Sygn. akt: KIO 310/22; KIO 317/22

WYROK

z dnia 24 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A) w dniu 7 lutego 2022 r. przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A. w Warszawie (sygn. akt KIO 310/22),

B) w dniu 7 lutego 2022 r. przez wykonawcę Netia S.A. w Warszawie (sygn. akt KIO 317/22)

w postępowaniu prowadzonym przez Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie

przy udziale wykonawcy Netia S.A. w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 310/22 po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy T-Mobile Polska S.A. w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 317/22 po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia częściowo odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 310/22 i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowienia rozdziału VII ust. 1 specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) oraz § 2 ust. 1 projektowanych postanowień umownych (załącznik nr 4 do SWZ) przez wykreślenie słów „ - z zastrzeżeniem, że rozpoczęcie świadczenia usług nastąpi nie wcześniej niż 1 lipca 2022 r. i nie później niż 1 września 2022 r.”,

2. w pozostałym zakresie umarza postępowania odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 310/22,

3. uwzględnia częściowo odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 317/22 i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowienia rozdziału VII ust. 1 specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) oraz § 2 ust. 1 projektowanych postanowień umownych (załącznik nr 4 do SWZ) przez wykreślenie słów „ - z zastrzeżeniem, że rozpoczęcie świadczenia usług nastąpi nie wcześniej niż 1 lipca 2022 r. i nie później niż 1 września 2022 r.”,

4. w pozostałym zakresie umarza postępowania odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 317/22,

5. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 310/22 obciąża Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie i:

5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

5.2. zasądza od Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie na rzecz T-

Mobile Polska S.A. w Warszawie kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

6. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 317/22 obciąża Naczelny Sąd

Administracyjny w Warszawie i:

6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Netia S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

6.2. zasądza od Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie na rzecz Netia S.A. w Warszawie kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 310/22, KIO 317/22

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

Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem jest „usługa transmisji danych w sieci rozległej WAN sądów administracyjnych.".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 stycznia 2022 r., nr 2022/S 020-048013.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 7 lutego 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołania:

1) wykonawca T-Mobile Polska S.A. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym I" lub

„odwołującym T-Mobile",

2) wykonawca Netia S.A. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym II" lub „odwołującym Netia".

Odwołanie wniesione przez odwołującego I oraz przez odwołującego II oznaczono odpowiednio sygn. akt KIO 310/22 oraz sygn. akt KIO 317/22.

Sygn. akt KIO 310/22

Odwołujący I w sprawie sygn. akt KIO 310/22 zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, art. 436 pkt 1 Pzp oraz art. 353^1 w

zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz sporządzenie projektowanych postanowień umowy - Załącznik nr 4 do SWZ (PPU), w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie w jakim Zamawiający wskazał zbyt krótki, nierealny termin realizacji usług określając go

jednocześnie jako datę sztywną rozpoczęcia świadczenia usług (1 lipca 2022 r.) oraz osiągnięcia gotowości wszystkich łączy potrzebnych do świadczenia usług (20 czerwca 2022 r.), jak również poprzez określenie zasad odbioru w ten sposób, że do zgłoszenia gotowości odbioru wykonawca ma obowiązek dołączyć wszystkie protokoły powstałe w trakcie prowadzonych prac podpisane przez przedstawicieli Zamawiającego, w szczególności z przeprowadzonego szkolenia administratorów Zamawiającego oraz dokumentacji powykonawczej, o której mowa w rozdz. 9, obejmującej wszystkie zestawione łącza sieci rozległej WAN - pkt VII SWZ, §2 ust. 1-2 PPU, pkt 14.2 ppkt 3 i 4 OPZ) (zarzut III.1 odwołania),

2) art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny i naruszający uczciwą konkurencję oraz zasadę równego traktowania wykonawców poprzez wskazanie, że:

a. Zamawiający wskazał ogólnie na możliwość przeprowadzenia wizji lokalnej, jak również Zamawiający żąda przeprowadzenia przez wykonawcę prac instalacyjnych/ budowlanych umożliwiających rozpoczęcie świadczenia usług, ale jednocześnie Zamawiający nie wskazał w opisie przedmiotu zamówienia pełnych informacji umożliwiających dokonanie weryfikacji warunków technicznych realizacji łączy, tzn. nie określił pomieszczeń, w których mają być zakończone łącza, właścicieli lokalizacji, osób kontaktowych/ administratorów budynków, jak również nie określił czy wykonawcy będzie udostępniona infrastruktura sieciowa na terenie obiektów i zasad jej udostępnienia - pkt 13 OPZ, pkt XV. 17 SWZ (zarzut III.2 a. odwołania);

b. Zamawiający wymaga zapewnienia przez operatora prywatnego numeru AS bez określenia dodatkowych informacji, które umożliwią wykonawcy realizację tego wymagania - pkt 4.1 poz. 1-4 tabeli tiret ostatni OPZ, pkt 6.1 tiret 11 tabeli) (zarzut III.2 b odwołania);

3) art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp oraz art. 353^1 w. zw. z art. 5 oraz art.

487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 433 pkt 4 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz sporządzenie PPU, w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie w jakim w ramach wynagrodzenia wykonawcy nie wyodrębniono opłaty instalacyjnej z tytułu zestawienia łączy w danej lokalizacji (§9 i 10 PPU), jak również Zamawiający wskazał, że Wykonawca na pisemny wniosek Zamawiającego dokona zmian w świadczonych usługach transmisji danych w okresie obowiązywania umowy, polegających na likwidacji łącza transmisji danych w danej lokalizacji oraz zmniejszeniu przepustowości łącza w danej lokalizacji (§3 ust. 4 pkt 3 i 4 PPU) (zarzut III.3 odwołania).

Odwołujący I w sprawie sygn. akt KIO 310/22 wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SWZ i załączników, w sposób uwzględniający argumentację odwołania zawartą w uzasadnieniu, tj.:

1) Modyfikację §2 ust. 1-2 PPU oraz pkt VII SWZ poprzez:

a. zmianę sposobu liczenia terminu rozpoczęcia świadczenia usług i terminu osiągnięcia gotowości wszystkich łączy do świadczenia usług na ilość 5 miesięcy od dnia podpisania umowy (żądanie IV.1.a odwołania);

b. zmianę terminu zgłoszenia osiągnięcia gotowości wszystkich łączy do świadczenia usług na min. 5 miesięcy od dnia podpisania umowy i analogicznie terminu rozpoczęcia świadczenia usług, (żądanie IV.1.b odwołania);

2) Modyfikację pkt 14.2 pkt 3 i 4 OPZ poprzez:

a. usunięcie uzależnienia zgłoszenia przez wykonawcę osiągnięcia gotowości

wszystkich łączy do świadczenia usług i w konsekwencji podpisania protokołu odbioru sieci przez Zamawiającego od przygotowania dokumentacji powykonawczej, (żądanie IV 2 a odwołania);

b. usunięcie uzależnienia zgłoszenia przez Wykonawcę osiągnięcia gotowości wszystkich łączy do świadczenia usług i w konsekwencji podpisania protokołu odbioru sieci przez Zamawiającego od przeprowadzenia szkolenia dla administratorów,

(żądanie IV.2 b odwołania)

c. określenie, że wykonawca ma na przygotowanie dokumentacji technicznej do 30 dni od dnia podpisania protokołu odbioru sieci, (żądanie IV.2 c odwołania);

d. określenie, że wykonawca ma na przeprowadzenie szkolenia dla Administratorów do 30 dni od dnia podpisania protokołu odbioru sieci, (żądanie IV.2 d odwołania);

3) Modyfikację pkt 13 OPZ i pkt XV. 17 SWZ poprzez ich doprecyzowanie w następujący sposób:

a. wskazanie pomieszczeń, do których mają doprowadzone łącza w poszczególnych lokalizacjach,

b. wskazanie właściciela budynku w każdej lokalizacji,

c. potwierdzenie, że Wykonawca może dokonać sprawdzenia możliwości technicznych

świadczenia usług na terenie każdej lokalizacji określonej przez Zamawiającego, w tym że będzie uprawniony dokonać sprawdzenia warunków świadczenia usług na terenie budynku i w konkretnych pomieszczeniach, w których będzie należało przeprowadzić prace i świadczyć usługi,

d. wskazanie osób/osoby kontaktowej oraz administratora budynku, które to osoby są upoważnione do kontaktów w zakresie weryfikacji możliwości technicznych świadczenia usług,

e. doprecyzowanie czy Wykonawca będzie mógł do realizacji zamówienia wykorzystać bezpłatnie wewnętrzną infrastrukturę sieciową we wskazanych lokalizacjach Zamawiającego oraz wskazanie zasad jej wykorzystania,

(żądania IV.3 odwołania)

4) modyfikację pkt 4.1 poz. 1-4 tabeli tiret ostatni OPZ, pkt 6.1 tiret 11 tabeli poprzez:

a. potwierdzenie, że Zamawiający podpisze z Wykonawcą oddzielną umowę na Sponsoring LIR, na zasadach i z postanowieniami narzucanymi przez RIPE, umożliwiającą wystąpienie w imieniu Zamawiającego do RIPE o przydzielenie numeru AS,

b. potwierdzenie, że umowa o Sponsoring LIR zostanie podpisana maksymalnie w ciągu 30 dni od zawarcia umowy będącej wynikiem postępowania,
alternatywnie - potwierdzenie, że pozyskanie numeru AS nie będzie warunkowało podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru sieci WAN i pobierania przez Wykonawcę opłat za świadczenie usług,

(żądania IV.4 odwołania)

5) Modyfikację §3 ust. 4 pkt 3 PPU oraz §9 i §10 PPU poprzez:
a. Wprowadzenie postanowień dających Wykonawcy możliwość naliczenia

jednorazowej opłaty za likwidację łącza stanowiącej równowartość miesięcznej opłaty abonamentowej za to łącze pomnożonej przez ilość miesięcy pozostałych do końca Umowy,

ewentualnie wprowadzenie postanowień wyodrębniających w §9 i §10 PPU (oraz odpowiednio w formularzu ofertowym) wynagrodzenia wykonawcy z tytułu zestawienia łącza podstawowego i zapasowego w danej lokalizacji i wprowadzenie z tego tytułu opłaty instalacyjnej rozliczanej po podpisaniu protokołu odbioru usług,

b. określenie maksymalnej liczby łączy, które mogą być zlikwidowane w trakcie trwania umowy,

c. określenie, że Zamawiający może skorzystać z prawa do rezygnacji ze świadczenia łącza w danej lokalizacji nie wcześniej niż po upływie 24 miesięcy od uruchomienia usług potwierdzonego protokołem odbioru,

d. określenie zamkniętego katalogu okoliczności, które mogą być podstawą do żądania przez Zamawiającego zaprzestania świadczenia usługi i likwidacji łącza w danej lokalizacji.

(żądania IV.5 odwołania)

6) Modyfikację §3 ust. 4 pkt 4 PPU poprzez:

a. ograniczenie prawa do zmniejszenia przepustowości łącza w danej lokalizacji poprzez określenie maksymalnej liczby łączy, których może dotyczyć zmniejszenie przepustowości, do których uprawniony jest Zamawiający,

b. wskazanie do jakiej minimalnej przepustowości Zamawiający może dokonać modyfikacji warunków świadczenia usług - jaka jest minimalna, gwarantowana przepustowość łącza podstawowego oraz zapasowego.

(żądania IV.6 odwołania).

W uzasadnieniu zarzutu III. 1 odwołania i związanych z nimi żądaniań IV.1 i IV.2 odwołania odwołujący I w sprawie o sygn. akt KIO 310/22 wskazał, że termin rozpoczęcia świadczenia usług jest jednym z elementów opisu przedmiotu zamówienia, dlatego Zamawiający musi ten termin ustalić z uwzględnieniem wskazanych w art. 99 ust. 1 Pzp wymagań i okoliczności mających wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejsze zobowiązania wynikające z zawartej umowy.

Zdaniem odwołującego I, zamawiający określił termin realizacji zamówienia w sposób nieadekwatny i nieuwzględniający wszystkich wymagań związanych z przygotowaniem oferty:

a. wskazując datę sztywną na rozpoczęcie świadczenia usług oraz osiągnięcia gotowości do świadczenia usług,

b. oraz biorąc pod uwagę ww. daty jak również termin wszczęcia postępowania określając okres zbyt krótki na rozpoczęcie świadczenia usług oraz osiągnięcie gotowości do świadczenia usług.

Odwołujący I podniósł, że wskazanie na datę sztywną powoduje, że Wykonawca nie ma wiedzy, jaki będzie miał faktyczny czas na realizację usług. Może się okazać, że będzie to miesiąc lub równie dobrze kilka dni, gdyż nie jest określone kiedy zakończy się postępowanie i zostanie podpisana umowa - są to okoliczności leżące głównie po stronie Zamawiającego. Odwołujący I wskazał, że zgodnie z art. 436 pkt 1 Pzp zasadą jest określanie terminu w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach od dnia rozpoczęcia realizacji zamówienia. Wskazanie terminu wykonania umowy przez określenie konkretnej daty jest ograniczone tylko do przypadków uzasadnionych obiektywną przyczyną. Zbyt późne wszczęcie przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego taką obiektywną przyczyną nie jest. Wykonawca nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji działań Zamawiającego, w tym nie może ponosić ryzyka związanego z tym, że termin rozpoczęcia świadczenia usług jest określony datą sztywną a tym samym wykonawca nie ma zagwarantowanego minimalnego czasu na wykonanie prac niezbędnych do rozpoczęcia transmisji danych.

Niezależnie od tego, odwołujący I podniósł, że przewidziany przez Zamawiającego okres na uruchomienie transmisji danych oraz na wykazanie gotowości świadczenia usług transmisji danych jest okresem zbyt krótkim, zważywszy na datę wszczęcia postępowania oraz zakres prac jakie należy wykonać przed rozpoczęciem świadczenia usługi. Zakładając, że podpisanie umowy nastąpi w marcu, to biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego termin wyniesie niewiele ponad 2,5 miesiąca na budowę sieci i dostawę sprzętu, co czyni go zupełnie abstrakcyjnym. Zdaniem odwołującego I z dużą dozą prawdopodobieństwa można stwierdzić, że przy takich warunkach ofertę będzie w stanie złożyć tylko wykonawca obecnie świadczący te usługi. Innymi słowy, takie określenie terminu uruchomienia usług preferuje tych spośród dostawców usług, którzy już świadczą usługi we wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach, tj. Orange Polska S.A.

Według odwołującego I, główne wymagania, które wpływają na okoliczność, że termin jest rażąco krótki, to:

a. konieczność zapewnienia pełnej rozdzielności dróg sieciowych dla łączy podstawowych i zapasowych (Rozdział 4 OPZ) - sieć podstawową i zapasową trzeba wybudować lub/i pozyskać, co choćby ze względu na uwarunkowania prawne nie jest możliwe w tak krótkim terminie,

b. konieczność zapewnienia sprzętu sieciowego niezbędnego do świadczenia usług (routery, DWDM) zgodnie z OPZ - nawet w „standardowych" okolicznościach dostawy tego rodzaju sprzętu to okres co najmniej 3-4 miesięcy, a obecnie z powodu pandemii COVID-19 oraz w związku z brakiem dostępności podzespołów na rynku terminy dostaw sprzętu są mocno wydłużone,

c. konieczność przeprowadzenia szczegółowych testów akceptacyjnych wszystkich

łączy, zgodnie z Rozdziałem 7 OPZ, przed zgłoszeniem gotowości do świadczenia usług,

d. konieczność przygotowania dokumentacji powykonawczej i realizacji szkolenia dla administratorów, przed zgłoszeniem gotowości do świadczenia usług (Rozdział 14 OPZ) - w praktyce oznacza to, że sieć musi być przygotowana jeszcze sporo wcześniej niż 20 czerwca 2022 r., gdyż dokumentację powykonawczą sieci można przygotować, a szkolenia przeprowadzić dopiero jak sieć jest zestawiona i skonfigurowana.

Odwołujący I podniósł, że Zamawiający wymaga świadczenia usług w technologii światłowodowej (por. pkt 4.2 OPZ, pkt 5.2 OPZ, pkt 6.3 OPZ), a wyłącznie łącza zapasowe mogą być świadczone w technologii radiowej (por. pkt 6.2 ppkt 3 OPZ). W celu przygotowania do świadczenia usług transmisji danych operator telekomunikacyjny potrzebuje okresu przygotowawczego w celu realizacji prac niezbędnych do świadczenia wymienionych usług.

Odwołujący I argumentował, że 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 światłowodowego jest bardzo czasochłonnym procesem, który wymaga uzyskania szeregu zgód i pozwoleń, co w efekcie powoduje, że może potrwać nawet kilka miesięcy.

Odwołujący I podniósł, że bez względu na to, czy wykonawcy zdecydują się na wybudowanie własnej infrastruktury, czy też skorzystają z ofert dzierżawy infrastruktury od innego operatora w każdym z tych przypadków, konieczne jest zapewnienie Wykonawcy wystarczającego czasu na przygotowanie do świadczenia usług i wykonanie wszystkich związanych z tym czynności faktycznych i prawnych. Czynności zarówno formalne, jak i praktyczne konieczne dla wybudowania infrastruktury zajmują odpowiedni czas, którego skrócenie nie jest możliwe nawet przy odpowiednim zaangażowaniu i potencjalne 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.

Według odwołującego I, 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).

Odwołujący I podkreślał, że nie jest możliwe podejmowanie przez Wykonawcę jakichkolwiek inwestycji przed zawarciem umowy. Zatem, wyłącznie stosowna modyfikacja postanowień dokumentów zamówienia określająca odpowiednią ilość miesięcy na przygotowanie usługi umożliwi zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. W przeciwnym wypadku, wyznaczony termin na wykonanie prac staje się de facto kryterium ograniczającym, czy też eliminującym konkurencję w tym postępowaniu.

Ponadto odwołujący I podniósł, że należy mieć na względzie wysokie kary umowne, jakie przewidział Zamawiający w przypadku zwłoki w dotrzymaniu terminów na uruchomienie transmisji oraz terminu gotowości łączy - 3000 zł brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki (§ 11 ust. 1 i 2 PPU). Dodatkowo, zgodnie z §11 ust. 4 PPU „W przypadku nieuruchomienia łączy w terminie, o którym mowa w § 2 ust. 1, Zamawiający będzie miał prawo, bez uprzedniego wzywania Wykonawcy do uruchomienia łączy do lokalizacji Zamawiającego, odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę tego odstąpienia, a Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej w wysokości 20 % wynagrodzenia brutto, określonego w § 9 ust. 3 umowy.”.

Odwołujący I argumentował, że Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia powinien uwzględnić istniejące realia rynkowe oraz potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu tak, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której dochodzi do zawężenia kręgu wykonawców poprzez nieuzasadnione w obiektywny sposób postanowienia SWZ. Nie można dopuścić do sytuacji, w której to opis przedmiotu zamówienia, a nie treść ofert, zdecydują komu Zamawiający udzieli zamówienia. Powyższe działanie Zamawiającego ma miejsce na etapie poprzedzającym składanie ofert, w konsekwencji czyni z opisu przedmiotu zamówienia quasi warunek udziału w postępowaniu. Cel, który zamierza osiągnąć Zamawiający przeprowadzając przedmiotowe postępowanie nie uzasadnia takiego ograniczenia. W ocenie odwołującego I należy dokonać modyfikacji dokumentów zamówienia poprzez określenie daty rozpoczęcia świadczenia usług oraz

gotowości do świadczenia usług w sposób zapewniający wykonawcy odpowiednią ilość miesięcy na przeprowadzenie niezbędnych prac licząc od zawarcia umowy oraz poprzez wskazanie, że minimalny czas, jaki należy przeznaczyć na ww. prace to 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

Zdaniem odwołującego I dodatkowo, na nierealność terminów oraz nieadekwatność postanowień OPZ wskazują wymagania sformułowane w pkt 14 OPZ:

„14.1. Zamawiający wymaga zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru wszystkich zastawionych łączy (połączeń).

14.2. Do zgłoszenia gotowości odbioru, jako załączniki, Wykonawca dołączy wszystkie protokoły powstałe w trakcie prowadzonych prac podpisane przez przedstawicieli Zamawiającego, w szczególności:

1) zestawionych łączy i wykonanych prac instalacyjno-konfiguracyjnych w każdej z lokalizacji oraz CP i CZ;

2) dostawy i instalacji urządzeń Wykonawcy do każdej lokalizacji oraz CP i CZ (odbiór ilościowy);

3) przeprowadzonego szkolenia administratorów Zamawiającego;

4) dokumentacji powykonawczej, o której mowa w rozdz. 9, obejmującej wszystkie zestawione łącza sieci rozległej WAN.”.

Według odwołującego I wymaganie, aby wykonawca już na etapie odbioru wykonał dokumentację powykonawczą oraz przeprowadził szkolenia administratorów jest całkowicie bezzasadne. Z założenia szkolenia administratorów, jak i przygotowanie dokumentacji powykonawczej mogą mieć miejsce dopiero po wdrożeniu sieci WAN. Tak zdefiniowane przez Zamawiającego wymagania skracają zatem (i tak już drastycznie krótki) okres jak wykonawca ma na realizację / wdrożenie sieci WAN. Wykonawca będzie musiał najpierw uruchomić rozwiązanie, a następnie przed wymaganym przez Zamawiającego terminem zgłoszenia gotowości do świadczenia usług i odbioru sieci usług (tj. 20 czerwca 2022 r.) przygotować dokumentację powykonawczą i uzyskać jej akceptację przez Zamawiającego (co nie odbywa się w ciągu kilku dni, biorąc również po uwagę proces niezbędnych konsultacji i uzgodnień z Zamawiającym na etapie tworzenia dokumentacji, jak i na etapie jej akceptacji) oraz uzgodnić termin szkolenia z Zamawiającym i przygotować materiały na to szkolenie - w tym zakresie Wykonawca również nie ma żadnej gwarancji, że Zamawiający zaakceptuje proponowane terminy i będą to terminy, które umożliwią terminowe podpisanie protokołu odbioru.

Odwołujący I podkreślał, że nie ma możliwości przygotowania pełnej dokumentacji powykonawczej, czy realizacji szkolenia z funkcjonowania sieci i systemu monitorowania bez faktycznego uruchomienia tej sieci i jej pełnego skonfigurowania. Jedynym wykonawcą który może być przygotowany do realizacji wymagania w tym zakresie jest wykonawca obecnie świadczący te usługi dla Zamawiającego, gdyż jak wskazuje sam Zamawiający w pkt 2 OPZ „Wymagania w niniejszym OPZ nie odbiegają od parametrów usługi transmisji danych w sieci WAN obecnie użytkowanej przez Zamawiającego”.

Według odwołującego I, wystarczające jest, aby Zamawiający dokonał odbioru dokumentacji powykonawczej oraz odbył szkolenia dla administratorów w terminie 30 dni od dnia odbioru sieci. Takie sformułowanie postanowień dokumentacji jest standardowym postępowaniem i w żaden sposób nie wpłynie negatywnie na interes Zamawiającego, a jednocześnie nie skróci terminu uruchomienia usług wykonawcy. Wobec powyższego, konieczne i niezbędne jest dokonanie modyfikacji treści dokumentów zamówienia, która zapewni zgodność prowadzonego postępowania z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Obecnie sformułowane wymagania w zakresie terminu realizacji oraz odbiorów uniemożliwiają złożenie oferty na konkurencyjnych warunkach.

Uzasadnienie pozostałych zarzutów nie zostanie przedstawione jako zbędne, z uwagi na wycofanie pozostałych zarzutów przez odwołującego I w trakcie posiedzenia Izby w dniu 22 lutego 2022 r.

Sygn. akt KIO 317/22

Odwołujący II w sprawie o sygn. akt KIO 317/22 zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1) i 3) Ustawy, poprzez określenie terminu realizacji

zamówienia w Rozdziale VII SWZ, oraz § 2 ust. 1, 2 i § 11 ust. 2 projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik do SWZ 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. 16 pkt 1) i 3) Ustawy poprzez określenie terminu realizacji zamówienia w Rozdziale VII SWZ, oraz § 2 ust. 1, 2 i § 11 ust. 2 projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 4 do SWZ w sposób faworyzujący jednego z wykonawców, niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

3) art. 436 pkt 1 Ustawy poprzez wskazanie konkretnych dat realizacji umowy i jej części zamiast określenia terminów w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, pomimo, że wskazanie dat wykonania umowy nie jest uzasadnione obiektywną przyczyną.

Odwołujący II w sprawie o sygn. akt KIO 317/22 wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) określenie terminów realizacji przedmiotu umowy w ten sposób, że:

a) Rozdział VII SWZ, oraz § 2 ust. 1, 2 projektowanych postanowień umowy stanowiących Załącznik nr 4 do SWZ otrzymałby brzmienie:

„Usługi transmisji danych objęte przedmiotem zamówienia mają być świadczone przez okres 48 miesięcy, w terminie 150 dni od daty zawarcia Umowy.";

„Gotowość wszystkich łączy (połączeń) potrzebnych do świadczenia usług transmisji danych zostanie osiągnięta 140 dni po podpisaniu umowy."

b) § 11 ust. 2 projektowanych postanowień umowy otrzymałby brzmienie:

„Za niedotrzymanie terminu uruchomienia transmisji danych określonego w § 2 ust 1 umowy (tj. 150 dni od daty zawarcia Umowy.), Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 3.000,00 zł brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.".

W uzasadnieniu odwołania odwołujący II w sprawie o sygn. akt KIO 317/22 wskazał, że terminy wskazane w rozdziale VII SWZ, oraz § 2 ust. 1, 2 i § 11 ust. 2 projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik do SWZ są nierealne.

Odwołujący II wskazał, że 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. Powszechnie wiadomym jest fakt, że samo uzyskanie decyzji administracyjnej jest procesem trwającym do kilku miesięcy.

Odwołujący II argumentował, że 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, przy czym regułą jest, że sama dostawa urządzeń dedykowanych do zapewnienia świadczenia usług obejmuje okres około 90 dni.

Odwołujący II podniósł, że wykonawcy przygotowując ofertę muszą zatem w sposób jednoznaczny ocenić w jakim czasie będą mogli przygotować się do rozpoczęcia wykonywania usług na rzecz zamawiającego. Zdaniem odwołującego II jedynym podmiotem,

który może tę usługę realizować w terminie określonym przez zamawiającego jest wykonawca Orange S.A. z uwagi na fakt, że posiada on łącza we wszystkich lokalizacjach zamawiającego, bowiem świadczy na rzecz zamawiającego usługę będącą przedmiotem postępowania od ponad trzech lat.

Odwołujący II podniósł, iż na wykonanie czynności przygotowawczych, o których mowa powyżej, wykonawcy powinni mieć zagwarantowane co najmniej 150 dni od dnia zawarcia umowy. Tylko taki termin umożliwi wykonawcy, który nie posiada własnych łączy dostępowych we wszystkich lokalizacjach zamawiającego, należyte przygotowanie się do świadczenia usługi telekomunikacyjnej. Zdaniem odwołującego II 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. Zdaniem odwołującego II 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. Odwołujący II wywiódł, że termin 150 dni jest terminem pozwalającym mu realizację zamówienia w zakresie budowy i uruchomienia łączy w „zwykłych" okolicznościach, które nie uwzględniają nawet ryzyk związanych z COVID-19.

Odwołujący II wywiódł, że 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. Zdaniem odwołującego II nie wymaga uzasadnienia stwierdzenie, że żadne z tych rozwiązań nie stworzy konkurencyjnych warunków w postępowaniu.

Odwołujący II podkreślał, że zgodnie z § 11 ust. 2 projektowanych postanowień umowy, za niedotrzymanie terminu uruchomienia transmisji danych, określonego w § 2 ust. 1 umowy, wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 3.000,00 zł brutto, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki. Co więcej, zgodnie z § 11 ust. 4 umowy, w przypadku nieuruchomienia łączy w terminie, o którym mowa w § 2 ust. 1, zamawiający będzie miał prawo, bez uprzedniego wzywania wykonawcy do uruchomienia łączy do lokalizacji zamawiającego, odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę tego odstąpienia, a wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej w wysokości 20 % wynagrodzenia brutto, określonego w § 9 ust. 3 umowy.

Zdaniem odwołującego II, minimalny czas niezbędny na wdrożenie usługi wynosi 150 dni. Jest to czas niezbędny dla przeprowadzenia wszystkich czynności koniecznych dla faktycznego doprowadzenia infrastruktury do nowych lokalizacji. Podkreślał, iż usługi należy dostarczyć do 18 miejscowości zlokalizowanych na dużym obszarze kraju. Do większości lokalizacji należy zestawić łącza transmisji danych. Zdaniem odwołującego II, wskazany powyżej okres 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 90 dni, czas ten może się jednak wydłużyć do 120 dni), wykonania prac budowlanych (minimum 60 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.

Według odwołującego II, 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 150 dni jest absolutnie konieczny.

Według odwołującego II, określony w SWZ termin realizacji zamówienia stawia w uprzywilejowanej pozycji Orange Polska S.A. utrudniając tym samym uczciwą konkurencję oraz naruszając zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawca ten jako jedyny operator telekomunikacyjny jest w stanie rozpocząć świadczenie usług w terminie wskazanym przez zamawiającego, bowiem jako wykonawca posiadający już infrastrukturę we wszystkich lokalizacjach określonych w SWZ 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.

Zdaniem odwołującego II brak określenia w SWZ właściwego terminu na uruchomienie łączy, tworzy swoisty monopol wykonawcy Orange S.A. 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.

Odwołujący II podniósł także, że zgodnie z rozdziałem VII SWZ, oraz § 2 ust. 1, 2 i § 11 ust. 2 projektowanych postanowień umowy stanowiącego załącznik do SWZ, terminy realizacji umowy są określone datami. Wskazał, że celem przepisu jest zapobieganie w przyszłości sytuacjom, gdy po przeprowadzeniu dłuższego niż zakładano, postępowania o udzielenie zamówienia termin realizacji umowy stawał się nierealny i dochodziło do zmian tego terminu w stosunku do oferty jeszcze przed jej zawarciem. Odwołujący II podkreślał, że zamawiający jest odbiorcą usług stanowiących przedmiot postępowania od wielu lat. Terminy zakończenia świadczenia usług są znane zamawiającemu z kilkuletnim wyprzedzeniem (wynikają z zawartych umów). W konsekwencji, zamawiający miał możliwość przygotowania postępowania z odpowiednim wyprzedzeniem i określenia realnych terminów realizacji umowy lub jej części umożliwiających złożenie oferty również innym wykonawcom aniżeli Orange S.A.

Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, w których wniósł o oddalenie odwołań. W odpowiedziach i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 310/22 po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Netia S.A. w Warszawie. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 317/22 po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawcy T-Mobile Polska S.A. w Warszawie. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

W trakcie posiedzenia Izby w dniu 22 lutego 2022 r. odwołujący I wycofał odwołanie w części obejmującej zarzuty z pkt III.2 oraz III.3 odwołania, a także w części dotyczącej postanowienia §2 ust. 2 wzoru umowy.

Odwołujący I w trakcie posiedzenia Izby w dniu 22 lutego 2022 r., przed otwarciem rozprawy, zmodyfikował żądania w ten sposób, że żądania z pkt IV.2 stały się żądaniami ewentualnymi, na wypadek gdyby Izba uznała za niezasadne żądania z pkt IV.1. odwołania.

Odwołujący II w trakcie posiedzenia Izby w dniu 22 lutego 2022 r., przed otwarciem rozprawy, wycofał odwołanie w zakresie dotyczącym § 11 ust. 2 wzoru umowy.

Odwołujący II, w trakcie posiedzenia Izby w dniu 22 lutego 2022 r., przed otwarciem rozprawy, zmodyfikował żądania z odwołania w ten sposób, że usunął dotychczasową treść wniosków i wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany w rozdziale VII. 1 SWZ oraz w § 2 ust. 1 załącznika nr 4 do SWZ, tj. (wzór umowy) poprzez nadanie im następującego brzmienia: „Usługa transmisji danych oraz serwisu technicznego i monitorowania sieci rozległej świadczona będzie przez okres 48 miesięcy, przy czym rozpoczęcie jej świadczenia nastąpi w ciągu 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy, pierwszego dnia miesiąca następującego po zgłoszeniu gotowości wszystkich łączy, o którym mowa w ust. 2.”.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), modyfikację SWZ z 18 lutego 2022 r., jak również biorąc pod uwagę dokumenty złożone przez strony i uczestników w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Art. 99 ustawy Pzp stanowi, że:

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Art. 436 Pzp stanowi, że Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:

1) planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest usługa transmisji danych w sieci rozległej

WAN sądów administracyjnych.

Ustalono także, że w rozdziale VII SWZ zamawiający wskazał:

„Usługi transmisji danych objęte przedmiotem zamówienia mają być świadczone przez okres 48 miesięcy, począwszy od dnia 1 lipca 2022 r.

Gotowość wszystkich łączy (połączeń) potrzebnych do świadczenia usług transmisji danych będących przedmiotem zamówienia - nie później niż 20 czerwca 2022 r.”.

Ustalono ponadto, że w załączniku nr 4 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy) Zamawiający postanowił:

§ 2

1. Usługa transmisji danych oraz serwisu technicznego i monitorowania sieci rozległej świadczona będzie przez okres 48 miesięcy, począwszy od dnia 1 lipca 2022 r.

2. Gotowość wszystkich łączy (połączeń) potrzebnych do świadczenia usług transmisji danych zostanie osiągnięta do dnia 20 czerwca 2022 r.

3. Ilekroć w umowie jest mowa o okresie rozliczeniowym należy przez to rozumieć okres pełnego miesiąca kalendarzowego.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający w dniu 18 lutego 2022 r., po wniesieniu odwołań, dokonał modyfikacji postanowień SWZ. W wyniku modyfikacji rozdział VII SWZ otrzymał brzmienie:

1. Usługa transmisji danych oraz serwisu technicznego i monitorowania sieci rozległej świadczona będzie przez okres 48 miesięcy, przy czym rozpoczęcie jej świadczenia nastąpi w ciągu 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy, pierwszego dnia miesiąca następującego po zgłoszeniu gotowości wszystkich łączy, o której mowa w ust. 2 - z zastrzeżeniem, że rozpoczęcie świadczenia usług nastąpi nie wcześniej niż 1 lipca 2022 r. i nie później niż 1 września 2022 r.

2. Gotowość wszystkich łączy (połączeń) potrzebnych do świadczenia usług transmisji danych zostanie osiągnięta i zgłoszona Zamawiającemu najpóźniej na 10 dni przed planowanym terminem rozpoczęcia świadczenia usługi, o której mowa w ust. 1.

W wyniku modyfikacji SWZ z 18 lutego 2022 r. postanowienia § 2 załącznika nr 4 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy) otrzymały brzmienie:

1. Usługa transmisji danych oraz serwisu technicznego i monitorowania sieci rozległej

świadczona będzie przez okres 48 miesięcy, przy czym rozpoczęcie jej świadczenia nastąpi w ciągu 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy, pierwszego dnia miesiąca następującego po zgłoszeniu gotowości wszystkich łączy, o której mowa w ust. 2 - z zastrzeżeniem, że rozpoczęcie świadczenia usług nastąpi nie wcześniej niż 1 lipca 2022 r. i nie później niż l września 2022 r.

2. Gotowość wszystkich łączy (połączeń) potrzebnych do świadczenia usług transmisji danych zostanie osiągnięta i zgłoszona Zamawiającemu najpóźniej na 10 dni przed planowanym terminem rozpoczęcia świadczenia usługi, o której mowa w ust. 1.

3. Ilekroć w umowie jest mowa o okresie rozliczeniowym należy przez to rozumieć okres pełnego miesiąca kalendarzowego.

Odwołania, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, zasługiwały na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że nie można było się zgodzić z zamawiającym, jakoby niedopuszczalna była zmiana żądań, dokonana przez obu odwołujących w trakcie posiedzenia Izby.

Jak wynikało z art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przywołany przepis formułuje zasadę niezmienialności zarzutów, których nie można modyfikować, czy rozszerzać po upływie terminu na wniesienie odwołania. Jak wynika z powyższego, zakaz ten nie obejmuje żądań odwołującego, a więc jego wniosków co do rozstrzygnięcia odwołania przez Izbę. Podkreślenia wymagało także, że Izba nie jest związana wnioskami (żądaniami) odwołującego.

Zdaniem Izby, w okolicznościach danej sprawy, zmiana wniosków dokonana przez odwołującego T-Mobile w trakcie posiedzenia Izby nie pociągnęła za sobą zmiany zarzutów opisanych w odwołaniu. Powyższe umożliwiło Izbie rozpoznanie odwołania w granicach pierwotnych zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący T-Mobile w trakcie posiedzenia Izby w dniu 22 lutego 2022 r., przed otwarciem rozprawy, zmodyfikował żądania precyzując, iż żądania z pkt IV.2 odwołania są żądaniami ewentualnymi, na wypadek gdyby Izba uznała za niezasadne żądania z pkt IV.1. odwołania. Jak wynikało z powyższego, modyfikacja wniosków de facto polegała na tym, że odwołujący T-Mobile ograniczył swe żądania. Wykonawca podniósł, że jedynie w razie uznania przez Izbę bezzasadności zarzutów związanych z żądaniami z pkt IV.1 odwołania, aktualne stanie się rozpoznawanie zarzutów związanych z żądaniami z pkt IV.2 odwołania. Zdaniem Izby taką modyfikację wniosków odwołania należało uznać za całkowicie dopuszczalną, gdyż nie prowadziła ona do obejścia zakazu orzekania przez Izbę co do zarzutów, które nie były przedstawione w odwołaniu, wynikającą z art. 555 ustawy Pzp.

Z kolei odwołujący Netia w trakcie posiedzenia Izby, przed otwarciem rozprawy, zmodyfikował żądania odwołania w ten sposób, że usunął dotychczasową treść wniosków i wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany w rozdziale VII SWZ oraz załączniku nr 4 do SWZ (wzór umowy w § 2 ust. 1) poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „usługa transmisji danych oraz serwisu technicznego i monitorowania sieci rozległej świadczona będzie przez okres 48 miesięcy, przy czym rozpoczęcie jej świadczenia nastąpi w ciągu 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy, pierwszego dnia miesiąca następującego po zgłoszeniu gotowości wszystkich łączy, o którym mowa w ust. 2.”. Odwołujący Netia wyjaśnił, że zmiana taka została dokonana w reakcji na modyfikację SWZ z dnia 18 lutego 2022 r., w której zamawiający nadał postanowieniu rozdziału VII oraz § 2 ust. 1 wzoru umowy brzmienie: „Usługa transmisji danych oraz serwisu technicznego i monitorowania sieci rozległej świadczona będzie przez okres 48 miesięcy, przy czym rozpoczęcie jej świadczenia nastąpi w ciągu 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy, pierwszego dnia miesiąca następującego po

zgłoszeniu gotowości wszystkich łączy, o którym mowa w ust. 2 - z zastrzeżeniem, że rozpoczęcie świadczenia usług nastąpi nie wcześniej niż 1 lipca 2022 r. i nie później niż 1

września 2022 r.”.

Przypomnienia wymagało, że odwołujący Netia pierwotnie w odwołaniu domagał się nakazania zamawiającemu zmiany w rozdziale VII SWZ oraz załączniku nr 4 do SWZ (wzór umowy w §2 ust. 1) poprzez nadanie im następującego brzmienia: „Usługi transmisji danych objęte przedmiotem zamówienia mają być świadczone przez okres 48 miesięcy, w terminie

150 dni od daty zawarcia Umowy.”.

Izba stwierdziła, że pomimo zmienionych żądań, w dalszym ciągu przedmiotem sporu między odwołującym Netia a zamawiającym pozostawał brak zagwarantowania wykonawcy minimum 5 miesięcy (150 dni) od dnia zawarcia umowy do dnia rozpoczęcia świadczenia usługi. W tej sytuacji dokonaną modyfikację żądania odwołania należało uznać za całkowicie dopuszczalną, gdyż nie prowadziła ona do obejścia zakazu orzekania przez Izbę co do zarzutów, które nie były przedstawione w odwołaniu, wynikającego z art. 555 ustawy Pzp.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w pierwszej kolejności przypomnienia wymagało, że zgodnie z art. 436 pkt 1 Pzp, umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:
1) planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.

Z przywołanego przepisu wynika generalny obowiązek zamawiającego do określenia terminu wykonania usługi przez wskazanie dni, miesięcy lub lat. Jako wyjątek od tej zasady ustawodawca przewidział możliwość określenia terminu wykonania usług przez wskazanie konkretnych dat wykonania umowy. Analizowany przepis uzależnia także możliwość zastosowania takiej wyjątkowej regulacji od zaistnienia uzasadnionej, obiektywnej przyczyny. Nie ulega również wątpliwości, że ciężar wykazania omawianej uzasadnionej, obiektywnej przyczyny w analizowanej sprawie spoczywał na zamawiającym. Zgodnie bowiem z art. 6 KC, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Ponadto, jak wynikało z art. 534 Pzp, Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Izba stwierdziła, że to zamawiający określił termin rozpoczęcia realizacji usług przez wskazanie daty wykonania umowy, a zatem to ta strona miała obowiązek wykazać, jaka uzasadniona i obiektywna przyczyna przemawiała za odstąpieniem od zasady, wynikającej z art. 436 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że zamawiający nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru wykazania spornej okoliczności faktycznej. W trakcie rozprawy zamawiający ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że termin 1 lipca 2022 r., jako początkowy termin rozpoczęcia świadczenia usługi, wynika z tego, że w tej dacie kończy się realizacja dotychczasowej umowy. Natomiast jeżeli chodzi o graniczny termin, w jakim rozpoczęcie realizacji usługi musiało się rozpocząć, zamawiający wskazał 1 września 2022 r. Zamawiający argumentował przy tym, że niemożliwe jest dalsze przedłużenie okresu rozpoczęcia realizacji usług poza 1 września 2022 r. z uwagi na brak możliwości przekroczenia limitu finansowego. Zamawiający podniósł także, że kwestia ta była analizowana przez jego służby finansowo-prawne. Dopytywany przez przewodniczącego w trakcie rozprawy na okoliczność szczegółów tej analizy pełnomocnik zamawiającego nie potrafił ich opisać.

Odnosząc się do tego rodzaju argumentacji Izba stwierdziła, że nie stanowi wykazania uzasadnionej, obiektywnej przyczyny odstąpienia od zakazu określenia terminu realizacji usług przez wskazanie dni, miesięcy lub lat powoływanie się na bliżej niesprecyzowaną analizę finansowo-prawną. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający nie tylko nie udowodnił istnienia takiej analizy, ale nawet nie potrafił podać jej szczegółów w trakcie rozprawy. Wskazać należało również na niekonsekwencję zamawiającego. Zamawiający przyznał w trakcie rozprawy, że wobec dopuszczenia możliwości rozpoczęcia realizacji usług dopiero 1 września 2022 r. koniecznym może stać się przedłużenie obecnie obowiązującej umowy z dotychczasowym wykonawcą, która wygasała 1 lipca 2022 r., w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Skoro zatem zamawiający dopuszczał możliwość zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki z dotychczasowym wykonawcą, celem zagwarantowania ciągłości usługi w okresie 1.07.2022 r. do 1 września 2022 r., to niezrozumiałym okazało się

jednoczesne twierdzenie, że takiej możliwości nie będzie po 1 września 2022 r. Argument o braku środków na realizację usługi po tym okresie pozostawał również niewiarygodny z tego powodu, że zapewnienie realizacji usług transmisyjnych jest dla zamawiającego kluczowe, co przyznał na rozprawie. Zamawiający wyjaśnił bowiem, że przy wykorzystaniu zamawianych łączy zapewnia stronom dostęp do akt administracyjnych oraz elektroniczną komunikację stron z sądami.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 436 pkt 1 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że zostało także wykazane przez obu odwołujących, iż zamawiający wyznaczając zbyt krótki termin rozpoczęcia świadczenia usług transmisyjnych, opisał przedmiot zamówienia w sposób, który mógł utrudniać uczciwą konkurencję, czym naruszył art. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Z ww. przepisu wynika, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Dostrzeżenia wymagało, że w świetle powołanego przepisu, zakazane jest nie tylko takie opisywanie przedmiotu zamówienia, które „utrudnia" uczciwą konkurencję, ale również takie, które „może utrudniać" uczciwą konkurencję w postępowaniu.

Zdaniem Izby obaj odwołujący wykazali w toku postepowania odwoławczego przed Izbą, że wyznaczenie przez zamawiającego terminu rozpoczęcia świadczenia usług transmisyjnych, bez zapewnienia wykonawcom minimalnego pięciomiesięcznego okresu na przygotowanie łączy liczonego od zawarcia umowy, w okolicznościach danej sprawy, może utrudniać uczciwą konkurencję.

Jak wynikało ze str. 1 dowodu nr 1 (wydruk z systemu wewnętrznego T-Mobile dotyczący realizacji projektu inwestycyjnego budowy łącza w technologii światłowodowej w Warszawie wraz z korespondencją mailową podwykonawcy, który przedmiotowe prace

prowadził, złożony na rozprawie przez odwołującego T-Mobile) - w przypadku budowy łącza w Warszawie o analogicznej przepustowości, start realizacji inwestycji miał miejsce 5 marca 2021 r., zaś zakończenie realizacji 12 października, a więc nawet dłużej niż minimalne 5 miesięcy, o które wnioskowali obaj odwołujący. Ponadto z korespondencji mailowej

prowadzonej z podwykonawcą, załączonej do dowodu nr 1, wynikało, że obecnie istnieją opóźnienia w wydawaniu decyzji administracyjnych - jedna z decyzji koniecznych dla wybudowania łącza została wydana przez organ administracyjny w terminie 2,5 miesiąca.

Kolejno, ze str. 1-2 dowodu nr 2 (wyrok WSA w Warszawie z 5 lutego 2020 r. sygn. akt VI SA/Wa 2392/19 dotyczący uchylenia decyzji w przedmiocie zezwolenia na zajęcie pasa drogowego, złożony przez odwołującego T-Mobile na rozprawie) wynikało, jakie trudności mogą pojawić się w trakcie postępowania administracyjnego w przedmiocie wydania decyzji o zezwoleniu na zajęcia pasa drogowego. W świetle ww. dowodu, wnioskujący złożył wniosek o wyrażenie zgody na lokalizację przyłącza do budynku przy ul. Księcia Janusza w maju 2019 r. Organ administracyjny 11 lipca 2019 r. wydał niezgodną z prawem decyzję o odmowie zgody na lokalizację urządzenia, jednakże ta nielegalna decyzja została uchylona przez WSA w Warszawie dopiero 5 lutego 2020 r., a więc po upływie 9 miesięcy. Ponadto z wyroku tego wynikało, że sam organ administracyjny wydał decyzję w terminie dwóch miesięcy, pomimo że, w świetle przepisów, miał na to 30 dni. Powyższe uprawdopodabniało twierdzenia obu odwołujących, że postępowania administracyjne, niezbędne celem rozpoczęcia realizacji usług, niekoniecznie muszą zakończyć się w ustawowym 30 dniowym terminie.

Następnie, odwołujący wykazali również, że sprzeczne z dobrymi praktykami obowiązującymi przy realizacji zamawianych usług byłoby zakładanie przez inwestorów, że zarządca drogi wyda decyzję zezwalającą na zajęcie pasa drogowego w terminie krótszym, niż minimalny okres ustawowy. Powyższe wynikało ze str. 7 pkt 7 dowodu nr 3 (Opracowanie „Dobre praktyki w procesach realizacji i eksploatacji infrastruktury telekomunikacyjnej w drogach publicznych" przygotowane przez Ministerstwo Cyfryzacji i opublikowane w dniu 18 maja 2020 r., złożone przez odwołującego T-Mobile na posiedzeniu Izby).

Kolejno, obaj odwołujący wykazali również, że obecnie z powodu pandemii Covid-19 rynek dotykają opóźnienia w dostawie urządzeń i sprzętu, koniecznych celem zbudowania zamawianych łączy. Powyższe wynikało z dowodu 4 (Wydruk z systemu zamówieniowego sprzętu i potencjalnej oferty na możliwe do zaoferowania w niniejszym postępowaniu routery do zbudowania infrastruktury niezbędnej do świadczenia usług oraz wydruk z korespondencji mailowej prowadzonej przy realizacji analogicznego zakresu zamówienia, złożony przez odwołującego T-Mobile na rozprawie). Analiza ww. dowodu prowadziła do wniosku, że

obecnie na dostawę zamówionych routerów i urządzeń DWDM, niezbędnych do zbudowania łączy należy oczekiwać odpowiednio około 175 i 182 dni. Z kolei z korespondencji z 31 stycznia 2022 r., załączonej do ww. dowodu wynikało dodatkowo, że dostawa zamówionych 15 grudnia 2021 r. urządzeń DWDM została przesunięta na maj 2022 r. Analiza powołanych dowodów uprawdopodabniała wniosek, że sama dostawa niezbędnych urządzeń może trwać nawet około 5 miesięcy.

Przy wyrokowaniu Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający, zarówno w odpowiedziach na odwołania jak i w trakcie rozprawy, nie przedstawił żadnego dowodu przeciwnego. Podnosił jedynie gołosłownie, że dotychczasowy wykonawca - Orange Polska S.A. - był w stanie zbudować łącza w terminie zbliżonym do kwestionowanego w odwołaniach pomimo, iż zamawiający ówcześnie nie posiadał żadnej infrastruktury sieciowej i konieczne było jej wytworzenie od podstaw.

Izba stwierdziła, że zamawiający na poparcie swej argumentacji nie przedstawił żadnego dowodu. Dostrzeżenia wymagało w tym miejscu, że strona przeciwna przedstawiła natomiast dowód przeciwny. Z dowodu nr 5 (odpowiedź zamawiającego z dnia 22 lipca 2020 r. na wniosek o udostępnienie informacji publicznej) wynikało, że uruchomienie u zamawiającego usługi świadczonej przez dotychczasowego wykonawcę Orange Polska S.A. miało miejsce 3 października 2018 r., podczas gdy umowa z ww. wykonawcą została zawarta 19 października 2016 r.

Owszem, w świetle poprzedniej umowy termin rozpoczęcia świadczenia usługi został określony jako nie wcześniej niż 15 października 2016 r. i nie później niż 15 stycznia 2017 r., (por. § 2 ust. 1 umowy z 19 października 2016 r., dowód nr 6 złożony przez odwołującego T-Mobile). Jednakże dostrzeżenia wymagało, że terminy rozpoczęcia realizacji ww. umowy zostały uzależnione od wejścia w życie art. 4 ustawy z 10 stycznia 2014 r. o zmianie ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Zamawiający nie kwestionował, że w dacie zawarcia umowy było wiadomo, iż termin wejścia w życie art. 4 omawianej ustawy przypadał na 15 maja 2018 r. Pomimo zatem określenia w dotychczasowej umowie terminu rozpoczęcia usług na dzień 15 stycznia 2017 r., potencjalni wykonawcy mogli z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością zakładać, że na zbudowanie łącza będą jednak mieli więcej czasu. Wobec powyższego Izba uznała argument zamawiającego za niewykazany i nietrafny.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że brak jest możliwości rozpoczęcia prac przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie można bowiem wymagać od wykonawcy racjonalnie prowadzącego działalność gospodarczą, aby rozpoczynał prace instalacyjne przed zawarciem umowy, czyli zanim zostanie mu zagwarantowane, że rzeczywiście uzyska zamówienie.

Wobec powyższego uznano, że zakwestionowany przez obu odwołujących termin rozpoczęcia świadczenia usług może utrudniać uczciwą konkurencję, czym zamawiający naruszył art. 99 ust. 4 ustawy Pzp.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył także art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Określenie terminu rozpoczęcia realizacji usług mogącego utrudniać uczciwą konkurencję, a także określenie ww. terminu przez wskazanie daty sztywnej bez uzasadnionych, obiektywnych powodów, oznaczało bowiem, że zamawiający naruszył wynikającą z ww. przepisu zasadę przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć oba postępowania odwoławcze w pozostałym zakresie, z powodu wycofania odwołań w pozostałych częściach przez obu odwołujących (pkt 2 i 4 sentencji).

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Obaj odwołujący w trakcie posiedzenia Izby w dniu 22 lutego 2022 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczyli, że cofają odwołania w pozostałej części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć

odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczyli, że nie popierają już odwołań w pozostałym zakresie, wobec powyższego postępowania odwoławcze w tych częściach podlegały umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę, nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołań. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2, 4, 5, 6 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowań odwoławczych oraz kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1, 3 sentencji) i formalnym (pkt 2, 4, 5, 6 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W obu sprawach stwierdzone naruszenia art. 16 pkt 1, 99 ust. 1 i ust. 4, art. 436 pkt 1 ustawy Pzp, mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż mogły istotnie, negatywnie wpływać na krąg wykonawców zainteresowanych postępowaniem.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu w obu sprawach wykonanie czynności modyfikacji postanowień specyfikacji warunków zamówienia, w sposób opisany w pkt 1 i 3 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M.

W obu sprawach Izba, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik każdego z postępowań odwoławczych ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 310/22 składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego I w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego I w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy. Na koszty postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 317/22 składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego II w kwocie 15.000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowań odwoławczych orzeczono stosownie do wyniku postępowań - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....