Sygn. akt: KIO 934/22

WYROK

z dnia 21 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 21 kwietnia 2022 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę Netia spółka akcyjna w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Główną Policji w Łodzi

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Netia spółka akcyjna w Warszawie, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę

15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 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 934/22

I. Komenda Główna Policji w Łodzi (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem dzierżawa łączy cyfrowych w technologii Ethernet dla KWP w Łodzi i jednostek podległych (nr postępowania FZ-2380/7/22/SS).

W dniu 4 kwietnia 2022 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę Netia spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Odwołujący), zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1) i 3) Prawa zamówień publicznych, poprzez określenie terminu realizacji zamówienia, o którym mowa w pkt 9 SWZ oraz w § 4 ust. 1 wzoru Umowy stanowiącej Załącznik nr 10 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. 487 § 2 w zw. z art. 353^1 i art. 5 oraz Kodeksu cywilnego oraz art. 16 Prawa zamówień publicznych poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę, naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 i 17 Prawa zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia sposób nieprecyzyjny, nieproporcjonalny, niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów, opisanie cech usług w sposób nieproporcjonalny do wartości i celów przedmiotu zamówienia, a także naruszenie art. 433 pkt 4) Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechania wskazania określenia minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron w przypadku ograniczenia zakresu zamówienia, w zakresie w jakim Zamawiający:

a) przewidział w § 1 ust. 7 wzoru umowy możliwość likwidacji niektórych łącz określonych w załączniku nr 1 do Umowy bez określenia minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron dla tak skonstruowanego ograniczenia zakresu zamówienia, co uniemożliwia oszacowanie oferty i ryzyk związanych z realizacją zamówienia;

b) przewidział w § 11 ust. 1 pkt 2 oraz w § 11 ust. 3 wzoru umowy, możliwość zmiany relacji łączy wskazanych w SWZ przy zachowaniu pozostałych warunków umowy i bez określenia dodatkowego wynagrodzenia dla Wykonawcy z tego tytułu, co uniemożliwia oszacowanie oferty i ryzyk związanych z realizacją zamówienia, a także może prowadzić do niemożliwości realizacji tej zmiany z przyczyn technicznych.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o:

1) wydłużenia terminu realizacji zamówienia, o którym mowa w pkt 9 SWZ oraz w § 4 ust. 1 wzoru Umowy stanowiącej Załącznik nr 10 do SWZ do 180 dni;

2) zmiany § 1 ust. 7 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 10 do SWZ w ten sposób, że otrzyma on brzmienie:

„7. Zamawiający zastrzega sobie, iż w trakcie realizacji przedmiotu umowy niektóre łącza, określone w załączniku nr 1 do umowy mogą zostać zlikwidowane w zakresie nie większym niż 10% wszystkich łączy, o których mowa w Załączniku nr 1 do umowy. Z tego tytułu Wykonawca nie będzie wnosił żadnych roszczeń. Oświadczenie o likwidacji danego łącza Zamawiający składa Wykonawcy w formie pisemnej, co najmniej na miesiąc przed planowaną likwidacją ze skutkiem na koniec miesiąca”.

3) zmiany § 11 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 10 do SWZ w ten sposób, że otrzyma on brzmienie:

„2. ze względu na zmianę lokalizacji jednostki Policji konieczne jest zakończenie łącza (przeniesienia łącza) w danej relacji w granicach administracyjnych miejscowości. W takim przypadku Zamawiający zwróci się do Wykonawcy o potwierdzenie możliwości technicznych przeniesienia łącza do nowej lokalizacji, a w przypadku potwierdzenia takiej możliwości, Zamawiający pokryje koszt przeniesienia łącza do nowej lokalizacji, zgodnie z wyceną Wykonawcy. Maksymalny czas realizacji przeniesienia łącza do nowej lokalizacji nie może przekroczyć 5 miesięcy od chwili zgłoszenia”.

4. zmiany § 11 ust. 3 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 10 do SWZ w ten sposób, że otrzyma on brzmienie:

„3. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany relacji łączy wskazanych w SWZ, z zastrzeżeniem, że Zamawiający zwróci się do Wykonawcy o potwierdzenie możliwości technicznych zmiany relacji łącza, a w przypadku potwierdzenia takiej możliwości, Zamawiający pokryje koszt zmiany relacji łącza, zgodnie z wyceną Wykonawcy.”

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania, wskazywał, że zgodnie z pkt 9.1. SWZ oraz z § 4 ust. 1 wzoru umowy „Umowa zostaje zawarta na czas określony tj. od dnia jej podpisania do upływu 24 miesięcy od dnia uruchomienia usługi, które nastąpi w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 30 dni od podpisania umowy."

W ocenie Odwołującego, termin 30 dni na uruchomienie usługi we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego jest nierealny. Zakładając, że Wykonawca zamierza złożyć ofertę na 4 części w Postępowaniu, jest on zobowiązany do zapewnienia łączy w 67 lokalizacjach.

Odwołujący podnosił, że przedmiot zamówienia obejmuje 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.

Dalej Odwołujący zwracał uwagę, 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 180 dni. Odwołujący dysponuje informacją ze strony producenta urządzeń, które zostaną zamówione przez Odwołującego w przypadku wyboru jego oferty, zawierającą ok. 180 dniowy termin dostawy (jako dowód załączył do odwołania wyciąg z platformy zakupowej producenta wraz z informacją o terminach dostaw trzech elementów - termin dostawy wynosił dla każdego z tych elementów 182 dni).

Odwołujący podnosił, iż na 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.

Następnie Odwołujący wskazywał, że 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.

Termin 180 dni jest terminem pozwalającym Odwołującemu realizację zamówienia w „zwykłych" okolicznościach, które nie uwzględniają nawet ryzyk związanych z COVID-19.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący stwierdzał, 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.

Odwołujący podkreślał, że zgodnie z rozdziałem § 6 ust. 2) Umowy, w przypadku zwłoki w uruchomieniu łącza, Zamawiający nalicza karę umowną w wysokości 20% opłaty miesięcznej za dzierżawę danego łącza, za każdą rozpoczętą dobę zwłoki. Co więcej, zgodnie z § 10 ust. 1 Umowy, Zamawiający może rozwiązać umowę z zachowaniem 30-dniowego okresu wypowiedzenia w przypadku nieprzestrzegania przez Wykonawcę warunków umowy. Dyspozycja tego przepisu obejmuje również przypadki opóźnień Wykonawcy w realizacji Umowy, zaś rozwiązanie umowy stanowi najdalej idącą sankcję dla Wykonawcy.

Minimalny czas niezbędny na uruchomienie usługi wynosi zdaniem Odwołującego

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 67 adresów zlokalizowanych na terenie województwa łódzkiego.

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 (nawet do 180 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.

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 wynoszącym 30 dni, a wniosek o wydłużenie tego terminu do 180 dni jest absolutnie konieczny.

W odniesieniu do zarzutów braku jednoznacznego określenia przedmiotu umowy, Odwołujący podkreślał, że podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, stwierdzić, co jest przedmiotem zamówienia, jakie są elementy kosztotwórcze, jakie ryzyka powinni uwzględnić w wycenie oferty, oraz że wszystkie inne elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w opisie uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Zamawiający ma również obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, co oznacza, że jest on zobowiązany do stworzenia warunków do uczciwego konkurowania przez wykonawców o uzyskanie zamówienia, jak też do eliminowania zachowań sprzecznych z prawem lub etyką.

Ad zarzut wskazany w lit. a)

Zgodnie z § 1 ust. 7 wzoru umowy „Zamawiający zastrzega sobie, iż w trakcie realizacji przedmiotu umowy niektóre łącza, określone w załączniku nr 1 do umowy mogą zostać zlikwidowane. Z tego tytułu Wykonawca nie będzie wnosił żadnych roszczeń. Oświadczenie o likwidacji danego łącza Zamawiający składa Wykonawcy w formie pisemnej, co najmniej na miesiąc przed planowaną likwidacją ze skutkiem na koniec miesiąca”.

Tak skonstruowane postanowienie uniemożliwia wycenę oferty przez Wykonawcę.

Należy podkreślić, że umowa nie przewiduje opłat jednorazowych za uruchomienie usług w poszczególnych lokalizacjach. Zgodnie bowiem z § 5 ust. 2 i 3 wzoru Umowy, miesięczna wartość świadczenia przedmiotu umowy brutto (z podatkiem VAT) jest sumą opłat za każde łącze za jeden miesiąc (brutto), zaś wynagrodzenie to obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy, a w szczególności koszt dostawy urządzeń, montażu urządzeń, uruchomienia, koszt sprzętu, dokumentacji, koszt licencji (jeśli są wymagane), koszt szkolenia, podatek VAT oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru podlega obciążeniu tymi podatkami, a także inne opłaty i podatki (np. cło) oraz koszty wszelkich zobowiązań wynikających z postanowień umowy.

W konsekwencji, Wykonawca wlicza koszt podłączenia usługi w lokalizacjach w miesięczne wynagrodzenie za łącza. Zgodnie z kalkulacją Wykonawcy (która stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i zostanie przedstawiona na rozprawie) koszt podłączenia łącza, w przypadku konieczności jego wybudowania, lub też koszt podłączenia łącza, w przypadku jego dzierżawy w jednej lokalizacji wynosi od kilkunastu do nawet kilkudziesięciu tysięcy złotych.

W przypadku likwidacji łącz zgodnie z ww. postanowieniem, ryzyko poniesienia kosztów związanych z podłączeniem łączy jest w całości przeniesione na Wykonawcę.

Co więcej, likwidacja łączy wiąże się również z dodatkowym kosztami Wykonawcy, w szczególności związanymi z kosztem dojazdu i robocizny personelu Wykonawcy.

Należy również zwrócić, uwagę, że tak skonstruowane postanowienie § 1 ust. 7 wzoru Umowy pozostaje w sprzeczności z art. 433 pkt 4) Ustawy, zgodnie z którym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać (...) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, przy czym w świetle podglądów doktryny i orzecznictwa ta minimalna wartość lub wielkość świadczenia nie może być nadmierna.

Należy zauważyć, że podejmując decyzję o ubieganiu się o udzielenie zamówienia wykonawca musi mieć pewność, że wykonując zamówienie zgodnie z zawartą umową otrzyma wynagrodzenie. Odwołujący wskazuje, że co do zasady umowy w sprawach zamówień publicznych zawierane są na czas oznaczony, a cechą takich umów jest ich trwałość rozumiana w ten sposób, że przepisy Ustawy nie przewidują możliwości dowolnego rozwiązywania takich umów w całości lub w części zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawcę. Jeżeli taka umowa jest wykonywana należycie, to powinna obowiązywać do upływu terminu jej wykonywania.

Kwestionowana klauzula dotycząca ograniczenia zakresu przedmiotu umowy może również zostać rozpatrzona w kontekście orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. W jednym z orzeczeń2 dotyczących właśnie możliwości zmiany umowy polegającej na znacznym ograniczeniu jej zakresu, Trybunał Sprawiedliwości wskazał:

„29. Odnośnie tego ostatniego przypadku należy podnieść, że zmiana elementów zamówienia polegająca na znacznym ograniczeniu jego przedmiotu może skutkować udostępnieniem go większej ilości podmiotów gospodarczych. Skoro bowiem ze względu na początkowe zamówienie miało taki zakres, że tylko niektóre przedsiębiorstwa mogły przedstawić swój wniosek o dopuszczenie do przetargu czy też swoją ofertę, znaczne ograniczenie przedmiotu tego zamówienia może skutkować tym, że zainteresuje ono również mniejsze podmioty gospodarcze. Ponadto, ze względu na to, że minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnych zamówień muszą, zgodnie z art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18, być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego, ograniczenie jego przedmiotu może spowodować proporcjonalne ograniczenie wymogów stawianych zainteresowanym oferentom i kandydatom”.

W świetle powyższego, zarzut jest w pełni uzasadniony.

Ad zarzut wskazany w lit. b)

2 Przykładowo wyrok z 7.09.2016 r., C-549/14, Finn Frogne A/S v. Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, EU:C:2016:634, TS

Zgodnie z § 11 ust. 1 pkt 2 wzoru Umowy, Zamawiający przewiduje możliwość dokonywania zmian w treści umowy w stosunku do treści oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy (...) „ze względu na zmianę lokalizacji jednostki Policji konieczne jest zakończenie łącza (przeniesienia łącza) w danej relacji w granicach administracyjnych miejscowości. Zmiana relacji łączy wskazanych w SWZ zostanie przeprowadzona przy zachowaniu pozostałych warunków umowy, w tym cen za miesięczną dzierżawę łączy wskazanych w formularzu ofertowym i nie może się wiązać ze zmianą wartości zamówienia dla danej relacji oraz skutkować naliczeniem dodatkowych opłat. Maksymalny czas realizacji przeniesienia łącza do nowej lokalizacji nie może przekroczyć 5 miesięcy od chwili zgłoszenia.”

Z kolei zgodnie z § 11 ust. 3 wzoru Umowy „Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany relacji łączy wskazanych w SWZ przy zachowaniu pozostałych warunków umowy, w tym cen za miesięczną dzierżawę łączy wskazanych w Cenniku Ofertowym”.

W przypadku tego zarzutu, w pełni aktualne pozostają argumenty opisane w odniesieniu do zarzutu a) powyżej. Zarówno zmiana lokalizacji (w granicach administracyjnych miasta), o której mowa w § 11 ust. 1 pkt 2) wzoru Umowy, jak i zmiana relacji, o której mowa w § 11 ust. 3 powoduje, że Wykonawca musi ponieść koszty likwidacji łącza, a także ponieść koszt podłączenia nowego łącza, na zasadach opisanych w pkt a) powyżej.

Co więcej, w takim przypadku, Wykonawcy nie zwraca się koszt podłączenia w pierwotnej lokalizacji (koszty podłączenia są uwzględnione w miesięcznym wynagrodzeniu za usługę), co powoduje, że w takim przypadku Wykonawca musi ponieść koszty podłączenia łączy w podwójnej wysokości.

Należy też podkreślić, że zapewnienie łącza w danej lokalizacji wymaga spełnienia określonych warunków technicznych. Nie w każdej lokalizacji, podłączenie to będzie możliwe z uwagi na: ukształtowanie terenu, położenie geograficzne, uzbrojenie terenu w infrastrukturę telekomunikacyjną. Z tych względów, w przypadku powzięcia decyzji o zmianie relacji łączy zasadne jest uprzednie zweryfikowanie przez wykonawcę możliwości technicznych w tym zakresie.

Podsumowując, tak sformułowane postanowienia narażają wykonawcę na znaczą stratę spowodowaną koniecznością poniesienia znacznych kosztów związanych ze zmianą relacji łączy, a także mogą doprowadzić do sytuacji, w której realizacja tej zmiany nie będzie technicznie możliwa.

Takie działanie zawsze wiązać się będzie ze znacznym niedoszacowaniem lub przeszacowaniem kosztów realizacji zamówienia.

Z tych względów, w ocenie Odwołującego, zarzuty odwołania są uzasadnione.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wnosił o oddalenie odwołania.

W pierwszej kolejności Zamawiający podkreślał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego przedmiot zamówienia nie obejmuje „budowy łączy" w lokalizacjach Zamawiającego. Zamawiający wymaga świadczenia usługi dzierżawy łączy cyfrowych we wskazanych lokalizacjach, z których doprowadzona jest instalacja do istniejących już przyłączy. Z przedstawianych zarzutów wynika, iż Odwołujący rozważa budowę łączy, wręcz wskazując na projektowanie i budowę nowej infrastruktury - natomiast celem Zamawiającego jest jedynie dzierżawa łączy. Zamawiający nie jest zobowiązany ustalać warunków realizacji umowy w ten sposób, aby dostosować je do możliwości wykonawcy rozważającego wykonanie usługi i tak je kształtować, aby umożliwić mu przystąpienie do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zwrócić należy również uwagę, iż Zamawiający biorąc pod uwagę nieposiadanie przez wykonawców tak szeroko rozbudowanej infrastruktury w postaci kanalizacji teletechnicznej lub też trudności w pozyskaniu jej od innego operatora, dopuścił możliwość uruchomienia łączy cyfrowych drogą radiową, co w znacznym stopniu obniża koszt przedsięwzięcia, jak również czas jego instalacji. Dla odbiorcy końcowego nie ma kluczowego znaczenia w jaki dostępny na rynku sposób usługa jest realizowana. Dla Zamawiającego istotny jest jedynie efekt prawidłowego wykonania usługi, natomiast ustalenie sposobu i środków niezbędnych dla jej zrealizowania należy do Wykonawcy, gdyż czynniki te mają wpływ na przebieg i koszty jej wykonania.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający jest zobowiązany dążyć do zachowania równości wykonawców. Oczywistym jest jednak, że każdy z wykonawców znajduje się w innej sytuacji, dysponuje różnym doświadczeniem, wiedzą, potencjałem technicznym, realizuje umowy o odmiennych postanowieniach dla różnych kręgów odbiorców usług. Niektóre z wymagań Zamawiającego mogą być dla danego Wykonawcy łatwiejsze do zrealizowania, inne zaś mogą być wykonane przy uwzględnieniu większego ryzyka, trudności czy nakładów finansowych.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nigdy nie występują warunki absolutnej równości wykonawców, zawsze dotychczasowy wykonawca znajduje się w korzystniejszej sytuacji, niż pozostali uczestnicy postępowania. Właśnie dla zadośćuczynienia wymogom równości wykonawców, w nin. postępowaniu zamawiający przewiduje świadczenie usług przy zastosowaniu różnych technologii: radiowej albo kanalizacją teletechniczną (w tym: światłowodem albo przewodami miedzianymi), nie wykluczając drogi napowietrznej. W tej sytuacji z pewnością nie może być mowy o nierównym traktowaniu wykonawców.

Odnosząc się do przywołanej przez Odwołującego potrzeby wydłużenia terminu uruchomienia usługi z uwzględnieniem czasu na dostawę sprzętu, podkreślam, że Zamawiający nie wymaga, aby sprzęt udostępniony przez Wykonawcę, był nowy, a jedynie - aby spełniał warunki OPZ i, co najważniejsze, by oprogramowanie sprzętu było na bieżąco aktualizowane i posiadało wsparcie producenta, czyli możliwość naprawiania błędów w oprogramowaniu.

W kwestii możliwości dzierżawy infrastruktury od innego operatora, Zamawiający (jako, że nie posiada własnego doświadczenia w tym zakresie) uzyskał od Orange Polska S.A., będącej głównym operatorem kanalizacji teletechnicznej oraz pozostałych usług telekomunikacyjnych stanowisko, zgodnie z którym zawarcie umów oraz podpisanie protokołu zdawczo odbiorczego pomiędzy operatorami faktycznie trwa nie dłużej, niż 60 dni. Nadto, informacją powszechnie dostępną () jest że maksymalny termin w jakim Operator Udostępniający jest zobowiązany zawrzeć z Operatorem Korzystającym Umowę Ramową (tj. umowę dotycząca ramowych warunków zapewnienia Dostępu do Kanalizacji kablowej zawieraną na podstawie Warunków Dostępu) określony jest na 60 dni od dnia doręczenia wniosku o jej zawarcie. Kwestia ta uregulowana jest w rozdziale 2 ust. 2 załącznika nr 1 do decyzji nr HRT.WIT.6082.1.2017.97 Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 11.09.2018 r. w przedmiocie określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej Operatora (Orange Polska S.A.) w zakresie kanalizacji kablowej oraz kanalizacji telekomunikacyjnej budynku (załącznik: Warunki zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej w zakresie kanalizacji kablowej).

Rozważania te stanowią dodatkowe uzasadnienie stanowiska Zamawiającego (co do braku konieczności przedłużenia terminu uruchomienia usługi do 180 dni od zawarcia umowy), w kontekście powołanego powyżej faktu, że zgodnie z SWZ świadczenie usługi z wykorzystaniem kanalizacji teletechnicznej nie jest jedynym, a jednym z możliwych sposobów/technologii wykonania umowy.

Także potrzeba przeprowadzenia wizji lokalnych wskazana przez Odwołującego wśród okoliczności uzasadniających przedłużenie terminu uruchomienia usługi nie wymaga odrębnego 14-dniowego terminu, ponieważ same wizje można przeprowadzić w trakcie trwania postępowania, wnosząc o nie do Zamawiającego w drodze zadawanych w postępowaniu pytań.

Na marginesie należy zauważyć, iż ponoszenie kosztów budowy infrastruktury, która

nie będzie stanowiła własności Zamawiającego (a - co oczywiste - będzie wliczona do kosztów wykonywania usług) nie ma ekonomicznego uzasadnienia i może stanowić o niegospodarności jednostki sektora finansów publicznych. Zamawiający nie może przyznawać pierwszeństwa umożliwieniu przedsiębiorcy wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przed zasadą racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi.

Przy uznaniu argumentów Odwołującego za słuszne, należałoby przyjąć zdaniem Zamawiającego, że Zamawiający powinien był przeprowadzić postępowanie w trybie z wolnej ręki, ze względu na wystąpienie przyczyn o obiektywnym charakterze (możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę). W opinii zamawiającego taka okoliczność nie zachodzi, wobec czego zdecydowano się na procedurę otwartą, konkurencyjną. Zauważyć jednak należy, że opis przedmiotu zamówienia oraz sposób jego realizacji leżą w gestii Zamawiającego, gdyż postanowienia SWZ są uzależnione w głównej mierze od jego uzasadnionych potrzeb. Odwołującemu nie służy roszczenie o takie ukształtowanie treści SWZ, które stworzy mu dogodniejsze warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający, częściowo uwzględniając zgłoszone przez odwołującego zastrzeżenia, zmienił termin uruchomienia usługi na (nie dłuższy niż) 90 dni od dnia podpisania umowy, przy czym termin ten jest terminem rozsądnym, optymalnym, ale jednocześnie nieprzekraczalnym zważywszy na fakt, iż łącza są wykorzystywane do obsługi systemu OST 112, który stanowi podstawową i główną infrastrukturę, na której oparte są usługi teleinformatyczne systemu powiadamiania ratunkowego, a obowiązkiem Zamawiającego jest utrzymanie ciągłości świadczenia tej usługi. Konieczność zapewnienia bezprzerwowego świadczenia usług stanowi uzasadnioną potrzebę Zamawiającego, przerwa w ich realizacji może się wiązać z poważnymi negatywnymi skutkami dla funkcjonowania wszystkich służb ratowniczych. Brak uruchomienia usługi we właściwym terminie może doprowadzić do sytuacji, w której nie będzie możliwe spełnianie obowiązków określonych ustawowo, związanych z bezpieczeństwem obywateli i ochroną porządku publicznego. Z powyższych powodów Zamawiający ma prawo określać w sposób restrykcyjny wymagania w zakresie uruchamianych usług.

Zamawiający nie podziela twierdzenia, że przedłużenie terminu uruchomienia usługi uzasadniają również ryzyka związane z COVID. Powszechnie znaną okolicznością, pomimo formalnego utrzymywania stanu epidemii, jest powrót do niezakłóconego funkcjonowania administracji publicznej i likwidacja niemal wszystkich obostrzeń związanych z epidemią.

Ad 2)

Za chybiony należy uznać również zarzut sporządzenia wzoru umowy w sposób niezgodny z zasadami współżycia społecznego, nieprecyzyjny, naruszający równowagę stron umowy, nieproporcjonalny do wartości i celów przedmiotu zamówienia.

Zamawiający, realizując obowiązek przewidziany w art. 433 pkt 4 ustawy PZP, zastrzegł w § 5 ust. 18 gwarantowaną minimalną wartość umowy - na poziomie 50%. Jednocześnie przewidział obiektywne, w oczywisty sposób możliwe do udowodnienia okoliczności uzasadniające likwidację łączy (§ 11 ust. 1 pkt 1), które, notabene, zdarzają się wyjątkowo rzadko, ale ryzyko ich wystąpienia winno zostać wkalkulowane przez Wykonawcę we wskazaną wartość. Zamawiający nie zalicza do tego zakresu przeniesienia łącza w związku ze zmianą lokalizacji jednostki Policji („jeden za jeden") - w danej relacji w granicach administracyjnych miejscowości. Zamawiający nie może zrezygnować z uprawnienia polegającego na możliwości zmniejszenia ilości poszczególnych relacji - z przyczyn nieprzewidywanych w chwili zawarcia umowy (§ 11 ust. 2), gdyż jest ono niezbędne dla zamawiającego i odzwierciedla jego uzasadnione potrzeby. Ograniczenie ilości relacji, o którym mowa nie przekroczy 10% wartości umowy.

Odwołujący, jednocześnie ze skorzystaniem ze środka zaskarżenia, zgłosił pytania

do treści SWZ.

Zamawiający podniósł, dla uczynienia treści wzoru umowy czytelniejszą i uwzględniając część sugestii Odwołującego, dokonał modyfikacji treści wzoru umowy (po wniesieniu odwołania) w następującym zakresie:

1) § 1 ust. 7 został usunięty, natomiast dodano zapis w § 11 ust. 2 w brzmieniu: „2. Zamawiający zastrzega, iż w trakcie realizacji przedmiotu umowy niektóre łącza, określone w załączniku nr 1 do umowy mogą zostać zlikwidowane w ilości nie przekraczającej 10% wartości umowy. Z tego tytułu Wykonawca nie będzie wnosił żadnych roszczeń. Oświadczenie o likwidacji danego łącza Zamawiający składa Wykonawcy w formie pisemnej, co najmniej na miesiąc przed planowaną likwidacją ze skutkiem na koniec miesiąca."

2) z treści umowy usunięto § 11 ust. 3 w brzmieniu: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany relacji łączy wskazanych w SWZ przy zachowaniu pozostałych warunków umowy, w tym cen za miesięczną dzierżawę łączy wskazanych w Cenniku Ofertowym."

3) dokonano uaktualnienia (dostosowania do rzeczywistej potrzeby i pierwotnego zamiaru)

zapisu § 10 ust. 4 wzoru umowy, poprzez nadanie mu brzmienia: „Zamawiający może rozwiązać niniejszą umowę z zachowaniem 30-dniowego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego w przypadku zawarcia umowy na świadczenie usług dzierżawy łączy cyfrowych dla obszaru całego kraju".

Zapis § 11 ust. 1 pkt 2, zgodnie z wcześniejszym wyjaśnieniem pozostaje bez zmian, tym samym należy rozumieć, iż ewentualne koszty zmiany lokalizacji w ramach miejscowości powinny być wliczone w wartość oferty, z uwzględnieniem wartości zastrzeżonej przez Zamawiającego jako gwarantowanego minimum kwoty umowy, o którym mowa w § 5 ust. 18. Pozwoli to Wykonawcy na właściwe skalkulowanie ryzyka kontraktowego w przedmiotowym postępowaniu.

Na posiedzeniu Odwołujący oświadczył, że cofa zarzut oznaczony 2a w całości oraz 2b w zakresie § 11 ust. 3 wzoru umowy. Podtrzymał w całości zarzut nr 1 (dotyczący terminu składania ofert) oraz zarzut 2b w odniesieniu do § 11 ust.1 pkt 2 wzoru umowy (dotyczący braku określenia minimalnej wartości lub wielkości świadczenia w sytuacji zmiany lokalizacji).

II. Ustaleń okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego, w tym w szczególności specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ) wraz z załącznikami.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

1. Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest usługa dzierżawy łączy cyfrowych dla Komendy Wojewódzkiej Policji w Łodzi i jednostek podległych.

2. Postępowanie prowadzone jest w czterech częściach:

część nr 1: świadczenie usług dzierżawy łączy cyfrowych KMP/KPP (54 lokalizacje),
część nr 2: świadczenie usług dzierżawy łączy cyfrowych dla KWP/KPP (4 lokalizacje),
część nr 3: świadczenie usług dzierżawy łączy cyfrowych dla KWP w Łodzi - Tetra (trzy lokalizacje),

część nr 4: świadczenie usług dzierżawy łączy cyfrowych E1 dla KWP/ KPP (3 lokalizacje).

3. Zgodnie z pkt 6.2 SWZ, Wykonawca może złożyć ofertę na dowolną ilość części. Zamawiający nie ogranicza ilości części, na które wykonawca może złożyć ofertę.

4. Umowa jest zawierana na okres 24 miesięcy. Wynagrodzenie jest płatne miesięcznie, w formie abonamentu.

5. Zgodnie z § 11 ust.1 pkt 2 projektu umowy, Zamawiający przewiduje możliwość dokonywania zmian w treści umowy w stosunku do treści oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy ze względu na zmianę lokalizacji jednostki Policji konieczne jest zakończenie łącza (przeniesienia łącza) w danej relacji w granicach administracyjnych miejscowości. Zmiana relacji łączy wskazanych w SWZ zostanie przeprowadzona przy zachowaniu pozostałych warunków umowy, w tym cen za miesięczną dzierżawę łączy wskazanych w formularzu ofertowym i nie może się wiązać ze zmianą wartości zamówienia dla danej relacji oraz

skutkować naliczeniem dodatkowych opłat. Maksymalny czas realizacji przeniesienia łącza do nowej lokalizacji nie może przekroczyć 5 miesięcy od chwili zgłoszenia.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje.

Odwołania nie można uwzględnić.

Izba w całości podzieliła stanowisko Zamawiającego.

Zarzut zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia Izba uznała za nieuzasadniony. Po pierwsze, rację miał Zamawiający, wskazując, że przedmiotem umowy nie jest budowa łączy (na czym Odwołujący opierał argumentację odwołania), ale dzierżawa. W związku z tym terminy podawane przez Odwołującego w odwołaniu w ocenie składu orzekającego nie korelują z przedmiotem umowy. Odwołujący argumentował, że postulowany przez niego okres 180 dni „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 (nawet do 180 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.” Przy czym Odwołujący twierdził, że sama dostawa urządzeń koniecznych do realizacji zamówienia zajmuje 182 dni.

Zatem Odwołujący postuluje wydłużenie terminu realizacji umowy do 180 dni, a równocześnie wskazuje termin 182-dniowy na dostawę niektórych urządzeń, mających wchodzić jego zdaniem w zakres przedmiotu zamówienia (przy czym nie precyzuje, dla jakich lokalizacji - czy dla wszystkich, czy niektórych i w których częściach postępowania).

Zsumowanie podawanych przez Odwołującego okresów nie daje 180 dni, więc nie wiadomo, dlaczego należałoby zaakceptować akurat postulowany przez niego termin realizacji - chyba że niektóre terminy, na poszczególne czynności, podawane przez Odwołującego można skrócić, ale nie wiadomo, które i o jaki czas.

Ponadto Odwołujący argumentuje, że w postulowanym przez niego terminie nie da się zbudować łączy dla 67 lokalizacji, a tymczasem postępowanie podzielone jest na części i Odwołujący nie musi składać ofert we wszystkich czterech częściach postępowania, skoro sam twierdzi, że nie jest w stanie podołać wykonaniu umowy w określonym przez Zamawiającego terminie dla 67 lokalizacji. W ocenie Odwołującego, termin 30 dni (wydłużony przez Zamawiającego zmianą SWZ do 90 dni) na uruchomienie usługi we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego jest nierealny, zakładając, że Wykonawca zamierza złożyć ofertę na 4 części w Postępowaniu, jest on zobowiązany do zapewnienia łączy w 67 lokalizacjach.

Izba zauważa, że nie można wykluczyć, że dla niektórych lokalizacji nie będzie można wydzierżawić łączy i będzie należało je zbudować, jednak Odwołujący w ogóle nie argumentuje, dla ilu lokalizacji i w których częściach postępowania. Powstaje pytanie, czy przed złożeniem odwołania Odwołujący ustalił, jakie łącza trzeba będzie zbudować, a sama hipotetyczna możliwość budowy łączy nie może determinować terminu realizacji zamówienia, podczas gdy przedmiotem zamówienia jest dzierżawa łączy.

W konsekwencji Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Prawa zamówień publicznych przez poprzez określenie terminu realizacji zamówienia, o którym mowa w pkt 9 SWZ oraz w § 4 ust. 1 wzoru Umowy stanowiącej Załącznik nr 10 do SWZ, w sposób nieuwzględniający 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.

Odnośnie zarzutu naruszenia 2) art. 487 § 2 w zw. z art. 353^1 i art. 5 oraz Kodeksu cywilnego oraz art. 16 Prawa zamówień publicznych poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz

nadmiernie obciążający wykonawcę, naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 i 17 Prawa zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia sposób nieprecyzyjny, nieproporcjonalny, niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów, opisanie cech usług w sposób nieproporcjonalny do wartości i celów przedmiotu zamówienia, a także naruszenie art. 433 pkt 4) Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechania wskazania określenia minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron w przypadku ograniczenia zakresu zamówienia, w zakresie w jakim Zamawiający przewidział w § 11 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, możliwość zmiany relacji łączy wskazanych w SWZ przy zachowaniu pozostałych warunków umowy i bez określenia dodatkowego wynagrodzenia dla Wykonawcy z tego tytułu, co uniemożliwia oszacowanie oferty i ryzyk związanych z realizacją zamówienia, a także może prowadzić do niemożliwości realizacji tej zmiany z przyczyn technicznych, Izba uznała zarzut za niewystarczająco uzasadniony, a związane z nim żądanie - niemożliwe do uwzględnienia.

Zamawiający w § 11 ust.1 pkt 2 projektu umowy, przewidział możliwość dokonywania zmian w treści umowy w stosunku do treści oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy ze względu na zmianę lokalizacji jednostki Policji konieczne jest zakończenie łącza (przeniesienia łącza) w danej relacji w granicach administracyjnych miejscowości. Zmiana relacji łączy wskazanych w SWZ zostanie przeprowadzona przy zachowaniu pozostałych warunków umowy, w tym cen za miesięczną dzierżawę łączy wskazanych w formularzu ofertowym i nie może się wiązać ze zmianą wartości zamówienia dla danej relacji oraz skutkować naliczeniem dodatkowych opłat. Maksymalny czas realizacji przeniesienia łącza do nowej lokalizacji nie może przekroczyć 5 miesięcy od chwili zgłoszenia.

Odwołujący wskazywał, że takie postanowienie jest dla niego niekorzystne, bo w przypadku zmiany lokalizacji jednostki Policji będzie musiał ponieść dodatkowe koszty, nie wiadomo w jakiej wysokości i postulował, aby wskazać we wzorze umowy, że ,,Zamawiający zwróci się do Wykonawcy o potwierdzenie możliwości technicznych zmiany relacji łącza, a w przypadku potwierdzenia takiej możliwości, Zamawiający pokryje koszt zmiany relacji łącza, zgodnie z wyceną Wykonawcy."

Rozpatrując tak postawiony zarzut, trzeba powtórzyć, że Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest dzierżawa łączy. Sam Odwołujący podnosił, że „wynagrodzenie skalkulowane jest w taki sposób, że nie ma opłaty jednorazowej za uruchomienie łączy a jedynie abonament miesięczny". Oznacza to, że nie jest wyceniane uruchomienie każdego łącza osobno, ale wynagrodzenie jest wynagrodzeniem miesięcznym - za dzierżawę.

Odwołujący chce, aby w razie zmiany lokalizacji jednostki Policji dodatkowo - poza umową, w ramach wynagrodzenia dodatkowego, opartego jedynie na wycenie wykonawcy - otrzymał on ekwiwalent zorganizowania nowego łącza.

Po pierwsze, wynagrodzenie z tytułu realizacji umowy przewidziano jako miesięczne, i nie przewidziano żadnych podstaw do dokonania dodatkowej wyceny. Już sama ta okoliczność czyni żądanie Odwołującego niemożliwym do wykonania. Odwołujący sam nie określa takich podstaw, z czego wynika, że takie wynagrodzenie obliczałby arbitralnie. Po drugie, umowa zawierana jest na 24 miesiące, a zmiana lokalizacji jednostki Policji nie odbywa się z dnia na dzień, zmiana lokalizacji musi być znana z dużym wyprzedzeniem czasowym, i nie można się spodziewać, że będzie to dotyczyło wielu lokalizacji. W tym kontekście oświadczenie Zamawiającego, że odbywa się to „rzadko" jest zrozumiałe. Ponieważ brak podstaw wyceny organizacji łącza w nowej, zmienionej lokalizacji (Odwołujący takich podstaw nie określa) nie można nakazać Zamawiającemu zmiany wzoru umowy w taki sposób, jak wnosi Odwołujący w żądaniu.

Wobec powyższych okoliczności Izba oddaliła tenże zarzut.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, oddalając odwołanie. W rezultacie odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 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: .....