela również jak

powyżej wniosku zamawiającego płynącego z załączonej korespondencji „kolejne potwierdzenie możliwości otrzymania za pośrednictwem LIR adresacji typu PI". Jak słusznie skwitował pełnomocnik odwołującego z treści tego e-maila wynika, że dotyczy on adresacji IPv6 a nie oczekiwanej przez zamawiającego adresacji typu Ipv4 klasy Provider Independent („ Aktualnie można wnioskować do RIPE tylko o przyznanie adresów IPv6. RIPE NCC nie przyznaje już adresów typu IPv klasy Provider Independent."). W dniu 5 i 6 grudnia 2018 roku na wniosek zamawiającego Orange rozszerzyło również możliwą adresację dla typu PI dla adresów IPv4, co nie niweczy faktu wyczerpania dla tej adresacji rynku pierwotnego. Co ważne dla sprawy to z dalszej korespondencji wynika: „Usługa RIPE NCC nie jest usługą samodzielną; jest to usługa dodatkowa możliwa do realizowania razem z usługami zapewniającymi dostęp do Internetu: Miejski Ethernet; Ethernet VPN; Dostęp do Internetu Frame Relay; Transmisja Danych Frame Relay). Z dalszej treści korespondencji pochodzące od Orange tak jak z poprzedniej wynika możliwość występowania w imieniu swoich klientów do RIPE NCC o przyznanie niezależnych zasobów. Niemniej w ocenie Izby również ten dowód przedstawia potencjalną możliwość a nie realną, ponieważ Orange nie oświadcza, że pozbędzie się swoich adresacji typu IPv4 dla zamawiającego a wskazuje na możliwość przyznania adresów IPv6 nie będących w sferze zainteresowania zamawiającego (przywoływane powyżej postanowienia siwz).

Z kolei na rozprawie pełnomocnik odwołującego złożył dowód firmy IP4ISP dostawca adresacji IPv4 (wydruk z jego strony internetowej) z którego wynika, że „wolne przestrzenie adresowe IPv4 na świecie zostały wyczerpane w lutym 2011roku. Od tego momentu adresy IPv4 są przydzielane z kurczących się drastycznie rezerw. W naszym regionie od połowy września 2012 roku adresy IPv4 typu Provider Independent nie są już przydzielane. Naszą misja jest dostarczenie w atrakcyjnej cenie adresacji IPv4 w formie dzierżawy wszystkim tym, którzy jej potrzebują, a w szczególności(...)". „W Polsce bez IPV4 nie da się korzystać z Internetu"(…). Również na dowód wypożyczania a nie sprzedaży adresacji IPv4 odwołujący przedłożył dowód z firmy iTcare.

Izba oceniając przywołane powyżej dowody jak i oświadczenia i wyjaśnienia złożone przez strony do protokołu z rozprawy stwierdza, że żaden operatorów nie potwierdził istnienia rynku wtórnego obrotu adresacjami IPv4 na który to powołuje się zamawiający. Niemniej potencjalnie taki rynek jest dopuszczony dla podmiotów, które chcą się wyzbyć adresacji typu IPv4 na co wskazywał zamawiający ale w ocenie Izby skoro adresy IPv4 wyczerpały się w latach 2011-2012 to niewiarygodnym wydaje się chęć wyzbywania z tych adresacji przez czynnych operatorów, którzy nie są w stanie likwidacji czy też upadłości. Również zamawiający nie wykazał rynku wtórnego jako rzeczywiście funkcjonującego to jest rynku na którym są realne transakcje. Natomiast odwołujący udowodnił dla adresacji IPv4 tylko formę dzierżawy. Czyli oczekiwanie zamawiającego do udostępnienia i odsprzedaży adresacji IPv4 w przedmiotowym postępowaniu jest nierealna i stanowi o świadczeniu niemożliwym, co narusza wymagania co do jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia a jednocześnie naruszającego uczciwą konkurencję.

Izba odnosząc się do uzasadnienia zamawiającego wymagającego udostępnienia adresacji IPv4 jak i przeniesienia z niej praw na rzecz zamawiającego motywowana takimi okolicznościami jak ryzyko chwilowego braku dostępu do zasobów PIG i problemów z komunikacją czy bezpieczeństwem danych Zamawiającego tęargumentację uznała za nie udowodnioną. Bowiem to w obowiązku świadczącego usługę dostępu do Internetu oraz sieci korporacyjnej jest zagwarantować bezkolizyjność świadczenia tej usługi bez konieczności udostepnienia i odsprzedaży adresacji IPv4.

W ocenie Izby nie wyklucza to zamawiającemu zorganizowanie odrębnego przedmiotu postępowania na nabycie na rynku wtórnym udostępnienia z przeniesieniem praw z adresacji IPv4 czy też jak nadmienił na rozprawie odwołujący wystąpienia do Ministerstwa Środowiska o przyznanie z jego zasobów tejże adresacji.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie orzekając jak w sentencji wyroku, na podstawie art.192 ust.2 ustawy Pzp stwierdzając naruszenie art.29 ust.1 i 2 ustawy Pzp w związku z zakwestionowanym opisem przedmiotu zamówienia w zakresie adresacji IPv4, a co może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba podzieliła stanowisko odwołującego co do nieuprawnionego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie żądania udostępnienia na okres świadczenia usługi dostępu do Internetu oraz sieci korporacyjnej zamawiającego, adresacji IP typu IPv4 Provider Independent wraz z prawem nabycia praw do niej z datą zakończenia usługi.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 7.500,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11.100,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis przez odwołującego i koszty zastępstwa procesowego pełnomocnika odwołującego na podstawie złożonej faktury vat.

Przewodniczący:

……

.