Sygn. akt: KIO 26/19

WYROK
z dnia 28 stycznia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Irmina Pawlik
Katarzyna Poprawa
Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Rafał Komoń
Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2019 r. oraz w dniu 24 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2019 r. przez wykonawcę Orange PolskaSpółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Pocztę Polską Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie
przy udziale wykonawców:

A.NETIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
B.T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1.oddala odwołanie;
2.kosztami postępowania obciąża odwołującego Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

……
……

Sygn. akt: KIO 26/19

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Poczta Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pn. „Zapewnienie usług operatora sieci WAN" Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 grudnia 2018 r. pod numerem 2018/S 248-574789. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 7 stycznia 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący" lub „Orange") na treść ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 29 ust. 1 ustawy Pzp - przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na:
-zastrzeżenie w § 7 wzoru umowy (dalej jako „Umowa") możliwości dwu-, cztero-, sześcio- lub ośmiokrotnego (w zależności od kategorii łączy) zwiększenia w trakcie obowiązywania umowy przepustowości bazowych łączy dla danych lokalizacji oraz w § 8 ust. 3 i 4 Umowy możliwości dowolnej i w dowolnych ilościach zmiany kategorii łączy, bez uzależnienia tych zmian od możliwości technicznych posiadanych przez wykonawcę, oraz
-uniemożliwienie wykonawcy pobierania opłat za usługę ze zwiększoną prędkością w wysokości uwzględniającej

rzeczywiste koszty jej uruchomienia i świadczenia, oraz

-określenie w Rozdziale 3 pkt 2 i 3 opisu przedmiotu zamówienia („OPZ") w zw. z postanowieniem § 7 ust. 6 i § 8 ust. 8 Umowy terminu na realizację przez wykonawcę tych zmian, nieadekwatnego do zakresu i przedmiotu zamówienia;

2.art. 29 ust. 1 ustawy Pzp - przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na:

-zastrzeżenie w § 8 ust. 2 Umowy możliwości zamówienia w trakcie obowiązywania umowy świadczenia nowych usług w dowolnej liczbie nowych lokalizacji i w dowolnych kategoriach łączy, bez uzależnienia tych zmian od możliwości technicznych posiadanych przez wykonawcę, oraz

-uniemożliwienie wykonawcy pobierania opłat za usługę w wysokości uwzględniającej rzeczywiste koszty jej uruchomienia i świadczenia w nowej lokalizacji, oraz

-określenie w Rozdziale 3 pkt 2 i 3 OPZ w zw. z postanowieniem § 7 ust. 6 i § 8 ust. 8 Umowy terminu na realizację przez wykonawcę tych zmian nieadekwatnego do zakresu i przedmiotu zamówienia;

3.art. 29 ust. 1 ustawy Pzp - przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zawarte w § 3 ust. 15 Umowy wymaganie zwiększenia prędkości na łączach asymetrycznych w dowolnym zakresie i do dowolnych prędkości oraz uniemożliwienie wykonawcy pobierania opłat za usługę w wysokości uwzględniającej rzeczywiste koszty jej uruchomienia i świadczenia;

4.art. 29 ust. 1 ustawy Pzp - przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na wskazanie w Formularzu Cenowym i w załączniku numer 8 do SIWZ rozbieżnej liczby usług do uruchomienia;

5.art. 29 ust. 1 ustawy Pzp - przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na brak wskazania dokładnych miejsc (pomieszczeń) instalacji łączy w lokalizacjach Zamawiającego, osób kontaktowych w tych lokalizacjach, informacji o obiektach oraz zapewnienia dostępności tych lokalizacji dla wykonawcy, co w konsekwencji skutkuje brakiem możliwości sprawdzenia warunków technicznych świadczenia usług w lokalizacjach Zamawiającego, przez co w chwili składania oferty wykonawca nie ma wiedzy o tym, czy i w jaki sposób będzie mógł doprowadzić łącza w danej lokalizacji, a tym samym nie ma możliwości określenia, jakie koszty są niezbędne do poniesienia w celu świadczenia usług;

6.art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp - przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, a także opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, z uwagi na zastrzeżenie, że umowa zostaje zawarta na okres 48 miesięcy od dnia jej podpisania albo do momentu wyczerpania kwoty określonej w § 10 ust. 1 umowy w zależności, które z powyższych dwóch zdarzeń wystąpi wcześniej oraz zastrzeżenie, że prace wdrożeniowe będą realizowane przez wykonawcę od dnia zawarcia umowy do dnia 30 listopada 2019 r., co przy braku możliwości określenia przez wykonawcę daty podpisania umowy skutkuje dla wykonawcy brakiem możliwości jednoznacznego określenia terminu, jaki faktycznie będzie miał na realizację zamówienia oraz jednoznacznego określenia okresu świadczenia usług, a więc również ryzyk i kosztów związanych z realizacją tego zamówienia, co uniemożliwia przygotowanie oferty i dodatkowo uprzywilejowuje w sposób nieuzasadniony wykonawcę (wykonawców), którzy posiadają obecnie łącza w lokalizacjach Zamawiającego;

7.art. 29 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zastrzeżenie w § 8 ust. 1 i ust. 9 Umowy prawa Zamawiającego do zmniejszenia zamówienia w praktyce nieograniczonym zakresie z uwagi na przewidzianą procentową liczbę lokalizacji do rezygnacji i powtarzalność tej wielkości w każdym roku obowiązywania umowy, co nie stanowi podstawy do jakichkolwiek roszczeń ze strony wykonawcy;

8.art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 484 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej jako „k.c.") w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zastrzeżenie w § 12 Umowy rażąco wygórowanych kar umownych;

9.art. 7 ustawy Pzp i art. 9a ustawy Pzp w zw. z art. 43 ust. 1 i 2 ustawy Pzp - poprzez określenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, szczególnie jeżeli uwzględni się fakt, że Zamawiający nie opisał stanu infrastruktury, nie wskazał osób kontaktowych oraz miejsc zakończenia usług w lokalizacjach Zamawiającego, a nadto konieczne jest dokonanie przez wykonawców wizji lokalnych;

10.art. 29 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zastrzeżenie, że możliwość realizacji podstawowych łączy kablowych z wykorzystaniem łączy radiowych lub dla kategorii T4-T6 - łączy tymczasowych w niższych kategoriach, może nastąpić po uprzednim uzgodnieniu z Zamawiającym lub jego akceptacji, co skutkuje tym, że o sposobie realizacji łączy decydować będzie Zamawiający dopiero po fakcie zawarcia umowy;

11.art. 29 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, wynikające z braku określenia pełnej funkcjonalności rozwiązania, jakiej wymaga Zamawiający w odniesieniu do systemu monitorowania, w szczególności w odniesieniu do postanowień OPZ w Rozdziale 1 pkt 1.4. ppkt 7 i 8, co uniemożliwia wykonawcy określenie zakresu swojego świadczenia, a w konsekwencji uniemożliwia przygotowanie i złożenie oferty;

12.art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36a ust. 1 i 2 ustawy Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nie uwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zastrzeżenie w § 3 ust. 13 Umowy, że zgoda Zamawiającego na korzystanie z podwykonawców zostanie wyrażona dopiero na etapie realizacji zamówienia;

13.art. 29 ust. 1 ustawy Pzp - przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zastrzeżenie możliwości obciążania wykonawcę bonifikatami od dnia uruchomienia usług, jeszcze przed odebraniem ich przez Zamawiającego (zgodnie z treścią Rozdziału 6 pkt 3 OPZ), a tym samym przed faktycznym terminem rozpoczęcia świadczenia usług, co stoi w sprzeczności z pozostałymi postanowieniami SIWZ;

14. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zastrzeżenie w Rozdziale 6 pkt 9 OPZ rażąco wygórowanej bonifikaty.

Z uwagi na tak podniesione zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1.modyfikację treści SIWZ poprzez:

a)uzupełnienie § 7 i § 8 Umowy w taki sposób, aby zwiększenie w trakcie obowiązywania umowy przepustowości łączy dla danych lokalizacji i zmiany kategorii łączy oraz terminy realizacji zmian były uzależnione od posiadania przez wykonawcę możliwości technicznych ich realizacji i:

–w przypadku posiadania przez wykonawcę możliwości technicznych świadczenia danej usługi w danej lokalizacji - były wykonywane za wynagrodzeniem wynikającym z cen podanych w Formularzu Cenowym, tj. z uwzględnieniem opłaty instalacyjnej i opłaty abonamentowej dla danej prędkości łączy,

–w przypadku posiadania przez wykonawcę możliwości technicznych świadczenia danej usługi w danej lokalizacji - były wykonywane w terminie nie krótszym niż 2 miesiące od dnia zamówienia,

–w przypadku braku możliwości technicznych świadczenia danej usługi w danej lokalizacji - były dokonywane w ramach odrębnego zamówienia publicznego;

b)zmianę postanowień OPZ w Rozdziale 3 pkt 3.1. ppkt 2 i 3 i wprowadzenie następujących terminów właściwych dla wykonania zmian przewidzianych w § 7 i § 8 Umowy:

–dla łączy kategorii T0-T3 - uruchomienie łącza podstawowego maksymalnie do 6 miesięcy od zgłoszenia, łącza zapasowego maksymalnie do 9 miesięcy od zgłoszenia,

–dla łączy w kategorii od T4-T6 - uruchomienie łącza T7 (np. z wykorzystaniem dwóch prywatnych APN) w terminie do 6 tygodni od daty zgłoszenia, a łączy docelowych w terminie do 9 miesięcy od zgłoszenia,

c)uzupełnienie treści SIWZ o postanowienie, że Zamawiający może skorzystać z prawa opcji nie później niż 12 miesięcy przed zakończeniem obowiązywania umowy,

d)wykreślenie w Formularzu Cenowym (załącznik nr 2 do SIWZ) wymagania, że wysokość opłaty instalacyjnej w każdym przypadku nie może przekroczyć równowartości dwukrotności miesięcznego Wynagrodzenia (abonamentu) za Usługi dla danej Lokalizacji;

2.modyfikację treści SIWZ poprzez:

a)uzupełnienie § 8 Umowy w taki sposób, aby uruchamianie nowych usług w trakcie obowiązywania umowy uzależnione było od posiadania przez wykonawcę możliwości technicznych i:

–w przypadku posiadania przez wykonawcę możliwości technicznych świadczenia danej usługi w danej lokalizacji - były wykonywane za wynagrodzeniem wynikającym z cen podanych w Formularzu Cenowym, tj. z uwzględnieniem opłaty instalacyjnej i opłaty abonamentowej dla danej prędkości łączy,

–w przypadku posiadania przez wykonawcę możliwości technicznych świadczenia danej usługi w danej lokalizacji - były wykonywane w terminie 2 miesięcy od dnia zamówienia,

–w przypadku braku możliwości technicznych świadczenia danej usługi w danej lokalizacji - były dokonywane w ramach odrębnego zamówienia publicznego,

b)zmianę postanowień OPZ w Rozdziale 3 pkt 3.1 ppkt 2 i 3 i wprowadzenie następujących terminów wykonania zmian przewidzianych w § 7 i § 8 Umowy:

–dla łączy kategorii T0-T3 - uruchomienie łącza podstawowego maksymalnie do 6 miesięcy od zgłoszenia, łącza zapasowego maksymalnie do 9 miesięcy od zgłoszenia,

–dla łączy w kategorii od T4-T6 - uruchomienie łącza T7 (np. z wykorzystaniem dwóch prywatnych APN) w terminie do 6 tygodni od daty zgłoszenia, a łączy docelowych w terminie do 9 miesięcy od zgłoszenia,

c)uzupełnienie treści SIWZ o postanowienie, że Zamawiający może skorzystać z prawa opcji nie później niż 12 miesięcy przed zakończeniem obowiązywania umowy,

d)wykreślenie w formularzu ofertowym wymagania, że wysokość opłaty instalacyjnej w każdym przypadku nie może przekroczyć równowartości dwukrotności miesięcznego Wynagrodzenia (abonamentu) za Usługi dla danej Lokalizacji;

3.modyfikację treści SIWZ poprzez wykreślenie postanowienia § 3 ust. 15 Umowy, alternatywnie: doprecyzowanie postanowienia § 3 ust. 15 Umowy w taki sposób, aby zwiększanie prędkości na łączach asymetrycznych w trakcie obowiązywania umowy było dokonywane w ramach odrębnego zamówienia publicznego;

4.modyfikację treści SIWZ poprzez wskazanie w Formularzu Cenowym i w Załączniku numer 8 do SIWZ prawidłowych spójnych ilości usług do uruchomienia;

5.modyfikację treści SIWZ poprzez uzupełnienie OPZ w zakresie charakterystyki lokalizacji, w szczególności:

a)wskazanie dokładnych miejsc (pomieszczeń) instalacji łączy we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego i osób kontaktowych w tych lokalizacjach,

b)zagwarantowanie wykonawcy dostępu do obiektów i pomieszczeń w budynkach w celu sprawdzenia możliwości technicznych świadczenia łączy transmisji danych i wykonywania prac związanych z uruchomieniem usług (wizje lokalne),

c)zagwarantowanie wykonawcom co najmniej 4 tygodni od dnia uzupełnienia SIWZ o wskazane powyżej elementy na sprawdzenie możliwości świadczenia usług,

d)określenie dla każdej lokalizacji czy Zamawiający jest właścicielem/administratorem obiektu, określenie dla każdej lokalizacji czy budynek jest objęty opieką konserwatora zabytków,

e)określenie dla każdej lokalizacji czy budynek jest objęty gwarancją inwestycyjną na prace budowlane,

f)określenie dla każdej lokalizacji czy lokalizacja znajduje się w obiekcie typu galeria/pasaż handlowy;

6.modyfikację treści SIWZ poprzez doprecyzowanie jej postanowień w taki sposób, aby wynikało z jej treści jednoznacznie, że umowa zostaje zawarta na okres 48 miesięcy od dnia jej podpisania, przy czym termin na wykonanie prac wdrożeniowych wynosi 9 miesięcy od dnia podpisania umowy,
alternatywnie: jednoznaczne określenie okresu świadczenia usług, liczonego od dnia zakończenia prac wdrożeniowych oraz terminu na wykonanie prac wdrożeniowych, nie krótszego niż 9 miesięcy od dnia podpisania umowy;

7.modyfikację treści SIWZ poprzez wykreślenie postanowień § 8 ust. 1 i 9 Umowy,
alternatywnie: doprecyzowanie, że Zamawiający ma prawo do rezygnacji z nie więcej niż łącznie 20% Lokalizacji w trakcie obowiązywania umowy dla wszystkich kategorii łączy od T0 do T7 w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji, w tym nie więcej niż 40% Lokalizacji w trakcie obowiązywania umowy dla danej kategorii łączy w stosunku do liczby Lokalizacji dla danej kategorii, podanej w Wykazie Lokalizacji oraz wskazanie okoliczności, w jakich może mieć miejsce rezygnacja z usług, oraz wykreślenie postanowienia § 8 ust. 9 Umowy;

8.modyfikację treści SIWZ w sposób zapewniający:

a)aby kary umowne w § 12 Umowy były naliczane w odniesieniu do wynagrodzenia za usługi których dotyczy uchybienie, a nie w odniesieniu do łącznej wartości wynagrodzenia,

b)aby kary umowne były uzależnione od winy wykonawcy,

c)aby Zamawiający nie mógł pobierać za to samo uchybienie zarówno kar umownych, jak i bonifikat, o czym mówi § 12 ust. 18 Umowy,

d)zmniejszenie wysokości kar umownych określonych w § 12 Umowy o 50%,

e)obniżenie łącznej wysokości kar umownych, określonej w § 12 ust. 17 Umowy do kwoty równej 20% maksymalnej wysokości Wynagrodzenia brutto, określonej w § 10 ust. 1 Umowy;

9.modyfikację treści SIWZ poprzez wydłużenie terminu składania ofert do minimum 60 dni oraz dopuszczenie możliwości przeprowadzenia wizji lokalnych przez wykonawców;

10.modyfikację treści SIWZ poprzez:

a)dopuszczenie stosowania łączy radiowych typu radiolinia punt-punkt, pracujących w częstotliwościach koncesjonowanych we wszystkich lokalizacjach, ewentualnie wskazanie lokalizacji (lub kategorii lokalizacji), w których łącza takie nie mogą być zestawiane, oraz

b)dla kategorii T4-T6 dopuszczenie możliwości uruchomienia łączy tymczasowych w niższych kategoriach na okres do 3 miesięcy od momentu rozpoczęcia świadczenia Usług dla Lokalizacji, w których wykonawca nie zakończył budowy infrastruktury docelowej w terminach określonych umową;

11.modyfikację treści SIWZ poprzez określenie zamkniętej, oczekiwanej listy funkcjonalności systemu monitoringu oraz

uzupełnienie OPZ o brakujący załącznik nr 1 „Opis wymagań dla Systemu Monitoringu i Raportowania", który to załącznik nie został udostępniony wraz z SIWZ;

12. modyfikację treści SIWZ poprzez wykreślenie z treści postanowienia § 3 ust. 13 Umowy zastrzeżeń, iż nakładających na wykonawcę obowiązek uzyskiwania uprzedniej, pod rygorem nieważności, zgody Zamawiającego na zaangażowanie podwykonawców;
13. modyfikację treści SIWZ poprzez wykreślenie w OPZ w Rozdziale 6 punktu 3;
14. modyfikację treści SIWZ poprzez nadanie postanowieniu Rozdziału 6 pkt 9 OPZ brzmienia:

„9. Jeżeli w Systemie Monitorowania dane QoS - dla każdego łącza z osobna za dany okres rozliczeniowy - będą niepełne, Wykonawca naliczy bonifikaty w wysokości 0,1% miesięcznej opłaty abonamentowej za dane łącze za każde 288 brakujących próbek pomiarowych dla gwarantowanych parametrów jakościowych w danym okresie rozliczeniowym. Bonifikaty będą naliczane tylko w sytuacji kiedy braki danych w monitoringu wynikają z winy Wykonawcy."

Odwołujący wskazał, iż jako wykonawca posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jednocześnie może ponieść szkodę na skutek niezgodnej z ustawą czynności Zamawiającego. Zamawiający w SIWZ opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny, nie uwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a jednocześnie wyznaczył nieadekwatny do zakresu i złożoności zamówienia termin na przygotowanie i złożenie oferty, co uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty i uzyskanie zamówienia. W związku z powyższym, Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, iż sporządzając dokumentację postępowania, w szczególności określając termin złożenia oferty, wymagania związane z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wymagania dotyczące realizacji zamówienia (OPZ), Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp. Wskazał, iż opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi bowiem podstawowy element SIWZ i jest niezbędny do prawidłowego oszacowania wartości zamówienia. Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane) i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa Pzp podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Do tego typu okoliczności i wymagań należy zaliczyć m.in. wymogi dotyczące miejsca spełnienia świadczenia, świadczenia dodatkowe związane ze świadczeniem głównym i inne związane z nim obowiązki, jak np. obowiązek ubezpieczenia kontraktu. W tym kontekście Odwołujący 2 przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 listopada 2006 r., sygn. akt III Ca 1019/06, poglądy doktryny oraz wyroki KIO z dnia 21 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1389/14 oraz z dnia 22 stycznia 2014 r., sygn. akt: KIO 24/14.

Odwołujący wskazał, iż sporządzona przez Zamawiającego specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie odpowiada wymogom określonym w art. 29 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp w zakresie zawartego w niej opisu przedmiotu zamówienia. Został on sformułowany w sposób niejasny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań oraz okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty, a nadto mogący utrudniać uczciwą konkurencję.

Uzasadniając zarzuty wskazane w puntach 1-3 odwołania, Odwołujący zwrócił uwagę na treść postanowień wzoru umowy i przytoczył brzmienie § 7 ust. 1 i 4, § 8 ust. 2-4 oraz § 3 ust. 15 . Ponadto wskazał, iż Zamawiający określa, że za zmiany określone w § 7 i § 8 wzoru umowy będzie ponosił opłaty wg uśrednionych cen wskazanych w Formularzu Cenowym, zaś zmiany określone w § 3 ust. 15 będą wykonywane w ramach dotychczasowego wynagrodzenia.

Postanowienia powyższe, w ocenie Odwołującego, oznaczają, że po pierwsze, wymaganie związane z okresowym przekazywaniem przez wykonawcę raportu odnoście dostępnych parametrów łączy w lokalizacjach (co 6 m-cy), zwiększenia przez wykonawcę przepustowości łączy w ramach wynagrodzenia umownego, oznacza, że wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia w cenie oferty zdarzeń przyszłych i niepewnych. Aktualne brzmienie § 3 ust. 1 wzoru umowy oznacza, że wykonawca, który poniesie koszty inwestycyjne związane z budową sieci, nie uwzględnione (i nie mogące zostać uwzględnionymi) na dzień składania ofert z uwagi na brak możliwości przewidzenia postępu prac modernizacyjnych i rozbudowujących sieć w okresie 48 miesięcy świadczenia usługi, będzie zobowiązany niejako „automatycznie" do podniesienia parametrów łączy i zwiększenia ich jakości bez możliwości uzyskania z tego tytułu stosownego wynagrodzenia pokrywającego poniesione koszty. Obowiązek nałożony na wykonawcę nie ma zdefiniowanego zakresu i z tytułu jego realizacji, po zmianie okoliczności faktycznych mających znaczenie dla

sporządzenia oferty w okresie realizacji umowy, wykonawcy nie przysługuje odrębne dodatkowe wynagrodzenie. Po wtóre, wykonawca ma zobowiązać się do uruchomienia w trakcie obowiązywania umowy usług w nowych lokalizacjach, zgodnie z zapotrzebowaniem zgłaszanym przez Zamawiającego, o nieznanych w dniu składania oferty adresach i nieznanych kategoriach łączy dla tych lokalizacji, a więc również nieznanych przepustowościach, oraz do zwiększenia prędkości łączy w praktyce w dowolnym zakresie, niezależnie od tego czy wykonawca dysponuje w tych lokalizacjach odpowiednią infrastrukturą i możliwościami technicznymi świadczenia tych usług.

Ponadto wskazał, iż wykonawca ma świadczyć te niesprecyzowane usługi w nowych, nie określonych w chwili składania oferty (jak też w chwili zawarcia umowy) lokalizacjach oraz zwiększać prędkości łączy za z góry ustalone, uśrednione ceny, które wykonawca ma wskazać w Formularzu Cenowym, niezależnie od posiadania możliwości technicznych świadczenia usług w tych lokalizacjach i faktycznych kosztów, jakie byłyby konieczne do poniesienia przez wykonawcę. Zamawiający przenosi tym samym na wykonawcę pełną odpowiedzialność za ewentualne zmiany swoich potrzeb w zakresie konfiguracji zamawianego rozwiązania, w szczególności odpowiedzialność za koszty zmian.

Odwołujący podkreślił, że zapewnienie świadczenia usług transmisji danych w nowej lokalizacji lub zwiększenie prędkości łączy może się wiązać z koniecznością poniesienia przez wykonawcę bardzo dużych nakładów inwestycyjnych w celu zapewnienia odpowiedniej infrastruktury sieciowej i sprzętowej. Koszty dla wykonawcy mogą być skrajnie różne w zależności od lokalizacji, w której mają być uruchomione łącza transmisji danych i przepustowości, jakie będzie wymagał Zamawiający, tym bardziej, że Zamawiający wprowadza szereg ograniczeń dotyczących sposobu realizacji tych łączy. Zakres i wartość takich inwestycji są niemożliwe do przewidzenia przez wykonawcę na etapie przygotowywania oferty i mogą zostać określone dopiero po przeprowadzeniu rzetelnej weryfikacji możliwości technicznych uruchomienia konkretnych łączy, z konkretnymi parametrami, w konkretnej lokalizacji. Z uwagi na uwarunkowania terenowe, techniczne, prawne i inne, wykonanie łącza w określonym miejscu może być utrudnione, a czasem wręcz niemożliwe. Koszt potencjalnej inwestycji dla danej lokalizacji może znacznie przewyższać wartość wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi, który ma zostać wskazany przez wykonawcę w Formularzu Cenowym. Przy uruchamianiu usług w nowych lokalizacjach i zwiększaniu prędkości łączy koszty dla wykonawcy mogą się wiązać, a w niektórych przypadkach będą się wiązać na pewno, m.in. z koniecznością budowy lub rozbudowy infrastruktury teleinformatycznej (studzienki, kanały, kable itp.), rozbudowy infrastruktury sprzętowej, niezbędnej do świadczenia usługi w określonej technologii dostępowej, doboru i zakupu urządzeń odpowiednich dla tej technologii i przepustowości.

W ocenie Odwołującego opis przedmiotu zamówienia zawarty w dokumentacji postępowania prowadzonego przez Pocztę Polską nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty. Bez wiedzy na temat lokalizacji Zamawiającego, w której mają być uruchamiane łącza oraz docelowych parametrów tych łączy wykonawca nie ma możliwości oszacowania nakładów na ewentualne inwestycje, nie może zatem uwzględnić wszystkich kosztów w składanej ofercie. Kwestionowane postanowienia, ze względu na możliwość poniesienia kosztownych nakładów inwestycyjnych, w nieograniczonym zakresie obciążają wykonawców niemożliwym do oszacowania ryzykiem. Zamawiający określił zakres i wolumen przedmiotu zamówienia – w tym świadczeń, do których wykonania zobowiązany będzie wykonawca, w taki sposób, że zależy on od zdarzeń przyszłych i niepewnych, a związanych z jednostronną uznaniową decyzją Zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia musi być jednoznaczny i wyczerpujący, zaś Zamawiający nie może w ramach ceny ofertowej żądać skalkulowania innych przedmiotów zamówienia niż wynikające z dokonanego przez niego opisu przedmiotu zamówienia, w przeciwnym bowiem przypadku dochodzi do sytuacji, w której narusza się przepisy o tożsamości umowy i oferty z przedmiotem zamówienia (za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 3 października 2012 r. sygn. akt: KIO 2015/12). Podniósł, iż tezę powyższą potwierdza dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniach, których przedmiotem jest świadczenie usługi transmisji danych w sieci WAN (inaczej usługi operatorskie sieci WAN).

Odwołujący wskazał, iż w wyroku rozstrzygającym zarzuty odwołujących na niepełny, niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w postępowaniu na świadczenie usługi operatora sieci rozległej WAN KSI ZUS (wyrok z dnia 14 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2172/13, KIO 2177/13), Izba uwzględniła odwołania i nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez opisanie prawa opcji z zastosowaniem art. 29 i następnych ustawy Pzp lub - ewentualnie - zastąpienie prawa opcji możliwością udzielenia zamówienia uzupełniającego. Pomimo, iż wyrok odnosi się do prawa opcji, motywy rozstrzygnięcia w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia obejmującego łącza teleinformatyczne i możliwość zmiany lokalizacji świadczenia usług są trafne również w odniesieniu do przedmiotowego postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7, art. 29 ust. 1 w związku z art. 34 ust. 5 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający przygotowanie oferty, polegający na zastrzeżeniu prawa opcji dla uruchamiania usług w nowych lokalizacjach lub zmianie prędkości

dostępowych łączy bez uwzględnienia możliwości technicznych dokonania takich zmian oraz kosztów, jakie z tego tytułu poniesie wykonawca. Zdaniem Izby, przedmiotowe postanowienia nakładają obowiązek uruchomienia usługi w nowych lokalizacjach niezależnie od tego czy wykonawca dysponuje w tych lokalizacjach jakąkolwiek infrastrukturą. Z żądaniem uruchomienia usługi w nowych lokalizacjach, może wiązać się konieczność budowy infrastruktury teleinformatycznej (studzienki, kanały, kable itp.). Zakres takich inwestycji jest niemożliwy do przewidzenia na etapie przygotowywania oferty, a ich koszt może przewyższać wartość wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi w danej lokalizacji. Izba zgodziła się z odwołującymi, że postanowienia takie, ze względu na możliwość poniesienia kosztownych nakładów inwestycyjnych, uniemożliwiają należytą kalkulację oferty i obciążają wykonawców niemożliwym do oszacowania ryzykiem. Prawo opcji jest bowiem w sposób integralny związane z przedmiotem zamówienia. W konsekwencji zamawiający zobowiązany jest w treści SIWZ opisać precyzyjnie zakres, jakiego prawo opcji dotyczy – z uwzględnieniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakazującego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okolicznością mające wpływ na przygotowanie oferty. O ile zamawiający nie jest w stanie opisać prawa opcji z uwzględnieniem wszystkich wymaganych informacji, winien rozważyć zasadność możliwości udzielenia zamówień uzupełniających - co Izba alternatywnie nakazała w sentencji wyroku. Odnosząc się do tego wyroku Odwołujący podkreślił, że Izba uznała zastrzeżenia dotyczące nieograniczonej możliwości zmiany przepływności za niezgodne z ustawą, pomimo iż zostało ono przewidziane przez zamawiającego ZUS jako opcja.

Następnie Odwołujący wskazał, iż rozstrzygając odwołania wniesione w postępowaniu prowadzonym przez Dyrekcję Generalną Lasów Państwowych pod nazwą „Świadczenie usług transmisji danych IP VPN (MPLS) z dostępem do Internetu dla Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, w wyroku z dnia 18 września 2013 r. sygn. akt KIO 2135/13, KIO 2136/13, KIO 2163/13, Izba - uwzględniając zarzut niezdefiniowanego zakresu usług w wyniku przeniesienia lokalizacji i utworzenia nowej lokalizacji, uznała za zasadną argumentację odwołujących się wykonawców, którzy podkreślali realny problem w postaci braku możliwości obliczenia kosztów jakie należy przeznaczyć na realizację prac w związku z przenoszeniem lub powstawaniem nowych lokalizacji. Koszty wykonania takich prac dla różnych lokalizacji mogą się różnić znacząco. Założenie przez zamawiającego, że wykonawcy powinni wycenić w ramach składanej oferty tak nieprzewidywalny zakres usług narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Co istotne, przepisy ustawy Pzp zawierają instrumenty, które umożliwiają rozwiązywanie problemów związanych z niemożnością przewidzenia w chwili przygotowania opisu przedmiotu zamówienia kompletnego zakresu zamawianych usług. Zamawiający może w takiej sytuacji przewidzieć prawo opcji, może udzielić zamówień dodatkowych lub uzupełniających. Część opcjonalna (dodatkowa czy uzupełniana) ma jednak zdefiniowany zakres i z tytułu jej realizacji przysługuje odrębne dodatkowe wynagrodzenie. Izba wskazała, że wzięła pod uwagę m.in. argumentację dotyczącą kosztów budowy łącza kablowego dla 1 lokalizacji, jednocześnie wyjaśniając wątpliwości zamawiającego możliwością zastosowania zamówienia uzupełniającego dla przeniesienia oraz budowy nowego łącza. Powołała się również na uprzednie podobne orzeczenie w sprawie o sygn. akt: KIO 1337/12, KIO 1349/12, KIO 1353/12 (wyrok z dnia 16 lipca 2012 r.), w którym nakazano zamawiającemu wprowadzenie możliwości udzielenia zamówień uzupełniających oraz wyrok z dnia 6 września 2012 r., sygn. akt: KIO 1807/12 potwierdzający zrealizowanie przez zamawiającego nakazu wprowadzenia możliwości udzielenia zamówień uzupełniających.

Dalej Odwołujący wskazał na wydany w postępowaniu prowadzonym przez Państwową Inspekcję Pracy, Główny Inspektorat Pracy z siedzibą w Warszawie, w przedmiocie usługi zapewnienia dostępu do sieci PIP WAN wraz z usługą serwisu dla Państwowej Inspekcji Pracy, wyrok z dnia 6 czerwca 2018 r. sygn. akt: KIO 983/18, w który, Izba uznała za zasadne zarzuty dotyczące m.in.: naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zastrzeżenie możliwości zmian lokalizacji świadczenia usług, uruchomienia nowych usług w nowych lokalizacjach, w trakcie obowiązywania umowy, bez uzależnienia tych zmian od możliwości technicznych posiadanych przez wykonawcę oraz uniemożliwienie wykonawcy pobierania opłat za usługę w wysokości uwzględniającej rzeczywiste koszty jej uruchomienia i świadczenia w nowej lokalizacji.

Izba stwierdziła, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie, dotyczącym zmian lokalizacji świadczenia usług oraz uruchomienia nowych usług w nowych lokalizacjach w trakcie obowiązywania umowy został sporządzony przez Zamawiającego z uchybieniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Za takim twierdzeniem przemawia to, że w treści specyfikacji brak jest szczegółowych informacji, odnoszących się do zmian lokalizacji świadczenia usług oraz uruchomienia usług w nowych lokalizacjach. Zamawiający nawet nie podał w jej treści ogólnych danych do których odwoływał się w odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy, tj. że nowe lokalizacje lub przeniesienia siedziby będą miały miejsce na terenie miasta na prawach powiatu. Podkreślenia wymaga, że powyższe twierdzenia nie znalazły się w treści SIWZ i obecnie stanowią jedynie deklarację ze strony Zamawiającego, która w każdym momencie może ulec zmianie. Nie mniej jednak

nawet gdyby taka informacja znalazła się w treści SIWZ to należałoby ją uznać za zbyt ogólnikową i niewystarczającą, gdyż do prawidłowego skalkulowania oferty niezbędne są informacje bardziej szczegółowe. 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 takim przypadku koszty wykonawcy mogą być skrajnie różne w zależności od lokalizacji, w której mają być uruchomione łącza transmisji danych i przepustowości jakich będzie wymagał Zamawiający, tym bardziej, że Zamawiający wprowadza szereg ograniczeń dotyczących sposobu realizacji tych łączy. 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 łączy, z konkretnymi parametrami, w konkretnej lokalizacji. Z uwagi na uwarunkowania terenowe, techniczne, prawne i inne, wykonanie łącza w określonym miejscu może być utrudnione, a czasem wręcz niemożliwe. Zaznaczenia wymaga, że przy uruchamianiu usług w nowych lokalizacjach (w tym przy ich przenoszeniu do nowej lokalizacji) koszty dla wykonawcy mogą się wiązać z koniecznością budowy lub rozbudowy infrastruktury teleinformatycznej (studzienki, kanały, kable itp.), rozbudowy infrastruktury sprzętowej, niezbędnej do świadczenia usługi w określonej technologii dostępowej, doboru i zakupu urządzeń odpowiednich dla tej technologii i przepustowości. W związku z tym niewykluczone jest, że koszt potencjalnej inwestycji dla danej lokalizacji może znacznie przewyższać wartość wynagrodzenia wykonawcy z tytułu świadczonej usługi. Co istotne, Zamawiający w toku rozprawy wyjaśnił, że obecnie nie posiada szczegółowych informacji, odnoszących się do przenoszonych i nowo tworzonych lokalizacji, niż te podane w SIWZ, w szczególności informacji na temat ich potencjalnego adresu. W kontekście wskazanego stanowiska Zamawiającego Izba wskazuje, że brak tego rodzaju informacji w SIWZ skutkuje nieprawidłowym, bowiem niepełnym - opisem przedmiotu zamówienia, który powoduje przerzucenie na wykonawcę ryzyka niewłaściwego skalkulowania ceny oferty, polegającej na jej zaniżeniu lub zawyżeniu, co bezpośrednio może przekładać się na poniesienie straty przez wykonawcę albo „przegranie przetargu" z uwagi na zbyt wysoka cenę. Wobec powyższego Izba nie podzieliła argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego i uwzględniła odwołanie w zakresie zgłoszonego zarzutu i nakazała Zamawiającemu modyfikację specyfikacji przez uszczegółowienie opisu lokalizacji jednostek organizacyjnych nowo tworzonych lub przenoszonych o informacje związane z ustaleniem przez wykonawcę możliwości technicznych świadczenia usług w tych lokalizacjach, w tym m. in. podanie adresu ww. lokalizacji lub - ewentualnie - wyłączenie informacji o utworzeniu nowych lokalizacji lub ich przeniesieniu z opisu przedmiotu zamówienia prowadzonego postępowania.

Odwołujący podkreślił, iż - jak wspomniano wyżej - zapewnienie świadczenia usług w lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego, może się wiązać z koniecznością wykonania przez wykonawcę inwestycji do tych lokalizacji w celu zapewnienia odpowiedniej infrastruktury sieciowej i sprzętowej, niezbędnej do świadczenia usług. Zakresy i wartości inwestycji dla każdej z lokalizacji mogą być różne. Od zakresu i wartości uzależniony jest także sposób procedowania danej inwestycji, co ma kluczowe znaczenie dla terminu jej realizacji. Realizacja inwestycji o szerokim zakresie (a o takim mówimy w przypadku konieczności zapewnienia infrastruktury do lokalizacji Zamawiającego) w zgodzie z przepisami prawa budowlanego i prawa telekomunikacyjnego może przekroczyć dla niektórych lokalizacjach wymagany przez Zamawiającego termin. Wynika to z konieczności dokonania przez wykonawców szeregu uzgodnień formalnoprawnych z odpowiednimi Urzędami i Zamawiającym oraz dotrzymania terminów ustawowych. Wśród tych działań można wyróżnić konieczność dokonania uzgodnień w zakresie dostępu do budynku, opracowania i pozyskania map geodezyjnych, pozyskania wypisu z rejestru gruntów, pozyskania prawa do dysponowania nieruchomością, opracowanie dokumentacji projektowej, uzyskanie zgód właścicieli nieruchomości, sprawdzenie w Miejscowym Planie Zagospodarowania Przestrzennego lub „studium uwarunkowań" listy niezbędnych uzgodnień do wykonania na danym terenie. W przypadku braku MPZP, wniosek i decyzja o wydanie Lokalizacji Inwestycji Celu Publicznego, uzgodnienie ZUD, uzyskanie pozwolenia na budowę, uprawomocnienie pozwolenia na budowę, dostawa materiałów, przygotowanie prac. Podsumowując, proces uzgodnień formalno-prawnych i przygotowania inwestycji wymaga okresu minimum 14-16 tygodni. Do tego należy doliczyć czas niezbędny na realizację inwestycji, który w zależności od zakresu prac i pory roku wynosi od 4 do 24 tygodni.

Odwołujący stwierdził, iż z przyczyn niezależnych od wykonawcy, wskazane przez Zamawiającego terminy na uruchomienie usług w ramach prawa opcji mogą być niemożliwe do dotrzymania w przypadku konieczności wykonania inwestycji mającej na celu budowę infrastruktury sieciowej do tych lokalizacji, dla potrzeb realizacji zamawianej usługi. Termin ten jest realny tylko w przypadku, jeśli istnieją po stronie wykonawcy techniczne możliwości świadczenia usługi w

nowej lokalizacji. Konsekwencją takiego wymagania może być brak możliwości złożenia oferty przez wykonawców, być może jedynie z wyłączeniem wykonawcy obecnie świadczącego usługi dla Zamawiającego, który może mieć możliwości techniczne świadczenia usług we wszystkich lub w większości lokalizacji.

Podsumowując, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający oczekuje od wykonawcy właśnie skalkulowania oferty bez możliwości oceny faktycznych kosztów, jakie wykonawca będzie musiał ponieść dla zrealizowania zamówienia, co wynika z braku informacji na temat nowych lokalizacji oraz docelowych prędkości łączy, a nadto oczekuje realizacji zamówień w ramach prawa opcji w terminach nieadekwatnych do zakresu zamówienia.

Uzasadniając zarzuty nr 4 i 5 odwołania, Odwołujący wskazał, iż w załączniku nr 8 do SIWZ Zamawiający określa listę lokalizacji, w których mają być świadczone usługi wraz z przypisaniem im odpowiednich kategorii łączy. W tabeli 10 w Rozdziale 7 OPZ Zamawiający w definicji „łącza wewnętrznego" określa, że „może być wymagana od wykonawcy konieczność uzyskania osobnej zgody administratora budynku na położenie i uruchomienie przewodowego łącza wewnętrznego lub wydzierżawienie łącza wewnętrznego od lokalnego operatora sieci wewnątrz budynku, gdzie znajduje się Lokalizacja." Zamawiający w § 1 wzoru umowy definiuję Lokalizację jako „określone adresem i wskazane przez Zamawiającego miejsce w budynku, do którego ma zostać doprowadzona usługa sieci WAN_PP oraz w którym zainstalowane mają zostać urządzenia CE. (...) Wykaz Lokalizacji na dzień zawarcia Umowy stanowi Załącznik nr 2 do Umowy." Wykaz lokalizacji w załączonej do SIWZ formie zawiera jedynie adres, kategorię oraz identyfikację Pocztową łącza.

Odwołujący wskazał, iż po pierwsze, dokładny adres świadczenia usługi (z podaniem konkretnego pomieszczenia) oraz wskazanie osób odpowiedzialnych za kontakty z wykonawcami i wskazanie dokładnych miejsc instalacji łączy są elementami niezbędnymi do sprawdzenia możliwości technicznych świadczenia usług. Zamawiający w SIWZ nie wskazuje dokładnych pomieszczeń, w których usługi mają być świadczone, ale jednocześnie wymaga że to wykonawca ma doprowadzić łącza do tych pomieszczeń. Ale skoro Zamawiający nie wskazuje dokładnych pomieszczeń, w których usługi mają być świadczone, ani nie podaje osób kontaktowych, które mogą wskazać te pomieszczenia, to wykonawca nie ma możliwości sprawdzenia warunków technicznych, a tym samym określenia kosztów świadczenia usług. Taka sytuacja uniemożliwia wykonawcy przygotowanie oferty i w sposób nieuprawniony uprzywilejowuje wykonawcę (wykonawców), który obecnie świadczy usługi dla Zamawiającego, gdyż posiadł ona znaczenie wcześniej wiedzę o miejscach instalacji i osobach kontaktowych.

Po drugie, wykonawca nie jest stroną umowy wynajmu lub dzierżawy pomieszczeń lub budynku dla Zamawiającego, z kolei właściciel budynku w którym ma siedzibę jednostka Zamawiającego nie będzie stroną umowy zawartej w wyniku postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Istnieje zatem duże prawdopodobieństwo i ryzyko, że właściciel budynku nie będzie wyrażał chęci podejmowania z wykonawcą żadnych ustaleń lub/i nie będzie wyrażał zgody na żadne prace instalacyjne, uruchomieniowe czy związane z prowadzeniem inwestycji, gdyż współpraca właściciela budynku i wykonawca nie będzie w żaden sposób regulowana. Będzie ona uzależniona tylko od dobrej woli właściciela budynku, na którą z kolei mogą również wpłynąć wzajemne relacje biznesowe pomiędzy Zamawiającym i właścicielem budynku, na które wykonawca nie ma żadnego wpływu. Przy braku współpracy ze strony właściciela budynku wykonawca, bez wsparcia i udziału Zamawiającego, nie będzie w stanie uruchomić wymaganych usług w danej lokalizacji, co w konsekwencji może skutkować dla wykonawcy wysokimi karami umownymi (w tym z tytułu odstąpienia od umowy). Zamawiający przenosi odpowiedzialność na wykonawcę za elementy od wykonawcy niezależne i obarcza go niemożliwym do oszacowania ryzykiem. Zamawiający oczekuje uruchomienia usług w lokalizacji strony trzeciej, bez zagwarantowania dostępności lokalizacji i możliwości wykonywania prac mających na celu uruchomienie zamawianych usług.

Tym samym Odwołujący stwierdził, że, co do budynków nie będących własnością Zamawiającego, wykonawca nie ma wszystkich informacji niezbędnych do przygotowania oferty. Nie tylko nie wie, w jaki sposób właściciel budynku dopuści doprowadzenie łączy do danej lokalizacji Zamawiającego, ale też nie ma pewności, czy w ogóle będzie istniała taka możliwość. Nadto, wykonawca nie jest w stanie oszacować ryzyka związanego z okresem, w jakim otrzyma informacje o możliwości doprowadzenia łączy, co dla wykonawcy wiążę się z ryzykiem zapłaty kar umownych.

Odwołujący wskazał, iż w przywoływanym już wyroku sygn. akt: KIO 983/18 Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie dostępności lokalizacji, w których Zamawiający nie jest właścicielem budynku, oraz w zakresie możliwości i warunków realizacji usług w tych lokalizacjach, uznała zasadność stanowiska odwołującego. W ocenie Izby postanowienia specyfikacji zwalniają Zamawiającego z obowiązku pośrednictwa w odniesieniu do udostępnienia wykonawcy lokalizacji, w których Zamawiający nie jest właścicielem budynku, oraz w zakresie możliwości i warunków realizacji usług w tych lokalizacjach, jednocześnie obarczając wykonawcę ryzykiem, związanym z tym czy i w jakim okresie w jakim otrzyma on informacje o

możliwości doprowadzenia łączy. Podkreślenia wymaga, że w opisywanej sytuacji wykonawca pozostaje bez wpływu na decyzję podmiotu trzeciego (właściciela budynku) w zakresie dostępności lokalizacji i możliwości wykonywania prac mających na celu uruchomienie usług, które mają być świadczone na rzecz Zamawiającego. Uznając zasadność zgłoszonego zarzutu Izba nakazała Zamawiającemu modyfikację specyfikacji przez doprecyzowanie jej postanowień w zakresie zagwarantowania wykonawcy dostępu do obiektów i pomieszczeń w budynkach, w których Zamawiający wymaga dostarczenia łączy transmisji danych oraz możliwości wykonywania prac związanych z uruchomieniem i świadczeniem usług.

Po trzecie, Zamawiający w Formularzu Cenowym i w załączniku numer 8 do SIWZ Wykaz Lokalizacji podaje rozbieżną liczbę usług, do uruchomienia których zobowiązany jest wykonawca. Różnice występują zarówno w liczbie lokalizacji, jak i w przydziale do kategorii łączy. Przy obecnym brzmieniu SIWZ wykonawcy nie mogą sprawdzać możliwości technicznych świadczenia usług, gdyż Zamawiający nie podaje miejsca instalacji łączy ani osób kontaktowych w tych lokalizacjach. Uniemożliwia to wykonawcom (oprócz wykonawcy świadczącego obecnie te usługi) złożenie oferty w niniejszym postępowaniu i ogranicza w sposób nieuprawniony jego konkurencyjność. Istnieją zatem przesłanki do uwzględnienia żądań Odwołującego.

Uzasadniając zarzut nr 6 odwołania, Odwołujący powołał się na § 2 ust. 3 Umowy i przytoczył jego brzmienie. Wskazał, iż Zamawiający zobowiązuje wykonawcę do rozpoczęcia świadczenia usług od konkretnego wskazanego w SIWZ dnia, niezależnego do terminu zawarcia umowy. Jednocześnie określa, że Umowa będzie zawarta na okres 48 miesięcy od dnia jej podpisania. Wykonawca nie ma wpływu na przebieg postępowania, termin jego rozstrzygnięcia przez Zamawiającego, a w konsekwencji na termin podpisania umowy. Oznacza to, że wykonawca w dniu składania oferty nie będzie miał jednoznacznych informacji dotyczących dwóch kluczowych elementów dla określenia kosztów świadczenia usług, a tym samym i ceny oferty: informacji jaki będzie termin na realizację zamówienia - im później postępowanie zostanie rozstrzygnięte i podpisana umowa, tym krótszy termin będzie miał Wykonawca na realizację zamówienia, a także informacji, w jakim okresie będzie świadczył usługi - im wcześniej postępowanie zostanie rozstrzygnięte i podpisana umowa, tym krótszy będzie okres świadczenia usług.

W związku z tym wykonawca przy takim brzmieniu SIWZ nie jest w stanie określić kosztów związanych z realizacją zamówienia (bo są one uzależnione od nieznanego w dniu składania ofert okresu przewidzianego na wdrożenie, dla którego wykonawca może dopiero przyjąć właściwy model realizacji zamówienia zapewniający jego terminową realizację) i przychodów jakie uzyska z tytułu świadczenia usług (bo są uzależnione od nieznanego w dniu składania ofert terminu świadczenia usług), co w konsekwencji uniemożliwia przygotowanie oferty. Postanowienie powyższe dodatkowo uprzywilejowuje w sposób nieuzasadniony wykonawców (wykonawców) świadczących obecnie w tych lokalizacjach usługi dla Zamawiającego.

Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę, iż bez względu na technologię, w jakiej świadczone będą usługi sieci WAN, należy mieć na uwadze czas niezbędny, jakiego potrzebuje operator telekomunikacyjny na przygotowanie do świadczenia usługi. Budowa łączy telekomunikacyjnych, czy też ich pozyskiwanie z zasobów innych operatorów telekomunikacyjnych, jest procesem czasochłonnym i wiąże się z podjęciem szeregu działań w tym zestawienia lub wydzierżawienia łączy. Niezależnie od ograniczeń natury technicznej i organizacyjnej, należy mieć na uwadze ograniczenia mogące wynikać z procedur administracyjnych, których przeprowadzenie jest zwykle konieczne przy zestawianiu łączy telekomunikacyjnych. W zależności od przyjętej technologii oraz lokalizacji Zamawiającego należy wziąć pod uwagę:

a)konieczność zgłoszenia budowy infrastruktury i oczekiwania na brak sprzeciwu organu;
b)uzyskanie pozwoleń konserwatora zabytków;
c)uzgodnienia z właścicielami lub administratorami budynków;
d)wykonanie map do celów projektowych;
e)przeprowadzenie innych procedur administracyjnych gdzie wynikający z przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego minimalny termin na uzyskanie decyzji administracyjnej to 30 dni;
f)wykonanie inwestycji obarczone ryzykiem niedrożności i siły wyższej w postaci pogody - ograniczone możliwości wykonania inwestycji w okresie zimowym;
g)inwentaryzacja powykonawcza wykonana przez geodetę;
h)złożenie dokumentacji projektowej wraz z inwentaryzacją powykonawczą do wydziału budowlanego urzędu miasta/gminy.

Powyższe czynności wymagają ścisłej współpracy operatora z odbiorcą, szczególnie w okresie wdrażania usługi, co oznacza konieczność zapewnienia odpowiedniego czasu na ich wykonanie. Należyte wdrożenie jest istotne ze względu na fakt, iż wpływa bezpośrednio na jakość świadczonych usług i spełnienie wymagań Zamawiającego. Biorąc

pod uwagę powyższe, zasadny jest zarzut iż określenie przez Zamawiającego „sztywnego" terminu odnoszącego się do rozpoczęcia świadczenia usług poprzez wskazanie konkretnej daty kalendarzowej stanowi naruszenie przepisów Pzp. Zamawiający powinien uwzględnić fakt, że ze względu na procedurę badania i oceny ofert, a także możliwość skorzystania przez Wykonawców ze środków ochrony prawnej przewidzenie długości trwania postępowania jest w tej chwili trudne do określenia. Możliwa jest zatem sytuacja, w której okres przeznaczony na wdrożenie sieci przez wykonawcę, pozostający między dniem zawarcia umowy a dniem 30 listopada 2019 r., aktualnie wynoszący niecałe 9 miesięcy, będzie zbyt krótki, aby wykonawca miał możliwość przygotować się do świadczenia usługi - niezależnie od tego, który wykonawca uzyska zamówienie. Pewną informację o faktycznej długości okresu, jaki wykonawca będzie miał na wdrożenie usługi, wykonawca uzyska dopiero z dniem zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a więc nie będzie jej posiadał na etapie przygotowywania i składania oferty. Takie działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne, gdyż uniemożliwia wykonawcy należyte oszacowanie kosztów wykonania zamówienia, przygotowanie się do świadczenia usług i naraża wykonawcę na ryzyko zapłaty kar umownych, które Zamawiający określił w § 12 wzoru umowy.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż zgodnie z art. 354 § 2 k.c. wierzyciel (tu Zamawiający) zobowiązany jest współdziałać przy wykonywaniu zamówienia w taki sam sposób, jak dłużnik (tu Wykonawca), tj. nie tylko zgodnie z treścią zobowiązania, ale także w sposób odpowiadający celowi społeczno - gospodarczemu zobowiązania oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Każdy stosunek obligacyjny zakłada istnienie więzi pomiędzy dłużnikiem a wierzycielem, której wyrazem może być m.in. nakaz współdziałania stron przy wykonaniu świadczenia. Ma to szczególnie istotne znaczenie w przypadku, gdy treść zobowiązania ukształtowana została przez jedną ze stron stosunku zobowiązaniowego - wierzyciela (Zamawiający). Ocena zachowania wierzyciela podlega również kryteriom wynikającym z celu społeczno - gospodarczego zobowiązania, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów. Naruszenie wymaganej od wierzyciela powinności współdziałania z dłużnikiem przy wykonaniu zobowiązania może prowadzić m.in. do zastosowania sankcji wynikającej z art. 486 Kodeksu cywilnego, jak również stanowić podstawę uznania jego przyczynienia się do szkody wyrządzonej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania.

Uzasadniając zarzut nr 7, Odwołujący przywołał § 8 ust. 1 oraz § 8 ust. 9 Umowy. Podniósł, iż Zamawiający daje sobie możliwość rezygnacji z 20 % wszystkich lokalizacji w skali jednego roku lub niezależnie od tego z 40 % lokalizacji dla danej (każdej kategorii łączy) w skali roku, co oznacza że w skrajnym przypadku w ciągu trwania umowy może zrezygnować z większości łączy, będących przedmiotem zamówienia. Dodatkowo Zamawiający daje sobie możliwość zawieszenia świadczenia usług dla maksymalnie 2% łączy kategorii T4-T7 jednocześnie. Wykonawca kalkulując ceny ofertowe bierze pod uwagę dane podane w SIWZ, w szczególności wolumen zamówienia oraz czas trwania umowy. Zastrzeżenie przez Zamawiającego prawa do rezygnacji z nieograniczonej części zamówienia wprowadza niepewność co do zakresu i okresu świadczenia usług. Wykonawca ponosi koszty uruchomienia i świadczenia usług oraz zakupu urządzeń wymaganych przez Zamawiającego, które to koszty muszą być rozliczone w trakcie trwania umowy.

Przy obecnych postanowieniach SIWZ wykonawca nie jest pewien, w jakim zakresie i w jakim czasie będzie świadczył usługi, a co za tym idzie - czy uzyska w trakcie trwania umowy wynagrodzenie adekwatne do poniesionych kosztów. W związku z tym, że zakres i terminy realizacji umowy zależą jedynie od Zamawiającego i mogą być określone dopiero w trakcie umowy wykonawca nie ma możliwości skalkulowania ceny oferty. Oparcie się jedynie na ogólnych założeniach może oznaczać, że rentowność kontraktu może zostać zaburzona - zakres usług i okres świadczenia usług może być zbyt krótki, aby skompensować koszt zakupu Urządzeń. Z opisu przedmiotu zamówienia musi wynikać dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Zamawiający nie może zastrzec sobie prawa do dowolnej zmiany zakresu po udzieleniu zamówienia. Zgodnie z ustaloną linią orzecznictwa, zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy od zdarzeń przyszłych i niepewnych, a związanych z sytuacją Zamawiającego. Z opisu tego musi wynikać zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Jako przykład takiego stanowiska Odwołujący wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13.09.2005 r. sygn. akt V Ca 1110/04.

Mając na względzie powyższe, z uwagi na to, że opis przedmiotu zamówienia nie pozwala ocenić wykonawcy przychodu, jaki osiągnie z umowy, w szczególności z opłat abonamentowych, które mają kluczowe znaczenie dla sporządzenia oferty w przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności niezbędnych do sporządzenia oferty, co jest niezgodne z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut nr 8, Odwołujący powołał się na § 12 Umowy, gdzie Zamawiający uzależnia odpowiedzialność wykonawcy od opóźnienia w realizacji zobowiązań. Uzależnienie naliczania kar umownych określonych we wzorze umowy od opóźnienia, nie zaś od zwłoki oznacza, że odpowiedzialność z tytułu nieterminowej realizacji umowy ma

charakter zobiektywizowany, a nie zależny od winy wykonawcy. Obecne brzmienie tej klauzuli mogłoby sugerować możliwość obciążenia wykonawcy skutkami okoliczności nie tylko niezawinionych, ale wręcz nawet takich, na które wykonawca nie miał żadnego wpływu jak np. siła wyższa, czy wyłączna wina Zamawiającego lub osoby trzeciej. Uzależnienie obowiązku zapłaty kar umownych od zwłoki, a nie od opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy odpowiada ogólnym zasadom kontraktowej odpowiedzialności cywilnoprawnej, która jest uzależniona od elementu winy. Kara umowna pełni funkcję surogatu odszkodowania należnego drugiej stronie za nienależyte wykonanie umowy. Modyfikuje ona przy tym odszkodowanie ustalane w oparciu o ogólne zasady kodeksu cywilnego tylko w zakresie wysokości, pozostałe zasady odpowiedzialności kontraktowej pozostają natomiast jak najbardziej aktualne. Zastrzeżenie kar umownych za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy może wzbudzić wątpliwości co do tego, czy Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty kar umownych także w sytuacji, gdy niewywiązanie się postanowień umownych nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych. Taka interpretacja nie tylko nie odpowiada kodeksowemu modelowi odpowiedzialności, ale również może budzić zastrzeżenia w kontekście ogólnej zasady równowagi stron umowy wzajemnej.

Dalej Odwołujący podniósł, iż zgodnie z postanowieniami § 12 Umowy kary umowne naliczane są od wartości całej umowy, bez względu na fakt, że zakres uchybień w realizacji zamówienia może być stosunkowo niewielki w odniesieniu do wartości umowy (np. uchybienie może dotyczyć jednej lokalizacji, a kara ma być liczona od wartości całej umowy). Przykładowo taki sposób liczenia kar jest wskazany w ust. 1 (kara za nie ukończenie prac wdrożeniowych dla danej lokalizacji, np. jednej) i ust. 5 (kara za niedostarczenie dokumentów). Oznacza to, że kara umowna pozostaje bez żadnego związku z wysokością szkody, a nadto nie uwzględnia wykonania zobowiązania w znacznej części, tym samym traci swój odszkodowawczy charakter, a nabiera charakteru wyłącznie represyjnego. W tym kontekście Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 980/18, w którym Izba odniosła się do reguł obowiązujących Zamawiającego przy ustalaniu m.in. wysokości kar umownych oraz wskazała, że w zakresie możliwości i sposobu kształtowania przez Zamawiającego postanowień umownych w pełni podziela powołane przez Odwołującego stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 20.11.2015 r., zapadłego w sprawie o sygn. akt: KIO 2399/15, a następnie Odwołujący przytoczył obszerny fragment uzasadnienia tego wyroku oraz Raportu Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczącego stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych.

Po trzecie, zdaniem Odwołującego, kary umowne w wysokości wskazanej w § 12 wzoru umowy są rażąco wygórowane. Kary w takiej wysokości znacznie przewyższą szkodę poniesioną przez Zamawiającego, a ponadto będzie prowadzić do zaburzenia równowagi stron umowy wzajemnej. Jednocześnie tak wysoki poziom kar umownych zmusi wykonawców do uwzględnienia tego elementu ryzyka przy wycenie usług dla Zamawiającego, co znajdzie wyraz w podwyższeniu ceny oferty.

Odnośnie zarzutu nr 9 Odwołujący wskazał, iż Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na 28 stycznia 2019 r. Mając na względzie bezprecedensowy charakter przedmiotowego zamówienia, w ocenie Odwołującego, jest to termin, który nie może być uznany za „niezbędny do przygotowania i złożenia oferty", w rozumieniu art. 43 ust. 1 ustawy Pzp, a w przede wszystkim art. 9a ustawy Pzp. Po pierwsze, art. 43 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, że termin składania ofert Zamawiający wyznacza z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty. Po drugie, zgodnie z art. 9a ust. 1 ustawy Pzp, wyznaczając terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, Zamawiający uwzględnia 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.

Cytowany przepis należy zdaniem Odwołującego stosować łącznie z przywołanym wcześniej art. 43 ust. 1 ustawy Pzp, jak również z art. 43 ust. 2 ustawy Pzp. Z analizy obu przepisów wynika, że Zamawiający nie może poprzestać wyłącznie na minimalnym terminie określonym w przepisach ustawy 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.). 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. Zamówienie dotyczy doprowadzenia sieci WAN do prawie 5000 lokalizacji, dla których wykonawca musi przeprowadzić audyt stanu swojej infrastruktury. Ponadto jak opisano w uzasadnieniu zarzutów 1-3, niezbędne jest przeprowadzenie oględzin stanu infrastruktury Zamawiającego w jego budynkach, a Zamawiający nie wskazał dokładnych pomieszczeń, do których mają zostać doprowadzone usługi ani nie wskazał osób kontaktowych w lokalizacjach, co uniemożliwia sprawdzanie warunków technicznych świadczenia usług. A należy podkreślić, że wykonanie tego zadania stanowi dopiero wstęp do przygotowania oferty. Wyniki przeprowadzonych wizji i oględzin podlegają analizie pod względem technicznym, a następnie analizie kosztowej.

Dopiero wtedy można mówić o prawidłowym skalkulowaniu ceny oferty.

Termin złożenia oferty, wyznaczony na dzień 28 stycznia 2019 r., liczony od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu, to faktycznie 38 dni (uwzględniając dzień świąt Bożego Narodzenia 26 grudnia 2018 r. - publikacja ogłoszenia o zamówieniu, dzień świąteczny 1 stycznia 2019 r. oraz z niepełny dzień 28 stycznia 2019 r., w którym do godz. 14.00 należy złożyć oferty). Co więcej, 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. Po odliczeniu dni wolnych od pracy termin, jaki pozostaje wykonawcy na przygotowanie i złożenie oferty wynosi mniej niż 21 dni. Dodatkowo podkreślenia 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 ustawy Pzp. Ostateczne i rzetelne sporządzenie oferty jest bowiem możliwe dopiero po uzyskaniu niezbędnych wyjaśnień.

Odwołujący wskazał również, że zgodnie z art. 38 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień dotyczących treści SIWZ nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert. Oznacza to, że Zamawiający może udzielić wyjaśnień dotyczących treści SIWZ w dniu 22 stycznia 2019 r. Powyższe okresy to zdecydowanie za mało czasu dla analizy przekazanej wykonawcy dokumentacji, przeprowadzenie uzgodnień z podwykonawcami, wyszukania i wyboru osób z odpowiednimi kwalifikacjami do uczestnictwa w realizacji zamówienia (zgodnie z żądaniem Zamawiającego), a w konsekwencji za mało czasu na rzetelne przygotowanie i skalkulowanie zgodnej z SIWZ i konkurencyjnej oferty, zgodnie z wewnętrznymi procedurami obowiązującymi w organizacji.

Przedstawione wyżej wyliczenia i stan faktyczny, w ocenie Odwołującego, wskazują jednoznacznie, że Zamawiający jednocześnie wyznaczył termin złożenia oferty z naruszeniem przepisów ustawy wymagających od Zamawiającego ustalenia tego terminu adekwatnie do zakresu zamówienia, jego złożoności i faktycznego czasu potrzebnego na złożenie poprawnej oferty, tj. art. 9a ustawy Pzp. Jak podnosi się w piśmiennictwie, przepis art. 9a ustawy ma charakter gwarancyjny i zobowiązuje zamawiających do uwzględnienia przy wyznaczaniu terminów złożoności zamówienia, a także czasu potrzebnego na sporządzenie ofert. Terminy powinny być zatem ustalane indywidualnie, w zależności od rodzaju udzielanego zamówienia, oraz powinny uwzględniać przy szacowaniu ich długości daty kalendarzowe, np. okresy świąt państwowych, które faktycznie ograniczą czas przeznaczony na przygotowanie oferty. Ustalenie właściwego terminu składania ofert zwiększa szanse zamawiającego na osiągnięcie większej konkurencyjności ofert. Ponadto Odwołujący wskazał, na wyrok KIO z dnia 27 września 2013 r. sygn. KIO 2188/13, aktualny w obecnym stanie prawnym, w którym Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że w pierwszej kolejności, zamawiający obowiązany jest w warunkach konkretnego postępowania (w tym przypadku przy zamówieniach nadprogowych), uwzględniać w szczególności opis przedmiotu zamówienia i jego złożoność oraz rozmiar, a także uwzględniać czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty przez każdego z wykonawców, zapewniając tym samym realną oraz uczciwą konkurencję w postępowaniu, wymaganą art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe potwierdza również art. 38 Dyrektywy 2004/18/WE zgodnie z którym (ust. 1) podczas ustalania terminów składania ofert instytucje zamawiające uwzględniają w szczególności złożoność zamówienia oraz czas wymagany do sporządzenia ofert, z zastrzeżeniem terminów minimalnych. Uwzględniając zatem systematykę art. 38 Dyrektywy 2994/18/WE oraz ogólny charakter wytycznych zawartych w jego ust. 1 podkreślenia wymaga, że zasadą zarówno na gruncie unijnego, jak i polskiego prawa zamówień publicznych jest ustalanie terminów składania ofert z uwzględnieniem specyfiki zamówienia, a nie udzielanie zamówienia w terminach minimalnych lub zbliżonych do minimalnych.

Odwołujący podkreślił również, że przepisy art. 43 ust. 2a i art. 9a ustawy Pzp należy odczytywać w kontekście zasad wyrażonych w art. 7 ustawy Pzp. Interpretacja ustawy w tym zakresie nie tylko nie może być oderwana od realiów konkretnego postępowania, ale przeciwnie - musi być dokonywana z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia publicznego. Jeśli tak, to Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wyznaczył na składanie ofert termin zbyt krótki, nieuwzględniający czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, złożoności i wartości przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji niegwarantujący wykonawcom możliwości złożenia rzetelnych i prawidłowo skalkulowanych ofert.

Uzasadniając zarzut nr 10, Odwołujący przywołał treść Rozdziału 1 pkt 1.10 OPZ oraz § 3 ust. 11 Umowy. Wskazał, iż Zamawiający pozostawił sobie na czas po zawarciu umowy prawo decyzji o dopuszczalności stosowania łączy radiowych, typu radiolinia punt-punkt pracujących w częstotliwościach koncesjonowanych dla łącza podstawowego kablowego oraz dla kategorii T4-T6 - łączy tymczasowych w kategorii niższej. Wykonawca przygotowując ofertę nie wie, czy Zamawiający dopuści stosowanie łączy radiowych o typie wspomnianym powyżej oraz łączy tymczasowych dla kategorii T4-T6. Kwestia ta jest o tyle istotna, że łącza radiowe stanowią alternatywę dla kosztownych, bądź długotrwałych inwestycji w rozbudowę zasobów kablowych. Realizacja usługi z wykorzystaniem łączy radiowych może okazać się jedynym możliwym wariantem dla lokalizacji trudnodostępnych. Z kolei łącza tymczasowe o niższej kategorii

dla kategorii T4-T6 mogą być alternatywą w przypadku przedłużających się inwestycji. Wiedza o możliwości wykorzystania radiolinii lub uruchomienia łączy tymczasowych w niższych kategoriach jest niezbędna do rzetelnego oszacowania kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, a następnie przygotowania oferty.

W zakresie zarzutu nr 11 Odwołujący wskazał na treść pkt 4.8. Rozdziału 1 OPZ. Z przytoczonego postanowienia wynika, że przedmiot zamówienia zostanie dookreślony przez Zamawiającego już na etapie realizacji zamówienia w porozumieniu z wybranym wykonawcą. Oznacza to, że wykonawca przygotowując ofertę nie zna zakresu swojego świadczenia, nie wie jakie funkcjonalności będzie musiał posiadać dostarczony przez niego system. Uniemożliwia to prawidłowe sporządzenie oferty, gdyż na tym etapie nie jest znany oferowany Zamawiającemu system.

Uzasadniając zarzut nr 12, Odwołujący powołał się na § 3 ust. 13 Umowy i zwrócił uwagę, iż zgodnie z art. 36a ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, przy czym Zamawiający może wymagać osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi, oraz prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy. W treści SIWZ (dokument podstawowy bez załączników, rozdziały I - XVIII SIWZ) Zamawiający nie opisał żadnych wymagań związanych z powierzeniem do realizacji podwykonawcom części zamówienia. W § 3 ust. 13 Umowy Zamawiający określił, że wykonawca może korzystać ze świadczeń podmiotów trzecich jako podwykonawców, pod warunkiem uzyskania uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego. Oznacza to, że dopuszczenie podwykonawstwa ma charakter warunkowy, a Zamawiający doprecyzuje swoje wymagania w tym zakresie już po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji prowadzi to do sytuacji, w której wykonawca nie ma wiedzy o tym, czy może powierzyć realizację części zamówienia podwykonawcom na etapie wykonywania umowy, co utrudnia skalkulowanie oferty.

Regulacja art. 36a ust. 1 ustawy Pzp nie zmienia zasad przewidzianych w art. 356 k.c., zgodnie z którym wierzyciel może żądać osobistego spełnienia świadczenia tylko wtedy, gdy to wynika z treści czynności prawnej, ustawy albo właściwości świadczenia. Jeżeli więc Zamawiający nie korzysta z przewidzianej w przepisach art. 36a ust. 2 ustawy Pzp możliwości zastrzeżenia osobistego wykonania części zamówienia przez wykonawcę i jednocześnie przepisy prawa powszechnie obowiązujące lub właściwość świadczenia nie wskazują na obowiązek osobistego spełnienia świadczenia, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia innemu podmiotowi (podwykonawcy) bez konieczności uzyskiwania zgody Zamawiającego.

Odnośnie zarzutu nr 13, Odwołujący przywołał brzmienie pkt 3 Rozdziału 6 OPZ oraz § 3 ust. 1 i 2 Umowy. Wskazał, iż postanowienie Rozdziału 6 pkt 3 OPZ oznacza, że wykonawca może ponosić bonifikaty już w sytuacji wcześniejszego uruchomienia usług, jeszcze przed odebraniem ich przez Zamawiającego, a tym samym formalnym oddaniem do użytku, zanim rozpocznie faktyczne świadczenie usług. Punkt ten jest sprzeczny z pozostałymi postanowieniami umowy. Skoro bowiem wykonawca może być obciążany przez Zamawiającego bonifikatami już od uruchomienia łącza, to powinien mieć również prawo do pobierania wynagrodzenia za świadczenie usługi już od dnia uruchomienia tego łącza – a nie dopiero od odbioru całej sieci WAN, obejmującej prawie 5 tys. lokalizacji. Obecne zapisy w sposób rażący promują obecnego wykonawcę usług. Jak wspomniano, przedmiotem zamówienia jest uruchomienie sieci WAN dla prawie 5 tys. lokalizacji, z szacowanym terminem wdrożenia 6-9 miesięcy (termin ten nie jest jednoznacznie określony, co jest przedmiotem wcześniejszego zarzutu). Aby zdążyć z uruchomieniem takiej ilości usługi w terminie, uruchamianie części lokalizacji musi się rozpocząć ze znacznym wyprzedzeniem przed datą 1 grudnia 2019 r. (faktycznego uruchomienia usług). Może to doprowadzić do sytuacji, że Zamawiający przez np. pół roku będzie korzystał z części sieci WAN za darmo i jednocześnie będzie uprawniony do naliczania bonifikat za usługi, które formalnie nie zostały jeszcze oddane do użytku. Jest to nieuprawnione żądanie Zamawiającego.

Uzasadniając zarzut nr 14, Odwołujący powołał się na pkt 9 Rozdziału 6 OPZ i wskazał, że sposób naliczania bonifikat przewidziany w tym punkcie za jakość pracy systemu monitorowania jest niewspółmierny do jego konsekwencji. Przy zakładanej częstotliwości monitorowania (5 minut) 10 brakujących próbek może wystąpić w ciągu 50 minut w dowolnym momencie eksploatacji. Przy propozycji obecnych zapisów w ciągu miesiąca Wykonawca może zostać obciążony bonifikatą w wysokości 100% już za 13 godz. 52 minuty braku danych, a wysokość bonifikaty za dane łącze sięgnie 100% wysokości jego opłaty. Oznacza to, że tak przewidziana bonifikata pozostaje bez żadnego związku z wysokością szkody, a nadto nie uwzględnia charakteru usługi, której dotyczy, tym samym traci swój odszkodowawczy charakter, a nabiera charakteru wyłącznie represyjnego. Należy bowiem zaznaczyć, że brak danych jakościowych nie stanowi dowodu, że dane jakościowe nie spełniały gwarancji, a łącze w tym czasie był dostępne i były wykorzystywane przez Zamawiającego. Ponadto Odwołującyzwrócił uwagę iż zaproponowany mechanizm naliczania bonifikat jest bardziej restrykcyjny od algorytmu przewidzianego za niedotrzymanie zagwarantowanych wartości.

Zamawiający w dniu 21 stycznia 2019 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Na wstępie Zamawiający wskazał, iż nieuzasadnione i nieadekwatne w stanie faktycznym sprawy są podniesione przez Odwołującego zarzuty, w tym zarzuty dotyczące rzekomego naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zamawiający podniósł, iż odwołanie w świetle art. 192 ust. 2 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie, w przedmiotowej sprawie nie może być bowiem mowy o naruszeniu przez Zamawiającego wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp, w zarzucanym zakresie, w szczególności zaś takiego naruszenia, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający wskazał, iż fundamentalną zasadą prawa zamówień publicznych jest, aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób umożliwiający spełnienie uzasadnionych potrzeb zamawiającego i osiągnięcie zakładanych celów biznesowych. Odwołujący niesłusznie i wbrew celom przedmiotowego zamówienia oczekuje od Zamawiającego takiego sformułowania postanowień umownych, które zapewni mu komfort realizacji zamówienia i zminimalizuje ryzyka towarzyszące wykonaniu ww. kontraktu. Zmodyfikowanie warunków kontraktowych w sposób, którego oczekuje Odwołujący nie tylko nie pozwoli zaś osiągnąć Zamawiającemu celów zamówienia, ale (w sytuacji uwzględnienia żądań Odwołującego m.in. dotyczących zasad skorzystania z Zamawiającego z prawa opcji lub zmodyfikowania warunków odpowiedzialności za nienależyte wykonanie umowy w zakresie kar umownych) umożliwi wybranemu wykonawcy uchylanie się od jego zobowiązań wynikających z umowy. Odpowiednio do powyższego, bardziej dogodne dla Odwołującego warunki wykonania zamówienia nie mogą przesłonić uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Konkurencja w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest kategorią absolutną i powołując się na nią nie można zmuszać Zamawiających do zakupu usług niespełniających jego wymagań (do takiego zaś niekorzystnego dla Zamawiającego efektu dąży w istocie w niniejszej sprawie Odwołujący). Zamawiający podniósł, iż do analogicznych wniosków Krajowa Izba Odwoławcza doszła w szeregu orzeczeń, w szczególności zwrócił uwagę, iż Odwołujący powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawach o sygn. akt KIO 1987/14, KIO 2000/14, oraz KIO 2002/14, dotyczących postępowania prowadzonego przez Zamawiającego o tożsamym przedmiocie, dotyczącego także świadczenia usług operatora sieci rozległej WAN. Przy formułowaniu postanowień SIWZ, w zaskarżonym zakresie, Zamawiający, poza doświadczeniami z realizacji poprzedniego kontraktu i informacjami pochodzącymi z rozpoznania rynku, uwzględnił również stanowisko Izby wyrażone w wydanym w powyższym sprawach wyroku z dnia 20 października 2014 r. (w tym miejscu Zamawiający przytoczył fragment ww. orzeczenia Izby). Zamawiający wskazał także na wyrok Izby z dnia 23 maja 2017 r., sygn. akt: KIO 935/17 oraz wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu o sygn. akt X Ga 67/08 uznał, iż błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego.

Zamawiający podniósł ponadto, iż uwzględnił w części zasadność niektórych zarzutów Odwołującego, w tym wniosków zgłoszonych w odwołaniu, co znalazło swój wyraz w zmianie SIWZ dokonanej przez Zamawiającego w dniu 17 stycznia 2019 r. (dowód: załączone pismo Zamawiającego z dnia 17 stycznia 2019 r.). W rezultacie ww. kwestie przestały być sporne między stronami, zaś prowadzenie postępowania odwoławczego, w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe. Tym samym, Zamawiający dokonał skutecznej modyfikacji SIWZ, a zatem nawet gdyby hipotetycznie uznać, choć Zamawiający stoi na odmiennym stanowisku, że wystąpiło naruszenie ww. zakresie, to naruszenia te nie mają i nie mogą mieć jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu nr 1, Zamawiający wskazał, iż Odwołujący domaga się modyfikacji SIWZ, w sposób uniemożliwiający Zamawiającemu osiągnięcie celów przedmiotowego zamówienia, a eliminujący ryzyka kontaktowe po stronie wykonawcy. Odwołujący chcąc udogodnić sobie warunki wykonania zamówienia:

a) bezpodstawnie żąda uzależnienia możliwości skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji na podstawie § 7 Umowy (dot. zwiększenia przepustowości bazowej łącza), od posiadania przez Wykonawcę możliwości technicznych świadczenia usługi w tej Lokalizacji,
b) w sposób nieuzasadniony oczekuje uzyskania kosztem Zamawiającego korzystnej struktury przepływów pieniężnych w projekcie tj. znacznego przyspieszenia płatności,
c) bezzasadnie kwestionuje długość terminu na zwiększenie przepustowości bazowej łącza w danej Lokalizacji w razie skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji na podstawie § 7 Umowy.

Zamawiający podniósł, iż żądanie zmiany SIWZ w ten sposób, iż warunkiem zwiększenia przepustowości bazowej łącza w razie skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji na podstawie § 7 Umowy („Opcja") będzie posiadanie, w chwili wykonywania Opcji, przez wykonawcę możliwości technicznych świadczenia usługi w danej Lokalizacji bez dodatkowych inwestycji w istniejącą infrastrukturę wykonawcy w danej Lokalizacji, nie tylko nie może być zaakceptowane przez Zamawiającego z punktu widzenia jego potrzeb, ale pozbawione jest też podstaw faktycznych i prawnych. Zamawiający przytoczył brzmienie postanowień § 7 ust. 1-2 Umowy określające zasady skorzystania przez Zamawiającego z Opcji i wskazał, że w tych postanowieniach Zamawiający szczegółowo określił wybrane kategorie łącza (kategorie T0-T4), co do których w ramach Opcji może oczekiwać zwiększenia przepustowości oraz wskazał, jaka

ma być dokładnie przy każdej kategorii łącza docelowa przepustowość bazowa (Mbit/s). Zapewniając zwiększoną przepustowość łącza, na wymienionych przez Zamawiającego w treści ww. postanowień poziomach, przyporządkowanych dla każdej kategorii łącza, wykonawca otrzymać ma, zgodnie z wyżej zacytowanym § 7 ust. 2 lit. a)-e) Umowy, odrębne wynagrodzenie zarówno w postaci opłaty instalacyjnej, jak i wynagrodzenia za świadczone usługi, które wykonawca na etapie postępowania może odpowiednio skalkulować.

Następnie Zamawiający przytoczył pierwotne brzmienie § 7 ust. 4 Umowy oraz brzmienie tego przepisu uwzględniające dokonaną przez niego zmianę SIWZ. Wskazał, iżdokładna liczba łączy, które mogą być objęte Opcją, wraz ze wskazaniem ich kategorii (T0, T1, T2, T3 i T4), a także dokładnym adresem Lokalizacji ich wdrożenia, została określona przez Zamawiającego w Załączniku nr 8 do SIWZ - Wykaz Lokalizacji oraz odpowiednio podsumowana pod zakładką „Kategorie" tego załącznika, gdzie zawarto zestawienie z sumą łączy każdej kategorii, w tym kategorii T0-T4. Wykonawca dysponując powyższymi informacjami wynikającymi z § 7 ust. 2 Umowy, Wykazu Lokalizacji objętego Załącznikiem nr 8 do SIWZ, a przede wszystkim biorąc pod uwagę termin przewidziany na realizację Opcji, ma możliwość doboru i zainstalowania odpowiedniej infrastruktury sieciowej oraz takiego zorganizowania sposobu świadczenia usług, który pozwoli osiągnąć większą przepustowość łączy w powyższych Lokalizacjach w razie skorzystania przez Zamawiającego z Opcji. Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający nie narzuca Odwołującemu w tym zakresie określonego sposobu wykonania zamówienia, dopuszczając szereg technologii i rozwiązań technicznych pozwalających świadczyć usług w każdej z Lokalizacji. To wykonawca więc decyduje, w jaki sposób i w jakiej technologii zapewni łącza w poszczególnych z Lokalizacji, tak aby być przygotowanym do odpowiedniego dostosowania ich przepustowości. W większości przypadków zastosowana przez wykonawcę technologia wiązać się będzie jedynie z odpowiednim dostosowaniem i skonfigurowaniem urządzeń, bądź uzupełnieniem ich o niezbędne komponenty. Zamawiający wskazuje, iż jeśli wykonawca w niektórych sytuacjach zdecyduje się przebudować łącze, zależne będzie to wyłącznie od wybranej przez wykonawcę technologii.

Odpowiednio do powyższego, uwzględnienie przez Zamawiającego żądania Odwołującego sprowadzającego się w istocie do uzależnienia zakresu zamówienia od indywidualnej sytuacji wykonawcy, w tym zastosowanej przez wykonawcę technologii i rozwiązań technicznych, gdzie Zamawiający ich nie narzuca, prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców. Zamawiający nie może warunkować skorzystania z Opcji od indywidualnej sytuacji wykonawcy, w tym organizacji sposobu wykonania zamówienia przez wykonawcę i wybranej przez niego technologii. Biorąc pod uwagę długi okres wykonania zamówienia (4 lata), mogący mieć miejsce w tym czasie postęp technologiczny, wpływający na działalność prowadzoną przez Zamawiającego, możliwość skorzystania z Opcji, w zakresie regulowanym postanowieniami § 7 ust. 1-2 Umowy, bez jakiegokolwiek uzależniania wykonania Opcji od posiadania przez danego wykonawcę możliwości technicznych bez dodatkowych inwestycji w istniejącą infrastrukturę wykonawcy w danej Lokalizacji, jest dla Zamawiającego niezbędna.

Zamawiający wskazał także, iż stanowisko Odwołującego jest dla niego o tyle zaskakujące, że Orange świadczył na rzecz Zamawiającego usługi WAN w latach 2005-2016 (w latach 2000-2005 czynił to zaś poprzednik prawny Orange), wskutek czego obecnie funkcjonująca sieć oparta jest, w zdecydowanej większości Lokalizacji, o infrastrukturę Odwołującego. Co więcej, Orange zapewnia infrastrukturę telekomunikacyjną w przedmiotowych Lokalizacjach w ramach aktualnie wykonywanej umowy na usługi WAN na zasadach dostępu hurtowego. Wreszcie, znajomość Odwołującego Lokalizacji (a zatem i infrastruktury), potwierdza także fakt, iż na podstawie umowy zawartej w dniu 7 sierpnia 2015 r. Orange świadczy na rzecz Zamawiającego usługi telekomunikacyjne w technologii VoIP. Odwołujący posiada zatem wiedzę, iż o wystarczających warunkach technicznych świadczenia usług w tych Lokalizacjach, co potwierdza, że zarzut nr 1 zawarty w odwołaniu został sformułowany, w oderwaniu od okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, wyłącznie celem uzyskania dogodnych warunków realizacji zamówienia.

Zamawiający podniósł ponadto, że w ramach dokumentacji poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia mającego tożsamy zakres przedmiotowy i czasowy tj. świadczenie usług operatora sieci rozległej WAN w latach 2015-2019, postanowienia § 7 ust. 1-2 ówczesnego wzoru umowy zostały sformułowane analogicznie jak postanowienia § 7 ust. 1-2 Umowy. Odwołujący, celem zapewnienia sobie komfortu realizacji kontraktu, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia podniósł także i wtedy podobne zarzuty co do przedmiotowych postanowień, które nie zostały uwzględnione przez Izbę, co znalazło wyraz w wyroku KIO z dnia 20 października 2014 r. -część uzasadnienia powyższego wyroku została przez Zamawiającego zacytowana powyżej w punkcie 1.1 odpowiedzi na odwołanie. Po wtóre, możliwość wywiązania się przez wykonawcę z przedmiotowych zobowiązań została także potwierdzona w toku zawartej w wyniku powyższego postępowania umowy. Wykonawca (konsorcjum T-Mobile Polska S.A. oraz Netia) nie napotkał na trudności związane z przebudową infrastruktury we wskazanym w odwołaniu zakresie (str. 10-13), w szczególności nie miał miejsca długotrwały i kosztowny proces uzgodnień formalno-prawnych i przygotowania inwestycji opisany przez Odwołującego, który uniemożliwiałby wykonawcy wywiązanie się z tożsamych terminów zastrzeżonych w tamtejszej

umowie.

Powyższe, zdaniem Zamawiającego, ilustruje, iż formułowane w odwołaniu twierdzenia są w nieadekwatne, tym bardziej, iż stanowią one powtórzenie stanowiska Odwołującego wyrażonego w innych sprawach, o zupełnie innym stanie faktycznym. Powoływanie się przez Odwołującego na warunki realizacji zamówienia w innych przetargach na świadczenie usług sieci WAN jest zatem całkowicie niezasadne i pozbawione jakiegokolwiek związku z prowadzonym postępowaniem, tym bardziej, iż każdy zamawiający jest uprawniony do indywidualnego określenia swoich potrzeb, gdyż wynikają one z odmiennych okoliczności faktycznych.

Następnie Zamawiający wskazał, iż zarzut nr 1 jest pozbawiony racji także i w zakresie, w jakim dotyczy terminu zwiększenia przez wykonawcę przepustowości bazowej łącza, w ramach Opcji. Zamawiający podał, iż przewidziany w § 7 ust. 4 Umowy termin na realizację przez wykonawcę zobowiązań wynikających z Opcji jest w zupełności wystarczający, dalsze zaś przedłużanie powyższego terminu służyłoby wyłącznie komfortowi wykonawcy. Termin powyższy pierwotnie wynosił 30 dni, a po dokonanej przez Zamawiającego zmianie SIWZ, aż 60 dni w przypadku zaś utrudnionych warunków technicznych dla danej Lokalizacji, może być dodatkowo przedłużony nawet do 90 dni. Zamawiający, nie może sobie pozwolić na przedłużenie powyższego terminu w większym zakresie, bowiem w sytuacji powstania po stronie Zamawiającego konieczności zwiększenia przepustowości w toku wykonania umowy w związku z prowadzoną przez Zamawiającego działalnością, dłuższy termin zaprzepaści realizację celów biznesowych.

Niezrozumiałe dla Zamawiającego jest odwoływanie się przez Odwołującego w treści przedmiotowego zarzutu do terminu wynikającego z Rozdziału 3 pkt 2 i 3 OPZ. Zamawiający podniósł, iżRozdział 3 OPZ nie zawiera pkt 2 i 3 podanych przez wykonawcę w treści zarzutu na str. 2 odwołania. Nadto, Umowa w sposób wyraźny, w § 7 ust. 4, określa w jakich terminach wykonawca ma wywiązać się z obowiązków wynikających z Opcji. Odwoływanie się przez Odwołującego w oparciu o § 7 ust. 6 Umowy do OPZ, podczas gdy termin realizacji Opcji określa § 7 ust. 4 Umowy, wynika z błędnego odczytania przez niego treści SIWZ, wbrew jej bezpośredniemu brzmieniu.

Zamawiający wskazał, iż w większości przypadków zwiększenie przepustowości łączy wiązać się będzie jedynie z odpowiednim dostosowaniem i skonfigurowaniem urządzeń, a nie przebudową łącza. Abstrahując jednak od czynności, jakie powinny być wykonane celem zwiększenia przepustowości łącza oraz tego czy wykonawca odpowiednio przygotuje się do tego na wstępie kontraktu, bądź zdecyduje się te prace wykonać później, zarzutom podniesionym przez Odwołującego przeczą doświadczenia Zamawiającego dotyczącego poprzednich umów na usługi WAN. Orange przy realizacji prac wdrożeniowych dotyczących lokalizacji Zamawiającego od listopada 2012 r. do sierpnia 2013 r. wykonał prace wdrożeniowe dla łącznie 4700 lokalizacji, uzyskując tym samym średnią 25 lokalizacji dziennie. Średnia lokalizacji, w zakresie których zrealizowano prace wdrożeniowe była podobna przy wykonaniu aktualnie realizowanej przez konsorcjum T-Mobile Polska S.A. i Netia umowy na usługi WAN. Zamawiający wskazał, iż, jak wynika z Załącznika nr 8 do SIWZ - Wykaz Lokalizacji, zwiększenie przepustowości łącza, w ramach Opcji przewidzianej § 7 Umowy, dotyczyć może tylko 531 spośród 4744 wszystkich Lokalizacji objętych wykazem stanowiącym Załącznik 8 SIWZ (zgodnie z zestawieniem przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie).

W świetle powyższego, zdaniem Zamawiającego, zarzuty Odwołującego są tym bardziej niesłuszne. Skoro wykonawca jest w stanie przeprowadzić prace wdrożeniowe dla średnio ok. 25-30 lokalizacji dziennie, a nawet dla około 60 Lokalizacji dziennie w niektórych momentach okresu wdrożeniowego, to nawet czysto hipotetycznie przyjmując, iż Zamawiający w ramach Opcji domagałby się jednorazowo zwiększenia przepustowości dla wszystkich 531 Lokalizacji w terminie 30 dni, wykonawca mógłby powyższemu sprostać. Przedłużenie powyższego terminu do 60 dni, wskutek dokonanej przez Zamawiającego zmiany SIWZ, w jeszcze większym stopniu czyni argumentację Odwołującego pozbawioną racji.

Następnie Zamawiający wskazał, iż zastrzegł w Formularzu Cenowym, że: „Wysokość opłaty instalacyjnej w każdym przypadku nie może przekroczyć równowartości dwukrotności miesięcznego Wynagrodzenia (abonamentu) za Usługi dla danej Lokalizacji.” Twierdzenia Odwołującego, iż Zamawiający uniemożliwia wykonawcy pobieranie opłat za usługę ze zwiększoną prędkością w wysokości uwzględniającej rzeczywiste koszty jej uruchomienia i świadczenia są nieuzasadnione i w żaden sposób niewykazane. Zamawiający podkreśla, iż określenie Opłaty Instalacyjnej leży w gestii wykonawcy, zaś niedopuszczalne jest jedynie określenie wygórowanej wysokości tej opłaty tj. w kwocie przekraczającej dwukrotność miesięcznego wynagrodzenia z tytułu świadczenia usług. Wykonawca ma zatem pełną swobodę w skalkulowaniu wysokości oferowanego miesięcznego Wynagrodzenia za Usługi. Zamawiający w tym miejscu wyjaśnił, iż intencją powyższego ograniczenia jest zabezpieczenie Zamawiającego przed negatywnym zjawiskiem sztucznego podwyższania przez wykonawców Opłaty Instalacyjnej kosztem Wynagrodzenia za Usługi, celem uzyskania kosztem Zamawiającego korzystnej struktury przepływów pieniężnych przez realizacji umowy sprowadzającej się do przyspieszenia płatności. Brak powyższego postanowienia w praktyce prowadziłby do sytuacji, w której wykonawca

jeszcze przed rozpoczęciem świadczenia Usług wynagradzany byłby za ich realizację w ramach wygórowanej Opłaty Instalacyjnej jednocześnie znacznie zmniejszając swoją odpowiedzialność kontraktową za nieprawidłowe świadczenie usług w ramach bonifikat naliczanych od wartości opłaty miesięcznej za świadczone usługi. W ocenie Zamawiającego wnioski Odwołującego zmierzające do zniesienia maksymalnego limitu Opłaty Instalacyjnej należy uznać za bezzasadne i sprzeczne z uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego wyrażającymi się w tym, aby nie faworyzować wykonawców oferujących niekorzystną dla Zamawiającego strukturę płatności.

Z tych samych, co przytoczone powyżej względów, w ocenie Zamawiającego, zarzut nr 1 bezzasadny jest także w zakresie w jakim dotyczy warunków realizacji przez wykonawcę obowiązku zmiany kategorii łącza na podstawie § 8 ust. 3 i 4 Umowy. Postanowienie to dotyczy uprawnienia Zamawiającego do żądania zmiany kategorii łącza na wyższą lub niższą, z którego Zamawiający może skorzystać do chwili rozpoczęcia Prac Wdrożeniowych dla danej Lokalizacji uprawnienie to nie ma więc zastosowania w toku świadczenia Usług mającego mieć miejsce od 1 grudnia 2019 r. Z kolei § 8 ust. 4 Umowy reguluje prawo do domagania się przez Zamawiającego zmiany kategorii łącza w trakcie świadczenia Usług a więc już po zakończeniu wykonania Prac Wdrożeniowych. Terminy na zmianę kategorii łącza, zgodnie z § 8 ust. 8 Umowy, określone zostały w Rozdziale 3 punkcie 3.1 podpunktach 2 i 3 OPZ i wynoszą odpowiednio: dla łączy kategorii T0-T3 - w zakresie pierwszego łącza, 2 miesiące, w zakresie drugiego łącza 3 miesiące, dla łączy kategorii T4-T6 - w zakresie łączy docelowych 3 miesiące. Odwołujący, analogicznie, jak w ramach kwestionowania warunków wykonania Opcji, domaga się, aby: a) Zamawiający realizację powyższych uprawnień uzależnił od indywidualnych możliwości technicznych wykonania prac bez dodatkowych inwestycji w istniejącą infrastrukturę wykonawcy w danej Lokalizacji posiadanych przez wykonawcę, b) usunął zastrzeżenie w Formularzu Cenowym stanowiącym Załącznik nr 2 SIWZ, wedle którego wysokość Opłaty Instalacyjnej nie może przekroczyć równowartości dwukrotności miesięcznego Wynagrodzenia (abonamentu) za Usługi dla danej Lokalizacji, a także c) istotnie wydłużył termin na zmianę kategorii łączy, w sposób uniemożliwiający Zamawiającemu realizację jego uzasadnionych potrzeb.

Zamawiający podtrzymał wcześniejszą argumentację, podniesioną w punkcie 1.2 odpowiedzi na odwołanie, w szczególności dotyczącą braku możliwości uzależniania sposobu wykonania zamówienia od stosowanej przez wykonawcę technologii i rozwiązań technicznych, bezpodstawności wynagradzania wykonawcy za realizację Prac Wdrożeniowych przed rozpoczęciem świadczenia Usług w ramach wygórowanej Opłaty Instalacyjnej, a także nieuzasadnionych oczekiwań Odwołującego dotyczących wydłużenia terminu, których nie potwierdzają doświadczenia wynikające z realizowanych wcześniej umów na świadczenie usług WAN. Dodatkowo Zamawiający wskazał na brzmienie, jakie wskutek zmiany SIWZ otrzymało postanowienie § 8 ust. 3 Umowy. W związku ze zmianą SIWZ polegającą na tym, iż Zamawiający ograniczył zakres Lokalizacji, w których Zamawiający może oczekiwać zmiany kategorii łączy do 20% Lokalizacji rocznie, zarzuty Odwołującego są więc w jeszcze większym stopniu bezprzedmiotowe. Zamawiający wskazał, iż przy odpowiedniej organizacji sposobu wykonania zamówienia przez wykonawcę, zapewnienie w określonych w Rozdziale 3 punkcie 3.1 podpunktach 2 i 3 OPZ terminach łącza pozwalającego uzyskać wyższą przepustowość jest jak najbardziej możliwe. Nie będzie natomiast stanowić dla wykonawcy problemu zmiana kategorii łącza na niższą. W praktyce więc dodatkowe prace ze strony wykonawcy mogą mieć miejsce tylko przy zapewnianiu łączy wyższej kategorii. Biorąc pod uwagę wspomnianą wcześniej liczbę Lokalizacji, w ramach których wykonawcy byli w stanie przeprowadzić prace wdrożeniowe w toku realizacji poprzednich umów (średnio 25 lokalizacji dziennie), wywiązanie się z zobowiązań określonych przez Zamawiającego w § 8 ust. 3-4 Umowy nie będzie wiązać się dla wykonawcy z utrudnieniami.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 odwołania, Zamawiający podniósł, iż możliwość wykonania prawa zastrzeżonego § 8 ust. 2 Umowy w zastrzeżonych w Rozdziale 3 OPZ terminach jest kluczowa z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Podtrzymał jednocześnie w tym zakresie argumentację powołaną w punktach 1.2. i 1.3 odpowiedzi na odwołania. Ponadto wskazał, na brzmienie jakie otrzymał § 8 ust. 2 Umowy wskutek dokonanej przez Zamawiającego zmiany SIWZ. Podniósł, iż ograniczenie zakresu nowych Lokalizacji, w których Zamawiający może oczekiwać zamówienia świadczenia Usług do 10% Lokalizacji rocznie, czyni zarzuty Odwołującego w przedmiotowym zakresie bezprzedmiotowymi.

W zakresie zarzutu nr 3, Zamawiający przywołał brzmienie § 3 ust. 15 Umowy i podniósł, iż termin na realizację obowiązków wynikających z tego postanowienia jest w zupełności wystarczający, biorąc pod uwagę zakres czynności jakich dokonać ma wykonawca. W OPZ w Tabeli nr 1 Zamawiający określił wymagania odnośnie poszczególnych kategorii łącza (prędkość łącza podstawowego, prędkość łącza zapasowego, typ łącza zapasowego, a także realizacji transmisji), oraz dopuścił, aby wymagania te zostały dostosowane do warunków technicznych w danej Lokalizacji. Postanowienie S 3 ust. 15 Projektu Umowy nie obliguje wykonawcy do dokonywania dodatkowych prac instalacyjnych celem zwiększenia przepustowości łączy asymetrycznych, z jego brzmienia wynika bowiem, że zwiększona przepustowość ma być zastosowania „w razie zwiększenia się dostępnych przepustowości łączy.” Pod względem

technicznym, jak wskazał Zamawiający, nie ma zatem potrzeby wymiany urządzeń, czy infrastruktury teleinformatycznej operatora. Jedyna zmiana, która może być konieczna, to aktualizacja konfiguracji urządzeń sieciowych w zakresie aktualnej przepustowości łącza, o ile została ona przewidziana przez wykonawcę.

Następnie Zamawiający wskazał, że zarzut nr 4 podniesiony w odwołaniu dotyczący rozbieżności w zakresie liczby kategorii łączy w poszczególnych Lokalizacjach podanej w Załączniku nr 2 do SIWZ - Formularz Cenowy oraz w Załączniku nr 8 do SIWZ - Wykaz Lokalizacji jest bezpodstawny i wynika z braku zrozumienia przez Odwołującego intencji postanowień Formularza Cenowego. Zarzut swój Odwołujący opiera na tym, iż w Formularzu Cenowym przewidzianych jest 50 łączy w kategorii T7, których nie zostały wskazane w Wykazie Lokalizacji. Zamawiający wskazuje jednak, iż podana w Formularzu Cenowym liczba łączy stanowi wyłącznie założenie wartość szacunkową przyjętą na potrzeby kalkulacji ceny ofertowej.

Za nieuzasadniony Zamawiający uznał także zarzut nr 5, wskazując, iż opis przedmiotu zamówienia został przez Zamawiającego sporządzony zgodnie z art. 29 ust. 1-2 ustawy Pzp, w sposób jednoznaczny i szczegółowy, analogicznie jak w poprzednich prowadzonych przez Zamawiających postępowaniach na świadczenie usług WAN. W konsekwencji, każdy wykonawca ma możliwość skalkulowania w oparciu o przekazane przez Zamawiającego informacje ceny ofertowej. Zamawiający podkreślił, iż w szczególności, dla każdej z 4744 Lokalizacji Zamawiający wskazał dokładny adres pocztowy (w Załączniku nr 8 do SIWZ -Wykaz Lokalizacji), co pozwala wykonawcy ustalić miejsce realizacji Prac Wdrożeniowych i świadczenia Usług, jak również wskazał dokładną kategorię łącza (T0-T6) w Załączniku nr 8 do SIWZ - Wykaz Lokalizacji, wreszcie w OPZ w Tabeli nr 1 Zamawiający określił wymagania odnośnie poszczególnych kategorii łącza (prędkość łącza podstawowego, prędkość łącza zapasowego, typ łącza zapasowego, a także realizacji transmisji). Przekazanie szczegółowych informacji, o których udostępnienie wnosi Odwołujący, i udzielenie gwarancji dostępu do obiektów i pomieszczeń jest - w ocenie Zamawiającego - zbyteczne dla właściwego przygotowania oferty. W praktyce uwzględnienie żądań Odwołującego może doprowadzić jedynie do niepotrzebnego przedłużenia przedmiotowego postępowania.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający wskazał w tym miejscu, iż wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego, uszczegółowił Wykaz Lokalizacji stanowiący Załącznik nr 8 do SIWZ, o dodatkowy opis obiektów w Lokalizacjach, w ramach zmiany SIWZ dokonanej w dniu 17 stycznia 2019 r.

Zupełnie pozbawiony racji, zdaniem Zamawiającego, w kontekście jego uzasadnionych potrzeb, jest zarzut nr 6 podniesiony przez Odwołującego, dotyczący sposobu określenia przez Zamawiający terminu początkowego na rozpoczęcia Prac Wdrożeniowych w § 10 ust. 1 Umowy. Zamawiający wyjaśnił, iż nieprzekraczalną datą w jakiej Zamawiający zmuszony jest zapewnić świadczenie usług operatora WAN jest 1 grudnia 2019 r., po tej zaś dacie brak usług praktycznie uniemożliwi Zamawiającemu dalsze prowadzenie działalności. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający nie może zaakceptować proponowanego przez Odwołującego brzmienia § 10 ust. 1 Umowy, zgodnie z którym przeprowadzenie Prac Wdrożeniowych miałoby nastąpić w terminie 9 miesięcy od dnia podpisania Umowy. Zamawiający, odwołuje się w tym miejscu również do wcześniejszej argumentacji odpowiedzi na odwołanie dotyczącej średniej dziennej liczby Lokalizacji (ok. 25 dziennie), w zakresie których wykonawcy, w tym Odwołujący, byli w stanie przeprowadzić prace wdrożeniowe, a także posiadania przez Odwołującego wiedzy o Lokalizacjach.

Z tych samych, co przytoczone wcześniej względów, Zamawiający wskazał na bezzasadność podniesionego w odwołaniu Orange zarzut nr 7, dotyczącego warunków rezygnacji przez Zamawiającego z Usług w danej Lokalizacji na podstawie § 8 ust. 1 i 9 Umowy. Zamawiający wskazał, iż w ramach przedmiotowych postanowień określił dokładnie procent Lokalizacji danej kategorii, w jakich może zrezygnować ze świadczenia Usług, a także wystarczający okres pozwalający zakończyć świadczenie Usług w danej Lokalizacji. Biorąc pod uwagę długoterminowość zamówienia objętego postępowaniem, a także zachodzące w międzyczasie zmiany w zakresie działalności Zamawiającego, zastrzeżeniem w § 8 ust. 1 i 9 Umowy przedmiotowego uprawnienia jest niezbędne z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego. Zamawiający wskazał, iż analogiczną klauzulę przewidział w ramach poprzedniej umowy na świadczenie usług WAN. W ramach przygotowania przedmiotowego postępowania postanowienia Projektu Umowy sformułowane zostały zaś analogicznie jak poprzednio.

Zdaniem Zamawiającego zarzut nr 8 podniesiony przez Odwołującego, zgodnie z którym kary umowne zastrzeżone przez Zamawiającego w § 12 Umowy są rażąco wygórowane, jest nieuzasadniony. Zamawiający wskazał, że w Umowie szczegółowo określił okoliczności, których zaistnienie będzie się wiązało z obowiązkiem zapłaty kar umownych. Zastrzeżone kary umowne nie stanowią przeszkody w uzyskaniu zamówienia. To nie wykonawcy, ale Zamawiający ponosi ryzyko i ciężar nieterminowej albo nienależytej realizacji zamówienia, w związku z tym to Zamawiający ma prawo zadecydować o środkach jego zabezpieczenia. Okoliczność, iż w subiektywnej ocenie Odwołującego przewidziane wartości kar umownych są wygórowane nie uprawnia Odwołującego do kwestionowania

postanowień SIWZ w tym zakresie i narzucania Zamawiającemu preferowanych i akceptowalnych przez Odwołującego wartości i nie jest wystarczające do ingerencji w treść przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający podtrzymał w tym zakresie także argumentację powołaną na wstępie pisma w punkcie 1.1. Zamawiający odwołał się w tym miejscu również do wyroku KIO z dnia 9 listopada 2018 r. (KIO 2199/18, KIO 2206/18), Wreszcie, o bezprzedmiotowości podniesionego przez Odwołującego zarzutu, zdaniem Zamawiającego, świadczy również okoliczność, iż Zamawiający po części uwzględnił wnioski Odwołującego dokonując zmiany § 12 Umowy w ramach zmiany SIWZ w dniu 17 stycznia 2019 r. Wskutek powyższych zmian, Zamawiający w szczególności obniżył łączny limit kar umownych ze 100% Wynagrodzenia do 60%, obniżył wysokość niektórych kar umownych 0 50%, wręczcie niektóre kary zostały całkowicie usunięte z przedmiotowego kontraktu.

Następnie Zamawiający podał, iż nieuzasadniony jest zarzut nr 9 Odwołującego, wedle którego Zamawiający wyznaczył zbyt krótki termin składania ofert oraz nie przewidział możliwości przeprowadzenia w toku Postępowania wizji lokalnej. Przede wszystkim, przewidziany przez Zamawiającego termin składania ofert jest dłuższy niż wymagany Ustawą Pzp bowiem wynosił pierwotnie aż 38 dni, aktualnie zaś, po zmianie SIWZ dokonanej w dniu 17 stycznia 2019 r., ww. termin został wydłużony o dodatkowe 14 dni. Zamawiający podniósł, iż termin wynoszący 52 dni jest dla wykonawców w pełni wystarczający, aby przygotować i złożyć oferty. Twierdzenie Odwołującego, iż Zamawiający naruszył w tym zakresie ustawę Pzp są więc pozbawione podstaw. Zamawiający podał, iż poza tym, iż termin składania ofert jest zgodny z ustawą Pzp, jest on analogiczny jak w prowadzonych przez Zamawiającego wcześniej postępowaniach o udzielenie zamówienia na świadczenie usług WAN przy tożsamych Lokalizacjach świadczenia Usług. W poprzednich zaś postępowaniach wykonawcy byli w stanie w należyty sposób przygotować i złożyć oferty.

Odnośnie podniesionego przez Odwołującego zarzutu dotyczącego konieczności przeprowadzenia wizji lokalnej, Zamawiający wskazał, iż jest on bezpodstawny z tego względu, iż wizja lokalna, o której stanowi art. 9a ust. 2 ustawy Pzp nie jest koniecznym warunkiem złożenia ofert w postępowaniu biorąc pod uwagę wystarczająco szczegółowy opis poszczególnych Lokalizacji dokonany przez Zamawiającego w Załączniku nr 8 do SIWZ - Wykaz Lokalizacji. Odwołujący przyjmuje więc niesłuszne założenie, iż oferty mogą zostać złożone jedynie po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej. Zamawiający wskazał, iż doświadczenia Zamawiającego wynikające z prowadzonych poprzednio postępowań o udzielenie zamówienia w zakresie świadczenia usług WAN, dowodzą, iż przeprowadzenie wizji lokalnej nie było konieczne do należytego przygotowania przez wykonawców ofert. Zamawiający wskazał jednocześnie, że poza brakiem konieczności przeprowadzenia wizji lokalnej przy przekazanych przez Zamawiającego informacjach (a w konsekwencji jej zbytecznością), Zamawiający nie może sobie pozwolić na zapewnienie podmiotom zainteresowanym udziałem w postępowaniu nieograniczonego wstępu do Lokalizacji, bowiem powyższe stanowiłoby istotne utrudnienie prowadzonej przez niego działalności.

Zarzut nr 11 odwołania Zamawiający uznał za niesłuszny. Podał, iż dopuszczalny zakres korzystania z łączy radioline oraz łączy tymczasowych został określony przez Zamawiającego w SIWZ w taki sposób, aby spełnić uzasadnione potrzeby Zamawiającego na etapie realizacji przedmiotowego zamówienia. Dodatkowo, Zamawiający wskazał, iż SIWZ została doprecyzowana przez Zamawiającego w dniu 17 stycznia 2019 r. Wyjaśnił, iż dopuszcza budowę łączy zapasowych kategorii T2—T7 jako radiolinie, zaś dla łączy podstawowych wymaga łączy kablowych. Zastosowanie innych rozwiązań dla łączy podstawowych może być stosowane tylko wyjątkowo, po uzyskaniu akceptacji Zamawiającego. Dla kategorii T4-T6 Zamawiający dopuszcza możliwość uruchomienia łączy tymczasowych o niższych kategoriach na okres nieprzekraczający 3 miesięcy, jak również zastosowanie radiolinii dla łączy podstawowych i zapasowych w tym okresie. Dopuszczenie możliwości łączy tymczasowych dotyczy głównie sytuacji uruchamiana nowych łączy w trakcie obowiązywania umowy. Sformułowanie postanowień SIWZ w sposób, w jaki oczekuje tego Odwołujący, nie tylko uniemożliwiłoby realizację przez Zamawiającego celów biznesowych zamówienia, a służyłoby wyłącznie zapewnieniu wykonawcy komfortu przy realizacji zamówienia.

Dalej Zamawiający podniósł, iż w związku z dokonaną w dniu 17 stycznia 2019 r. zmianą SIWZ, w szczególności uzupełnieniem OPZ o załącznik „Opis wymagań dla Systemu Monitoringu i Raportowania", zarzuty Odwołującego dotyczące braku wystarczającego określenia funkcjonalności monitorowania on-line stały się bezprzedmiotowe.

Zdaniem Zamawiającego, nieuzasadniony jest także zarzut nr 12 podniesiony przez Odwołującego. Postanowienia § 3 ust. 13 Umowy stanowią standardowe klauzule umowne powszechnie stosowane w obrocie gospodarczym, stąd też zupełnie niezrozumiałe jest ich kwestionowanie przez Odwołującego. Całkowicie nieuprawnione są w szczególności twierdzenia Odwołującego jakoby Zamawiający nie mógł określić dalej idących wymogów w zakresie korzystania z podwykonawców. Badanie przez Zamawiającego na etapie przetargu zamiaru podlecenia przez wykonawcę części zamówienia podwykonawcom jest bowiem niezależne od instytucji akceptacji Zamawiającego dla osoby konkretnego podwykonawcy udzielane na etapie realizacji umowy. Oczywistym jest przy tym, że w celu zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia oraz ochrony swoich uzasadnionych interesów (w szczególności ochrony informacji),

Zamawiający musi być uprawniony do weryfikowania podmiotów, jakimi wykonawca zamierza posłużyć się przy realizacji umowy. Nie przekracza zatem granic zasady swobody umów skonstruowanie uprawnienia Zamawiającego do tego, aby w określonych przypadkach nie wyrazić zgody na realizację części zamówienia przez podwykonawcę, który np. nie daje rękojmi należytego wykonania swoich zobowiązań lub można mu zarzucić niewłaściwe postępowanie w zakresie ochrony informacji przekazanych przez kontrahentów.

Nieuzasadnione, w ocenie Zamawiającego, są zarzuty nr 13 i 14 podniesione w odwołaniu dotyczące rzekomego obciążania wykonawcy bonifikatami od dnia uruchomienia Usług, jeszcze przed odebraniem ich przez Zamawiającego, a także rzekomej nadmierności bonifikaty. Zamawiający wskazał, że wykonawcy nie są obciążani bonifikatami z tytułu świadczenia Usług w toku Prac Wdrożeniowych, bowiem wskazana w Rozdziale 6 pkt 3 OPZ bonifikata dotyczy wyłącznie Opłaty Instalacyjnej nie zaś Wynagrodzenia za Usługi. Przewidziane SIWZ bonifikaty nie są przeszkodą w uzyskaniu zamówienia. To nie wykonawcy, ale Zamawiający ponosi ryzyko i ciężar nieterminowej albo nienależytej realizacji zamówienia, w związku z tym to Zamawiający ma prawo zadecydować o środkach jego zabezpieczenia. Okoliczność, iż w subiektywnej ocenie Odwołującego bonifikaty są wygórowane nie uprawnia Odwołującego do kwestionowania postanowień SIWZ w tym zakresie i narzucania Zamawiającemu preferowanych i akceptowalnych przez Odwołującego wartości i nie jest wystarczające do ingerencji w treść przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający podtrzymał w tym zakresie także argumentację powołaną na wstępie pisma w punkcie 1.1.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w dniu 11 stycznia 2019 r. zgłosił przystąpienie wykonawca NETIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, a w dniu 14 stycznia 2019 r. wykonawca T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie. Na posiedzeniu w dniu 21 stycznia 2019 r. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przez ww. wykonawców przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego i dopuściła ich do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestników postępowania.

Następnie Izba dokonała oceny czy Odwołujący był legitymowany, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku odwołań dotyczących postanowień ogłoszenia i treści SIWZ, które mają miejsce jeszcze przed upływem terminu składania ofert, przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą w tym wypadku może być brak możliwości złożenia oferty (por. m.in. wyrok KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt KIO 2036/10). Mając na względzie, iż Odwołujący deklaruje zainteresowanie przedmiotowym postępowaniem, Izba uznała, iż sposób ukształtowania postanowień SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy, może przekładać się na jego sytuację w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oferty, a tym samym Odwołującemu nie sposób odmówić uprawnienia do wniesienia środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie. W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp zostały przez Odwołującego wypełnione.

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników postępowania Odwołujący oświadczył, iż cofa zarzuty nr 4 i 14 odwołania, wobec czego nie były one przedmiotem rozstrzygnięcia Izby. Odwołujący jest dysponentem postępowania odwoławczego, zatem od jego woli zależy czy popiera zgłoszony przez siebie w całości środek odwoławczy, czy też z części zarzutów rezygnuje. Cofnięcie zarzutów powoduje, iż należy je traktować jako niepodniesione w treści odwołania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz dokonanych modyfikacji treści SIWZ, jak również z dokumentów złożonych na rozprawie przez Odwołującego w postaci zleceń wywiadu technicznego oraz zestawienia zawierającego porównanie kar określonych przez Zamawiającego i szacowanej wartości usługi planowanej do świadczenia, a także przez Zamawiającego w postaci wykresu liczby łączy uruchamianych dziennie w ramach wdrożenia (dla obecnej umowy z konsorcjum Netia i T-Mobile oraz dla umowy z Orange) oraz wydruku wyroku Sądu Najwyższego z 21 listopada 2007 r., sygn. akt I CSK 270/07. Izba uwzględniła również stanowiska Stron i Uczestników postępowania przedstawione w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 21 i 24 stycznia 2019 roku.

Izba pominęła przy orzekaniu złożony przez Zamawiającego dowód w postaci wydruku korespondencji elektronicznej, objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, z uwagi na uchybienie zasadzie jawności postępowania oraz fakt, iż dowód ten został powołany na okoliczność nie mającą w ocenie Izby wpływu na rozstrzygnięcie, a zatem zmierzał do przedłużenia postępowania. Zgodnie z twierdzeniami Zamawiającego dowód ten miał wykazać, że Odwołujący zna infrastrukturę Zamawiającego i dotyczył liczby łącz udostępnianych przez Odwołującego wykonawcom obecnie świadczącym usługi, tymczasem indywidualna sytuacja Odwołującego nie miała wpływu na ocenę stawianych zarzutów, jako że niezgodność postanowień SWZ z ustawą Pzp powinna mieć charakter obiektywny, niezależny od wiedzy posiadanej przez konkretnego wykonawcę, która co najwyżej może być przywilejem dla tego wykonawcy wynikającym z posiadanego przez niego doświadczenia, a nie warunkiem od którego uzależniana ma być kwestia zgodności postanowień SIWZ z ustawą Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż przedstawiony przez Strony stan faktyczny sprawy jest zgodny z dokumentacją postępowania. W szczególności Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 grudnia 2018 r. pod numerem 2018/S 248-574789, zaś treść SIWZ zamieścił na stronie internetowej w dniu 27 grudnia 2018 r. Ogłoszenie przekazano do publikacji w dniu 21 grudnia 2018 r.

Zgodnie z punktem III.1 SIWZ przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług sieci rozległej WAN Poczty Polskie S.A., tj. świadczenie kompleksowych usług operatora sieci w postaci dostarczenia, skonfigurowania, wdrożenia i utrzymania infrastruktury (łącza, sprzęt, oprogramowanie), niezbędnej do świadczenia usług sieci WAN w lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego zgodnie z wymaganiami opisanymi w OPZ stanowiącym Załącznik nr 1 do Umowy.

W punkcie III.2 SIWZ Zamawiający zastrzegł sobie możliwość skorzystania z prawa opcji dla Lokalizacji, w których wdrożono łącza T0-T4. W przypadku skorzystania z prawa opcji dla Lokalizacji, Wykonawca zainstaluje niezbędną infrastrukturę sieciową oraz będzie świadczył Usługi w sposób umożliwiający osiągnięcie większej przepustowości łączy zgodnie z postanowieniami Załącznika nr 1 do Umowy, Rozdziału 1 OPZ. Lista Lokalizacji, w których Zamawiający może skorzystać z prawa opcji została określona w Wykazie Lokalizacji stanowiącym Załącznik nr 8 do SIWZ, poprzez wskazanie odpowiedniej kategorii. Nieskorzystanie przez Zamawiającego z Opcji nie stanowi dla Wykonawcy podstawy do kierowania wobec Zamawiającego jakichkolwiek roszczeń z tego tytułu. Zamawiający zastrzegł sobie przy tym możliwość wykonania Opcji w mniejszym zakresie niż wynikający m.in. z liczby Lokalizacji określonych w Wykazie Lokalizacji oraz szacunkowych okresów realizacji Usług objętych Opcją (pkt III.3 SIWZ). Zgodnie z punktem III.4 SIW Zamawiający może skorzystać z prawa zamówienia Opcji w całym okresie realizacji Umowy. Termin realizacji przez Wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji nie będzie dłuższy niż 30 dni od momentu złożenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 5. Na uzasadniony wniosek Wykonawcy, w szczególności w przypadku utrudnionych warunków technicznych dla danej Lokalizacji, Zamawiający w zakresie określonych Lokalizacji może wyrazić zgodę na wydłużenie terminu realizacji przez Wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji do maksymalnie 90 dni. Dla skutecznego skorzystania z Opcji wymagane jest oświadczenie Zamawiającego, złożone na piśmie i doręczone Wykonawcy, w którym Zamawiający określi m.in. które Lokalizacje są objęte Opcją i w jakim zakresie (pkt III.5 SIWZ).

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto w OPZ, stanowiącym Załącznik nr 7 do SIWZ, z kolei szczegółowe zasady realizacji przedmiotu zamówienia zostały określone we wzorze umowy – Załącznik nr 6 do SIWZ.

Zgodnie z punktem IV SIWZ Umowa zostanie zawarta na okres 48 miesięcy od dnia jej podpisania albo do momentu wyczerpania kwoty określonej w § 10 ust. 1 wzoru umowy, w zależności które z powyższych dwóch zdarzeń nastąpi wcześniej. Prace Wdrożeniowe będą realizowane przez wykonawcę od dnia zawarcia umowy do dnia 30 listopada 2019 r., a od 1 grudnia 2019 r. Wykonawca będzie świadczył Usługi.

Termin składania ofert określono na 28 stycznia 2019 r. do godz. 14.00 (pkt XI.1 SIWZ).

W punkcie XII.2 SIWZ Zamawiający wyszczególnił, jakie ceny jednostkowe wykonawcy mają podać w Formularzu Cenowym (załącznik nr 2 do SIWZ). W tabeli „Zbiorcze zestawienie Wynagrodzenia (zł brutto) zaoferowanego przez Wykonawcę" należało podać:

a)ceny jednostkowe brutto za „Opłatę Instalacyjną" – kolumna 2 za łącza o przepustowości bazowej określonej w OPZ w Tabeli nr 1;

b)ceny jednostkowe brutto za „Miesięczny Abonament" – kolumna 3 za łącza o przepustowości bazowej określonej w OPZ w Tabeli nr 2;

c)ceny jednostkowe brutto za „Opłatę Instalacyjną – Opcja x2" – kolumna 4 za łącza o przepustowości zwiększonej dwukrotnie w odniesieniu do przepustowości bazowej;

d)ceny jednostkowe brutto za „Miesięczny Abonament – Opcja x2” – kolumna 5 za łącza o przepustowości zwiększonej dwukrotnie w odniesieniu do przepustowości bazowej;
e)ceny jednostkowe brutto za „Opłatę Instalacyjną – Opcja x4” – kolumna 6 za łącza o przepustowości zwiększonej czterokrotnie w odniesieniu do przepustowości bazowej;
f)ceny jednostkowe brutto za „Miesięczny Abonament – Opcja x4” – kolumna 7 za łącza o przepustowości zwiększonej czterokrotnie w odniesieniu do przepustowości bazowej;
g)ceny jednostkowe brutto za „Opłatę Instalacyjną – Opcja x6” – kolumna 8 za łącza o przepustowości zwiększonej sześciokrotnie w odniesieniu do przepustowości bazowej;
h)ceny jednostkowe brutto za „Miesięczny Abonament – Opcja x6” – kolumna 9 za łącza o przepustowości zwiększonej sześciokrotnie w odniesieniu do przepustowości bazowej;
i)ceny jednostkowe brutto za „Opłatę Instalacyjną – Opcja x8” – kolumna 10 za łącza o przepustowości zwiększonej ośmiokrotnie w odniesieniu do przepustowości bazowej;
j)ceny jednostkowe brutto za „Miesięczny Abonament – Opcja x8” – kolumna 11 za łącza o przepustowości zwiększonej ośmiokrotnie w odniesieniu do przepustowości bazowej;

Zamawiający wskazał, iż w każdym przypadku Opłata Instalacyjna nie może być większa niż dwukrotność Miesięcznego Abonamentu dla danej kategorii czy Opcji.

W tabeli „Nowe lokalizacje/zmiana kategorii łącza w Lokalizacji – opłata instalacyjna za przepustowość bazową” wykonawcy mieli podać ceny jednostkowe brutto za „Opłatę Instalacyjną” – kolumna 2 za łącza o przepustowości bazowej określonej w OPZ w Tabeli nr 3.

W punkcie XII.3 SIWZ Zamawiający ponownie wskazał, iż w każdym przypadku Opłata Instalacyjna nie może być większa niż dwukrotność Miesięcznego Abonamentu dla danej kategorii czy Opcji.

W załączniku nr 6 do SIWZ – wzór umowy zawarto m.in. następujące postanowienia:

§ 2 ust. 3 - Umowa zostaje zawarta na okres 48 miesięcy od dnia jej podpisania albo do momentu wyczerpania kwoty określonej w § 10 ust. 1 Umowy w zależności, które z powyższych dwóch zdarzeń wystąpi wcześniej. Prace Wdrożeniowe będą realizowane przez Wykonawcę od dnia zawarcia Umowy do dnia 30 listopada 2019,
a od 1 grudnia 2019 Wykonawca będzie świadczył Usługi.

§ 3 ust. 2 - Prace Wdrożeniowe nie zakończą się wcześniej niż w przewidzianym dla nich terminie o którym mowa w § 2 ust. 3 zdanie drugie Umowy, pomimo ewentualnego wcześniejszego wykonania uruchomienia Usług przez Wykonawcę we wszystkich Lokalizacjach z Wykazu Lokalizacji.

§ 3 ust. 3 - W terminie do 60 dni od dnia zawarcia Umowy Wykonawca dostarczy Zamawiającemu projekt harmonogramu realizacji Prac Wdrożeniowych dalej zwany jako Harmonogram zawierający daty oraz opisy i procedury przełączania Usług dla poszczególnych Lokalizacji […].

§ 3 ust. 7 - Niezależnie od powyższego, Wykonawca będzie przygotowywał (w oparciu o wytyczne Zamawiającego) i doręczał Zamawiającemu comiesięczny harmonogram realizacji instalacji zawierający daty instalacji oraz uruchomienia łączy, w formie elektronicznej, (pliki w formacie .pdf oraz pliki edytowalne w formacie .doc lub .xls) na nośniku CD/DVD lub drogą e-mailową zwany dalej Harmonogram Miesięczny. Harmonogram Miesięczny będzie doręczany Zamawiającemu nie później niż na dwa tygodnie przed rozpoczęciem miesiąca, którego ten Harmonogram Miesięczny dotyczy.

§ 3 ust. 11 - Dla łączy kategorii T4–T6 Zamawiający dopuszcza uruchomienie łączy tymczasowych, na okres do 3 miesięcy od momentu rozpoczęcia świadczenia Usług dla Lokalizacji, w których Wykonawca nie zakończył budowy infrastruktury docelowej w terminach określonych Umową. W tym czasie dopuszcza się zastosowanie łączy w kategorii niższej, zaakceptowanej przez Zamawiającego. W przypadku gdy po upływie okresu, o którym mowa w zdaniu pierwszym, Wykonawca nadal świadczy usługi w danej Lokalizacji za pomocą łączy niższej kategorii (łączy tymczasowych), Wykonawcy nie przysługuje miesięczne Wynagrodzenie za Usługi świadczone dla tej Lokalizacji, co nie wyklucza możliwości dochodzenia od Wykonawcy przez Zamawiającego kary umownej, o której mowa w § 12 ust. 1.

§ 3 ust. 13 - Przy realizacji przedmiotu Umowy Wykonawca może korzystać ze świadczeń podmiotów trzecich jako podwykonawców, pod warunkiem uzyskania uprzedniej pisemnej, pod rygorem nieważności, zgody Zamawiającego. Wykonawca zobowiązuje się do uzyskania oświadczenia podwykonawcy i oświadczeń osób dedykowanych przez niego do współpracy z Zamawiającym - o obowiązku przestrzegania zobowiązań określonych w Umowie, w szczególności w zakresie ochrony danych osobowych i tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiającego. Wykonawca będzie ponosić odpowiedzialność za działania lub zaniechania podwykonawców oraz osób dedykowanych przez nich do współpracy z Zamawiającym, związane z wykonywaniem Umowy, jak za własne działania lub zaniechania.

§ 3 ust. 15 - Dla wszystkich Lokalizacji posiadających łącza asymetryczne, Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania Zamawiającemu - cyklicznie co 6 miesięcy od dnia podpisania Całościowego Protokołu Odbioru - raportu odnośnie dostępnych parametrów łączy w tych Lokalizacjach (w formie elektronicznej). W razie zwiększenia się dostępnych przepustowości łączy, Wykonawca zobowiązany jest, w ramach Wynagrodzenia, do zmiany przepustowości łączy w Lokalizacjach w terminie uzgodnionym z Zamawiającym nie dłuższym niż 30 dni od daty dostarczenia raportu.

§ 7 Prawo opcji

1.Zamawiający zastrzega sobie możliwość skorzystania z prawa opcji zwanego dalej Opcją dla Lokalizacji, w których wdrożono łącza kategorii T0-T4. W przypadku skorzystania z prawa opcji dla danej Lokalizacji, Wykonawca zainstaluje niezbędną infrastrukturę sieciową oraz będzie świadczył Usługi w sposób umożliwiający osiągnięcie większej przepustowości łączy zgodnie z postanowieniami Rozdziału 1 OPZ. Lista Lokalizacji, w których Zamawiający może skorzystać z prawa opcji została określona w Wykazie Lokalizacji stanowiącym Załącznik nr 2 do Umowy, poprzez wskazanie odpowiedniej kategorii.

2.Wykonawca złożył nieodwołalną ofertę (Załącznik 3 do Umowy – Oferta Wykonawcy) zainstalowania niezbędnej infrastruktury sieciowej oraz świadczenia Usługi w sposób umożliwiający osiągnięcie większej przepustowości niż wymagana dla danej kategorii łączy zgodnie z postanowieniami Rozdział 1 OPZ, po cenach określonych poniżej, a Zamawiający ma prawo przyjąć taką ofertę („Opcja”):

a)Dla kategorii T0:

–trwałe zwiększenie przepustowości bazowej łączy dla danej Lokalizacji do 2000 Mbit/s w zamian za jednorazową opłatę instalacyjną wynoszącą ……. zł brutto oraz zmianę Wynagrodzenia za Usługi świadczone w tej Lokalizacji na …… zł brutto miesięcznie.

–trwałe zwiększenie przepustowości bazowej łączy dla danej Lokalizacji do 4000 Mbit/s w zamian za jednorazową opłatę instalacyjną wynoszącą …… zł brutto oraz zmianę Wynagrodzenia za Usługi świadczone w tej Lokalizacji na …… zł brutto miesięcznie.

–trwałe zwiększenie przepustowości bazowej łączy dla danej Lokalizacji do 6000 Mbit/s w zamian za jednorazową opłatę instalacyjną wynoszącą …… zł brutto oraz zmianę Wynagrodzenia za Usługi świadczone w tej Lokalizacji na …… zł brutto miesięcznie.

–trwałe zwiększenie przepustowości bazowej łączy dla danej Lokalizacji do 8000 Mbit/s w zamian za jednorazową opłatę instalacyjną wynoszącą …… zł brutto oraz zmianę Wynagrodzenia za Usługi świadczone w tej Lokalizacji na …… zł brutto miesięcznie.

b)dla kategorii T1:

–trwałe zwiększenie przepustowości bazowej łączy dla danej Lokalizacji do 400 Mbit/s w zamian za jednorazową opłatę instalacyjną wynoszącą …… zł brutto oraz zmianę Wynagrodzenia za Usługi świadczone w tej Lokalizacji na …… zł brutto miesięcznie.

–trwałe zwiększenie przepustowości bazowej łączy dla danej Lokalizacji do 800 Mbit/s w zamian za jednorazową opłatę instalacyjną wynoszącą …… zł brutto oraz zmianę Wynagrodzenia za Usługi świadczone w tej Lokalizacji na …… zł brutto miesięcznie.

c)dla kategorii T2

–trwałe zwiększenie przepustowości bazowej łączy dla danej Lokalizacji do 200 Mbit/s w zamian za jednorazową opłatę instalacyjną wynoszącą …… zł brutto oraz zmianę Wynagrodzenia za Usługi świadczone w tej Lokalizacji na …… zł brutto miesięcznie.

–trwałe zwiększenie przepustowości bazowej łączy dla danej Lokalizacji do 400 Mbit/s w zamian za jednorazową opłatę instalacyjną wynoszącą …… zł brutto oraz zmianę Wynagrodzenia za Usługi świadczone w tej Lokalizacji na …… zł brutto miesięcznie.

d)dla kategorii T3

–trwałe zwiększenie przepustowości bazowej łączy dla danej Lokalizacji do 40 Mbit/s w zamian za jednorazową opłatę instalacyjną wynoszącą …… zł brutto oraz zmianę Wynagrodzenia za Usługi świadczone w tej Lokalizacji na …… zł brutto miesięcznie.

–trwałe zwiększenie przepustowości bazowej łączy dla danej Lokalizacji do 80 Mbit/s w zamian za jednorazową opłatę instalacyjną wynoszącą …… zł brutto oraz zmianę Wynagrodzenia za Usługi świadczone w tej Lokalizacji na …… zł brutto miesięcznie.

e)dla kategorii T4 – trwałe zwiększenie przepustowości łącza podstawowego dla danej Lokalizacji do 16 Mbit/s w zamian za jednorazową opłatę instalacyjną wynoszącą …… zł brutto oraz zmianę Wynagrodzenia za Usługi świadczone w tej Lokalizacji na …… zł brutto miesięcznie.

3.Nieskorzystanie przez Zamawiającego z Opcji nie stanowi dla Wykonawcy podstawy do kierowania wobec

Zamawiającego jakichkolwiek roszczeń z tego tytułu. Zamawiający zastrzega sobie przy tym możliwość wykonania Opcji w mniejszym zakresie, niż wynikający m.in. z liczby Lokalizacji określonych w Wykazie Lokalizacji oraz szacunkowych okresów realizacji Usług objętych Opcją, przyjętych jako założenie na potrzeby sporządzenia Formularza Ofertowego.

4. Zamawiający może skorzystać z prawa zamówienia Opcji w całym okresie realizacji Umowy. Termin realizacji przez Wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji nie będzie dłuższy niż 30 dni od momentu złożenia oświadczenia, o którym mowa
w ust. 5. Na uzasadniony wniosek Wykonawcy, w szczególności w przypadku utrudnionych warunków technicznych dla danej Lokalizacji, Zamawiający w zakresie określonych Lokalizacji może wyrazić zgodę na wydłużenie terminu realizacji przez Wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji do maksymalnie 90 dni.
5. Dla skutecznego skorzystania z Opcji wymagane jest oświadczenie Zamawiającego, złożone na piśmie i doręczone Wykonawcy, w którym Zamawiający określi m. in. które Lokalizacje są objęte Opcją i w jakim zakresie.
6. Strony zgodnie postanawiają, że realizacja przez Wykonawcę Przedmiotu Umowy w zakresie objętym Opcją będzie następować na takich samych warunkach jak realizacja części podstawowej Przedmiotu Umowy, w tym w zakresie Prac Wdrożeniowych oraz świadczenia Usług.

§ 8 Uprawnienia Zamawiającego do modyfikacji zakresu Umowy

1. Zamawiający ma prawo do rezygnacji z Usług w danej Lokalizacji, co będzie równoznaczne z wypowiedzeniem Umowy w odniesieniu do tej Lokalizacji. Okres wypowiedzenia dla danej Lokalizacji wynosi 30 dni, a wypowiedzenie jest skuteczne z dniem, na który przypada koniec Okresu Rozliczeniowego. W okresie realizacji Umowy, Zamawiający może zrezygnować z:
   a) nie więcej niż łącznie 20% Lokalizacji w skali roku dla wszystkich kategorii łączy od T0 do T7 w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji;
   b) nie więcej niż 40% Lokalizacji w skali roku dla danej kategorii łączy w stosunku do liczby Lokalizacji dla danej kategorii, podanej w Wykazie Lokalizacji.
2. Zamawiający ma prawo do zamówienia świadczenia Usług w dowolnej liczbie nowych Lokalizacji i związanych z tym instalacji łączy, w kategorii od T0 do T7, przy czym przez nową Lokalizację rozumie się Lokalizację, która nie została określona
w zaktualizowanym Wykazie Lokalizacji stanowiącym podstawę podpisania Całościowego Protokołu Odbioru. Zamawiający może skorzystać z powyższego uprawnienia w całym okresie realizacji Umowy, a termin ukończenia Prac Wdrożeniowych przez Wykonawcę dla nowej Lokalizacji nie będzie dłuższy niż określony w OPZ, liczony od momentu złożenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 7.
3. Zamawiający jest również uprawniony, do czasu rozpoczęcia Prac Wdrożeniowych dla danej Lokalizacji, do zażądania od Wykonawcy instalacji w tej Lokalizacji łącza odmiennej kategorii (wyższej albo niższej) niż określona w Wykazie Lokalizacji.
   W takim przypadku Wykonawca jest uprawniony do Opłaty Instalacyjnej oraz Wynagrodzenia za Usługę w wysokości odpowiadającej kategorii łącza, zgodnie Załącznikiem nr 3 do Umowy – Oferta Wykonawcy.
4. Zamawiający ma prawo przez cały okres świadczenia Usług do zażądania od Wykonawcy zmiany kategorii łączy T0-T7 - w istniejących Lokalizacjach, w których świadczone są Usługi - na wyższą lub niższą.
5. Wykonawca złożył nieodwołalną ofertę (Załącznik 3 do Umowy – Oferta Wykonawcy) - dla nowej Lokalizacji i dla zmiany kategorii łączy w istniejących Lokalizacjach - zainstalowania niezbędnej infrastruktury sieciowej oraz świadczenia Usługi, po cenach określonych poniżej, a Zamawiający ma prawo przyjąć taką ofertę:
   a) dla kategorii T0 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą …… zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości …… zł brutto miesięcznie.
   b) dla kategorii T1 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą …… zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości …… zł brutto miesięcznie.
   c) dla kategorii T2 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą …… zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości …… zł brutto miesięcznie.
   d) dla kategorii T3 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą …… zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości …… zł brutto miesięcznie.
   e) dla kategorii T4 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą …… zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości …… zł brutto miesięcznie.
   f) dla kategorii T5 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą …… zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości …… zł brutto miesięcznie.
   g) dla kategorii T6 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą …… zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości …… zł brutto miesięcznie.

h)dla kategorii T7 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą …… zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości …… zł brutto miesięcznie.

6.W przypadku, gdy realizacja przez Zamawiającego uprawnienia, o którym mowa w ust. 3 i 4, nie powoduje po stronie Wykonawcy konieczności zainstalowania w danej Lokalizacji nowych łączy lub łączy wykonanych w innej technologii niż stosowana w danej Lokalizacji, Wykonawca nie będzie uprawniony do otrzymania Opłaty Instalacyjnej, o której mowa w ust. 5 lit a-h.

7.Dla skutecznego skorzystania z uprawnień, o których mowa w ust. 1, 2, 3 i 4 wymagane jest oświadczenie Zamawiającego złożone na piśmie przez osoby wskazane w par. 16 ust. 2 lit. a) i doręczone Wykonawcy, w którym Zamawiający wskaże m. in. w jakich Lokalizacjach i jakie zmiany mają być przeprowadzone. Każde oświadczenie złożone przez Zamawiającego, o którym mowa w zdaniu powyższym oznacza jednoczesną aktualizację Wykazu Lokalizacji.

8.Strony zgodnie postanawiają, że realizacja przez Wykonawcę Przedmiotu Umowy w związku ze skorzystaniem przez Zamawiającego z uprawnień, o których mowa w ust. 2-4, będzie następować na takich samych warunkach jak realizacja części podstawowej Przedmiotu Umowy, w tym w zakresie Prac Wdrożeniowych oraz świadczenia Usług.

9.Zamawiający ma prawo do czasowego (na okres nie dłuższy niż 6 miesięcy z rzędu), zawieszenia świadczenia przez Wykonawcę Usług w kategorii łączy T4-T7 w danej Lokalizacji. W trakcie okresu zawieszenia świadczenia Usług Wykonawca nie jest uprawniony do pobierania Wynagrodzenia za Usługi dla danej Lokalizacji. Jednocześnie nie może zostać zawieszone świadczenie Usług dla więcej niż 2% łączy kategorii T4-T7. Uprawnienie do czasowego zawieszenia świadczenia Usług może być wykonywane wielokrotnie w stosunku do jednej Lokalizacji. Do skutecznego skorzystania z uprawnienia do czasowego zawieszenia świadczenia Usług wystarczające jest złożenie przez Zamawiającego oświadczenia na piśmie i doręczenie go Wykonawcy, w którym Zamawiający wskaże m. in. w jakich Lokalizacjach i na jaki okres ma być zawieszone świadczenie Usług.

§ 9 ust. 1 - Zamawiający zobowiązuje się do dostarczenia Wykonawcy, po zawarciu Umowy, informacji i danych niezbędnych do jej realizacji, a w szczególności udostępnienia pomieszczeń w Lokalizacjach koniecznych do instalacji Urządzeń teletransmisyjnych.

§ 9 ust. 2 - Zamawiający będzie współpracował z Wykonawcą odnośnie pozyskania odpowiednich zgód na instalację łączy w Lokalizacjach, w których Zamawiający nie jest właścicielem obiektu.

§ 10 ust. 2 - Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, płatne będzie jako:

a)Opłata Instalacyjna,

b)Wynagrodzenie za Usługi,

każdorazowo w terminie 21 dni kalendarzowych od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury […]

§ 10 ust. 3 - Opłata Instalacyjna (stanowiąca w szczególności opłatę za udostępnienie sprzętu, programów i systemów umożliwiających Zamawiającemu monitorowanie parametrów świadczonych Usług, przeprowadzanie warsztatów oraz wykonanie konfiguracji niezbędnej do świadczenia usług sieci WAN) płatna będzie w dwóch transzach za instalacje wykonane w trakcie etapu Prac Wdrożeniowych z uwzględnieniem zmian wynikających z § 7 i 8:

a)pierwsza transza, za realizację instalacji łączy w minimum 50% Lokalizacji – z Wykazu Lokalizacji stanowiącego załącznik nr 2 do Umowy - płatna po zatwierdzeniu przez Zamawiającego Częściowych Protokołów Odbioru, zaś jej wysokość wyliczona będzie jako suma Opłat Instalacyjnych dla tych Lokalizacji;

b)Druga transza, po zakończeniu instalacji we wszystkich Lokalizacjach, płatna po podpisaniu Całościowego Protokołu Odbioru, wyliczona jako suma Opłat Instalacyjnych dla Lokalizacji, które nie były ujęte w pierwszej transzy.

W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z uprawnienia, o którym mowa w § 8 ust. 3 i 6, ostateczna wysokość drugiej transzy Opłaty Instalacyjnej zostanie odpowiednio skorygowana (zmniejszona albo zwiększona), w zależności od zmian kategorii łączy w Lokalizacjach, jakie wynikają ze skorzystania przez Zamawiającego z tego uprawnienia.

§ 12 Odpowiedzialność i kary umowne

1.Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za nieukończenie Prac Wdrożeniowych dla danej Lokalizacji w terminie określonym w § 2 ust. 3 lub za świadczenie Usług w danej Lokalizacji za pomocą łączy niższej kategorii (łączy tymczasowych) z przekroczeniem 3-miesięcznego okresu, o którym mowa w § 3 ust. 11 – w wysokości 0,001% Wartości Umowy, o której mowa w § 10 ust. 1, odpowiednio za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w ukończeniu Prac Wdrożeniowych dla danej Lokalizacji lub za każdy dzień

przekroczenia 3-miesięcznego okresu korzystania z łączy tymczasowych dla danej Lokalizacji.

2. W przypadku naruszenia przez Wykonawcę jego obowiązków wynikających z Umowy w zakresie zachowania poufności i ochrony aktywów informacyjnych Zamawiającego, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 100 000 zł (słownie: sto tysięcy złotych) za każdy stwierdzony przypadek naruszenia.
3. W przypadku Awarii, w wyniku której dla danej Lokalizacji przestaną być świadczone Usługi w związku z jednoczesną niedostępnością łącza podstawowego i łącza zapasowego dla kategorii T0-T3, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną
   w wysokości jednego miesięcznego Wynagrodzenia za Usługi dla tej Lokalizacji, za każdą rozpoczętą godzinę niedostępności łącza podstawowego i łącza zapasowego dla kategorii T0-T3.
4. W przypadku rozwiązania Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10% Wartości Umowy, o której mowa w § 10 ust. 1.
5. W przypadku, gdy Wykonawca nie przedstawi Zamawiającemu dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 3, 6, 7 i 15 lub w § 4 ust. 5 Umowy w wymaganych terminach, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,01% Wartości Umowy, o której mowa w § 10 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia.
6. W przypadku, gdy Wykonawca, w celu wykonania Umowy, korzysta z usług podwykonawców bez zgody Zamawiającego, o której mowa w § 3 ust. 13, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20 000 zł za każdy stwierdzony przypadek naruszenia.
7. W przypadku, gdy dla danej Lokalizacji wysokość bonifikat udzielanych zgodnie
   z postanowieniami Rozdziału 6 OPZ w dwóch następujących po sobie miesiącach przekroczy 50% miesięcznego Wynagrodzenia za Usługi dla tej Lokalizacji, Zamawiający ma prawo naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 0,002% Wartości Umowy, o której mowa w § 10 ust. 1.
8. W przypadku, gdy w dwóch następujących po sobie miesiącach dwukrotnie nastąpi Awaria tego samego łącza w danej Lokalizacji Zamawiający ma prawo naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 0,001% Wartości Umowy, o której mowa
   w § 10 ust. 1.
9. W przypadku Awarii Krytycznej Systemu Sterowania Połączeniami określonej w Rozdziale 1 pkt. 1.1 ppkt. 8.19 OPZ Zamawiający ma prawo naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 0,03% Wartości Umowy, o której mowa w § 10 ust. 1, za każdą rozpoczętą godzinę przekroczenia SLA.
10. W przypadku Awarii Ważnej Systemu Sterowania Połączeniami określonej w Rozdziale1 pkt 1.1 ppkt. 8.20 OPZ Zamawiający ma prawo naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 0,003% Wartości Umowy, o której mowa w § 10 ust. 1, za każdą rozpoczętą godzinę przekroczenia SLA.
11. W przypadku Awarii Krytycznej Systemu Monitorowania określonej w Rozdziale 1 pkt. 1.4 ppkt. 10 OPZ Zamawiający ma prawo naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 0,03% Wartości Umowy, o której mowa w § 10 ust. 1, za każdą rozpoczętą godzinę przekroczenia SLA.
12. W przypadku Awarii Ważnej Systemu Monitorowania określonej w Rozdziale 1 pkt. 1.4 ppkt. 11 OPZ Zamawiający ma prawo naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 0,003% Wartości Umowy, o której mowa w § 10 ust. 1, za każdą rozpoczętą godzinę przekroczenia SLA.
13. W przypadku, gdy Wykonawca nie dostarczy wymaganego w ustalonym terminie raportu offline lub raportu rozliczeniowego, bądź jakość raportu nie będzie odpowiadała założonym wymaganiom, Zamawiający ma prawo naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 0,001% Wartości Umowy, o której mowa w § 10 ust. 1, za każdy rozpoczęty dzień nieotrzymania raportu bądź niespełnienia ustalonych wymagań określonych w OPZ.
14. W przypadku naruszenia przez Wykonawcę terminów realizacji obowiązków wynikających z Umowy, Zamawiający ma prawo naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 1 000 zł (słownie: tysiąc złotych) za każdy stwierdzony przypadek naruszenia, w szczególności za brak lub opóźnienie w realizacji: aktualizacji opisu technicznego, aktualizacji danych w Systemach, przekazania informacji o warunkach technicznych, zmian konfiguracji urządzeń CE, przeniesienia łącza, zmiany kategorii łączy, uruchomienia nowego łącza, dostarczenia raportu, o którym mowa w § 3 ust 15, zwiększenia przepustowości łączy, o których mowa w § 3 ust 15 dla każdej Lokalizacji.
15. W przypadku braku realizacji obowiązków wynikających z Umowy przez Wykonawcę – pomimo dwukrotnego wezwania złożonego na piśmie i doręczonego Wykonawcy przez Zmawiającego do ich realizacji – Zamawiający ma prawo naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 0,1% Wartości Umowy, o której mowa w § 10 ust. 1.
16. W każdym z przypadków, o których mowa w niniejszym paragrafie, Zamawiający jest uprawniony do żądania od Wykonawcy odszkodowania przenoszącego wysokość kary umownej.
17. Łączna wysokość kar umownych naliczonych zgodnie z Umową nie może przekroczyć kwoty równej maksymalnej wysokości Wynagrodzenia brutto określonej w § 10 ust. 1 Umowy.
18. Celem uniknięcia wątpliwości, wykonanie przez Zamawiającego prawa do żądania kar umownych jest niezależne od

prawa do naliczenia bonifikat pomniejszających wysokość Wynagrodzenia za Usługi

W załączniku nr 7 do SIWZ (Załącznik nr 1 do Umowy) przedstawiono opis przedmiotu zamówienia. W Rozdziale 1 pkt 1.1. określono wymagania ogólne świadczenia usług, wskazując m.in. na:

- możliwość zastosowania prawa opcji, o którym mowa w Umowie polegającego na dwukrotnym, czterokrotnym, sześciokrotnym lub ośmiokrotnym zwiększeniu pasma w stosunku do parametru początkowego łączy dla kategorii T0, która będzie wynikała z uzasadnionej potrzeby zmian parametrów łączy WAN_PP takich jak np. zmiany organizacyjne w strukturze Zamawiającego, zapotrzebowanie na większy przesył danych. Prawo opcji będzie miało zastosowanie do zmiany przepustowości bez zmiany kategorii dla tej Lokalizacji (pkt 1.4),
- możliwość zastosowania prawa opcji, o którym mowa w Umowie polegającego na dwukrotnym lub czterokrotnym zwiększeniu pasma w stosunku do parametru początkowego łączy dla kategorii T1–T3, która będzie wynikała z uzasadnionej potrzeby zmian parametrów łączy sieci WAN_PP takich jak np. zmiany organizacyjne w strukturze Zamawiającego, zapotrzebowanie na większy przesył danych. Prawo opcji będzie miało zastosowanie do zmiany przepustowości bez zmiany kategorii dla tej Lokalizacji (pkt 1.5),
- możliwość zastosowania prawa opcji, o którym mowa w Umowie polegającego na dwukrotnym zwiększeniu pasma w stosunku do parametru początkowego łącza podstawowego dla kategorii T4, która będzie wynikała z uzasadnionej potrzeby zmian parametrów łączy sieci WAN_PP takich jak np. zmiany organizacyjne w strukturze Zamawiającego, zapotrzebowanie na większy przesył danych. Prawo opcji będzie miało zastosowanie do zmiany przepustowości bez zmiany kategorii dla tej Lokalizacji (pkt 1.6),
- możliwość stosowania modyfikacji przedmiotu zamówienia dla łączy kategorii T0–T7 (zmiana kategorii dla łączy w lokalizacji), które będzie wynikało z uzasadnionej potrzeby zmian parametrów łączy sieci WAN_PP takich jak np. zmiany organizacyjne w strukturze Zamawiającego, zapotrzebowanie na większy przesył danych lub przeniesienie lokalizacji (pkt 1.7),
- w przypadku, kiedy Wykonawca nie może dostarczyć łącza podstawowego kablowego dla kategorii T1-T7, wówczas po uprzednim uzgodnieniu, Zamawiający może dopuścić realizację Usług z wykorzystaniem łączy radiowych. Wykonawca zobowiązany jest do używania łączy typu radiolinia punkt-punkt pracujących w częstotliwościach koncesjonowanych (pkt 10).

W punkcie 1.4 „Warunki monitoringu urządzeń i usług" ppkt 8 wskazano, iż dodatkowe funkcjonalności niewymienione w pkt powyższych, które okażą się niezbędne do prawidłowego i kompletnego monitorowania sieci zostaną uzgodnione i wykonane w porozumieniu z Wykonawcą.

W Rozdziale 3 „Warunki realizacji usług" w punkcie 3.1. „Wymagania ogólne na realizację usług" ppkt 4 wskazano, iż dla łączy kategorii T4-T6 Zamawiający dopuszcza uruchomienie łączy tymczasowych na czas do 3 miesięcy, dla Lokalizacji, w których Wykonawca rozpoczął budowę infrastruktury docelowej. W tym czasie dopuszcza się zastosowanie łączy w kategorii niższej, zaakceptowanej przez Zamawiającego.

W Rozdziale 3 „Warunki realizacji usług" w punkcie 3.3. „Wymagania dotyczące prowadzenia projektu WAN_PP" ppkt 3 wskazano, iż wykonawca musi przygotować i uzgodnić Zz Zamawiającym z dwutygodniowym wyprzedzeniem comiesięczny harmonogram realizacji instalacji i uruchomienia łączy. Zamawiający oczekuje, iż w okresie wdrożenia Lokalizacje instalowane w poszczególne dni będą rozłożone równomiernie na obszarze Polski oraz w poszczególnych miesiącach będzie uruchamiane po około 500 Lokalizacji.

W Rozdziale 6 OPZ „Warunki niezawodności świadczenia usług oraz sposób obliczania opłat w przypadku zaistnienia przerw" Zamawiający określił system bonifikat udzielanych przez wykonawcę w przypadku niedotrzymania w danym okresie jakościowych warunków świadczenia usług (SLA i QoS). M. in. W punkcie 3 wskazał, iż w okresie od uruchomienia łącza, wraz z przełączeniem komunikacji, w Lokalizacji do czasu uruchomienia za nie opłat abonamentowych wartość bonifikaty jest wyrażoną w procentach częścią Wynagrodzenia z Opłatę Instalacyjną netto dla tej Lokalizacji, pomniejszającą to wynagrodzenie i naliczoną proporcjonalnie do okresu oceny.

W dniu 17 stycznia 2019 r. Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ, wprowadzając m.in. następujące zmiany:

- postanowienie Rozdziału III pkt 4 SIWZ oraz § 7 ust. 4 Umowy otrzymało brzmienie: „Zamawiający może skorzystać z prawa zamówienia Opcji w całym okresie realizacji Umowy, z tym zastrzeżeniem, iż oświadczenie, o którym mowa w ust. 5 może zostać złożone nie później niż na cztery (4) miesiące przed zakończeniem obowiązywania Umowy. Termin realizacji przez Wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji nie będzie dłuższy niż sześćdziesiąt (60) dni od dnia złożenia oświadczenia, o którym mowa
  w ust. 5. Na uzasadniony wniosek Wykonawcy, w szczególności w przypadku utrudnionych warunków technicznych dla danej Lokalizacji, Zamawiający w zakresie określonych Lokalizacji może wyrazić zgodę na wydłużenie terminu realizacji przez Wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji do maksymalnie 90 dni."

–termin składania ofert został wydłużony do dnia 11 lutego 2019 r. do godz. 14.00;

–postanowienie § 8 ust. 2 Umowy otrzymało brzmienie: „Zamawiający ma prawo do zamówienia świadczenia Usług w dowolnej liczbie nowych Lokalizacji i związanych z tym instalacji łączy, w kategorii od T0 do T7, przy czym przez nową Lokalizację rozumie się Lokalizację, która nie została określona w zaktualizowanym Wykazie Lokalizacji stanowiącym podstawę podpisania Całościowego Protokołu Odbioru. Zamawiający może skorzystać z powyższego uprawnienia w całym okresie realizacji Umowy, a termin ukończenia Prac Wdrożeniowych przez Wykonawcę dla nowej Lokalizacji nie będzie dłuższy niż określony w OPZ, liczony od momentu złożenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 7. W każdym z kolejnych dwunastu (12) miesięcy obowiązywania Umowy Zamawiający jest uprawniony do skorzystania z uprawnienia, o którym mowa w niniejszym ustępie w odniesieniu do nie więcej niż 10% Lokalizacji wskazanych w Wykazie Lokalizacji stanowiącym Załącznik nr 2 do Umowy. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 7 w wypadku opisanym w niniejszym ustępie może zostać złożone nie później niż na cztery (4) miesiące przed zakończeniem obowiązywania Umowy."

–postanowienie § 8 ust. 4 Umowy otrzymało brzmienie: „Zamawiający ma prawo przez cały okres świadczenia Usług do zażądania od Wykonawcy zmiany kategorii łączy T0-T7 – w istniejących Lokalizacjach, w których świadczone są Usługi - na wyższą lub niższą, jednak w ilości nie większej niż 20% wszystkich Lokalizacji rocznie. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 7 w wypadku opisanym w niniejszym ustępie może zostać złożone nie później niż na cztery (4) miesiące przed zakończeniem obowiązywania Umowy."

–postanowienie § 12 Umowy otrzymało brzmienie:

1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za nieukończenie Prac Wdrożeniowych dla danej Lokalizacji w terminie określonym w § 2 ust. 3 lub za świadczenie Usług w danej Lokalizacji za pomocą łączy niższej kategorii (łączy tymczasowych) z przekroczeniem 3-miesięcznego okresu, o którym mowa w § 3 ust. 11 – w wysokości 0,001% Wartości Umowy, o której mowa w § 10 ust. 1, odpowiednio za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w ukończeniu Prac Wdrożeniowych dla danej Lokalizacji lub za każdy dzień przekroczenia 3-miesięcznego okresu korzystania z łączy tymczasowych dla danej Lokalizacji.
2. W przypadku naruszenia przez Wykonawcę jego obowiązków wynikających z Umowy w zakresie zachowania poufności i ochrony aktywów informacyjnych Zamawiającego, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 100 000 zł (słownie: sto tysięcy złotych) za każdy stwierdzony przypadek naruszenia.
3. W przypadku Awarii, w wyniku której dla danej Lokalizacji przestaną być świadczone Usługi w związku z jednoczesną niedostępnością łącza podstawowego i łącza zapasowego dla kategorii T0-T3, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości jednego miesięcznego Wynagrodzenia za Usługi dla tej Lokalizacji, za każdą rozpoczętą godzinę niedostępności łącza podstawowego i łącza zapasowego dla kategorii T0-T3.
4. W przypadku rozwiązania Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10% Wartości Umowy, o której mowa w § 10 ust. 1.
5. W przypadku, gdy Wykonawca nie przedstawi Zamawiającemu dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 3, 6, 7 i 15 lub w § 4 ust. 5 Umowy w wymaganych terminach, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,005% Wartości Umowy, o której mowa w § 10 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia.
6. W przypadku, gdy Wykonawca, w celu wykonania Umowy, korzysta z usług podwykonawców bez zgody Zamawiającego, o której mowa w § 3 ust. 13, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20 000 zł za każdy stwierdzony przypadek naruszenia.
7. W przypadku, gdy dla danej Lokalizacji wysokość bonifikat udzielanych zgodnie z postanowieniami Rozdziału 6 OPZ w dwóch następujących po sobie miesiącach przekroczy 50% miesięcznego Wynagrodzenia za Usługi dla tej Lokalizacji, Zamawiający ma prawo naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 0,001% Wartości Umowy, o której mowa w § 10 ust. 1.
8. W przypadku Awarii Krytycznej Systemu Sterowania Połączeniami określonej w Rozdziale 1 pkt. 1.1 ppkt. 8.21 OPZ Zamawiający ma prawo naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 0,03% Wartości Umowy, o której mowa w § 10 ust. 1, za każdą rozpoczętą godzinę przekroczenia SLA.
9. W przypadku Awarii Ważnej Systemu Sterowania Połączeniami określonej w Rozdziale1 pkt 1.1 ppkt. 8.22 OPZ Zamawiający ma prawo naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 0,003% Wartości Umowy, o której mowa w § 10 ust. 1, za każdą rozpoczętą godzinę przekroczenia SLA.
10. W przypadku Awarii Krytycznej Systemu Monitorowania określonej w Rozdziale 1 pkt. 1.4 ppkt. 10 OPZ Zamawiający ma prawo naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 0,015% Wartości Umowy, o której mowa w § 10 ust. 1, za każdą rozpoczętą godzinę przekroczenia SLA.
11. W przypadku Awarii Ważnej Systemu Monitorowania określonej w Rozdziale 1 pkt. 1.4 ppkt. 11 OPZ Zamawiający ma prawo naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 0,0015% Wartości Umowy, o której mowa w § 10 ust.

1, za każdą rozpoczętą godzinę przekroczenia SLA.

12. W przypadku, gdy Wykonawca nie dostarczy wymaganego w ustalonym terminie raportu offline lub raportu rozliczeniowego, bądź jakość raportu nie będzie odpowiadała założonym wymaganiom, Zamawiający ma prawo naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 500 zł, za każdy rozpoczęty dzień nieotrzymania raportu bądź niespełnienia ustalonych wymagań określonych w OPZ.
13. W przypadku naruszenia przez Wykonawcę terminów realizacji obowiązków wynikających z Umowy, w sytuacjach innych niż wskazane w ust. 1-12 i ust. 14 niniejszego paragrafu, Zamawiający ma prawo naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 1 000 zł (słownie: tysiąc złotych) za każdy stwierdzony przypadek naruszenia, w szczególności za brak lub opóźnienie w realizacji: aktualizacji opisu technicznego, aktualizacji danych w Systemach, przekazania informacji o warunkach technicznych, zmian konfiguracji urządzeń CE, przeniesienia łącza, zmiany kategorii łączy, uruchomienia nowego łącza, dostarczenia raportu, o którym mowa w § 3 ust 15, zwiększenia przepustowości łączy, o których mowa w § 3 ust 15 dla każdej Lokalizacji.
14. W przypadku uporczywego braku realizacji obowiązków wynikających z Umowy przez Wykonawcę – pomimo dwukrotnego wezwania złożonego na piśmie i doręczonego Wykonawcy przez Zmawiającego oraz bezskutecznego upływu wyznaczonego w każdym z tych wezwań 14-dniowego terminu na realizację obowiązków z Umowy - Zamawiający ma prawo naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 0,05% Wartości Umowy, o której mowa w § 10 ust. 1.
15. W każdym z przypadków, o których mowa w niniejszym paragrafie, Zamawiający jest uprawniony do żądania od Wykonawcy odszkodowania przenoszącego wysokość kary umownej.
16. Łączna wysokość kar umownych naliczonych zgodnie z Umową nie może przekroczyć kwoty równej 60% (sześćdziesiąt procent) maksymalnej wysokości Wynagrodzenia brutto określonej w § 10 ust. 1 Umowy.
17. Celem uniknięcia wątpliwości, wykonanie przez Zamawiającego prawa do żądania kar umownych jest niezależne od prawa do naliczenia bonifikat pomniejszających wysokość Wynagrodzenia za Usługi.
18. Ilekroć Umowa zastrzega prawo Zamawiającego do naliczenia kary umownej w razie niedochowania terminu realizacji obowiązków wynikających z Umowy, Zamawiający może nie naliczyć takiej kary, o ile Wykonawca wykaże przedkładając stosowne dowody, że powyższe niedochowanie terminu nastąpiło z przyczyn, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. W razie uznania dowodów przedłożonych przez Wykonawcę za niewystarczające, Zamawiający ma prawo żądać ich uzupełnienia przez wykonawcę.

Ponadto Zamawiający uzupełnił OPZ o Załącznik nr 1 „Opis wymagań dla Systemu Monitoringu i Raportowania" oraz wprowadził zmiany w treści Załącznika nr 8 do SIWZ – Wykaz Lokalizacji, uzupełniając go o dodatkowy opis lokalizacji i charakterystykę stosunku prawnego stanowiącego podstawę do dysponowania lokalem przez Zamawiającego (własność/najem).

Zamawiający wprowadził także zmianę treści Rozdziału 3 pkt 3.1. ppkt 4 OPZ nadając mu brzmienie: „ Dla łączy kategorii T4-T6 Zamawiający dopuszcza uruchomienie łączy tymczasowych na czas do 3 miesięcy, dla Lokalizacji, w których Wykonawca rozpoczął budowę infrastruktury docelowej. W tym czasie dopuszcza się zastosowanie łączy w kategorii niższej, zaakceptowanej przez Zamawiającego, jak również zastosowania radiolinii dla łączy podstawowych i zapasowych."

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać na okoliczności natury ogólnej, które w ocenie składu orzekającego miały istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Odwołujący opierał zdecydowaną większość zarzutów na podstawie prawnej w postaci art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu 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. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać także w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp). Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia to prerogatywa Zamawiającego, a zarazem jeden z jego kluczowych obowiązków związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający jest gospodarzem postępowania i ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować, tak określić przedmiot zamówienia, aby móc go opisać adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm w formułowaniu opisu swoich potrzeb oraz wytyczne wynikające z przepisów, w szczególności z art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp. Nie jest przy tym tak, że postanowienia SIWZ muszą wprost wskazywać, czy w jakikolwiek sposób tłumaczyć cel, który przyświecał zamawiającemu w ich sformułowaniu. Przede wszystkim

należy mieć na uwadze, iż art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nie powinien być odczytywany w ten sposób, że nakłada na Zamawiającego obowiązek uwzględnienia i wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności czy potrzeby reorganizacji swojej pracy bądź stworzenia nowych rozwiązań dostosowanych do realizacji konkretnego zamówienia (por. m.in. wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 959/18). Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny, zrozumiały i kompletny, zachowując zasadę uczciwej konkurencji, ale poszanowanie tych zasad nie oznacza jednak, że Zamawiający ma nabyć w ramach postępowania o udzielenie zamówienia przedmiot niezaspokajający jego potrzeb.

Następnie należy wskazać, iż w przypadku odwołań na treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia ramy postępowania odwoławczego zakreśla nie tylko wskazanie konkretnych uchybień, ale też oczekiwań Odwołującego. Skład orzekający podziela prezentowany szeroko w orzecznictwie KIO pogląd, iż w przypadku zaskarżenia brzmienia treści postanowień SIWZ dalsza kreacja ich treści poza żądaniem wskazanym w odwołaniu, winna doznawać ograniczeń. Izba nie może domniemywać treści wprost nie wskazanych w zarzutach i żądaniach Odwołującego. Takie postępowanie stanowić mogłoby naruszenie zasady równości stron w postępowaniu odwoławczym, gdyż to Izba, a nie Odwołujący kreowałaby treści zmian w SIWZ. To rolą Odwołującego jest, aby formułując swoje żądania wskazać, jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom. Przypomnienia wymaga, że pełne przedstawienie zarzutów i żądań w odwołaniu ma znaczenie nie tylko dla zachowania ustawowego, zawitego terminu na jego wniesienie ale także - wobec obowiązku przekazania kopii odwołania Zamawiającemu - służy zapewnieniu możliwości analizy jego zasadności i podjęcia na podstawie podniesionych zarzutów wraz z korespondującymi z nimi żądaniami ewentualnej decyzji o jego uwzględnieniu w całości lub części.

Dodatkowo podniesione żądania winny być na tyle precyzyjne, aby można było w wyroku - w przypadku uznania ich zasadności nakazać zamawiającemu dokonanie konkretnej, a nie blankietowej zmiany treści SIWZ. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a zatem to strony postępowania wyznaczają zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym, które znajdują wyraz w stawianych zarzutach oraz w odpowiadających im żądaniach. Jest to szczególne istotne w postępowaniu odwoławczym, którego przedmiotem są postanowienia SIWZ lub ogłoszenia, to żądania bowiem wyznaczają zakres dokonywanej ewentualnie modyfikacji postanowień SIWZ lub ogłoszenia. Z powyższego wynika, iż po pierwsze żądania wprowadzenia zmian w postanowieniach SIWZ powinny zostać w odwołaniu w sposób jasny i precyzyjny wyartykułowane, a po drugie żądania te powinny być właściwie skorelowane z podnoszonymi zarzutami i znajdować oparcie w przedstawianym uzasadnieniu faktycznym zarzutów. Co równie istotne, stawiane żądania w zakresie modyfikacji postanowień SIWZ powinny prowadzić do eliminacji niezgodności z przepisami ustawy Pzp, a nie do udogadniania warunków realizacji zamówienia wykonawcom podnoszącym te żądania. Tymczasem w ocenie Izby znaczna część żądań stawianych w odwołaniu zmierzała jedynie do zaspokojenia potrzeb Odwołującego, a nie do sanowania ewentualnych niezgodności postanowień SIWZ z ustawą Pzp.

Ponadto, rozstrzygając o zasadności zarzutów odwołania, Izba miała na względzie okoliczność, iż w dniu 17 stycznia 2019 r. Zamawiający zmodyfikował treść SIWZ, w sposób który miał wpływ na ocenę części zarzutów podnoszonych przez Odwołującego. Ustawa Pzp nie zakazuje Zamawiającemu, w przypadku wniesienia odwołania, dokonywania dalszych czynności w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, również w zakresie objętym zarzutami i wnioskami, a co więcej, czynności Zamawiającego nie muszą być zgodne z żądaniami stawianymi w odwołaniu. Zamawiający nie może jedynie zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu wydania przez Izbę rozstrzygnięcia, o czym mówi art. 183 ust. 1 ustawy Pzp. Mając na uwadze, iż zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, dokonane przez Zamawiającego czynności po wniesieniu odwołania a przed zamknięciem rozprawy, składają się na stan rzeczy stanowiący podstawę faktyczną wyroku. Wobec tego zmiany treści SIWZ dokonane przez Zamawiającego w dniu 17 stycznia 2019 r. nie mogły zostać przez Izbę pominięte podczas rozstrzygnięcia. Modyfikacje te spowodowały, iż w dacie orzekania zmianie uległ stan faktyczny, który był podstawą części postawionych zarzutów i żądań, co czyniło je w całości lub w części bezprzedmiotowymi, nieaktualnymi lub nie mającymi wpływu na wynik postępowania. Biorąc pod uwagę rozkład ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym wynikający z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący zobowiązany był wykazać, iż dokonane modyfikacje SIWZ pozostają bez wpływu na zasadność podnoszonych w oparciu o pierwotne brzmienie SIWZ zarzutów czy też, że pomimo tych modyfikacji argumentacja przedstawiona w odwołaniu zachowuje aktualność. Zważyć bowiem należy, że na czynność Zamawiającego polegającą na dokonaniu w dniu 17 stycznia 2019 r. zmian treści SIWZ Odwołującemu przysługiwał odrębny środek ochrony prawnej.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania, wskazać należy na poniższe.

<u>Zarzut nr 1</u>

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp związany z przewidzianym przez Zamawiającego prawem opcji oraz prawem do zmiany kategorii łączy. Wskazał na zastrzeżenie w § 7 Umowy możliwości zwiększania przepustowości łączy dla danych lokalizacji (opcja) oraz w § 8 ust. 3 i 4 możliwości dowolnej i w dowolnych ilościach zmiany kategorii łączy bez uzależnienia tych zmian od możliwości technicznych wykonawców. Wskazał także na uniemożliwienie wykonawcy pobierania opłat za usługę w wysokości uwzględniającej rzeczywiste koszty, jak również określenie terminu na realizację tych zmian nieadekwatnego do zakresu i przedmiotu zamówienia.

Izba zważyła, iż prawo opcji to legalny instrument przewidziany w art. 34 ust. 5 ustawy Pzp i Zamawiający jest uprawniony, żeby z niego skorzystać. Co prawda pojęcie to nie zostało zdefiniowane w ustawie, ale niewątpliwie ma realizować cel, jakim jest elastyczna realizacja umowy o zamówienie publiczne, uwzględniając dopuszczony opcjonalnie margines zmian (por. m.in. wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1300/16). Prawo opcji, o ile jest przewidziane, jest elementem opisu przedmiotu zamówienia i objęte jest koniecznością jego opisania w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp (por. m.in. wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1078/17). Opcja to zatem w praktyce dodatkowa część zamówienia w stosunku do jego podstawowego zakresu, której realizacja jest zależna od woli Zamawiającego. Charakterystyczną cechą prawa opcji jest właśnie to, że Zamawiający dopiero na etapie realizacji zamówienia decyduje o skorzystaniu bądź nieskorzystaniu z tego uprawnienia. Siłą rzeczy skorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji będzie więc zdarzeniem przyszłym i niepewnym, skoro jest to prerogatywa Zamawiającego, z której nie ma on obowiązku skorzystać.

W przedmiotowej sprawie prawo opcji obejmowało możliwość żądania trwałego zwiększenia przepustowości bazowej łączy. Oceniając czy opisując to prawo Zamawiający zachował wymogi określone w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp należy zwrócić uwagę na kwestie, które Odwołujący pominął w swojej argumentacji.

Po pierwsze Zamawiający w § 7 ust. 1 Umowy wprost wskazał, iż może skorzystać z prawa opcji w przypadku Lokalizacji, w których wdrożono łącza T0-T4. Zgodnie ze zaktualizowanym Wykazem Lokalizacji prawo opcji dotyczy zatem jedynie 529 Lokalizacji z 4744, a wykonawca dysponuje danymi adresowymi tych Lokalizacji i na podstawie Wykazu Lokalizacji jest w stanie zweryfikować, o które konkretnie Lokalizacje chodzi (co w ocenie Izby był w stanie także uczynić jeszcze przed zaktualizowaniem Wykazu Lokalizacji). Po drugie, nawet zakładając, że w trakcie realizacji Umowy Zamawiający wymagał będzie świadczenia usług w nowych lokalizacjach, to również w tym zakresie wykonawca posiada dane, jakiej skali może to dotyczyć. W Formularzu Cenowym Zamawiający (jak wyjaśnił na rozprawie) przedstawił bowiem symulację, ile Lokalizacji o danej kategorii łączy może powstać w trakcie 48-miesięcznego okresu obowiązywania Umowy - dla kategorii T0-T4 jest to ok. 266 Lokalizacji. Wykonawcy kalkulując ofertę są zatem w stanie w odpowiedni sposób oszacować ewentualne ryzyko z tym związane i w sposób odpowiedni skalkulować swoje wynagrodzenie w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji. Już w momencie składania oferty wykonawcy mają świadomość, że co do tych Lokalizacji należy mieć na względzie konieczność przygotowania infrastruktury w sposób umożliwiający ewentualne zwiększenie przepustowości. Ponadto, jak wskazał Zamawiający, prawo Opcji dotyczy wyłącznie „dużych" Lokalizacji, mieszczących się w miastach wojewódzkich czy średnich miastach.

Co więcej, Odwołujący pomija okoliczność, iż w Formularzu Cenowym Zamawiający dokonał precyzyjnego rozbicia Opłat Instalacyjnych i Wynagrodzenia za Usługi w przypadku skorzystania z prawa opcji, w zależności od kategorii i wielokrotności zwiększenia przepustowości. Każdorazowo Zamawiający wskazał także na liczbę lokalizacji, jakiej dotyczy zwiększenie przepustowości dla danej wielokrotności. Jak wynika z treści Formularza Cenowego w przypadku sześciokrotnego i ośmiokrotnego zwiększenia przepustowości (kategoria T0) mamy do czynienia jedynie z dwiema Lokalizacjami, a w okresie obowiązywania umowy zgodnie z przedstawioną symulacją może pojawić się ewentualna jeszcze jedna Lokalizacja kategorii T0. Jeśli chodzi o czterokrotne zwiększenie przepustowości (T0-T3) Zamawiający wskazuje łącznie na 106 Lokalizacji, przy czym w przypadku powstania ewentualnych nowych Lokalizacji czterokrotne zwiększenie przepustowości może dotyczyć ok. 54 z nich. Liczba 529 Lokalizacji dotyczy więc wyłącznie dwukrotnego zwiększenia przepustowości.

Mając na uwadze, iż to wykonawca ustala wedle własnego uznania zarówno wysokość Opłaty Instalacyjnej, jak i Wynagrodzenia za Usługi, Izba uznała, iż wykonawcy dysponują jednoznacznymi i konkretnymi danymi, które pozwalają im wycenić w sposób realny koszty związane ze skorzystaniem przez Zamawiającego z prawa opcji i wynikające z tego ewentualne ryzyka ekonomiczne. Przy czym podkreślić należy, że Odwołujący w zasadzie nie wykazał, jakie ryzyka ekonomiczne czy innego rodzaju ryzyka mogą zaistnieć w obliczu skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji na podstawie tak ukształtowanych postanowień SIWZ. Z kolei w świetle powyższych okoliczności nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że prawo opcji nie ma zdefiniowanego zakresu. Ponadto, jak wskazywał Zamawiający, w większości

przypadków skorzystanie z prawa opcji będzie wiązać się jedynie z odpowiednim dostosowaniem i skonfigurowaniem urządzeń, a ewentualna decyzja o przebudowie łącza zależna będzie od decyzji wykonawcy i wybranej przez niego technologii.

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego, że wykonawcy nie będzie przysługiwać w takim wypadku odrębne wynagrodzenie. W treści oferty wykonawca ma obowiązek wskazać wysokość Opłat Instalacyjnych, jakie otrzyma zwiększając przepustowość łączy, jak również Wynagrodzenie za Usługi, jakie będzie świadczył na łączach o tak zwiększonej przepustowości. Wykonawcy przysługiwać będzie więc kolejna Opłata Instalacyjna oraz zwiększone Wynagrodzenie za Usługi, a co więcej - z uwagi na to, że będzie miał do czynienia z Opcją - może on w treści oferty wysokość Opłat Instalacyjnych i Wynagrodzenia za Usługi określić na wyższym poziomie niż w przypadku Lokalizacji objętych zakresem podstawowym zamówienia.

Jeśli zaś chodzi o kwestię zmian kategorii łączy, to należy po pierwsze odróżnić treść § 8 ust. 3 od § 8 ust. 4 Umowy. W § 8 ust. 3 Umowy jest mowa wyłącznie o uprawnieniu do żądania instalacji łącza innej kategorii niż określona w Wykazie Lokalizacji do czasu rozpoczęcia Prac Wdrożeniowych. Jak słusznie wskazał Zamawiający, zmiana taka nie spowoduje po stronie wykonawców powstania jakichkolwiek dodatkowych kosztów, skoro będzie ona miała miejsce jeszcze przez rozpoczęciem prac. Opłatę Instalacyjną, jak również Wynagrodzenie za Usługi wykonawca otrzyma zaś w wysokości odpowiadającej zmienionej kategorii łącza, czyli zgodnie z poniesionym nakładem pracy i standardem wykonanej usługi. Odwołujący w żaden sposób nie dowiódł, aby takie sformułowanie postanowień umownych naruszało jego interes jako strony umowy czy też przepisy ustawy Pzp.

Natomiast odnosząc się do § 8 ust. 4 Umowy należy zwrócić uwagę na treść zarzutu podnoszonego przez Odwołującego. Odwołujący wskazywał bowiem na zastrzeżenie uprawnienia Zamawiającego do zmian kategorii łączy w istniejących lokalizacjach na wyższą lub niższą „w dowolnych ilościach." Tymczasem Zamawiający w dniu 17 stycznia 2019 r. zmienił treść SIWZ wskazując, iż zmiana taka może mieć miejsce w ilości nie większej niż 20% wszystkich Lokalizacji rocznie. Oznacza to, iż na moment orzekania stan faktyczny stanowiący podstawę zarzutu uległ istotnej zmianie, w umowie znalazły się bowiem postanowienia ograniczające uprawnienie Zamawiającego. Już z tego względu twierdzenia Odwołującego oparte o znaczą dowolność po stronie Zamawiającego nie zasługują na aprobatę. Odwołujący nie wykazał, że jego argumentacja przedstawiana w treści odwołania, pomimo zmian dokonanych przez Zamawiającego, zachowała aktualność, a podnoszone w tym zakresie zarzuty stały się bezprzedmiotowe.

Ponadto należy zwrócić uwagę na treść żądań, jakie stawia Odwołujący w zakresie zmian § 7 i § 8 Umowy, które w ocenie Izby nie prowadzą do wyeliminowania ewentualnych niezgodności postanowień z SIWZ z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, lecz do uzyskania korzystnych dla wykonawców warunków realizacji zamówienia według ich potrzeb. Również i z tego powodu nie zasługują one na uwzględnienie.

Domaganie się przez Odwołującego uzależnienia możliwości zwiększenia przepustowości łączy dla danych lokalizacji i zmiany kategorii łączy od posiadania przez wykonawcę możliwości technicznych nie znajduje uzasadnienia i nie zostało przez Odwołującego wykazane. Izba nie kwestionuje, iż koszty wykonania prac dla różnych lokalizacji mogą się różnić, czasem nawet znacząco, natomiast nie sposób uznać, by wykonawcy jako podmioty profesjonalne, nie byli w stanie w sposób odpowiedni i realny wycenić kosztów, jakie mogą wiązać się ze zwiększeniem przepustowości w Lokalizacjach o znaczeniu strategicznym dla Zamawiającego (w miastach wojewódzkich lub średnich miastach, gdyż tylko takich Lokalizacji dotyczy prawo opcji) czy też kosztów związanych ze zmianą kategorii łączy w Lokalizacjach określonych w Wykazie Lokalizacji (zmiana kategorii łączy dotyczy Lokalizacji istniejących). Izba zgodziła się ponadto z Zamawiającym, iż wykonawcy mają możliwość doboru i zainstalowania odpowiedniej infrastruktury sieciowej oraz takiego zorganizowania sposobu świadczenia usług, aby być przygotowanym na ewentualne zmiany, zwłaszcza, że Zamawiający nie narzuca wykonawcom konkretnych technologii i rozwiązań.

Uwzględnienie stanowiska Odwołującego prowadziłoby de facto do uzależnienia możliwości skorzystania przez Zamawiającego z uprawnienia do uruchomienia łączy w nowych lokalizacjach od indywidualnych zasobów i możliwości wykonawcy usługi. Takie działanie, w ocenie Izby, jest nieuprawnione, wypacza sens instytucji jaką jest prawo opcji oraz w praktyce zmierza do udogodnienia wykonawcom warunków realizacji zamówienia z pominięciem uzasadnionych obiektywnie potrzeb Zamawiającego. Ponadto mogłoby ono prowadzić do swoistych negocjacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą na etapie realizacji zamówienia, które nie gwarantowałyby realizacji umowy w sposób zgodny z potrzebami Zamawiającego i byłyby uzależnione od bliżej nieokreślonych zdolności wykonawcy.

Izba uznała za niezasadne także żądania Odwołującego w zakresie zmiany terminów na uruchomienie łącza w przypadku zmian przewidzianych w § 7 i 8 Umowy oraz uzupełnienia treści SIWZ o postanowienie, że Zamawiający może skorzystać z prawa opcji nie później niż 12 miesięcy przed zakończeniem obowiązywania umowy. Po pierwsze Odwołujący nie wykazał, że terminy których wprowadzenia się domaga, faktycznie są niezbędne dla możliwości

prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia ani, że takie terminy, jakie przewidział Zamawiający są zbyt krótkie. Po drugie, Zamawiający w dniu 17 stycznia 2019 r. wprowadził zmianę w § 7 ust. 4 Umowy dodając zastrzeżenie, iż termin realizacji przez wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji nie będzie dłuższy niż sześćdziesiąt dni od dnia złożenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 5. Zamawiający przedłużył więc dwukrotnie termin realizacji obowiązków wynikających z prawa opcji przez wykonawcę. Ponadto już w pierwotnym brzmieniu tego postanowienia umownego Zamawiający wprost przewidział sytuację, w której na uzasadniony wniosek wykonawcy, w szczególności w przypadku utrudnionych warunków technicznych dla danej Lokalizacji, Zamawiający może wyrazić zgodę na wydłużenie terminu realizacji zamówienia wynikającego z Opcji do maksymalnie 90 dni. Izba miała także na względzie, iż Zamawiający w postępowaniu odwoławczym przedstawił dowody wskazujące jaką średnią liczbę łączy wykonawcy realizujący obecną umowę oraz Odwołujący są w stanie uruchamiać dziennie, Odwołujący zaś nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, które po pierwsze zaprzeczyłyby twierdzeniom Zamawiającego, a po drugie uzasadniałyby wprowadzenie żądanych terminów uruchomienia usług.

Ponadto Zamawiający w § 7 ust. 4, jak i w § 8 ust. 4 wprowadził także nowe regulacje ograniczające możliwość skorzystania z uprawnień przewidzianych w tych postanowieniach umownych do okresu nie późniejszego niż 4 miesiące przed zakończeniem umowy, częściowo spełniając żądania Odwołującego, który domagał się uzupełnienia tego postanowienia poprzez wprowadzenie 12-miesięcznego okresu wyłączenia. Niezależnie od okoliczności dokonania przez Zamawiającego żądanego przez Odwołującego uzupełnienia treści spornych postanowień o wskazanie okresu maksymalnego, w jakim Zamawiający może skorzystać z przysługujących mu uprawnień, co już samo w sobie czyni bezprzedmiotowym żądanie Odwołującego i niemożliwym do oceny przez Izbę z uwagi na zmianę stanu faktycznego będącego podstawą zarzutu, podkreślić należy, iż w tym przypadku Odwołujący w ogóle nie wyjaśnił czym uzasadnione miałoby być wprowadzenie ograniczenia, że Zamawiający może skorzystać z przysługujących mu uprawnień nie później niż na 12 miesięcy przed zakończeniem Umowy. Odwołujący w treści odwołania nie przedstawił jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego dla tak stawianego żądania. W ocenie Izby zmierzało ono zatem wyłącznie do tego, by ukształtować brzmienie postanowień umownych w sposób, który Odwołujący oceniał jako bardziej korzystny z jego perspektywy. Izba natomiast nie dostrzegła nieprawidłowości w sposobie sformułowania omawianych postanowień umownych przez Zamawiającego.

Oderwane od podnoszonych zarzutów i w żaden sposób nie zmierzające do eliminacji ewentualnych niezgodności opisu przedmiotu zamówienia z ustawą Pzp, było także żądanie wykreślenia w Formularzu Cenowym wymagania, że wysokość Opłaty Instalacyjnej w każdym przypadku nie może przekroczyć równowartości dwukrotności miesięcznego Wynagrodzenia (abonamentu) za Usługi dla danej Lokalizacji. Zdaniem Izby ograniczenie wysokości opłaty instalacyjnej do wysokości dwukrotnej miesięcznej opłaty nie narusza przepisów ustawy Pzp. Odwołujący pomija okoliczność, iż określenie wysokości Opłaty Instalacyjnej zależy wyłącznie od decyzji wykonawcy, natomiast zgodnie ze spornym postanowieniem niedopuszczalne jest jedynie określenie wygórowanej wysokości tej opłaty tj. w kwocie przekraczającej dwukrotność miesięcznego wynagrodzenia z tytułu świadczenia usług. Ustalenie wysokości Wynagrodzenia za Usługi również jednak pozostaje w gestii wykonawcy, a zatem ma on tutaj widoczną swobodę i wpływ na ukształtowanie mechanizmu płatności.

Izba uznała za wiarygodne twierdzenia Zamawiającego, iż celem tak sformułowanego ograniczenia jest zabezpieczenie Zamawiającego przed sztucznym podwyższaniem przez wykonawców opłaty instalacyjnej kosztem wynagrodzenia za usługi, co prowadziłoby do uzyskania przez wykonawców korzystniejszej struktury przepływów pieniężnych i przyspieszenia płatności. Słusznie także Zamawiający wskazywał, iż brak takiego ograniczenia może wpływać na określanie wygórowanej Opłaty Instalacyjnej, a przez to zmniejszenie odpowiedzialności kontraktowej wykonawców z tytułu ewentualnych bonifikat naliczanych od wartości miesięcznej opłaty za świadczone usługi (tj. od Wynagrodzenia za Usługi). Odwołujący nie udowodnił, a nawet nie uprawdopodobnił, że określenie Opłat Instalacyjnych na poziomie dwukrotności miesięcznej opłaty abonamentowej nie pokryje kosztów prac instalacyjnych ani że takie ukształtowanie postanowień SIWZ będzie nieść negatywny skutek dla wykonawcy (zbyt niska Opłata Instalacyjna) albo dla Zamawiającego (zawyżone Wynagrodzenie za Usługi).

Odwołujący ponadto nie wykazał w żaden sposób, jak wykreślenie omawianego postanowienia miałoby prowadzić do zagwarantowania wykonawcom możliwości pobierania wynagrodzenia odpowiadającego rzeczywistym kosztom uruchomienia i świadczenia usług, a przecież to było esencją stawianego zarzutu. Da się tutaj zauważyć zatem, iż pomiędzy podniesionymi zarzutami i argumentacją przedstawioną na ich poparcie, a wnioskami odwołania nie istnieje odpowiednia korelacja. Tymczasem, jak zwrócono uwagę już wcześniej, w przypadku odwołań na treść postanowień SIWZ wnioski odwołania sprowadzające się do propozycji ukształtowania treści tych postanowień mają znaczenie newralgiczne, przy czym wnioski te muszą odpowiadać stawianym zarzutom. Nieprawidłowo skonstruowane żądania i domaganie się zmian, co do których wykonawca nie wykazał, że będą one właściwe, w praktyce wpływać mogą na brak

możliwości dokonania oceny zgodności postanowień SIWZ z ustawą Pzp, a nawet w przypadku powstania po stronie Izby wątpliwości co do prawidłowości tych postanowień w kontekście art. 29 ust. 1 czy 2 ustawy Pzp brak możliwości nakazania ich zmiany w sposób, który eliminowałby dostrzeżoną wadliwość.

Uznając zarzut nr 1 za niezasadny, należy jedynie dodać, iż Izba dokonując takiej oceny, nie uwzględniła argumentów Zamawiającego w zakresie, w jakim odnosił się on do okoliczności, iż Odwołujący czy Uczestnicy postępowania znają infrastrukturę Zamawiającego oraz większość Lokalizacji wskazanych w Wykazie. Powyższe może świadczyć jedynie o tym, iż ci wykonawcy z uwagi na ich dotychczasowe doświadczenie mogą mieć wiedzę pozwalającą im usprawnić proces przygotowania oferty, natomiast nie może wpływać na ocenę stawianych zarzutów. Krąg wykonawców mogących wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie jest bowiem ograniczony wyłącznie do tych, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, nawet jeśli prawdopodobieństwo złożenia oferty przez inne podmioty Zamawiający ocenia jako niewielkie.

Izba nie uwzględniała także argumentacji Zamawiającego odnoszącej się do poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wiedzy wykonawców wynikającej z udziału w tamtym postępowaniu, bowiem ocenie Izby podlegała ocena zgodności z ustawą postanowień SIWZ wyłącznie w odniesieniu do aktualnego postępowania i okoliczność, iż część postanowień umownych sformułowano tak samo czy też, że co do danych zarzutów Izba wówczas oddaliła odwołanie, pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie.

Zarzut nr 2

Powyżej zaprezentowane stanowisko znajduje także w znacznej mierze zastosowanie w odniesieniu do zarzutu nr 2 odwołania, jako że w zakresie brzmienia postanowienia § 8 ust. 2 Umowy Odwołujący podnosił tożsamą argumentację, zbieżne w treści zarzuty oraz dokładnie takie same żądania. Również uzasadnienie faktyczne przedstawione dla zarzutów nr 1-3 było wspólne. Z tych względów Izba w tym miejscu w całości podtrzymuje uzasadnienie przedstawione powyżej i wskazuje na jego aktualność także w odniesieniu do zarzutu nr 2.

Uzupełniająco należy wskazać, iż zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący oparł na zastrzeżeniu w § 8 ust. 2 Umowy możliwości zamówienia przez Zamawiającego w trakcie obowiązywania umowy nowych usług w dowolnej liczbie nowych lokalizacji i w dowolnych kategoriach łączy, bez uzależnienia tych zmian od możliwości technicznych posiadanych przez wykonawcę. Również w tym przypadku jednak, Zamawiający w dniu 17 stycznia 2019 r. zmienił treść SIWZ wskazując, iż w każdym z kolejnych dwunastu miesięcy obowiązywania Umowy Zamawiający jest uprawniony do skorzystania z uprawnienia z § 8 ust. 2 Umowy w odniesieniu do nie więcej niż 10% Lokalizacji wskazanych w Wykazie Lokalizacji, jak również uzupełnił to postanowienie umowne o okoliczność, iż oświadczenie o skorzystaniu z tego uprawnienia może zostać złożone nie później niż 4 miesiące przed zakończeniem obowiązywania Umowy. Oznacza to, iż na moment orzekania stan faktyczny stanowiący podstawę zarzutu uległ istotnej zmianie, w umowie znalazły się bowiem postanowienia ograniczające uprawnienie Zamawiającego i to w sposób znaczny. Już z tego względu twierdzenia Odwołującego oparte o znaczą dowolność po stronie Zamawiającego nie zasługują na aprobatę, zwłaszcza, że w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby jego argumentacja przedstawiana w treści odwołania, pomimo zmian dokonanych przez Zamawiającego, zachowała aktualność i tak postawiony zarzut mógł mieć wpływ na wynik postępowania.

Izba miała ponadto na uwadze, iż zastrzeżenie takiego uprawnienia Zamawiającego jest uzasadnione specyfiką, a przede wszystkim skalą działalności Zamawiającego. Naturalnym jest, że w tak długim okresie jak cztery lata obowiązywania umowy może zaistnieć zarówno konieczność uruchomienia nowych placówek pocztowych, jak i konieczność zamknięcia części już istniejących. Siłą rzeczy powoduje to potrzebę zachowania pewnej elastyczności przy określaniu zakresu zamówienia, takie działanie nie może być jednak automatycznie traktowane jako niedopuszczalne na gruncie ustawy Pzp, mimo że dotyczy zdarzeń przyszłych i niepewnych. Właśnie po to ustawa daje zamawiającym możliwość skorzystania z prawa opcji, aby móc dostosować przedmiot zamówienia do zmieniających się warunków gospodarczych. Jeżeli zatem Zamawiający swoje uprawnienia w tym zakresie określił w sposób zgodny z wytycznymi wynikającymi z przepisów ustawy Pzp, w szczególności z art. 29 ust. 1 i 2, a także wynikający z jego uzasadnionych potrzeb, to nie sposób podważać ich prawidłowości. Sprzeczności postanowień SIWZ z treścią ww. przepisów ustawy Pzp Odwołujący zaś, w ocenie Izby, nie wykazał. Dodatkowo Izba miała na uwadze, iż jak wyjaśnił Zamawiający, w treści Formularza Cenowego, przedstawiona została symulacja w zakresie potencjalnej liczby nowych Lokalizacji dla każdej z kategorii (tabela „nowe lokalizacje/zmiana kategorii łącza w Lokalizacji – opłata instalacyjna za przepustowość bazową"), która może zostać hipotetycznie skonsumowana w trakcie obowiązywania Umowy.

Treść uzasadnienia faktycznego zarzutu przedstawionego przez Odwołującego wskazuje, iż akcent położył on na okoliczność, iż Zamawiający nie rozróżnia sytuacji, w której wykonawca dysponuje w danych lokalizacjach odpowiednią infrastrukturą i możliwościami technicznymi od sytuacji, w której taką infrastrukturą czy możliwościami nie dysponuje. Na

to wskazują także stawiane żądania, w których Odwołujący domaga się wyłączenia z zakresu zamówienia lokalizacji, co do których wykonawca nie posiada możliwości technicznych świadczenia usługi. W ocenie Izby stanowisko Odwołującego nie zasługuje na aprobatę, w szczególności nie wykazał on, aby uzależnianie uruchamiania usług od możliwości technicznych wykonawcy było celowe i uzasadnione. Uwzględnienie stanowiska Odwołującego prowadziłoby w praktyce do uzależnienia możliwości skorzystania przez Zamawiającego z uprawnienia do uruchomienia łącz w nowych lokalizacjach od indywidualnych zasobów czy możliwości wykonawcy usługi. Takie działanie, w ocenie Izby, jest nieuprawnione, wypacza sens instytucji jaką jest prawo opcji oraz w praktyce zmierza do udogodnienia wykonawcom warunków realizacji zamówienia z pominięciem uzasadnionych obiektywnie potrzeb Zamawiającego. Ponadto mogłoby ono prowadzić do swoistych negocjacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą na etapie realizacji zamówienia, które nie gwarantowałyby realizacji umowy w sposób zgodny z potrzebami Zamawiającego i byłyby uzależnione od bliżej nieokreślonych zdolności wykonawcy.

Z kolei powoływanie się przez Odwołującego na okoliczność, że w trakcie obowiązywania umowy mogą pojawić się Lokalizacje, w których warunki świadczenia usług mogą być utrudnione, nie przesądza *per se* o niezgodności § 8 ust. 2 z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Mieć należy bowiem na względzie specyfikę działalności Zamawiającego, jako operatora wyznaczonego do świadczenia usług powszechnych i fakt, że (jak wskazał on na rozprawie) 90% lokalizacji objętych zamówieniem, to lokalizacje przeznaczone na placówki pocztowe. Racjonalnym i uzasadnionym z perspektywy działalności Zamawiającego jest takie ustalenie lokalizacji, aby była ona położona w miejscu możliwie najłatwiej dostępnym dla odbiorców usługi, co w pewien sposób minimalizuje ryzyko wynikające z ewentualnych uwarunkowań terenowych. Ponadto w § 9 Umowy Zamawiający w sposób szeroki określił własne obowiązki dotyczące współdziałania z wykonawcom na etapie realizacji umowy, udzielania mu wszelkich niezbędnych informacji i danych, udostępniania pomieszczeń, współpracowania przy pozyskaniu odpowiednich zgód i zapewnienia odpowiednich warunków do instalacji łączy, stąd za niewystarczające należy uznać także powoływanie się przez Odwołującego na uwarunkowania prawne czy techniczne. Dodatkowo, jak wskazywał Zamawiający, nie narzuca on wykonawcom konkretnych technologii i rozwiązań, co również ma znaczenie przy ocenie prawdopodobieństwa wystąpienia problemów technicznych po stronie wykonawcy.

Powyżej opisane okoliczności, w ocenie Izby przesądzają o braku zasadności zarzutów Odwołującego. Odwołujący nie dowiódł, że wykonawcy jako podmioty profesjonalne, nie są w stanie w sposób odpowiedni i realny wycenić kosztów, jakie mogą wiązać się ze zwiększeniem liczby lokalizacji w ilości dającej się oszacować na podstawie treści SIWZ. Odwołujący, podnosząc żądania co do uzależnienia obowiązku świadczenia usług od zdolności wykonawcy nie wyjaśnia nawet, jak miałaby następować weryfikacja posiadania przez wykonawcę odpowiednich możliwości technicznych. Dodatkowo takie podejście niewątpliwie różnicowałoby sytuację Zamawiającego w zależności od tego, jaki wykonawca zostałby wybrany do świadczenia usług, co uznać należy za niedopuszczalne.

Zdaniem składu orzekającego, na podstawie argumentacji Odwołującego można wywieść wniosek, iż żądania odwołania zmierzają wyłącznie do udogodnienia Odwołującemu warunków realizacji zamówienia według jego potrzeb. Tymczasem mieć należy na względzie, iż pojawiające się na gruncie postanowień SIWZ ewentualne ryzyka ekonomiczne po stronie wykonawców nie pozbawiają ich możliwości sporządzenia oferty i skalkulowania ceny w taki sposób, który pokryje obiektywnie uzasadnione koszty i ryzyka oraz pozwoli na osiągnięcie zysku.

Izba w tym miejscu podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 20 października 2014 r., sygn. akt KIO 1987/14, 2000/14, 2002/14 w zakresie, w jakim stwierdzono: „Izba ponownie wskazuje na ograniczone uprawnienia wykonawcy do ingerencji w przyjęty przez zamawiającego model realizacji kontraktu i sposoby motywowania wykonawcy do należytego wykonywania powierzonych mu zadań, szczególnie, gdy żądania wykonawcy zmierzają do narzucenia Zamawiającemu niekorzystnego, lecz preferowanego przez wykonawcę modelu, albo też nieuzasadnionego ograniczania uprawnień Zamawiającego, w tym przypadku, w zakresie korzystania z prawa opcji na warunkach cenowych podanych przez wykonawcę w ofercie, która to cena została określona według zasad określonych w specyfikacji (§ 7 ust.1 i 2), ustalania terminów realizacji nowej Lokalizacji oraz modyfikacji świadczenia według zasad podanych w umowie (§ 8 ust. 2 i 3), zawieszenia czasowego umowy na czas oznaczony (§ 8 ust.10) czy też zlecenia podmiotowi trzeciemu zastępczego wykonania zamówienia (§ 12 ust. 7). Zdaniem Izby, kwestionowane postanowienia Projektu Umowy nie naruszają przede wszystkim wskazywanego w odwołaniu art. 29 ust.1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Sformułowane w odwołaniach żądania zmierzają do uzyskania korzystnych dla wykonawców warunków realizacji zamówienia według ich modelu biznesowego i chociażby z tego powodu nie zasługują na uwzględnienie. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie - zwiększone ryzyka ekonomiczne, nie pozbawiają wykonawcy możliwości sporządzenia oferty z ceną realizacji pokrywającą obiektywnie uzasadnione koszty i ewentualne ryzyka przy uwzględnieniu zysku na rozsądnym poziomie. W niniejszej sprawie wykonawcy kwestionujący postanowienia wzoru umowy nie wykazali, że zawarcie umowy na warunkach określonych we wzorze umowy i wskazywanych w tym wzorze ryzykach spowoduje zawarcie nieważnej

umowy, bądź też obiektywną niemożność należytego spełnienia świadczenia. Odwołujący w przekonaniu Izby nie wykazali, że te postanowienia naruszają przepisy prawa zamówień publicznych."

Również w przypadku zarzutu nr 2 należy zwrócić uwagę na treść żądań, jakie stawia Odwołujący w zakresie zmian § 8 ust. 2 Umowy, które w ocenie Izby nie prowadzą do wyeliminowania ewentualnych niezgodności postanowień z SIWZ z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, lecz do uzyskania korzystnych dla wykonawców warunków realizacji zamówienia według ich indywidualnych potrzeb.

Domaganie się przez Odwołującego uzależnienia możliwości uruchomienia nowych usług w trakcie obowiązywania umowy od posiadania przez wykonawcę możliwości technicznych nie znajduje uzasadnienia i nie zostało przez Odwołującego wykazane, na co szczegółowo zwrócono uwagę już powyżej.

Z kolei odnośnie żądań Odwołującego w zakresie zmiany terminów na uruchomienie łącza w przypadku zmian przewidzianych w § 7 i 8 Umowy oraz uzupełnienia treści SIWZ o postanowienie, że Zamawiający może skorzystać z prawa opcji nie później niż 12 miesięcy przed zakończeniem obowiązywania umowy, w całości aktualność zachowuje argumentacja przedstawiona przez Izbę podczas omawiania zarzutu nr 1. Treść tych żądań jest tożsama z żądaniami modyfikacji SIWZ stawianymi odnośnie zarzutu nr 1, również uzasadnienie faktyczne dla obu tych zarzutów jest wspólne. Dodać należy, iż Odwołujący nie wykazał, że terminy których wprowadzenia się domaga faktycznie są niezbędne dla możliwości prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia ani, że takie terminy, jakie przewidział Zamawiający są zbyt krótkie.

Ponadto raz jeszcze zwrócić należy uwagę na dokonaną przez Zamawiającego w dniu 17 stycznia 2019 r. zmianę w tym zakresie, która spowodowała ograniczenie możliwości skorzystania z uprawnień przewidzianych w tym postanowieniu do okresu nie późniejszego niż 4 miesiące przed zakończeniem umowy, czym częściowo Zamawiający spełnił żądania Odwołującego, który domagał się uzupełnienia tego postanowienia poprzez wprowadzenie 12-miesiecznego okresu wyłączenia. Niezależnie od okoliczności dokonania przez Zamawiającego żądanego przez Odwołującego uzupełnienia treści spornych postanowień o wskazanie okresu maksymalnego, w jakim Zamawiający może skorzystać z przysługujących mu uprawnień, co już samo w sobie czyni bezprzedmiotowym żądanie Odwołującego i niemożliwym do oceny przez Izbę z uwagi na zmianę stanu faktycznego będącego podstawą zarzutu, podkreślić należy, iż także w tym przypadku Odwołujący w ogóle nie wyjaśnił czym uzasadnione miałoby być wprowadzenie ograniczenia, że Zamawiający może skorzystać z przysługujących mu uprawnień nie później niż na 12 miesięcy przed zakończeniem Umowy. Odwołujący w treści odwołania nie przedstawił jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego dla tak stawianego żądania. W ocenie Izby zmierzało ono zatem wyłącznie do tego, by ukształtować brzmienie postanowień umownych w sposób, który Odwołujący oceniał jako bardziej korzystny z jego perspektywy. Izba natomiast nie dostrzegła nieprawidłowości w sposobie sformułowania omawianych postanowień umownych przez Zamawiającego.

Żądanie wykreślenia w Formularzu Cenowym wymagania, że wysokość Opłaty Instalacyjnej w każdym przypadku nie może przekroczyć równowartości dwukrotności miesięcznego Wynagrodzenia (abonamentu) za Usługi dla danej Lokalizacji, analogicznie jak w przypadku zarzutu nr 1, było nie tylko nieskorelowane z podnoszonymi zarzutami, ale również nie zmierzało do eliminacji ewentualnych niezgodności opisu przedmiotu zamówienia z ustawą Pzp. Odwołujący nie wyjaśnił jak wykreślenie omawianego postanowienia miałoby prowadzić do zagwarantowania wykonawcom możliwości pobierania wynagrodzenia odpowiadającego rzeczywistym kosztom uruchomienia i świadczenia usług, co było podstawą stawianego zarzutu. W ocenie Izby ograniczenie wysokości Opłaty Instalacyjnej do wysokości dwukrotnej miesięcznej opłaty nie narusza przepisów ustawy Pzp. Jak szczegółowo wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia, Izba uznała za wiarygodne twierdzenia Zamawiającego, iż celem tak sformułowanego ograniczenia jest zabezpieczenie Zamawiającego przed sztucznym podwyższaniem przez wykonawców opłaty instalacyjnej kosztem wynagrodzenia za usługi, co prowadziłoby do uzyskania przez wykonawców korzystniejszej struktury przepływów pieniężnych i przyspieszenia płatności oraz zmniejszenia odpowiedzialności kontraktowej wykonawców z tytułu ewentualnych bonifikat. Mając na względzie, iż określenie wysokości Opłaty Instalacyjnej zależy wyłącznie od decyzji wykonawcy, podobnie jak określenie wysokości wynagrodzenia za usługi, powoduje to, iż wykonawca ma wpływ na ukształtowanie przepływu płatności. Omawiane postanowienie jedynie określa limit co do wysokości opłaty licencyjnej, w celu zapobieżenia określeniu tej opłaty na zbyt wygórowanym poziomie. Limit ten nie został jednak określony kwotowo, tylko jako dwukrotność miesięcznego wynagrodzenia za usługi, którą przecież również określa wykonawca.

W świetle powyższego Izba uznała zarzut nr 2 za niezasadny w całości.

Zarzut nr 3

Zarzut nr 3, który Odwołujący również omawiał łącznie z zarzutami nr 1 i 2, dotyczył naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na zawarte w § 3 ust. 15 Umowy wymaganie zwiększenia prędkości na łączach asymetrycznych w

dowolnym zakresie i do dowolnych prędkości oraz uniemożliwieniu wykonawcy pobierania opłat za usługę w wysokości uwzględniającej rzeczywiste koszty jej uruchomienia i świadczenia. Odwołujący domagał się wykreślenia postanowienia § 3 ust. 15 z Umowy, alternatywnie jego doprecyzowania w taki sposób, aby zwiększenie prędkości na łączach asymetrycznych było dokonywane w ramach odrębnego zamówienia publicznego.

Na poparcie takich zarzutów i żądań Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów. W treści uzasadnienia faktycznego zarzutu (jak już wskazano było ono wspólne z uzasadnieniem zarzutów nr 1 i 2), poza przytoczeniem brzmienia postanowienia umownego, w zasadzie brak jest odniesienia się do kwestii łączy asymetrycznych (poza ogólnym wymienieniem w drugim akapicie pod zacytowaną treścią postanowień umownych tego uprawnienia Zamawiającego). Już z tego powodu zarzut nie podlega uwzględnieniu jako niewykazany.

Nadmienić jedynie należy, iż jak wynika z treści omawianego postanowienia umownego, zadaniem wykonawcy będzie przekazywanie Zamawiającemu raportów cyklicznych (co 6 miesięcy) odnośnie dostępnych parametrów łączy w Lokalizacjach posiadających łącza asymetryczne. To na podstawie tych raportów, tylko w razie zwiększenia się przepustowości łączy, wykonawca zobowiązany będzie do zmiany przepustowości. Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i czego Odwołujący nie zakwestionował, postanowienie § 3 ust. 15 nie obliguje wykonawcy do dokonywania dodatkowych prac instalacyjnych celem zwiększenia przepustowości łączy asymetrycznych, gdyż zwiększona przepustowość ma zostać zastosowana „w razie zwiększenia się dostępnych przepustowości łączy.” Pod względem technicznym nie ma zatem, zdaniem Zamawiającego, potrzeby wymiany urządzeń czy infrastruktury, a jedyna zmiana jaka może być konieczna, to aktualizacja konfiguracji urządzeń sieciowych w zakresie aktualnej przepustowości łącza. W ocenie Izby należy także mieć na uwadze, iż za taką zmianę prędkości na łączach asymetrycznych wykonawca otrzyma Opłatę Instalacyjną, jak i będzie otrzymywał wynagrodzenie miesięczne w wysokości określonej dla łączy o większej przepustowości. Trudno zatem mówić, aby wykonawcy uniemożliwiono pobieranie opłat za usługę uwzględniającą kosztu uruchomienia i świadczenia.

W konsekwencji Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że tak ukształtowana treść SIWZ nie czyni zadość wymogom wynikającym z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp i uznała zarzut nr 3 za niezasadny.

Zarzut nr 4

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp dotyczący rozbieżności istniejących pomiędzy Formularzem Cenowym a załącznikiem nr 8 do SIWZ w zakresie liczby usług do uruchomienia, został przez Odwołującego wycofany na posiedzeniu w dniu 21 stycznia 2019 r., wobec czego nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę. Odwołujący jest dysponentem postępowania odwoławczego, zatem od jego woli zależy czy popiera zgłoszony przez siebie w całości środek odwoławczy, czy też z części zarzutów rezygnuje. Cofnięcie zarzutów powoduje, iż należy je traktować jako niepodniesione w treści odwołania.

Zarzut nr 5

Odwołujący upatrywał naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w braku wskazania dokładnych miejsc (pomieszczeń) instalacji łączy w lokalizacjach, osób kontaktowych w tych lokalizacjach, informacji o obiektach oraz zapewnienia dostępności tych lokalizacji dla wykonawcy. W ocenie Odwołującego skutkowało to brakiem możliwości sprawdzenia warunków technicznych świadczenia usług w lokalizacjach, co z kolei przekładało się na brak możliwości określenia, jakie koszty są niezbędne do poniesienia w celu świadczenia usług. W stawianych żądaniach Odwołujący domagał się wskazania dokładnych miejsc (pomieszczeń) instalacji łączy we wszystkich lokalizacjach oraz osób kontaktowych, zagwarantowania wykonawcy wizji lokalnych w odniesieniu do wszystkich obiektów i pomieszczeń oraz co najmniej 4 tygodni od uzupełnienia SIWZ na sprawdzenie możliwości świadczenia usług, określenia dla każdej lokalizacji czy Zamawiający jest właścicielem/administratorem obiektu, czy budynek jest objęty opieką konserwatora zabytków, czy budynek jest objęty gwarancją inwestycyjną na prace budowlane oraz czy lokalizacja znajduje się w obiekcie typu galeria/ pasaż handlowy.

Zamawiający, zmieniając w dniu 17 stycznia 2019 r. treść załącznika nr 8 do SIWZ – Wykaz lokalizacji, spełnił częściowo żądania Odwołującego, tj. w zakresie w jakim domagał się on określenia dla lokalizacji czy Zamawiający jest właścicielem/administratorem obiektu oraz czy lokalizacja znajduje się w obiekcie typu galeria/pasaż handlowy. Powyższa okoliczność czyniła podniesiony zarzut w zakresie, w jakim był on skorelowany z żądaniami wskazanymi w punkcie 5 lit. d) i f) wniosków odwołania, bezprzedmiotowym. Zamawiający uzupełnił także wykaz o dodatkowe dane związane z charakterystyką lokalizacji obiektów, których adresy pocztowe uprzednio podał.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, iż przy tak ukształtowanej treści postanowień SIWZ nie ma możliwości sprawdzenia warunków technicznych świadczenia usług w lokalizacjach objętych zakresem zamówienia. Zamawiający w Wykazie lokalizacji podał ich dokładne adresy - miejscowość, kod pocztowy, ulicę, numer budynku oraz w części

przypadków numer lokalu (pomieszczenia), przy czym dane te były przedstawione już w pierwotnej treści tego wykazu, jeszcze przed dokonaniem jego modyfikacji. Odwołujący nie dowiódł, że przedstawione dane nie są wystarczające, aby na ich podstawie ustalić miejsce, do którego należy doprowadzić łącza i że tak szczegółowe określenie pomieszczeń przez Zamawiającego, jak domagał się tego Odwołujący, jest niezbędne dla możliwości oceny warunków technicznych świadczenia usługi. Jak wskazywał Zamawiający podczas rozprawy, Odwołujący i tak dokonuje sprawdzenia warunków technicznych do budynku, a dokonanie przyłącza na rzecz klienta końcowego zwykle objęte jest opłatą ryczałtową.

Tym samym zasadność żądania modyfikacji SIWZ w sposób, o którym mowa w pkt 5 lit. a) wniosków odwołania, nie została wykazana.

Dalsza argumentacja przedstawiana w odwołaniu, iż Zamawiający oczekuje uruchomienia usług w lokalizacji strony trzeciej, bez zagwarantowania dostępności lokalizacji i możliwości wykonania prac mających na celu uruchomienie zamawianych usług, w ocenie Izby jest argumentacją chybioną. Zamawiający w § 9 ust. 2 Umowy wprost zobowiązał się do dostarczenia wykonawcy informacji i danych niezbędnych do realizacji Umowy, a w szczególności do udostępnienia pomieszczeń w Lokalizacjach koniecznych do instalacji urządzeń teletransmisyjnych – Zamawiający nie różnicuje tutaj pomieszczeń w Lokalizacjach, których jest właścicielem od pomieszczeń w Lokalizacjach, które wynajmuje, w odniesieniu do każdej Lokalizacji obciąża go taki sam obowiązek. Niezrozumiałe jest także stanowisko Odwołującego, iż co do budynków nie będących własnością Zamawiającego wykonawca nie ma wszystkich informacji niezbędnych do przygotowania oferty, a przy braku współpracy ze strony właściciela budynku, bez wsparcia i udziału Zamawiającego, nie będzie w stanie uruchomić usług. W § 9 ust. 3 Umowy Zamawiający wprost oświadczył, iż będzie współpracował z wykonawcą odnośnie pozyskania odpowiednich zgód na instalację łączy w Lokalizacjach, w których nie jest właścicielem obiektu. Odwołujący przesadnie stara się multiplikować ryzyko związane z koniecznością doprowadzenia łączy do Lokalizacji nie będących własnością Zamawiającego, czyniąc to w sposób oderwany od treści postanowień umownych nakładających na Zamawiającego obowiązki współdziałania w tym zakresie. Jedynie na marginesie podkreślić należy, że Zamawiający, czyniąc zadość żądaniom Odwołującego, podał w zmienionym Wykazie lokalizacji informacje co do stosunku prawnego będącego podstawą do dysponowania pomieszczeniem (własność, najem).

Poza odniesieniem się do kwestii dokładnego adresu świadczenia usługi oraz konieczności uruchamiania usług w lokalach będących własnością podmiotu innego niż Zamawiający, Odwołujący w uzasadnieniu faktycznym stawianego zarzutu nie przedstawił jakiejkolwiek dalszej argumentacji, mającej potwierdzać naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem we wnioskach odwołania (pkt 5) stawia szereg dodatkowych żądań zmian treści SIWZ, takich jak zagwarantowanie wykonawcom możliwości dokonania wizji lokalnych we wszystkich lokalizacjach oraz dodatkowych 4 tygodni na sprawdzenie możliwości świadczenia usług (lit. b i c), określenie czy budynek jest objęty opieką konserwatora zabytków (lit. d) i gwarancją inwestycyjną na prace budowlane (lit. e). W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, aby zasadność tego rodzaju żądań została przez Odwołującego chociażby uprawdopodobniona, skoro nie przedstawia on żadnego uzasadnienia faktycznego ani prawnego w omawianym zakresie. Odwołujący nie pokusił się o jakiekolwiek wyjaśnienie dlaczego dane o objęciu budynków, w których znajdują się placówki Zamawiającego, ochroną konserwatora zabytków czy gwarancją inwestycyjną jest niezbędne dla możliwości sporządzenia oferty i oszacowania kosztów realizacji zamówienia.

Odnosząc się jeszcze do samej kwestii wizji lokalnych, należy zauważyć, iż Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek argumentów które uzasadniałyby konieczność umożliwienia wykonawcom przeprowadzenia wizji lokalnych we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego. Nie wyjaśnił, dlaczego tego rodzaju wizje muszą mieć miejsce we wszystkich ponad 4700 lokalizacjach Zamawiającego (a tego przecież się domagał), nie wskazał informacji, jakie mógłby uzyskać w czasie danej wizji i dlaczego te właśnie informacje są jego zdaniem niezbędne dla opracowania oferty. Co więcej, Odwołujący nie domagał się, aby Zamawiający (zamiast umożliwienia wykonawcom przeprowadzenia wizji lokalnych) wskazał informacje, jakie wykonawcy mogliby podczas tych wizji pozyskać. W ocenie Izby Odwołujący nie dowiódł, że przeprowadzenie wizji lokalnych, do tego we wszystkich 4744 lokalizacjach, warunkuje uzyskanie przez wykonawców ewentualnych innych, niezbędnych do sporządzenia oferty informacji, nie wskazanych w treści SIWZ. Jego żądanie, zdaniem składu orzekającego, zmierzało jedynie do przedłużenia terminu składania ofert, gdy tymczasem uwzględnienie takiego żądania mogłoby prowadzić do powstania nadmiernych trudności po stronie Zamawiającego (gdyby wykonawcy w ponad 4700 lokalizacjach w Polsce w okresie kilku tygodni zaczęli przeprowadzać nieskoordynowane wizje lokalne).

W ocenie Izby Odwołujący, dysponując Wykazem lokalizacji, był w stanie wskazać, co do których z nich faktycznie zachodzić może konieczność przeprowadzenia wizji lokalnych i uprawdopodobnić tę okoliczność poprzez wskazanie, jakich konkretnych informacji o tych lokalizacjach, które może pozyskać w drodze wizji lokalnej, potrzebuje do opracowania oferty. Twierdzenia Odwołującego miały tymczasem charakter bardzo ogólny, a konieczność przeprowadzenia wizji lokalnych odnosił on w sposób generalny do wszystkich lokalizacji. To w ocenie Izby stanowiło

zdecydowanie zbyt mało, aby uznać za udowodnioną okoliczność, że oferty mogą zostać złożone jedynie po odbyciu przez wykonawców wizji lokalnych.

W świetle powyższego zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oparty na okolicznościach wskazanych powyżej, Izba uznała za niezasadny.

Zarzut nr 6

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, o którym mowa w punkcie 6 odwołania, Odwołujący odnosił do zastrzeżenia, że umowa zostanie zawarta na 48 miesięcy od dnia jej podpisania albo do momentu wyczerpania kwoty określonej w § 10 ust. 1 Umowy oraz zastrzeżenia, że prace wdrożeniowe będą realizowane od dnia zawarcia umowy do dnia 30 listopada 2019 r., co przy braku możliwości określenia daty podpisania umowy skutkuje dla wykonawcy brakiem możliwości jednoznacznego określenia terminu, jaki faktycznie będzie miał na realizację zamówienia. Z kolei w żądaniach związanych z tym zarzutem Odwołujący wnosił o zmianę treści SIWZ w taki sposób, aby umowa została zawarta na okres 48 miesięcy od dnia jej podpisania, a termin na wykonanie prac wdrożeniowych wynosił 9 miesięcy od dnia podpisania umowy, alternatywnie o jednoznaczne określenie okresu świadczenia usług liczonego od zakończenia prac wdrożeniowych oraz terminu na wykonanie prac wdrożeniowych, nie krótszego niż 9 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Analizując treść zarzutu i żądań, jak również uzasadnienia faktycznego przedstawionego w tym zakresie, Izba stwierdziła, iż Odwołujący *de facto* zmierzał do zagwarantowanie sobie terminu realizacji Prac Wdrożeniowych nie krótszego niż 9 miesięcy. Stanowisko swoje opierał na ryzyku, że obecny termin będzie zbyt krótki, aby wykonawca miał możliwość przygotować się do świadczenia usługi. Z kolei Zamawiający podnosił, iż wskazany w SIWZ termin zakończenia Prac Wdrożeniowych określony na 30 listopada 2019 r. jest datą nieprzekraczalną, ponieważ od 1 grudnia 2019 r. Zamawiający zmuszony jest zapewnić świadczenie usług operatora WAN, a brak ww. usług praktycznie uniemożliwi Zamawiającemu prowadzenie działalności.

W tym stanie rzeczy, ocenie Izby podlegała kwestia czy takie określenie terminu Prac Wdrożeniowych jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego i czy wykonawcy faktycznie mogą zostać narażeni na ryzyko niedochowania tego terminu.

Skład orzekający Izby, na podstawie całokształtu zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, stwierdził, iż Odwołujący nie wykazał, aby dotrzymanie terminu zakończenia Prac Wdrożeniowych ustalonego na dzień 30 listopada 2019 r. nie było możliwe czy chociażby mogło być istotnie utrudnione. Po pierwsze na moment zamknięcia rozprawy do upływu terminu określonego przez Zamawiającego pozostało jeszcze ponad 10 miesięcy. Odwołujący nie przedstawił żadnych informacji, które obrazowałyby ile czasu potrzeba na uruchomienie łączy w danej technologii, w poszczególnej kategorii czy w poszczególnych Lokalizacjach. Wskazał jedynie na okoliczności, jakie należy wziąć pod uwagę przygotowując się do świadczenia usług, natomiast nie przedstawił żadnych wymiernych danych na poparcie swojego stanowiska o konieczności zagwarantowania wykonawcom minimum 9 miesięcy na Prace Wdrożeniowe. Tymczasem Zamawiający powoływał się na średnią liczbę usług uruchamianych dziennie w przypadku umowy z wykonawcą obecnie świadczącym usługi (konsorcjum NETIA i T-Mobile) oraz poprzedniej umowy zawartej z Odwołującym, z której wynikało, że średnio dziennie uruchamianych było ok. 25 lokalizacji, a przy pracach bardziej intensywnych nawet 60 co w skali 10 dni dawało nawet 600 Lokalizacji. Dane przedstawione przez Zamawiającego przeczyły zatem stanowisku Odwołującego, Odwołujący zaś co do zasady nie kwestionował okoliczności wynikających ze złożonych w tym zakresie przez Zamawiającego zestawień. Odwołujący nie wykazał także, że wykonawca zainteresowany świadczeniem przedmiotowej usługi dla dotrzymania określonego w tym postępowaniu terminu realizacji Prac Wdrożeniowych nie byłby w stanie, z przyczyn obiektywnych i tożsamych dla wszystkich oferentów, zapewnić właściwej organizacji prac oraz odpowiednich zasobów ludzkich i technicznych, aby uruchomić usługi w terminie krótszym niż dziewięć miesięcy.

Co należy podkreślić, Odwołujący pominął okoliczność, że Zamawiający przewidział w § 3 ust. 11 umowy możliwość uruchomienia dla łączy kategorii T4-T6 łączy tymczasowych przez okres 3 miesięcy od momentu rozpoczęcia świadczenia Usług dla Lokalizacji, w których Wykonawca nie zakończył budowy infrastruktury docelowej w terminach określonych Umową. Powyższe de facto w przypadku kategorii łączy T4-T6 przedłuża okres zapewniony wykonawcom na osiągnięcie pełnej funkcjonalności łączy o kolejne 3 miesiące (dodatkowo dając im możliwość zapewnienia przez ten okres przejściowy łączy niższej kategorii). Jest to o tyle istotne, że zgodnie ze zaktualizowanym Wykazem Lokalizacji łącza kategorii T4-T6 mają zostać uruchomione w sumie w 4 637 lokalizacjach, czyli w ponad 97% lokalizacji objętych zakresem zamówienia.

Niezrozumiałe są ponadto twierdzenia Odwołującego odnoszące się do obowiązku współdziałania Zamawiającego przy wykonywaniu zamówienia. Zamawiający nie neguje swojego obowiązku współdziałania, co więcej (jak wskazano już

omawiając zarzut nr 5) w Umowie znalazły się odpowiednie postanowienia regulujące ten obowiązek. Zamawiający w § 9 ust. 2 Umowy wprost zobowiązał się do dostarczenia wykonawcy informacji i danych niezbędnych do realizacji Umowy, a w szczególności do udostępnienia pomieszczeń w lokalizacjach koniecznych do instalacji urządzeń teletransmisyjnych, z kolei w § 9 ust. 3 Umowy oświadczył, iż będzie współpracował z wykonawcą odnośnie pozyskania odpowiednich zgód na instalację łączy w lokalizacjach, w których nie jest właścicielem obiektu. Dodatkowo w § 9 ust. 4 uregulowano m.in. obowiązek Zamawiającego do zapewnienia warunków do instalacji łączy transmisji danych oraz routerów w Lokalizacjach Zamawiającego. Nie sposób zatem zakładać, że podczas realizacji prac wdrożeniowych wykonawca nie otrzyma odpowiedniego wsparcia ze strony Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, iż w tym konkretnym przypadku ustalenie daty dziennej zakończenia prac wdrożeniowych znajdowało obiektywne potwierdzenie w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego. Mieć należy na uwadze, iż każdy zamawiający jest uprawniony do indywidualnego określenia swoich potrzeb w zakresie terminu realizacji zamówienia, gdyż wynikają one z właściwych dla tego konkretnego zamawiającego okoliczności faktycznych. Obowiązek przestrzegania ustawowych reguł opisywania przedmiotu zamówienia nie stoi w sprzeczności z określaniem przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający potrzeby zamawiającego, które to potrzeby w przedmiotowym postępowaniu niewątpliwie miały wpływ na ukształtowanie postanowień SIWZ w taki, a nie inny sposób Ustalając ten termin Zamawiający miał na uwadze termin zakończenia aktualnie obowiązującej umowy na świadczenie usług sieci WAN zawartej z konsorcjum firm NETIA i T-Mobile, który warunkował konieczność rozpoczęcia świadczenia usług przez kolejnego wykonawcę. Jest to niewątpliwie niezbędne, jeśli nie kluczowe, dla zachowania ciągłości działania przedsiębiorstwa Zamawiającego i dla jego funkcjonowania w charakterze operatora wyznaczonego. W związku z tym, w ocenie Izby, słusznie podnosił Zamawiający, iż brak zakończenia prac wdrożeniowych w terminie do 30 listopada 2019 r. może nieść za sobą bardzo poważne, negatywne konsekwencje dla Zamawiającego. Odwołujący nie przedstawił argumentów, które pozwalałyby poddać w wątpliwość powyższą okoliczność.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut nr 6 odwołania za bezzasadny.

Zarzut nr 7

Również nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na zastrzeżenie w § 8 ust. 1 i 9 Umowy prawa Zamawiającego do zmniejszenia zamówienia w praktyce nieograniczonym zakresie, z uwagi na procentową liczbę lokalizacji do rezygnacji i powtarzalność tej wielkości w każdym roku obowiązywania Umowy, co nie stanowi podstawy do roszczeń ze strony wykonawcy.

W ocenie Izby ww. postanowienia Umowy w sposób dostatecznie precyzyjny określały zakres uprawnienia Zamawiającego. Wykonawcy zostali w sposób precyzyjny poinformowani o maksymalnych granicach, w jakich Zamawiający będzie mógł zrezygnować z usług. Zamawiający wskazał również na maksymalnie jak długi okres może żądać zawieszenia usług, ograniczył to uprawnienie wyłącznie do łączy kategorii T4-T7 oraz wprowadził istotne zastrzeżenie, że jednocześnie nie może zostać zawieszone świadczenie usług dla więcej niż 2% łączy kategorii T4-T7. Nie sposób zatem mówić o tym, aby przedmiotowe postanowienia miały niejednoznaczny czy niewyczerpujący charakter, Odwołujący tego nie wykazał.

Izba nie zgodziła się także z Odwołującym, iż w obecnym brzmieniu SIWZ daje Zamawiającemu możliwość rezygnacji z 20% wszystkich lokalizacji w skali jednego roku lub niezależnie od tego z 40% lokalizacji dla danej (każdej) kategorii w skali roku. Zamawiający na gruncie tak ukształtowanych postanowień § 8 ust. 1 Umowy owszem ma możliwość rezygnacji z 40% lokalizacji w skali roku dla danej kategorii łącza, niemniej korzystając z tego uprawnienia musi pamiętać także o zakazie przekroczenia łącznej liczby 20% lokalizacji w skali roku (co wynika wprost z § 8 ust. 1 lit. a Umowy). Nie jest więc tak jak twierdził Odwołujący na rozprawie, że Zamawiający może w jednym roku zrezygnować z 60% lokalizacji, jest to nadinterpretacja, te wartości się nie sumują, gdyż odnoszą się do dwóch różnych zmiennych (wartości określonej łącznie dla wszystkich lokalizacji i określonej dla poszczególnych kategorii lokalizacji). Obu tych ograniczeń Zamawiający zobowiązany jest dochować korzystając z omawianego uprawnienia. Tym samym alternatywnie postawione żądanie doprecyzowania § 8 ust. 1 w ten sposób, że Zamawiający ma prawo do rezygnacji z nie więcej niż łącznie 20% Lokalizacji w trakcie obowiązywania Umowy dla wszystkich kategorii łączy w stosunku do liczby podanej w Wykazie Lokalizacji, w tym nie więcej niż 40% Lokalizacji w trakcie obowiązywania Umowy dla danej kategorii łączy, jawi się jako bezcelowe. W ocenie Izby Odwołujący zmierzał jedynie do ograniczenia uprawnienia Zamawiającego, aby wskazane limity obowiązywały nie w skali roku, lecz w skali całego okresu obowiązywania Umowy. Nie wykazał jednak, że ukształtowanie postanowień Umowy w takim brzmieniu uniemożliwia mu skalkulowanie oferty ani jak miałoby zmienić jego sytuację odniesienie limitów do całego okresu obowiązywania Umowy, a nie jednego roku.

Zdaniem składu orzekającego, argumentacja Odwołującego i Przystępujących zmierzała do zobrazowania, że wykonawcy w trakcie realizacji Umowy zostaną postawieni w sytuacji, w której ich przewidywane wynagrodzenie

zostanie znacznie zmniejszone. Pominięto jednak okoliczność, iż tak jak Zamawiający może zrezygnować z części lokalizacji objętych Wykazem stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ, tak równie prawdopodobne jest, iż zdecyduje się ona otworzyć nowe placówki pocztowe, na co wprost wskazuje chociażby jego symulacja odnosząca się do nowych lokalizacji przedstawiona w Formularzu Cenowym. Ponadto koszty uruchomienia usług w lokalizacjach objętych Wykazem wykonawcy są w stanie pokryć ustalając zryczałtowaną Opłatę Instalacyjną, z kolei Wynagrodzenie za Usługi w przypadku rezygnacji z danej Lokalizacji nie będzie należne, skoro usługi nie będą świadczone. Również w przypadku zawieszenia usług ciężko mówić o tym, aby okoliczność ta generowała po stronie wykonawców wymierne koszty, skoro w tym czasie nie będą oni zobowiązani do świadczenia usług operatora sieci WAN w danej Lokalizacji, a do tego (jak już wskazano) zawieszenie usług dotyczy wyłącznie łączy kategorii T4-T7 oraz może trwać maksymalnie 6 miesięcy w danej Lokalizacji, jak również nie jest dopuszczalne jednoczesne zawieszenie świadczenia usług dla więcej niż 2% wszystkich Lokalizacji objętych Umową. W związku z powyższym ewentualne koszty utrzymania łącza przez wykonawcę w okresie zawieszenia świadczenia usług będą mieć charakter marginalny z punktu widzenia całego przedmiotu zamówienia, zaś ryzyko ich ewentualnego wystąpienia, w ocenie Izby, może być oszacowane i uwzględnione przez wykonawcę w cenie oferty.

Izba stoi na stanowisku, iż biorąc pod uwagę charakter i skalę działalności Zamawiającego, jak i planowany okres obowiązywania umowy, nie sposób odmówić Zamawiającemu prawa do zastrzeżenia sobie możliwości rezygnacji z części usług czy też ich tymczasowego zawieszenia, okoliczność ta wynika bowiem z jego uzasadnionych potrzeb. Naturalnym jest, iż w okresie obowiązywania umowy część placówek pocztowych może zostać zamkniętych, tak samo jak pewnym jest, że w tym okresie powstaną także nowe placówki. Zamawiający wskazywał zresztą podczas rozprawy, iż ma obowiązek zapewnienia usług w poszczególnych placówkach, więc nie jest tak, że będzie rezygnował z usług w takim zakresie, jak podnosi Odwołujący, a zwykle w miejsce jednej placówki pojawia się inna lokalizacja. Nieuzasadnionym i niecelowym z perspektywy Zamawiającego, zobowiązanego do należytego gospodarowania środkami publicznymi, byłoby pozbawienie go możliwości rezygnacji z usług operatora sieci WAN w tych Lokalizacjach, w których zaprzestał on prowadzenia działalności.

Izba miała także na względzie, iż w stawianych żądaniach Odwołujący domagał się całkowitego wykreślenia § 8 ust. 1 i 9 Umowy, co nie było, zdaniem składu orzekającego Izby, uzasadnione. Zważyć należy, że żądanie wykreślenia konkretnych postanowień umownych (tutaj dotyczących stricte uprawnień Zamawiającego) jest żądaniem najdalej idącym w przypadku odwołań na treść postanowień SIWZ, a co za tym idzie zasadność takiego działania powinna być należycie wykazana przez stronę stawiającą takie żądanie. Odwołujący powinien był zatem wykazać, że kwestionowane postanowienia nie uwzględniają wszystkich wymagań i okoliczności niezbędnych do sporządzenia oferty, jak i przestawić kontrargumentację do twierdzeń Zamawiającego, że takie działanie wynika z jego uzasadnionych potrzeb. Z kolei postawione w stosunku do § 8 ust. 1 Umowy żądanie alternatywne nie znajdowało uzasadnionych podstaw, na co wskazano już powyżej.

W świetle powyższego, zdaniem Izby postanowienia § 8 ust. 1 i 9 Umowy nie naruszają art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, a przede wszystkim nie wpływają negatywnie na możliwość złożenia oferty przez wykonawcę, czy też nie naruszają równowagi kontraktowej stron stosunku zobowiązaniowego. Stąd chybiony jest zarzut Odwołującego, że Zamawiający nie dokonał jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia skoro wskazał wszystkim wykonawcom zamierzającym wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w jakim zakresie przewiduje możliwość ograniczenia zakresu świadczenia i rezygnacji/zawieszenia części usług objętych zamówieniem, a więc określił minimalny gwarantowany zakres przedmiotowego zamówienia.

Zarzut nr 8

W punkcie 8 odwołania, Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie w § 12 Umowy rażąco wygórowanych kar umownych.

W uzasadnieniu faktycznym zarzutu Odwołujący zwrócił uwagę wyłącznie na kwestię uzależnienia kar umownych od opóźnienia, nie od zwłoki oraz naliczania ich od wartości całej umowy, a nie wartości tej części umowy, której dotyczy uchybienie oraz przywołał w tym zakresie odpowiednie orzecznictwo. W kontekście rażącego wygórowania kar umownych Odwołujący wskazał jedynie lakonicznie, iż kary znacznie przewyższą szkodę poniesioną przez Zamawiającego, a ich poziom zmusi wykonawców do uwzględnienia tego ryzyka w wycenie. W uzasadnieniu faktycznym brak jest jakiejkolwiek argumentacji uzasadniającej żądania stawiane przez Odwołującego w zakresie tego, aby Zamawiający nie mógł pobierać za to samo uchybienie zarówno kar umownych, jak i bonifikat, o czym mówi § 12 ust. 18 Umowy. Do kwestii bonifikat Odwołujący w ogóle w odwołaniu się nie odnosił, co czyni tak stawiane żądanie (i zarzut w tym zakresie) całkowicie nieuzasadnionym. W rzeczywistości, w odniesieniu do wszystkich żądań, Odwołujący poza powołaniem się na orzecznictwo w zasadzie nie przedstawił merytorycznej argumentacji, która miałaby uzasadniać

rażące wygórowanie kar umownych i propozycje zmian. W tym miejscu należy podkreślić, iż poprzestanie na samym odwołaniu się do orzecznictwa, bez jego odniesienia do konkretnych postanowień umownych i wyjaśnienia dlaczego właśnie kara na tak ustalonym poziomie jest karą wygórowaną i to w sposób rażący, nie jest wystarczającym uzasadnieniem faktycznym podnoszonych naruszeń. Kary umowne zostały zastrzeżone za ściśle określne uchybienia i to rolą Odwołującego, jak strony wywodzącej z tego faktu skutki prawne, było wykazanie, że w przypadku tych konkretnych uchybień obowiązek zapłaty kary umownej w określonej wysokości nie znajduje uzasadnienia.

Ponadto kluczową dla oceny zarzutów jest okoliczność dokonania przez Zamawiającego zmiany treści SIWZ w dniu 17 stycznia 2019 r. Na moment wyrokowania zmianie uległ prawie cały § 12 Umowy w porównaniu ze stanem faktycznym mającym miejsce w dacie wnoszenia odwołania. Zamawiający zmniejszył wysokość poszczególnych kar umownych, zmniejszył łączny limit kar możliwych do naliczenia, wprowadził postanowienia regulujące sytuację wykonawców, gdy uchybienia powstały z przyczyn od nich niezależnych oraz ograniczył możliwość dochodzenia kar umownych w przypadku braku realizacji obowiązków umownych przez wykonawcę. W konsekwencji argumentacja wskazana w odwołaniu straciła aktualność, a podstawa faktyczna która powinna stanowić przedmiot oceny Izby w dacie zamknięcia rozprawy zdematerializowała się w zasadniczej części. Już sam ten fakt czyni stawiane zarzuty niemożliwymi do oceny, a argumentację przedstawioną w odwołaniu bezprzedmiotową. Ponadto nawet w sytuacji, gdyby okazało się, że część zarzutów odnoszących się do § 12 Umowy była zasadna, to pozostawałyby one bez wpływu na wynik postępowania, jako że postanowienia § 12 uległy diametralnej zmianie. Odwołujący świadomy tych zmian nie zmodyfikował wniosków odwołania w toku postępowania odwoławczego pozostawiając żądania, które zostały częściowo już przez Zamawiającego spełnione. Ponadto Odwołujący miał możliwość objęcia tak zmienionych postanowień § 12 Umowy przedmiotem zaskarżenia w drodze odrębnego środka ochrony prawnej i w przedmiotowym postępowaniu ich zasadność co do zasady nie powinna podlegać badaniu przez Izbę.

Niezależnie od powyższego, mieć należy na uwadze, iż Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w granicach swobody umów, aczkolwiek uprawnienie to nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Stosownie art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Zgodnie zaś z art. 484 § 1 k.c. w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Jak wskazuje się w orzecznictwie, kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań. Skłania ona tym samym stronę zobowiązaną, może nawet silniej niż jakiekolwiek inne środki, do ścisłego wypełnienia zobowiązania i stanowi dodatkowy instrument służący zapewnieniu gwarancji należytego wypełnienia zobowiązań. Zamawiający ma prawo korzystać z tych funkcji kar umownych po to, by zapewnić sobie możliwie szeroki wachlarz gwarancji, że wykonawca będzie wykonywał zamówienie publiczne w sposób oczekiwany przez zamawiającego, terminowy i zgodny z wymaganymi standardami (por. m.in. wyrok KIO z dnia 6 maja 2016 r., sygn. akt KIO 626/16).

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego w zakresie, w jakim wskazywał on na to, aby kary umowne były uzależnione od winy wykonawcy, tj. żeby naliczane były za zwłokę, a nie opóźnienie.

Izba w tym miejscu podziela pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 6 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 980/18, 983/18 (na który zresztą powoływał się Odwołujący w odniesieniu do reguł obowiązujących przy ustalaniu kar umownych) w którym Izba wskazała, iż: „W omawianym zakresie należy odwołać się do przepisów k.c., które znajdują zastosowanie do czynności zamawiających i wykonawców na podstawie odesłania zawartego w art. 14 Pzp oraz przede wszystkim znajdują generalnie zastosowanie w sprawach zamówień publicznych w związku z art. 2 pkt 13 ustawy definiującym zamówienia publiczne jako umowy zawierane pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami, a więc stosunki cywilnoprawne, ze wszystkimi tego konsekwencjami, w tym rozciągnięciem instytucji i siatki pojęciowej prawa cywilnego na zamówienia publiczne. Podstawą odpowiedzialności kontraktowej, ukształtowanej przede wszystkim w art. 471 k.c. jest, iż dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Zasadnym jest, przy ocenie należytej staranności wykonawcy, odwołanie się do art. 355 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Ponadto należy mieć na względzie przepis art. 355 § 2 k.c., definiujący należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Konstrukcja kary umownej przewidzianej w art. 483 § 1 k.c. oparta jest na ogólnych zasadach

odpowiedzialności odszkodowawczej […]. Orzecznictwo i piśmiennictwo zgodnie przyjmują, iż kara umowna jest zryczałtowanym odszkodowaniem ex contractu, zatem przesłanki jej wymagalności określają ogólne przesłanki kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., I CKN 791/98, z dnia 8 lipca 2004 r. IV CKN 583/03). Zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty także w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., mająca moc zasady prawnej, III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69). W razie braku rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika, jego wina w nieterminowym wykonaniu zobowiązania jest podstawową przesłanką roszczenia o zapłatę kary umownej. Prezentowane stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Najwyższego z 16 stycznia 2013 roku (sygn. akt II CSK 331/12), w którym podkreślono, że "(...) obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie powstaje wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 1965 r., I CR 545/63, OSPiKA 1967, nr 4, poz. 97, z dnia 2 czerwca 1970 r., II CR 167/70, OSNCP 1970, nr 11, poz. 214 (...), z dnia 26 stycznia 2011r., II CSK 318/10, niepubl.) (...) Dłużnik może się zwolnić od obowiązku jej zapłaty wykazując, że niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności"). Zatem nie można żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Jednocześnie dochodząc w takim przypadku kary umownej wierzyciel nie musi udowadniać, że nieterminowe wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. To dłużnika obciąża natomiast dowód braku odpowiedzialności za wskazane zdarzenie. Analogiczne wnioski płyną z wyroku Sądu Najwyższego z 17 czerwca 2016 roku (sygn. akt IV CSK 674/15), w którym zaznaczono, że obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie (zwłokę) powstaje wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność […].”

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, iż brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu Odwołującego w zakresie obejmującym wprowadzenie postanowień umownych uzależniających wprost obowiązek zapłaty kary umownej od winy wykonawcy. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego wykonawca będzie mógł zwolnić się z odpowiedzialności, jeżeli wykaże, że za dane zdarzenie nie ponosi odpowiedzialności. Nie sposób uznać, by tak skonstruowane postanowienia umowne naruszały zatem równowagę kontraktową oraz przepisy ustawy Pzp. Dodać należy, że w dniu 17 stycznia 2019 r. Zamawiający wprowadził do § 12 Umowy nowe postanowienie, które wprost regulowało możliwość zwolnienia wykonawcy z obowiązku zapłaty kar umownych, w sytuacji gdy wykonawca przedłoży stosowne dowody, że niedochowanie terminu nastąpiło z przyczyn, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Co więcej, Zamawiający przewidział także możliwość żądania uzupełnienia tych dowodów przez wykonawcę, jeśli uzna je za niewystraczające. W tym stanie rzeczy Odwołujący nie zmodyfikował jednak swoich wniosków w toku postępowania odwoławczego. W konsekwencji, w ocenie Izby, argumentacja Odwołującego jest bezprzedmiotowa.

Odnosząc się do kwestii uzależnienia wysokości kar umownych od wartości całkowitego wynagrodzenia umownego, a nie wynagrodzenia dotyczącego tej części zobowiązania, którego dotyczy uchybienie, w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby tak ustalone kary były rażąco wygórowane, przy czym dodatkowo nastąpiły zmiany co do wysokości tych kar. Odwołujący co prawda złożył w toku postępowania zestawienie wysokości kar umownych z ich przeliczeniem na konkretne kwoty, jednak Izba uznała dowód ten za niewystarczający dla uznania, że mamy do czynienia z rażącym wygórowaniem kar umownych, jako że odnosi on się wyłącznie do jednego z wielu aspektów, jakie mogą mieć wpływ na uznanie kary za rażąco wygórowaną. Wśród takich aspektów można przykładowo wskazać, na okoliczności takie jak rodzaj i stopień skomplikowania zobowiązania, jego znaczenie dla wierzyciela (zobowiązania mające istotne znaczenie dla wierzyciela mogą być sankcjonowane wyższymi karami niż niespełnienie świadczenia ubocznego czy też mającego w całokształcie sytuacji stron znaczenie drugoplanowe), rodzaj i przyczyna naruszenia, czy też rodzaj czy rozmiar negatywnych następstw, które mogą dotknąć wierzyciela na skutek naruszenia zobowiązania. Zadaniem Odwołującego było także wykazać, że w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z wygórowaniem kar umownych w stopniu rażącym, czyli kwalifikowanym, a nie wyłącznie że kary te są wysokie.

Ponadto Izba oceniła propozycje wprowadzenia zmian w SIWZ jako nadmierne, z jednej strony Odwołujący domagał się bowiem uzależnienia wysokości kar umownych od wartości elementu umowy, którego dotyczy uchybienie, a nie całkowitego wynagrodzenia, a z drugiej strony domagał się jeszcze obniżenia wszystkich kar o połowę. Zadośćuczynienie jego żądaniom prowadziłoby w praktyce do sytuacji, kiedy kary umowne zostałyby obniżone do poziomu, który nie dawałby Zamawiającemu odpowiedniego zabezpieczenia jego interesów. Ponadto zgodnie ze stanem faktycznym ustalonym w toku postępowania, Zamawiający częściowo spełnił żądania wykonawcy i zmniejszył wysokość większości kar umownych o 50%, co nie pozostało bez wpływu na ocenę argumentacji Odwołującego w zakresie rażącego wygórowania tych kar.

Zamawiający zmniejszył także łączny limit kar umownych z tytułu Umowy do kwoty 60% wynagrodzenia

umownego, natomiast Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że niezbędne jest jego obniżenie do poziomu zaledwie 20%. W ocenie Izby tak znaczne obniżenie tego limitu nie było niczym uzasadnione, a żądanie Odwołującego stawiło wyłącznie próbę uprzywilejowania w większym stopniu pozycji wykonawców na etapie realizacji umowy i obniżenie ryzyk związanych z możliwością poniesienia kar umownych w przypadku nienależytego wykonywania zamówienia czy też jego niewykonania. Kary umowne pełnią nie tylko funkcję odszkodowawczą, ale mają także na celu mobilizację kontrahenta do prawidłowego wykonywania jego obowiązków umownych, co niejednokrotnie mieć może dla zamawiających bardziej istotne znaczenie niż możliwość pokrycia poniesionej szkody, ponieważ to prawidłowa realizacja zamówienia, jest dla nich kluczowa. Nie budzi zaś wątpliwości Izby, że wykonawca może uwzględnić w cenie ofertowej ryzyko nałożenia na niego kar umownych, nawet dosyć wysokich.

Mając na uwadze powyższe, twierdzenia Odwołującego w zakresie rażącego wygórowania kar umownych Izba uznała za nieuzasadnione, stawiany zarzut zatem nie potwierdził się.

Zarzut nr 9

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 7 i art. 9a w zw. z art. 43 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez określenie zbyt krótkiego terminu składania ofert.

Zgodnie z art. 9a ustawy Pzp wyznaczając terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, zamawiający uwzględnia 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. Jak wynika z art. 43 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Nie było sporne pomiędzy stronami, iż już na gruncie pierwotnego brzmienia postanowień SIWZ, ustawowy minimalny termin składania ofert został zachowany. W tym stanie rzeczy rolą Odwołującego było wykazać, że tak ustalony termin składania ofert nie uwzględnia złożoności zamówienia czy też czasu potrzebnego na sporządzenie ofert.

W ocenie Izby Odwołujący obowiązkowi temu nie sprostał. Nawet uznając za uprawnione twierdzenia Odwołującego o złożoności przedmiotu zamówienia i jego skomplikowanym charakterze, nie przesądzają one *per se* o tym, że ustalony termin składania ofert był zbyt krótki. Odwołujący próbował udowodnić swoje racje w oparciu o okoliczności podnoszone przy okazji innych zarzutów odwołania takie jak konieczność przeprowadzenia audytu własnej infrastruktury oraz oględzin infrastruktury w budynkach Zamawiającego, w sytuacji gdy Zamawiający nie wskazał dokładnych pomieszczeń, do których mają zostać doprowadzone usługi ani osób kontaktowych. Jak szczegółowo jednak wskazano podczas omawiania zarzutu nr 5 odwołania, Odwołujący nie wykazał ani, że dane udostępnione przez Zamawiającego w Wykazie lokalizacji nie są wystraczające do dokonania audytu infrastruktury, ani że przeprowadzenie wizji lokalnych jest niezbędne dla przygotowania oferty. Tym samym nie znalazło poparcia także wyrażane w kontekście zarzutu nr 9 żądanie dopuszczenia możliwości przeprowadzenia wizji lokalnych przez wykonawców. Ponadto samo lakoniczne wskazanie na konieczność analizy infrastruktury czy to własnej, czy Zamawiającego, nie stanowi w ocenie Izby dostatecznego argumentu za przedłużeniem terminu składania ofert. Odwołujący nie wykazał, że bazując na informacjach zawartych w SIWZ przygotowanie i złożenie oferty w określonym przez Zamawiającego terminie nie jest możliwe.

Dodatkowo mieć należy na uwadze, iż tak podnoszone zarzuty, w przypadku ich potwierdzenia, pozostawałyby bez wpływu na wynik postępowania z uwagi na modyfikację terminu składania ofert dokonaną przez Zamawiającego w dniu 17 stycznia 2019 r. Termin ten został przedłużony do dnia 11 lutego 2019 r., co powodowało, iż okres na przygotowanie i złożenie oferty uległ przedłużeniu o dwa tygodnie. Odwołujący podtrzymując zarzut oraz żądania, w których domagał się przedłużenia terminu składania ofert do 60 dni, winien był udowodnić, że przedstawiona w odwołaniu argumentacja stanowiąca podstawę faktyczną zarzutu zachowała aktualność, czego nie uczynił.

W świetle powyższego, Izba uznała, iż omawiany zarzut nie potwierdził się.

Zarzut nr 10

Następnie Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, który wywodził z zastrzeżenia, że możliwość realizacji podstawowych łączy kablowych z wykorzystaniem łączy radiowych lub dla kategorii T4-T6 łączy tymczasowych w niższych kategoriach może nastąpić po uprzednim uzgodnieniu z Zamawiającym lub jego akceptacji, co skutkuje tym, że o sposobie realizacji łączy decydować będzie Zamawiający po fakcie zawarcia umowy.

Z powyższym stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić.

W ocenie składu orzekającego z treści SIWZ, a konkretniej zRozdziału 1 pkt 1.1. ppkt 10 OPZ wynika zasada, iż

łącza podstawowe mają stanowić łącza kablowe (podpunkt ten odnosi się tylko do łączy podstawowych, a nie zapasowych). Postanowienie to reguluje sytuację, kiedy „wykonawca nie może dostarczyć łącza podstawowego kablowego," co wprost wskazuje, że wymogiem, jaki Zamawiający stawia wykonawcom jest dostarczenie kablowych łączy podstawowych. Intencją Zamawiającego jest zatem, aby wykorzystanie tzw. radiolinii było dopuszczalne jedynie wyjątkowo, w sytuacjach kiedy nie jest możliwe dostarczenie przez wykonawcę łączy kablowych dla łączy podstawowych. Omawiane postanowienie wprowadza zabezpieczenie, pozwalające stronom umowy w sposób elastyczny reagować na mogące się pojawić na etapie realizacji trudności z dostarczeniem kablowych łączy podstawowych. Naturalnym i uzasadnionym jest w takiej sytuacji, że zastąpienie łącza kablowego tzw. „radiolinią" następuje w porozumieniu z Zamawiającym i za jego zgodą. Tylko taki mechanizm pozwala bowiem Zamawiającemu skontrolować, czy w danej sytuacji dostarczenie łącza kablowego faktycznie jest niemożliwe czy też utrudnione. Jeżeli – jak wskazywał Odwołujący – podczas realizacji umowy okaże się, że dla lokalizacji trudnodostępnych możliwe będzie wyłącznie dostarczenie łączy radiowych, Zamawiający niewątpliwie okoliczność tę uwzględni i dopuści możliwość zastosowania tego rodzaju rozwiązania, ponieważ pozwala mu na to ppkt 10 Rozdziału 1 pkt 1.1. OPZ. Wykonawca nie powinien z góry zakładać braku dobrej woli i współdziałania po stronie Zamawiającego.

Biorąc po uwagę argumentację przedstawioną przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym, Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, aby dla potrzeb należytego skonstruowania oferty niezbędne było posiadanie wiedzy na etapie ofertowania, w których lokalizacjach Zamawiający dopuści radiolinie na łączach podstawowych. Taka sytuacja ma mieć miejsce wtedy, kiedy wykonawca nie będzie w stanie dostarczyć łączy kablowych, a zatem Zamawiający obecnie może nawet nie posiadać stosownej wiedzy, aby przesądzić dla których z ponad 4700 lokalizacji oraz w jakich okolicznościach może dojść do konieczności zastosowania łączy radiowych, przy czym nie można tracić z oczu, że przyczyna niemożliwości dostarczenia łączy kablowych może leżeć po stronie samego wykonawcy. W związku z tym, mając na uwadze treść SIWZ, należy stwierdzić, że punkt odniesienia dla wykonawców podczas sporządzania oferty powinna mieć okoliczność, iż łącza podstawowe co do zasady mają stanowić łącza kablowe.

Twierdzenia Odwołującego, iż łącza radiowe stanowią alternatywę dla kosztownych bądź długotrwałych inwestycji w rozbudowę zasobów sieciowych, wskazują, iż wykonawca próbuje przekonać Zamawiającego i Izbę o tym, że być może korzystniejszym byłoby skorzystanie po prostu z tańszego rozwiązania, na co wskazują także stawiane żądania, w których Odwołujący domagał się dopuszczenia stosowania łączy radiowych typu radiolinia punkt-punkt pracujących w częstotliwościach koncesjonowanych we wszystkich lokalizacjach. Natomiast w żaden sposób twierdzenia te nie potwierdzają okoliczności, że przedmiot zamówienia został opisany niezgodnie z wymogami wynikającymi z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołanie na treść SIWZ nie może zmierzać do tego, aby Zamawiający dokonał zakupu usług niespełniających jego wymagań - celem postępowania o udzielenie zamówienia jest przecież uzyskanie przez Zamawiającego takiego produktu, który spełnia jego uzasadnione potrzeby. Tymczasem Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że oczekiwanie przez Zamawiającego, aby łącza podstawowe były łączami kablowymi, nie stanowi uzasadnionej potrzeby Zamawiającego.

Jeśli chodzi o wymóg wynikający z § 3 ust. 11 Umowy (któremu odpowiada treść pkt 4 Rozdziału 3 pkt 3.1. OPZ) Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający pozostawił sobie na czas po zawarciu umowy prawo decyzji o dopuszczalności dla kategorii T4-T6 łączy tymczasowych o kategorii niższej, a wykonawca przygotowując ofertę nie wie czy Zamawiający dopuści stosowanie łączy tymczasowych dla kategorii T4-T6. Powyższe stanowisko nie znajduje potwierdzenia w brzmieniu pkt 4 Rozdziału 3 pkt 3.1. OPZ (§ 3 ust. 11 Umowy) obowiązującym w dacie wnoszenia odwołania, z którego wprost wynika, iż „Dla łączy kategorii T4-T6 Zamawiający dopuszcza uruchomienie łączy tymczasowych na okres do 3 miesięcy od momentu rozpoczęcia świadczenia Usług dla Lokalizacji, w których Wykonawca nie zakończył budowy infrastruktury docelowej w terminach określonych Umową. W tym czasie dopuszcza się zastosowanie łączy w kategorii niższej, zaakceptowanej przez Zamawiającego." Stosowanie łączy tymczasowych dla kategorii T4-T6 w kategorii niższej zostało w sposób jednoznaczny dopuszczone przez Zamawiającego w sytuacjach, o których mowa w ww. postanowieniu. Jedynie sama kategoria łącza tymczasowego została poddana obowiązkowi uzyskania akceptacji Zamawiającego. Oznacza to, że kategoria łącza tymczasowego może by niższa, natomiast ustalenie ilokrotnie niższa od kategorii docelowej łącza może ona być, musi nastąpić w porozumieniu z Zamawiającym. Twierdzenia Odwołującego, że łącza tymczasowe mogą być alternatywą w przypadku przedłużających się inwestycji niewątpliwie są prawdziwe, natomiast nie stanowią argumentacji na poparcie stawianych zarzutów, jako że łącza tymczasowe dla kategorii T4-T6 w kategorii niższej zostały przez Zamawiającego dopuszczone.

Izba nie dopatrzyła się w takim sformułowaniu przedmiotowego wymogu jakichkolwiek nieprawidłowości. Zresztą Odwołujący w żaden sposób nie dowiódł, że brak posiadania na etapie ofertowania wiedzy o tym, czy będzie mógł w trakcie realizacji Umowy zastosować łącza tymczasowe o dowolnie niższej kategorii, jest niezbędna dla przygotowania oferty. Z argumentacji Odwołującego można wywieść wniosek, iż właśnie tego się domaga, aby miał pewność, że

Zamawiający nie będzie ingerował w jego decyzję o kategorii łącza tymczasowego, jaką zamierza zastosować. Potwierdzają to także żądania Odwołującego, sprowadzające się do wykreślenia zdania mówiącego o obowiązku uzyskania akceptacji Zamawiającego na daną kategorię łącza. Świadczy to, w ocenie Izby, o niczym innym, jak o próbie uzyskania bardziej dogodnych dla samego wykonawcy warunków realizacji zamówienia.

Dodatkowo należy wskazać, iż w dniu 17 stycznia 2019 r. Zamawiający zmienił treść punktu 4 Rozdziału 3 pkt 3.1. OPZ wychodząc jeszcze bardziej naprzeciw oczekiwaniom wykonawców i uzupełnił katalog rozwiązań, jakie dopuszcza w przypadku łączy tymczasowych, o możliwość zastosowania radiolinii dla łączy podstawowych i zapasowych. Odwołujący nie odniósł w żaden sposób podniesionej w odwołaniu argumentacji do stanu faktycznego, jaki zaistniał na skutek dokonanej przez Zamawiający modyfikacji SIWZ.

W świetle powyższego zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 ustawy Pzp jawią się jako bezprzedmiotowe i nieuzasadnione. Tym samym również wskazany jako podstawa prawna zarzutu art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, nie został w ocenie Izby naruszony.

Zarzut nr 11

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, wynikające z braku określenia pełnej funkcjonalności rozwiązania, jakiej wymaga Zamawiający w odniesieniu do systemu monitorowania, Izba uznała za nieudowodniony.

Uzasadnienie faktyczne zarzutu sprowadzało się wyłącznie do twierdzenia, że przedmiot zamówienia zostanie dookreślony na etapie realizacji zamówienia w porozumieniu z wybranym wykonawcą, co oznacza, że wykonawca przygotowując ofertę nie wie, jakie funkcjonalności będzie musiał posiadać dostarczony przez niego system monitorowania. Jakkolwiek słusznie Odwołujący zwrócił uwagę w stawianych żądaniach na brak udostępnienia wykonawcom załącznika do OPZ „Opis wymagań dla Systemu Monitorowania i Raportowania," to jednak rozstrzygając o prawidłowości zarzutu Izba miała na uwadze stan ustalony w toku postępowania, tj. uwzględniający dokonane przez Zamawiającego zmiany SIWZ. Zamawiający uzupełnił brakujący załącznik, co czyniło stawiany przez Odwołujący zarzut bezprzedmiotowym, nie mającym wpływu na wynik postępowania. Odwołujący, na którym zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp spoczywał ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym, nie wykazał, że pomimo uzupełnienia tego załącznika przez Zamawiającego, jego argumentacja przedstawiona w odwołaniu zachowała aktualność. Ponadto nie wykazał on, że sposób ukształtowania postanowień OPZ, w zestawieniu z uzupełnionym załącznikiem do OPZ uszczegóławiającym listę wymagań dla systemu monitorowania, czynił niemożliwym prawidłowe sporządzenie oferty, nie przedstawił argumentacji, która wskazywałaby, że konieczność wprowadzenia ewentualnych dodatkowych funkcjonalności może istotnie wpłynąć na skalkulowanie ceny oferty. Mieć należy na uwadze, iż z treści postanowień pkt 8 Rozdziału 1 pkt 1.4 OPZ wyraźnie wynika, iż chodzi tu o sytuację wyjątkową, jeśli pojawią się dodatkowe, nieopisane funkcjonalności, niezbędne do prawidłowego i kompletnego działania systemu, lista funkcjonalności została bowiem wskazana w SIWZ, a następnie doprecyzowana w uzupełnionym załączniku nr 1 d OPZ. Po drugie zauważyć trzeba, że wykonanie tych ewentualnych, dodatkowych funkcjonalności, zostało uzależnione od uzgodnień z wykonawcą, a zatem nie mamy tu do czynienia z arbitralną decyzją Zamawiającego - na etapie realizacji umowy wykonawca będzie miał czynny udział w ustaleniu czy dana funkcjonalność jest niezbędna do wdrożenia i należy ją wykonać.

Zarzut nr 12

W dalszej kolejności Odwołujący wskazywał na naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 w zw. z art. 36a ust. 1 i 2 ustawy Pzp przejawiające się w zastrzeżeniu w § 3 ust. 13 Umowy, że zgoda Zamawiającego na korzystanie z podwykonawców zostanie wyrażona dopiero na etapie realizacji zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 36a ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, zaś zgodnie z ust. 2 tego przepisu zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę: a) kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi; b) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją w ramach zamówień na dostawy. Zasadą jest zatem możliwość powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom. W ocenie Izby zasada ta nie doznaje ograniczenia poprzez przewidzenie przez Zamawiającego na etapie realizacji zamówienia obowiązku uzyskania zgody Zamawiającego na danego podwykonawcę.

W szczególności postanowienia ustawy Pzp nie kształtują obowiązków Zamawiającego w zakresie uregulowania w umowie o udzielenie zamówienia wymogów co do korzystania z podwykonawców. Należy bowiem odróżnić badanie przez Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia zamiaru powierzenia przez wykonawcę części zamówienia podwykonawcom od wyrażanej na etapie realizacji umowy przez Zamawiającego akceptacji konkretnego

podwykonawcy. W ocenie Izby wniosek Odwołującego, iż nie wie on czy Zamawiający dopuści na etapie realizacji zamówienia podwykonawstwo jest zdecydowanie zbyt daleko idący. Jak wynika z § 3 ust. 13 Umowy przy realizacji przedmiotu Umowy wykonawca może korzystać ze świadczeń podmiotów trzecich jako podwykonawców, natomiast musi na to uzyskać uprzednią zgodę Zamawiającego. Jest to działanie w pełni uprawnione, jeśli weźmie się pod uwagę chociażby okoliczność, iż wykonawca jest zobowiązany do uzyskania oświadczeń podwykonawców i osób dedykowanych przez niego do współpracy z Zamawiającym o obowiązku przestrzegania zobowiązań określonych w Umowie, w szczególności w zakresie ochrony danych osobowych i tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiającego. Z postanowień umownych wynika zatem okoliczność, iż podwykonawstwo na etapie realizacji zamówienia, jest jak najbardziej dopuszczalne, za zgodą Zamawiającego, natomiast trudno odmówić Zamawiającemu prawa do skontrolowania czy korzystając z usług podwykonawcy wykonawca wypełnił w sposób prawidłowych swoje obowiązki w zakresie poufności informacji.

Zamawiający mógł w sposób bardziej precyzyjny określić sytuacje, w których może odmówić wyrażenia zgody na korzystanie z usług danego podwykonawcy, niemniej trudno byłoby w takiej sytuacji wskazać zamknięty katalog przypadków. Mieć jednak należy także na uwadze, iż w przypadku odmowy wyrażenia zgody na korzystanie z podwykonawców zastosowanie znalazłyby ogólne zasady odpowiedzialności stron wynikające z prawa cywilnego i gdyby Zamawiający teoretycznie próbował w złej wierze, w sposób rażący czy uporczywy uniemożliwiać udział podwykonawców w realizacji umowy, wówczas narażałby się na roszczenia ze strony wykonawcy (na powyższe wskazywała także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 października 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1987/14, 2000/14 i 2001/14). Nie budzi z kolei wątpliwości składu orzekającego w niniejszej sprawie, iż Zamawiający jako podmiot, który jest beneficjentem usługi i którego dane prawnie chronione, mają zostać udostępnione podmiotowi trzeciemu (podwykonawcy) może i wręcz powinien posiadać mechanizmy kontrolujące ich ochronę. Jest to uzasadnione tym bardziej, jeśli weźmie się pod uwagę specyfikę działalności Zamawiającego, który jako operator wyznaczony do świadczenia usługi powszechnej, ma dostęp do danych wrażliwych na bardzo szeroką skalę.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż takie ukształtowanie postanowień § 3 ust. 13 Umowy, nie narusza przepisów ustawy Pzp ani nie zaburza równowagi kontraktowej stron umowy, a do tego pozostaje w zgodzie ze standardami i praktykami rynkowymi.

Zarzut nr 13

Odwołujący wskazywał także na niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty opis przedmiotu zamówienia z uwagi na zastrzeżenie możliwości obciążania wykonawcy bonifikatami od dnia uruchomienia usług, jeszcze przed ich odebraniem przez Zamawiającego, a tym samym przed faktycznym terminem rozpoczęcia świadczenia usług. Powyższe, w ocenie Odwołującego, stało w sprzeczności z pozostałymi postanowieniami SIWZ. Sprzeczność tą Odwołujący upatrywał w okoliczności, iż skoro wykonawca może być obciążony bonifikatami już od uruchomienia łącza, to powinien mieć również prawo do pobierania wynagrodzenia już od dnia uruchomienia tego łącza, a nie dopiero od odbioru całej sieci WAN. Na tej podstawie Odwołujący domagał się wykreślenia postanowienia Rozdziału 6 pkt 3 OPZ, w którym przewidziano rzeczoną bonifikatę.

Tak postawiony zarzut Izba uznała za chybiony. W ocenie składu orzekającego w przedmiotowym przypadku nie zachodzi wskazywana przez Odwołującego sprzeczność pomiędzy postanowieniami SIWZ. Po pierwsze, słusznie zauważył Zamawiający, iż ewentualna bonifikata przewidziana w Rozdziale 6 pkt 3 OPZ, będzie stanowiła część Wynagrodzenia za Opłatę Instalacyjną dla danej Lokalizacji, a nie część Wynagrodzenia za Usługi. Zamawiający nie uzależnia zatem wartości bonifikaty od wynagrodzenia należnego wykonawcy po zakończeniu Prac Wdrożeniowych, czyli wynagrodzenia za świadczenie usług transmisji danych, lecz od wysokości Opłat Instalacyjnych.

Po drugie należy zwrócić uwagę na okoliczność, iż to wyłącznie w gestii wykonawcy leży opracowanie harmonogramu prac, tj. decyzja kiedy i w jakiej lokalizacji uruchomione zostanie łącze. Jak Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, wymóg określony w Rozdziale 3 pkt 3.3 ppkt 3 OPZ, iż w okresie wdrożenia Lokalizacje instalowane w poszczególne dni będą rozłożone równomiernie na obszarze Polski oraz w poszczególnych miesiącach będzie uruchamiane po ok. 500 Lokalizacji stanowi wyłącznie oczekiwanie Zamawiającego, na co *notabene* wskazuje treść samego postanowienia. Wymogiem wiążącym jest data graniczna, do której należy zakończyć Prace Wdrożeniowe, czyli uruchomić łącza we wszystkich Lokalizacjach. Prawdą jest, że wykonawca zapewne będzie swoje działania prowadził sukcesywnie, natomiast to wyłącznie od niego zależy które łącze, w jakiej lokalizacji, zdecyduje się uruchomić w jakiej kolejności, a co za tym idzie – będzie on w stanie ocenić ryzyko obciążenia go ewentualną bonifikatą za ewentualny spadek jakości danego łącza. Mając na uwadze, że to wykonawca według własnego uznania ustala wysokość tzw. Opłaty Instalacyjnej dla każdej kategorii łącza oraz wysokość Wynagrodzenia za Usług transmisji danych, brak jest podstaw do stwierdzenia, że zachodzi tu jakakolwiek niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia,

mogąca mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Ponadto nie można tracić z oczu okoliczności, iż w Rozdziale 6 pkt 3 OPZ jest mowa o uruchomieniu łącza wraz z przełączeniem komunikacji w lokalizacji, czyli ewentualna bonifikata dotyczyć będzie tych Lokalizacji, w których Zamawiający będzie korzystał z uruchomionego przez wykonawcę łącza. W konsekwencji, skoro Zamawiający świadczyłby własne usługi z wykorzystaniem uruchomionego przez wykonawcę przed zakończeniem Prac Wdrożeniowych łącza, to w ocenie Izby, uzasadnionym jest monitorowanie przez Zamawiającego jakości tego łącza i – w przypadku pogorszenia się tej jakości – zastosowanie bonifikaty (jakość łącza, na które przełączona zostanie komunikacja, niewątpliwie może mieć znaczenie dla prowadzenia działalności przez Zamawiającego). Jednocześnie zauważyć trzeba, że Odwołujący nie kwestionował uregulowań odnoszących się do samej płatności wynagrodzenia, w szczególności nie żądał wprowadzenia do umowy postanowień gwarantujących mu pobieranie wynagrodzenia za łącza uruchomione wraz z przełączeniem komunikacji przed zakończeniem Prac Wdrożeniowych. Argumentacja Odwołującego jest zatem niespójna i w ocenie Izby żądanie wykreślenia postanowienia umożliwiającego zastosowanie bonifikaty w omawianym przypadku, w praktyce zmierza do polepszenia wykonawcom warunków biznesowych świadczenia usług. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby tak ukształtowana treść SIWZ naruszać miała art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut nr 14

Zarzut 14 obejmujący swym zakresem zastrzeżenie w Rozdziale 6 pkt 9 OPZ rażąco wygórowanej bonifikaty został przez Odwołującego wycofany na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników postępowania, wobec czego nie podlegał on rozpoznaniu przez Izbę. Odwołujący jest dysponentem postępowania odwoławczego, zatem od jego woli zależy czy popiera zgłoszony przez siebie w całości środek odwoławczy, czy też z części zarzutów rezygnuje. Cofnięcie zarzutów powoduje, iż należy je traktować jako niepodniesione w treści odwołania.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

.

Przewodniczący:……
……
……