Sygn. akt: KIO 842/23

Wyrok

z dnia 11 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2023 roku przez wykonawcę: T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: AMW Towarzystwo Budownictwa Społecznego „KWATERA" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Warszawie ul. Starościńska 1, 02-516 Warszawa

przy udziale wykonawcy: Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 842/23 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie częściowo zarzutu podniesionego w punkcie III. 1 petitum odwołania odnoszącego się do:

   1.1. zmiany sposobu liczenia terminu rozpoczęcia świadczenia usług na ilość miesięcy od dnia podpisania umowy,

   1.3. zmiany czasu realizacji nowego przyłączenia w przypadku budowy nowych łącz, określonego w Rozdziale 3, pkt 3 b) OPZ do 5 miesięcy, oraz

w zakresie zarzutu podniesionego w petitum odwołania w pkt III. 2 w całości;

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie ul. Marynarska 12 02-674 Warszawa i:

   3.1. 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,

   3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zmawiającego kwotę 3 634 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset trzydzieści cztery złote zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów opłaty skarbowej od dwóch pełnomocnictw.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późń. 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 842/23

Uzasadnienie

Zamawiający - AMW Towarzystwo Budownictwa Społecznego „KWATERA" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usługi w zakresie transmisji danych MPLS (IPVPN) wraz z telefonią IP dla AMW Towarzystwa Budownictwa Społecznego KWATERA" Sp. z o. o.", dalej jako „Postępowaniem". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 marca 2023 r., o numerze 2023/S 053-156182. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego

na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp" lub „Pzp".

W dniu 27 marca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Odwołującym" wobec czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz Wzoru Umowy.

Odwołujący 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 Wzoru Umowy Załącznik

nr 5 do SWZ, 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, a także w sposób preferujący wykonawcę aktualnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego, w zakresie w jakim Zamawiający wskazał zbyt krótki, nierealny termin rozpoczęcia realizacji usług (w tym również uruchomienia usługi IP) określając go w części dokumentów również w sposób rozbieżny w różnych dokumentach w tym jako datę sztywną;

2) 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 3 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:

a. braku określenia zakresu zmian konfiguracyjnych,

b. żądania bezkosztowej zmiany lokalizacji, bez względu na możliwości i warunki techniczne ewentualnej zmiany,

c. zbyt krótkiego terminu powiadomienia wykonawcy o zmianie siedziby,

d. żądania bezkosztowej zmiany lokalizacji przed uruchomieniem usługi.

W oparciu o przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł uwzględnienie odwołania i dokonania Zamawiającemu zmiany postanowień SWZ i Załączników, w sposób uwzględniający argumentację zawartą w uzasadnieniu odwołania, tj.:

1. Termin rozpoczęcia realizacji zamówienia i termin uruchomienia usług.

   1.1. Zmianę sposobu liczenia terminu rozpoczęcia świadczenia usług na ilość miesięcy od dnia podpisania umowy;

   1.2. Zmianę terminu rozpoczęcia świadczenia usług na min. 5 miesięcy od dnia podpisania umowy;

   1.3. Zmianę czasu realizacji nowego przyłączenia w przypadku budowy nowych łącz, określonego w Rozdziale 3, pkt 3 b) OPZ do 5 miesięcy.

2. Termin uruchomienia usługi telefonii IP.

Doprecyzowanie, że Wykonawca zobowiązuje się do uruchomienia usługi telefonii IP w poszczególnych lokalizacjach w terminie do 60 dni kalendarzowych od daty poinformowania Wykonawcę przez Zamawiającego o możliwości wykonania instalacji i od daty uruchomienia łącza MPLS w danej lokalizacji, przy czym termin realizacji będzie liczony od daty zaistnienia ostatniego z tych zdarzeń.

3. Zakres zmian konfiguracyjnych.

Zdefiniowanie przez Zamawiającego zamkniętego katalogu zmian konfiguracyjnych i określenie ich maksymalnej ilości w trakcie trwania umowy lub miesięcznie, w odniesieniu do wszystkich lokalizacji Zamawiającego oraz określenie, że zmiany wykraczające poza ten katalog i ilość będą realizowane w drodze zamówienia uzupełniającego / dodatkowego.

4. Zmiana Lokalizacji.

   4.1. Doprecyzowanie wymagania, że w przypadku jeśli po stronie Wykonawcy istnieją techniczne możliwości przeniesienia danej jednostki Zamawiającego do nowej lokalizacji to Wykonawca zrealizuje takie zlecenie bez dodatkowych opłat dla Zamawiającego w terminie 3 miesięcy od dnia uzyskania od Zamawiającego

pełnej informacji o nowej lokalizacji (z podaniem osoby kontaktowej, dokładnego adresu, budynku i pomieszczenia lub koordynatów), przy czym Zamawiający będzie ponosił miesięczne opłaty abonamentowe adekwatne dla danej przepustowości, wynikające z oferty Wykonawcy.

4.2. Doprecyzowanie wymagania, że w przypadku jeśli po stronie Wykonawcy brak jest technicznych możliwości przeniesienia danej jednostki Zamawiającego do nowej lokalizacji, to taka zmiana może być realizowana na drodze odrębnych ustaleń pomiędzy Stronami dotyczących kosztów zmiany i terminu jej realizacji, w drodze zamówienia dodatkowego.

5. Przeniesienie Siedziby.

Określenie, że o dacie przeniesienia siedziby Zamawiającego z ul. Starościńskiej 1 na ul. Gilarską 90 w Warszawie Wykonawca zostanie poinformowany z 5-miesięcznym wyprzedzeniem.

6. Zmiana Lokalizacji przed uruchomieniem usługi.

6.1. Wykreślenie drugiego zdania w pkt 3.7 lit. b) OPZ oraz ar. 9 ust. 1 pkt c)

6.2. Określenie, że w przypadku jeśli po stronie Zamawiającego na etapie realizacji umowy istnieje konieczność zmiany lokalizacji świadczenia usług, to:

a) w przypadku jeśli po stronie Wykonawcy istnieją techniczne możliwości zmiany danej lokalizacji Zamawiającego na nową, wskazaną przez Zamawiającego - Wykonawca zrealizuje takie zlecenie bez dodatkowych opłat dla Zamawiającego,

b) w przypadku gdy zmiana lokalizacji będzie skutkować dodatkowymi kosztami dla Wykonawcy lub koszty dla lokalizacji określnej w SWZ zostały już przez Wykonawcę poniesione - taka zmiana może być realizowana na drodze odrębnych ustaleń pomiędzy Stronami dotyczących kosztów zmiany i terminu jej realizacji, w drodze zamówienia dodatkowego.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego (ukształtowane w Postępowaniu warunki zamówienia) uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia i przygotowanie oraz wycenę prawidłowej oferty, a tym samym, wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia może okazać się niemożliwe. Czynność Zamawiającego objęta odwołaniem prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty i ubiegania się o udzielenie zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna

z ustawą ww. czynność Zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwość uzyskania przed Odwołującego przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący przedstawił następującą argumentację: Termin rozpoczęcia realizacji zamówienia i termin uruchomienia usług.

Zamawiający określił następujące terminy dotyczące realizacji zamówienia:

a. Rozdział VII SWZ

Przedmiotowe zamówienie będzie realizowane w terminie od dnia 01.06.2023 r. przez okres 40 miesięcy lub do wyczerpania maksymalnego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w 5 5 ust. 1 lit. a) Umowy, w zależności od tego, które za zdarzeń nastąpi wcześniej.

W przypadku rozstrzygnięcia postępowania w terminie uniemożliwiającym rozpoczęcie wykonania umowy w terminie, o którym mowa powyżej zamówienie realizowane będzie od dnia następującego po dniu zawarcia umowy przez okres 40 miesięcy tub do wyczerpania maksymalnego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1 lit. a) Umowy, w zależności od tego, które za zdarzeń nastąpi wcześniej.

b. § 2 ust. 1 Umowy

Umowa zostaje zawarta na czas określony, tj. od dnia 1.06,2023 r. na okres 40 miesięcy lub do wyczerpania maksymalnego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w w § 5 ust. 1 lit. a) Umowy, w zależności od tego które ze zdarzeń nastąpi wcześniej.

c. § 2 ust. 6 Umowy

Wykonawca zobowiązuje się do uruchomienia usługi do 60 dni kalendarzowych od daty poinformowania Wykonawcy przez Zamawiającego o możliwości wykonania instalacji.

d. Rozdział 3, pkt 3 b) OPZ

Zamawiający zastrzega sobie, aby realizacja przyłączenia do sieci nowej Lokalizacji w ramach prawa opcji, wykonywana była z zachowaniem następujących warunków: (…)

b. czas realizacji nowego przyłączenia maksymalnie 45 dni kalendarzowych od daty otrzymania od Zamawiającego zlecenia przyłączenia nowej Lokalizacji, pod warunkiem istnienia możliwości technicznych po stronie Wykonawcy. W przypadku budowy nowych łącz Zamawiający dopuszcza termin do 4 miesięcy kalendarzowych.

Odwołujący podnosi, że wymagania SWZ są niejednoznaczne. Wykonawcy nie wiedzą czy usługi będą „realizowane w terminie od dnia 01.06.2023", czy „od dnia następującego

po dniu zawarcia umowy" (Rozdział VII SWZ i § 2 ust. 1 Umowy), czy też w terminie „do 60 dni kalendarzowych od daty poinformowania Wykonawcy przez Zamawiającego o możliwości wykonania instalacji" (§ 2 ust. 6 Umowy).

Zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp 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. 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 (tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2017, sygn. akt: KIO 1488/17).

Z postanowień SWZ nie wynika jednoznacznie jaki czas na realizację będą mieli Wykonawcy, równie dobrze może się okazać, że będzie to kilka dni (bo nie wiemy kiedy zakończy się postępowanie i podpiszemy umowę są to okoliczności leżące głównie po stronie Zamawiającego).

Zakładając nawet bardzo optymistycznie niezwłoczne, 2-3 dniowe, działania Zamawiającego w każdym z etapów oceny i weryfikacji ofert oraz biorąc pod uwagę terminy ustawowe, to podpisanie umowy może mieć miejsce najwcześniej w połowie maja. Oznacza to, że w Rozdziale VII SWZ Zamawiający daje Wykonawcom w optymistycznym wariancie maksymalnie 2-3 tygodnie na budowę infrastruktury sieciowej, zestawienie łączy, zamówienie i pozyskanie sprzętu od dostawców, dostarczenie Systemu Nadzorowania Sieci, przygotowanie pomieszczenia do kolokacji w swoim Data Center oraz rozpoczęcie świadczenia usług. Zgodnie z § 2 ust. 6 Umowy ten termin jest nieznacznie dłuższy, ale i tak niewystarczający

na przygotowanie się Wykonawców do świadczenia usług w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Co istotne, same uzgodnienia projektu technicznego będącego podstawą do rozpoczęcia jakichkolwiek prac, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w § 3 ust. 10-13 zajmą 10-12 dni roboczych.

Biorąc po uwagę wymagania Zamawiającego, uwarunkowania formalno-prawne przy budowie infrastruktury oraz terminy dostaw sprzętu definiowane przez producentów, termin narzucony przez Zamawiającego jest nierealny, całkowicie oderwany od realiów rynkowych i obecnej sytuacji międzynarodowej oraz zdecydowanie preferuje wykonawcę obecnie świadczącego te usługi dla Zamawiającego. Z dużą dozą prawdopodobieństwa można stwierdzić, że przy takich warunkach ofertę będzie w stanie złożyć tylko Wykonawca obecnie je świadczący.

W tak krótkim czasie, w skrajnym przypadku „od dnia następującego po dniu zawarcia umowy" tylko Wykonawca obecnie świadczący Zamawiającemu te usługi będzie w stanie

„przygotować" infrastrukturę dla nowej umowy - bo w praktyce ma ją w pełni lub w znaczącej większości już przygotowaną. Pozostali Wykonawcy będą musieli taką infrastrukturę przygotować / wybudować, co biorąc pod uwagę obowiązujące w naszym kraju przepisy nie jest możliwe w tych terminach - budowa infrastruktury nie jest możliwa w ciągu 60 dni, a tym bardziej w ciągu kilku dni lub następnego dnia po podpisaniu umowy.

Główne wymagania które wpływają na okoliczność, że termin jest rażąco krótki, to:

- Konieczność zapewnienia pełnej rozdzielności dróg sieciowych dla łączy podstawowych i backupowych w siedzibie Zamawiającego (pkt 4.2. 6) OPZ) - sieć podstawową

i zapasową trzeba wybudować 'lub/i pozyskać, co choćby ze względu na uwarunkowania prawne nie jest możliwe w tak krótkim terminie;

- Konieczność uzgodnień zakresu prac pomiędzy Stronami i właścicielami obiektów (Zamawiający deklaruje jedynie pozyskanie zgód), uzgodnień dokumentacji projektowej z Zamawiającym, właścicielem obiektu, Urzędami, uzgodnień wykorzystania dostępności infrastruktury na terenie lokalizacji Zamawiającego, przebiegów trasowych itd. Tym bardziej, że jak wskazuje sam Zamawiający w Załączniku nr 1 do OPZ (pod tabelkami) ok. 80% lokalizacji objętych przedmiotem zamówienia nie stanowi własności Zamawiającego, a wg wiedzy Wykonawcy w zdecydowanej większości są to duże obiekty będące własnością lub w zarządzaniu wojskowym, co dodatkowo utrudnia i generuje ogromne ryzyko wydłużenia terminów realizacji;

- Konieczność zapewnienia sprzętu sieciowego oraz sprzętu do telefonii IP niezbędnego do świadczenia usług (routery, bramki IP, telefony), zgodnie z OPZ - nawet w „normalnych" okolicznościach dostawy tego rodzaju sprzętu to okres co najmniej 3-4 miesięcy, a obecnie z powodu sytuacji międzynarodowej terminy dostaw są mocno wydłużone;

- Konieczność dostarczenia i skonfigurowania Systemu Nadzorowania Sieci

- Konieczność przygotowania pomieszczeń kolokacyjnych dla Zamawiającego w obiekcie Data Center Wykonawcy;

- Konieczność uruchomienia łączy MPLS przed rozpoczęciem uruchamiania systemu telefonii IP (opartego na łączach MPLS), a dopiero następnie samego systemu telefonii IP;

- Konieczność przygotowania przed obiorem usług dokumentacji powykonawczej i realizacji szkolenia z Systemu Nadzorowania sieci, zgodnie z S 6 ust. 2 Umowy -w praktyce oznacza to, że wszystkie usługi muszą być przygotowane sporo wcześniej niż terminy wskazane przez Zamawiającego, bo szkolenia, jak i przygotowanie

dokumentacji powykonawczej mogą mieć miejsce dopiero po wdrożeniu sieci WAN i samego Systemu Nadzorowania Sieci. Tak zdefiniowane przez Zamawiającego wymagania skracają zatem (i tak już bardzo krótki) okres jak Zamawiający

ma na realizację / wdrożenie sieci WAN. Zamawiający będzie musiał najpierw uruchomić rozwiązanie, a następnie przed wymaganym przez Zamawiającego terminem odbioru usług 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 przeprowadzić to szkolenie (Wykonawca tutaj również nie ma żadnej gwarancji, że Zamawiający zaakceptuje proponowane terminy i będą to terminy które umożliwią terminowe podpisanie protokołu odbioru).

Inne postanowienia SWZ sugerują, że Zamawiający zdaje sobie sprawę z uwarunkowań formalno-prawnych i utrudnień związanych z uruchamianiem nowych lokalizacji w ramach sieci WAN Zamawiającego, gdyż np. w Rozdziale 3, pkt 3 b) OPZ wskazuje dla nowego łącza realizowanego w ramach prawa opcji w przypadku braku możliwości technicznych po stronie Wykonawcy termin 4 miesięcy na realizację łącza (co i tak jest terminem zbyt krótkim, z przyczyn opisanych powyżej i nie mają tutaj znaczenia postanowienie pkt 4 tego Rozdziału, bo ewentualne wydłużenie terminu będzie należeć do arbitralnej decyzji Zamawiającego).

Tym bardziej niezrozumiałe jest wymaganie zestawienia ponad 100 nowych łączy (a dla wszystkich Wykonawców poza świadczącym obecnie usługi dla Zamawiającego będą to nowe usługi) w tak drastycznie krótkim terminie jak zdefiniowany w § 2 ust. 6 Umowy, a tym bardziej w Rozdziale VII SWZ.

Tak krótkie terminy realizacji sieci WAN w technologii MPLS o podobnych wymaganiach - choć warto podkreślić, że Zamawiający wymaga uruchomienia nie tylko usług w technologii MPLS, ale również uruchomienia systemu telefonii IP oraz usługi kolokacji) - są niespotykane na rynku i standardem są tutaj raczej terminy realizacji sieci liczone w 5-6 miesiącach. A zdarza się nawet, że są to terminy dłuższe i to niezależnie od ilości lokalizacji (budowa zgodnie z przepisami jednej lokalizacji zajmuje w praktyce tyle samo czasu co całej sieci, bo te prace dla każdej z lokalizacji odbywają się równolegle). Jako przykłady mogą posłużyć tutaj postępowania dotyczące budowy sieci WAN dla Naczelnego Sądu Apelacyjnego, Prokuratury Krajowej, Komendy Głównej Straży Granicznej, Ministerstwa Sprawiedliwości, Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

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

Bez względu na to, czy wykonawcy zdecydują się na wybudowanie własnej infrastruktury, czy też skorzystają z ofert dzierżawy infrastruktury od innego operatora 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.

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).

Podkreślenia wymaga, iż 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.

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 Za-

mawiający 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.

Należy również zauważyć, że w poprzednim postępowaniu zgodnie z par. 2 ust. 2 Umowy, będącej częścią tamtego postępowania, Zamawiający zagwarantował Wykonawcom 90-dniowy termin na realizację zamówienia licząc od dnia podpisania umowy, dając jednocześnie możliwość realizacji usług z wykorzystaniem rozwiązań zastępczych na okres 180 dni

od dnia podpisania umowy, pomimo tego, że wymagania co do sposobu realizacji i technologii byty niższe - zgodnie z tym co pisze sam Zamawiający w Rozdziale 9.2 pkt 4 „obecna infrastruktura wykorzystuje VPN oparty na technologii DSL oraz łącze do sieci Internet, jednakże jej parametry wydajnościowe nie są wystarczające do poprawnej pracy wykorzystywanych przez Zamawiającego rozwiązań aplikacyjnych ” .

Zatem, z uwagi na powyższe okoliczności, w ocenie Odwołującego 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.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji dokumentów zamówienia poprzez:

- Zmianę sposobu liczenia terminu rozpoczęcia świadczenia usług na ilość miesięcy od dnia podpisania umowy;
- Zmianę terminu rozpoczęcia świadczenia usług na min. 5 miesięcy od dnia podpisania umowy;
- Zmianę czasu realizacji nowego przyłączenia w przypadku budowy nowych łącz, określonego w Rozdziale 3, pkt 3 b) OPZ do 5 miesięcy.

Termin uruchomienia usługi telefonii IP.

W Rozdziale 7.1 pkt 26) OPZ Zamawiający wskazał:

Uruchomienie usług dla poszczególnych Lokalizacji nastąpi po uprzednim poinformowaniu Wykonawcy przez Zamawiającego o możliwości wykonania instalacji.

W przypadku Lokalizacji, wskazanych w załączniku nr 1 do OPZ, w których Zamawiającego obowiązują umowy (z dotychczasowym wykonawcą usługi dostępu do Internetu) na czas nieokreślony oraz w przypadku Lokalizacji, w których okres obowiązywania dotychczasowych umów upłynie przed zawarciem niniejszej Umowy Zamawiający poinformuje Wyko-

nawcę

o możliwości wykonania instalacji w terminie nie dłuższym niż 120 dni kalendarzowych od daty podpisania Umowy.

W przypadku pozostałych Lokalizacji, wskazanych w załączniku nr 1 do OPZ Zamawiający poinformuje Wykonawcę o możliwości wykonania instalacji w terminie umożliwiającym zachowanie ciągłości usługi przy jednoczesnym zachowaniu terminów obowiązywania umów z dotychczasowymi wykonawcami usługi. Przy zastrzeżeniu, że Zamawiający dopuszcza wcześniejszą instalację w przypadku gdy obecnie używane łącze działa w sposób nieakceptowalny.

Wykonawca zobowiązuje się do uruchomienia usługi do 60 dni kalendarzowych od daty poinformowania Wykonawcy przez Zamawiającego o możliwości wykonania instalacji.

W zakresie tego zarzutu aktualność zachowuje argumentacja wskazana powyżej. Biorąc pod uwagę ww. argumentację oraz fakt, że zgodnie pkt 27) w Rozdziale 7.1 OPZ jest mowa o tym, że „do świadczenia usługi [telefonii IP - dopisek własny], jako łącze dostępowe wykorzystany zostanie MPLS, będący przedmiotem niniejszej Umowy” kluczowe jest uzależnienie terminu uruchomienia usługi telefonii IP od terminu uruchomienia usługi MPLS.

W postanowieniach SWZ jest tylko mowa w jakim maksymalnie terminie Zamawiający poinformuje Wykonawcę o możliwości instalacji usługi telefonii IP w poszczególnych Lokalizacjach, ale nie ma określonego terminu minimalnego, co dla Wykonawcy generuje ryzyko, że zostanie wezwany do uruchomienia systemu telefonii IP w danej lokalizacji w momencie gdy nie będzie jeszcze zestawione łącza MPLS w tej lokalizacji.

Wykonawca nie będzie mógł rozpocząć realizacji usługi telefonii IP w danej lokalizacji w wymaganym terminie dopóki nie zostaną spełnione łącznie dwa wymagania Zamawiający będzie gotowy do takiej instalacji i przekaże Wykonawcy stosowną informację oraz będzie uruchomione łącze MPSL w tej lokalizacji.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji dokumentów zamówienia poprzez:

Doprecyzowanie, że Wykonawca zobowiązuje się do uruchomienia usługi telefonii IP w poszczególnych lokalizacjach w terminie do 60 dni kalendarzowych od daty poinformowania Wykonawcę przez Zamawiającego o możliwości wykonania instalacji i od daty uruchomienia łącza MPLS w danej lokalizacji, przy czym termin realizacji będzie liczony od daty zaistnienia ostatniego z tych zdarzeń.

Zakres zmian konfiguracyjnych

W Rozdziale 7.1 pkt 30) OPZ Zamawiający postawił następujące wymagania:

Zamawiający wymaga, aby 100% zarządzania centralą IP oraz telefonia VoIP (telefony, bramki) było wykonywane przez Wykonawcę. Wszystkie zmiany konfiguracyjne muszą zostać realizowane bezkosztowo w ramach zawartej umowy.

Zamawiający wymaga, aby wszystkie zmiany zostały zrealizowane w ciągu 48h od wystania zlecania Zamawiającego.

Niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający oczekuje, aby wszystkie zmiany byty realizowane bezkosztowo, ale nie określa ani zamkniętego katalogu tych zmian ani maksymalnej ich ilości w trakcie trwania umowy lub miesięcznie. Uniemożliwia to Wykonawcom określenie kosztów świadczenia usług, a tym samym przygotowanie oferty. Daje również Zamawiającemu możliwość dowolnego kształtowania wymagań w zakresie „zmian konfiguracyjnych", gdyż pojęcie to jest bardzo szerokie i może być dowolnie interpretowane.

Powyższe powoduje również, że złożone oferty będą nieporównywalne, bowiem wykonawcy w różny sposób 'wliczą ewentualne ryzyko takich zmian.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji dokumentów zamówienia poprzez:

Zdefiniowanie przez Zamawiającego zamkniętego katalogu zmian konfiguracyjnych i określenie ich maksymalnej ilości w trakcie trwania umowy lub miesięcznie, w odniesieniu do wszystkich lokalizacji Zamawiającego oraz określenie, że zmiany wykraczające poza ten katalog i ilość będą realizowane w drodze zamówienia uzupełniającego / dodatkowego.

Zmiana Lokalizacji.

Zgodnie z Rozdziałem 3, pkt 5 OPZ, Zamawiający nałożył na Wykonawcę następujący obowiązek:

Wykonawca zapewni w cenie oferty (bez dodatkowych kosztów) jednokrotne przeniesienie w czasie trwania Umowy świadczonych usług dla danego miasta w przypadku zmiany

Lokalizacji na inny adres na terenie danego miasta, w jakim świadczona jest usługa. Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z takiej zmiany nie więcej niż 10 razy w ciągu całego okresu trwania Umowy. Zamawiający o tym fakcie powiadomi Wykonawcę 3 miesiące wcześniej.

Koszty świadczenia usług transmisji danych, czyli elementu kluczowego do rzetelnej wyceny świadczenia takich usług, są uzależnione od dwóch podstawowych elementów:

- lokalizacji świadczenia usługi (koszty budowy infrastruktury kablowej) oraz

- wymaganej przepustowości łącza (koszty routera, będącego zakończeniem łącza). Koszty takie mogą być diametralnie różne dla różnych lokalizacji i różnych przepustowości. Nie ma tutaj też znaczenia informacja wskazana w SWZ przez Zamawiającego, że nowa lokalizacja będzie na terenie tego samego miasta, bo w różnych lokalizacjach, nawet w obrębie tej samej ulicy w danej miejscowości, mogą być różne uwarunkowania techniczne (np. brak sieci kablowej do danej lokalizacji), które skutkować mogą diametralnie różnymi kosztami.

Takich kosztów nie można „oszacować", gdyż dla różnych lokalizacji różnice mogą być nawet kilku lub kilkunastokrotne, co dla Wykonawców generowałoby niemożliwe do określenia ryzyko. Z kolei oszacowanie kosztów z bardzo dużym buforem bezpieczeństwa stawiałoby pod znakiem zapytania sens postępowania publicznego, w którym każdy z Wykonawców musiałby wyceniać niezdefiniowane przez Zamawiającego wymagania i od tego jak wielkie ryzyko

podejmie będzie zależało czy uzyska zamówienie. Oznaczałoby to również, że złożone w takim postępowaniu oferty byłyby nieporównywalne, gdyż każdy z Wykonawców wyceniałby inny zakres, domniemywany przez siebie, a nie zdefiniowany przez Zamawiającego. Zatem nie jest możliwe uwzględnienie w cenie oferty przeniesienia usługi do innej, bliżej nieokreślonej, lokalizacji.

Oczywiście Wykonawca jako podmiot świadczący wiele tego rodzaju usług zdaje sobie sprawę, że każda sieć WAN jest organizmem ciągle ewoluującym i zmieniającym się. Ale Zamawiający nie może przenosić ryzyka tych zmian, które w całości wynikają z okoliczności leżących po stronie Zamawiającego, na Wykonawcę.

W powszechnej praktyce rynkowej przy tego typu postępowaniach stosuje się rozwiązanie, w ramach którego Wykonawca wykonuje przeniesienie danej jednostki Zamawiającego do nowej lokalizacji w przypadku jeśli po stronie Wykonawcy istnieją techniczne możliwości takiego przeniesienia. Wykonawca jest wtedy w stanie na etapie przygotowywania oferty wycenić jednostkowy koszt takiej czynności. W przypadku gdy Wykonawca nie ma możliwości technicznych świadczenia usług w nowej lokalizacji, a zatem wiąże się to z koniecznością poniesienia przez niego dodatkowych kosztów na rozbudowę infrastruktury i zakup sprzętu do tej lokalizacji, to zmiany takie są regulowane na drodze odrębnych ustaleń i w drodze zamówienia dodatkowego.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji dokumentów zamówienia poprzez:

- Doprecyzowanie wymagania, że w przypadku jeśli po stronie Wykonawcy istnieją techniczne możliwości przeniesienia danej jednostki Zamawiającego do nowej lokalizacji to Wykonawca zrealizuje takie zlecenie bez dodatkowych opłat dla Zamawiającego

w terminie 3 miesięcy od dnia uzyskania od Zamawiającego pełnej informacji o nowej lokalizacji (z podaniem osoby kontaktowej, dokładnego adresu, budynku i pomieszczenia lub koordynatów), przy czym Zamawiający będzie ponosił miesięczne opłaty abonamentowe adekwatne dla danej przepustowości, wynikające z oferty Wykonawcy.

- Doprecyzowanie wymagania, że w przypadku jeśli po stronie Wykonawcy brak jest technicznych możliwości

przeniesienia danej jednostki Zamawiającego do nowej lokalizacji, to taka zmiana może być realizowana na drodze odrębnych ustaleń pomiędzy Stronami dotyczących kosztów zmiany i terminu jej realizacji, w drodze zamówienia dodatkowego.

Przeniesienie Siedziby.

Zgodnie z Rozdziałem 3, pkt 6 OPZ Zamawiający określa, że Wykonawca zostanie poinformowany o dacie i adresie przeniesienia do nowej siedziby przy ulicy Gilarskiej 90 w Warszawie z 90 dniowym wyprzedzeniem.

Termin wskazany przez Zamawiającego jest zdecydowanie niewystarczający. Jak wskazuje sam Zamawiający „obecnie trwają prace inwestycyjne związane z budową nowej siedziby". Oznacza to że Wykonawca nawet znając adres tej lokalizacji nie będzie w stanie podjąć żadnych działań uzgodnieniowych i inwestycyjnych po podpisaniu umowy z Zamawiającym, a dopiero po zakończeniu prac inwestycyjnych po stronie Zamawiającego na terenie tego obiektu. Z kolei z przyczyn opisanych w zarzucie 1 budowa infrastruktury do nowego budynku wymaga odpowiedniej ilości czasu.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji dokumentów zamówienia poprzez:

Określenie, że o dacie przeniesienia siedziby Zamawiającego z ul. Starościńskiej 1 na ul. Gilarską 90 w Warszawie Wykonawca zostanie poinformowany z 5-miesięcznym wyprzedzeniem.

Zmiana Lokalizacji przed uruchomieniem.

Zgodnie z Pkt 3.7 lit. b) OPZ Zamawiający przenosi na Wykonawcę koszty niesprecyzowanych zmian, uzależnionych od okoliczności po stronie Zamawiającego. Wykonawcy aby uruchomić łącze w danej lokalizacji muszą wykonać szereg czynności

mających na celu budowę lub przygotowanie infrastruktury sieciowej i sprzętowej. Sama instalacja jest ostatnim, końcowym i najkrótszym etapem uruchomienia lokalizacji. Zdecydowaną większość kosztów Wykonawca poniesie już na etapie przygotowywania instalacji (np. na przygotowanie dokumentacji, uzgodnienia inwestycji, budowę przyłącza).

Jest to ogromne ryzyko dla Wykonawcy, bo oznacza, że Zamawiający w każdej chwili, aż do czasu instalacji może zmienić lokalizację świadczenia usługi, a Wykonawca oprócz utraty poniesionych już kosztów projektowania i budowy infrastruktury do określonej w SWZ lokalizacji będzie musiał ponieść dodatkowe, nieplanowane w ofercie koszty przygotowania infrastruktury do nowej, niesprecyzowanej obecnie lokalizacji, a zatem i w wysokości której nie można określić na etapie wyceny oferty.

W skrajnym przypadku może się okazać, że Wykonawca zaplanuje koszty budowy sieci w podanych w OPZ 100 lokalizacjach, a w rzeczywistości może być zmuszony do rozbudowy sieci do 200 (a może i więcej, bo w postanowieniach SWZ nie ma ograniczenia ilości tych zmian) lokalizacji, co może skutkować nierentownością kontraktu. To postanowienie stawia pod znakiem zapytania w ogóle zasadność składania oferty Zamawiającemu, skoro Wykonawcy w dniu składania oferty nie są pewni finalnego zakresu postępowania.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji dokumentów zamówienia poprzez:

- Wykreślenie drugiego zdania w pkt 3.7 lit. b) OPZ oraz ar 9 ust. 1 pkt c)

- Określenie, że w przypadku jeśli po stronie Zamawiającego na etapie realizacji umowy istnieje konieczność zmiany lokalizacji świadczenia usług, to:

c) w przypadku jeśli po stronie Wykonawcy istnieją techniczne możliwości zmiany danej lokalizacji Zamawiającego na nową, wskazaną przez Zamawiającego -Wykonawca zrealizuje takie zlecenie bez dodatkowych opłat dla Zamawiającego,

d) w przypadku gdy zmiana lokalizacji będzie skutkować dodatkowymi kosztami dla Wykonawcy lub koszty dla lokalizacji określnej w SWZ zostały już przez Wykonawcę poniesione - taka zmiana może być realizowana na drodze odrębnych ustaleń pomiędzy Stronami dotyczących kosztów zmiany i terminu jej realizacji, w drodze zamówienia dodatkowego.

W związku z powyższą argumentacją, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

W dniu 29 marca 2023 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Odwołującego wykonawca Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wnosząc o uwzględnienie odwołania.

W dniu 5 kwietnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że po zapoznaniu

się z treścią odwołania, uwzględnia zarzuty w nim podniesione i zobowiązuje się dokonać modyfikacji treści SWZ w sposób przedstawiony poniżej:

I. W odniesieniu do zarzutu nr 1 [Termin rozpoczęcia realizacji zamówienia, termin

uruchomienia usług oraz termin uruchomienia usługi telefonii IP]– Zamawiający uznaje zarzut Odwołującego i

zobowiązuje się dokonać modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia,

na podstawie art. 137 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) zwana dalej „ustawą Pzp", w sposób wskazany poniżej:

a) Zmiana sposobu liczenia terminu rozpoczęcia świadczenia usług na ilość miesięcy od dnia podpisania umowy;

nowe brzmienie § 2 ust. 1 wzoru umowy:

„1. Umowa zostaje zawarta na okres 40 miesięcy od dnia podpisania Umowy lub do wyczerpania maksymalnego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1 lit. a) Umowy, w zależności od tego, które ze zdarzeń nastąpi wcześniej."

b) Zmiana sposobu świadczenia usług na minimum 5 miesięcy od dnia podpisania umowy:

nowe brzmienie § 2 ust. 6 wzoru umowy:

„6. Wykonawca zobowiązuje się do uruchomienia usługi do 90 dni kalendarzowych od dnia podpisania Umowy. Zamawiający dopuszcza możliwość zastosowania w każdej z lokalizacji, za wyjątkiem Siedziby Spółki, Lokalizacji o łączach powyżej 20/20 mbps, opisanych w Załączniku nr 3 do Umowy oraz Kolokacji, rozwiązań zastępczych na okres do 5 miesięcy od dnia podpisania Umowy. Przez rozwiązanie zastępcze należy rozumieć technologie opisane w 4.1 ppkt 8 OPZ."

W wyniku złożonego odwołania, Zamawiający dokonał analizy pierwotnych założeń i postanowił dokonać zmiany koncepcji na uruchomienie usługi i wprowadzić obok innego sposobu liczenia terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia również inny termin na rozpoczęcie świadczenia usług, poprzez możliwość zastosowania przez Wykonawcę rozwiązania zastępczego na okres do 5 miesięcy od daty podpisania umowy. Powyższa zmiana jest zgodna ze wskazaniem Odwołującego, który przywołał (str. 10 odwołania) takie

rozwiązanie, akcentując to jako gwarantowanie Wykonawcy realizacji zamówienia w określonym terminie, dając możliwość realizacji usług z wykorzystaniem rozwiązań zastępczych jak i również jest zgodna z tym o co wnosili inni Wykonawcy, w ramach składanych do postępowania pytań. W treści bowiem składanych do przedmiotowego postępowania pytań Wykonawcy wnosili o zmianę terminu uruchomienia usługi jedynie wydłużając czas z 60 dni na 90 dni od daty podpisania umowy. Dokonanie więc powyższej zmiany stanowi o uwzględnieniu zarzutu Odwołującego, który wnosił co prawda o zmianę terminu rozpoczęcia świadczenia usług na min. 5 miesięcy od podpisania umowy, ale SWZ nie przewidywała wówczas rozwiązań zastępczych.

c) Zmiana czasu realizacji nowego przyłączenia w przypadku budowy nowych łącz, określonego w Rozdziale 3, pkt 3 b) OPZ do 5 miesięcy;

nowe brzmienie Rozdziału 3, pkt 3 lit. b) OPZ:

„b. czas realizacji nowego przyłączenia – maksymalnie 45 dni kalendarzowych od daty otrzymania od Zamawiającego zlecenia przyłączenia nowej Lokalizacji, pod warunkiem istnienia możliwości technicznych po stronie Wykonawcy. W przypadku konieczności budowy nowych łącz, Zamawiający zastrzega możliwość udzielenia zamówienia, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych. W czasie wykonywania przyłącza Wykonawca dostarczy transmisję danych Internet w technologii GSM/LTE/5G. Wykonawca dostarczy router z min. 2 portami RJ45 oraz siecią bezprzewodową. Jest to rozwiązanie zastępcze jako sam Internet w paśmie niekoncesjonowanym do momentu podłączenia łącza MPLS. Łącze tymczasowe GSM Wykonawca dostarczy w terminie 20 dni od daty zgłoszenia nowej lokalizacji po weryfikacji warunków technicznych".

W zakresie wniosku Odwołującego o zmianę czasu realizacji nowego przyłączenia w przypadku budowy nowych łącz, Zamawiający wskazuje, iż uwzględniając zarzut Odwołującego, nie wprowadza terminu na dokonanie powyższego obowiązku, a zastrzega możliwość udzielenia zamówienia, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym to zostaną ustalone warunki realizacji tego zamówienia, w tym termin realizacji nowego przyłączenia.

d) Termin uruchomienia usługi telefonii IP

nowe brzmienie Rozdziału 7 pkt 7.1 ppkt 26) OPZ:

„26. Uruchomienie usług telefonii IP dla poszczególnych Lokalizacji nastąpi w terminie do 10 dni od daty podłączenia docelowego łącza MPLS."

Zamawiający jednocześnie wyjaśnia, iż zarzuty Wykonawcy w zakresie terminów, były formułowane w oparciu o założenie innego terminu na uruchomienie usługi, wskazanego przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania. W wyniku złożonego odwołania, Zamawiający dokonał analizy pierwotnych założeń i postanowił dokonać zmiany koncepcji na uruchomienie usługi i wprowadzić obok innego sposobu liczenia terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia również inny termin na rozpoczęcie świadczenia usług, poprzez możliwość zastosowania przez Wykonawcę rozwiązania zastępczego na okres do 5 miesięcy od daty podpisania umowy. Przy takiej zmianie Wykonawca ma możliwość uruchomić usługę telefonii IP

w terminie do 10 dni od daty podłączenia docelowego łącza MPLS, bowiem prace zarówno nad docelowym łączem MPLS mogą biec równolegle z przygotowaniem się do uruchomienia usług telefonii IP, tak by zachować powyższy termin.

Powyższa zmiana jest również zgodna ze wskazaniem Odwołującego, który przywołał (str. 10 odwołania) takie rozwiązanie, akcentując to jako gwarantowanie Wykonawcy realizacji zamówienia w określonym terminie, dając możliwość realizacji usług z wykorzystaniem rozwiązań zastępczych. Dokonanie powyższej zmiany stanowi o uwzględnieniu zarzutu Odwołującego, który wnosił co prawda o zmianę terminu rozpoczęcia świadczenia usług na min. 5 miesięcy od podpisania umowy, ale SWZ nie przewidywała wówczas rozwiązań zastępczych. Przy ich dopuszczeniu zmiana zaproponowana przez Zamawiającego jest zgodna z oczekiwaniami Odwołującego, co do dokonania modyfikacji dokumentów w zakresie terminów, tak aby umożliwić odpowiednią ilość miesięcy na przygotowanie usługi.

II. W odniesieniu do zarzutu nr 2 [Zmiany konfiguracyjne, Zmiana Lokalizacji, Przeniesienie Siedziby], Zamawiający uznaje zarzut Odwołującego i zobowiązuje się dokonać modyfikacji SWZ na podstawie art. 137 ust. 1 ustawy Pzp, w sposób wskazany poniżej:

a) Zakres zmian konfiguracyjnych

nowe brzmienie Rozdziału 7 pkt 7.1 ppkt 30) OPZ

„30) Zamawiający wymaga, aby 100% zarządzania centralą IP oraz telefonią VoIP (telefony, bramki) było wykonywane przez Wykonawcę. Zamawiający przewiduje następujący katalog zmian konfiguracyjnych

a. Zmiany imienia i nazwiska przypisanego do numeru (książka adresowa),

b. Zmiany układu sekretarsko-dyrektorskiego,

c. Zmiany przekierowań połączeń,

d. Zmiany połączeń podążających,

e. Konfiguracja grup numerów,

f. Wgranie lub zmiana zapowiedzi na danym numerze IVR,

g. Blokowanie numerów zakazanych,

h. Zmiany w usłudze Call Center,

i. Przypisywanie klawiszy szybkiego wybierania.

Ilość zmian jest szacowana na ok. 5 zmian w skali miesiąca. Zamawiający wymaga, aby wszystkie zmiany zostały zrealizowane w ciągu 48h od wysłania zlecania Zamawiającego. Zmiany wskazane powyżej będą realizowane w ramach wynagrodzenia umownego. Wszelkie zmiany wykraczające poza ww. katalog oraz wskazaną ilość zmian będą realizowane

na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych."

Zamawiający wprowadzając powyższe zmiany, zdefiniuje tym samym, zgodnie z żądaniem Odwołującego, zamknięty katalog zmian konfiguracyjnych oraz wprowadzi określoną maksymalną liczbę zmian w odniesieniu do wszystkich lokalizacji oraz dopuści realizację zmian wykraczających poza wskazany katalog, w drodze zamówień dodatkowych.

b) Zmiana Lokalizacji

nowe brzmienie Rozdziału 3 pkt 5 OPZ

„5. Wykonawca zapewni w cenie oferty (bez dodatkowych kosztów) jednokrotne przeniesienie w czasie trwania Umowy świadczonych usług dla danego miasta w przypadku zmiany Lokalizacji na inny adres na terenie danego miasta, w jakim świadczona jest usługa. Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z takiej zmiany nie więcej niż 10 razy w ciągu całego okresu trwania Umowy. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zamiany lokalizacji

w trakcie realizacji Umowy na nową wskazaną przez Zamawiającego, bez ponoszenia dodatkowych opłat w przypadku jeśli po stronie Wykonawcy istnieją techniczne możliwości. Wykonawca powyższe zrealizuje w terminie 3 miesięcy od dnia uzyskania od Zamawiającego pełnej informacji o nowej lokalizacji, przy czym Zamawiający będzie ponosił miesięczne opłaty abonamentowe wynikające z formularza oferty – Tabela 1 – Zamówienie Gwarantowane (wiersz 6 lub 7 – odpowiednio do parametrów usługi w nowej lokalizacji). W przypadku kiedy po stronie Wykonawcy brak jest technicznych możliwości zamiany lokalizacji w trakcie realizacji Umowy, Zamawiający zastrzega sobie możliwość udzielenia zamówienia, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp."

Dodatkowo, w związku z modyfikacją Rozdziału 3 pkt 5 OPZ, do § 9 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający w ramach dokonywania zmian, doda lit. h) w brzmieniu:

„ h). Zamawiający zastrzega sobie możliwość zamiany lokalizacji w trakcie realizacji Umowy na nową wskazaną przez Zamawiającego, bez ponoszenia dodatkowych opłat w przypadku jeśli po stronie Wykonawcy istnieją techniczne możliwości. Wykonawca powyższe zrealizuje w terminie 3 miesięcy od dnia uzyskania od Zamawiającego pełnej informacji o nowej lokalizacji, przy czym Zamawiający będzie ponosił miesięczne opłaty abonamentowe wynikające z formularza oferty – Tabela 1 – Zamówienie Gwarantowane (wiersz 6 lub 7 – odpowiednio do parametrów usługi w nowej lokalizacji). W przypadku kiedy po stronie Wykonawcy brak jest technicznych możliwości zamiany lokalizacji w trakcie realizacji Umowy, Zamawiający zastrzega sobie możliwość udzielenia zamówienia, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp."

Wprowadzenie zmian w zakresie, o którym mowa powyżej, stanowi uwzględnienie żądania Odwołującego co do doprecyzowania wymagania i wprowadzenia rozwiązania w ramach którego Wykonawca wykonuje przeniesienie danej jednostki Zamawiającego do nowej lokalizacji w przypadku, gdy ma możliwości techniczne takiego przeniesienia.

c) Przeniesienie Siedziby

nowe brzmienie Rozdziału 3 pkt 6 OPZ:

„6. W trakcie realizacji umowy Zamawiający planuje przeniesienie Siedziby, która obecnie mieści się przy ul. Starościńskiej 1 w Warszawie do innej lokalizacji na terenie miasta Warszawa. Wykonawca zobowiązany będzie do przeniesienia wszystkich usług świadczonych w obecnej Siedzibie Zamawiającego w Warszawie przy ul. Starościńskiej 1 do nowej Siedziby na terenie miasta Warszawa w ramach wynagrodzenia umownego.

Obecnie trwają prace inwestycyjne związane z budową nowej siedziby przy ulicy Gilarskiej 90 w Warszawie, do której Zamawiający planuje przeniesienie w trakcie trwania Umowy. O dacie przeniesienia Wykonawca zostanie poinformowany co najmniej z 5 miesięcznym wyprzedzeniem. W ustalonym dniu Wykonawca przeniesie łącze podstawowe, zapasowe, ciemne włókno oraz usługi telefonii IP, plan 100DDI oraz telefony stacjonarne.

UWAGA!!!!

Zamawiający zastrzega sobie możliwość wskazania innego adresu, do której przeniesiona zostanie siedziba Zamawiającego z ul. Starościńskiej 1 w Warszawie, w przypadku, gdy z przyczyn po stronie Zamawiającego nie będzie możliwym przeniesienie siedziby na ul. Gilarską 90 w Warszawie. O dacie i adresie przeniesienia Wykonawca zostanie poinformowany z co najmniej 5 miesięcznym wyprzedzeniem. W terminie 30 dni od powiadomienia przez Zamawiającego o konieczności przeniesienia siedziby do innej lokalizacji niż ul. Gilarska 90 w Warszawie, Wykonawca zweryfikuje możliwości techniczne przeniesienia i poinformuje o powyższym Zamawiającego.

W przypadku braku możliwości technicznych przeniesienia świadczonych usług do wskazanej przez Zamawiającego lokalizacji, Zamawiający zastrzega możliwość udzielenia zamówienia, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych."

nowe brzmienie § 9 ust. 1 lit. b) wzoru umowy:

„ b). Zamawiający przewiduje możliwość w ramach wynagrodzenia, określonego w § 5 Umowy, jednokrotnego przeniesienia świadczonych usług w przypadku zmiany siedziby Zamawiającego na inny adres na terenie Warszawy w okresie trwania Umowy (nowa siedziba Zamawiającego). Zamawiający poinformuje pisemne o zmianie siedziby co najmniej z 5 miesięcznym wyprzedzeniem".

Wprowadzenie zmian w zakresie, o którym mowa powyżej, stanowi uwzględnienie żądania Odwołującego co do określenia terminu, w jakim Wykonawca zostanie poinformowany o dacie przeniesienia siedziby.

d) Zmiana Lokalizacji przed uruchomieniem:

nowe brzmienie Rozdziału 3.7 lit. b) OPZ

„b. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zamiany Lokalizacji przed ich uruchomieniem, o ile Wykonawca nie przystąpi do rozpoczęcia instalacji w tej Lokalizacji. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zamiany lokalizacji przed uruchomieniem usługi, bez ponoszenia dodatkowych opłat w przypadku jeśli po stronie Wykonawcy istnieją techniczne możliwości. Zamawiający przewiduje możliwość takiej zmiany nie więcej niż 2 razy w ciągu całego okresu trwania Umowy. W przypadku kiedy zmiana lokalizacji (powyżej ilości wskazanej w zdaniu poprzedzającym) będzie skutkować dodatkowym kosztami dla Wykonawcy, taka zmiana może być realizowana w drodze Prawa Opcji."

nowe brzmienie § 9 ust. 1 lit. c) wzoru umowy

„c) Zamawiający zastrzega sobie możliwość zamiany Lokalizacji przed ich uruchomieniem, o ile Wykonawca nie przystąpi do rozpoczęcia instalacji w tej Lokalizacji. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zamiany lokalizacji przed uruchomieniem usługi, bez ponoszenia dodatkowych opłat w przypadku jeśli po stronie Wykonawcy istnieją techniczne możliwości. Zamawiający przewiduje możliwość takiej zmiany nie więcej niż 2 razy w ciągu całego okresu trwania Umowy. W przypadku kiedy zmiana lokalizacji (powyżej ilości wskazanej w zdaniu poprzedzającym) będzie skutkować dodatkowym kosztami dla Wykonawcy, taka zmiana może być realizowana w drodze Prawa Opcji."

Zdaniem Zamawiającego wprowadzenie zmian w zakresie, o którym mowa powyżej, stanowi uwzględnienie żądania Odwołującego zgodnie z jego wnioskiem.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Odwołujący ma zatem interes w uzyskaniu zamówienia, a czynności objęte odwołaniem uniemożliwiają mu uzyskanie zamówienia.

Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego i dopuściła wykonawcę Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w charakterze Uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego dotyczącego uwzględnienie w całości zarzutów odwołania. W przypadku uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp zdanie drugie Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielnie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego naruszenia 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. 3531 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp, Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ

w zakresie terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia w sposób inny, niż zawarte w pkt 1 ppkt 1.2. żądanie Odwołującego. Pomimo tego, że Zamawiający oświadczył, że uwzględnił w tym zakresie zarzut odwołania, Izba uznała, że zmiana treści SWZ nie stanowiła uwzględnienia zarzutu, z uwagi na niewykonanie tej zmiany zgodnie z żądaniem Odwołującego. O skuteczności uwzględnienia zarzutu przesądza czynność Zamawiającego wykonana zgodnie z żądaniem Odwołującego lub oświadczenie Zamawiającego o wykonaniu czynności zgodnie

z tym żądaniem. Uwzględnieniem zarzutu nie będzie zatem czynność Zamawiającego, która nie jest wykonana zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Takie stanowisko podzielił również Odwołujący, dla którego zmiana treści SWZ w sposób, który nie był zgodny z żądaniem zawartym w pkt. 1 ppkt 1.2. nie stanowiła uwzględnienia zarzutu odwołania. Ponadto, Odwołujący podnosił, że pomimo modyfikacji treści SWZ podniesiony zarzut dotyczący terminu rozpoczęcia świadczenia, nadal zachowuje swoją aktualność.

W zakresie pozostałych zarzutów Odwołujący oświadczył, że czynności Zamawiającego w postaci modyfikacji treści SWZ czynią zadość żądaniom podniesionym w odwołaniu.

W tym zakresie, zgodnie z art. 522 ust. 4 Pzp, Izba stwierdziła że zaistniały okoliczności uzasadniające umorzenie postępowania odwoławczego w części dotyczącej uwzględnionych zarzutów.

Zarzut nieuwzględniony przez Zamawiającego podlega rozpoznaniu.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutu zawartego w odwołaniu (nieuwzględnionego przez Zamawiającego), Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzut podniesiony w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego (tu postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia SWZ), odpowiadając na pytanie czy Zamawiający przez ukształtowanie ich treści naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Podkreślić należy, iż w przypadku odwołania na treść postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia ramy postępowania odwoławczego zakreśla nie tylko wskazanie konkretnych uchybień, ale też oczekiwania Odwołującego. Podniesiony w odwołaniu zarzut jak i konstrukcja żądania być musi sformułowana w sposób jasny i przejrzysty, musi z niego wynikać jednoznaczne sformułowanie oczekiwań Odwołującego a także uzasadnienie dlaczego w ocenie Odwołującego postanowienia SWZ naruszają przepisy Pzp oraz zawierać uzasadnienie dla proponowanych przez siebie rozwiązań.

Skład orzekający podziela prezentowany szeroko w orzecznictwie KIO pogląd, iż w przypadku zaskarżenia brzmienia treści postanowień SWZ dalsza kreacja ich treści poza żądaniem wskazanym w odwołaniu, winna doznawać

ograniczeń. Co równie istotne, stawiane żądania w zakresie modyfikacji postanowień SWZ powinny prowadzić do eliminacji

niezgodności z przepisami ustawy Pzp, a nie do udogadniania warunków realizacji zamówienia

wykonawcom podnoszącym te żądania.

Odwołujący powołując się na naruszenie 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. 3531 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 Wzoru Umowy Załącznik nr 5 do SWZ, 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, a także w sposób preferujący wykonawcę aktualnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego, w zakresie w jakim Zamawiający wskazał zbyt krótki, nierealny termin rozpoczęcia realizacji usług winien wykazać adekwatny związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy postanowieniami SWZ a nieuprawnionym ograniczeniem dostępu czy chociażby realnym - nieuzasadnionym czynnikami obiektywnymi - zmniejszeniu szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Nie chodzi tu o ograniczenie konkurencji w znaczeniu ogólnym, ale o ograniczenie uczciwej konkurencji, spowodowane nieuzasadnionymi, subiektywnymi okolicznościami, których Zamawiający nie jest w stanie uzasadnić obiektywnymi przesłankami. Należy zauważyć, że zawsze któryś z wykonawców lub krąg wykonawców nie będzie spełniał jakiegoś warunku określonego w warunkach zamówienia, co nie jest jednoznaczne z preferowaniem przez Zamawiającego któregokolwiek z wykonawców lub z naruszeniem uczciwej konkurencji.

Opisu przedmiotu zamówienia nie należy rozpatrywać z perspektywy konkretnego wykonawcy lecz z perspektywy potrzeb Zamawiającego, bowiem jego celem jest wybór oferty, która będzie spełniała uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Istotne jest natomiast to, aby opis przedmiotu zamówienia nie naruszał przepisów i zasad obowiązujących w ustawie Pzp.

Odwołujący winien wykazać, dlaczego określona przez Zamawiającego treść SWZ narusza przepisy Pzp, oraz wskazać uzasadnienie dla proponowanej przez siebie modyfikacji, której wprowadzenie doprowadzi do stanu zgodności z przepisami ustawy Pzp.

Wskazać należy, że kształtowanie treści opisu przedmiotu zamówienia należy do uprawnień Zamawiającego, jako gospodarza postępowania, który ustala je w taki sposób, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli takiej, która w sposób optymalny będzie stanowiła zaspokojenie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, w oparciu o przeznaczenie przedmiotu zamówienia.

Okoliczność, że Odwołujący nie jest w stanie rozpocząć świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia w terminie określonym przez Zamawiającego, nie może stanowić wystarczającej argumentacji do zmiany tego terminu.

Dostrzeżenia również wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp Izba wydając wyrok bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie.

Nie można zatem pominąć okoliczności, że Zamawiający dokonał zmiany terminu uruchomienia usługi z 60 na 90 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy oraz wprowadził rozwiązania zastępcze na okres do 5 miesięcy od dnia podpisania umowy dla 84%

lokalizacji. Takie rozwiązanie Odwołujący sam przywoływał w treści odwołania (str. 10), jako obowiązujące w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia winien uwzględnić 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.

Na tę okoliczność przedłożył dowody w postaci:

1. wydruku z systemu zamówieniowego sprzętu i potencjalnej oferty na możliwe do zaoferowania w niniejszym postępowaniu routery, wskazujący na czas dostawy nawet do 140 dni,

2. wydruki z korespondencji z podwykonawcami, na okoliczność, że czas od rozpoczęcia realizacji do zakończenia prac to nawet 5 miesięcy,

3. Odpis wyroku WSA w Warszawie z dnia 5 lutego 2020 r. (sygn. akt VI SA/Wa 2392/19) na okoliczność czasu jaki może upłynąć w celu uzyskania pozwolenia niezbędnego dla wykonania infrastruktury teletechnicznej,

4. Zestawienia postępowań, w ramach których należało wykonać łącza światłowodowe w celu świadczenia usług transmisji danych ze wskazaniem ilości lokalizacji oraz terminów określonych przez zamawiającego, na okoliczność przykładowych terminów uruchomienia usług, w których ilość lokalizacji również była znacząca, a wykonawca musiał wykonać analogiczne prace.

W ocenie Izby ww. dowody nie są wystarczające, aby zarzucić Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, w

zakresie określenia terminu rozpoczęcia świadczenia usługi.

Odwołujący odniósł się do wyłącznie do urządzeń przeznaczonych do zainstalowania w przedmiotowym zamówieniu od jednego producenta, wskazując na termin dostawy, który uniemożliwia rozpoczęcie świadczenia usługi. Odwołujący pominął jednak istotną okoliczność, dotyczącą tego, że Zamawiający nie wymagał realizacji zamówienia z wykorzystaniem urządzeń producenta wskazanego przez Odwołującego. Co więcej, Zamawiający nie wskazywał żadnego producenta urządzeń a ponadto dopuszczał możliwość zaoferowania urządzeń nie starszych niż wyprodukowane w 2020 roku. Odwołujący nie wykazał, że realizacja zamówienia z wykorzystaniem urządzeń innych producentów nie będzie możliwa w terminie określonym przez Zamawiającego.

Korespondencja z podwykonawcami, odwołująca się do trudności i opóźnień związanych z uzyskaniem odpowiednich zgód i decyzji, w większości odnosi się do okresu, który przypadał na okres pandemii Covid 19. Wynika to z samej treści korespondencji, jako uzasadnienie zaistniałych opóźnień. Przywołana korespondencja, jako odnosząca się do stanu, który nie istnieje obecnie, nie została więc uznana przez Izbę za przydatną w sprawie. Również okoliczności wskazane w wyroku WSA w Warszawie z dnia 5 lutego 2020 r. (sygn. akt VI SA/Wa 2392/19) odnoszą się do konkretnej sprawy i nie mogą stanowić dowodu, że w przedmiotowej sprawie również takie okoliczności będą miały miejsce. Izba nie uwzględnił dowodu w postaci zestawienia postępowań, w ramach których należało wykonać łącza światłowodowe. Każde z tych postępowań dostosowane było do możliwości i potrzeb technicznych, właściwych dla miejsca i parametrów w ramach których zamówienie miało zostać zrealizowane, których Odwołujący nie wykazał. Odwołujący nie wykazał związku z przedmiotowym postępowaniem.

Dodatkowo, podkreślenia wymaga, na co zwrócił uwagę podczas rozprawy Zamawiający, że na etapie wyjaśnień treści SWZ wykonawcy wnosili o zmianę termiu realizacji zamówienia z 60 dni na 90 dni, a nie na 5 miesięcy jak wnosi Odwołujący. Okoliczność ta, zdaniem Izby potwierdza, że istnieje realna możliwość rozpoczęcia świadczenia usługi w terminie wskazanym przez Zamawiającego. Istotne jest również to, że Zamawiający zmieniając treść SWZ dopuścił rozwiązanie zastępcze, które nie wymaga uzyskania zgód i pozwoleń, a opiera się o połączenia hot-spot. Zamawiający dopuścił również możliwość realizacji zamówienia w ramach różnych technologii, tj. światłowód, połączenia radiowe, hot spot, dzierżawa łączy.

Powyższe okoliczności umożliwiają wykonawcom rozpoczęcie realizacji usługi w terminie wskazanym przez Zamawiającego w treści SWZ.

Odwołujący nie wykazał braku obiektywnej możliwości realizacji zamówienia w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, lecz wskazywał na brak możliwości realizacji tej usługi przez siebie. Taka okoliczność nie może stanowić uzasadnienia naruszenia przez Zamawiającego przepisów stanowiących opis przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Z uwagi na powyższe, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……