

Sygn. akt: KIO 2501/18  
Sygn. akt: KIO 2502/18  
Sygn. akt: KIO 2504/18

**WYROK**  
z dnia 20 grudnia 2018 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**  
**Ewa Kisiel**  
**Ernest Klauziński**  
**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2018 roku w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 3 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **T-Mobile Polska S.A. ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa**

B. w dniu 3 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **Orange Polska S.A. Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa**

C. w dniu 3 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **NETIA S.A. ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego Al. Niepodległości 190, 00-608 Warszawa**

przy udziale:

A. wykonawcy NETIA S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2501/18 oraz KIO 2502/18 po stronie odwołującego,

B. wykonawcy T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2502/18 oraz KIO 2504/18 po stronie odwołującego.

**Orzeka**

Jwzględnie odwołanie T-Mobile Polska S.A. ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa (sygn. KIO 2501/18) i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmian treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:

1. szczególne uwzględnienie w załączniku nr 3 do umowy opisu jednostek co do których zamawiający planuje w trakcie trwania umowy dokonać zmian lokalizacji ich siedzib i tym samym konieczności wykonania przyłączenia sieci WAN,

2. ewentualnie - wyłączenia potrzeby kalkulowania w cenie oferty kosztu wykonania przenoszenia lokalizacji i ustalenia, iż zamówienie w tym zakresie będzie następowało na zasadzie udzielania zamówień podobnych o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp

Wprowadzenia w § 9 wzoru umowy postanowień o ustaleniu procedury reklamacyjnej co do zasadności zamiaru nałożenia kary umownej na wykonawcę, poprzez umożliwienie wykonawcy składania w tym zakresie wniosków i wyjaśnień, które Zamawiający będzie miał obowiązek rozpatrzyć.

Uwzględnia odwołanie Orange Polska S.A. Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa (sygn. KIO 2502/18) i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmian treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez doprecyzowanie rodzajowe sprzętu, który zamawiający nabędzie od wykonawcy po zakończeniu realizacji umowy

Oddala odwołanie NETIA S.A. ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa (sygn. akt KIO 2504/18)

Łosztami postępowania w zakresie odwołań: T-Mobile Polska S.A. (sygn. KIO 2501/18) oraz Orange Polska S.A. (sygn. KIO 2502/18) obciąża zamawiającego Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 30 000,00 (trzydzieści tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołujących po 15 000,00 zł tytułem wpisu od odwołania.

Łosztami postępowania w zakresie odwołania NETIA S.A. (sygn. akt KIO 2504/18) obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Zasądza od zamawiającego Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego Al. Niepodległości 190, 00-608 Warszawa na rzecz odwołujących: T-Mobile Polska S.A. (sygn. KIO 2501/18) oraz Orange Polska S.A. (sygn. KIO 2502/18) kwotę 30 000,00 (trzydzieści tysięcy) złotych tj. – po 15 000,00 złotych tytułem zwrotu kwoty uiszczzonego wpisu od odwołania oraz dodatkowo dla T-Mobile Polska S.A. kwotę 3600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Członkowie .....

Sygn. akt: KIO 2501/18

Sygn. akt: KIO 2502/18

Sygn. akt: KIO 2504/18

**UZASADNIENIE**

Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego w Warszawie dalej zwana „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługi eksploatacji sieci WAN”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 listopada 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2018/S 226-517413.

Postępowanie znajduje się na etapie składania ofert w oparciu o postawione warunki udziału w postępowaniu oraz o opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ. Od ustalonej treści SIWZ wraz z załącznikami wykonawcy T-Mobile Polska S.A. ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa (Sygn. akt: KIO 2501/150; Orange Polska S.A. Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa (Sygn. akt: KIO 2502/15) oraz NETIA S.A. ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa (Sygn. akt: KIO 2504/15) zwani dalej „odwołującymi” wnieśli odwołania zarzucając Zamawiającemu dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w sposób niezgodny w przepisami ustawy Pzp.

**odwołanie T-Mobile Polska S.A. ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa (sygn. KIO 2501/18)**

Odwołujący w złożonym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga, aby:

a. wszystkie działania niezbędne do rozpoczęcia świadczenia następujących usług: transmisji danych w sieci IP VPN, dostępu do sieci Internet, dostępu do punktu styku z instytucjami zewnętrznymi, bezpiecznego, zdalnego dostępu do sieci WAN, elementy usługi bezpieczeństwa sieci: IPS, DDoS oraz 802.1x/ system monitoringu, oraz inne wynikające z załącznika nr 4, zostały wykonane w terminie 3 miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy, który to termin jest terminem zbyt krótkim biorąc pod uwagę skalę zamówienia i w nieuzasadniony sposób uprzywilejowuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego;

b. Wykonawca w terminie 21 dni od daty otrzymania wniosku o sprawdzenie możliwości świadczenia Usługi w nowej lokalizacji, potwierdził gotowość do świadczenia Usługi w nowej lokalizacji, bez prawa żądania przez Wykonawcę wynagrodzenia za uruchomienie usługi w nowej lokalizacji i bez wprowadzenia możliwości negatywnego zaopiniowania przez Wykonawcę wniosku o sprawdzenie możliwości świadczenia Usługi w nowej lokalizacji oraz odmowy świadczenia Usługi w nowej lokalizacji;

2. art. 353<sup>1</sup> w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie rozdziału II SIWZ wzoru umowy (dalej jako „wzór umowy”), w sposób naruszający zasady współzycia społecznego oraz nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim:

a) Zamawiający w § 7 ust. 13 wzoru umowy przewidział uprawnienie do wykupu elementów sieci WAN (w tym w szczególności routerów, switchy, firewll, serwerów, telefonów IP, majątkowych praw autorskich, licencji, oraz innych urządzeń i oprogramowania wyszczególnionego w Załączniku nr 6 do umowy z wyłączeniem systemu DDoS) za cenę 1 zł netto, za każde pojedyncze urządzenie, oprogramowanie czy licencje, przy czym Zamawiający może skorzystać z prawa wykupu w części, poprzez odkup tylko wybranych elementów sieci WAN bez jednoczesnego określenia, jakich konkretnie elementów sieci WAN może dotyczyć odkup,

b) Zamawiający w § 9 ust. 1, 4 i 5 wzoru umowy przewidział kary umowne, a w ust. 6 załącznika nr 5 do umowy - SLA i procedury obsługi technicznej (dalej jako: „załącznik nr 5”) przewidział kary umowne w formie bonifikat za niedotrzymanie parametrów jakości świadczenia usług liczone za opóźnienia, a nie za zwłokę;

c) Zamawiający w § 9 ust. 1 - 5 wzoru umowy przewidział, a nie wygórowane kary umowne, a w ust. 6 załącznika nr 5 rażąco wygórowane kary umowne w formie bonifikat;

d) Zamawiający nie wprowadził w § 9 wzoru umowy procedury reklamacyjnej, która umożliwiałaby wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń co do zasadności nałożenia kar umownych oraz ich wysokości, a także usunięcie naruszeń przed ich nałożeniem;

e) nie określono maksymalnej wysokości kar umownych, do których zapłaty zobowiązany może być Wykonawca;

f) Zamawiającemu zgodnie z § 13 ust. 3 wzoru umowy przysługuje prawo do odstąpienia od umowy z winy Wykonawcy w trybie natychmiastowym, bez wypłacenia Wykonawcy wynagrodzenia, w przypadku, gdy dojdzie do opóźnienia wykonania wdrożenia sieci WAN o więcej niż 7 dni roboczych;

g) Zamawiającemu zgodnie z § 130 ust 5 lit. p) wzoru umowy przysługuje prawo do odstąpienia od umowy jeżeli wykonawca znajduje się w stanie niewypłacalności lub zagrożenia niewypłacalnością, lub zostanie złożony wniosek o ogłoszenie upadłości lub zostanie wszczęte postępowanie zmierzające do likwidacji przedsiębiorstwa Wykonawcy, lub zostanie wszczęte postępowanie układowe z wniosku Wykonawcy;

3. art. 353<sup>1</sup> w. zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 ust. 1, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 36a ust. 1 i ust. 2 pkt 1 Pzp poprzez ustanowienie daleko posuniętej ingerencji Zamawiającego w stosunki między Wykonawcą a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami w szczególności poprzez wymaganie: uzyskania zgody Zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcą i jej zmianę, akceptacji przez Zamawiającego treści umowy z podwykonawcą, uzyskania zgody Zamawiającego na zmianę podwykonawców i zakresu powierzonych im do realizacji zadań, uzależnienia wypłaty wynagrodzenia Wykonawcy od uregulowania jego należności wobec podwykonawców.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ oraz załączników do SIWZ, poprzez:

1. zmianę § 4 ust. 2 lit. a) wzoru umowy i pkt 2 formularza oferty poprzez określenie, iż wszystkie działania niezbędne do rozpoczęcia świadczenia następujących usług: transmisji danych w sieci IP VPN, dostępu do sieci Internet, dostępu do punktu styku z instytucjami zewnętrznymi, bezpiecznego, zdalnego dostępu do sieci WAN, elementy usługi bezpieczeństwa sieci: IPS, DDoS oraz 802.1x, system monitoringu, oraz inne wynikające z załącznika nr 4, zostaną wykonane w terminie 7 miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy,

2. doprecyzowanie zasad przenoszenia lokalizacji poprzez dodanie postanowienia, iż Wykonawca w terminie 21 dni od złożenia przez Zamawiającego wniosku o sprawdzenie możliwości świadczenia Usług w nowej lokalizacji, w uzasadnionych przypadkach, może złożyć pisemną odpowiedź na wniosek Zamawiającego i odmówić przeniesienia lokalizacji lub może potwierdzić gotowość świadczenia Usług w nowej lokalizacji wraz z żądaniem od Zamawiającego dodatkowego wynagrodzenia - w takich przypadkach postanowienia pkt 10 załącznika nr 3 do umowy - Zasady przenoszenia lokalizacji, nie stosuje się, tj. w takim przypadku wystąpienie przez Zamawiającego z wnioskiem o przeniesienie lokalizacji nie skutkuje powstaniem wiążącego dla Wykonawcy zobowiązania do prawidłowego i terminowego wykonania Usługi przeniesienia lub tymczasowego przeniesienia lokalizacji;

3. wprowadzenie do wzoru umowy następujących zmian:

a) usunięcie § 7 ust. 13-16 wzoru umowy,

b) modyfikację § 9 ust. 1, 4 i 5 wzoru umowy poprzez wskazanie, że kary umowne należą się Zamawiającemu za zwłokę, a nie za opóźnienie;

c) modyfikację ust. 6 załącznika nr 5 poprzez wskazanie, że kary umowne w formie bonifikat za niedotrzymanie parametrów świadczenia usług należą się Zamawiającemu za zwłokę,

d) modyfikację § 9 ust. 1 - 5 wzoru Umowy poprzez obniżenie kar umownych przewidzianych w tych postanowieniach w następujący sposób:

§ 9 ust. 1 pkt a) wzoru umowy z 0,25 % do 0,01 %,

§ 9 ust. 1 pkt b) wzoru umowy z 0,5 % do 0,05%,

§ 9 ust. 2 wzoru umowy z 10 % do 5 %,

§ 9 ust. 3 wzoru umowy z 10 % do 5 %,

§ 9 ust. 4 wzoru umowy z 5 000 zł do 500 zł,

§ 9 ust. 5 wzoru umowy z 2 000 zł do 500 zł;

e) modyfikację pkt 6 załącznika nr 5 poprzez obniżenie bonifikat o 50 %,

f) wprowadzenie do § 9 wzoru umowy postanowienia, zgodnie z którym każdorazowe naliczenie kar umownych przewidzianych w umowie zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz odniesienie się przez Wykonawcę do podanych przez Zamawiającego podstaw naliczenia kar umownych;

g) usunięcie art. § 13 ust. 3 wzoru umowy lub jego modyfikację poprzez wskazanie, iż prawo odstąpienia przysługuje

jedynie w przypadku, gdy do opóźnienia wykonania wdrożenia sieci WAN doszło w wyniku okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność oraz doprecyzowanie, iż w przypadku odstąpienia, Wykonawcy przysługuje zwrot świadczenia, które wykonał do momentu odstąpienia;

h) usunięcie § 13 ust. 5 lit. a) wzoru umowy,

i) usunięcie § 8 ust. 8, 9, 11, 14, 16, 19, 21, 22 wzoru umowy.

Uzasadniając podniesione zarzuty i żądania podał, że 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, a czynność Zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwości udziału Odwołującego w postępowaniu.

Przed prezentacją zarzutów i żądań Odwołującego wskazać należy, że Odwołujący biorąc pod uwagę dokonaną w dniu 15 grudnia 2018 roku modyfikację treści postanowień SIWZ przez Zamawiającego na etapie posiedzenia przed KIO cofnął zarzuty wskazane w pkt. 2 lit. a; b; c i g. Tym samym Izba uznała brak potrzeby prezentacji uzasadnienia tych zarzutów i żądań ich dotyczących.

W zakresie zarzutu pierwszego Odwołujący podał, że Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia dopuścił się naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Zawarty w SIWZ opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Brak precyzyjnego i wyczerpującego ukształtowania SIWZ powoduje, iż na jego podstawie nie jest możliwym należyte oszacowanie przez wykonawcę ceny oferty. Ponadto, opis ten utrudnia uczciwą konkurencję i narusza zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż w nieuzasadniony sposób uprzywilejowuje wykonawcę, który obecnie świadczy usługi na rzecz Zamawiającego. Podał, że ustalenie terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia w terminie do 3 miesięcy od daty podpisania umowy z wykonawcą jest stanowczo okresem za krótkim. 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. Podkreślił, że w załączniku nr 1 do umowy Zamawiający wskazał, że struktura organizacyjna obejmuje Centralę KRUS, 16 oddziałów regionalnych oraz podległe im placówki terenowe - w sumie 273 lokalizacje. Zamawiający wymaga ponadto, aby każda lokalizacja była podłączona do sieci WAN KRUS dwoma łączami. Przy tak dużej skali przedsięwzięcia (liczba lokalizacji, fakt, że są one rozlokowane po całym terytorium RP i konieczność zapewnienia 2 łączy w każdej lokalizacji), czas potrzebny na skoordynowanie i zestawienie wszystkich lokalizacji dodatkowo się wydłuża. Przewidziany przez Zamawiającego jedynie 3-miesięczny okres na wdrożenie sieci WAN jest okresem zbyt krótkim, zważywszy na zakres prac jakie należy wykonać przed rozpoczęciem świadczenia usługi. Takie określenie terminu uruchomienia usług preferuje tych spośród dostawców usług, którzy już świadczą usługi we wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach. Niezależnie od technologii świadczenia usługi, operator telekomunikacyjny potrzebuje okresu przygotowawczego w celu realizacji prac niezbędnych do świadczenia wymienionych usług. Co prawda Zamawiający nie wymaga świadczenia usług za pośrednictwem łączy w technologii światłowodowej, jednak deklarowana liczba lokalizacji w technologii światłowodowej stanowi jedno z kryteriów oceny ofert. Budowa łączy telekomunikacyjnych i uruchomienie usługi jest procesem czasochłonnym i wiąże się z podjęciem przez wyspecjalizowanych pracowników wykonawcy szeregu działań, w tym wydzierzawienia lub zestawienia łączy. Przed rozpoczęciem budowy niezbędnej infrastruktury wykonawca musi wystąpić o stosowne pozwolenia i zezwolenia. Wobec tego czas potrzebny wykonawcy na przygotowanie do świadczenia usług powinien uwzględniać, poza czasem przeprowadzenia prac związanych z pozyskaniem lub wybudowaniem łączy oraz instalacją infrastruktury, również czas niezbędny do uzyskania stosownych pozwoleń i zezwoleń. Budowa łączy światłowodowego jest bardzo czasochłonnym procesem, który wymaga uzyskania szeregu zgód i pozwoleń, co w efekcie powoduje, że może potrwać nawet kilka miesięcy. Podkreślił, że bez względu na to, czy wykonawcy zdecydują się na wybudowanie własnej infrastruktury, czy też skorzystają z ofert dzierżawy infrastruktury od innego operatora w każdym z tych przypadków, konieczne jest zapewnienie Wykonawcy wystarczającego czasu na przygotowanie do świadczenia usług i wykonanie wszystkich związanych z tym czynności faktycznych i prawnych. Zwrócił uwagę na kwestie, że nie jest możliwe podejmowanie przez wykonawcę jakichkolwiek inwestycji przed zawarciem umowy. Zatem, wyłącznie stosowne wydłużenie terminu na przygotowanie usługi umożliwi zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. W przeciwnym wypadku, krótki maksymalny termin na wykonanie prac niezbędnych do rozpoczęcia świadczenia usług transmisji danych w sieci IP VPN, dostępu do Internetu, dostępu do styku z Instytucjami zewnętrznym, bezpiecznego zdalnego dostępu do sieci WAN, elementów usług bezpieczeństwa sieć: IPS, DDoS, 802.1x, systemu monitoringu, innych wynikających z załącznika nr 4 do SIWZ, staje się de facto kryterium ograniczającym, czy też eliminującym konkurencję w tym postępowaniu. Wdrożenie sieci WAN KRUS poza wykonaniem odpowiedniej infrastruktury we wszystkich lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego obejmuje również dokonanie odbiorów - odrębnie dla każdej lokalizacji i przeprowadzenie testów odbiorczych - również odrębnie dla każdej lokalizacji. Wobec tego jest to proces bardzo czasochłonny, a czas przewidziany przez Zamawiającego na wykonanie prac niezbędnych do rozpoczęcia świadczenia wskazanych usług nie jest wystarczający. Zamawiający wymaga, aby w ciągu 3 miesięcy - ok. 65 dni roboczych wykonawca przygotował 273 lokalizacje. Zwrócił także uwagę na fakt, że należy mieć na względzie wysokie kary umowne, jakie przewidział Zamawiający w przypadku jakiegokolwiek opóźnienia w wykonaniu wdrożenia sieci WAN.

Podał, że 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. Dlatego też wniósł o wydłużenie okresu w którym zacznie wykonawca świadczyć usługi na okres do 7 miesięcy od daty podpisania umowy.

W kolejnym zarzucie dotyczącym zasad przenoszenia lokalizacji Odwołujący podał, że zasady przenoszenia lokalizacji opisane przez Zamawiającego w załączniku nr 3 do umowy zostały określone w sposób nieprecyzyjny, który może prowadzić do nadmiernego i nieuzasadnionego obciążenia Wykonawcy, jak również uniemożliwia prawidłowe sporządzenie i wycenę składanej oferty.

Z postanowień załącznika nr 3 do umowy wynika, iż w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego o sprawdzenie możliwości świadczenia usług w nowej lokalizacji, Wykonawca powinien w terminie 21 dni od daty otrzymania wniosku potwierdzić gotowość świadczenia usług w nowej lokalizacji. Zgodnie z pkt 9 załącznika nr 3 do umowy, brak potwierdzenia w terminie gotowości do świadczenia Usługi uprawnia Zamawiającego do wystąpienia z wnioskiem o przeniesienie lokalizacji, który jest dla Wykonawcy wiążący pod rygorem naliczenia kar umownych. W opisanych zasadach brak uprawnień Wykonawcy do przedstawienia negatywnej odpowiedzi na wniosek o sprawdzenie możliwości świadczenia Usług w nowej lokalizacji, jak również uprawnień Wykonawcy do żądania dodatkowego wynagrodzenia za przeniesienie usług do nowej lokalizacji. Zasady przenoszenia lokalizacji opracowane przez Zamawiającego, w zakresie, w jakim przyznają Zamawiającemu prawo dowolnego przeniesienia 25 lokalizacji, bez przyznania Wykonawcy prawa do odmowy świadczenia usług z uzasadnionych powodów lub żądania od Zamawiającego dodatkowego wynagrodzenia, naruszają

równość stron umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia, a przede wszystkim uniemożliwiają prawidłowe oszacowanie kosztów z tym związanych i uwzględnienie ich w cenie oferty.

Zwrócił uwagę na kwestie, że tak dokonany opis powoduje sytuację, że wykonawca nie zna potencjalnych miejsc, do których lokalizacje miałyby zostać przeniesione (Zamawiający nie podał nowych lokalizacji w dokumentacji postępowania), nie jest w stanie określić kosztów jakie będą się z tym wiązały, a co za tym idzie, nie jest w stanie należycie oszacować oferty. Powoduje to ryzyko nieporównywalności ofert wykonawców, którzy zdecydowali się na udział w przedmiotowym postępowaniu - każdy z wykonawców może bowiem przyjąć na potrzeby wyceny oferty inną kwotę, która będzie służyła pokryciu kosztów związanych ze zmianą lokalizacji. W związku z powyższym zasadna jest według Odwołującego modyfikacja przedmiotowego postanowienia poprzez wprowadzenie uprawnienia wykonawcy do odmowy przeniesienia lokalizacji lub uprawnienia do żądania od Zamawiającego dodatkowego wynagrodzenia z tytułu przeniesienia lokalizacji. W tym zakresie wniósł o doprecyzowanie zasad przeniesienia lokalizacji.

W grupie zarzutów wskazanych w zarzucie trzecim Odwołujący - po wycofaniu zarzutów dotyczących w szczególności wysokości kar umownych, podtrzymał zarzuty odnoszące się do potrzeby modyfikacji §9 wzoru umowy w zakresie potrzeby ustalenia procedury reklamacyjnej w zakresie naliczonych kar, a także określenia max wysokości możliwych do naliczenia kar umownych i usunięcie art. § 13 ust. 3 wzoru umowy lub jego modyfikację poprzez wskazanie, iż prawo odstąpienia przysługuje jedynie w przypadku, gdy do opóźnienia wykonania wdrożenia sieci WAN doszło w wyniku okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność oraz doprecyzowanie, iż w przypadku odstąpienia, Wykonawcy przysługuje zwrot świadczenia, które wykonał do momentu odstąpienia.

W tym zakresie podał, że w § 9 wzoru umowy nie przewidziano procedury reklamacyjnej umożliwiającej wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń, co do zasadności nałożenia na niego kary umownej. Kary umowne powinny przysługiwać Zamawiającemu tylko i wyłącznie w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z winy wykonawcy, co w praktyce oznacza konieczność istnienia procedury, w toku której strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk. W związku z powyższym w pełni uzasadnione jest wprowadzenie do wzoru umowy procedury reklamacyjnej umożliwiającej wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń, co do zasadności nałożenia na niego kary umownej i niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy.

Podał także, że charakter sankcji finansowych wobec Wykonawcy odpowiadający karom umownym, mają odrębnie uregulowane bonifikaty za niedotrzymanie parametrów jakościowych usługi. Dlatego też, ze względu na zachowanie równowagi stron umowy, zasadne jest określenie maksymalnej wysokości kar umownych, do których zapłacenia zobowiązany może być Wykonawca na podstawie umowy.

Odnosząc się do możliwości odstąpienia Zamawiającego od umowy zwrócił uwagę na postanowienie z art. 13 ust. 3 wzoru umowy, gdzie Zamawiający przyznał sobie prawo natychmiastowego odstąpienia od umowy w przypadku opóźnienia wykonania wdrożenia sieci WAN o więcej niż 7 dni roboczych. Jest to postanowienie, które nadmiernie obciąża Wykonawcę i narusza zasady współzycia społecznego. Należy zważyć, iż uprawnienie Zamawiającego nie zostało uzależnione od winy Wykonawcy w zaistnieniu opóźnienia w realizacji. Na uwadze należy mieć również wyjątkowo krótkie terminy realizacji wdrożenia sieci WAN przewidziane przez Zamawiającego.

Ostatnim z podniesionych zarzutów jest zarzut dotyczący obostrzeń w sprawie możliwości powierzenia przez wykonawców wykonywania części zamówienia przez podwykonawców. Wskazał, że Zamawiający określił liczne postanowienia daleko ingerujące w stosunki między Wykonawcą a podwykonawcami, co stanowi wymóg nadmiernie ograniczający swobodę Wykonawcy do kształtowania własnych stosunków umownych, jak również nie znajduje uzasadnienia w obiektowych potrzebach Zamawiającego. Przedmiotem postępowania nie są roboty budowlane, ale usługi, za których wykonanie odpowiedzialność ponosi samodzielnie wykonawca.

Podkreślił, że w zakresie, w jakim Zamawiający nie wyłączył możliwości korzystania z usług podwykonawców, nie jest również uzasadnione i dopuszczalne ograniczenie możliwości zmiany zakresu zadań, jakie na etapie realizacji umowy Wykonawca powierzy podwykonawcom. Narusza to nie tylko interes Wykonawcy i jego swobodę w doborze optymalnej metody świadczenia usługi spełniającej wymagania Zamawiającego, ale również interes samego Zamawiającego, gdyż w toku realizacji zamówienia, może zająć konieczność zmiany zakresu podwykonawstwa w stosunku do tego, który został przewidziany w złożonej przez Wykonawcę ofercie.

**Zamawiający** w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odniesieniu do zarzutu 1. a) podał, iż o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji można mówić w sytuacji, gdy warunek udziału w postępowaniu lub opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia zaoferowanie przez podmiot produktu, który będzie spełniał wszystkie wymagania zamawiającego, a niemożliwość ta ma charakter obiektywny i nieprzemijający.

Zamawiający podziela w tym zakresie ugruntowane stanowisko orzecznictwa, zgodnie z którym fakt, że nie wszystkie podmioty z danej branży mogą wziąć udział w postępowaniu nie przesądza o tym, że postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji.

Niewątpliwie Zamawiający ma prawo oczekiwać od Wykonawców, którzy są specjalistami w swojej dziedzinie działalności gospodarczej, sprawnego organizowania pracy, skierowania osób wykwalifikowanych oraz sprzętu, który sprostą jego oczekiwaniom. Kluczowe dla realizacji tego przedmiotu zamówienia, zestawienie i uruchomienie łącz, rzeczywiście wymagać będzie od wykonawcy konieczności podejmowania działań na terenie całej Polski, z czym wiąże się nieuchronność przemieszczania się osób, którymi wykonawca będzie wykonywał zamówienie. Stąd tak ważne jest w kontekście tego zarzutu poruszenie kwestii dysponowania przez wykonawcę odpowiednio wykwalifikowanymi osobami, w odpowiedniej liczbie, odpowiednim potencjałem produkcyjnym. Z uwagi na fakt, że Zamawiający realizuje funkcje publiczne w obszarze zabezpieczenia społecznego rolników i ich rodzin, oczekuje, że potencjalny Wykonawca przystępując do postępowania przetargowego na eksploatację sieci WAN KRUS będzie dysponował niezbędnym potencjałem technicznym i osobowym, a przez to zagwarantuje terminową realizację przedsięwzięcia z zapewnieniem oczekiwanej przez Zamawiającego jakości i niezawodności.

Jeśli nawet wymaganie czasu na wdrożenie sieci WAN u Zamawiającego powoduje konieczność znacznego zaangażowania sił i środków po stronie Wykonawcy, ale możliwych do spełnienia, to oczywistym jest, że taka okoliczność nie prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Wymaga także podkreślenia w ocenie Zamawiającego, że Odwołujący posiada odpowiednie doświadczenie i potencjał techniczny oraz personalny do wykonania zamówienia, czego potwierdzeniem jest udział Odwołującego w postępowaniach przetargowych KRUS dotyczących tożsamego zamówienia w latach poprzednich oraz fakt składania ofert w postępowaniach o podobnym przedmiocie zamówienia.

Zamawiający podkreślił, że według jego wiedzy istnieje możliwość realizacji tego zamówienia przez kilku przedsiębiorców, działających na obszarze naszego kraju. Fakt istnienia co najmniej kilku potencjalnych podmiotów, mogących zrealizować zamówienie, samodzielnie lub w ramach konsorcjum, świadczy o tym, że w celu zapewnienia realnego przestrzegania zasady uczciwej konkurencji Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, aby krąg podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu, był jak najszerszy.

Odnosząc się do dokonanej modyfikacji treści postanowień SIWZ podkreślił, że Zamawiający w sposób znaczący zmodyfikował wymogi co do oczekiwanych technologii łącz sieciowych oferowanych przez Wykonawcę, dając

Wykonawcy swobodę w wyborze rodzaju łącza, które poprowadzi do danej jednostki - mając na uwadze uwarunkowania terenowe i budynkowe, oraz prawne. Również dotychczasowe praktyka świadczenia usług przez podmioty trzecie na rzecz Zamawiającego w zakresie eksploatacji sieci WAN nie powodowała trudności z doprowadzeniem łącza do jakiegokolwiek lokalizacji KRUS w terminie nie dłuższym niż 90 dni. Podniósł, że wszystkie obecne lokalizacje KRUS posiadają niezbędne okablowanie strukturalne umożliwiające świadczenie przedmiotowej usługi. Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że w opisie przedmiotu zamówienia dopuszcza wykorzystanie łącza w ogólnodostępnej technologii publicznej sieci internetowej, co ma istotny wpływ na termin realizacji wdrożenia sieci WAN.

Zamawiający stwierdził, że w zaistniałym stanie faktycznym nie doprowadził do preferowania konkretnego Wykonawcy oraz dyskryminowania z udziału w postępowaniu innych Wykonawców. Zatem zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu wskazanego pod pkt l.b) podał, że Zamawiający z racji prowadzonej działalności na rzecz swoich beneficjentów, istniejących powiązań z innymi podmiotami publicznymi nie może dopuścić do sytuacji, w której jego komórka organizacyjna nie posiadałaby dostępu do usług informatycznych wspierających jej działalność. Za pośrednictwem sieci WAN Zamawiający dokonuje pełnej obsługi beneficjentów KRUS w zakresie między innymi: obsługi ubezpieczenia społecznego rolników i członków ich rodzin, naliczania i wypłaty świadczeń emerytalno-rentowych oraz orzecznictwa lekarskiego, prewencji i rehabilitacji. W związku z powyższym sieć WAN umożliwia realizację ustawowych obowiązków przez KRUS.

Intencją zamawiającego w zakresie przenoszenia lokalizacji jest zasygnalizowanie Wykonawcy usług sieciowych konieczności podłączenia nowej lokalizacji do sieci WAN. W terminie 21 od złożenia wniosku o zmianę lokalizacji wykonawca powinien tylko i wyłącznie, dokonać oceny technicznej realizacji tego zadania i przygotować się do jego wykonania w terminie wskazanym we wniosku.

Zamawiający zgłaszając konieczność przeniesienia lub podłączenia nowej lokalizacji, jednocześnie zapewnia Wykonawcy trzymiesięczny termin na realizację przedmiotowego zamówienia. W ocenie Zamawiającego przy istniejących możliwościach technicznych oraz powszechności i dostępności usług sieciowych termin ten jest wystarczający na realizację zamówienia na podłączenie nowej lokalizacji do sieci WAN KRUS. Należy mieć także na uwadze, że jednostki organizacyjne KRUS są w zdecydowanej większości ulokowane w miastach o statusie co najmniej powiatu, czyli lokalizacjach gdzie istnieje podstawowa infrastruktura telekomunikacyjna, a nie na obszarach leśnych, trudno dostępnych, niezaludnionych, co wymagałoby realizacji trudnych do oszacowania inwestycji. Zamawiający, w ramach bieżących potrzeb, ma oczywisty interes w przenoszeniu lokalizacji, bowiem określona część lokalizacji Zamawiającego to budynki niebędące własnością Zamawiającego. W sytuacji, gdy Zamawiający ma możliwość zmiany lokalizacji i obniżenia kosztów najmu, po przeanalizowaniu innych równie istotnych aspektów biznesowych, podejmuje decyzję o zmianie lokalizacji. Bez takiego mechanizmu, jaki zapisano w SIWZ Zamawiający miałby zdecydowanie słabszą pozycję w stosunku do Wykonawcy, poprzez bardzo ograniczone możliwości wyegzekwowania od Wykonawcy przeniesienia danej lokalizacji w określonym terminie. Ponadto Zamawiający w sposób jednoznaczny określił, że w czasie trwania umowy, to jest w czasie 60 miesięcy, dopuszcza do zmiany tylko (maksymalnie) 25 lokalizacji. Mechanizm przyjęty przez Zamawiającego jest korzystny dla Wykonawcy, bo przewiduje pulę przeniesień, za które Zamawiający zapłaci w formie ryczałtowej, a która nie musi zostać wykorzystana. Jest to zatem kwestia rozłożenia ryzyka pomiędzy Wykonawcę, który wyceni zmianę lokalizacji (i uwzględni tę wycenę w wysokości ryczałtu) oraz Zamawiającego, który może nie skorzystać z pełnej puli, a mimo to zapłaci pełną kwotę.

W zakresie podtrzymanego zarzutu z pkt 2 lit. d i e Zamawiający nie odniósł się w sposób indywidualny do wyszczególnionych zarzutów stwierdzając tylko, że Zamawiający zmodyfikował treść SIWZ we wzorze Umowy w ten sposób, że w § 9 ust. 1 obniżył wysokość kar umownych za opóźnienie we wdrożeniu sieci WAN oraz wydłużył termin opóźnienia, po upływie którego kary z tego tytułu będą naliczane. Modyfikacja została opublikowana na platformie zakupowej w dniu 15 grudnia 2018 r. Ponadto kary umowne zostały odrębnie określone z tytułu niewykonania czynności poprzedzających rozpoczęcie świadczenia usługi lub innych czynności o charakterze jednorazowym, oraz odrębnie w formie bonifikat z tytułu niedochowania parametrów SLA. W tym drugim przypadku wyznaczona została maksymalna wysokość bonifikat - zgodnie z § 9 ust. 7 wzoru umowy wysokość bonifikat naliczonych za dany miesiąc nie może przekroczyć kwoty miesięcznego wynagrodzenia za ten miesiąc.

Natomiast w zakresie zarzutu z pkt 2 lit f) podał, że odstąpienie od umowy jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem Zamawiającego. Podkreślił, że sprawnie działająca sieć WAN KRUS jest niewrażliwa dla prawidłowej działalności jednostek organizacyjnych i samej Centrali KRUS. Zamawiający nie dopuszcza żadnego ryzyka, którego nie można uniknąć. Ponadto brak podjęcia stosownych działań, gdy Wykonawca nie daje rękojmi wykonania, bądź należytego wykonania zamówienia wprost naraża Zamawiającego na zarzut naruszenia art. 35 ustawy o finansach publicznych, w świetle którego wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny. Brak reakcji Zamawiającego, czy reakcja zbyt późna, może przynieść szkody materialne i niematerialne po stronie Zamawiającego. Dlatego też ochrona interesu publicznego pozostanie nadrzędna nad ochroną zysku Wykonawcy.

W zakresie zarzutu trzeciego zamawiający odnosząc się do przywołanej przez Odwołującego argumentacji podał, że Zamawiający ma prawo określenia w SIWZ warunków zlecenia podwykonawstwa. Ograniczeniem dla Zamawiającego w tym zakresie są przepisy Kodeksu cywilnego i gdyby, teoretycznie, Zamawiający próbował w złej wierze w sposób rażący i uporczywy uniemożliwić udział podwykonawców w realizacji umowy, narażałby się na roszczenia ze strony Wykonawcy oraz na możliwość zwolnienia się Wykonawcy z odpowiedzialności. Podkreślił, że Odwołujący nie wykazał, że kwestionowane postanowienia SIWZ obiektywnie naruszają interes wykonawcy, jak i jego swobody, w zakresie oferowanym, w doborze optymalnej metody świadczenia usługi spełniającej wymagania Zamawiającego. W ofercie wykonawca jest zobowiązany podać zakres prac, jaki zamierza powierzyć podwykonawcom, natomiast Zamawiający we wzorze umowy określił zasady, na jakich wykonawca będzie mógł korzystać z podwykonawców. Dobrowolne zastosowanie przez Zamawiającego standardów dla usług odpowiednio z art. 143b i art. 143c Pzp, zastrzeżonych dla robót budowlanych, nie może być postrzegane jako naruszenie przepisów prawa. Podwykonawca usługi - zgodnie z kompetencją Zamawiającego - ma prawo korzystać z analogicznej ochrony, jak podwykonawca robót budowlanych, któremu to tylko wykonawcy przepisy Pzp niewątpliwie przyznają obligatoryjnie ochronę.

Przystępujący po stronie Odwołującego wykonawca NETIA S.A. z siedzibą w Warszawie poparł stanowisko Odwołującego i wniósł o uwzględnienie odwołania.

**odwołanie Orange Polska S.A. Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa (Sygn. akt: KIO 2502/15).**

Odwołujący w swoim odwołaniu zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 43 ust. 2a Pzp w związku z art. 9a i art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez wyznaczenie w ogłoszeniu o zamówieniu i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia terminu złożenia ofert na dzień 27 grudnia 2018 r., który to termin jest terminem krótszym niż minimalny okres składania ofert wynikający z przepisów ustawy, oraz zbyt krótkim na przygotowanie i złożenie oferty, nieuwzględniającym czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty oraz złożoności zamówienia i obszerności dokumentacji, którą należy przeanalizować przed sporządzeniem oferty, a w konsekwencji naruszenie przez zamawiającego reguł wyznaczania terminów na składanie ofert oraz zasad przygotowania

i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniających uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców,

2.naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp i art. 8 ust. 3 Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy ustawy przewidujące ochronę informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy z uwagi na ujęcie jako załączników do umowy w sprawie zamówienia publicznego dokumentów „Kopia dokumentu ubezpieczenia Wykonawcy” oraz „Personel Wykonawcy”, w a konsekwencji naruszenie zasad ustawowej ochrony informacji,

3.art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp - poprzez wadliwe opisanie w § 7 ust. 13 wzoru umowy prawa wykupu elementów sieci WAN tj. w sposób niejednoznaczny i niekompletny, nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym właściwe skalkulowanie kosztów oferty i wykonanie zamówienia, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,

4.naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na sformułowanie niejasnych, nieprecyzyjnych wymagań związanych z obowiązkiem zapewnienia przez Wykonawcę rozdzielności przebiegów łączy podstawowego i zapasowego oraz załączania map z przebiegiem tras światłowodowych (§ 5 ust. 4 lit. c) wzoru umowy).

Podnosząc powyższe zarzuty wniosł o nakazanie Zamawiającemu:

1.wydłużenia terminu składania ofert co najmniej do 11 stycznia 2019 r.,

2.wykreślenia dokumentów: „Kopia dokumentu ubezpieczenia Wykonawcy” oraz „Personel Wykonawcy” z wykazu załączników do umowy jako dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy,

3.zmianę opisu przedmiotu zamówienia poprzez:

1)wykreślenie § 7 ust. 13-16 wzoru umowy, albo alternatywnie

2)modyfikację § 7 ust. 13 wzoru umowy w taki sposób, aby:

a)opisane w nim uprawnienie Zamawiającego do wykupu elementów sieci WAN obejmowało wyłącznie urządzenia, bez zapewnienia licencji lub majątkowych praw autorskich,

b)określił jednoznacznie rodzajowo urządzenia, które mogą podlegać wykupowi przez Zamawiającego,

3)usunięcie § 7 ust. 14 i 15 wzoru umowy.

4.doprecyzowania wymagania zawartego w SIWZ w zakresie dotyczącym poprowadzenia łączy fizycznie rozdzielną drogą (§ 5 ust. 4 lit. c) wzoru umowy), poprzez jednoznaczne określenie, że wymaganie związane z rozdzielnością tras światłowodowych i załączeniem map z przebiegiem tych tras dotyczy jedynie dwóch jednostek centralnych sieci WAN KRUS, tj. Centrali KRUS oraz Ośrodka Zapasowego w Żyrardowie.

Odwolujący w związku z dokonana modyfikacja treścią postanowień SIWZ przez Zamawiającego cofnął ww. zarzut czwarty.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego podał, że iż przepisy ustawy Pzp przewidują określone zasady ustalania terminu składania ofert. Zgodnie z przepisem art. 43 ust. 2a Pzp w sytuacjach określonych w art. 37 ust. 5 i 6 ustawy, termin składania ofert nie może być krótszy niż 40 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający ustalił termin złożenia oferty z naruszeniem wskazanego przepisu. Ogłoszenie o zamówieniu zostało przesłane do publikacji dnia 21 listopada 2018 r., zatem termin składania ofert wyznaczony zgodnie z art. 43 ust. 2a Pzp i obejmujący co najmniej 40 dni, powinien upływać nie wcześniej niż dnia 31 grudnia 2018 r. Tymczasem Zamawiający wyznaczył termin złożenia oferty na dzień 27 grudnia 2018 r. (termin składania ofert obejmuje 36 dni).

Także zgodnie z art. 9a ust. 1 Pzp, wyznaczając terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, Zamawiający uwzględnił złożoność zamówienia oraz, w przypadku ofert, czas potrzebny na sporządzenie ofert, z zachowaniem określonych w ustawie minimalnych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert. Wskazał, że cytowany przepis należy stosować łącznie z przywołanym wcześniej art. 43 ust. 2a Pzp. Z analizy obu przepisów wynika, że Zamawiający nie może poprzestać wyłącznie na minimalnym terminie określonym w przepisach Pzp, lecz zobowiązany jest każdorazowo uwzględnić okoliczności związane z konkretnym zamówieniem i zbadać złożoność zamówienia oraz rzeczywisty czas, jaki w praktyce niezbędny jest do należytego sporządzenia oferty, z uwzględnieniem uwarunkowań wynikających także z kalendarza (dni wolne od pracy, okresy świąteczne, itp.).

Podkreślił, że postępowanie prowadzone przez Zamawiającego ma charakter skomplikowany, co wynika zarówno z szerokiego zakresu usług, których świadczenia wymaga Zamawiający od Wykonawcy, jak i szczególnych wymagań dotyczących sposobu świadczenia usług. O złożoności przedmiotu zamówienia przesądza również obszerność dokumentacji postępowania, której część (opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający udostępnił nie jednocześnie z upublicznieniem SIWZ, ale dopiero na pisemny wniosek wykonawców, uzupełniony o zobowiązanie do zachowania w poufności przekazanych informacji. Podał, że okres kalendarzowy, w którym po ogłoszeniu postępowania wykonawcy winni przygotować i złożyć oferty, obejmuje dużą liczbę dni wolnych od pracy, w tym okres świąt Bożego Narodzenia (termin złożenia oferty wyznaczony został na pierwszy dzień roboczy przypadający po zakończeniu świąt!). Po odliczeniu dni wolnych od pracy termin, jaki pozostaje Wykonawcy na przygotowanie i złożenie oferty wynosi mniej niż 20 dni.

Dodatkowo podkreślenia zdaniem Odwołującego wymaga, iż Wykonawca powinien dysponować odpowiednią ilością czasu potrzebnego do analizy dokumentacji postępowania oraz zgłoszenia Zamawiającemu wątpliwości i wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ w trybie art. 38 Pzp. Ostateczne i rzetelne sporządzenie oferty jest bowiem możliwe dopiero po uzyskaniu niezbędnych wyjaśnień. Termin wnioskowania o wyjaśnienie treści SIWZ zobowiązujący Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień (połowa okresu składania ofert - określonego z naruszeniem przepisów ustawy, tj. krótszego o co najmniej 4 dni od minimalnego terminu wskazanego w przepisach ustawy), upływa w dniu 10 grudnia 2018 r. Odliczając dni wolne od pracy oraz okres niezbędny na pozyskanie zastrzeżonego opisu przedmiotu zamówienia, na analizę całości dokumentacji postępowania, identyfikację wątpliwości i zgłoszenie wniosku o wyjaśnienie treści siwz, pozostaje Wykonawcy około 9 - 10 dni roboczych. Dlatego też wniosł o przedłużenie tego okresu do co najmniej 11 stycznia 2019 roku.

W kolejnym zarzucie Odwołujący wskazywał na nieprawidłowe ustalenie umiejscowienia dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a odnoszących się do załącznik nr 13 - Kopia dokumentu ubezpieczenia Wykonawcy, załącznik nr 14 - Personel Wykonawcy. Podał, że jeżeli zostaną spełnione przesłanki wskazane w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dana informacja podlega ochronie i nie może zostać ujawniona osobom i podmiotom nieuprawnionym do zapoznania się z taką informacją, w tym również nie może zostać ujawniona w trybie przepisów o dostępie do informacji publicznej.

W stanowiącym element SIWZ wzorze umowy Zamawiający wskazał jako załączniki do umowy dokumenty, których ujawnienie może skutkować naruszeniem klauzuli poufności treści tych dokumentów i nieuprawnionym ich ujawnieniem osobom i podmiotom, które nie mogą uzyskać dostępu do dokumentów. Powołał się na orzecznictwo KIO w tym zakresie z którego wynika, że wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie wraz z informacjami o ich kwalifikacjach i zakresie wykonywanych czynności oraz dokumenty merytoryczne mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Podniósł również, że tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy stanowią także informacje dotyczące zawartych umów ubezpieczenia, w tym

ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności. Podkreślił, że zasadne jest żądanie wyłączenia kopii dokumentu ubezpieczenia Wykonawcy oraz wykazu personelu Wykonawcy z katalogu załączników do umowy w sprawie zamówienia publicznego, mającej status jawnej. Zamawiający, bez konieczności inkorporowania wyżej wskazanych dokumentów do umowy w sprawie zamówienia publicznego jako jej załączników, będzie dysponował żądanymi informacjami, gdyż będą one składane Zamawiającemu jako dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu trzeciego podał, że opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowi bowiem podstawowy element specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jest niezbędny do prawidłowego oszacowania wartości zamówienia. Zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiot zamówienia powinien być określony w sposób precyzyjny i jednoznaczny, a jednocześnie w sposób maksymalnie zobiektywizowany. Wskazał, że zgodnie z § 7 ust. 13-16 wzoru umowy, stanowiącego Rozdział II SIWZ Zamawiającemu przysługuje prawo wykupu elementów sieci WAN (w tym w szczególności: routerów, switchy, firewally, serwerów, telefonów IP, majątkowych praw autorskich, licencji oraz innych urządzeń i oprogramowania wyszczególnionego w Załączniku nr 6 do umowy z wyłączeniem systemu DDoS) za cenę 1 zł netto, za każde pojedyncze urządzenie, oprogramowanie czy licencje. Zamawiający może skorzystać z prawa wykupu w części, poprzez odkup tylko wybranych elementów sieci WAN. Nadto Wykonawca zapewnia, że po wykupie Zamawiający uprawniony będzie do korzystania w sposób nieograniczony z elementów sieci WAN.

Powyższe wymagania nie precyzują w sposób jednoznaczny zakresu dodatkowego (nie związanego z przedmiotem umowy) świadczenia, co uniemożliwia Odwołującemu, w tym również innym potencjalnym wykonawcom, właściwe skalkulowanie kosztów oferty. Zastrzeżone przez Zamawiającego na swoją rzecz uprawnienie obejmujące ewentualne prawo do wykupu poszczególnych - według wyboru Zamawiającego, elementów sieci WAN (w tym w szczególności: routerów, switchy, firewally, serwerów, telefonów IP, majątkowych praw autorskich, licencji oraz innych urządzeń i oprogramowania wyszczególnionego w Załączniku nr 6 do umowy z wyłączeniem systemu DDoS) za cenę 1 zł netto, za każde pojedyncze urządzenie, oprogramowanie czy licencje, oraz nałożenie na Wykonawcę zobowiązania do zapewnienia, że po wykupie Zamawiający uprawniony będzie do korzystania w sposób nieograniczony z takich elementów sieci WAN, pozostawia wiele niejasności, co najmniej w kilku aspektach

- po pierwsze odkupienie przez Zamawiającego poszczególnych rodzajów urządzeń, oprogramowania, licencji, itd. musi być przewidziane przez wykonawcę na etapie zakupu tych elementów, ponieważ niektórzy dostawcy sprzętu dopuszczają dalszą odsprzedaż urządzeń tylko i wyłącznie za określoną opłatą.

- po drugie, zapewnienie Zamawiającemu, że po wykupie będzie mógł korzystać z rzeczy lub praw w sposób nieograniczony, nie jest możliwe w stosunku do licencji, które z zasady wykupuje się na określony czas.

Ponadto, Zamawiający jednakowo potraktował rzeczy (urządzenia) i prawa, tj. oprogramowanie (programy komputerowe) oraz licencje i inne autorskie prawa majątkowe. Nawet w przypadku rzeczy, korzystanie z nich co do zasady jest ograniczone, bowiem zgodnie z art. 140 Kodeksu cywilnego, można z nich korzystać w granicach określonych przez ustawy i zasady współzycia społecznego. W przypadku oprogramowania, prawo autorskie przewiduje dwie główne konstrukcje - przeniesienie praw (którego istotą jest wyzbycie się praw po stronie twórcy) oraz licencja (której istotą jest tylko upoważnienie do korzystania z oprogramowania bez naruszenia praw twórcy). Obydwie te konstrukcje, wiążą się z typowymi dla prawa autorskiego ograniczeniami, dotyczącymi pól eksploatacji, czy czasu korzystania, na które Odwołujący co do zasady nie ma wpływu. Z uwagi na powyższe zadaniem Wykonawcy jest jedynie zapewnienie, aby w ramach przedmiotu umowy i przez czas jej obowiązywania, Zamawiający mógł z tych praw korzystać, w zakresie w jakim jest to niezbędne do prawidłowej realizacji Umowy. Koszt zapewnienia wszystkich tych elementów sieci WAN, w tym licencji, wykonawca wlicza w cenę oferty. Nieuzasadnionym byłoby zatem wymaganie od Wykonawcy, zapewnienia licencji po okresie obowiązywania Umowy, bowiem wykracza to poza okres obowiązywania umowy o udzielenie zamówienia publicznego i jest obciążone wieloma niewiadomymi (w szczególności nieznaną długość czasu, na jaki one powinny być zapewnione i związane z tym koszt).

Reasumując powyższe stwierdził, że w ocenie Odwołującego, żądanie wykupu oprogramowania z którym wiąże się odpłatne licencje, przy obecnych zapisach SIWZ nakładałaby na de facto na Wykonawcę nieodpłatne świadczenie, gdyż możliwość odkupienia części nie jest zagwarantowana, a w przypadku wykupu w cenie 1 zł netto za oprogramowanie lub licencję, określonej § 7 ust. 13 wzoru umowy, naruszałaby zasadę ekwiwalentności odpłatnych umów. W związku z powyższym postanowienia § 7 ust. 13-16 wzoru umowy powinny zostać usunięte albo doprecyzowane przez Zamawiającego, dookreślając zakres rzeczowy przedmiotu świadczenia, a także zagwarantowanie zwrotu kosztów poniesionych przez Wykonawcę.

**Zamawiający** w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie jako niezasadnego.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego podał, że opisany przez niego przedmiot zamówienia nie posiada żadnych znamion nowatorskiego charakteru inwestycji, a co za tym idzie profesjonalny uczestnik rynku telekomunikacyjnego, jakim jest Odwołujący, winien mieć możliwości technologiczno-osobowe dla przygotowania i złożenia kompletnej, odpowiadającej wymaganiom zawartym w SIWZ oferty, w wyznaczonym do tego czasie. Wyznaczając termin składania ofert, Zamawiający kierował się przepisami ustawy Pzp regulującymi tą kwestię. Przepisy te znane są również Odwołującemu i nie powinny one budzić jego wątpliwości. Ponadto Odwołującemu, od wielu lat działającemu na rynku usług telekomunikacyjnych, niewątpliwie znane są potrzeby Zamawiającego oraz terminy ich prawdopodobnego ogłoszenia w procedurach przewidzianych ustawą Pzp.

Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, a nawet nie twierdził, że nie jest w stanie spełnić wymagań Zamawiającego i złożyć w wyznaczonym terminie ważnej oferty. Podkreślił, że Zamawiający na etapie składania ofert nie wymaga od wykonawców złożenia żadnych dodatkowych dokumentów, co mogłoby zmusić wykonawcę do uzyskiwania dodatkowych zaświadczeń. Zamawiający stwierdził, że określenie przedmiotu zamówienia jest jednoznaczne i wyczerpujące, dokonane za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zdaniem Zamawiającego nie można czynić mu zarzutu, iż przy określeniu terminu składania ofert utrudnił on realizację naczelną zasadę uczciwej konkurencji, bowiem nie można podejrzewać, że przesunięcie tego terminu może wpłynąć na konkurencyjność Wykonawcy na rynku będącym obszarem jego działalności, a którego dotyczy przedmiotowe zamówienie. Ponadto Zamawiający na bieżącym etapie realizacji postępowania przetargowego w dniu 4 grudnia 2018 r. przesunął termin składania ofert na dzień 2 stycznia 2019 r. W związku z trwającym postępowaniem odwoławczym oraz modyfikacją SIWZ, termin składania ofert ponownie został przedłużony - do dnia 8 stycznia 2019 r., co pozostaje zbieżne z oczekiwaniem Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu drugiego dotyczącego tego, że żądanie przez Zamawiającego dołączenia do umowy na etapie jej podpisywania wykazu personelu i załączenia polisy ubezpieczeniowej miało by stanowić naruszenie przepisów o tajemnicy przedsiębiorstwa podał, że zarzut ten jest zarzutem chybionym. Podniósł że przepis art. 8 ust.3 Pzp ustanawia

ostateczny i nieprzekraczalny termin na zastrzeżenie informacji stanowiących element oferty lub przedkładanych wraz z ofertą; po drugie - wskazuje na zakres koniecznych czynności, które musi dokonać wykonawca, aby zastrzeżenie było skuteczne. Zamawiający w SIWZ wskazał na prawo wykonawcy do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, z określeniem warunków skuteczności takiego zastrzeżenia, w tym konieczności wykazania (uzasadnienia) przesłanek uznania tych informacji za tajemnice przedsiębiorstwa. Skuteczne zastrzeżenie poufności informacji obowiązuje Zamawiającego do zachowania jej w poufności przy zawieraniu umowy oraz w trakcie jej wykonywania. Wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu, jest zobligowany do przedstawienia wykazu osób, posiadających stosowne kwalifikacje i uprawnienia, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Wykaz ten stanowić będzie - w razie wyboru oferty - podstawę do sporządzenia pełnej listy pracowników, stanowiącej załącznik nr 14 do Umowy „Personel Wykonawcy”. Objęcie zastrzeżeniem poufności informacji o osobach kierowanych do realizacji zamówienia, dokonane przy składaniu oferty, pozostanie skuteczne w stosunku do tych osób, ujętych we wskazanym załączniku do Umowy.

Podnieść także należy, że wynikająca z art. 139 ust. 3 ustawy Pzp zasada jawności umów w sprawach o zamówienia publiczne nie wyłącza możliwości objęcia informacji zawartych w konkretnej umowie klauzulą poufności, co wynika chociażby z art. 35 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 2077 z późn. zm.). Możliwe jest zatem zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w dokumencie przedkładanym dopiero przy zawieraniu umowy lub w trakcie jej realizacji, o ile wykonawca skutecznie - w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r. poz. 419 z późn. zm.) - taką informację zastrzeże. Wobec powyższego zarzut i wnioski o dokonanie zmiany postanowień SIWZ są zatem zdaniem Zamawiającego bezzasadne.

W zakresie zarzutu trzeciego dotyczącego możliwości wykupu przez Zamawiającego za cenę 1 zł urządzeń i licencji podniósł, że w tym zakresie Zamawiający dokonał odpowiedniej modyfikacji treści SIWZ w części Wzoru umowy poprzez nadanie nowego brzmienia § 7 ust. 13-16 i dodanie w § 7 nowych ust. 17-18 w brzmieniu

„§ 7 ust. 13-18

13. Zamawiającemu przysługuje prawo wykupu elementów sieci WAN (w tym w szczególności: routerów, switchy, firewalli, serwerów, telefonów IP oraz innych urządzeń

wraz z zainstalowanym oprogramowaniem wyszczególnionymi w Załączniku nr 6 do umowy z wyłączeniem systemu DDoS) za cenę 1 zł netto, za każde pojedyncze urządzenie.

14. Zamawiający może skorzystać z prawa wykupu w części, tj. odkupić wybrane elementy sieci WAN, nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed zakończeniem świadczenia usług.

15. Wykonawca zobowiązany jest zapewnić, aby w dniu wykupu, wszystkie elementy posiadały najnowsze dostępne wersje oprogramowania.

16. Zamawiający zrealizuje prawo wykupu poprzez przekazanie Wykonawcy oświadczenia o skorzystaniu z prawa wykupu.

17. Postanowienia pkt. 13 nie mają zastosowania w przypadku, gdy producent oprogramowania lub licencjodawca nie przewidział cesji autorskich praw majątkowych lub licencji na podmiot trzeci.

18. Zamawiający nie wymaga od Wykonawcy, aby licencje lub subskrypcje, które w dacie wykupu mają charakter czasowy, były wykupione/przedłużone po zakończeniu realizacji Umowy.

Przedmiotowa modyfikacja została opublikowana na platformie zakupowej w dniu 15 grudnia 2018 r. Podkreślił że zakres zaferowanych urządzeń zostanie dopiero określony przez wykonawcę, natomiast umowa zostanie zawarta na okres 60 miesięcy, a prawo wykupu części elementów Zamawiający będzie mógł zrealizować najwcześniej na 6 miesięcy przed upływem terminu świadczenia usług. Chociażby z tego powodu Zamawiający nie może wskazać bardziej zamkniętego katalogu urządzeń, które będzie chciał przejąć w ramach wykupu. W ocenie Zamawiającego - obecne brzmienie kwestionowanego postanowienia umowy precyzuje przedmiotowy zakres elementów, które mogą podlegać wykupowi, oraz możliwy termin wykupu, co umożliwiła wykonawcom właściwe skalkulowanie oferty. Wobec powyższego zarzut w stosunku do bieżących okoliczności należy uznać za bezzasadny.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy NETIA S.A. z siedzibą w Warszawie oraz T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie poparli stanowisko Odwołującego i wnieśli o uwzględnienie podniesionych zarzutów.

#### **Odwołanie NETIA S.A. ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa (Sygn. akt: KIO 2504/15).**

Odwołujący w złożonym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 2 Pzp poprzez ustalenie w Rozdziale II SIWZ - § 4 ust. 2 lit. a) Wzoru Umowy, terminu rozpoczęcia świadczenia usługi wynoszącego 3 miesiące od daty zawarcia Umowy, mimo, że tak określony termin nie uwzględnia konieczności podjęcia przez wykonawców innych niż dotychczasowy dostawca usługi, niezbędnych czynności zmierzających do przygotowania się do jej świadczenia, a w konsekwencji jest dla nich niemożliwy do dotrzymania, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, prowadząc do nieuzasadnionego uprzywilejowania dotychczasowego dostawcy usług;

2. naruszenie art. 43 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez ustalenie rażąco krótkiego terminu składania ofert, który uniemożliwi lub znacząco utrudni wykonawcom złożenie konkurencyjnych ofert w Postępowaniu, a co za tym idzie doprowadzi do uprzywilejowania dotychczasowego dostawcy usług Zamawiającego.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania:

1. modyfikacji treści SIWZ, tj. Rozdziału II SIWZ - § 4 ust. 2 lit. a) Wzoru Umowy, poprzez wyznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług objętych Umową wynoszącego co najmniej 150 dni od dnia zawarcia umowy, przynajmniej w odniesieniu do obiektów zabytkowych lub zlokalizowanych w obszarach ochrony zabytków (o jakich mowa w pkt. 11.1.1. ppkt. 4, tiret trzecia Załącznika nr 4 do SIWZ - Opisu przedmiotu zamówienia);

2. modyfikacji treści pkt. 10.1 Rozdziału I SIWZ i pkt. IN/2.2. Ogłoszenia, poprzez wyznaczenie terminu składania ofert wynoszącego co najmniej 70 dni od dnia przesłania Ogłoszenia o Zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, tj. do dnia 31 stycznia 2019r.

W uzasadnieniu podniesionego zarzutu pierwszy podniósł, iż przedmiotem postępowania są usługi operatorskie sieci WAN obejmujące transmisję danych, głosu i obrazu z zapewnieniem mechanizmów bezpieczeństwa, jak również dostarczenie urządzeń, zestawienie łączy, utrzymanie i zarządzanie infrastrukturą sieci niezbędną do świadczenia tych usług, w szczególności: usług sieci WAN/LAN, Telefonii IP, elementów systemów bezpieczeństwa w lokalizacjach Zamawiającego, centralnego dostępu do sieci Internet oraz dostępu beneficjentów KRUS poprzez Internet do usług świadczonych przez KRUS drogą elektroniczną. Zakres Zamówienia jest zatem bardzo szeroki i obejmuje zaprojektowanie, wdrożenie i utrzymanie sieci WAN, sieci LAN, systemu telefonii IP, zapewnienie usługi IP Contact Center, wdrożenie odpowiednich systemów bezpieczeństwa zgodnie ze specyfikacją Zamawiającego. Sieć ma przy tym zapewnić w szczególności komunikację danych pomiędzy poszczególnymi lokalizacjami Zamawiającego. Sieć ma obejmować 273 lokalizacje Zamawiającego znajdujące się na obszarze całej Polski.

Podkreślił, że przedmiot zamówienia jest bardzo złożony, albowiem obejmuje nie tylko kompleksowe usługi telekomunikacyjne (stanowią one maksymalnie 1/5 wartości zamówienia), ale również złożone usługi z zakresu IT/ICT (information and communication technologies), którymi co do zasady nie zajmują się operatorzy telekomunikacyjni. Jednakże w niniejszym postępowaniu jedynie operatorzy telekomunikacyjni, mogą rozważać złożenie ofert. Zamawiający bowiem wprost zastrzega w SIWZ (Rozdział I, pkt. 16.1), iż nie dopuszcza powierzenia przez Wykonawcę podwykonawcom części usługi w zakresie dotyczącym dysponowania przez Wykonawcę siecią szkieletową MPLS wykorzystywaną na potrzeby realizacji przedmiotu Umowy. Taką siecią szkieletową MPLS dysponuje bowiem jedynie kilku operatorów telekomunikacyjnych w Polsce. Oznacza to, iż operator telekomunikacyjny, którego usługi podstawowe stanowią będą nieznaczną część zamówienia, zmuszony będzie wesprzeć przygotowanie i realizację pozostałego zakresu zamówienia, poprzez współpracę z wykonawcami innych branż (IT/ICT). Podkreślił, że na uwagę zasługuje precedensowy charakter Zamówienia, jego olbrzymia skala, duża liczba lokalizacji i ich rozproszenie po całym kraju, w tym w licznych mniejszych miejscowościach, a także niespotykana wysokość, jak na realia rynku telekomunikacyjnego, szacunkowa wartość zamówienia (zgodnie z ogłoszeniem wartość bez VAT wynosi: 81 201105.69 PLN).

Wskazał, że Zamawiający ustalił, że umowa zostanie zawarta na okres pięciu lat, niemniej Wykonawca w terminie 3 miesięcy, licząc od dnia zawarcia Umowy, wykona wszystkie czynności, niezbędne do rozpoczęcia świadczenia usług objętych Umową (§ 4 ust. 2 lit. a) Rozdziału II SIWZ - Wzoru Umowy). Możliwość rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych warunkowane jest koniecznością wykonania szeregu czynności przygotowawczych. Regułą jest, że wykonawcy najpierw ponoszą zasadnicze koszty przygotowania się do świadczenia usługi (okres projektowania i budowania nowej infrastruktury lub pozyskanie istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej od obcych operatorów), a następnie przystępują do wykonywania „właściwych” usług telekomunikacyjnych. W zależności od warunków technicznych istniejących w danej lokalizacji Zamawiającego, Wykonawca może albo skorzystać z własnych łączy dostępowych (o ile je posiada), względnie je wybudować, ewentualnie wydzierżawić od innego operatora telekomunikacyjnego. Jednocześnie, w każdym scenariuszu musi dokonać wizji lokalnej we wszystkich lokalizacjach, przygotować projekt podłączenia, zamówić, dostarczyć, skonfigurować i zestawić odpowiednie urządzenia. Z tego względu dla każdego wykonawcy warunkiem złożenia oferty w postępowaniu jest pewność, że będzie dysponował niezbędnym, minimalnym czasem na wybudowanie własnej infrastruktury lub pozyskanie jej od innych operatorów.

Wykonawcy przygotowując ofertę muszą zatem w sposób jednoznaczny ocenić w jakim czasie (liczonym w dniach od zawarcia umowy) będą mogli przygotować się do rozpoczęcia wykonywania usług na rzecz Zamawiającego. Jednocześnie jedynym podmiotem, który może tą usługę realizować niezwłocznie po zawarciu umowy jest wykonawca obecnie świadczącym przedmiotowe usługi dla Zamawiającego. Podniósł, iż na wykonanie przedmiotowych czynności przygotowawczych o jakich mowa wyżej, wykonawcy winni mieć zagwarantowane co najmniej 150 dni od dnia zawarcia Umowy. Tylko taki termin umożliwi wykonawcy, który nie posiada własnych łączy dostępowych we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego, należyte przygotowanie się do świadczenia usługi telekomunikacyjnej. Podał, że czas niezbędny na przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych w postępowaniu jest szczególnie istotny również ze względu na to, że Zamawiający jednym z kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej uczynił liczbę lokalizacji, w których wykonawca świadczyć będzie usługi za pomocą łączy dostępowych w technice światłowodowej (pkt. 12.1 Rozdziału I SIWZ). Wykonawcy inni niż dotychczasowy usługodawca (Konsorcjum firm: Orange Polska S.A. i jego spółka zależna - Integrated Solutions Sp. z o.o.) są w stanie zapewnić świadczenie usługi w tej technologii, o ile Zamawiający wyznaczy adekwatny termin uruchomienia usługi uwzględniający czas niezbędny na ich zaprojektowanie i wybudowanie. Zakreślenie przedmiotowego terminu w sposób uniemożliwiający ich wybudowanie, jest równoznaczny z uprzywilejowaniem tego wykonawcy, który obecnie posiada największą ilość łączy światłowodowych w lokalizacjach Zamawiającego, tj. Orange Polska S.A. i jego spółkę zależną.

Zdaniem Odwołującego okres 3 miesięcy, którym będzie dysponować wybrany wykonawca na przygotowanie rozpoczęcia świadczenia usług jest za krótki i niemożliwy do dotrzymania przez wykonawców, którzy obecnie nie świadczą takich usług dla Zamawiającego we wskazanych przez niego lokalizacjach. Minimalny czas niezbędny na wdrożenie usługi wynosi 150 dni. Jest to czas niezbędny dla przeprowadzenia wszystkich czynności koniecznych dla faktycznego doprowadzenia infrastruktury do nowych lokalizacji.

Zwrócił także uwagę na kwestię, iż aż 35 obiektów Zamawiającego to obiekty zabytkowe lub zlokalizowane w strefach ochrony zabytków (por. pkt. 11.1.1. ppkt 4 tiret trzecia OPZ- Załącznik nr 4 do SIWZ). Co za tym idzie, projekt budowlany, poza standardowymi uzgodnieniami, wymaga również uzgodnienia z właściwym wojewódzkim konserwatorem zabytków. Zauważył, iż zasadniczo wykonanie sieci i przyłączy telekomunikacyjnych oraz telekomunikacyjnych linii kablowych i kanalizacji kablowej nie wymaga wydania pozwolenia na budowę (por. art. 29 ust.1 pkt. 19 a - pkt. 20b ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (tj. z dnia 7 czerwca 2018 r., Dz.U. z 2018 r. poz. 1202, dalej PB). W taki wypadek, po zgłoszeniu robót budowlanych i nie wydaniu sprzeciwu przez organ budowlany w terminie 21 dni, wykonawca może przystąpić do ich wykonania (art. 30 ust. 5 PB).

Jednakże w sytuacji w której roboty o jakich mowa wyżej są wykonywane przy obiekcie budowlanym wpisanym do rejestru zabytków, zgodnie z art. 29 ust. 4 PB wymagane jest uzyskanie pozwolenia na budowę. Jeśli natomiast mają być one wykonywane na obszarze wpisanym do rejestru zabytków wymagane jest dokonanie zgłoszenia o którym mowa w art. 30 ust. 1 PB. W obu przypadkach jednak, konieczne jest uprzednie pozyskanie pozwolenia właściwego wojewódzkiego konserwatora zabytków wydane na podstawie przepisów o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Po otrzymaniu zgody konserwatora, wykonawca będzie uprawniony do złożenia wniosku o pozwolenie na budowę. Termin na wydanie pozwolenia wynosi co do zasady 65 dni (por. art. 35 ust. 6 pkt. 1 PB). Procedura w sprawie pozwolenia na budowę przed organem I instancji trwać zatem może aż 125 dni (60 dni + 65 dni), przy czym termin ten nie uwzględnia ewentualnych uwag konserwatora i konieczności zmiany projektu budowlanego, czy też konieczności zaskarżenia, którejkolwiek z decyzji jako odmownej.

Podał, że Odwołujący ma świadomość, że ww. organy mogą wydać swe decyzje szybciej, ale uważa, że istnieje istotne i nie dające się wykluczyć ryzyko, iż w odniesieniu do co najmniej jednej z 35 lokalizacji, wykonawca będzie musiał oczekiwać więcej niż 4 miesiące na wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę. Tymczasem, ryzyko związane z długością trwania procedury administracyjnej nie powinno w żadnym mierzcie spoczywać na wykonawcy, który nie ma na te okoliczności jakiegokolwiek wpływu. Ryzyko tego rodzaju jest dla wykonawcy całkowicie nieakceptowalne - przypomnieć w tym miejscu należy, iż tylko 14- dniowe opóźnienie (niezawinione) w uruchomieniu usługi wiązać się będzie z koniecznością zapłaty kary umownej w kwocie ok. 5 mln. PLN. Zatem, możliwość przygotowania projektu robót budowlanych i pozyskania pozwolenia na budowę, a następnie wykonania tych robót, dostawa niezbędnego sprzętu i jego skonfigurowania jest całkowicie nierealna w określonym terminie wynoszącym 90 dni, a wniosek o wydłużenie tego terminu do 150 dni - przynajmniej w odniesieniu do obiektów zabytkowych lub zlokalizowanych w obszarze zabytkowym - jest absolutnie konieczne.

Zwrócił uwagę na kwestię, iż trudno nie dostrzec, że obecne ukształtowanie treści SIWZ w zakresie terminu realizacji stawia w uprzywilejowanej pozycji Orange Polska S.A. (i jego spółki zależne) - dotychczasowego wykonawcę przedmiotowej usługi, utrudniając tym samym uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 PZP) oraz naruszając zasadę uczciwej

konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 PZP).

Podniósł także zarzut zbyt krótkiego okresu czasu przewidzianego dla sporządzenia oferty. W tym zakresie podał, iż termin na złożenie ofert w niniejszym Postępowaniu wyznaczono na dzień 27 grudnia 2018r. Mając zatem na uwadze termin wysłania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej wynosi on dokładnie 35 dni. Niemniej obszerny i złożony Opis przedmiotu zamówienia został wykonawcom dostarczony później (dopiero w dniu 29 listopada 2018r.) W konsekwencji zatem, Wykonawcy mogli rozpocząć analizę przedmiotowego dokumentu dopiero po upływie tygodnia od dnia ukazania się SIWZ na stronie internetowej. Jednocześnie, z uwagi na precedensowy charakter zamówienia (łącznie w sobie usługi telekomunikacyjne oraz usługi IT/ICT), jego rozmiar oraz złożoność wymogów Zamawiającego (Opis przedmiotu zamówienia liczy aż 231 stron), możliwość złożenia konkurencyjnej oferty jest w zasadzie wyłączona. Trzeba mieć bowiem na uwadze, że wykonawcy otrzymali OPZ z 6 dniowym opóźnieniem. Dodatkowo, z uwagi na okoliczność, iż termin składania ofert przypada bezpośrednio na okres poświąteczny, oczywistym jest, że oferty należy przygotować do 21 grudnia br. Faktycznie wykonawca ma jedynie 23 dni na przygotowanie oferty w przedmiotowym Postępowaniu (realnie od 29.11. do 21.12 br.) W tym czasie, wykonawca zmuszony będzie przeprowadzić negocjacje z partnerami zajmującymi się branżą IT/ICT celem wynegocjowania i zawiązania konsorcjum, zapoznać się z ofertą ewentualnych dostawców i podwykonawców i zawrzeć stosowne umowy przedwstępne, zapoznać się szczegółowo z wymogami Zamawiającego zawartymi w OPZ oraz wycenić szczegółowo prace dotyczące blisko 300 lokalizacji Zamawiającego. Nie budzi przy tym wątpliwości okoliczność, iż brak czasu na przygotowanie tak złożonej i kompleksowej oferty (brak czasu na porównywanie ofert dostawców, podwykonawców, brak czasu na przeprowadzenie negocjacji, czy wynegocjowania optymalnych warunków umowy konsorcjalnej), może znacząco przyczynić się albo do niedoszacowania oferty albo do jej znaczącego przeszacowania. Wskazał, że treść art. 43 ust. 2 Pzp należy zawsze badać przez pryzmat ostrzeżenia art. 7 ust. 1 Pzp. Oznacza to, że minimalny termin wskazany w art. 43 ust. 2 Pzp nie zawsze jest wystarczający, w szczególności jeśli dla zapewnienia konkurencyjności termin ten powinien być dłuższy. Taka właśnie sytuacja ma miejsce w Postępowaniu. W ocenie Wykonawcy, dla utrzymania minimalnych standardów konkurencyjności Postępowania, niezbędne jest wyznaczenie terminu składania ofert wynoszącego co najmniej 70 dni od dnia wysłania ogłoszenia do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej, a zatem termin ten winien przypadać na 31 stycznia 2019 r.

**Zamawiający** w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. Zdaniem Izby wskazać należy, że zarzut podniesiony w odwołaniu Netia SA w zakresie żądania wydłużenia terminu na składanie ofert jest zbieżny z zarzutem nr 1 z odwołania Orange Polska SA, a w zakresie żądania potrzeby wydłużenia terminu na rozpoczęcie realizacji umowy od daty jej podpisania jest tożsamy z zarzutem 1a z odwołania T-Mobile Polska SA. Tym samym – w treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że jego stanowisko w zakresie ww. zarzutów Netii SA jest **zbieżne** z argumentacją podniesioną wobec takich samych zarzutów z odwołań T-Mobile Polska S.A. oraz Orange Polska SA. Wobec powyższego Izba uznała za zasadne uznanie braku potrzeby ponownego prezentowania tej samej argumentacji Zamawiającego w zakresie odniesienia się do zarzutów podniesionych w odwołaniu Netia SA. Przystępując do postępowania po stronie Odwołującego wykonawca T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie poparł przedstawioną przez Odwołującego argumentację i wniósł o uwzględnienie podniesionych zarzutów i żądań. **Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępujących wykonawców, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje, Odwołanie T-Mobile Polska SA oraz Orange SA okazały się częściowo zasadne i w związku z tym zostały uwzględnione. Natomiast zarzuty z odwołania Netia SA nie potwierdziły się i odwołanie to zostało oddalone w całości.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołania wykazali spełnianie przesłanek posiadania interesu o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp.

W zakresie interesu we wniesieniu odwołania wskazać należy, że przy odwołaniach od treści postanowień SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty- zgodnie z art. 29 ust 2 Pzp wystarczające jest tylko uprawdopodobnienie tego faktu. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawienie to przysługuje każdemu wykonawcy który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczające jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu.

Na wstępie merytorycznej oceny podniesionych zarzutów wskazać należy, że Zamawiający w piśmie z dnia 15 grudnia 2018 roku udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców w których nie tylko przedstawił wyjaśnienia treści budzących wątpliwości postanowień SIWZ, ale także dokonał szeregu zmian treści specyfikacji wraz z załącznikami, co skutkowało cofnięciem szeregu zarzutów przez wykonawców wnoszących odwołania (dot. KIO 2501/18 i KIO 2502/18).

#### **Ustalenia Izby w zakresie odwołania T-Mobile Polska SA - sygn. KIO 2501/18**

Pierwszym zarzutem z odwołania T-Mobile Polska jest zarzut dotyczący ustalenia terminu rozpoczęcia świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia dla Zamawiającego od daty podpisania umowy z wykonawcą. Zamawiający ustalił ten termin na max 3 miesiące, licząc od dnia zawarcia umowy. Odwołujący uznał ten termin za niewystarczający i wniósł o wydłużenie go do 7 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Wskazać należy, iż zbieżny z pierwszym zarzutem z odwołania T-Mobile Polska jest zarzut nr 1 z odwołania Netia SA w którym Odwołujący podobnie jak T-Mobile kwestionuje ustalony 3 miesięczny termin na rozpoczęcie świadczenia usług, gdyż uznaje go za nierealny i wniósł o wydłużenie go do co najmniej 150 dni.

Wobec powyższego prezentowane stanowisko Izby odnosi się do tożsamyh zarzutów z obu ww. odwołań. Jednocześnie wykonawca Netia SA wskazał, że o ile ustalony w SIWZ termin 90 dni może być realny dla większości obiektów Zamawiającego, to nie jest on realny w odniesieniu do obiektów zabytkowych lub zlokalizowanych w obszarze zabytkowym i tam też wydłużenie ustalonego terminu do 150 dni jest konieczne.

Odnosząc się do powyższych zarzutów Izba uznała je za niezasadne. Izba stwierdziła, że wykonawcy w sposób przekonujący nie wykazali, iż po pierwsze, termin ustalony w SIWZ jest obiektywnie nie możliwy dla dotrzymania, a po drugie, nie wykazano, że brak jest poza dotychczasowym wykonawcą usługi, tj. Orange Polska SA innych wykonawców mogących taką usługę świadczyć - czyli, że takie ustalenie terminu w SIWZ zaburza konkurencję na tym rynku usług. Nie zostało obalane także prezentowane przez Zamawiającego stanowisko, że „Zamawiający w sposób znaczący zmodyfikował wymogi co do oczekiwanych technologii łączy sieciowych oferowanych przez Wykonawcę, dając Wykonawcy swobodę w wyborze rodzaju łączy, które poprowadzi do danej jednostki - mając na uwadze uwarunkowania terenowe i budynkowe, oraz

prawne. Również dotychczasowe praktyka świadczenia usług przez podmioty trzecie na rzecz Zamawiającego w zakresie eksploatacji sieci WAN nie powodowała trudności z doprowadzeniem łącza do jakiegokolwiek lokalizacji KRUS w terminie nie dłuższym niż 90 dni". Ponadto Izba stanęła na stanowisku, że Odwołujący nie wykazał, że termin wskazywany przez Zamawiającego, jest terminem zbyt krótkim, faworyzującym jakiegokolwiek wykonawcę, w szczególności preferującym dotychczasowego wykonawcę, który świadczy te usługi. Podkreślić należy także, iż Zamawiający treścią postanowień SIWZ nie ograniczył możliwości realizacji usługi do świadczenia jej wyłącznie w oparciu własną infrastrukturę wykonawców, zezwalając na wchodzenie wykonawców w konsorcja, czy też poprzez dokonanie najmu łączy będących w dyspozycji innych operatorów.

Zdaniem Izby osią sporu w kwestii przedmiotowego zarzutu jest, czy Zamawiający jest zobowiązany wg. Pzp do takiego ustalenia terminu rozpoczęcia świadczenia usług, aby wykonawcy, którzy w zakresie lokalizacji objętych tym zamówieniem nie mają odpowiednich ich zdaniem łączy telefonicznych, mogli takie łącza wybudować, czy też może ustalić termin dający realną możliwość, aby zakres prac objęty przedmiotem zamówienia w części dotyczącej wdrożenia sieci WAN przy wykorzystaniu także sieci innych operatorów był możliwy do wykonania przez operatorów świadczących tego typu usługi.

Zdaniem Izby podkreślić należy, że wg. zasad Pzp ofertę w danym przetargu winni składać wykonawcy, którzy dysponują odpowiednimi zasobami umożliwiającymi im dane zamówienie wykonać. Nie jest zasadne przyjęcie stanowiska wnioskowanego przez Odwołujących, że dla zapewnienia konkurencyjności w tym postępowaniu niezbędne jest takie wydłużenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług, aby dać potencjalnym wykonawcom możliwość wybudowania własnej sieci telekomunikacyjnej, gdyż tylko- jak wywodzili, własna sieć zapewni odpowiednią przepustowość oraz opłacalność w realizacji zamówienia.

Zdaniem Izby należy wywieść wniosek, że Odwołujący nie wykazywali jednoznacznie, iż w terminie wskazanym w SIWZ nie są w stanie rozpocząć świadczenia usług, ale ich argumentacja była nakierowana na wskazywanie, że możliwość wybudowania własnej infrastruktury łączności zapewniającej łączność światłowodową da im dodatkowe punkty w kryterium oceny ofert, dzięki którym będą mogli złożyć oferty z wyższą – bardziej opłacalną ceną. Powyższe, częściowo racjonalne podejście ekonomiczne, nie może być podstawą do uznania, iż postawione w SIWZ warunki co do terminu rozpoczęcia świadczenia usług od daty podpisania umowy zaburzają uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami, lub uniemożliwiają złożenie oferty.

Izba uznała, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zapewnienia możliwości realizacji zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Izba za stanowiskiem podanym w uzasadnieniu wyroku SO w Warszawie z dnia 21 lutego 2018 roku sygn. XXIII Ga 1641/17 wskazuje, że to przedsiębiorca/potencjalny wykonawca, analizuje warunki określonego zamówienia, opisane w SIWZ i PFU i podejmuje swobodnie decyzję biznesową co do udziału w danym postępowaniu. Dlatego też brak możliwości danego wykonawcy, uczestnictwa w danym postępowaniu przy spełnianiu na najwyższym punktowanym poziomie kryteriów oceny ofert nie może być utożsamiane z naruszaniem zasady swobodnej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy ocenie zasadności podniesionych zarzutów Izba miała także na względzie uwarunkowania prawne wynikające z regulacji wskazanych w art. 139 ustawy - Prawa telekomunikacyjnego (Dz.U. z 2004 r. Nr 171, poz. 1800, t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1907) – dalej „UPT”, zgodnie z którym przedsiębiorca telekomunikacyjny jest obowiązany umożliwić innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, podmiotom, o których mowa w art. 4, oraz jednostkom samorządu terytorialnego wykonującym działalność, o której mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, dostęp do infrastruktury telekomunikacyjnej i nieruchomości, w tym do budynku. Należy podkreślić należy, że zgodnie z ww. przepisem art. 139 ust. 2 UPT warunki zapewnienia dostępu, w zakresie, o którym mowa w ust. 1, przedsiębiorcy telekomunikacyjni ustalają w umowie, która powinna być zawarta w terminie 30 dni od dnia wystąpienia o jej zawarcie. Izba stwierdziła, że żaden z Odwołujących nie wskazał, że brak jest możliwości terminowego wykonania sieci WAN dla Zamawiającego także w oparciu o sieci innych operatorów.

Zauważyć należy, że pomimo tego, że obaj Odwołujący funkcjonujący w tych samych realiach rynkowych i podnosząc w omawianym zakresie tożsame zarzuty w sposób zupełnie odmienny oceniali potrzebę wydłużenia terminu na rozpoczęcie świadczenia usług w tym postępowaniu. Odwołujący T-Mobile wnosił o termin 7 miesięczny, a Odwołujący Netia o termin co najmniej 150 dni (5 miesięcy) wskazując jednocześnie, że tak długi termin jest niezbędny co do zasady tylko dla wykonania podłączeń w odniesieniu do obiektów zabytkowych lub zlokalizowanych w obszarze zabytkowym.

Odnosząc się do kwestii wykonania instalacji na obiektach zabytkowych, czy w terenach chronionych Izba uznała, że nie zostało wykazane, iż dla wykonania przyłączy do tego typu obiektów wskazany termin 90 dni jest zbyt krótki, nierealny. Zauważyć należy, że może wystąpić także taka sytuacja, iż ze względu na charakter obiektu wykonawca może nie otrzymać w ogóle zgody konserwatora zabytków np. na postawienie na dachu zabytkowego obiektu np. masztu radiowego dla wykonywania połączeń drogą radiową, czy też wykonania innych prac zmieniających zabytkowy charakter obiektu. Tym samym dla każdego tego typu obiektów niezbędne jest wykonanie różnych analiz możliwości wykonania podłączeń w tym również z możliwością postawienia np. masztu radiowego na posesji sąsiedniej. Zaden z odwołujących się wykonawców takich analiz na poczet dowodów nie wykonał, a jedynym argumentem mającym przemawiać za potrzebą wydłużenia terminu rozpoczęcia świadczenia usług sieci WAN do tego typu obiektów było przywoływanie maksymalnych terminów dla uzyskania pozwoleń na wykonanie odpowiednich robót przyłączeniowych. Podkreślić należy, że w zakresie podmiotów składających odwołania mamy do czynienia z profesjonalistami występującymi od wielu lat na rynku telekomunikacyjnym, którzy niewątpliwie posiadają wiedzę co do możliwości wykorzystania różnego rodzaju technologii łączności, aby rozpocząć realizację umowy w określonym w SIWZ terminie.

Biorąc pod uwagę powyższe zdaniem Izby, Odwołujący wnosili o wydłużenie terminu na rozpoczęcie realizacji zamówienia nie wykazując, że nie jest to możliwe w okresie 90 dni ustalonych przez Zamawiającego. Izba uznała także za nietrafną argumentację Odwołujących, że przewidziany przez Zamawiającego maksymalny czas rozpoczęcia świadczenia usługi jest możliwy dla dotrzymania tylko przez podmiot, który dotychczas takie usługi świadczy. Niewątpliwym, zdaniem Izby jest to, że podmiot dotychczas świadczący tożsame usługi dla Zamawiającego jest w korzystniejszej sytuacji od innych wykonawców, gdyż posiada wiedzę co do zasad wykonywania zamówienia, możliwości wykonania podłączeń sieci, kalkulacji ceny, itd. Jednakże taka sytuacja nie może eliminować dotychczasowego wykonawcy z możliwości ponownego ubiegania się o uzyskanie kolejnego zamówienia. Zdaniem Izby ustalony przez Zamawiającego 90 dniowy termin rozpoczęcia świadczenia usług jest terminem realnym dla przygotowania się każdego z wykonawców do realizacji zamówienia, również dla tych którzy takiej usługi dla Zamawiającego dotychczas nie świadczyli. Aby wykazać w sposób obiektywny, faworyzowanie dotychczasowego wykonawcy, należałoby zdaniem Izby wykazać, że możliwość uzyskania zamówienia przez inny podmiot niż ten który te usługi świadczy obecnie, jest w sposób nadmierny i nieproporcjonalny utrudniona, albo wręcz niemożliwa. W przedmiotowym postępowaniu w zakresie omawianego zarzutu takich okoliczności nie wykazano i tym samym podnoszone zarzuty zostały oddalone.

Kolejnym zarzutem w odwołaniu odwołującego T-Mobile jest zarzut dotyczący ustalenia zasad przenoszenia lokalizacji sieci WAN do nowej siedziby jednostki Zamawiającego. Powyższy zarzut Izba uwzględniła.

Za zasadne Izba uznała stanowisko Odwołującego, iż opisanie przedmiotu zamówienia, nie wskazujące jednoznacznie miejsca przeniesienia sieci powoduje sytuację, że wykonawcy nie są w stanie prawidłowo określić kosztów, jakie będą musieli ponieść dla ich wykonania, a to skutkuje brakiem możliwości należytego oszacowania ceny oferty. Sytuacja taka powoduje ryzyko nieporównywalności złożonych ofert, gdyż w takiej sytuacji każdy z wykonawców może tylko w oparciu o hipotetyczne założenia przyjąć na potrzeby wyceny oferty inny koszt, który może okazać się kosztem nieodpowiadającym wysokości poniesionych nakładów.

Izba stwierdza, że opis przedmiotu zamówienia, który uniemożliwia złożenie porównywalnych ofert narusza zasadę uczciwej konkurencji wykonawców w postępowaniu, a tym samym dokonany w powyższym zakresie opis przedmiotu zamówienia narusza przepis art. 29 ust 1 - 2 Pzp. W powyższym zakresie Izba w tym składzie, w pełni akceptuje stanowisko Izby wyrażone w niemalże identycznym stanie faktycznym, mającym miejsce w sprawie rozpatrywanej przez KIO, która w orzeczeniu z dnia 6 czerwca 2018 roku o sygn. KIO 980/18 wskazała, że „w treści specyfikacji brak jest szczegółowych informacji, odnoszących się do zmian lokalizacji świadczenia usług oraz uruchomienia usług w nowych lokalizacjach. (...) z punktu widzenia wykonawcy informacje na temat lokalizacji są bardzo istotne, gdyż mają istotny wpływ na kształt ceny składanej oferty. Wobec braku skonkretyzowanych przez Zamawiającego w specyfikacji informacji na temat lokalizacji przenoszonych oraz nowo tworzonych nie można wykluczyć sytuacji, w której zapewnienie świadczenia usług transmisji danych w nowej lokalizacji lub przeniesienie usługi może się wiązać z koniecznością poniesienia przez wykonawcę bardzo dużych nakładów inwestycyjnych w celu zapewnienia odpowiedniej infrastruktury sieciowej i sprzętowej. (...) W związku z tym zasadne wydaje się twierdzenie, że zakres i wartość takich inwestycji jest niemożliwy, a przynajmniej bardzo utrudniony do przewidzenia przez wykonawcę na etapie przygotowywania oferty i może zostać określony dopiero po przeprowadzeniu rzetelnej weryfikacji możliwości technicznych uruchomienia konkretnych łącz, z konkretnymi parametrami, w konkretnej lokalizacji”.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ, poprzez dokładne uszczegółowienie w załączniku nr 3 do umowy, opisu jednostek dla których Zamawiający planuje w trakcie trwania umowy dokonać zmian lokalizacji i tym samym konieczności wykonania przyłączenia sieci WAN. Izba uznała także możliwość ustalenia przez Zamawiającego wyłączenia potrzeby wliczania w cenę oferty kosztu wykonania przeniesienia lokalizacji i ustalenia, że zamówienie w tym zakresie będzie następowało na zasadzie udzielania zamówień podobnych o których mowa w art. 67 ust.1 pkt 6 Pzp.

Izba dokonując nakazania powyższej zmiany treści SIWZ miała na względzie także fakt, że prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia winno być nie tylko zgodne z ustawą Pzp, ale także innymi przepisami ustalającymi krajowy porządek prawny. Pomimo tego, że Izba nie orzeka o zgodności działań Zamawiającego z ustawą o finansach publicznych, czy też nie stwierdza naruszenia dyscypliny finansów publicznych, to jednak biorąc pod uwagę, iż jednym z celów potrzeby udzielania zamówień w trybie Pzp jest dbanie o racjonalne wydatkowanie środków publicznych, Izba wskazuje, że powyższe ustalenie Zamawiającego może naruszać przepisy ww. ustaw. Niewątpliwym jest, że przedmiotowe zamówienie jest finansowane ze środków publicznych i tym samym ich wydatkowanie podlega reżimowi ustawy o finansach publicznych. Zgodnie z przepisem art. 44 ufp (ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych tj. Dz. u. z 2017 r. poz. 2077) wydatki środków publicznych winny być dokonywane w sposób oszczędny i celowy przy uzyskaniu najlepszych efektów z dokonanych wydatków.

Natomiast w sytuacji, kiedy Zamawiający zobowiązywał wykonawców do wliczenia w cenę ofertową, kwot na wykonanie nowych przyłączeń dla 25 nowych lokalizacji, odnośnie których - jak sam stwierdził w odpowiedzi na odwołanie, iż *nie jest pewne czy w ogóle lub częściowo z tej możliwości skorzysta*, a mimo to zapłaci pełną kwotę dla zakładanego przeniesienia 25 siedzib KRUS, to trudno uznać efektywność i prawidłowość takiego wydatku. Z powyższego można jednoznacznie wywieść, że Zamawiający dokona wydatkowania środków publicznych jedynie w oparciu o „zamiary inwestycyjne” w oderwaniu od wartości otrzymanych usług na które środki miały zostać wydatkowane.

Tym samym Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmian treści SIWZ w zakresie podanym w orzeczeniu.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego, według Odwołującego zbyt daleko idącej ingerencji Zamawiającego w wybór podwykonawcy dla wykonania zamówienia, Izba uznała niezasadność przedmiotowego zarzutu. Wskazać należy, że celem Zamawiającego przy takim sformułowaniu postanowień SIWZ w tym zakresie, było pozyskiwanie wiedzy jakiemu podwykonawcy, wykonawca zamierza powierzyć realizację poszczególnych zadań przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia. Wymaganie Zamawiającego w tym zakresie dotyczy nie tylko podwykonawców wskazywanych na etapie składania ofert, ale także dokonywania zmian w trakcie wykonywania zamówienia.

Izba uznała za zasadne stanowisko Zamawiającego wskazane na rozprawie, iż celem Zamawiającego nie jest utrudnianie wykonawcy wykonywania zamówienia, ale ze względu na fakt, iż zamówienie dotyczy świadczenia usług wrażliwych, związanych z ochroną danych osobowych ubezpieczonych w KRUS, niezbędne jest posiadanie wiedzy, jaki podwykonawca będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia na określonym etapie realizacji zamówienia i tym samym mogącym mieć dostęp do tego typu informacji.

Ponadto zdaniem Izby stwierdzić należy, że nakazanie Zamawiającemu zmiany treści postanowień SIWZ przez Izbę jest możliwe w sytuacji, kiedy treść postanowień SIWZ uniemożliwia lub w niezasadny sposób znacząco utrudnia złożenie oferty wykonawcy. Odwołujący nie wykazał, że kwestionowane postanowienie obiektywnie narusza jego interes, jak i jego swobodę w doborze optymalnej metody świadczenia usługi. W ofercie wykonawca jest zobowiązany podać zakres prac, jaki zamierza powierzyć podwykonawcom, natomiast Zamawiający we wzorze umowy określił zasady, na jakich wykonawca będzie mógł korzystać z podwykonawców. Powyższe zdaniem Izby powodowało, że podniesiony zarzut nie okazał się zasadny.

W zakresie zarzutu dotyczącego ustalenia procedury reklamacyjnej od nałożonej kary pieniężnej, Izba zarzut ten uznała za zasadny. Niewątpliwym jest, że Zamawiający w taką procedurę uwzględnił tylko co do kar w zakresie obsługi technicznej, natomiast Odwołującemu chodziło, aby Zamawiający wprowadził przepis, który będzie regulował postępowanie reklamacyjne w zakresie całości realizacji zamówienia, co Izba uznała za słuszne. Dlatego też Izba nakazała dokonanie w tym zakresie odpowiednich zmian w treści SIWZ.

Izba nie uwzględniła zarzutu co do określenia max wysokości kar umownych, którą Zamawiający może nałożyć na wykonawcę. Zdaniem Izby przekonujące jest stanowisko Zamawiającego, że w przypadku powtarzania się naruszeń Zamawiający ma prawo rozwiązać umowę z wykonawcą i tym samym nie można mówić o tym, aby takie kary mogły przekroczyć kilkudziesięć procent wartości zamówienia – Odwołujący na rozprawie wnosił o ich ograniczenie do max 40 wartości zamówienia. Izba nie uwzględniła także zarzutu dotyczącego niezasadności możliwości natychmiastowego odstąpienia Zamawiającego od umowy z wykonawcą. Izba w przedmiotowym zakresie stanowisko Zamawiającego podane w odpowiedzi na odwołanie uznaje za zasadne i przyjmuje je jako własne.

#### **Stanowisko Izby w zakresie odwołania wykonawcy Orange Polska SA sygn. KIO 2502/18**

W pierwszym zarzucie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp dotyczących ustalenia terminu składania ofert. Wskazał, że okres ten ze względu na wartość przedmiotu zamówienia winien wynosić minimum

40 dni od daty podania informacji o wszczęciu postępowania. Natomiast zdaniem Odwołującego ustalony termin jest terminem krótszym niż minimalny okres składania ofert wynikający z przepisów ustawy Pzp, oraz zbyt krótkim na przygotowanie i złożenie oferty, nieuwzględniającym czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty. Wniósł o nakazanie Zamawiającemu wydłużenia terminu składania ofert z 27 grudnia 2018 roku na dzień 11 stycznia 2019 roku.

Wskazać należy, że tożsamy zarzut został podniesiony w odwołaniu Netii SA i ten Odwołujący wniósł na nakazanie Zamawiającemu wydłużenia terminu składania ofert do 31 stycznia 2019 roku. Tym samym Izba dokonała łącznej oceny obu podniesionych w ww. odwołaniach zarzutów uznając je za niezasadne.

Podkreślić należy, że Zamawiający w dniu 15 grudnia 2018 roku dokonał modyfikacji treści SIWZ i termin składania ofert ustalił ostatecznie na dzień 8 stycznia 2018 roku. Stwierdzić należy, że zgodnie z treścią art. 43 ust.2, czy też 2a Pzp w związku z przepisem art. 191 ust.2 Pzp Zamawiający przedłużając termin składania ofert w sposób niewątpliwie spełnił wymagania ustawowe ustalając termin składania ofert dopiero po upływie 45 dni od daty ukazania się ogłoszenia o zamówieniu. Spełnienie wymagania ustawowego nie może być podstawą do wskazywania na naruszenie zasady uczciwej konkurencji z art. 7 ust.1 Pzp.

Występowanie w okresie ustalonego terminu składania ofert, świąt czy też dni ustawowo wolnych od pracy, jest co do zasady okolicznością normalną i ich większa ilość niż mogłoby to mieć miejsce w innym okresie nie może być podstawą do uznania naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Jak wskazywano powyżej odwołujący nie wykazali, że w ustalonym przez Zamawiającego terminie składania ofert nie było możliwe zanalizowanie okoliczności determinujących złożenie prawidłowej oferty. Przedmiotowe zamówienie jest niewątpliwie zamówieniem dużym, dlatego też dla przygotowania oferty niezbędne jest zaangażowanie znacznego zespołu specjalistów z różnych branż.

Podkreślić należy także, że zarzut o przedłużeniu terminu składania ofert w sytuacji Odwołującego Orange, jest zarzutem składanym przez wykonawcę obecnie realizującego dla Zamawiającego tożsame z ogłoszonym zamówienie, a więc jest tym bardziej niezasadnym, gdyż temu wykonawcy są niewątpliwie znane wszystkie okoliczności niezbędne dla złożenia oferty.

Przedmiotowe zamówienie kierowane jest do podmiotów profesjonalnych działających od lat na tym rynku i podmioty te – Odwołujący, nie wskazali obiektywnych przyczyn, które uzasadniałyby potrzebę przedłużenia terminu składania ofert ponad okres ostatecznie ustalony przez Odwołującego. Na marginesie wskazać należy, że Odwołujący T-Mobile takiego zarzutu nie podnosił, co pośrednio może wskazywać, że ustalony termin jest terminem wystarczającym dla przygotowania oferty w przedmiotowym zamówieniu.

Odnosząc się do wskazanej podstawy prawnej dotyczącej tego zarzutu w obu odwołaniach wskazać należy, że Odwołujący Orange SA powołał w tym zakresie, jako podstawę naruszenia czynności przez Zamawiającego przepis art. 43 ust.2a w zw. z art. 9a Pzp, bez koniecznego doprecyzowania przepisu z którego naruszenie wywodzi.

Natomiast Odwołujący Netia wskazał na naruszenie tylko art. 43 ust.2 Pzp, który to przepis nie został naruszony ponieważ według ww. przepisu minimalny termin na składanie ofert nie powinien być krótszy niż 35 dni, a termin ten ostatecznie ustalony przez Zamawiającego był o 10 dni dłuższy. Izba uznaje, że brak jest w przedmiotowej sytuacji podstaw do wskazywania podstawy naruszenia przepisów Pzp z art. 43 ust.2a, gdyż stan faktyczny w zakresie przedmiotu zamówienia i udostępnionej dokumentacji, tego przypadku nie dotyczy. Wobec powyższego ocenie Izby podlegała w szczególności kwestia, czy przy tego rodzaju przedmiocie zamówienia, wyznaczony przez Zamawiającego termin składania ofert nie jest zbyt krótki, a tym samym niezgodny z treścią przepisu art. 9a Pzp. W tym zakresie Izba uznała za zasadne stanowisko Zamawiającego, który wskazał, że „opisany przez niego przedmiot zamówienia nie posiada żadnych znamion nowatorskiego charakteru inwestycji, a co za tym idzie profesjonalny uczestnik rynku telekomunikacyjnego, jakim jest Odwołujący, winien mieć możliwości technologiczno-osobowe dla przygotowania i złożenia kompletnej, odpowiadającej wymaganiom zawartym w SIWZ oferty, w wyznaczonym do tego czasie”.

W ocenie Izby, nawet gdyby Zamawiający nie dokonał rzeczonej modyfikacji SIWZ w zakresie przesunięcia terminu składania ofert to zarzut również nie zasługiwałby na uwzględnienie, Odwołujący bowiem nie udźwignął ciężaru na nim obowiązkowo dowodowego, który wiąże się z wykazaniem i udowodnieniem twierdzeń sformułowanych przez Odwołującego. W zakresie drugiego zarzutu Odwołujący Orange Polska SA wskazał na naruszenie art. 29 ust.1 Pzp i art. 8 ust.3 Pzp poprzez postawienie wymogu złożenia przy podpisaniu umowy załącznika pn. wykaz personelu wykonawcy oraz kopii dokumentu ubezpieczenia. Na wstępie Izba stwierdza, że brak jest podstaw do uznania, iż Zamawiający poprzez powyższe żądanie narusza opis przedmiotu zamówienia, a tym samym dopuścił się naruszenia art. 29 ust.1 Pzp. Niewątpliwym jest, że wykonawca składający ofertę w postępowaniu, jest zobligowany do przedstawienia wykazu osób, posiadających stosowne kwalifikacje i uprawnienia, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Wymaganie złożenia wskazanych dokumentów w tym stanie faktycznym nie ma związku z opisem przedmiotu zamówienia i tym samym nie może mieć wpływu na sporządzenie oferty. Natomiast zarzut naruszenia art. 8 ust.3 Pzp jest niewątpliwie zarzutem przedwczesnym, gdyż Odwołujący wywodzi go z czysto hipotetycznej sytuacji, iż takie umieszczenie (jako załączników do umowy) przedmiotowych załączników narazi Odwołującego na ujawnienie ich treści osobom trzecim. Po pierwsze, wskazać należy, że Odwołujący stawia ten zarzut w sytuacji, kiedy nie ma pewności, że te załączniki zostaną złożone przez niego z klauzulą jako tajemnica przedsiębiorstwa, a po drugie, brak jest pewności, że ich zastrzeżenie okaże się skuteczne, tj. zostanie uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa przez Zamawiającego. Nadto tak postawiony zarzut nie znajduje uzasadnienia do jego postawienia w treści art. 180 ust.1 Pzp, gdyż na etapie analizy treści SIWZ nie ma jeszcze czynności Zamawiającego w zakresie oceny (hipotetycznie) zastrzeżonych dokumentów, której można by przypisać niezgodność z przepisami ustawy Pzp. Podkreślić należy za Zamawiającym, że zasada jawności umów w sprawach o zamówienia publiczne nie wyłącza możliwości objęcia informacją zawartych w konkretnej umowie, czy też załączniku do umowy, klauzulą poufności. Możliwe jest zatem zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w dokumencie przedkładanym dopiero przy zawieraniu umowy lub w trakcie jej realizacji, o ile wykonawca skutecznie - w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U z 2018 r. poz. 419 z późn. zm.) - taką informację zastrzeże.

Wskazać należy, że to nie nazwa danego dokumentu czy pisma statuuje zasadność jego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, o tym decyduje tylko jego treść i wykazanie zasadności zastrzeżenia danych informacji w oparciu o przepis art. 8 ust.3 Pzp. Wywodzenie przez Odwołującego, że umiejscowienie przedmiotowych dokumentów jako załączników do umowy powoduje sytuację, iż mimo zastrzeżenia ich treści mogą zostać ujawnione przez Zamawiającego, jest czysto hipotetyczne i zdaniem Izby niczym nieuzasadnione.

W tej sytuacji zarzut odwołania i wnioski o dokonanie zmiany są bezzasadne.

W zakresie zarzutu trzeciego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu wadliwe opisanie w § 7 ust. 13 wzoru umowy, prawa Zamawiającego do wykupu elementów sieci WAN tj. w sposób niejednoznaczny i niekompletny, nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym właściwe skalkulowanie kosztów oferty i wykonanie zamówienia, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Wskazać należy, że Zamawiający modyfikacją SIWZ z 15 grudnia 2018 roku dokonał zmiany powyższych postanowień, jednakże dokonana zmiana nie była zdaniem Odwołującego zadawalająca i Odwołujący tego zarzutu nie wycofał.

Izba uznaje podniesiony zarzut za zasadny, gdyż brak precyzyjnego wykazania, które elementy sieci WAN będą

podlegały wykupowi przez Zamawiającego za cenę 1 zł może spowodować nieporównywalność ofert wykonawców, gdyż wykonawcy przy obecnym brzmieniu SIWZ mogą w różnym zakresie ująć koszty z tym związane w cenie ofertowej. Niewątpliwym jest, że Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ i wyłączył z prawa odkupu zarówno uprawnienia licencyjne, jak i prawa autorskie, jednakże zdaniem Izby jak i Odwoływających niezbędne jest określenie rodzajowe, jakie elementy Zamawiający będzie chciał nabyć po zakończeniu umowy, gdyż te informacje mają wpływ na kształtowanie ceny nabycia danych urządzeń przez wykonawcę od producenta. Stanowisko Odwoływającego w zakresie tego zarzutu, przedstawione w części wstępnej uzasadnienia Izba przyjmuje jako własne, bez potrzeby ponownego jego powielania. Izba przyjmuje nadto brak potrzeby całościowej oceny zasadności przedmiotowego zarzutu, gdyż Zamawiający na etapie rozprawy przed KIO uznał zasadność żądania Odwoływającego w tym zakresie i oświadczył, że zobowiązuje się do podania szczegółowego wykazu urządzeń i oprogramowania, które finalnie nabeździe od wykonawcy. Powyższe stwierdzenie zdaniem Izby wyczerpywało zakres podniesionego zarzutu i zostało uznane przez Izbę jako przyznanie jego zasadności przez Zamawiającego. Jednakże biorąc pod uwagę fakt, że oświadczenie Zamawiającego miało miejsce dopiero na etapie rozprawy to Izba uznając zasadność zarzutu nakazała w orzeczeniu doprecyzowanie rodzajowe sprzętu, który Zamawiający nabeździe od wykonawcy po zakończeniu realizacji umowy. Powyższe skutkowało uwzględnieniem przedmiotowego odwołania.

#### **W zakresie odwołania wykonawcy Netia Polska SA sygn. KIO 2504/18**

Wskazać należy, że Odwoływający podniósł w odwołaniu dwa zarzuty, pierwszy dotyczył wyznaczenia przez Zamawiającego zbyt krótkiego okresu czasu na rozpoczęcie świadczenia usług od daty podpisania umowy. Natomiast drugi zarzut dotyczył ustalenia, zdaniem Odwoływającego rażąco krótkiego terminu na składanie ofert w postępowaniu.

W zakresie obu podniesionych zarzutów przez Odwoływającego Netia SA wskazać należy – za wcześniejszymi ustaleniami, iż zarzut podniesiony w odwołaniu Netia SA w zakresie żądania wydłużenia terminu na składanie ofert jest zbieżny z zarzutem nr 1 z odwołania Orange Polska SA, a w zakresie żądania potrzeby wydłużenia terminu na rozpoczęcie realizacji umowy od daty jej podpisania jest tożsamy z zarzutem 1a) z odwołania T-Mobile Polska SA.

Przedmiotowe zarzuty zostały poddane ocenie przez Izbę przy ocenie zarzutów z ww. odwołań:

- zarzut dotyczący potrzeby wydłużenia terminu składania ofert przy ocenie tożsamesego zarzutu w odwołaniu Orange Polska SA – str. 35 i 36 ww. uzasadnienia

- zarzut dotyczący potrzeby wydłużenia terminu na rozpoczęcie realizacji zamówienia od daty podpisania umowy został oceniony wraz z oceną tożsamesego zarzutu w odwołaniu T-Mobile Polska SA str. 29 – 32 ww. uzasadnienia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba wskazuje że brak zasadności powtarzania tej samej argumentacji przy zarzutach Netii SA.

W zakresie dodatkowej argumentacji odnoszącej się do wykazania niezasadności zarzutu dotyczącego terminu rozpoczęcia świadczenia usług, zdaniem Izby wskazać należy także na okoliczność podaną przez Zamawiającego, a nie zakwestionowaną przez Odwoływających na rozprawie, iż w poprzednim postępowaniu (wszczętym 4 lata temu) na świadczenie tożsamesych usług oferty złożyli Ci sami wykonawcy, którzy obecnie są Odwoływającymi i żaden z nich na tamtym etapie nie kwestionował 90-dniowego terminu na rozpoczęcie świadczenia usług, a nadto termin ten przez wybranego wykonawcę został dotrzymany. Obecnie kiedy dodatkowo Zamawiający w wyniku dokonanych zmian treści SIWZ z 15 grudnia 2018 roku dopuścił także możliwość zapewnienia łączności do placówek terenowych (PT) drogą radiową, która nie wymaga uprzedniego uzyskania zezwoleń, czy pozwoleń to możliwość zapewnienia rozpoczęcia świadczenia usług w terminie 90 dni jest realne i nie ogranicza konkurencji. Nadto dodać należy, że tylko wyłącznie dla dwóch siedzib Zamawiającego wymagana jest łączność światłowodowa. Ponadto za taką łączność Zamawiający punktuje tylko podłączenia w kolejnych 16 punktach, tj. siedzib regionalnych w miastach wojewódzkich, natomiast w pozostałych miejscach siedzib PT forma podłączenia nie jest punktowana i może być zapewniona w dowolny sposób.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wyniki postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów, w zakresie zarzutów nie cofniętych przez Odwoływającego – nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

„  
O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: .....

.....

.....