Sygn. akt: KIO 1597/20, KIO 1607/20, KIO 1623/20

WYROK

z dnia 7 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

I. w dniu 13 lipca 2020 r. przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A. w Warszawie, sygn. akt: KIO 1597/20,

II. w dniu 13 lipca 2020 r. przez wykonawcę „Netia" S.A. w Warszawie, sygn. akt: KIO 1607/20,

III. w dniu 13 lipca 2020 r. przez wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o. w Warszawie, sygn. akt: KIO 1623/20,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Ministra Finansów

przy udziale:

- wykonawcy T-Mobile Polska S.A. w Warszawie przystępującego do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 1607/20 i KIO 1623/20 po stronie odwołującego,

- wykonawcy „Netia" S.A. w Warszawie przystępującego do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 1597/20 i KIO 1623/20 po stronie odwołującego,

- wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o. w Warszawie przystępującego do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 1597/20 i KIO 1607/20 po stronie odwołującego,

orzeka:

I. W przedmiocie odwołania sygn. akt: KIO 1597/20:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:

1.1. zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 p.z.p., poprzez dokonanie opisu przedmiotu

zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów, w zakresie w jakim:

a) zamawiający przewidział zbyt krótkie gwarantowane terminy na przygotowanie do realizacji zamówienia opcjonalnego w zakresie łącza typu B, C, D, G i łącza typu 1,

b) zamawiający przewidział zbyt krótkie gwarantowane terminy na przygotowanie do realizacji zamówienia opcjonalnego w zakresie podwyższenia przepustowości łącza typu A, B i C,

1.2. zarzutu naruszenia art. 34 ust. 5 w zw. z art. 29 ust. 1 p.z.p., poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie w jakim zamawiający nieprecyzyjnie określił zakres zamówienia objęty prawem opcji, w szczególności poprzez:

a) brak podania współrzędnych nowych lokalizacji miejsc obsługi klienta, w których wykonawca, w ramach prawa opcji, będzie zobowiązany do zapewnienia łącza typu F i do których będzie zobowiązany przenieść istniejące łącza typu F oraz w przypadku nowych łączy F ich liczby,

b) brak podania lokalizacji, w których wykonawca na żądanie zamawiającego będzie zobowiązany do zapewnienia łącza typu G,

1.3. zarzutu naruszenia art. 353^1 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 k.c. w zw. z art.

7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p., poprzez sporządzenie IPU, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim:

a) nie określono maksymalnej wysokości kar umownych, do których zapłaty zobowiązany może być wykonawca,

b) zamawiający nie wprowadził w § 8 IPU procedury reklamacyjnej, która umożliwiałaby wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń co do zasadności nałożenia kar umownych oraz ich wysokości, a także usunięcie naruszeń przed ich nałożeniem,

2. uwzględnia odwołanie w zakresie:

2.1. zarzutu określenia przez zamawiającego zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcia świadczenia usługi i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany dokumentacji postępowania poprzez wskazanie, że wykonawca jest zobowiązany do rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych w okresie 180 dni od dnia zawarcia umowy i jej świadczenia przez 24 miesiące od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi,

2.2. zarzutu nieprawidłowego określenia w § 2 ust. 4 istotnych postanowień umownych, że wynagrodzenie za świadczenie usługi transmisji danych jest należne wykonawcy od dnia uruchomienia usługi transmisji danych we wszystkich lokalizacjach, nie zaś od momentu faktycznego uruchomienia usługi w danej lokalizacji i nakazuje zamawiającemu określenie w dokumentacji postępowania, że w przypadku rozpoczęcia świadczenia usług transmisji danych w danej lokalizacji, przed uruchomieniem usługi transmisji we wszystkich lokalizacjach, za usługę świadczoną w tym okresie wykonawcy będzie przysługiwać wynagrodzenie w wysokości opłaty abonamentowej określonej dla danego łącza, naliczonej proporcjonalnie do okresu korzystania przez zamawiającego z usługi,

2.3. zarzutu nieprawidłowego określenia kary umownej w § 8 ust. 4 istotnych postanowień umownych i nakazuje zamawiającemu usunięcie tej kary,

3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

4. kosztami postępowania odwoławczego w części 3/4 obciąża zamawiającego

Skarb Państwa - Ministra Finansów i w części 1/4 obciąża wykonawcę T-Mobile

Polska S.A. w Warszawie i:

4.1 zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

4.2 zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa - Ministra Finansów na rzecz wykonawcy T-Mobile Polska S.A. w Warszawie kwotę 13 950,00 zł (trzynaście tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego.

II. W przedmiocie odwołania sygn. akt KIO 1607/20:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust.

1 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechania opisania przedmiotu zamówienia w zakresie opisu prawa opcji, w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty,

2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu określenia przez zamawiającego zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcia świadczenia usługi oraz zarzutu określenia terminu realizacji zamówienia w sposób faworyzujący jednego z wykonawców, utrudniający uczciwą konkurencję i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany dokumentacji postępowania poprzez wskazanie, że wykonawca jest zobowiązany do rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych w okresie 180 dni od dnia zawarcia umowy i jej świadczenia przez 24 miesiące od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi,

3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

4. kosztami postępowania odwoławczego w części 2/3 obciąża zamawiającego

Skarb Państwa - Ministra Finansów i w części 1/3 obciąża wykonawcę „Netia" S.A.

w Warszawie i:

4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę „Netia" S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa - Ministra Finansów na rzecz wykonawcy „Netia" S.A. w Warszawie kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego.

III. W przedmiocie odwołania sygn. akt KIO 1623/20:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:

1.1. zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 p.z.p., poprzez opisanie przedmiotu

zamówienia w odniesieniu do prawa opcji w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na zastrzeżenie zbyt krótkiego terminu uruchomienia usług objętych prawem opcji,

1.2. art. 29 ust. 1 p.z.p., poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na zaniechanie zamieszczenia w SIWZ wyczerpującego opisu w punktach 5, 6, 7.11., 8.13., 9.9., 11.12., 12.11., 7.11. - 7.12., 10.11., 11.13., 13.6., 8.10, 9.6.,10.6.,10.1., 14.3. - 14.4., 15.3., 15.5. OPZ,

1.3. art. 29 ust. 1 p.z.p., poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do prawa opcji w pkt 6.7., 7.11., 10.10., 11.3, 13.6 OPZ w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na zaniechanie określenia dokładnej lokalizacji łączy, w których świadczone mają być usługi w ramach prawa opcji,

1.4. art. 29 ust. 1 p.z.p., poprzez wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia w pkt 1.2. OPZ kwoty maksymalnego wynagrodzenia w ramach prawa opcji, co wobec zaniechania opisania prawa opcji w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 p.z.p. uniemożliwia wykonawcy pobieranie opłat za usługę w wysokości uwzględniającej rzeczywiste koszty jej uruchomienia i świadczenia,

2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu określenia przez zamawiającego zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcia świadczenia usługi i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany dokumentacji postępowania poprzez wskazanie, że wykonawca jest zobowiązany do rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych w okresie 180 dni od dnia zawarcia umowy i jej świadczenia przez 24 miesiące od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi,

3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

4. kosztami postępowania odwoławczego w części 1/3 obciąża zamawiającego Skarb Państwa - Ministra Finansów i w części 2/3 obciąża wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o. w Warszawie i:

4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa - Ministra Finansów na rzecz wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o. w Warszawie kwotę 6 200,00 zł (sześć tysięcy dwieście złotych) tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

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

wyroku z dnia 7 sierpnia 2020 r. w sprawach o sygn. akt:

KIO 1597/20, KIO 1607/20, KIO 1623/20

Zamawiający Skarb Państwa - Minister Finansów ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie

przez Wykonawcę usługi transmisji danych na rzecz Zamawiającego w lokalizacjach przez niego wskazanych oraz świadczenie usług towarzyszących", o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 lipca 2020 r. pod numerem 2020/S 127-310977, dalej zwane jako „postępowanie".

Skład orzekający ustalił, że postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.", jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1597/20:

W dniu 13 lipca 2020 r. odwołanie wobec treści dokumentacji postępowania wniósł wykonawca T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa (dalej zwany także jako „odwołujący T-Mobile"). W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty

naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego

w związku z art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie w pkt 3 części III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia (dalej jako: „Część III SIWZ") i w § 2 ust. 1 części IV SIWZ - Istotne postanowienia umowy (dalej jako: „IPU") opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz sporządzenie IPU w sposób naruszający zasady współżycia społecznego w zakresie, w jakim Zamawiający określił zbyt krótki termin na rozpoczęcie świadczenia usług, gdyż termin 2 miesięcy jest terminem zbyt krótkim biorąc pod uwagę zakres czynności jakie musi wykonać wykonawca;

2. art. 29 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów, w zakresie w jakim:

c) Zamawiający przewidział zbyt krótkie gwarantowane terminy na przygotowanie do realizacji zamówienia opcjonalnego w zakresie łącza Typu B (2 miesiące - pkt 6.8 OPZ), łącza Typu C (2 miesiące - pkt 7.13 OPZ), łącza Typu D (2 miesiące - pkt 8.14 OPZ), łącza Typu G (3 miesiące - pkt 11.13 OPZ), łącza Typu 1 (2 miesiące - pkt 13.6 OPZ),

d) Zamawiający przewidział zbyt krótkie gwarantowane terminy na przygotowanie do realizacji zamówienia opcjonalnego w zakresie podwyższenia przepustowości łącza Typu A (miesiąc - pkt 5.3 OPZ), łącza Typu B (miesiąc pkt 6.3. OPZ), łącza Typu C (miesiąc - pkt 7.2 i 7.12 OPZ);

3. art. 34 ust. 5 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie w jakim Zamawiający nieprecyzyjnie określił zakres zamówienia objęty prawem opcji, w szczególności poprzez:

a) brak podania współrzędnych nowych lokalizacji Miejsc Obsługi Klienta, w których

wykonawca w ramach prawa opcji będzie zobowiązany do zapewnienia łącza typu F i do których będzie zobowiązany przenieść istniejące łącza typu F (pkt 10.10, 10.11 OPZ), zaś w przypadku nowych łączy również liczby tych lokalizacji (łączy F),

b) brak podania lokalizacji, w których wykonawca na żądanie Zamawiającego będzie zobowiązany do zapewnienia łącza typu G (pkt 11 .13 OPZ),

co uniemożliwia oszacowanie kosztów związanych z realizacją tego elementu przedmiotu zamówienia i należyte wycenienie ich w ofercie;

4. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim Zamawiający określił, że wynagrodzenie za świadczenie usługi transmisji danych jest należne wykonawcy od dnia uruchomienia usługi transmisji danych we wszystkich

lokalizacjach, nie zaś od momentu faktycznego uruchomienia usługi, w sytuacji gdy wykonawca jest jednocześnie zobowiązany do świadczenia usługi transmisji danych od dnia podłączenia poszczególnych lokalizacji (§ 2 ust. 4 zd. 2 IPU),

5. art. 353^1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art.

14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie IPU, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim:

a) Zamawiający w § 8 ust. 4 IPU w zakresie sposobu obliczania wysokości kary umownej za niedotrzymanie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi wprowadził odesłanie do § 2 ust. 2 IPU określającego naliczenie kary za SLA co jest nieadekwatne i powoduje brak możliwości określenia wysokości kary umownej i uwzględnienia tego ryzyka na etapie kalkulowania ceny oferty,

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

c) przewidziano w § 8 IPU kary umowne również za okoliczności niezawinione przez wykonawcę (w tym za opóźnienie zamiast za zwłokę),

d) Zamawiający nie wprowadził w § 8 IPU procedury reklamacyjnej, która umożliwiałaby wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń co do zasadności nałożenia kar umownych oraz ich wysokości, a także usunięcie naruszeń przed ich nałożeniem.

Wobec powyższego wniesiono o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ, poprzez (pisownia oryginalna):

1. zmianę pkt 3 części III SIWZ oraz § 2 ust. 1 IPU w następujący sposób: „Wykonawca zobowiązany jest do rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych w terminie 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy." oraz w konsekwencji zmianę § 2 ust. 5 zd. 1 IPU w następujący sposób: „Na 14 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi transmisji danych Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia Zamawiającemu harmonogramu, o którym mowa w pkt 14.1 OPZ, w formie elektronicznej (plik w formacie pdf oraz plik edytowalny w formacie docx) na nośniku CD/DVD wolnym od wad fabrycznych, złośliwego oprogramowania oraz w formie papierowej w 3 egzemplarzach. ",

2. zmianę pkt 6.8 OPZ, pkt 7.13 OPZ, pkt 8.14 OPZ, pkt 11.13 OPZ, pkt 13.6 OPZ poprzez wskazanie, że „Realizacja zamówienia opcjonalnego odbędzie się na podstawie informacji, którą Zamawiający przekaże Wykonawcy pisemnie z co najmniej 6-miesięcznym wyprzedzeniem. ";

3. zmianę pkt 5.3 OPZ, pkt 6.3 OPZ, pkt 7.2 OPZ, pkt 7.12 OPZ w następujący sposób: „Realizacja zamówienia opcjonalnego odbędzie się na podstawie informacji, którą Zamawiający przekaże Wykonawcy pisemnie z co najmniej 2-miesięcznym

wyprzedzeniem.";

4. zmianę pkt 10.10, 10.11 i 11.13 OPZ poprzez wskazanie listy lokalizacji, w których Zamawiający będzie wymagał zapewnienia nowych łączy Typu F lub G i do których wykonawca będzie zobowiązany przenieść istniejące łącza Typu F, ewentualnie doprecyzowanie zasad przenoszenia istniejących łączy Typu F do nowych lokalizacji i zapewnienia łączy Typu F lub G w nowych lokalizacjach poprzez dodanie w OPZ postanowienia, że realizacji zamówienia opcjonalnego w tym zakresie zostanie poprzedzona wnioskiem Zamawiającego o sprawdzenia możliwości technicznych świadczenia usługi w nowej lokalizacji, zaś w uzasadnionych przepadkach wykonawca będzie uprawniony do odmowy przeniesienie łącza lub zapewnienia łącza w nowej lokalizacji - w takim przypadku wystąpienie przez Zamawiającego z wnioskiem/ informacją o przeniesienie lokalizacji/utworzenie łącza w nowej lokalizacji nie skutkuje powstaniem wiążącego dla wykonawcy zobowiązania do wykonywania tego zakresu;

5. określeniu, iż w przypadku rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych w danej lokalizacji przed uruchomieniem usługi transmisji danych we wszystkich lokalizacjach, za usługę świadczoną w tym okresie przysługiwać będzie Wykonawcy wynagrodzenie w wysokości opłaty abonamentowej określonej dla danego łącza, naliczonej proporcjonalnie do okresu korzystania przez Zamawiającego z usługi;

6. wprowadzenie do IPU następujących zmian:

a) usunięcie z § 8 ust. 4 IPU odesłania do § 8 ust. 2 IPU i jednoznaczne określenie wysokości i sposobu obliczania kary umownej za niedotrzymanie terminu

rozpoczęcia świadczenie usługi poprzez wskazanie, że „Za niedotrzymanie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi, o którym mowa w § 2 ust. 1 Umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości:

- dla kategorii SLA Niskie - 2.500,00 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,

- dla kategorii SLA Średnie - 2.500,00 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,

- dla kategorii SLA Wysokie - 2.500,00 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,

b) wprowadzenie do § 8 IPU limitu kar umownych przewidzianych w IPU do łącznej wysokości 100% wynagrodzenia netto należnego wykonawcy z tytułu realizacji umowy;

c) modyfikację § 8 IPU poprzez wskazanie, że kary umowne należą się Zamawiającemu za zwłokę, a nie za opóźnienie oraz dodanie postanowienia, że wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za okoliczności będące skutkiem działania lub zaniechania Zamawiającego, jego pracowników, przedstawicieli i osób trzecich,

d) wprowadzenie do § 8 IPU postanowienia, zgodnie z którym każdorazowe naliczenie kar umownych przewidzianych w umowie zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz odniesienie się przez Wykonawcę do podanych przez Zamawiającego podstaw naliczenia kar umownych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał co następuje. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęta odwołaniem czynność zamawiającego uniemożliwia odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia może okazać się niemożliwy. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionego przez zamawiającego nadmiernie rygorystycznego i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, w tym odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Obecny kształt SIWZ prowadzi do możliwości poniesienia przez odwołującego szkody polegającej na uniemożliwieniu złożenia oferty i ubiegania się o zamówienie i uzyskania zamówienia. Odwołujący więc ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z ustawą ww. czynność zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwości udziału odwołującego w postępowaniu.

Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy 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. W myśl art. 7 ustawy, czynności zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z treści cytowanego przepisu wynika dla zamawiającego zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie (por. wyroki: KIO 1786/14, KIO 897/15). Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia dopuścił się naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 Pzp. Zawarty w SIWZ opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Brak wyczerpującego i prawidłowego ukształtowania SIWZ powoduje, iż na jego podstawie nie jest możliwym należyte przygotowanie oferty.

W pkt 3 części III SIWZ i § 2 ust. 1 IPU Zamawiający wskazał, że „Wykonawca zobowiązany jest do rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych w okresie pomiędzy 1 grudnia 2020 roku a 31 stycznia 2021 roku, a następnie do ich świadczenia przez okres 24 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia Usługi.” Z postanowień tych wynika, iż zamawiający ustalił termin na rozpoczęcie świadczenia usług poprzez wskazanie konkretnego okresu, w ciągu którego wykonawca będzie musiał rozpocząć świadczenie usługi, który jest okresem zbyt krótkim biorąc pod uwagę czynności jakie musi podjąć wykonawca w związku z rozpoczęciem świadczenia usługi w terminie określonym w umowie.

Tak określony termin na rozpoczęcie świadczenia usług w ramach umowy narusza zasady opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Termin rozpoczęcia świadczenia usług jest jednym z elementów opisu przedmiotu zamówienia, dlatego zamawiający musi ten termin ustalić z uwzględnieniem

wskazanych w art. 29 ust. 1 Pzp wymagań i okoliczności mających wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejsze zobowiązania wynikające z zawartej umowy (tak m.in. wyrok KIO 1488/17). Zgodnie z ust. 1 części III SIWZ przedmiotem zamówienia jest „świadczenie przez Wykonawcę usług transmisji danych na rzecz zamawiającego w lokalizacjach przez niego wskazanych, oraz świadczenie usług towarzyszących. Przedmiot zamówienia obejmuje poszczególne typy łączy i będzie świadczony zamawiającemu przez całą dobę (24 godziny), przez wszystkie dni w roku." Odwołujący wskazał na § 1 ust. 1 IPU, załącznik nr 1 do IPU (OPZ) i podniósł, że wobec ukształtowania przedmiotu zamówienia zamawiający wymaga zapewnienia przez wykonawcę infrastruktury w ponad 348 lokalizacjach (przy czym nie wszystkie lokalizacje są znane na etapie przygotowywania oferty). W każdej z lokalizacji zamawiający wymaga dwóch niezależnych łączy lub łączy redundantnych pochodzących od dwóch niezależnych operatorów z wykorzystaniem odrębnej infrastruktury. Przy tak dużej skali przedsięwzięcia, czas potrzebny na skoordynowanie i wykonanie wszystkich niezbędnych czynności do przeprowadzenia uruchomienia usług, w tym pozyskanie łączy od innych operatorów, dodatkowo się wydłuża.

W ocenie odwołującego przewidziany przez zamawiającego okres na wdrożenie usług transmisji danych został określony nieprawidłowo, w zakresie w jakim zamawiający określił go poprzez określenie zbyt krótkiego terminu na przygotowanie do świadczenia. Zważywszy na zakres prac jakie należy wykonać przed rozpoczęciem świadczenia usług, wykonawca powinien mieć zapewniony co najmniej 6 miesięczny termin liczony od dnia zawarcia umowy, w którym będzie mógł przygotować się do realizacji zamówienia. W związku z tym, że ten przedmiot zamówienia nie był wcześniej realizowany, nie jest to kontynuacja wcześniej świadczonej usługi, wymaga on budowy łączy przez niemal wszystkich wykonawców, którzy mogą być potencjalnie zainteresowani udziałem w przedmiotowym postępowaniu - żaden z wykonawców nie ma w pełni gotowej infrastruktury, która mogłaby zostać wykorzystana na potrzeby realizacji tego zamówienia. Operator telekomunikacyjny potrzebuje okresu przygotowawczego w celu realizacji prac niezbędnych do świadczenia wymienionych usług, tym bardziej, że zamawiający wymaga różnych rodzajów łączy, w niektórych przypadkach wskazując na rozwiązanie preferowane (np. w przypadku łączy D).

Budowa łączy telekomunikacyjnych i uruchomienie usługi jest procesem czasochłonnym i wiąże się z podjęciem przez wyspecjalizowanych pracowników wykonawcy szeregu działań, w tym wydzierżawienia lub zestawienia łączy. Przed rozpoczęciem budowy niezbędnej infrastruktury wykonawca musi wystąpić o stosowne pozwolenia i zezwolenia. Wobec tego czas potrzebny wykonawcy na przygotowanie do świadczenia usług powinien uwzględniać, poza czasem przeprowadzenia prac związanych z pozyskaniem lub wybudowaniem łączy oraz instalacją infrastruktury, również czas niezbędny do uzyskania stosownych pozwoleń i zezwoleń. Budowa łącza (w tym światłowodowego) jest bardzo czasochłonnym procesem, który wymaga uzyskania szeregu zgód i pozwoleń, co w efekcie powoduje, że może potrwać to nawet kilka miesięcy.

Bez względu na to, czy wykonawcy zdecydują się na wybudowanie własnej infrastruktury, czy też skorzystają z ofert dzierżawy infrastruktury od innego operatora (przy czym np. w przypadku łączy typu D zamawiający wymaga dwóch redundantnych łączy od dwóch różnych operatorów z wykorzystaniem odrębnej infrastruktury), w każdym z tych przypadków, konieczne jest zapewnienie wykonawcy wystarczającego czasu na przygotowanie do świadczenia usług i wykonanie wszystkich związanych z tym czynności faktycznych i prawnych. Czynności zarówno formalne, jak i praktyczne konieczne dla wybudowania infrastruktury, w szczególności infrastruktury w technologii światłowodowej zajmują odpowiedni czas, którego skrócenie nie jest możliwe nawet przy odpowiednim zaangażowaniu i potencjale wykonawców. Wykonawca nie ma np. wpływu na terminy wynikające z przepisów prawa administracyjnego, które przewidują co do zasady 30-dniowy termin, zobowiązujący do oczekiwania na odpowiedź, z możliwością jego wydłużenia. Tak również w wyroku Izby, sygn. akt KIO 2124/11: „Izba z oczywistych względów przyznała rację odwołującemu, że wyznaczony czas na aktywację usługi musi uwzględniać również inne uwarunkowania uzyskanie koniecznych decyzji administracyjnych: na zajęcie pasa drogowego, przydziału częstotliwości radiowej, czy uzgodnień kolizyjnych sieci uzbrojenia terenu."

Zagrożeniem dla terminowej realizacji zamówienia są lokalizacje zestawiane po światłowodach. Z analizy lokalizacji, wymagań SIWZ dotyczących technologii łączy dostępowych wynika, że część lokalizacji realizowanych po światłowodzie można alternatywnie lub tymczasowo zestawić z wykorzystaniem łącza LTE lub radiolinii. Dla części z nich, ze względu na przepływność 1Gbps nie ma możliwości zestawienia ich w innej technologii niż światłowodowa. Są to lokalizacje w obrębie terenów zarządzanych przez GDDKiA. Z doświadczenia wykonawcy wynika, że uzgodnienia z GDDKiA są czasochłonne. W celu przygotowania do świadczenia usług, konieczne jest stworzenie i uzgodnienie dokumentacji projektowej, przeprowadzenie prac budowlanych, uzyskanie pozwoleń lub zgód albo dopełnienie obowiązków w zakresie zgłoszeń, zarówno bezpośrednio dotyczących budowy, jak i powiązanych (np. uzyskanie zgody na zajęcie pasa drogowego) - średnio

potrzebne są na to ok. 3 miesiące. Dodatkowo należy uwzględnić konieczność uzgodnienia z GDDKiA projektu organizacji ruchu (nawet jeśli prace nie afektują w ruch drogowy projekt musi być uzgodniony wystarczy, że prace prowadzone są w pasie drogowym) - trwa to ok. 2 miesiące oraz uzyskania zgody na rozpoczęcie pracy - do 2 miesięcy. Dodatkowo GDDKiA w przypadku gorszych warunków atmosferycznych nie wyraża zgody na prowadzenie prac w okresie zimowym.

Należy również uwzględnić, że wskazany przez zamawiającego okres na rozpoczęcia świadczenia usług 1 grudnia 2020 r. - 31 stycznia 2021 r., to okres zimowy, wobec tego należy wziąć pod uwagę ryzyko, że studnie kanalizacji teletechnicznej mogą być z tym czasie zamarznięte, co spowoduje brak możliwości dostania się do nich i przeprowadzenia np. kabla światłowodowego, a co za tym idzie brak możliwości rozpoczęcia świadczenia usług w zadeklarowanym terminie. W wieloletnim doświadczeniu odwołującego takie zdarzenia miały miejsce, co powoduje, że jest on na to szczególnie wyczulony. Kolejną okolicznością, którą zamawiający powinien wziąć pod uwagę przy określaniu terminu rozpoczęcia świadczenia usług jest okres świąteczno-noworoczny, jaki przypada po środku wskazanego przez zamawiającego terminu rozpoczęcia świadczenia usług. W tym okresie (najczęściej pomiędzy 15 grudnia a 10 stycznia) przypada tzw. freeze sieci - brak możliwości wykonania znacznego zakresu prac i ingerencji w sieć, aby uniknąć ewentualnych awarii masowych w okresie świątecznym i noworocznym. Biorąc pod uwagę wskazane okoliczności, czas potrzebny na przygotowanie do realizacji usługi to min. 6 miesięcy.

Podkreślenia wymaga, iż nie jest możliwe podejmowanie przez wykonawcę jakichkolwiek inwestycji przed zawarciem umowy. Zatem, wyłącznie stosowne wydłużenie tego terminu umożliwi należyte przygotowanie usługi i rozpoczęcie jej realizacji. W przeciwnym wypadku, krótki maksymalny termin na wykonanie prac niezbędnych do rozpoczęcia świadczenia usług tak rozległej sieci na zasadach opisanych w dokumentacji przetargowej staje się de facto kryterium ograniczającym, czy też eliminującym konkurencję w tym postępowaniu, a w najgorszym wypadku nawet uniemożliwiającym złożenie oferty jakiemukolwiek wykonawcy.

Ponadto, należy mieć na względzie wysokie kary umowne, jakie przewidział zamawiający w przypadku jakiejkolwiek zwłoki w wykonaniu rozpoczęcia świadczenia usług. Zamawiający wskazał w § 8 ust. 4 IPU, że „za niedotrzymanie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych, o którym mowa w § 2 ust. 1 Umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne, naliczone w wysokości i na zasadach określonych w ust. 2 niniejszego paragrafu, z zastrzeżeniem brzmienia § 2 ust. 18 Umowy. (...)". W § 8 ust. 2 IPU wskazano zaś kary umowne naliczane za przekroczenie dopuszczalnego łącznie czasu niedostępności usługi transmisji danych naliczaną w zależności od kategorii SLA w wysokości 5 000,00 zł za każde kolejne 12/8/4 godziny ponad dopuszczalny czas niedostępności usługi. Nie jest jasne w jaki sposób zamawiający zamierza naliczać kary umowne - czy również będą one naliczane za godziny (o czym w dalszej części odwołania). Nie zmienia to jednak postaci rzeczy, że przekroczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi o 1 dzień będzie się wiązało z naliczeniem kary umownej w wysokości co najmniej od 5 000,00 zł do 30 000,00 zł. Kary te są rażąco wysokie.

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia powinien uwzględnić istniejące realia rynkowe oraz potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu tak, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której dochodzi do zawężenia kręgu wykonawców poprzez nieuzasadnione w obiektywny sposób postanowienia SIWZ. Takie działanie zamawiającego ma miejsce na etapie poprzedzającym składanie ofert, w konsekwencji czyni z opisu przedmiotu zamówienia quasi warunek udziału w postępowaniu. Cel, który zamierza osiągnąć zamawiający przeprowadzając przedmiotowe postępowanie nie uzasadnia takiego ograniczenia. Zasadne jest zatem dokonanie modyfikacji treści specyfikacji w sposób zaproponowany przez odwołującego, tj. minimalny czas, jaki należy przeznaczyć na rozpoczęcie świadczenia usług to 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy i poprzez takie określenie terminu na rozpoczęcie realizacji usług, który będzie realny i będzie uwzględniał wykonanie wszystkie czynności, jakie należy wykonać, aby rozpocząć świadczenie usług.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż zamawiający nie jest uprawniony do powoływania się na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, gdyż wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji zbyt późnego wszczęcia postępowania przez zamawiającego. Zamawiający zdecydował się na udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, który jest procedurą konkurencyjną w związku z czym, powinien prowadzić postępowanie z poszanowaniem zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców.

Powyższej argumentacji nie zmienia fakt, że w § 2 ust. 18 IPU zamawiający zastrzegł możliwość przesunięcia terminu rozpoczęcia świadczenia usług transmisji danych, o którym mowa w ust. 1 powyżej. Z łącznej interpretacji § 2 ust. 18 i § 11 ust. 9 pkt 9 IPU można wywnioskować, że celem zamawiającego było przesunięcie terminu rozpoczęcia świadczenia usług w przypadku nie zawarcia umowy do dnia 31.10.2020 r., maksymalnie do 01.03.2021 r.

(90 dni) z zachowaniem dwumiesięcznego okresu przeznaczonego na rozpoczęcie świadczenia usług, przy czym wskazany minimalny okres pomiędzy datą zawarcia umowy, a maksymalnym terminem rozpoczęcia świadczenia usługi, to dwa miesiące. Jak powyżej wskazano, nie jest to jednak termin wystarczający. Wykonawca powinien mieć zagwarantowany realny termin na przygotowanie niezbędnej infrastruktury do świadczenia usług, przy czym termin powinien być znany już na etapie przygotowywania i kalkulowania oferty oraz nie powinien być on zależny od zamawiającego, który celowo po podpisaniu umowy może nie wyrazić woli przedłużenia go, tym bardziej, że poza przesłanką terminu zawarcia umowy nie przewidziano innych przesłanek uzasadniających przesunięcie tego terminu.

W zakresie zarzutu dotyczącego § 2 ust. 4 zd. 2 IPU odwołujący przytoczył treść § 2 ust. 2 i 4 IPU i podniósł, że rozpoczęcie naliczania opłat abonamentowych rozpocznie się dopiero od uruchomienia usługi w ramach wszystkich typów łączy. Oznacza to, że zamawiający będzie mógł korzystać z transmisji danych w niektórych lokalizacjach, bez prawa wykonawcy do pobierania opłat za tę usługę. Narusza to w sposób rażący interesy wykonawcy i powoduje konieczność zabezpieczenia przed ryzykiem świadczenia usługi bez prawa do wynagrodzenia, poprzez określenie sposobu wynagradzania za wcześniejsze korzystanie z uruchomionych już łączy lub też, poprzez zagwarantowanie przez zamawiającego braku możliwości korzystania z usługi we wcześniej podłączonych lokalizacjach do czasu rozpoczęcia naliczania opłat abonamentowych.

W przedmiocie zarzutów dotyczących istotnych postanowień umowy odwołujący wskazał na wyroki Izby o sygn. akt KIO 2036/10 i KIO 459/11 i podniósł, że zamawiający we wzorze umowy zawarł szereg postanowień, które naruszają przepis art. 353^1 k.c. w zw. z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 23 oraz art. 139 ust. 1 Pzp. W stosunku do zarzutu nr 5 lit. a, co do sposobu obliczania wysokości kary umownej za niedotrzymanie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych, przytoczono brzmienie § 8 ust. 2 i 4 oraz § 2 ust. 1 IPU i podniesiono, że z powyższego nie wynika w jaki sposób zamawiający będzie naliczał karę umowną za ewentualne niedotrzymanie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych. Gdyby faktycznie stosować zasady analogiczne jak w przypadku SLA, to kara umowna w wysokości 5 000,00 zł byłaby naliczana za pierwsze i każde kolejne rozpoczęcie 4/8/12 godzin ponad termin rozpoczęcia świadczenia usługi (w zależności od kategorii SLA). Kara umowna za przekroczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi nie powinna być naliczana na podstawie godzin, a co najwyżej na podstawie dni. Nie ulega również wątpliwości, że kara umowna w wysokości 5 000,00 zł za dzień przekroczenia terminu rozpoczęcia świadczenia usługi jest zdecydowanie wygórowana.

Obowiązkiem wykonawcy jest dokładne określenie wysokości kary umownej lub podstaw do jej obliczenia. Wobec odesłania przez zamawiającego do sposobu obliczania kary umownej za zupełnie inne naruszenie, wykonawca nie jest w stanie określić, w jaki sposób zamawiający będzie naliczał kary umowne za przekroczenie terminu realizacji rozpoczęcia świadczenia usług. W związku z tym wykonawca nie jest w stanie oszacować i uwzględnić w cenie oferty ryzyka związanego z ewentualnym przekroczeniem terminu rozpoczęcia świadczenia usługi, co jest realnym zagrożeniem z uwagi na niewystarczające terminy jakie przewidział zamawiający na przygotowanie do świadczenia usługi przez wykonawców.

W zakresie do zarzutu nr 5 lit. c, co do zastrzeżenie kar umownych na wypadek „opóźnienia", odwołujący wskazał na § 8 IPU i okoliczność, że kary umowne za niedotrzymanie przez wykonawcę terminów wykonania określonych zobowiązań, naruszenie obowiązków wynikających z IPU lub wprost za „opóźnienie". Przy takim brzmieniu wzoru umowy wykonawca będzie odpowiedzialny za wszelkie opóźnienie bez względu na jego przyczynę. Również w przypadku, gdy opóźnienie w wykonaniu obowiązków wskazanych w § 8 IPU wystąpi bez jego winy, co więcej, gdy bezpośrednio odpowiedzialnym za powstanie opóźnienia będzie zamawiający lub podmiot trzeci. Kara umowna ma na celu zdyscyplinowanie wykonawcy, który będzie realizował umowę w sprawie zamówienia publicznego, jednakże jej nadużywanie narusza zasady współżycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron umowy. Zatem, zdaniem odwołującego za uzasadniony należy uznać wniosek o dokonanie modyfikacji IPU poprzez zastąpienie w § 8 ust. 5, 6 pkt 6.1 i 6.2, ust. 8, 9, 10, 11, 12, 13 pkt 1 IPU odpowiedzialności za „opóźnienie" (zarówno za okoliczności zawinione jak i niezawinione przez wykonawcę), odpowiedzialnością za „zwłokę", czyli jedynie za okoliczności zawinione przez wykonawcę oraz dodanie w § 8 IPU postanowienia, że wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za okoliczności będące skutkiem działania lub zaniechania zamawiającego, jego pracowników, przedstawicieli i osób trzecich.

Odwołujący dodał, że zgodnie z art. 433 pkt 1 ustawy z dnia z dnia 11 września 2019 r.

- Prawo zamówień publicznych (nowa ustawa Pzp) „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.". Świadczy to o wadze, jaką ustawodawca nadał tej kwestii - skoro ustawodawca wprowadził ograniczenie w ustalaniu kar umownych za opóźnienie w akcie prawnym rangi ustawy, to oczywistym jest że jest to kwestia

szczególnie istotna.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1607/20:

W dniu 13 lipca 2020 r. odwołanie wobec treści dokumentacji postępowania wniósł

wykonawca „Netia" S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa (dalej zwany także jako „odwołujący Netia"). W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty

naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 29 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez określenie terminu realizacji zamówienia w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia, jako terminu zbyt krótkiego, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i faktycznie uniemożliwiający realizację przedmiotu zamówienia w wyznaczonym terminie;

2. art. 29 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez zaniechania opisania przedmiotu zamówienia w zakresie opisu prawa opcji, w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, co uniemożliwia Odwołującemu sporządzenie oferty, w szczególności dokonanie jej wyceny;

3. art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego, art. 353^1 Kodeksu cywilnego oraz art. 5 Kodeksu

cywilnego w z art. 139 ust. Ustawy w zw. z art. 29 ust. Ustawy, przez zastrzeżenie w SIWZ - wzorze umowy, Część IV SIWZ, klauzul obejmujących obowiązek uiszczania kar umownych, określonych w:

a) § 8 ust. 2 pkt 2.1 - 2.3 wzoru umowy,

b) § 8 ust. 3 pkt 3.1 - 3.3 wzoru umowy,

c) § 8 ust. 6 pkt 6.1 - 6.2 wzoru umowy,

d) § 8 ust. 7 pkt 7.1 wzoru umowy,

w wysokości rażąco wysokiej względem sankcjonowanego naruszenia, oderwanej od wartości potencjalnej szkody Zamawiającego, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, co w konsekwencji wykracza poza dopuszczalne granice swobody umów;

4. art. 29 ust. 2 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia oraz określenie terminu realizacji zamówienia w sposób faworyzujący jednego z wykonawców i utrudniający uczciwą konkurencję, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego wniesiono o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ, poprzez (pisownia oryginalna):

1. określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych jako 180 dni od daty zawarcia Umowy, w szczególności poprzez:

   a) zmianę Część IV § 2 ust. 1 SIWZ w ten sposób, że otrzymałby on brzmienie: „Wykonawca zobowiązany jest do rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych w okresie 180 dni od daty zawarcia Umowy, a następnie do ich świadczenia przez okres 24 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia Usługi",

   b) zmianę Części III pkt 3 Opis Przedmiotu Zamówienia, w ten sposób, że otrzymałby brzmienie: „Wykonawca zobowiązany jest do rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych w okresie 180 dni od daty zawarcia Umowy, a następnie do ich świadczenia przez okres 24 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia Usługi";

2. doprecyzowanie postanowień SIWZ poprzez dookreślenie lokalizacji, co do których

Zamawiający będzie mógł skorzystać z prawa opcji (m. in poprzez uruchomienie nowego łącza), albo wskazanie maksymalnej liczby takich nowych lokalizacji

i wyłączenia obowiązku uruchomienia łącza w nowej lokalizacji w przypadku, gdy wykonawca nie posiada możliwości technicznych świadczenia w niej usługi, ewentualnie odrębne określenie zasad rozliczenia nakładów inwestycyjnych niezbędnych dla świadczenia usługi w nowej lokalizacji; Doprecyzowanie określenia lokalizacji, w których, w razie skorzystania z prawa opcji przez Zamawiającego, przeniesiona zostanie lokalizacja łącza;

3. zmianę postanowienia § 8 ust. 2 pkt 2.1 - 2.3 wzoru umowy, w ten sposób, że otrzymałby brzmienie: „2.1 dla kategorii SLA Niskie - za pierwsze i każde kolejne rozpoczęte 12 godzin ponad dopuszczalny czas niedostępności usługi transmisji danych - 2500 (słownie: dwa tysiące pięćset) zł, 2.2. dla kategorii SLA Średnie - za pierwsze i każde kolejne rozpoczęte 8 godziny ponad dopuszczalny czas niedostępności usługi transmisji danych - 2500 (słownie: dwa tysiące pięćset) zł. 2.3 dla kategorii SLA Wysokie - za pierwsze i każde kolejne rozpoczęte 4 godziny ponad dopuszczalny czas niedostępności usługi transmisji danych - 2500 (słownie: dwa tysiące pięćset) zł.";

4. zmianę postanowienia § 8 ust. 3 pkt 3.1 - 3.3 wzoru umowy, w ten sposób, że otrzymałby brzmienie: „3.1 dla kategorii SLA Niskie - za każdą rozpoczętą godzinę ponad dopuszczalny czas usunięcia pojedynczej awarii - 100 (słownie: sto) zł, 3.2 dla kategorii SLA Średnie - za każdą rozpoczętą godzinę ponad dopuszczalny czas usunięcia pojedynczej awarii - 250 (słownie: dwieście pięćdziesiąt) zł, 3.3 dla kategorii SLA Wysokie - za każdą rozpoczętą godzinę ponad dopuszczalny czas usunięcia pojedynczej awarii - 500 (słownie: pięćset) zł.";

5. zmianę postanowienia § 8 ust. 6 pkt 6.1 - 6.2 wzoru umowy, w ten sposób, że otrzymałby brzmienie: „6.1 za niedotrzymanie terminu integracji komponentów usługi transmisji danych systemu monitorowania Zamawiającego, o którym mowa w § 2 ust. 7 Umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 500 zł (słownie: pięćset zł) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, 6.2 za nieuruchomienie dostępu do systemu monitorowania wraz z utworzeniem kont dostępu, o których mowa w § 2 ust. 8 Umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 2500 zł (słownie: dwa tysiące pięćset zł) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia.";

6. zmianę postanowienia § 8 ust. 7 pkt 7.1 wzoru umowy, w ten sposób, że otrzymałby brzmienie: „7.1 łącznego czasu niedostępności do systemu monitorowania w ciągu roku kalendarzowego za każde pierwsze i kolejne rozpoczęte 24 godziny ponad dopuszczalny czas niedostępności, określony w pkt 14.6 OPZ - 2500 zł (słownie: dwa tysiące pięćset zł)".

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał co następuje. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Wskazane w odwołaniu okoliczności uniemożliwiają mu złożenie ważnej konkurencyjnej oferty w postępowaniu. W konsekwencji, odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia. W ocenie odwołującego dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, w szczególności sposób określenia terminu realizacji zamówienia, a także nie wskazaniu lokalizacji, co do których zamawiający może skorzystać z prawa opcji i w konsekwencji brak możliwości realnej wyceny dla tego rodzaju usług, naruszają również zasadę równego traktowania, co zaprzecza istocie procedury udzielania zamówień publicznych, którą stanowi m.in. wybór oferty ekonomicznie najkorzystniejszej spośród dostępnych na rynku. Opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego w nieuzasadniony faworyzuje tylko jednego wykonawcę.

Przedmiot zamówienia obejmuje nie tylko świadczenie usług transmisji danych ale również budowę łączy w lokalizacjach zamawiającego. Budowa łączy jest procesem długotrwałym, w którym muszą zostać uwzględnione czynniki atmosferyczne, ukształtowanie terenu, konieczność uzyskania pozwoleń na zajęcie pasa drogowego, a w wielu przypadkach, pozwoleń na budowę i pozwoleń wojewódzkiego konserwatora zabytków. Powszechnie wiadomym jest fakt, że samo uzyskanie decyzji administracyjnej jest procesem trwającym do kilku miesięcy.

Możliwość rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych warunkowane jest koniecznością wykonania szeregu czynności przygotowawczych. Regułą jest, że wykonawcy najpierw podejmują czynności mające na celu przygotowanie się do świadczenia usługi, obejmujące zaprojektowanie i wybudowanie nowej infrastruktury lub pozyskanie istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej od podmiotów trzecich, a następnie przystępują do wykonywania „właściwych" usług telekomunikacyjnych. W zależności od warunków technicznych istniejących w danej lokalizacji zamawiającego, wykonawca może albo skorzystać z własnych łączy dostępowych (o ile je posiada), względnie je wybudować, ewentualnie wydzierżawić od innego operatora telekomunikacyjnego. Jednocześnie, w każdym scenariuszu musi dokonać wizji lokalnej we wszystkich lokalizacjach, przygotować

projekt podłączenia, zamówić, dostarczyć, skonfigurować i zestawić odpowiednie urządzenia.

Wykonawcy przygotowując ofertę muszą zatem w sposób jednoznaczny ocenić w jakim czasie będą mogli przygotować się do rozpoczęcia wykonywania usług na rzecz zamawiającego. Jednocześnie jedynym podmiotem, który może tę usługę realizować w terminie określonym przez zamawiającego jest wykonawca obecnie świadczącym przedmiotowe usługi dla zamawiającego.

Wykonanie czynności przygotowawczych, o których mowa powyżej, wykonawcy powinni mieć zagwarantowane co najmniej 180 dni od dnia zawarcia umowy. Tylko taki termin umożliwi wykonawcy, który nie posiada własnych łączy dostępowych we wszystkich lokalizacjach zamawiającego, należyte przygotowanie się do świadczenia usługi

telekomunikacyjnej.

Należy również wziąć pod uwagę ryzyka wiążące się z COVID-19. Na dzień sporządzenia odwołania, powszechnie wiadomym jest, że funkcjonowanie zarówno administracji publicznej, jak i sektora prywatnego jest znacznie spowolnione. Nieznane są również ramy czasowe trwającej pandemii. Nie ulega jednak wątpliwości, że w procesie budowy łączy na potrzeby postępowania należy liczyć się z opóźnieniami stanowiącymi konsekwencję COVID-19, wiążącymi się m.in. z przedłużonym czasem uzyskiwania decyzji administracyjnej, czy też opóźnionymi dostawami urządzeń. Warto też zwrócić uwagę, iż z uwagi na wprowadzony stan pandemii Izba ustanawia odległe (kilku miesięczne) terminy w postępowaniu odwoławczym, co oznacza, że w przypadku gdyby po otwarciu ofert i wyborze najkorzystniejszej inny wykonawca złożyłby odwołanie, mogłoby to skutkować podpisaniem umowy już w trakcie dwumiesięcznego terminu na rozpoczęcie usług wyznaczonego obecnie przez zamawiającego. Termin 180 dni jest zatem terminem pozwalającym odwołującemu realizację zamówienia w „zwykłych" okolicznościach, które nie uwzględniają nawet ryzyka związanego z COVID-19.

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, w którym termin uruchomienia jest zbyt krótki, mają zasadniczo dwie możliwości: (i) nie składać oferty w postępowaniu z uwagi na zbyt wysokie ryzyko przekroczenia terminu z przyczyn od nich niezależnych (ii) utworzyć znaczną rezerwę w budżecie na grożące wykonawcy kary umowne. Nie wymaga uzasadnienia stwierdzenie, że żadne z tych rozwiązań nie stworzy konkurencyjnych warunków w postępowaniu. Warto pokreślić, też że zgodnie z § 11 ust. 2 pkt. 2.2 wzoru umowy w przypadku opóźnień w uruchomieniu usługi powyżej 7 dni, zamawiającemu będzie przysługiwać możliwość rozwiązania umowy a dodatkowo zgodnie z § 8 ust. 4 wzoru umowy przysługuje mu prawo do naliczenia wykonawcy dodatkowej kary umownej w wysokości wskazanej w § 8 ust. 2 wzorca umowy.

Minimalny czas niezbędny na wdrożenie usługi wynosi 180 dni. Jest to czas niezbędny dla przeprowadzenia wszystkich czynności koniecznych dla faktycznego doprowadzenia infrastruktury do nowych lokalizacji. Podkreślenia wymaga fakt, iż usługi należy dostarczyć do wielu miejscowości zlokalizowanych na dużym obszarze kraju. Okres ten determinowany jest koniecznością wystąpienia do dysponentów istniejącej infrastruktury o warunki dzierżawy kanalizacji teletechnicznych (minimum 14 dni), przeprowadzenia niezbędnych prac projektowych, poprzedzonych wizją lokalną w poszczególnych lokalizacjach i uzgodnieniami z zamawiającym (minimum 14 dni), zawarcia z dysponentem kanalizacji odpowiedniej umowy dzierżawy (do 90 dni), zamówienia materiałów i urządzeń (minimum 6 tygodni, czas ten może się jednak wydłużyć nawet do 90 dni), wykonania prac budowlanych (minimum 14 dni) oraz, w razie potrzeby, uzyskania wymaganych zgód, decyzji administracyjnych, w tym zezwoleń na zajęcie pasa drogowego, czy na zlokalizowanie w pasie drogowym obiektów budowlanych lub urządzeń, ustanowienia odpowiednich służebności. Ryzyko związane z długością trwania procedury administracyjnej nie powinno w żadnej mierze spoczywać na wykonawcy, który nie ma na te okoliczności jakiegokolwiek wpływu. Ryzyko tego rodzaju jest dla wykonawcy całkowicie nieakceptowalne. Możliwość przygotowania projektu robót budowalnych i pozyskania decyzji administracyjnych, a następnie wykonania tych robót, dostawa niezbędnego sprzętu i jego skonfigurowania jest całkowicie nierealna w zakreślonym terminie, a wniosek o wydłużenie tego terminu do 180 dni jest absolutnie konieczny, zaś termin realizacji zamówienia powinien uwzględniać specyfikę przedmiotu zamówienia, okoliczności jego wykonania oraz przebieg procedury związanej z jego udzieleniem (tak Izba w wyrokach: KIO 2177/18 i KIO 145/19).

Natomiast w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 484 § 2 k.c., art. 353^1 k.c. oraz art. 5 k.c. w z art. 139 w zw. z art. 29 p.z.p., odwołujący wskazał jak niżej.

W ocenie odwołującego, kary umowne przewidziane przez zamawiającego, z dużym prawdopodobieństwem mogą powodować, że odwołujący utraci cały zysk z realizacji umowy. Potwierdzają to wyliczenia kar dokonane przez odwołującego, który dokonał symulacji

naliczenia kar przy uwzględnieniu ceny ofertowej. Poziom kar umownych, przewidzianych przez zamawiającego zamiast funkcji kompensacyjnej jest rodzajem represji względem wykonawcy. Tak ukształtowane kary umowne naruszają zasadę proporcjonalności, o której mowa w art. 7 ustawy przyjętych sankcji względem chronionych interesów zamawiającego. Umowa w sprawie zamówienia publicznego, tworzy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą stosunek zobowiązaniowy, do którego w zakresie nie uregulowanym przepisami ustawy, mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego. Stanowi to punkt wyjścia do przyjęcia, iż normatywną podstawą postanowień w zakresie kar umownych stanowi art. 483 k.c. Zaś z uwagi na specyficzny charakter umowy w sprawie zamówienia publicznego, należy zgodzić się ze stanowiskiem wyrażonym w raporcie UZP, dotyczącym stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych z marca 2018 r. Stanowisko Prezesa UZP znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby odwoławczej, w którym podkreśla się, iż „nie można akceptować takich mechanizmów, które pozbawią wykonawcy przychodu z tytułu świadczonej usługi. Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie." (tak KIO 2076/18).

Nie można również pominąć faktu, iż zasada swobody umów doznaje na gruncie przepisów p.z.p. istotnego ograniczenia. Wynika to z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy, nakładającego na zamawiającego obowiązek zawarcia w SIWZ istotnych postanowień umownych. Zamawiający jest uprawniony do samodzielnie ukształtowania warunków umowy, na których treść wykonawca nie ma żadnego wpływu. Nie oznacza to jednak, że zamawiający może kształtować warunki umowy w sposób całkowicie dowolny. Zgodnie z orzecznictwem KIO, uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Jest on ograniczony w szczególności treścią art. 353^1 k.c. oraz dyrektywą wynikającą z art. 5 k.c. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (sygn. akt III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. W kontekście powyższego, w orzecznictwie Izby wskazuje się, że „obowiązkiem zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego, tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą". Podsumowując, zastrzegane w umowach o zamówienie publiczne kary umowne powinny zmierzać do zabezpieczenia należytego wykonania umowy i pozostawać w związku z zasadniczymi obowiązkami wykonawcy, wynikającymi z przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego, postanowienia projektu umowy celu tego nie spełniają.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 p.z.p., poprzez opisanie przedmiotu

zamówienia oraz określenie terminu realizacji zamówienia w sposób faworyzujący jednego z wykonawców i utrudniający uczciwą konkurencję, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, odwołujący podniósł co następuje.

Określony w SIWZ termin realizacji zamówienia stawia w uprzywilejowanej pozycji dotychczasowych wykonawców przedmiotowej usługi, utrudniając tym samym uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 p.z.p.) oraz naruszając zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 p.z.p.). Usługa będąca przedmiotem postępowania będzie stanowić kontynuację usługi obecnie świadczonej. Wykonawcy jako jedyni są w stanie rozpocząć świadczenie usług w terminie wskazanym przez zamawiającego, bowiem jako wykonawca posiadający już infrastrukturę we wszystkich lokalizacjach określonych w SIWZ nie będzie zmuszony do przeprowadzenia szeregu czynności przygotowawczych, w tym między innymi zawarcia umowy dostępu do łączy telekomunikacyjnych lub wybudowania własnych łączy, umożliwiających świadczenie usługi na rzecz zamawiającego.

Brak określenia w SIWZ właściwego terminu na uruchomienie łączy, tworzy swoisty monopol wykonawcy dotychczas realizującego usługi w zakresie możliwości realizacji świadczeń objętych przedmiotem zamówienia. Koniecznym jest zatem takie określenie terminu, by każdy z wykonawców mógł alternatywnie (wedle swojego wyboru) albo wybudować swoją infrastrukturę telekomunikacyjną albo pozyskać infrastrukturę istniejącą od podmiotów trzecich. Reasumując, termin na uruchomienie łączy wyznaczony przez zamawiającego powinien być proporcjonalny do stopnia skomplikowania zamówienia, z uwzględnieniem ilości lokalizacji wskazanych w SIWZ oraz przyjętych kryteriów oceny ofert oraz z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zgodnie wyrokiem Izby „termin realizacji przedmiotu jest jednym z elementów opisu

przedmiotu zamówienia i jako taki może oddziaływać negatywnie lub pozytywnie na krąg potencjalnych wykonawców, jak również jego niedookreślenie lub brak precyzyjnego wyznaczenia wpisuje się pod względem przedmiotowym w treść regulacji ujętej w art. 29 ust. 1 p.z.p." (sygn. akt KIO 2076/18). A także zgodnie z wyrokiem zapadłym na tle analogicznego stanu faktycznego „z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika w sposób nie budzący wątpliwości, że wykonawca, który obecnie realizuje umowę już w znacznym stopniu ma zapewnioną sieć świadczenia usług w wymaganych lokalizacjach, podczas gdy inni wykonawcy, w tym odwołujący będą zobowiązani dopiero dokonywać tego zestawienia sieciowego, co w przekonaniu Izby -będzie wiązało się ze zwiększonym nakładem pracy, a także z innym ryzykami w tym związanymi z procesem inwestycyjnym - projekt, zezwolenia budowlane, zajęcie pasa drogowego, co wiąże się z koniecznością wydłużenia czasu uruchomienia usługi" (sygn. akt KIO 145/19).

Na koniec, odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z ustabilizowanym orzecznictwem

Izby „na gruncie art. 29 ust. 2 p.z.p. wykonawca nie ma obowiązku wykazania, a więc udowodnienia ponad wszelką wątpliwość, że opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez zamawiającego utrudnia uczciwą konkurencję. W tej sytuacji ustawodawca przewidział, że wystarczające będzie uprawdopodobnienie przez wykonawcę powołującego się na zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, że czynności zamawiającego utrudniają uczciwą konkurencję. (...) To uprawdopodobnienie sprowadza się do wykazania (a więc udowodnienia) jedynie tego, że to wykonawca nie może złożyć oferty na warunkach uczciwej konkurencji wskutek dokonanego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Obowiązek dowodowy obciążający wykonawcę został zatem w tym przypadku znacznie zawężony i ograniczony jedynie do dowodów, które są wykonawcy znane i dla niego bez większych trudności dostępne." (sygn. akt KIO 2086/18).

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1623/20:

W dniu 13 lipca 2020 r. odwołanie wobec treści dokumentacji postępowania wniósł

wykonawca Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Marcina Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa. (dalej zwany także jako „odwołujący Integrated Solutions"). W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 9a ust. 1 i 2, art. 43 ust. 1 Pzp - poprzez wyznaczenie terminu złożenia ofert na dzień 6 sierpnia 2020 r., który to termin jest terminem zbyt krótkim na przygotowanie i złożenie oferty, nieuwzględniającym czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty oraz złożoności zamówienia i obszerności dokumentacji, którą należy przeanalizować przed sporządzeniem oferty, 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,

a w konsekwencji naruszenie przez Zamawiającego reguł wyznaczania terminów na składanie ofert art. 29 ust. 1 Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na zastrzeżenie zbyt krótkiego terminu uruchomienia usług określonego datą 31 stycznia 2021 r., bez uwzględnienia czasu faktycznie potrzebnego na wykonanie prac niezbędnych do rozpoczęcia świadczenia usług;

2. art. 29 ust. 1 Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w odniesieniu do prawa opcji w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na zastrzeżenie zbyt krótkiego terminu uruchomienia usług objętych prawem opcji, o których realizacji Zamawiający zawiadomi Wykonawcę z co najmniej 2 lub 3 miesięcznym wyprzedzeniem, bez uwzględnienia czasu potrzebnego na wykonanie prac niezbędnych do rozpoczęcia świadczenia usług w nieznanych lokalizacjach;

3. art. 29 ust. 1 Pzp - poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na zaniechanie zamieszczenia w SIWZ wyczerpującego opisu w punktach 5, 6, 7.11, 8.13, 9.9., 11.12, 12.11, 7.11 - 7.12, 10.11, 11.13, 13.6, 8.10, 9.6, 10.6, 8.6, 9.2, 10.1, 14.3 - 14.4, 14.9, 15.3, 15.5 OPZ, dotyczącego:

- dokładnej lokalizacji Łącza TYP B - CPD 2 WAN, miejsca uruchomienia Łącza

TYP C - CPD 2 Internet, i Łącza TYP I - Do Chmury Publicznej, dokładnego wskazania miejsca (koordynaty) dla 19 Łączy TYP D -Punkty Kontrolne (tak jak wskazano to w załączniku 3 do OPZ dla Łączy TYP F - Miejsca Obsługi Klienta), wskazania dokładnych lokalizacji dla 16 Łączy TYP G - Usługi poza CPD,

- architektury i wymagań usług sieci WAN,

- wymagań funkcjonalnych sieci WAN,

- technicznych wymagań w stosunku do dostarczanych urządzeń,

- wymagań dotyczących usługi Internet,

- wymagań bezpieczeństwa, 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, oraz jakie urządzenia winien zapewnić na potrzeby świadczenia usług, a tym samym nie ma możliwości określenia jakie koszty są niezbędne do poniesienia w celu świadczenia usług;

4. art. 29 ust. 1 Pzp - poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do prawa opcji w pkt 6.7, 7.11, 10.10, 11.3,13.6 OPZ w sposób niejednoznaczny

i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na zaniechanie określenia dokładnej lokalizacji łączy, w których świadczone mają być usługi w ramach prawa opcji;

5. art. 29 ust. 1 ustawy - poprzez wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia w pkt

1.2 OPZ kwoty maksymalnego wynagrodzenia w ramach prawa opcji w sytuacji, co wobec zaniechania opisania przedmiotu zamówienia w zakresie prawa opcji w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 Pzp uniemożliwia Wykonawcy pobieranie opłat za usługę w wysokości uwzględniającej rzeczywiste koszty jej uruchomienia i świadczenia. Wobec powyższego wniesiono o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie

zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ, poprzez (pisownia oryginalna):

1. przedłużenie terminu składania ofert co najmniej do dnia 30 września 2020 r.;

2. określenie terminów realizacji zamówienia poprzez określenie daty rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych na nie mniej niż 6 miesięcy liczonych od daty podpisania umowy;

3. określenie terminów realizacji prawa opcji tożsame z terminem realizacji zamówienia podstawowego czyli co najmniej 6 miesięcy od przekazania Wykonawcy decyzji Zamawiającego o realizacji wymaganego elementu prawa opcji, bądź też każdy element w ramach prawa opcji będzie osobno wyceniany przez Wykonawcę, ze wskazaniem harmonogramu uruchomienia i szczegółowej wyceny wymaganego elementu prawa opcji;

4. uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o następujące informacje:

a) brakujące informacje odnośnie miejsc realizacji łączy: konieczność określenia dokładnej lokalizacji Łącza TYP B - CPD 2 WAN, konieczność wskazania miejsca uruchomienia Łącza TYP C-CPD 2 Internet i Łącza TYP I - Do Chmury Publicznej, dokładne wskazanie miejsca (koordynaty) dla 19 punktów kontrolnych (tak jak wskazano to w załączniku 3 do OPZ dla Łączy TYP F - Miejsca Obsługi Klienta)wskazanie dokładnych lokalizacji dla Łączy TYP G - Usługi poza CPD;

b) określenie zobowiązań i odpowiedzialności Zamawiającego w szczególności: udzielanie niezbędnych informacji do realizacji umowy, udostępnienia pomieszczeń w lokalizacjach wymienionych w OPZ, zapewnienie warunków koniecznych do instalacji łączy transmisji danych oraz urządzeń w lokalizacjach/miejscach wymienionych w OPZ, zapewnienie w lokalizacjach wymienionych w OPZ nieodpłatnie miejsca do instalacji urządzeń sieciowych i łączy, udostępnienie gniazd zasilania elektrycznego dla wszelkich urządzeń dostarczonych przez Wykonawcę ze źródeł prądu przemiennego 230V w odległości max 1,8 m od miejsca instalacji urządzeń, wskazanie czy Zamawiający będzie pokrywał we własnym zakresie koszty zasilania prądem

elektrycznym zainstalowanych w jego pomieszczeniach urządzeń służących do dostarczenia usługi;

c) określenie czy Zamawiający zobowiązany jest do: zapewnienia nienaruszalności wszelkich urządzeń zainstalowanych przez Wykonawcę w lokalizacjach wymienionych w OPZ i IPU oraz w przypadku urządzeń dedykowanych do wykorzystania przez pracowników Zamawiającego z zachowaniem dbałości odpowiedniej dla użytkowania sprzętu elektronicznego, powiadomienia Wykonawcy o wszelkich nieprawidłowościach, usterkach lub uszkodzeniach w udostępnionych przez Wykonawcę urządzeniach, niezwłocznie po ich stwierdzeniu oraz do niedokonywania samodzielnie napraw i modernizacji tychże urządzeń, udostępnienia lokalizacji w celu demontażu urządzeń Wykonawcy niezwłocznie po wygaśnięciu, rozwiązaniu lub odstąpieniu od umowy. W chwili dokonywania demontażu urządzenia powinny znajdować się w stanie nienaruszonym, a w przypadku urządzeń dedykowanych do wykorzystania przez pracowników Zamawiającego ich zużycie nie powinno wykraczać ponad zużycie wynikające z normalnej eksploatacji;

d) podanie informacji odnośnie architektury i wymagań usług sieci WAN, tj. opisu architektury wraz z podsystemami planowanymi do realizacji, oraz umożliwienie dokonania wizji lokalnych, przedstawienie opisu stanu obecnego sieci LAN Zamawiającego w każdej jednostce /lokalizacji w której planowana jest instalacja i uruchomienie urządzeń usługi sieci WAN. Niezbędna jest wiedza na temat opisu posiadanej przez Zamawiającego infrastruktury sprzętowej, opis środowiska sieci LAN, systemu monitoringu Zamawiającego;

e) opisanie wymagań funkcjonalnych sieci WAN w poniższych zakresach: scenariusze działania sieci w tym łączy zapasowych na wypadek awarii szczegółowy opis funkcjonalności z zakresu bezpieczeństwa (funkcjonalności firewall, filtracja ruchu, inspekcja pakietów ,ochrona przez złośliwym oprogramowaniem, zdalny dostęp do określonych dla każdego użytkownika grup aplikacji i urządzeń) szyfrowanie, QoS, typy kolejek, priorytetyzacja ruchu, polityki jakości obsługi aplikacji - wymagania dotyczące routingu, obsługa translacji adresacji, opis obsługi i funkcjonalności protokołów sieciowych szczegółowy opis systemu Monitorowania Zamawiającego;

f) opisanie wymagań szczegółowych dotyczących urządzeń: ilość urządzeń dla każdego typu łącza w danym typie lokalizacji, wymiary wymaganych urządzeń, specyfika urządzeń w odniesieniu do środowiska pracy, tj. temperatury, zasilania, ilości i rodzaje wymaganych interfejsów sieciowych, charakterystyka ruchu dla wymaganej wydajności urządzenia 40Gb/s, funkcjonalności oprogramowania na urządzeniach CE;

g) opisanie wymagań dotyczących usług Internet oraz usług bezpieczeństwa: wydajność, specyfika urządzeń (zasilanie, wymiary), mechanizmy

niezwodnościowe, opisu usług inspekcji, antymalware, ochrony przed złośliwym oprogramowaniem, zdalnego dostępu, opis zarządzania, scenariusze działania łączy do sieci Internet wraz z usługą antyDDOS na wypadek awarii;

5. wykreślenie z pkt 1.2 OPZ określenia maksymalnego wynagrodzenia w ramach prawa opcji wskazanego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał co następuje. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jednocześnie może ponieść szkodę na skutek niezgodnej z ustawą czynności zamawiającego. Naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy poprzez określenie przez zamawiającego zbyt krótkiego terminu składania oraz terminu rozpoczęcia świadczenia usług, jak również poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia bez zachowania wymogów ustawowych, w szczególności uwagi na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty i uzyskanie zamówienia.

W ocenie odwołującego zamawiający, wyznaczając termin składania ofert na dzień 6 sierpnia 2020 r., nie uwzględnił adekwatnego czasu na przygotowanie i złożenie ofert, w tym również z uwagi na nieprawidłowe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał na art. 43 ust. 1 i art. 9a p.z.p. i podniósł, że normy te akcentują konieczność ustalania terminów składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w wymiarze odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, jego wielkości lub parametrom technicznym, a także uwarunkowaniom organizacyjnym lub gospodarczym związanym z określonym świadczeniem. Postępowanie ma charakter skomplikowany, co wynika zarówno z szerokiego

zakresu usług, jak i szczególnych wymagań dotyczących sposobu ich świadczenia, o złożoności przedmiotu zamówienia przesądza również obszerność dokumentacji postępowania. Analiza szczegółowych wymagań określonych przez zamawiającego zrodziła szereg pytań, których konieczność skierowania do zamawiającego uzasadniona jest istotnym wpływem na treść oferty. Zamawiający zaniechał opisania przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący i jednoznaczny (o czym w dalszej części odwołania), a jednocześnie nie przewidział możliwości przeprowadzenia wizji lokalnych przez wykonawców. Wykonawcy mają zatem niewystarczającą ilość czasu na należytą analizę dokumentacji, negocjacje z partnerami handlowymi i dostawcami oraz przygotowanie ofert.

Dopiero po wyjaśnieniu wszystkich niejasności w SIWZ wykonawca może zaplanować sposób realizacji zamówienia oraz dopiero wtedy może i musi podjąć szereg pracochłonnych i czasochłonnych wewnątrz swojej organizacji oraz uzgodnić warunki handlowe współpracy z producentami lub dystrybutorami urządzeń. Wymaga to więc zaangażowania wielu specjalistów z różnych zakresów i obszarów działalności, ale również specjalistów po stronie producentów/dystrybutorów. Zamawiający wymaga od wykonawców profesjonalizmu przy przygotowaniu oferty oraz jej optymalizacji pod względem technicznym i cenowym, ale jednocześnie nie zapewnia odpowiedniego czasu na rzetelną analizę dokumentacji i przygotowania na tej podstawie oferty. Wnioskowany przedłużony termin składania ofert wskazany został z uwzględnieniem aktualnej sytuacji epidemicznej, jak również z uwzględnieniem terminów dotyczących postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 p.z.p., poprzez opisanie przedmiotu

zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na zastrzeżenie zbyt krótkiego terminu uruchomienia usług określonego datą 31 stycznia 2021 r., bez uwzględnienia czasu faktycznie potrzebnego na wykonanie prac niezbędnych do rozpoczęcia świadczenia usług, odwołujący podniósł co następuje.

W punkcie 1.3 OPZ wskazano, że wykonawca jest zobowiązany do rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych w okresie pomiędzy 1 grudnia 2020 roku, a 31 stycznia 2021 roku, a następnie do ich świadczenia przez okres 24 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi. Zatem wykonawca, biorąc pod uwagę proces formalny związany z rozstrzygnięciem postępowania, będzie miał realnie od 3 do 4 miesięcy na realizację usługi. Należy tez pamiętać, iż prace uruchomieniowe mogą zostać rozpoczęte dopiero po podpisaniu przez obie strony umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Opisanie terminu wykonania przedmiotu zamówienia nie uwzględnia czasu jaki jest potrzebny do rozpoczęcia świadczenia usług przez wykonawców, aby bowiem zrealizować przedmiot zamówienia określony w OPZ i SIWZ niezbędne jest wybudowane usług w oparciu o kable światłowodowe oraz kable miedziane w zróżnicowanych, często trudnych lokalizacjach. Przed rozpoczęciem budowy zasobów do świadczenia usługi operator telekomunikacyjny musi pozyskać wszelkie zgody i pozwolenia na realizację inwestycji, w tym zgody administracyjne, bez których realizacja budowy byłaby niezgodna z obowiązującymi przepisami prawa. Na zgody administracyjne w sprawie wydania map, czy uzgodnień zespołu uzgadniania dokumentacji lub pozwoleń budowlanych, łącznie należy przeznaczyć około 15 tygodni. Czasy wynikające z przepisów prawa nie są możliwe do skrócenia (dowód: wykresy prezentujące proces i terminy uzgadniania i zatwierdzania projektu budowlanego w przypadku konieczności wydania decyzji o pozwoleniu na budowę oraz w przypadku konieczności zgłoszenia robót budowlanych).

W niektórych przypadkach proces inwestycyjny wymaga dodatkowych kroków związanych z wystąpieniem przez projektanta o zatwierdzenie dokumentacji i uzyskanie pozwolenia na budowę, czy też przygotowanie innych decyzji administracyjnych przez organ budowlany administracji państwowej. Dotyczy to zadań inwestycyjnych realizowanych na obiektach, które są pod opieką konserwatora zabytków, czy też zadań realizowanych na obszarach Parków Narodowych i Natura 2000. W takich przypadkach czas realizacji procesu wydłuża się o kolejne 30 dni robocze. Jednocześnie, okres realizacji usług przypadnie na okres zimowy. Wymagane przez zamawiającego pasma usług wymagają realizacji łączy na bazie infrastruktury światłowodowej Normy prac związanych z układaniem medium optycznego mówią o tym aby nie układać łączy optycznych w warunkach poniżej -5 stopni C. Można przytoczyć następujące normy i regulacje EN 60793-1, PN-EN6079, PN-EN60794-1.

Ponadto odwołujący przeprowadził sprawdzenie warunków technicznych realizacji łączy w części lokalizacji, z uwzględnieniem rodzajów łączy preferowanych przez zamawiającego oraz gwarantujących zapewnienie przepustowości żądanej przez zamawiającego. Z pozyskanych informacji wynika, że terminy wykonania łączy kształtują się od 15 do 50 tygodni.

W związku z powyższym wnoszę o określenie terminów realizacji zamówienia poprzez określenie daty rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych na nie mniej niż 6 miesięcy liczonych od daty podpisania umowy.

W przedmiocie zarzucanego naruszenia art. 29 ust. 1 p.z.p., poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na zaniechanie zamieszczenia w SIWZ wyczerpującego opisu dotyczącego architektury i wymagań funkcjonalnych sieci WAN i technicznych wymagań w stosunku do dostarczanych urządzeń, odwołujący zauważył, że 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. Przedmiot zamówienia powinien być określony w sposób precyzyjny i jednoznaczny, a jednocześnie w sposób maksymalnie zobiektywizowany. Ustawa zobowiązuje też zamawiającego do podania wszelkich niezbędnych informacji i wymagań co do przedmiotu zamówienia, nakazując przy tym zamawiającemu używać dokładnych i zrozumiałych dla wykonawców określeń. Obowiązki powyższe nie dotyczą wyłącznie opisu parametrów usług lub dostaw, ale także warunków wykonania zamówienia, w tym w szczególności określenia zobowiązań wykonawcy i sankcji z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania tych zobowiązań, a nadto obowiązków zamawiającego w zakresie, w jakim jego współdziałanie z wykonawcą ma istotne znaczenie dla należytego wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Według odwołującego warunki realizacji zamówienia, wynikające z SIWZ, zostały sformułowane w sposób niejasny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań oraz okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty, co przejawia w postanowieniach: 8.6 i 9.2 OPZ, poprzez brak szczegółowej informacji w stosunku do wymaganych do dostarczenia przełączników (ilość oraz typ interfejsów, warunki pracy, wymagane funkcjonalności) i pkt 14.9 OPZ, poprzez brak precyzyjnego opisania zakresu wsparcia technicznego ze wskazaniem liczby godzin wsparcia w okresie świadczenia usługi oraz zakresu merytorycznego tego wsparcia (m.in. technologie, wymagania techniczne).

Jak podkreśliła Izba „w sytuacji, gdy zamawiający nie opisuje przedmiotu zamówienia w sposób wystarczająco dokładny i jednoznaczny, może stworzyć przewagę konkurencyjną dla wykonawcy, który posiada informacje niezapisane w SIWZ, a niezbędne do przygotowania oferty, w tym kalkulacji jej ceny. Opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami ustawy jest wyłącznym obowiązkiem zamawiającego. W ramach czynności związanych z przygotowaniem postępowania zamawiający winien zgromadzić niezbędne dane, pozwalające na prawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia i dopiero wszcząć postępowanie". (tak Izba w wyroku sygn. akt KIO 2941/12).

Odwołujący dodał, że 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. 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 k.c., jak również stanowić podstawę uznania jego przyczynienia się do szkody wyrządzonej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie wszystkich odwołań.

W zakresie zarzutów odwołujących w przedmiocie wyznaczenia zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcie świadczenia usług zamawiający wskazał, że dokonał modyfikacji dokumentacji przetargu w dniu 31.07.2020 r., usuwając prawo opcji. W obecnej chwili wszystkie lokalizacje oraz infrastruktura zamawiającego, jakie zostaną udostępnione na potrzeby instalacji usługi zostały wskazane w dokumentacji przetargowej, są dostępne publicznie, a ponadto zostały udostępnione podczas dialogu technicznego przeprowadzonego z wykonawcami. Obecnie, do wszystkich wskazanych lokalizacji jest doprowadzona usługa transmisji danych, zatem próżno jest wywodzić, iż dane lokalizacje są trudno dostępne technicznie. Argumentacja odwołujących

odnosząca się do konieczności budowy nowych łączy oraz konieczności pozyskania decyzji administracyjnych staje się bezzasadna. W świetle powyższego, zamawiający wskazuje, iż nie zgadza się z argumentacją podniesioną przez odwołujących, a wskazany okres, tj. pomiędzy dniem 1 grudnia 2020 r., a 31 stycznia 2021 r. jest w pełni wystarczający do rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych. Jednocześnie zamawiający wskazuje, że dokonana modyfikacja SIWZ wprowadziła możliwość zmiany terminu rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych, o 90 dni (nowe brzmienie par. 2 ust. 18 IPU).

W stosunku do zarzutów dotyczących kar umownych zamawiający podkreślił, że kary umowne nie zostały przez ustawodawcę uregulowane w przepisach p.z.p., w związku z tym na mocy odesłań zawartych w art. 14 ust. 1 oraz 139 ust. 1 p.z.p. należy w tych kwestiach stosować przepisy kodeksu cywilnego, a co za tym idzie dopuszczona została swoboda strony umowy w zakresie ustalania ich wysokości. Zgodnie z art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej kwoty - kary umownej. Z treści ww. artykułu wynika wprost, iż kara umowna ma na celu „naprawienie szkody", a zatem można ją uznać za pewien rodzaj odszkodowania i wysokości kar umownych w postępowaniu mają na celu spełnienie zadania dyscyplinującego oraz motywującego wykonawcę oraz zostały określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody, tak aby mogły spełniać swoje funkcje. Zamawiający wskazał na przedmiot zamówienia i podsumował, iż w przypadku niemożności realizacji usługi transmisji danych Skarb Państwa narażony jest na kolosalną szkodę. Brak świadczenia przedmiotowej usługi w przeciągu jednej doby może przynieść straty w wysokości ok. 6 milionów złotych w wyniku braku wpływów do Krajowego Funduszu Drogowego. Ponadto, awaria usługi transmisji danych uniemożliwia uruchomienie jak również eksploatację Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej KAS. Zamawiający nie zgadza się więc z argumentacją odwołujących oraz nie dokonuje zmian w zakresie wysokości ustalonych kar umownych, które są adekwatne do przedmiotu zamówienia. Niemniej jednak dodano w § 8 IPU treść, iż łączna wysokość naliczonych kar umownych nie może przekroczyć 40% maksymalnego łącznego wynagrodzenia brutto wykonawcy.

Co do odwołania odwołującego Integrated Solutions zamawiający dodatkowo wskazuje, że rezygnacja z prawa opcji i zastąpienie go zamówieniem podobnym, powoduje m.in., że wszelkie okoliczności związane z wyceną przedmiotu zamówienia i przygotowaniem oferty ulegają znacznemu uproszczeniu (brak konieczności analizy, wyceny i przygotowania oferty dla znacznej części pierwotnych wymagań zamawiającego). Potwierdzeniem tego jest fakt, że większość zarzutów odwołania Integrated Solutions Sp. z o.o. dotyka problematyki prawa opcji, jego opisu, wymagań i realizacji. Skoro zatem żądanie odwołującego dotyczące wydłużenia czasu dotyczącego przygotowania oferty oparte było na zarzutach dotyczących głównie prawa opcji, i opiewało na datę 30.09.2020 r. oraz obejmowało żądania znacznej modyfikacji SIWZ i dostosowania do nich oferty wykonawcy, to w ocenie zamawiającego rezygnacja z tego zakresu przy formułowaniu oferty prowadzi do wniosku, że wychodząc naprzeciw artykułowanym potrzebom wydłużania terminu adekwatny będzie termin 24.08.2020 r. czyli o 17 dni dłuższy niż w dacie składania odwołania. Termin ten nie jest przy tym terminem dowolnym, jak przestrzegał odwołujący, i koreluje tak z sytuacją pandemiczną w kraju, jak też z terminem postępowania odwoławczego przed KIO, na co zwracał także uwagę odwołujący.

Ponadto, odwołujący związany jest umową z Instytutem Łączności o nr IŁ/BD/01/2018, a na poziomie operacyjnym jest wykonawcą umowy ESPO. W świetle ww. umowy realizuje zadania m.in. z obszaru transmisji danych do nowych miejsc obsługi klienta (MOK). Wskazania wymaga, iż w przypadku realizacji zadań z obszaru transmisji danych do MOK nie jest wymagane pozyskanie zgód administracyjnych, a obecne realizację są porównywalne z realizacjami określonymi w postępowaniu. Odwołujący zrealizuje zadania polegające na uruchomieniu usługi transmisji danych do nowych MOK w terminie dwutygodniowym.

Odwołujący podnosi, iż przed rozpoczęciem budowy zobowiązany będzie do pozyskania wszelkich zgód oraz pozwoleń na realizację inwestycji, w tym zgód administracyjnych w zakresie pozwoleń na budowę, wydania map czy Uzgodnień Zespołu Uzgadniania Dokumentacji. Cały proces szacuje na około 15 tygodni. Zdaniem zamawiającego zgodnie z art. 29 ust. 1 pkt lit. c ustawy z dnia 7 lipca 1994 Prawo Budowlane Lokalizacje Infrastruktury Przydrożnej KSPO wyłączone są z konieczności uzyskania pozwolenia na budowę czy zgłoszenia. Zgodnie z opinią wydaną przez Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego lokalizacja IP KSPO jest urządzeniem bezpieczeństwa ruchu drogowego. Tym samym, przyjęte założenia są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia. Lokalizacja IP KSPO jest urządzeniem BRD, zatem realizowana jest w ramach inwestycji drogowej, tj. na etapie postępowania o wydanie decyzji o Zezwoleniu na Realizację Inwestycji Drogowej (potocznie ZRID) i jest badana jako całość w zakresie remontów lub budowy nowych dróg krajowych objętych poborem opłaty elektronicznej.

Zgodnie z opinią wydaną przez Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska z 2009 r. lokalizacja IP KSPO nie jest przedsięwzięciem mogącym znacząco oddziaływać na

środowisko w myśl ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko i aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie. Zatem argumentacja odwołującego jakoby realizacja inwestycji na obszarach Parków Narodowych i Natura 2000 znacząco wydłużała czas realizacji procesu jest bezzasadna. W świetle powyższego zamawiający nie widzi podstaw do wydłużenia terminu uruchomienia przedmiotowych usług.

W przedmiocie odwołania odwołującego Netia, w zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 p.z.p. zamawiający podniósł, że w świetle dokonanej zmiany dokumentów przetargowych, w dniu 31 lipca 2020 r., usunięto z zamówienia prawo opcji. W chwili obecnej wszystkie lokalizacje oraz infrastruktura zamawiającego, jakie zostaną udostępnione na potrzeby instalacji usługi, zostały wskazane w dokumentacji przetargowej, są dostępne publicznie, a ponadto zostały udostępnione podczas dialogu technicznego. Obecnie, do wszystkich wskazanych lokalizacji jest doprowadzona usługa transmisji danych, zatem próżno jest wywodzić, iż dane lokalizacje są trudno dostępne technicznie. Ponadto, argumentacja odwołujących odnosząca się do konieczności budowy nowych łączy oraz konieczności pozyskania decyzji administracyjnych staje się bezzasadna. Każdy z wykonawców jest w posiadaniu dokładnie tych samych informacji, zatem nie może być mowy o faworyzowaniu któregokolwiek z zainteresowanych udziałem w postępowaniu wykonawcy. W świetle powyższego, zamawiający nie zgadza się z argumentacją podniesioną przez odwołujących, a wskazany okres, tj. pomiędzy dniem 1 grudnia 2020 r. a 31 stycznia 2021 r. jest w pełni wystarczający do rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych.

W zakresie stanowiska odwołującego T-Mobile zamawiający wskazał co następuje. Formułowany zarzut dotyczący § 2 ust. 4 IPU wynika z niezrozumienia dokumentacji postępowania. Rozpoczęcie świadczenia usług transmisji danych rozpoczyna się w momencie faktycznego świadczenia usługi, tj. uruchomienia usługi transmisji danych we wszystkich lokalizacjach. Podłączenie do danej lokalizacji łącza nie uprawnia wykonawcy do naliczania opłat, zaś zamawiającego nie upoważnia do korzystania z usługi transmisji danych. Dopiero podłączenie łącza do ostatniej lokalizacji wymaganej przez zamawiającego będzie tożsame z uruchomieniem usługi transmisji danych. Zamawiający takim zapisem również motywuje wykonawcę do dokonania podłączenia usługi transmisji danych we wszystkich lokalizacjach jednocześnie. Cel konstrukcji ww. zapisu umotywowany jest faktem, iż zamawiający chciałby, aby opłata abonamentowa naliczana była od czasu faktycznego wykorzystywania łącza. Zamawiający dodał, iż w takiej sytuacji, wykonawca nie ponosi żadnych kosztów. Po podłączeniu zostanie naliczona opłata aktywacyjna.

Wobec spełnienia przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestników postępowania, zgłaszających przystąpienie po stronie odwołującego:

- wykonawcę T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa, w sprawie o sygn. akt: KIO 1607/20 i KIO 1623/20,
- wykonawcę „Netia" S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa, w sprawie o sygn. akt: KIO 1597/20 i KIO 1623/20,
- wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Marcina Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa, w sprawie o sygn. akt: KIO 1597/20 i KIO 1607/20.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniach, odpowiedzi na odwołania, stanowiskami przystępujących, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła

1 zważyła, co następuje:

Skład orzekający ustalił, że połączone do wspólnego rozpoznania odwołania mieszczą się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostały wniesione przez podmioty uprawnione, a także dotyczą materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p., zatem podlegają kognicji Krajowej

Izby Odwoławczej. Izba ustaliła dalej, że odwołania podlegają rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 189 ust.

2 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołań i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Izba stwierdziła również, że odwołujący posiadają legitymację materialną do wniesienia środków zaskarżenia zgodnie z wymaganiami art. 179 ust. 1 p.z.p.

Dalej skład rozpoznający spór wskazuje, iż w związku z wycofaniem przez odwołujących:

- w sprawie sygn. akt: KIO 1597/20 zarzutów z punktów 2, 3 oraz 5 lit. b i d z petitum odwołania,

- w sprawie sygn. akt: KIO 1607/20 zarzutu z punktu 2 z petitum odwołania,

- w sprawie sygn. akt: KIO 1623/20 zarzutów z punktów 2, 4, 5 oraz 3 tirety 1-2 i 5-6 z petitum odwołania,

uwzględniono modyfikację stanowisk procesowych i umorzono postępowanie odwoławcze we wskazanym przez strony zakresie, co znalazło odzwierciedlenie w punkcie 1 tenoru sentencji wyroku dla każdej ze spraw.

Rozpoznawany przez Izbę spór w sprawie o sygn. akt: KIO 1597/20 dotyczył zbadania:

- czy zamawiający prawidłowo określił termin realizacji zamówienia, w tym czy termin na rozpoczęcie świadczenia usługi nie jest zbyt krótki w związku z obowiązkami, jakie nałożono na wykonawcę (art. 29 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 5 k.c. oraz art. 487 § 2 k.c.),

- czy zamawiający dokonał prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie płatności wynagrodzenia za świadczenie usługi transmisji danych w § 2 ust. 4 zd. 2 IPU

(art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 p.z.p.),

- czy zamawiający właściwie uregulował obowiązek zapłaty kar umownych, poprzez obciążenie wykonawcy okolicznościami niezawinionymi, nakładając w § 8 IPU kary umowne za opóźnienie, a nie za zwłokę, a także czy właściwie określono sposób obliczania wysokości kary w § 8 ust. 4 w zw. z § 2 ust. 2 IPU (art. 353^1 k.c. w zw. z art. 5 k.c. oraz art. 487 § 2 k.c. w zw. z art. 7 p.z.p., art. 14 p.z.p., art. 29 p.z.p. oraz art. 139 ust. 1 p.z.p.).

Spór rozpoznawany w sprawie o sygn. akt: KIO 1607/20 dotyczył weryfikacji:

- czy zamawiający prawidłowo określił termin realizacji zamówienia, w tym czy termin na rozpoczęcie świadczenia usługi nie jest zbyt krótki w związku z obowiązkami, jakie nałożono na wykonawcę, a także okolicznościami mającymi wpływ na czas niezbędny do realizacji zamówienia (art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p.), a przy tym czy opis przedmiotu zamówienia wraz z określeniem terminu realizacji zamówienie nie faworyzuje jednego z wykonawców, co narusza art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p.

- czy zamawiający właściwie uregulował obowiązek zapłaty kar umownych w § 8 ust. 2 pkt 2.1. - 2.3., § 8 ust. 3 pkt 3.1. - 3.3., § 8 ust. 6 pkt 6.1. - 6.2. i § 8 ust. 7 pkt 7.1 IPU, czy kary te nie są rażąco wygórowane względem sankcjonowanego naruszenia i oderwane od potencjalnej szkody (art. 484 § 2 k.c., art. 353^1 k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 139 p.z.p. w zw. z art. 29 p.z.p.).

Natomiast rozpoznawany spór w sprawie KIO 1623/20 dotyczył oceny:

- czy zamawiający prawidłowo wyznaczył termin złożenia ofert na dzień 6 sierpnia 2020 r., który jest terminem zbyt krótkim na prawidłowe przygotowanie oferty (art. 9a ust. 1 i 2 oraz art. 43 ust. 1 p.z.p.),

- czy doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 p.z.p., poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia i innych wymagań oraz okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na zastrzeżenie zbyt krótkiego terminu uruchomienia usługi, określonego datą 31 stycznia 2021 r., bez uwzględnienia czasu faktycznie potrzebnego na wykonanie prac niezbędnych do rozpoczęcia świadczenia usługi,

- czy doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 p.z.p., poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań

i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na zaniechanie zamieszczenia w SIWZ wyczerpującego opisu w punktach: 8.6., 9.2. i 14.9. OPZ.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania, mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w tym po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniach, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołujących zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołania zasługują na częściowe uwzględnienie. W sprawie o sygn. akt: KIO 1597/20 skład orzekający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, 4 i 5 lit. a, oddalono zaś zarzut nr 5 lit. c. W sprawie o sygn. akt: KIO 1607/20 Izba uwzględniła zarzuty nr 1 oraz 4 odwołania i oddaliła zarzut nr 3. Natomiast w sprawie sygn. akt: KIO 1623/20 skład orzekający oddalił zarzut nr 1 w części dotyczącej terminu składania ofert, a także zarzut nr 3, zaś uwzględniono zarzut nr 1 w części dotyczącej wyznaczenia przez zamawiającego zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcia świadczenia zamówienia.

Odwołujący we wszystkich połączonych do rozpoznania sprawach kwestionowali określony przez zamawiającego termin realizacji zamówienia, podnosząc nieprawidłowe uregulowanie terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi, z pominięciem istotnych okoliczności mających na to wpływ, w tym w szczególności termin w ocenie odwołujących nie jest wystarczający do wykonania obowiązków, które nakłada na wykonawców dokumentacja przetargu. W zakresie zarzutu nr 1 odwołania sygn. akt: KIO 1597/20, zarzutu nr 1 odwołania sygn. akt: KIO 1607/20 i zarzutu nr 1 odwołania sygn. akt: KIO 1623/20 (w części dotyczącej terminu realizacji zamówienia), Izba wskazuje co następuje.

Skład orzekający ustalił, że zgodnie z pkt 1.3. załącznika nr 1 do SIWZ (OPZ), wykonawca jest zobowiązany do rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych w okresie pomiędzy 1 grudnia 2020 r., a 31 stycznia 2021 r., a następnie do jej świadczenia przez okres 24 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi (także § 2 ust. 1 IPU). Za datę rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych strony uznają dzień uruchomienia usługi transmisji danych w ramach wszystkich typów łączy wskazanych w § 1 ust. 1 pkt 1.1. umowy oraz we wszystkich lokalizacjach dla poszczególnych typów łączy, data ta zostanie potwierdzona w protokole odbioru (§ 2 ust. 2 IPU).

Zgodnie z § 2 ust. 18 IPU zamawiający zastrzega możliwość przesunięcia terminu rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych, o którym mowa w ust. 1 powyżej. Zamawiający dokona wówczas przesunięcia ww. terminu maksymalnie o 90 dni liczone od dnia 01.12.2020 r., z zachowaniem dwumiesięcznego okresu przeznaczonego na rozpoczęcie świadczenia usługi. W przypadku przesunięcia terminu rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych, terminy, o których mowa w ust. 4 i ust. 5 powyżej, ulegną odpowiedniej zmianie. Treść ta uległa modyfikacji w dniu 31.07.2020 r., gdzie zamawiający zmienił brzmienie § 2 ust. 18 IPU na „zamawiający zastrzega możliwość przesunięcia terminu rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych, o maksymalnie 90 dni liczonych od dnia 01.12.2020 r. w drodze jednostronnego oświadczenia woli złożonego wykonawcy przez zamawiającego w formie pisemnej pod rygorem nieważności". Dodano też § 2 ust. 19 IPU, stanowiący o tym, że oświadczenie woli złożone wykonawcy przez zamawiającego dotyczące przesunięcia terminu rozpoczęcia realizacji umowy zostanie złożone wykonawcy do dnia 30 września 2020 r., a jeżeli umowa do tego terminu nie zostanie podpisana, to w terminie 7 dni od dnia jej podpisania. Za datę złożenia oświadczenia przez zamawiającego należy uznać datę nadania pisma w przedmiocie oświadczenia o przesunięciu terminu rozpoczęcia realizacji umowy w placówce operatora pocztowego - wiążąca data stempla pocztowego.

Na wstępie rozważań zależy zauważyć, że zgodnie z art. 29 ust. 1 p.z.p., to na zamawiającym spoczywa obowiązek opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Nie budzi przy tym żadnych wątpliwości, że prawidłowe określenie terminu realizacji zamówienia jest elementem przedmiotu zamówienia - zresztą niejednokrotnie jednym z najistotniejszych warunków zobowiązania, które przyjmuje na siebie przedsiębiorca, ponieważ wadliwe określenie terminu realizacji umowy może stanowić kryterium ograniczające krąg potencjalnych wykonawców - i jego nieprawidłowe ukształtowanie może stanowić nie tylko o naruszeniu przez zamawiającego art. 29 ust. 2 p.z.p., ale także może godzić w naczelne zasady zamówień publicznych, które nakładają na jednostkę zamawiającą obowiązek przygotowania dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dodać także wypada, że normy nakładające na jednostkę zamawiającą obowiązek prawidłowego

ukształtowania dokumentacji przetargu maja na celu zabezpieczenie właściwego wydatkowania środków publicznych. Nieprawidłowości przy konstrukcji nakładanego na wykonawcę zobowiązania negatywnie odbijają się na ilości ofert, a także mają bezpośredni wpływ na zwiększenie ceny oferty, zamawiający powinien bowiem pamiętać, że każde ryzyko i każda wada SIWZ będą miały swoje konsekwencje, albo na etapie składania ofert, albo na etapie wykonywania umowy. Stąd reakcja rynku na kształt SIWZ powinna zostać poddana krytycznej, ale i wnikliwej analizie.

Odwołujący upatrywali naruszenia prawa poprzez uregulowanie zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi. Izba podzieliła stanowisko odwołujących, iż wobec brzmienia SIWZ zamawiający ustalił niewystarczający termin na rozpoczęcie świadczenia zamówienia, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności, jakie winien uwzględnić wykonawca konstruując ofertę, oraz wszystkich czynności, jakie należy podjąć w związku z rozpoczęciem świadczenia usługi w terminie określonym w umowie. W oparciu o dokumentację postępowania potwierdziło się, że termin zamówienia powinien uwzględniać możliwość budowy łączy w lokalizacjach zamawiającego, co wiąże się z koniecznością uzyskania zgód administracyjnych i wykonania robót budowlanych, opisywanych przez odwołujących. Odwołujący podnosili, że wskazana przez zamawiającego przepływność 1Gb/s nie pozwala na inną opcję, niż wybudowanie przyłącza światłowodowego, co w ocenie odwołującego Integrated Solutions powoduje konieczność wybudowania łącza w około 20 lokalizacjach, z zastrzeżeniem, że nie wykonano jeszcze wizji lokalnych dla wszystkich lokalizacji (zamawiający określił niemalże 400 lokalizacji, zgodnie z formularzem ofertowym zmodyfikowanym w dniu 31.07.2020 r.).

Zamawiający argumentował, że obecnie we wszystkich lokalizacjach usługa jest świadczona - jest doprowadzona usługa transmisji danych, stąd nie podziela stanowiska, że dane lokalizacje są trudno dostępne technicznie, zaś argumentacja dotycząca konieczności budowy nowych łączy oraz pozyskania decyzji administracyjnych jest bezzasadna. Tym niemniej, oprócz subiektywnego stanowiska, że istniejąca infrastruktura jest odpowiednia dla świadczenia przedmiotu przetargu, nie zdecydowano się na poparcie oceny zamawiającego żadnymi wnioskami dowodowymi. Nie tylko brak jest dowodów, że faktycznie obecna infrastruktura spełnia wymagania dla zapewnienia usługi transmisji w warunkach obecnego przetargu i będzie dostępna dla potencjalnego wykonawcy, ale też nie odniesiono się do stanowiska odwołujących o konieczności jej dostosowania. Zamawiający nie wskazał na jakiekolwiek okoliczności faktyczne odnoszące się do technicznych warunków infrastruktury i pozostał przy stwierdzeniu, że zgodnie z jej stanem nie ma konieczności budowy nowych łączy. Stanowisko zamawiającego, oprócz postawionej hipotezy jest merytorycznie puste, kiedy nawet przekonanie zamawiającego o odpowiednim stanie urządzeń, pomija jakiekolwiek odniesienie się do opisu tejże infrastruktury. Izba nie otrzymała możliwości zweryfikowania tej oceny i jej podzielenia, bowiem nie wskazano na żadne fakty będące jej podstawą.

Postępowanie dotyczące treści dokumentacji przetargu niczym się nie różni od innej materii, będącej przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Strony mają obowiązek wskazania okoliczności faktycznych, na kanwie których budują swoją argumentację i przedstawiania dowodów na poparcie swoich twierdzeń. W kontradyktoryjnym procesie strona nie może poprzestać na wskazaniu subiektywnej oceny, bez wskazania okoliczności faktycznych, które do tej oceny doprowadziły. Bez podania uchwytnej podstawy poczynionego założenia nie ma możliwości uznania go za uzasadnione. Innymi słowy, ograniczenie się do arbitralnej oceny bez wskazania faktów, które do niej doprowadziły, a z którymi strona wiąże prawidłowość wyznaczonego terminu świadczenia usługi, może powodować negatywne konsekwencje prawne. Strona winna wyjść poza swoje przekonanie o stanie infrastruktury i w dającym się zweryfikować stanowisku, zawierającym faktyczne odniesienie się do jej stanu technicznego, osadzić obecne uwarunkowania przetargu objętego sporem, i wtedy dopiero byłoby możliwym ocenianie zasadności hipotezy zamawiającego z której wywodził adekwatność i realność terminu realizacji zamówienia, co miało świadczyć o niezasadności stanowisk odwołujących. Dodatkowo odwołujący Integrated Solutions, niezakwestionowanymi przez zamawiającego zestawieniami własnymi, wskazał na przykładowe obecne lokalizacje (węzeł Zgierz, Konin, Zabrze, Wrocław, Łódź, Koło, Ruda Śląska, Bielany Wrocławskie) wymagające szeregu wskazanych prac dostosowawczych, w wymiarze 50 tygodniu.

Stanowisko zamawiającego nie potwierdziło się również w materiale procesowym, ponieważ w dokumentacji przetargu zamawiający nie zawarł żadnego zapewnienia o braku konieczności budowy nowych łączy i skwantyfikowanego odniesienia do stanu obecnie wykorzystywanej infrastruktury, podając wykonawcom jedynie wymagane lokalizacje i stawiając wymagania funkcjonalne. Wykonawcy sami weryfikują stan infrastruktury, dokonując wizji lokalnych (jak podnosił odwołujący Integrated Solutions), czy za pomocą wywiadów technicznych (co wynika z pytania nr 16 z modyfikacji SIWZ z 31.07.2020 r.). Stąd stanowisko zamawiającego, że nie ma potrzeby budowy nowych łączy - więc nie ma potrzeby

pozyskania decyzji administracyjnych, co podnosili odwołujący - bez odniesienia się do stanu urządzeń i zagwarantowania w SIWZ, że wykonawca będzie mógł skorzystać z obecnej infrastruktury, która spełnia wymagania przetargu, ewentualnie wymaga drobnych ustalonych modyfikacji, zostało niepotwierdzone. Natomiast brak jakichkolwiek wniosków dowodowych w tym zakresie powoduje, że jest także gołosłowne.

Przy tym przedmiot zamówienia został tak skonstruowany, że nie ma preferencji wyboru technologii transmitowania sygnału (oprócz pkt 5.1. OPZ, gdzie jest wymóg dwóch łączy światłowodowych). Wykonawcy mają w tym zakresie dowolność i przyjęcie, że świadczenie usługi sprowadzi się do konfiguracji i dostarczenia urządzeń GSM, jest na kanwie SIWZ nieuprawnione, a także implikuje, że inny sposób świadczenia zamówienia został określony jedynie dla pozoru. Należy mieć także na uwadze, że wszystkie ryzyka związane z doborem sposobu realizowania zamówienia zostały przerzucone na wykonawców - zamawiający postawił wymóg funkcjonalny, zapewnienia określonej przepływności, na dwóch niezależnych łączach (łącze podstawowe i łącze zapasowe) od dwóch różnych operatorów, określając, że to wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia we własnym zakresie i na swój koszt wszystkich materiałów, wyposażenia, urządzeń, narzędzi i innych elementów niezbędnych do wykonania wszystkich prac/usług/zadań, wszelkich czynności niezbędnych do uruchomienia i zapewnienia prawidłowego, bezawaryjnego świadczenia usługi transmisji danych przez cały okres jej realizacji (pkt 15.6 OPZ). O ile funkcjonalne opisanie przedmiotu zamówienia jest zgodne z ustawą p.z.p., to jednak termin na realizację wymagań zamawiającego powinien mieć oznaczone podstawy, ponieważ w momencie badania czy treść SIWZ jest zgodna z prawem, należy powołać się na obiektywne czynniki wykazujące, że zamawiający wykonał obowiązki, które nałożył na niego ustawodawca. Jak podnosili odwołujący żaden z wykonawców nie ma w pełni gotowej infrastruktury, która mogłaby zostać wykorzystana na potrzeby realizacji zamówienia. Operator telekomunikacyjny potrzebuje okresu przygotowawczego w celu realizacji niezbędnych prac do świadczenia usługi, tym bardziej, że zamawiający wymaga różnych rodzajów łączy, co wiąże się z koniecznością zapewnienia niezbędnego czasu - bez względu na to, czy wykonawcy zdecydują się na wybudowanie własnej infrastruktury, czy też będą dzierżawić infrastrukturę od innego operatora. W każdym wypadku konieczne jest zapewnienie wystarczającego okresu na przygotowanie do świadczenia zamówienia i wykonanie wszystkich niezbędnych czynności faktycznych i prawnych, zaś wymóg zapewnienia dwóch kanałów i odpowiedniej przepływności powoduje, ze nie uniknie się konieczności wybudowania światłowodu, co wiąże się z obowiązkiem uzyskania właściwych decyzji administracyjnych i wykonania prac budowlanych.

Na zamawiającym ciąży obowiązek prawidłowego, adekwatnego i przede wszystkim realnego ukształtowania warunków przetargu, aby nie ograniczać uczciwej konkurencji. Zamawiający nie wykazał, że okoliczności wynikające z dokumentacji przetargu, na które wskazywali odwołujący, zostały przez niego właściwe zbadane i dają podstawę do przyjęcia terminu ustalonego w SIWZ. Odwołujący, wskazując na konieczność dostosowania, czy wybudowania infrastruktury telekomunikacyjnej spełniającej wymagania SIWZ, co wiąże się z koniecznością spełnienia wymagań prawnych i wykonania prac budowlanych, w zależności od warunków technicznych istniejącej infrastruktury, obliczyli niezbędny czas na sześć miesięcy od momentu zawarcia umowy. Zamawiający natomiast nie wykazał, że wziął te wszystkie okoliczności pod uwagę i wyznaczony przez niego termin realizacji zamówienia jest terminem realnym w stosunku do postawionych warunków przetargu. Jednostka zamawiająca nie zdecydowała się na wskazanie, że uwzględniła konieczne prace dotyczące wybudowania światłowodów (podnosząc na rozprawie, iż światłowód wymagany jest jedynie w lokalizacji z pkt 5.1. OPZ, a istniejąca w tej lokalizacji infrastruktura nie wymaga dodatkowych prac - czego nie udowodniono, ani nie zapewniono w SIWZ). Nie odniesiono się do stanu obecnej infrastruktury, nie podważono stanowiska odwołującego Integrated Solutions wskazującego na konieczne modyfikacje w przykładowych ośmiu lokalizacjach.

Skład orzekający uwzględnił stanowisko odwołującego Integrated Solutions i odwołującego T-Mobile, że zamawiający wymaga rozpoczęcia świadczenia usługi w terminie od 1 grudnia 2020 r. do 31 stycznia 2021 r., co powoduje, że wykonywanie prac przypadnie na okres zimowy, kiedy normy prac związanych z układaniem medium optycznego stanowią,

aby nie układać łączy optycznych w warunkach poniżej -5°C (EN 60793-1, PN-EN6079, PN-

EN60794-1). Okres ten jest także okresem świątecznym i noworocznym, z ograniczeniem możliwości wykonania znacznego zakresu prac i ingerencji w sieć, aby uniknąć ewentualnych awarii masowych.

Ponadto, Izba podziela argumentację odwołującego Netia, że w związku z obecną sytuacją wywołaną stanem pandemii koronawirusa mogą wystąpić niezależne od wykonawcy opóźnienia i braki w dostępności urządzeń z innych krajów, czy możliwy przedłużający się okres na uzyskanie decyzji administracyjnych, co należy wziąć pod uwagę przy konstruowaniu oferty. Umknęło przy tym zamawiającemu, że wykonawca nie powoływał się na okoliczności,

które powodują ustawową ochronę prawną (zgodnie z regulacjami aktów prawnych wprowadzonymi do systemu prawa w związku z zagrożeniem zdrowia publicznego, w szczególności ustawą z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw), a na okoliczność notoryjną - spowolnienia w sektorze publicznym i prywatnym, co utrudnia oszacowanie ewentualnych opóźnień, niezależnych od wykonawcy. Jak również na argumentację dotyczącą sytuacji pandemicznej, powołał się sam zamawiający (vide stanowisko zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie dotyczące zarzutu wydłużenia terminu składania ofert, postawionego przez odwołującego Integrated Solutions).

Spowolnienie sektora publicznego może mieć wpływ na uzyskanie zgód administracyjnych i również w warunkach bez tych szczególnych okoliczności należy założyć odpowiedni margines czasu na uzyskanie zezwoleń Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na zajęcie pasa drogowego. Na potwierdzenie, że faktycznie może być to nawet okres kilkumiesięczny, odwołujący T-Mobile przedstawił wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie (sygn. akt VI SA/Wa 2392/19), który obrazuje możliwą czasochłonność procesu administracyjnego związanego z uzyskaniem tej zgody. Zamawiający zaś podniósł, że na kanwie jego doświadczenia trwa to dni, najwyżej tygodnie, tym niemniej jednostka zamawiająca nie zdecydowała się na przełożenie swojego twierdzenia na wnioski dowodowe. Mając natomiast na uwadze przywoływaną przez zamawiającego specustawę koronowirusową, to trudno nie zauważyć, że na jej podstawie, do maja 2020 r., zawieszono bieg terminów postępowań administracyjnych, co jedynie dodatkowo potwierdza stanowisko odwołującego Netia o negatywnym wpływie na możliwe terminy uzyskania zgód administracyjnych, w konsekwencji pracy organów w okresie spiętrzenia rozpoznawania spraw. Dodatkowo, zamawiający nie podważał wyliczenia niezbędnego okresu na poszczególne czynności, które wskazał odwołujący Netia i odwołujący Integrated Solutions.

Skład rozpoznający spór podzielił także argumentację odwołujących, że opóźnienia w uruchomieniu usługi zostały obwarowane znacznymi karami umownymi, zaś wprowadzona w § 2 ust. 18 i 19 modyfikacja IPU - co w ocenie jednostki zamawiającej wprowadza możliwość zmiany terminu rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych o 90 dni - nie powoduje, że interesy wykonawców zostały zabezpieczone. Zgodnie z brzmieniem przedmiotowych postanowień niewiadomym jest o ile nastąpi przesunięcie terminu świadczenia usługi. Podano okres maksymalny, co powoduje brak pewności wykonawcy o ile faktycznie termin zostanie przesunięty przez zamawiającego, jego arbitralną decyzją ograniczoną maksymalną ilością dni, bez żadnego gwarantowanego minimum. Zatem niezrozumiałym jest jakoby treść ta dostatecznie miała chronić wykonawców, skoro nie posiadają oni wiedzy o ile i na podstawie jakich okoliczności (wskazano jedynie na datę graniczną złożenia oświadczenia zamawiającego - 30 września 2020 r. lub 7 dni od dnia podpisania umowy) zamawiający ma możliwość dokonania przesunięcia. Nadal również wykonawca nie ma zapewnionych sześciu miesięcy na przygotowanie do świadczenia usługi i okres ten, mając na uwadze wywód we wcześniejszej części uzasadnienia, jest terminem adekwatnym na kanwie materiału procesowego i nie został skutecznie podważony przez zamawiającego. Nawet uwzględniając maksymalny okres 90 dni - pomimo, że gwarancja taka w żaden sposób z SIWZ nie wynika - byłoby to 150 dni. Nie zmieniają tego szacunki zamawiającego, kiedy planuje on, że mógłby dokonać oceny ofert i zawrzeć umowę, ponieważ niczym niepoparte spekulacje strony, nie mogą stanowić jakiejkolwiek gwarancji, na podstawie której można oprzeć ryzyko wyceny wielomilionowego zamówienia publicznego.

Żądań odwołujących i możliwości właściwego przygotowania do realizowania zamówienia nie wypełnia również możliwość zmiany umowy, zgodnie z § 11 ust. 9 pkt 2 i ust. 10 IPU. W myśl tych uregulowań zmianę terminu realizacji umowy uzależniono od przyczyn leżących po stronie zamawiającego, co nie wpisuje się w okoliczności będące podstawą rozpoznawanych odwołań. A także od przedłużenia się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co dalej powiązano z terminem maksymalnie 90 dni, w związku z datami wskazanymi przez zamawiającego. Nie zapewniono wykonawcom w sposób stanowczy okresu niezbędnego do przygotowania do świadczenia usługi i pominięto, że wykonawca powinien mieć zagwarantowany, nie tylko realny termin na przygotowanie niezbędnej infrastruktury do świadczenia usług, ale też termin ten powinien być znany już na etapie przygotowywania i kalkulowania oferty - kiedy wykonawca podejmuje decyzję czy złożyć ofertę w przetargu.

Skład orzekający zauważa także, iż wniosek zamawiającego o przeprowadzenie dowodu z oględzin przedstawionego przez niego routera GSM, na okoliczność czasu niezbędnego do realizacji zapewnienia transmisji danych dla pojedynczego punktu, ponieważ w ocenie zamawiającego router wymaga podłączenia do prądu i nie potrzeba na to żadnej decyzji, prac ziemnych, czy pozwolenia na budowę, jest nieprzydatny dla ustalenia jakichkolwiek okoliczności istotnych dla sporu. Po pierwsze, oględziny urządzenia mogą wskazywać najwyżej na fakt, jakie to jest urządzenie i jak wygląda. Po drugie, konieczne wydaje się przypomnienie, że dowody w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą są

powoływane na okoliczność stwierdzenia faktów (art. 190 ust. 1 p.z.p.). Wnioski dowodowe powoływane na okoliczność sądów, ocen, czy innego subiektywnego przekonania są z zasady niedopuszczalne, jako nieznane procedurze postępowania przed Izbą. Po trzecie, aby jakikolwiek dowód dotyczący czasu i sposobu rozpoczęcia świadczenia usługi przy wykorzystaniu technologii GSM w konotacji z wyznaczonym terminem realizacji zamówienia był w ogóle przydatny do ustalenia okoliczności dotyczących sporu, to najpierw należałoby wskazać na ustalone okoliczności faktyczne przemawiające za tym, że właśnie w tej technologii całość usługi będzie realizowana, czego nie uczyniono i co nie wynika z SIWZ.

Mając na uwadze powyższe skład rozpoznający spór stwierdził, że znalazło potwierdzenie w materiale procesowym stanowisko odwołujących o wyznaczeniu zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcia świadczenia usług, zaś zamawiający nie wykazał, aby podołał nałożonemu na niego przez ustawodawcę obowiązkowi zapewnienia realnego, uwzględniającego wszystkie okoliczności faktyczne i prawne zawarte w SIWZ, terminu realizacji zamówienia, który zapewni konkurowanie w warunkach równej i uczciwej konkurencji. Wobec czego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła zarzuty nr 1 z petitum odwołań sygn. akt: KIO 1597/20, KIO 1607/20 oraz KIO 1623/20 (w części dotyczącej terminu zamówienia) i nakazała zamawiającemu modyfikację dokumentacji przetergu w sposób wskazany w sentencji orzeczenia, zgodnie z żądaniem wykonawców.

Dodatkowo w zakresie odwołania sygn. akt: KIO 1607/20 Izba podzieliła stanowisko odwołującego, zawarte w zarzucie nr 4 z petitum odwołania, że obecnie ustalony przez zamawiającego termin na realizację zamówienia preferuje wykonawców, którzy posiadają własną infrastrukturę, co powoduje, że nie stworzono warunków konkurencyjnej, równej rywalizacji. Zamawiający podniósł, że w chwili obecnej wszystkie lokalizacje są znane, nadto obecnie świadczona jest tam usługa, a argumentacja odnosząca się do konieczności budowy nowych łączy oraz konieczności pozyskania decyzji administracyjnych staje się bezzasadna. Zdaniem jednostki zamawiającej każdy z wykonawców jest w posiadaniu dokładnie tych samych informacji, zatem nie może być mowy o faworyzowaniu któregokolwiek wykonawcy zainteresowanego udziałem w postępowaniu.

Jednakże odwołujący Netia upatrywał naruszenia prawa w postaci art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 p.z.p. w tym, że jedynie wykonawcy obecnie posiadający infrastrukturę będą w stanie rozpocząć świadczenie usług w terminie wskazanym przez zamawiającego i nie będą zmuszeni do przeprowadzenia szeregu czynności przygotowawczych, w tym zawarcia umowy dostępu do łączy telekomunikacyjnych lub wybudowania własnych łączy, umożliwiających świadczenie usługi na rzecz zamawiającego. W opinii odwołującego brak określenia w SIWZ właściwego terminu na uruchomienie łączy, tworzy swoisty monopol wykonawcy dotychczas realizującego usługi, koniecznym jest zatem takie określenie terminu, aby każdy z wykonawców mógł alternatywnie, albo wybudować swoją infrastrukturą telekomunikacyjną, albo pozyskać infrastrukturę istniejącą od podmiotów trzecich (vide str. 10 odwołania). Stąd w ocenie składu orzekającego przekazanie tych samych informacji wszystkim wykonawcom, czy powołanie się na obecnie istniejącą infrastrukturę, nie spowoduje, że stanowisko odwołującego Netia jest bezpodstawne. Argumentacja zamawiającego zdaje się nie dotyczyć meritum postawionego mu zarzutu.

Zarzucane zamawiającemu naruszenie normy art. 29 ust. 2 p.z.p., która w zakresie przedmiotu zamówienia posługuje się sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję" powoduje, że na odwołującym ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś ciężar dowiedzenia, że do takiego utrudnienia - pomimo prawdopodobieństwa jego wystąpienia - nie doszło lub nie może dojść, przerzucony zostaje na zamawiającego. Uprawdopodobnienie jest środkiem zastępczym dowodu, wskazującym na wiarygodność (prawdopodobieństwo) twierdzenia o danym fakcie. W piśmiennictwie uprawdopodobnienie określane jest jako ułatwione postępowanie dowodowe, zmierzające do uwiarygodnienia twierdzeń, surogat, środek zastępczy dowodu niedający pewności, lecz przymiot wiarygodności. Prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji stało się realne, kiedy wykonawcy posiadający własną infrastrukturę zanegowali niewystarczający termin rozpoczęcia świadczenia usług. Natomiast zamawiający nie wykazał, że krótki termin nie preferuje podmiotów, które już posiadają potencjał w postaci własnych urządzeń, wręcz powołując się na istniejącą infrastrukturę, co miało zdaniem zamawiającego umożliwiać wykonawcom szybkie przystąpienie do świadczenia zamówienia. Dodatkowo zaś okoliczność, że wykonawca Integrated Solutions także uznał, że obecny termin jest zbyt krótki, nawet przy posiadaniu infrastruktury, którą należy uzupełnić i zmodernizować dla wymagań przetargu, powoduje, że tym bardziej wykonawca - który takowych własnych urządzeń nie posiada - winien być objęty ochroną prawną.

Udostępnienie informacji o lokalizacji świadczenia usługi, czy innych danych, nie zastąpi zapewnienia przedsiębiorcy czasu na wykonanie czynności prawnych i faktycznych pozwalających na właściwe przygotowanie się do świadczenia umowy. Informacje o lokalizacjach są istotne, gdyż mają wpływ na kształt składanej oferty, ale zgodnie

z zarzucanym zamawiającemu naruszeniem prawa to nie brak informacji jest przeszkodą, a brak potencjału, którego pozyskanie wymaga czasu. Jeżeli w postępowaniu jest wykonawca posiadający pozycję uprzywilejowaną, ponieważ posiada infrastrukturę, która daje mu przewagę nad konkurencją, rozszerzenie spektrum dostępnych informacji, bez umożliwienia zapewnienia warunków do zminimalizowania tej nierówności, nie spowoduje, że przywróci się stan zgodny z prawem. Mając na uwadze ustalony stan rzeczy Izba podzieliła stanowisko odwołującego i nakazała zamawiającemu wydłużenie terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi, zgodnie z żądaniem odwołującego, co przywraca możliwość konkurowania w przetargu na zasadach równego traktowania i uczciwej konkurencji, zaś zamawiający nie wykazał, że wcześniejsze warunki SIWZ taki stan zapewniały.

Przechodząc do zarzutów odwołania wniesionego przez odwołującego T-Mobile (sygn. akt: KIO 1597/20), które nie zostały omówione we wcześniejszej części uzasadnienia orzeczenia, skład rozpoznający spór wskazuje co następuje.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim zamawiający określił, że wynagrodzenie za świadczenie usługi transmisji danych jest należne wykonawcy od dnia uruchomienia usługi transmisji danych we wszystkich lokalizacjach, nie zaś od momentu faktycznego uruchomienia usługi, w sytuacji gdy wykonawca jest jednocześnie zobowiązany do świadczenia usługi transmisji danych od dnia podłączenia poszczególnych lokalizacji (§ 2 ust. 4 zd. 2 lPU).

Na podstawie materiału procesowego Izba ustaliła, że zgodnie z § 2 ust. 2 lPU za datę rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych strony uznają dzień uruchomienia usługi transmisji danych w ramach wszystkich typów łączy wskazanych w § 1 ust. 1 pkt 1.1 umowy oraz we wszystkich lokalizacjach dla poszczególnych typów łączy, która to data zostanie potwierdzona w protokole odbioru. Na podstawie § 2 ust. 4 lPU począwszy od dnia 1 grudnia 2020 r. wykonawca jest uprawniony do uruchomienia usługi transmisji danych w wymaganych lokalizacjach. Terminy realizacji uruchomienia usługi transmisji danych w poszczególnych lokalizacjach zostaną określone przez wykonawcę - w uzgodnieniu z zamawiającym - w harmonogramie realizacji uruchomienia usługi transmisji danych, o którym mowa w pkt 14.1 OPZ. Wykonawca jest zobowiązany do świadczenia usługi transmisji danych od dnia podłączenia poszczególnych lokalizacji z zastrzeżeniem, iż wynagrodzenie za świadczenia usługi transmisji danych jest należne wykonawcy od dnia uruchomienia usługi transmisji danych we wszystkich lokalizacjach, zgodnie z ust. 2 powyżej.

Odwołujący podnosił, że pomimo rozpoczęcia świadczenia usługi, mając na uwadze treść § 2 ust. 4 zd. 2 lPU naliczanie opłat abonamentowych rozpocznie się dopiero od uruchomienia usługi dla wszystkich typów łączy, czyli zamawiający będzie korzystał z transmisji danych w niektórych lokalizacjach, bez zapłaty wykonawcy wynagrodzenia, które zgodnie z § 2 ust. 2 lPU przysługuje dopiero od momentu uruchomienia usługi we wszystkich lokalizacjach. Zamawiający podnosił, iż zarzut wynika z niezrozumienia treści dokumentacji postępowania i podłączenie do danej lokalizacji nie uprawnia wykonawcy do naliczania opłat, a zamawiającego do korzystania z usługi transmisji danych, zaś usługa zostanie uruchomiona z podłączeniem łącza do ostatniej lokalizacji, co dodatkowo będzie motywować wykonawcę do podłączenia usługi we wszystkich lokalizacjach jednocześnie.

Skład orzekający podzielił stanowisko odwołującego, ponieważ stanowisko jednostki zamawiającej pomija treść SIWZ. Z brzmienia § 2 ust. 4 w zw. z § 2 ust. 2 lPU nie wynika rzekomy brak uprawnienia zamawiającego do korzystania z usługi transmisji danych, ponieważ nic takiego w treści postanowień umowy nie zawarto. Wykonawca ma obowiązek świadczenia usługi transmisji od dnia podłączenia poszczególnych lokalizacji, tylko nie otrzyma za to wynagrodzenia, które będzie należne od dnia podłączenia usługi we wszystkich lokalizacjach. Zgodnie z brzmieniem wzorca umowy usługi świadczone przez wykonawcę będą świadczone nieodpłatnie, do momentu podłączenia i odbioru wszystkich lokalizacji. Pomijając oczywiste problemy, które wiążą się z taką regulacją, m.in. w zakresie podatku VAT, należy uznać, że na gruncie ustawy p.z.p. wymaganie od wykonawcy nieodpłatnego świadczenia usługi, zwłaszcza przez trudny do ustalenia okres, niezależny wyłącznie od wykonawcy, jest sprzeczne z normami p.z.p. - art. 2 pkt 13 p.z.p., zgodnie z którym przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą - i zmuszałoby wykonawcę do wkalkulowania w cenę niemożliwego do ustalenia z góry okresu „nieodpłatnego świadczenia" na rzecz zamawiającego.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła omawiany zarzut i nakazała zamawiającemu modyfikację treści dokumentacji postępowania, ponieważ potwierdziło się w materiale procesowym, że zamawiający kształtując treść umowy naruszył art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 2 pkt 13 p.z.p.

Dalej odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. art. 353^1 k.c. w zw. z art. 5 k.c. oraz art. 487 § 2 k.c. w związku z art. 7 p.z.p., art. 14 p.z.p., art. 29 p.z.p. oraz art. 139 ust. 1 p.z.p., poprzez sporządzenie IPU, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim: a) zamawiający w § 8 ust. 4 IPU w zakresie sposobu obliczania wysokości kary umownej za niedotrzymanie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi wprowadził odesłanie do § 8 ust. 2 IPU określającego naliczenie kary za SLA co jest nieadekwatne i powoduje brak możliwości określenia wysokości kary umownej i uwzględnienia tego ryzyka na etapie kalkulowania ceny oferty, c) przewidziano w § 8 IPU kary umowne również za okoliczności niezawinione przez wykonawcę (w tym za opóźnienie zamiast za zwłokę).

Skład rozpoznający spór ustalił, że zgodnie z § 8 ust. 4 IPU za niedotrzymanie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych, o którym mowa w § 2 ust. 1 umowy, wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne naliczone w wysokości i na zasadach określonych w ust. 2 niniejszego paragrafu, z zastrzeżeniem § 2 ust. 18 umowy. W takim przypadku kary umowne będą naliczane od dnia faktycznego rozpoczęcia usługi potwierdzonego protokołem odbioru. W przypadku zbiegu kilku kar umownych zamawiający będzie naliczał jedną karę umowną o najwyższej wartości. Natomiast w § 8 ust. 2 IPU wskazano, że wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne za przekroczenie dopuszczalnego łącznego czasu niedostępności usługi transmisji danych w okresie roku, liczonego odrębnie dla każdej usługi według następujących zasad: 2.1. dla kategorii SLA niskie - za pierwsze i każde kolejne rozpoczęte 12 godzin ponad dopuszczalny czas niedostępności usługi transmisji danych - 5 000,00 zł; 2.2. dla kategorii SLA średnie - za pierwsze i każde kolejne rozpoczęte 8 godziny ponad dopuszczalny czas niedostępności usługi transmisji danych - 5 000,00 zł; 2.3. dla kategorii SLA wysokie - za pierwsze i każde kolejne rozpoczęte 4 godziny ponad dopuszczalny czas niedostępności usługi transmisji danych - 5 000,00 zł.

Skład orzekający stwierdził, że powyższe regulacje dotyczące kar umownych są wadliwe na trzech płaszczyznach. Pierwsza płaszczyzna dotyczy naruszenia art. 483 § 1 k.c., zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2019 r. sygn. akt: I CSK 280/18 „aby postanowienie umowne regulujące karę umowną było ważne i mogło wywrzeć skutki prawne, musi zawierać określone essentialia negotii. Jak stanowi art. 483 § 1 k.c., zawierający definicję kary umownej, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy pieniężnej. Wynika stąd, że do elementów przedmiotowo istotnych zastrzeżenia kary umownej należy zaliczyć: 1) zobowiązanie, a przynajmniej pojedynczy obowiązek, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary umownej, a więc niezbędne jest wskazanie tytułu jej naliczenia, przy czym nie ma potrzeby enumeratywnie wymieniać w umowie okoliczności (przyczyn), z powodu których dłużnik nie wykonał zobowiązania lub je nienależycie wykonał; 2) wskazanie kwoty, jaką w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy jest zobowiązany zapłacić dłużnik”.

Sporne kary umowne nie spełniają powyższych dyrektyw. Jest to immamentnie związane z faktem, że odwołują się one do obliczania termu ustalonego w godzinach, bez wskazania jak ten termin należałoby wyliczyć. Ta okoliczność skutkuje wadliwością kary na drugiej płaszczyźnie, tj. regulacji umownych. Ani wzór umowy, ani związana z nim dokumentacja, nie regulują sposobu obliczania terminów określonych w godzinach. Takiego sposobu obliczania terminów nie wprowadzają również powszechnie obowiązujące przepisy prawa i najmniejszą jednostką terminu, którą wprowadza kodeks cywilny, jest dzień. W związku z tym, aby obliczyć niewykonanie zobowiązania za godziny, zwłaszcza w sytuacji, w której godziny miałyby być w jakiś sposób sumowane w jakimś okresie, konieczne byłoby wprowadzenie do umowy regulacji pozwalających na sposób obliczania upływu godzin. Brak ten powoduje, że kary umowne są niedookreślone co do kwoty - nie zostały bowiem w umowie zawarte postanowienia, które pozwoliłyby na jednoznaczne określenie ich wysokości dla konkretnego stanu faktycznego. Przykładowo, nie wskazano czy dwa okresy po trzydzieści minut z odstępem minuty będą liczone jako godzina, czy zostaną zignorowane na potrzeby nakładania ww. kar, stąd niewiadomym jest jakie działanie zostanie zastosowane.

Powyższe, w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego, którego wnioski Izba w niniejszym składzie podziela, skutkuje ich bezwzględną wadliwością. Nie można zatem uznać, że wykonawca będzie w stanie określić ryzyko związane z potencjalnym obowiązkiem zapłaty kar umownych. Powoduje to wadliwość na trzeciej płaszczyźnie, bowiem uniemożliwia wykonawcy sporządzenie i prawidłowe skalkulowane oferty, gdyż przedsiębiorca może jedynie zgadywać z jakim ryzykiem wysokości kar umownych będzie musiał się liczyć.

Pozostawiając omawiane regulacje w niezmienionej formie konieczne byłoby zaakceptowanie, że de facto zostanie zawarta umowa, w której naliczenie kar umownych na podstawie spornych regulacji może zarówno spotkać się z ich uchyleniem przez sąd, albo ich

znacząca redukcją, jak i z miarkowaniem. To z kolei znacząco utrudnia sporządzenie oferty, zwłaszcza mniejszym podmiotom, które nie są w stanie skalą swojej działalności zaabsorbować ryzyka gospodarczego związanego ze sporem o kary umowne, które mogą być wyliczane w radykalnie różny sposób w zależności od przyjętej interpretacji. Postanowienia umowne powinny bowiem być tworzone przy założeniu, że może dojść do sporu między stronami, nawet jeżeli jest to założenie wyłącznie hipotetyczne. Zatem Izba podzieliła stanowisko odwołującego o braku możliwości określenia wysokości kary umownej i uwzględnienia tego ryzyka na etapie kalkulowania ceny oferty. Warto przy tym zauważyć, że zamawiający nie podjął nawet polemiki z faktem, że w istocie na podstawie zaskarżonych regulacji w przedmiocie kar umownych nie jest możliwe ustalenie kwoty, jaką w konkretnym stanie faktycznym wykonawca będzie zobowiązany zapłacić za nienależyte zrealizowanie swojego zobowiązania.

W konsekwencji powyższego skład orzekający uwzględnił zarzut nieprawidłowego określenia kary umownej w § 8 ust. 4 IPU i nakazał zamawiającemu usunięcie przedmiotowej kary, bowiem stwierdzono naruszenie art. 353^1 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. i jedynie krótko należy zaznaczyć, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana kwalifikacją naruszenia prawa dokonaną przez odwołującego, a jest uprawniona do dokonania subsumpcji okoliczności faktycznych wskazanych w obwołaniu w ramach tych norm prawnych, które powinny zostać zastosowane. Izba wskazuje również, że z uwagi na argumentację zamawiającego o wysokości możliwej szkody, jaką może on ponieść w wyniku niedotrzymania terminu świadczenia usługi, nie podzielono stanowiska odwołującego, że właściwe byłoby nakazanie modyfikacji SIWZ w sposób określony w odwołaniu. Kwoty podane przez odwołującego nie wydają się adekwatne, zostały przedstawione bez szczegółowego, przekonującego stanowiska, co powoduje, że skład orzekający nie jest uprawniony do ustanawiania w zastępstwie zamawiającego właściwego zabezpieczania należytego wykonania umowy w wartości podanej przez wykonawcę. Skład rozpoznający spór przyjmuje, że zamawiający ma prawo zadbać o interes, którym jest chroniony spornymi karami umownymi, lecz kary te muszą zostać ustanowione zgodnie z prawem. Zamawiający winien usunąć obecną treść § 8 ust. 4 IPU, co nie oznacza, że jednostka zamawiająca nie może wskazać we wzorze umowy kar za przekroczenie terminu realizacji zamówienia, zabezpieczając swój uzasadniony interes. Aczkolwiek zamawiający winien uwzględnić taki sposób ich wyliczenia, który pozwala na ustalenie wysokości kary umownej zgodnie z dyrektywą art. 483 § 1 k.c., którą naruszył. Zasadnym byłoby także przejrzyste powiązanie kary ze zdarzeniem związanym z jej naliczaniem, czyli z terminem świadczenia usługi, a nie z innymi okolicznościami związanymi już z realizacją kontraktu.

Skład orzekający wskazuje dalej, że oddalono zarzut nr 5 lit. c z petitum odwołania dotyczący nieuprawnionego przewidzenia w § 8 IPU kar umownych za okoliczności niezawinione przez wykonawcę, także za opóźnienie, zamiast za zwłokę. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego.

Odwołujący upatrywał naruszenia przez zamawiającego art. 353^1 k.c. w zw. z art. 5 k.c. i art. 487 § 2 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. Tym niemniej, dla uwzględnienia podniesionego przez odwołującego naruszenia art. 353^1 k.c. konieczne jest wykazanie, że postanowienia umowy są sprzeczne z ustawą lub właściwością stosunku lub zasadami współżycia społecznego. W rozpoznawanym odwołaniu odwołujący nie wskazał na żadne bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, które miałyby zostać naruszone. Nie wykazano również na czym polega sprzeczność omawianej treści z właściwością stosunku obligacyjnego. Naruszenie zasad współżycia społecznego podniesiono hasłowo. Odwołujący nie zdecydował się na przedstawienie argumentacji, która miałaby świadczyć o zasadności postawionego zarzutu, pozostał jedynie przy stwierdzeniu, że w jego ocenie treść umowy wprowadza nadmierną nierówność. Brak jest również argumentacji w przedmiocie naruszenia art. 5 k.c. i art. 487 § 2 k.c., a także norm p.z.p. - art. 7 p.z.p. i art. 29 p.z.p. Zarzut sprowadza się do postulatu zmiany treści dokumentacji postępowania.

Natomiast, co do zasady, kara umowna za opóźnienie nie jest zabroniona i jej zastrzeżenie na kanwie norm, których naruszenie zarzucano jednostce zamawiającego, jest uprawnione. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2013 r. sygn. akt:

II CSK 331/12 „w granicach swobody kontraktowej (art. 353^1 k.c., art. 473 § 1 k.c.) strony mogą umownie ukształtować zakres odpowiedzialności, kompensacji i rozkład ryzyka ponoszenia skutków niewykonania zobowiązania. Przepisy o karze umownej za niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zobowiązania niepieniężnego (art. 483 k.c.) mają charakter

dyspozytywny. (...) Kara umowna natomiast może być zastrzeżona w kontrakcie zarówno za zwłokę jak i tzw. opóźnienie proste, polegające na niespełnieniu świadczenia w oznaczonym terminie, a w wypadku nieoznaczenia - po wezwaniu dłużnika przez wierzyciela do wykonania. W wypadku kary umownej za opóźnienie chroniony jest szczególny interes wierzyciela polegający na terminowym wykonaniu zobowiązania, istotny zwłaszcza w tzw.

zobowiązaniach terminowych". Ponadto, „zdaniem Sądu treść tego postanowienia nie naruszała przepisów bezwzględnie wiążących i mieściła się w granicach swobody umów zagwarantowanej art. 353^1 k.c. Zgodnie z art. 473 § 1 k.c. dłużnik może bowiem w drodze umowy przyjąć na siebie odpowiedzialność za nienależyte wykonanie umowy spowodowane okolicznościami, za które z mocy art. 471 k.c. odpowiedzialności nie ponosi. (...) Z art. 471 k.c. wynika, że dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody spowodowanej nie tylko jego zawinionym zachowaniem ale także innymi okolicznościami. Przepis art. 473 k.c. zaś jednoznacznie pozwala na to, aby krąg okoliczności, o których mowa w art. 471 k.c. został przez ustawę lub umowę stron rozszerzony. Za jak najbardziej dopuszczalną, na tle wspomnianych przepisów, uznać więc należy możliwość, iż odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy może przysługiwać wierzycielowi jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie będzie następstwem innych okoliczności, niż tylko zawinione zachowanie dłużnika. Nie ma też żadnych przeszkód, aby strony umówiły się, że odszkodowanie to przybierze, również i wtedy postać kary umownej." (vide wyrok Sądu Najwyższego z 27 czerwca 2003 r. sygn. akt: IV CKN 300/01). Skład orzekający przywołane stanowisko Sądu Najwyższego podziela i przyjmuje je za własne.

Dalej Izba wskazuje, że nawet na kanwie art. 433 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2019 r., poz. 2019), która wejdzie w życie 1 stycznia 2021 r., na co wskazywał odwołujący, postanowienia umowy, które zawierają odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie, nie będą automatycznie sprzeczne z prawem. Norma ta pozwala zamawiającemu na zastrzeżenie tego charakteru odpowiedzialności kontraktowej, o ile zostanie to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia - na takie, niepodważone przez odwołującego, okoliczności wskazywał zamawiający w swoim stanowisku procesowym wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie.

W konsekwencji powyższego skład orzekający stwierdził, że omawiany zarzut nie posiada uzasadnionych podstaw i został on oddalony.

Przechodząc do odwołania wniesionego przez odwołującego Netia (sygn. akt: KIO 1607/20) w zakresie zarzutów, które nie zostały omówione we wcześniejszej części uzasadnienia - czyli w przedmiocie zarzucanego zamawiającemu naruszenia art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 139 p.z.p. i art. 29 p.z.p., poprzez zastrzeżenie w IPU kar umownych, określonych w: § 8 ust. 2 pkt 2.1. - 2.3., § 8 ust. 3 pkt 3.1. - 3.3., § 8 ust. 6 pkt 6.1. - 6.2. i § 8 ust. 7 pkt 7.1. w wysokości rażąco wysokiej względem sankcjonowanego naruszenia, oderwanej od wartości potencjalnej szkody zamawiającego, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się zamawiającego kosztem wykonawcy i wykracza poza dopuszczalne granice swobody umów (zarzut nr 2 z petitum odwołania) - Izba stwierdziła jak niżej.

Tak jak zaznaczano przy omówieniu zarzutu nr 1, strona winna wskazać okoliczności faktyczne, które doprowadziły ją do prezentowanej oceny. Odwołujący uznał, że kary są za wysokie, tylko nie wskazał żadnych faktów, z których to wywiódł. Stanowisko o konieczności zmniejszenia kar to zbiór poglądów orzecznictwa i kilkukrotne podkreślenie, że kary są wygórowane, bez przykładowo odniesienia się do okoliczności, które mogą na to wskazywać, a które zawarto w orzeczeniach zacytowanych przez wykonawcę. Nie wystarczy zarzucić zamawiającemu, że kara jest oderwana od potencjalnej szkody, bez chociażby przybliżonego wskazania ile ta szkoda mogłaby wynieść, czy ile wynosi rzekome rażące wygórowanie. Takie ukształtowanie zarzutu, bez odniesienia się do chociażby rzędu wielkości kwot, które wykonawca miał na myśli stawiając zarzut, czy przeniesienia dorobku orzeczniczego na okoliczności przetargu dotyczącego świadczenia usługi transmisji danych, powoduje, że tak uniwersalne sformułowanie zarzutu mogłoby dotyczyć każdej kary, bez względu na jej wysokość.

Odwołujący wskazał, że zarzucane zamawiającemu naruszenie prawa potwierdzają jego wyliczenia, których dokonał poprzez symulację naliczenia kar umownych przy uwzględnieniu ceny ofertowej. Gdyby odwołujący zdecydował się na podzielenie tym materiałem, skład orzekający mógłby ocenić czy podzielić stanowisko przedsiębiorcy, i o ile trudno wymagać, aby na tym etapie podać cenę ofertową, to pożądane byłoby chociażby wskazanie jaka mniej więcej wartość kar z tejże symulacji wynika.

W ocenie Izby takie sformułowanie zarzutu, bez wykazania, ani nawet bez wskazania,

jak zamawiający naruszył prawo powoduje, że zarzut ten nie mógł zostać przez skład

orzekający uwzględniony. Sam postulat zmiany treści dokumentacji postępowania, będący polemiką z zamawiającym, bez podjęcia próby wykazania naruszenia przepisów p.z.p. czy kodeksu cywilnego, na które powołano się przy wskazaniu podstawy prawnej zarzutu, powoduje pozostawanie twierdzeń odwołującego w sferze gołosłownych postulatów strony,

a nie naruszenia prawa przez zamawiającego. Miarkowanie kary umownej (art. 484 § 2 k.c.),

które odnosi się do pojęcia rażącego wygórowania kary, także odbywa się na podstawie ustalonych kryteriów oceny postanowień kontraktowych do skwantyfikowanych okoliczności faktycznych, których odwołujący nie wskazał. Również za niewystarczający normatywny wzorzec kontroli czynności prawnych należy uznać abstrakcyjne odwołanie się do klauzul generalnych, w tym art. 5 k.c. i art. 353^1 k.c., bez jednoczesnego odniesienia do norm prawnych wynikających z innych przepisów, lub przynajmniej konkretnych i pewnych standardów wynikających ze stosunków danego rodzaju. Wobec powyższego rozpoznawany zarzut nie mógł zostać przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględniony.

W zakresie odwołania wykonawcy Integrated Solutions (sygn. akt: KIO 1623/20), co do zarzutów, które nie zostały omówione we wcześniejszej części uzasadnienia orzeczenia skład rozpoznający spór wskazuje co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut wyznaczenia terminu złożenia ofert na dzień 6 sierpnia 2020 r., który w ocenie odwołującego jest terminem zbyt krótkim na przygotowanie i złożenie oferty, nieuwzględniającym czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty oraz złożoności zamówienia i obszerności dokumentacji, którą należy przeanalizować przed sporządzeniem oferty.

Skład orzekający zauważa, że w wyniku modyfikacji dokumentacji postępowania w dniu 31 lipca 2020 r., termin składania ofert został przez zamawiającego przesunięty na 24 sierpnia 2020 r. Dokonując oceny zarzucanego naruszenia prawa Izba bierze pod uwagę zmianę terminu (art. 191 ust. 2 p.z.p.), stąd Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdzi naruszenia prawa (art. 192 ust. 2 p.z.p.) wobec treści SIWZ, której już w przetargu nie ma. Ponadto, odwołujący upatrywał naruszenia prawa z powodu braku prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie okoliczności, które w stanie na dzień orzekania zostały przez zamawiającego zmodyfikowane lub doprecyzowane, stąd można byłoby ewentualnie weryfikować, czy po zmianie SIWZ obecnie wskazany termin jest adekwatny na złożenie oferty w ramach dokumentacji przetargu po zmianie, a takich zarzutów siłą rzeczy (modyfikacja SIWZ z dnia 31.07.2020 r., odwołanie z dnia 13.07.2020 r.) w odwołaniu nie postawiono, zaś skład orzekający jest związany okolicznościami faktycznymi wskazanymi w środku zaskarżenia (art. 180 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 7 p.z.p.). W konsekwencji skład rozpoznający spór oddalił omawiany zarzut, ponieważ jest on bezprzedmiotowy.

Izba oddaliła również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 p.z.p. - poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na zaniechanie zamieszczenia w SIWZ wyczerpującego opisu w punktach 8.6, 9.2. i 14.9 OPZ.

Należy zauważyć, że opis przedmiotu zamówienia został skonstruowany przez zamawiającego poprzez postawienie wykonawcom wymagań funkcjonalnych. Przy tym, w ramach odpowiedzi na pytania wykonawców, zamawiający doprecyzował szereg wymagań i parametrów, w wyniku czego odwołujący wycofał znaczącą część zarzutu. Spór obejmował wymagania opisu przedmiotu zamówienia z pkt 8.6. (łącze typ D) i 9.2. (łącze typ E) - urządzenia dostarczone przez wykonawcę muszą być połączone ze sobą przełącznikiem dostarczonym przez wykonawcę wyposażonym w interfejsy Gigabit Ethernet 1000Base-T za pomocą którego zostaną połączone z infrastrukturą sieciową zamawiającego, oraz pkt 14.9., który zobowiązuje wykonawcę do świadczeniu usługi wsparcia technicznego na rzecz administratorów.

Odwołujący zarzucał naruszenie prawa z powodu niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, pomijając, że dokumentacja przetargu zawiera wymagania funkcjonalne, które przedsiębiorca powinien spełnić. Zatem wykonawca, będący profesjonalnym uczestnikiem rynku (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.), którego działania ocenia się z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzenia działalności, posiada znaczącą dowolność sposobu, w jaki spełni wymogi zamówienia, i istotnym jest osiągnięcie rezultatu, którego wymaga zamawiający. Charakter zarzutów zdaje się posiadać walor życzeniowy znaczniejszego doprecyzowania SIWZ, niż stanowi obecna treść dokumentacji przetargu, a nie wykazuje faktycznego naruszenia prawa. Innymi słowy, jeżeli jest kilka sposobów na spełnienie wymogu i zamawiający pozostawia w tym zakresie wykonawcy swobodę, to profesjonalista powinien odpowiedni sposób ich spełnienia - zgodnie

z narzuconymi wymaganiami funkcjonalnymi - zawrzeć w ofercie. To wykonawca jest odpowiedzialny za takie skonfigurowanie swojego zobowiązania, aby spełniało parametry przetargu. Trudno więc uznać, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób niewystarczający czy niejednoznaczny, kiedy SIWZ pozostawia dobór właściwych urządzeń i zapewnienie odpowiedniego wsparcia technicznego każdemu wykonawcy.

Ponadto, skład orzekający zauważa, że w przedmiocie pkt 8.6. i 9.2. modyfikacją SIWZ, w ramach odpowiedzi na pytanie 72, zamawiający uszczegółowił część parametrów (m.in. ilość portów, której brak podnoszono w odwołaniu), a zgodnie z odpowiedzią na pytanie 62 ilość i typy interfejsów zostaną uzgodnione w trakcie weryfikacji warunków technicznych.

Mając zatem na uwadze sposób w jaki zamawiający opisał przedmiot zamówienia i okoliczność, że oferty składają podmioty zawodowo wykonujące usługi świadczenia transmisji danych, od których wymaga się spełnienia określonych wymogów funkcjonalnych, Izba stwierdziła, że nie udowodniono, aby obecny opis przedmiotu zamówienia naruszał art. 29 ust. 1 p.z.p., więc zarzut został oddalony.

Na podstawie art. 192 ust. 1 p.z.p., orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący upatrywali wpływu wad SIWZ na możliwość prawidłowego sporządzenia i złożenia ofert w przetargu, co spełnia przesłanki tej normy, zatem potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniach powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza art. 192 ust. 2 p.z.p. w stosunku do każdego z rozpoznawanych środków zaskarżenia.

Mając na uwadze powyższe rozstrzygnięcie o kosztach postępowania skład orzekający wydał na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. oraz § 5 ust. 4 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 (Dz.U. Nr 41 poz. 238), obciążając strony kosztami, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego.

W sprawie o sygn. akt: KIO 1597/20 na koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600,00 zł złożył się uiszczony przez odwołującego wpis (15 000,00 zł) oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, na podstawie złożonej faktury VAT, w wysokości wynikającej z § 3 ust. 2 lit. b ww. rozporządzenia (3 600,00 zł) i wobec wyniku postępowania Izba obciążyła zamawiającego w części 3/4 kosztów (13 950,00 zł), zaś odwołującego w części 1/4 kosztów (4 650,00 zł). W sprawie o sygn. akt: KIO 1607/20 na koszty postępowania odwoławczego w wysokości 15 000,00 zł złożył się uiszczony przez odwołującego wpis i wobec wyniku postępowania skład orzekający obciążył zamawiającego w części 2/3 kosztów (10 000,00 zł), a odwołującego w części 1/3 kosztów (5 000,00 zł). Zaś w sprawie sygn. akt: KIO 1623/20 na koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600,00 zł złożył się uiszczony przez odwołującego wpis (15 000,00 zł) i koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zasądzone na podstawie przedłożonej faktury, w wysokości zmniejszonej do kwoty maksymalnej wynikającej z § 3 ust. 2 lit. b ww. rozporządzenia (3 600,00 zł), gdzie wobec wyniku postępowania odwoławczego skład orzekający obciążył zamawiającego w części 1/3 kosztów (6 200,00 zł), a odwołującego w części 2/3 kosztów (12 400,00 zł).

Przewodniczący: