

WYROK

Warszawa, dnia 9 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1 b) i 1 c) oraz zarzutu nr 2 odwołania.
2. Oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.2. zasądza od wykonawcy **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** na rzecz **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 1282/24

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usług operatora korporacyjnej sieci rozległej („WAN”)”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 kwietnia 2024 r. pod pozycją 199900-2024.

W dniu 15 kwietnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia i projektowanych postanowień umowy, zarzucając Zamawiającemu:

1. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na:
 - a) Zastrzeżenie zbyt krótkiego czasu wdrożenia bez uwzględnienia czasu potrzebnego na zestawienie łącz światłowodowych przy jednoczesnym wyłączeniu możliwości korzystania, przynajmniej w okresie przejściowym, z łącz radiowych w paśmie koncesjonowanym,
 - b) Niejednoznaczne opisanie zakresu prawa opcji z uwagi na brak określenia, o ile zostanie zwiększona przepustowość łącza i w jakich lokalizacjach, a także w jakich lokalizacjach będą uruchamiane nowe łącza,

- c) Niejednoznaczne określenie warunków skorzystania z prawa opcji, ze względu na to, że nie wiadomo, czy Zamawiający przewiduje prawo opcji, czy aneks do umowy,
- co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.
2. Opisanie prawa opcji w sposób nieprecyzyjny i za pomocą niejednoznacznych postanowień umownych z uwagi na brak określenia okoliczności skorzystania z prawa opcji ze względu na to, że Zamawiający niezależnie od prawa opcji przewidział procedurę zawarcia aneksu do umowy, co sprawia, że wykonawca nie wie, czy zostało przewidziane prawo opcji, czy też zmiana umowy - co stanowi naruszenie art. 441 pkt 2 ustawy Pzp.
3. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję z uwagi na zastrzeżenie postanowień w sposób nieuprawniony uprzywilejowujących wykonawcę obecnie świadczącego usługi ze względu na:
- a) Zastrzeżenie zbyt krótkiego czasu wdrożenia bez uwzględnienia czasu potrzebnego na zestawienie łączy światłowodowych przy jednoczesnym wyłączeniu możliwości korzystania, przynajmniej w okresie przejściowym, z łączy radiowych w paśmie koncesjonowanym, co uprzywilejowuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi, gdyż nie musi on tworzyć nowej infrastruktury na potrzeby zamówienia,
- b) Zastrzeżenie zbyt wygórowanych kar umownych za opóźnienie wdrożenia jednego łącza liczonych od wszystkich łączy mimo, iż pojedyncze łącze ze względu na topologię sieci Zamawiającego nie wpływa na inne łącza, co uprzywilejowuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi, gdyż albo w ogóle nie ponosi on tych ryzyk, albo są one dla niego o wiele mniejsze,
- c) Zastrzeżenie możliwości odstąpienia od umowy i rażących kar umownych z tego tytułu w przypadku niewdrożenia nawet jednego łącza przez wykonawcę co uprzywilejowuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi, gdyż albo w ogóle nie ponosi on tych ryzyk, albo są one dla niego o wiele mniejsze,
- co stanowi naruszenie art. 99 ust. 4 i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.
4. Zastrzeżenie kar umownych za prawidłowe wykonanie umowy ze względu na naliczanie kary umownej od wszystkich łączy za przekroczenie terminu wdrożenia łączy, nawet w przypadku, gdy przekroczenie terminu dotyczy jednego łącza, a wszystkie pozostałe zostały wdrożone w sposób prawidłowy, co stanowi naruszenie art. 433 pkt 2 ustawy Pzp;

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Wydłużenia terminu wdrożenia usług do 420 dni, ewentualnie
2. Dopuszczenia łączy w technologii radiowej w paśmie koncesjonowanym na okres przejściowy do zestawienia łączy światłowodowych.
3. Zmianę naliczania kar umownych za niewdrożenie łączy w wymaganym terminie od ilości łączy, w których nie zostały wdrożone na czas łącza, a nie od ogólnej liczby łączy, których dotyczy postępowanie.
4. Wykreślenie możliwości odstąpienia od umowy za niewdrożenie łącza w jednej lokalizacji.
5. Dokładne opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia wchodzącego w zakres prawa opcji, ewentualnie
6. Wykreślenie prawa opcji i zastrzeżenie, że świadczenia, które do tej pory miały być realizowane w ramach prawa opcji będą realizowane poprzez zmiany (Aneksy) do umowy, ewentualnie
7. Wykreślenie prawa opcji i zastrzeżenie, że świadczenia, które do tej pory miały być realizowane w ramach prawa opcji będą realizowane poprzez zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in.:

Odnosnie zarzutu nr 1, tj. zarzutu opisu przedmiotu zamówienia niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty Odwołujący podniósł, że dokonanie przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wywierającą wpływ na niemalże wszystkie czynności dokonywane przez Zamawiającego w toku całego postępowania. Jednymi z podstawowych zasad, którymi musi się kierować Zamawiający sporządzając opis przedmiotu zamówienia są jednoznaczność oraz wyczerpujący charakter opisu przedmiotu zamówienia, a także uwzględnienie wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcy bez żadnych wątpliwości i dodatkowych interpretacji ustalić co musi zaoferować oraz jakie są wymagania Zamawiającego, jak również powinien zostać dokonany w sposób jednoznaczny, ma wskazać wykonawcom rzeczywisty zakres zamówienia przy użyciu przejrzystych określeń, nie może pominąć żadnych informacji mających wpływ na sporządzenie oferty (tak: B. Artymowicz i in. [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H. Nowak i M. Winiarz, UZP, Warszawa 2021, s. 339). Podobne stanowisko prezentuje M. Stachowiak, stwierdzając, że „Podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób

jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, stwierdzić, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane), oraz że wszystkie 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. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty” (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych Komentarz, Warszawa 2021, art. 99.).

Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dn. 20.01 2023 r., sygn. akt KIO 18/23. Resumując podniósł, że Zamawiający nie spełnił wymagań ustawowych, formułując OPZ w przedmiotowym postępowaniu.

Odnosnie zarzutu nr 1 a), tj. zarzutu zbyt krótkiego terminu wdrożenia bez dopuszczenia łączy radiowych. Odwołujący wskazał, że przedmiotem postępowania jest świadczenie usług sieci rozległej WAN/MPLS w 155 lokalizacjach Zamawiającego rozproszonych na terenie całego kraju. W 155 lokalizacjach wykonawca będzie zobowiązany do uruchomienia łącznie 158 portów sieci WAN (w ramach drogi podstawowej) oraz 153 portów sieci WAN (w ramach drogi zapasowej). Usługi sieci WAN w każdej z lokalizacji Zamawiającego będą musiały być zakończone dedykowanym dla tego celu urządzeniem CE (routerem) zainstalowanym przez wykonawcę. Dodatkowo wykonawca będzie musiał dostarczyć i uruchomić system monitorowania, który będzie służył w okresie obowiązywania umowy za narzędzie do monitorowania szeregu mierzonych w sieci WAN parametrów.

Wykonawca w celu realizacji przedmiotowych usług sieci WAN w każdej z lokalizacji Zamawiającego został zobowiązany zapisami dokumentacji przetargowej do zastosowania wyłącznie infrastruktury światłowodowej (Zamawiający wyklucza możliwość zastosowania innych technologii dostępowych, choćby powszechnie stosowanej przez innych zamawiających radiolinii pracującej w paśmie koncesjonowanym przez UKE). Dodatkowo przed rozpoczęciem fizycznych prac wdrożeniowych wykonawca będzie musiał opracować i przedłożyć Zamawiającemu: harmonogram wdrożenia oraz projekt techniczny.

Na wszystkie powyższe czynności Zamawiający przewidział 180 dni przy czym należy zaznaczyć, że ramach czasu wdrożenia zawiera się :

- czas na opracowanie przez wykonawcę harmonogramu wdrożenia (do 30 dni)
- czas na akceptację przez Zamawiającego harmonogramu (14 dni)

Ponadto Zamawiający wymaga, aby wykonawca na 14 dni przed planowanym uruchomieniem usług sieci WAN pisemnie poinformował Zamawiającego o gotowości do świadczenia usług.

W praktyce oznacza to, że czas wdrożenia opisanych powyżej usług to jedynie 122 dni.

Złożoność procesu wdrożenia usług będących przedmiotem niniejszego postępowania wynika głównie z miejsca zlokalizowania placówek Zamawiającego. Doskonała większość lokalizacji Zamawiającego (130 na 155) do których mają zostać doprowadzone usługi sieci WAN to tzw. Obwody Utrzymania Dróg (w tym m.in. autostrad oraz dróg szybkiego ruchu). Jest to zespół budynków zlokalizowanych w miejscach oddalonych od jakichkolwiek skupisk ludzkich, w bezpośrednim sąsiedztwie danej autostrady / drogi szybkiego ruchu, czyli w praktyce w miejscach niesprzyjających sprawnej budowie przyłączy światłowodowych.

Zamawiający określił termin realizacji zamówienia w sposób nieadekwatny i nieuwzględniający wszystkich wymagań związanych z przygotowaniem oferty. Przewidziany przez Zamawiającego czas na uruchomienie usług sieci WAN jest okresem zbyt krótkim zważywszy na zakres prac jakie wykonawca musi wykonać przed rozpoczęciem świadczenia usługi oraz mając na uwadze terminy dostaw sprzętu. Z wysokim prawdopodobieństwem należy stwierdzić, iż przy takich wymaganiach ofertę będzie w stanie złożyć wyłącznie wykonawca obecnie świadczący Zamawiającemu usługi będące przedmiotem niniejszego postępowania – takie określenie terminu uruchomienia preferuje obecnego wykonawcę tj. firmę Netia S.A.

Głównymi wymaganiami wpływającymi na okoliczność, że termin jest rażąco krótki to :

- konieczność zapewnienia łączy światłowodowych do świadczenia usług we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego (warto tu zwrócić uwagę, iż Zamawiający w pełni świadomie wyklucza możliwość zastosowania innych technologii dostępowych po kablu światłowodowym), co w konsekwencji wymusza na wykonawcach nie świadczących obecnie usług sieci WAN, przeprowadzenia dedykowanych do lokalizacji Zamawiającego inwestycji budowlanych,
- konieczność zapewnienia sprzętu sieciowego niezbędnego do świadczenia usługi sieci WAN (routery, konwertery), gdzie czas dostawy urządzeń tego typu w podstawowych konfiguracjach to co najmniej 6 tygodni od dnia złożenia zamówienia u producenta sprzętu.

Budowa telekomunikacyjnych łączy światłowodowych jest procesem czasochłonnym i wiąże się z podjęciem

szeregu działań. Przed rozpoczęciem budowy infrastruktury wykonawca musi wystąpić o stosowne pozwolenia i zezwolenia.

Każda inwestycja wymagająca prac ziemnych w terenie (a takich jest zdecydowanie najwięcej), z punktu widzenia wyłącznie samych zgód formalnych – prawnych (wynikających m.in. z aktów: Prawo Budowlane, Prawo Geodezyjne i Kartograficzne, Ustawa o drogach publicznych, Prawo o ruchu drogowym, KPA), których pozyskanie w wielu przypadkach musi mieć charakter szeregowy to czas minimum 210 dni.

Część uzgodnień w praktyce wykonawca może uzyskać szybciej niż wynika to z przepisów, nie mniej będą też inwestycje dla których uzyskanie zgody będzie trwało dłużej.

Odwolujący podkreślił, że powyższe 210 dni zakłada, że wszystkie składane wnioski uzyskają pozytywną opinię już w „pierwszym podejściu” co przy tak dużej liczbie inwestycji w praktyce nie jest to możliwe. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż powodem ewentualnego odrzucenia wniosków nie jest wyłącznie ich nieprawidłowe wypełnienie – Urząd może odrzucić wniosek (i w praktyce tak się właśnie dzieje), przykładowo na skutek posiadanej wiedzy o innych trwających bądź planowanych inwestycjach w np. infrastrukturę gazową, której przebieg będzie kolidował z propozycją planowanego (w składanym przez wykonawcę wniosku) przebiegu kabla światłowodowego.

Dodatkowo dochodzi czas związany z działaniami Operatora w kwestii planowania, projektowania (w tym pracy geodety w terenie w celu stworzenia MDCP – Mapy do celów projektowych), wykonania, odbioru i uruchomienia usług.

Dodatkowo część z tych inwestycji będzie miało potrzebę dodatkowych działań związanych z uzyskaniem pozwoleń wodno-prawnych, uzgodnień z Lasami Państwowymi, z spółkami związanymi z PKP (np. czasochłonne uzgodnienie z Zakładem Linii Kolejowych kończy się dodatkowo wytyczną, że o konieczności wejścia w teren musimy poinformować na 180 dni przed rozpoczęciem prac), uzgodnienia z Konserwatorem Zabytków (w przypadku gdy na trasie są stanowiska archeologiczne to z automatu poza czasem na samo uzgodnienie, dochodzi konieczność wejścia w tryb „zgłoszenia” – dodatkowe 21 dni) uzgodnienia z właścicielami działek prywatnych. W takich przypadkach wymagane uzgodnienia mogą wydłużyć inwestycje o dodatkowe kilka miesięcy.

Dodatkowo część nieruchomości na inwestycji może mieć nieuregulowany stan prawny (np. odmienne interpretacje Zarządów Dróg), lub może być rozpoczęta inna inwestycja (np. przebudowa skrzyżowania) co spowoduje konieczność przeplanowania trasy (wydłużenie czasu) lub w skrajnym przypadku wstrzymanie działań (w przypadku gdy ukształtowanie terenu i istniejąca infrastruktura na tym terenie uniemożliwia alternatywną trasę).

Nadto wskazał, że uruchomienie usług będących przedmiotem niniejszego postępowania nie jest najprawdopodobniej procesem priorytetowym dla Zamawiającego, gdyż na przełomie października i listopada 2023 roku Zamawiający przeprowadzał proces RFI dla tożsamego zakresu, zaś postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte blisko 6 miesięcy później. Dodatkowo warto zwrócić w tym miejscu uwagę, iż Odwołujący składał w odpowiedzi na wspomniane powyżej RFI wycenę wskazując dodatkowo (zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego) prawdopodobne terminy realizacji usługi w każdej z lokalizacji. Wówczas Odwołujący wskazał od 90 do 580 dni niezbędnego czasu na uruchomienie usług spełniających wymagania z RFI (finalnie są to tożsame wymagania co w obecnym postępowaniu).

Odwolujący podniósł także, że w poprzednim, analogicznym postępowaniu na usługi sieci WAN prowadzonym przez GDDKiA (numer sprawy DPZ.DPZ-4.2413.11.2020), była dopuszczona możliwość skorzystania z dostępow radiowych w okresie przejściowym: „Dopuszczalna jest realizacja łączy dostępowych w technologii radiowej Point-to-Point oraz Point-to-Multipoint - ale tylko w paśmie koncesjonowanym, przy czym łączy radiowe nie mogą stanowić jedynego medium dla łączy dostępowych, za wyjątkiem maksymalnie 6-miesięcznego okresu przejściowego”. W zakresie obecnego postępowania różnice co do postępowania z 2020r. są marginalne – z całej puli blisko 160 lokalizacji jedynie 13 sztuk lokalizacji to takie, które można uznać również za nowe dla obecnego wykonawcy (Netii) gdyż nie było ich w zakresie postępowania w 2020r. (oczywiście wykonawca Netia mogła już zrealizować przyłącza do tych lokalizacji na podstawie np. prawa opcji w ramach realizacji obecnej umowy).

Odnosnie zarzutu nr 1 b) i c) oraz zarzutu nr 2 - Nieznany zakres prawa opcji – maksymalny zakres zwiększenia przepustowości Odwołujący podniósł, że w świetle dokumentów zamówienia, a także odpowiedzi udzielonych dnia 12 kwietnia 2024 r. Zamawiający zastrzega w pkt 2 ppkt 2.4 Tomu III SWZ (OPZ) możliwość podwyższenia przepustowości łączy co najmniej do dwukrotnej wartości od wielkości bazowej przepustowości łączy zaoferowanego przez Wykonawcę (w ramach wybranego Modelu).

Oznacza to, że zwiększenie przepustowości łączy na żądanie Zamawiającego nie ma górnej granicy, a w konsekwencji wykonawca nie ma możliwości skalkulowania ceny oferty z uwagi na to, że nie jest w stanie przewidzieć, jakie urządzenia i infrastrukturę zapewnić, aby świadczyć usługi o wymaganej przepustowości i czy w ogóle będzie w stanie wymagać przepustowości zapewnić.

Jest to szczególnie istotne, gdyż przepustowość łączy warunkuje to, jakie urządzenia muszą zostać zastosowane i nieograniczone zwiększanie przepustowości może skutkować po stronie wykonawcy koniecznością

wymiany urządzeń, na urządzenia, których wykonawca nie jest w stanie przewidzieć, a przez to skalkulować ceny oferty.

Dodatkowo wskazał, iż Zamawiający nie określa lokalizacji, w których będzie korzystał z prawa opcji, co uniemożliwia wykonawcy skalkulowanie ceny oferty, z uwagi na to, że opis przedmiotu zamówienia jest w tym zakresie niejednoznaczny i niewyczerpujący. Tymczasem wykonawca musi znać lokalizacje, w jakich będzie musiał świadczyć usługi, gdyż od lokalizacji jest zależne to, czy wykonawca posiada warunki techniczne do świadczenia usługi, tj. czy w ogóle może w danej lokalizacji usługi świadczyć, a jeśli tak, to jakie musi ponieść nakłady, aby te usługi świadczyć na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego.

W PPU w par. 1 począwszy od ust. 2.2 Zamawiający zastrzega, że:

- a) Zamawiający przekazuje do wykonawcy pisemne zawiadomienie o uruchomieniu Prawa opcji wskazując zakres i datę realizacji,
- b) Dalej (w 2.4) wykonawca na podstawie zawiadomienia przygotowuje Aneks uwzględniający zakres i koszt prawa opcji,
- c) Dalej w 2.5 jest – wynagrodzenie wykonawcy z tytułu realizacji prawa opcji zostanie ustalone każdorazowo zgodnie z ofertą wykonawcy stanowiącą odpowiedź wykonawcy na zawiadomienie o uruchomieniu prawa opcji

W dokumentacji jest mowa o tym, iż uruchomienie prawa opcji zostanie poprzedzone pisemnym zawiadomieniem o uruchomieniu prawa opcji, wskazując przy tym zakres opcji i jego datę realizacji. Wykonawca w odpowiedzi na zawiadomienie przygotowuje projekt aneksu do Umowy uwzględniający zakres i koszt prawa opcji. Finalnie to wyłącznie Zamawiający decyduje, czy przedstawiony w wycenie koszt jest akceptowalny, czy też odstępuje od prawa opcji. Ponadto w zakresie prawa opcji zastosowanie będą miały postanowienia umowy m.in. w zakresie kar umownych.

Takie zastrzeżenie jest wprost sprzeczne z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp – gdyż zakres prawa opcji musi być podany już w dokumentach zamówienia, podczas gdy z dokumentów zamówienia, a konkretnie projektowanych postanowień umownych wynika, że zostanie on podany przez Zamawiającego dopiero w wezwaniu do realizacji prawa opcji. Ujęcie prawa opcji sprawia również, że opis przedmiotu zamówienia jest niezgodny z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp ze względu na to, że jest niejednoznaczny i niewyczerpujący, gdyż wykonawca nie wie, jaki jest zakres przedmiotu zamówienia w ramach prawa opcji, gdyż ten zakres ma zostać dopiero określony w wezwaniu do realizacji prawa opcji. Uniemożliwia to wykonawcy skalkulowanie ceny oferty w zakresie prawa opcji przewidzianego przez Zamawiającego.

Reasumując Odwołujący podniósł, że prawo opcji opisane w dokumentacji ma z jednej strony charakter obligatoryjny dla wykonawcy, a z drugiej strony wykonawca nie wie, jaki zakres prawa opcji ma uwzględnić w cenie oferty, gdyż Zamawiający sam zastrzegł, że zakres prawa opcji będzie określał dopiero na etapie realizacji umowy. Tak więc jedynym parametrem o jakim będzie decydować wykonawca to cena za jaką prawo opcji zostanie zrealizowane. Z kolei bez wpływu wykonawcy pozostanie czas wdrożenia usługi zamawianej w ramach prawa opcji, czy przede wszystkim prawo wykonawcy do odmowy realizacji w sytuacji gdy nie będzie posiadał pozytywnych warunków technicznych do uruchomienia przedmiotowej usługi, bądź też termin uruchomienia usług będzie zdecydowanie dłuższy aniżeli termin oczekiwany przez Zamawiającego. Jak była o tym mowa w uzasadnieniu do Zarzutu 1 b) i 2 a) powyżej, dla wykonawcy dla świadczenia usług są niezbędne informacje na temat lokalizacji, w których mają być świadczone usługi.

Powszechną praktyką u innych zamawiających publicznych jest uzależnienie zamówienia prawa opcji od posiadanych przez wykonawcę warunków technicznych do realizacji usługi, czy też posiadania w dyspozycji sprzętu będącego przedmiotem tegoż uprawnienia. Cała procedura przewidziana przez Zamawiającego odpowiada procedurze zmiany umowy, a nie realizacji prawa opcji. Dla skorzystania z prawa opcji powinno być wystarczające jedynie jednostronne oświadczenie Zamawiającego, aby wykonawca zrealizował jednoznacznie opisane świadczenie. W dokumentach zamówienia Zamawiający natomiast przewidział procedurę, która zakłada wycenę przez wykonawcę świadczeń, których zakres Zamawiający dopiero określi. Z tego względu przedmiotowe świadczenia nie powinny być realizowane jako prawo opcji, lecz, jako zmiana umowy, ewentualnie jako udzielenie w trybie z wolnej ręki zamówienia na usługi tego samego rodzaju.

Odnosnie zarzutu nr 2, tj. zarzutu opisanego przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję Odwołujący podniósł, że swoboda Zamawiającego w sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia nie jest nieograniczona. Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.”.

W doktrynie można spotkać się ze stanowiskiem, że „Cel regulacji z art. 99 ust. 4 Pzp można zdefiniować, posługując się motywem 74 preambuły dyrektywy klasycznej, gdzie wskazano, że „specyfikacje techniczne [opis przedmiotu zamówienia] powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót

budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę". Zasadniczo każdy opis przedmiotu zamówienia oddziałuje na konkurencję. Dyrektywa klasyczna w motywie 74 preambuły dostrzega tę okoliczność, stwierdzając, że niedopuszczalne jest zawężenie, które ma charakter „sztuczny”, tzn. faworyzuje (lub dyskryminuje) określonego wykonawcę lub produkt. Niedopuszczalne jest zatem w świetle art. 99 ust. 4 Pzp zaburzenie konkurencji pomiędzy wykonawcami, mające swoją genezę w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia, polegające albo na preferencji w opisie konkretnego wykonawcy lub produktu, albo na niemającym uzasadnienia wyeliminowaniu wykonawcy lub produktu. Poprzez niedopuszczalne preferowanie należy rozumieć wszystkie zabiegi, przy użyciu dowolnych sposobów opisu przedmiotu zamówienia, które w sposób nieuzasadniony preferują lub wprost wskazują na konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt. Skutkiem takiego zapisu jest niemożność złożenia oferty zgodnej z tak sformułowanym opisem przedmiotu zamówienia przez wykonawcę innego niż preferowany lub zaproponowania innego niż preferowany produkt.” (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H. Nowak i M. Winiarz, B. Artymowicz i in., UZP, Warszawa 2021, s. 340). Podobnie M. Stachowiak stwierdza, że „zamawiający ma ograniczoną swobodę precyzowania wymagań, w tym sensie, że muszą one mieć uzasadnienie; osiągnięcie określonego celu uzasadnionego potrzebami zamawiającego jest przeciwwagą dla ograniczenia konkurencji. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z 11.08.2006 r., IX Ga 137/06, niepubl., rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: „Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując SIWZ, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy”. Ograniczeniem konkurencji będzie dokonywanie opisu w sposób wskazujący na jeden produkt, usługę lub wykonawcę lub też opisanie przedmiotu zamówienia zbyt szczegółowo, nie pozostawiając miejsca dla przedstawienia ofert zróżnicowanych co do świadczenia, bez uzasadnienia potrzebami zamawiającego (za: M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych, Komentarz Warszawa 2021, art. 99). Opis przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, został dokonany w sposób faworyzujący wykonawców obecnie świadczących usługi na rzecz Zamawiającego i utrudniający (uniemożliwiający) złożenie ofert innym wykonawcom.

Odnosnie zarzutu nr 3 a), tj. zbyt krótkiego okresu wdrożenia Odwołujący podniósł, że jedynie dla Wykonawcy obecnie świadczącego usługi termin wdrożenia usług pozostaje bez znaczenia. Dla każdego innego wykonawcy termin jest niemożliwy do dotrzymania. Zamawiający, co prawda, przygotowywał się do przeprowadzenia tego postępowania już w listopadzie 2023 r. jednak zwlekał z jego wszczęciem bez mała pół roku.

Skoro zatem udzielenie zamówienia publicznego nie było na tyle pilne, aby Zamawiający wszczął wcześniej postępowanie, to nie można uznać, że zastrzeżony przez Zamawiającego termin wdrożenia był uzasadniony pilną potrzebą udzielenia zamówienia. Nie można również stwierdzić, że wynika to ze szczególnie istotnych dla interesu publicznego zadań wykonywanych przez Zamawiającego. Jeśliby udzielenie zamówienia było istotne dla interesu publicznego, Zamawiający tym bardziej winien był wszcząć postępowanie odpowiednio wcześniej. Żadna okoliczność nie tłumaczy natomiast braku możliwości skorzystania z łączy radiowych w paśmie koncesjonowanym, w okresie przejściowym, jak miało to miejsce w poprzednim postępowaniu. Łącza radiowe mają analogiczne parametry jak łącza światłowodowe, lecz możliwe jest ich szybsze zestawienie, co pozwoliłoby na wdrożenie łączy i pozwoliło jednocześnie wykonawcy, innemu niż obecnie świadczący usługi na doprowadzenie łączy światłowodowych.

W konsekwencji Odwołujący podniósł, że określony przez Zamawiającego termin wdrożenia łączy, nie jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie w sposób nieuprawniony uprzywilejowuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi, w szczególności z uwagi na brak możliwości zestawienia łączy drogą radiową.

Odnosnie zarzutu nr 3 b), Zarzutu 4 Rażąco wygórowanej kary umowne, kar umownych za wykonanie umowy Odwołujący podniósł, że Zamawiający na wypadek zwłoki w dotrzymaniu terminów uruchomienia usług sieci WAN – w pkt. 1), ust. 2, par 8 PPU przewidział karę umowną w wysokości 2% łącznego wynagrodzenia kwartalnego (łącznego tj. za wszystkie usługi wchodzące w zakres niniejszego postępowania) za każdy dzień zwłoki. W konsekwencji, niezależnie od tego, czy nie zostanie uruchomiona cała sieć, czy tylko łącze w pojedynczej lokalizacji, naliczana będzie kara umowna jak od wszystkich łączy. Oznacza to z jednej strony, że kara umowna może być naliczana za należyte wykonywanie umowy, bo jest liczona od wszystkich łączy, nawet jeśli większość łączy została wdrożona poprawnie, a przykładowo tylko jedno nie zostało wdrożone w terminie.

Tymczasem z uwagi na topologię sieci Zamawiającego nie jest tak, że jeśli łącze w jednej lokalizacji nie zostanie wdrożone na czas, to nie będą mogły działać pozostałe łącza i w konsekwencji cała sieć WAN Zamawiającego nie będzie mogła spełniać swojej funkcji. Poza łączem, które nie zostało wdrożone na czas, wszystkie pozostałe będą prawidłowo działały.

W konsekwencji kara umowna przestaje być związana z prawidłowym wykonaniem umowy, gdyż niezależnie od jej prawidłowego wykonania w znaczącej części będzie naliczana jakby umowa była w całości realizowana w sposób

nieprawidłowy, co jest niezgodne z art. 433 pkt 2 ustawy Pzp. Jest to kara rażąco wygórowana, gdyż pomimo tego, że może odnosić się do jednej lokalizacji, jest naliczana jak dla wszystkich lokalizacji objętych przedmiotem zamówienia.

Sugerując się szacowaną przez Zamawiającego wartością zamówienia (22 mln. zł brutto) kara umowna z tytułu zwłoki w uruchomieniu choćby jednej usługi (na 158) będzie skutkować karą umowną w wysokości 25 tys. zł za każdy dzień. Oczywiście z ryzykiem wystąpienia powyżej opisanej kary mierzyć się będą wyłącznie wykonawcy, którzy nie realizują aktualnie Zamawiającemu analogicznego zakresu usług.

W konsekwencji z ryzykiem zapłaty rażąco wygórowanej kary umownej, naliczanej niezależnie od tego, czy wykonawca realizuje chociaż w części prawidłowo przedmiot zamówienia, przy przygotowywaniu ofert będą musieli liczyć się jedynie wykonawcy, którzy nie świadczą obecnie usług na rzecz Zamawiającego.

Zastrzeżenie przez Zamawiającego kary umownej niezgodnej z przepisami o zamówieniach publicznych, niezwiązanej z wykonaniem umowy, nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie uprzywilejowuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego.

Odnosnie zarzutu nr 3 c), tj. zarzutu odstąpienia od umowy i kar umownych w przypadku nie wdrożenia jednego łącza Odwołujący podniósł, że Zamawiający zastrzega w par. 11 ust. 1 PPU, że „W przypadku, gdy w uruchomieniu Usługi Transmisji Danych - uchybienie terminowi wskazanemu w § 2 ust. 2 - przekroczy 14 dni, Zamawiający może odstąpić od Umowy w terminie do 30 dni, liczonych począwszy od 15-ego dnia zwłoki, bez wyznaczania Wykonawcy dodatkowego terminu”.

Dodatkowo w par. 8 ust. 2 pkt 5 PPU Zamawiający zastrzega, że: „w przypadku odstąpienia lub wypowiedzenia Umowy przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości 20% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 5 ust. 1”.

Postanowienia te są niezależne od tego, czy wykonawca zrealizował umowę, czy dotyczą jednej, czy wszystkich lokalizacji i w sposób nieuprawniony prowadzą do uprzywilejowania wykonawcy obecnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego.

Tylko ten wykonawca posiada niezbędną infrastrukturę, a w konsekwencji nie będzie musiał w cenie oferty uwzględnić ryzyk związanych z odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy na skutek braku wdrożenia łącza w jednej lokalizacji i zapłaty związanej z tym kary umownej.

W konsekwencji Odwołujący podniósł, że poprzez:

- Zbyt krótki termin wdrożenia,
- Wyłączenie możliwości (nawet tymczasowej) korzystania z łącza radiowych,
- Zastrzeżenie rażąco wygórowanych kar umownych nawet w przypadku, gdy umowa w większej części jest realizowana,
- Zastrzeżenie możliwości odstąpienia od umowy i zapłaty kar umownych z tego tytułu niezależnie od tego, czy umowa jest w większej części zrealizowana,

Tym samym Zamawiający w sposób nieuprawniony uprzywilejowuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi i utrudnia innym wykonawcom złożenie oferty w postępowaniu.

Informację o wniesieniu odwołania została opublikowana na stronie Zamawiającego i przekazana wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu za pośrednictwem platformy zakupowej <https://gddkia.eb2b.com.pl/> w dniu 16 kwietnia 2024 r.

W dniu 19 kwietnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Przystępującym”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 30 kwietnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości (z zastrzeżeniem zarzutów dot. prawa opcji – pkt I uzasadnienia);
2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą według przedłożonego na rozprawie rachunku;
3. przeprowadzenie dowodu z:
 - a) informacji ze strony Odwołującego do artykułu z dnia 30 czerwca 2021 r. tytuł: Jitter, opóźnienie, utrata pakietów – parametry transmisji danych, o których warto pamiętać, na okoliczności i fakty wskazane w treści uzasadnienia (odpowiedź na zarzuty 1.a) i 3. a));
 - b) informacji ze strony Odwołującego – sprawdź zasięg, na okoliczności i fakty wskazane w treści uzasadnienia (odpowiedź na zarzuty 1 a) i 3.a).

Odwołujący cofnął na posiedzeniu z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 6 maja

2024 r. zarzut 1 b) i 1 c) oraz 2 odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Nestia S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba dopuściła zawnioskowany przez Odwołującego i złożony w załączeniu do odwołania dowód, tj.: kopię ogłoszenia o zamówieniu.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Zamawiającego i złożone w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie dowody, tj.:

1. Pismo dotyczące zmiany treści SWZ z dnia 24.04.24 r.
2. Informację ze strony Odwołującego do artykułu z dnia 30 czerwca 2021 r. tytuł: Jitter, opóźnienie, utrata pakietów – parametry transmisji danych, o których warto pamiętać.
3. Informację ze strony Odwołującego – sprawdź zasięg.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Przystępującego i złożone w załączeniu do pisma procesowego dowody, tj.:

1. Tabela 1 – zestawienie lokalizacji – na okoliczność zbieżności lokalizacji w obecnym postępowaniu i uprzednio prowadzonym.
2. Tabela 1 – zestawienie lokalizacji – na okoliczność posiadania przez Orange sieci światłowodowej w 5 dodatkowych lokalizacjach wymaganych w postępowaniu.
3. Oferta Netia dla GDDKiA – na okoliczność wskazania w umowie terminu 150 dni na uruchomienie usług światłowodowej sieci WAN.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i złożone na rozprawie dowody, tj.:

1. SWZ dla Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej.
2. Wykaz postępowań dla innych podmiotów z Pzp.
3. Przykładowe zrzuty z Google map pokazujące usytuowanie problematycznych lokalizacji.
4. Przykładowa topologia sieci WAN/MPLS.
5. Korespondencja z innymi operatorami odnośnie lokalizacji GDDKiA z SWZ.
6. SWZ dla eToll – KAS.
7. SWZ dla Komendy Głównej Straży Granicznej.
8. SWZ dla NIK.
9. Opis czynności inwestycyjnych.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez Strony i Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Odwołujący cofnął na posiedzeniu zarzut nr 1 b) i 1 c) oraz zarzut nr 2 odwołania, tj. zarzutów: opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na niejednoznaczne opisanie zakresu prawa opcji z uwagi na brak określenia, o ile zostanie zwiększona przepustowość łącza i w jakich lokalizacjach, a także w jakich lokalizacjach będą uruchamiane nowe łącza, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 1 b), opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na niejednoznaczne określenie warunków skorzystania z prawa opcji, ze względu na to, że nie wiadomo, czy Zamawiający przewiduje prawo opcji, czy aneks do umowy, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 1 c) oraz opisanie prawa opcji w sposób nieprecyzyjny i za pomocą niejednoznacznych

postanowień umownych z uwagi na brak określenia okoliczności skorzystania z prawa opcji ze względu na to, że Zamawiający niezależnie od prawa opcji przewidział procedurę zawarcia aneksu do umowy, co sprawia, że wykonawca nie wie, czy zostało przewidziane prawo opcji, czy też zmiana umowy - co stanowi naruszenie art. 441 pkt 2 ustawy Pzp (zarzut nr 2). Wobec tego postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlega umorzeniu.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zastrzeżenie zbyt krótkiego czasu wdrożenia bez uwzględnienia czasu potrzebnego na zestawienie łączy światłowodowych przy jednoczesnym wyłączeniu możliwości korzystania, przynajmniej w okresie przejściowym, z łączy radiowych w paśmie koncesjonowanym (zarzut nr 1 a) odwołania) oraz zarzut opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję z uwagi na zastrzeżenie postanowień w sposób nieuprawniony uprzywilejowujących wykonawcę obecnie świadczącego usługi ze względu na zastrzeżenie zbyt krótkiego czasu wdrożenia bez uwzględnienia czasu potrzebnego na zestawienie łączy światłowodowych przy jednoczesnym wyłączeniu możliwości korzystania, przynajmniej w okresie przejściowym, z łączy radiowych w paśmie koncesjonowanym, co uprzywilejowuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi, gdyż nie musi on tworzyć nowej infrastruktury na potrzeby zamówienia (zarzut nr 3 a) odwołania) nie potwierdziły się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w SWZ - TOM III OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA wskazał m.in.:

„1. Przedmiot zamówienia

1.1. Wykonawca będzie świadczył dla Zamawiającego przez okres 48 miesięcy od dnia podpisania protokołu uruchomienia Usługi Transmisji Danych, Usługę Transmisji Danych w sieci WAN/MPLS, zbudowanej w oparciu o standard RFC 2547 BGP/MPLS w lokalizacjach i o przepustowości wskazanych w Załączniku nr 1 do OPZ – Wykaz Lokalizacji.

1.2. Wykonawca zobowiązany jest do uruchomienia Usługi Transmisji Danych we wszystkich lokalizacjach wskazanych w Załączniku nr 1 do OPZ – Wykaz Lokalizacji w terminie do 180 dni kalendarzowych od dnia zawarcia Umowy. (...).”

W Załączniku nr 1 do OPZ „Wykaz lokalizacji” wskazano 158 lokalizacji objętych przedmiotem tego zamówienia.

Zamawiający w SWZ – TOM I INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW WRAZ Z FORMULARZAMI, Rozdział Instrukcja dla Wykonawców (IDW), pkt 7. TERMIN REALIZACJI podał:

„7.1 Wykonawca zrealizuje przedmiot Umowy w następujących etapach:

1. Wykonawca zobowiązuje się do:

1) wykonania świadczenia Usługi Transmisji Danych w sieci WAN/MPLS, zbudowanej w oparciu o standard RFC 2547 BGP/MPLS w jednostkach organizacyjnych GDDKiA na wskazanym przez Zamawiającego poziomie SLA przez okres 48 miesięcy od dnia podpisania Protokołu odbioru uruchomienia usługi;

2) wykonania wdrożenia Usługi Transmisji Danych, prezentacji systemu monitorowania i przeprowadzenie instruktarzu dla co najmniej 10 osób wskazanych przez Zamawiającego, w zakresie jego użytkowania oraz zapewnienie Zamawiającemu dla co najmniej 10 osób stałego dostępu do systemu monitorowania i weryfikacji świadczenia usługi transmisji danych w terminie do 180 dni od dnia zawarcia Umowy;

3) wykonania i dostarczenie Projektu Technicznego w terminie do 30 dni od dnia zawarcia Umowy;

4) wykonania i dostarczenie harmonogramu wdrożenia Usługi Transmisji Danych w terminie do 30 dni od dnia zawarcia Umowy;

5) wykonania i dostarczenie dokumentacji powykonawczej w terminie do 30 dni od podpisania Protokołu uruchomienia usługi.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 99 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „*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.*”.

Oznacza to, że Zamawiający zobowiązany jest do jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia a do jego opisu wykorzystania precyzyjnych, szczegółowych i zrozumiałych dla wykonawców z danej branży określeń. Wykonawcy składający ofertę muszą bowiem wiedzieć jaki jest rzeczywisty zakres zamówienia, jego warunki oraz okoliczności, które mają wpływ na jego realizację. To bowiem na podstawie tego opisu dokonują obliczenia ceny za realizację zamówienia.

Zauważyć przy tym należy, że niemal każdy opis przedmiotu zamówienia może prowadzić pośrednio lub bezpośrednio do ograniczenia konkurencji, preferując jednych i dyskryminując innych wykonawców. Jednak konieczność

zachowania zasad wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych nie oznacza, że Zamawiający nie ma prawa opisać przedmiotu zamówienia w sposób, który będzie uwzględniał jego obiektywne potrzeby. Przeciwnie zachowanie zasad ustawy nie oznacza jednocześnie konieczności akceptacji przez Zamawiającego każdego świadczenia, nawet niezgodnego z jego uzasadnionymi potrzebami wyłącznie dlatego, że to zamówienie mógłby realizować szerszy krąg wykonawców.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający prowadzi postępowanie na realizację ściśle określonej usługi – usługi świadczenia usług operatora korporacyjnej sieci rozległej („WAN”). Jest to przy tym - jak słusznie podniósł Zamawiający - a czego wydaje się nie zauważać Odwołujący - budowa sieci usług a nie robota budowlana a do czego Odwołujący zamówienie to sprowadza.

Wykonawca w celu realizacji przedmiotowej usługi w każdej z lokalizacji zobowiązany jest do zastosowania wyłącznie infrastruktury światłowodowej. Zamawiający wyłączył bowiem możliwość zastosowania innych dostępnych technologii, w tym także możliwości korzystania nawet w okresie przejściowym z łączy radiowych w paśmie koncesjonowanym. To z kolei, w ocenie Odwołującego, wymusza na wykonawcach, którzy nie świadczą obecnie usług w sieci WAN przeprowadzenia dedykowanych do lokalizacji Zamawiającego robót budowlanych. Tymczasem pomija on okoliczność, że każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia ma możliwość skorzystania z łączy innego wykonawcy (np. w drodze dzierżawy) bądź też wystąpienia do Urzędu Komunikacji Elektronicznej o udostępnienie infrastruktury w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych. Oznacza to więc, że nawet jeśli na tym etapie postępowania Odwołujący nie uzyskał odpowiedzi od wykonawców dysponujących łączami w trudnych lokalizacjach na pytania dotyczące kosztów wydzierżawienia takich łączy to taka możliwość prawna faktycznie istnieje. Nie ma więc potrzeby wykonania niejako od podstaw całego procesu inwestycyjnego polegającego na budowie łączy światłowodowych. Żaden z potencjalnych wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie tego zamówienia nie posiada łączy we wszystkich wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach. Nie ma ich ani Przystępujący, ani też Odwołujący.

W obecnie prowadzonym postępowaniu, jak wskazali Zamawiający i Przystępujący, przedmiotem świadczenia usługi jest siedem nowych lokalizacji w stosunku do tych lokalizacji, w których obecnie ta usługa jest realizowana. Co więcej Przystępujący, wbrew twierdzeniom Odwołującego nie jest w żaden sposób wykonawcą uprzywilejowanym z uwagi chociażby na to, że obecnie świadczy na rzecz Zamawiającego tę usługę, gdyż wykonawca ten (Przystępujący) dzierżawi łącza do jej realizacji także od Odwołującego. Tak więc i ten wykonawca w stosunku do kilku z lokalizacji będzie musiał wydzierżawić łącza a może i nawet - na co zresztą Przystępujący wskazywał w toku rozprawy - wykonać budowę infrastruktury. A ponadto obojdwaj wykonawcy także realizowali bądź nadal realizują tego rodzaju usługę na rzecz tego Zamawiającego. Odwołujący analogiczną usługę świadczył bowiem w okresie wcześniejszym. Natomiast Przystępujący usługę tę aktualnie realizuje. Są więc w podobnej sytuacji jeśli chodzi o posiadanie łączy światłowodowych. Nie ma więc mowy o uprzywilejowaniu kogokolwiek.

Kolejna podnoszona przez Odwołującego kwestia dotyczy terminu na uruchomienie usługi w tym postępowaniu, który w ocenie Odwołującego już z uwagi na wyżej wskazane okoliczności jest zbyt krótki. Warto więc zauważyć, na co wskazali zgodnie Zamawiający i Przystępujący, że we wcześniej prowadzonym postępowaniu przez tego Zamawiającego wymagany wówczas termin nie stanowił problemu dla Odwołującego, mimo że wówczas termin wdrożenia usług objętych zamówieniem wynosił jedynie 150 dni a więc był krótszy niż obecnie wymagany (180 dni). W takim też terminie – terminie 150 dni uruchomienie usługi zaoferował Odwołujący, ale i faktycznie w tym terminie świadczenie tej usługi uruchomił i to w technologii światłowodowej a więc takiej, jak obecnie jest wymagana.

Wydłużenie terminu na wdrożenie usług do 420 dni z uwagi na to, że w przywołanych przez Odwołującego postępowaniach termin ten był dłuższy nie przesądza o konieczności wydłużenia tego terminu. Zamawiający bowiem wykazał, że także i Odwołujący analogiczną usługę świadczył już na jego rzecz w krótszym terminie. Tak więc posiadał lub dzierżawił infrastrukturę niezbędną do świadczenia usługi w technologii kablowej dla większości lokalizacji będących przedmiotem aktualnie prowadzonego postępowania (jedynie usługi dla dwóch lokalizacji świadczone były bowiem w ramach technologii radiowej).

Odwołujący kwestionując termin wskazywał również, że uruchomienie świadczenia usług wymaga 335 standardowych czynności, w tym aż 227 dni to dni przeznaczone na czynności związane z pozyskaniem decyzji urzędniczych.

Jego twierdzenia pozostają jednak w sprzeczności z terminem świadczenia usługi, który nie tylko, że deklarował we wcześniej prowadzonym postępowaniu, ale co więcej, w którym to terminie usługę tę sam uruchomił.

Odwołujący jako oczekiwany termin na rozpoczęcie świadczenia usługi wskazał na 420 dni, podkreślając konieczność przeprowadzenia dla dedykowanych lokalizacji Zamawiającego inwestycji budowlanych i odnosząc się niemal szczegółowo do całego procesu inwestycyjnego, który miałby wystąpić, pomijając całkowicie okoliczność, iż tego typu sytuacje – jak wykazał Zamawiający – jeśli będą miały miejsce to będą to sporadyczne sytuacje a realizacja usługi

będzie oparta na infrastrukturze już istniejącej.

Tak więc opis przedmiotu zamówienia i wymagania określone w tym postępowaniu przez Zamawiającego – jak zresztą wykazał - uwzględniają jego potrzeby w zakresie planowanego rozwoju i zmian architektury sieci, obsługi i zabezpieczenia ruchu w ramach wewnętrznych sieci w lokalizacjach Zamawiającego w celu między innymi zwiększenia bezpieczeństwa sieci. Co więcej w aktualnej sytuacji geopolitycznej wykluczenie technologii radiowej ma na celu zwiększenie niezawodności i ciągłości działania krytycznych usług w infrastrukturze Zamawiającego. Rezygnacja z możliwości korzystania w okresie przejściowym z łączy radiowych w paśmie koncesjonowanym wynika bowiem z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.

Dlatego też Izba uznała, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Zarzuty naruszenia art. 99 ust. 4 i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez:

- „Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję z uwagi na zastrzeżenie postanowień w sposób nieuprawniony uprzywilejowujących wykonawcę obecnie świadczącego usługi ze względu na zastrzeżenie zbyt wygórowanych kar umownych za opóźnienie wdrożenia jednego łącza liczonych od wszystkich łączy mimo, iż pojedyncze łącze ze względu na topologię sieci Zamawiającego nie wpływa na inne łącza, co uprzywilejowuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi, gdyż albo w ogóle nie ponosi on tych ryzyk, albo są one dla niego o wiele mniejsze (zarzut nr 3 b odwołania);
- Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję z uwagi na zastrzeżenie postanowień w sposób nieuprawniony uprzywilejowujących wykonawcę obecnie świadczącego usługi ze względu na zastrzeżenie możliwości odstąpienia od umowy i rażących kar umownych z tego tytułu w przypadku niewdrożenia nawet jednego łącza przez wykonawcę co uprzywilejowuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi, gdyż albo w ogóle nie ponosi on tych ryzyk, albo są one dla niego o wiele mniejsze”. (zarzuty nr 3 c) odwołania)

oraz zarzut naruszenia art. 433 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie kar umownych za prawidłowe wykonanie umowy ze względu na naliczanie kary umownej od wszystkich łączy za przekroczenie terminu wdrożenia łączy, nawet w przypadku, gdy przekroczenie terminu dotyczy jednego łącza, a wszystkie pozostałe zostały wdrożone w sposób prawidłowy (zarzut nr 4 odwołania) nie potwierdziły się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w załączeniu do umowy zamieścił „Projektowane postanowienia do umowy” - § 8 KARY UMOWNE

„1. Strony ponoszą odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Przedmiotu Umowy na zasadach określonych w Umowie i przepisach powszechnie obowiązującego prawa.

2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

- 1) w przypadku zwłoki w terminie, o którym mowa w § 2 ust. 2, w wysokości 2 % wynagrodzenia netto, określonego w § 5 ust. 2 Umowy za każdy dzień zwłoki;
- 2) w przypadku zwłoki w terminie, o którym mowa w § 2 ust. 3, 4, 5, w wysokości 500 zł (słownie: pięćset złotych) za każdy dzień przekroczenia terminu;
- 3) za przekroczenie dopuszczalnego łącznego czasu niedostępności Usługi Transmisji Danych w okresie roku, liczonego odrębnie dla każdej lokalizacji według następujących zasad:
 - a. dla kategorii SLA A – za pierwsze i każde kolejną rozpoczętą godzinę ponad dopuszczalny czas niedostępności Usługi Transmisji Danych – 1000 zł (słownie: tysiąc złotych),
 - b. dla kategorii SLA B – za pierwsze i każde kolejną rozpoczętą godzinę ponad dopuszczalny czas niedostępności Usługi Transmisji Danych – 600 zł (słownie: sześćset złotych),
 - c. dla kategorii SLA C – za pierwsze i każde kolejną rozpoczętą godzinę ponad dopuszczalny czas niedostępności Usługi Transmisji Danych – 400 zł (słownie: czterysta złotych),
 - d. dla kategorii SLA D – za pierwsze i każde kolejną rozpoczętą godzinę ponad dopuszczalny czas niedostępności Usługi Transmisji Danych – 300 zł (słownie: trzysta złotych);
- 4) za przekroczenie dopuszczalnego czasu usunięcia pojedynczej awarii/innej nieprawidłowości/obniżenia parametrów, w tym przepustowości poniżej wartości określonych w OPZ, odrębnie dla każdej Usługi Transmisji Danych według następujących zasad:
 - a. dla kategorii SLA A – za pierwsze i każde kolejną rozpoczętą godzinę ponad dopuszczalny czas niedostępności Usługi Transmisji Danych – 500 zł (słownie: pięćset złotych),
 - b. dla kategorii SLA B – za pierwsze i każde kolejną rozpoczętą godzinę ponad dopuszczalny czas niedostępności Usługi Transmisji Danych – 300 zł (słownie: trzysta złotych),
 - c. dla kategorii SLA C – za pierwsze i każde kolejną rozpoczętą godzinę ponad dopuszczalny czas niedostępności Usługi Transmisji Danych – 200 zł (słownie: dwieście złotych),

- d. dla kategorii SLA D – za pierwsze i każde kolejną rozpoczętą godzinę ponad dopuszczalny czas niedostępności Usługi Transmisji Danych – 100 zł (słownie: sto złotych);
- 5) w przypadku odstąpienia lub wypowiedzenia Umowy przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości 20% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 5 ust. 1;
- 6) za naruszenie postanowień § 14 skutkujące ujawnieniem informacji poufnych – w kwocie 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) za każdy przypadek naruszenia;
- 7) z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia w związku z dokonaną waloryzacją wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy, o której mowa w § 16 ust. 7, w wysokości 500 zł (słownie: pięćset złotych) za każde takie zdarzenie.
3. Zamawiający może potrącić kary umowne także z niewymagalnego wynagrodzenia Wykonawcy, na co Wykonawca wyraża zgodę.
4. Zamawiający zastrzega sobie prawo do dochodzenia od Wykonawcy odszkodowania uzupełniającego, przewyższającego wysokość kary umownej do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody oraz utraconych korzyści.
5. Postanowienia dotyczące kar umownych obowiązują dalej pomiędzy Stronami także w przypadku odstąpienia od Umowy przez którąkolwiek ze Stron.
6. Łączna maksymalna wysokość wszystkich kar umownych należnych Zamawiającemu nie przekroczy 30% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 5 ust. 1.
7. Wykonawca jest zobowiązany do uregulowania nałożonej kary umownej w terminie 7 dni od dnia otrzymania noty obciążeniowej. Po bezskutecznym upływie terminu płatności, Zamawiający zastrzega sobie prawo do potrącenia kar umownych z wynagrodzenia Wykonawcy, w tym wynagrodzenia niewymagalnego, lub z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, na co Wykonawca wyraża zgodę.
8. W innych wypadkach niż wskazane w ust. 7 kara umowna będzie płatna w terminie 14 dni od dnia doręczenia Wykonawcy żądania zapłaty.
9. Wypowiedzenie lub odstąpienie od Umowy nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku zapłaty naliczonych kar umownych.
10. Żadna ze Stron nie będzie ponosić odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie, w tym opóźnienie w wykonaniu, zobowiązań określonych w Umowie spowodowane siłą wyższą. W przypadku wystąpienia siły wyższej, Strona dotknięta jej działaniem niezwłocznie poinformuje pisemnie o tym drugą Stronę. W takim przypadku Strony uzgodnią tryb dalszego postępowania, w celu usunięcia skutków działania siły wyższej i doprowadzenia do realizacji Umowy zgodnie z jej treścią i celami.
11. Naliczenie kar umownych nie zwalnia Wykonawcy z należytego wykonania zobowiązań wynikających z Umowy.
12. Zamawiający jest uprawniony do naliczenia kar umownych niezależnie od siebie.”.

Z kolei odstąpienie od umowy uregulowani w § 11 Odstąpienie od Umowy

„1. W przypadku, gdy w uruchomieniu Usługi Transmisji Danych - uchybienie terminowi wskazanemu w § 2 ust. 2 - przekroczy 14 dni, Zamawiający może odstąpić od Umowy w terminie do 30 dni, liczonych począwszy od 15-ego dnia zwłoki, bez wyznaczania Wykonawcy dodatkowego terminu.

2. Zamawiający może odstąpić od Umowy, gdy łączna wysokość kar umownych należnych Zamawiającemu osiągnie limit wskazany w § 8 ust. 6, w terminie 30 dni, od osiągnięcia limitu wskazanego

3. W przypadku odstąpienia od Umowy, Zamawiający zobowiązany jest do zapłaty wynagrodzenia należnego z tytułu należytego wykonania części Przedmiotu Umowy.

4. Odstąpienie od Umowy nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku zapłaty naliczonych kar umownych.

5. Odstąpienie od Umowy wymaga zachowania formy pisemnej lub w formy elektronicznej pod rygorem nieważności.

6. Postanowienia niniejszego paragrafu nie ograniczają prawa Zamawiającego do odstąpienia od Umowy na podstawie przepisów powszechnie obowiązujących, w szczególności przepisów Kodeksu cywilnego (dalej jako Kc) oraz Pzp.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 99 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.”.

Z kolei art. 16 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (...);”

Oznacza to, że art. 99 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis ten określa bowiem sposób realizacji zasady zachowania uczciwej konkurencji przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia i uregulowanej w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Nie można więc opisać przedmiotu zamówienia w sposób, który preferuje konkretnego wykonawcę lub produkt. Zapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji przez Zamawiającego oznacza bowiem stworzenie warunków umożliwiających

wykonawcom konkutowanie między sobą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na uczciwych zasadach.

Postanowieniami, które eliminują określone produkty i określonych wykonawców mogą być takie, które w sposób inny niż odpowiadający zobiektywizowanym i rzeczywistym potrzebom zakupowym Zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań, prowadzą do niemożności złożenia oferty przez określone grupy wykonawców.

Niemniej jednak Zamawiający nie jest zobowiązany do zapewnienia udziału w postępowaniu wszystkim potencjalnym wykonawcom w tej branży rynku, która odpowiada przedmiotowi zamówienia.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Odwołujący zakwestionował zarówno wysokość kar umownych, które - w jego ocenie - są zbyt wygórowane za opóźnienie wdrożenia jednego łącza liczonych od wszystkich łączy mimo, iż pojedyncze łącze ze względu na topologię sieci Zamawiającego nie wpływa na inne łącza. Wskazał także na uprzywilejowanie wykonawcy obecnie świadczącego usługi. I tylko takie argumenty Odwołujący podniósł. Odwołujący zażądał przy tym zmiany naliczania kar umownych za niewdrożenie łączy w wymaganym terminie od ilości łączy, w których nie zostały wdrożone na czas łącza, a nie od ogólnej liczby łączy, których dotyczy postępowanie.

Wobec powyższego podkreślić należy, że kara umowna jest instytucją pełniącą funkcję swego rodzaju zadośćuczynienia bądź naprawienia szkody spowodowanej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań umownych. Stosuje się ją w przypadku zobowiązań niepieniężnych, kiedy jedna ze stron deklaruje staranną realizację świadczenia.

W niniejszym stanie faktycznym świadczenie usług operatora korporacyjnej sieci rozległej WAN ma dla Zamawiającego znaczenie strategiczne, ponieważ dotyczy infrastruktury krytycznej oraz bezpieczeństwa publicznego, w tym bezpieczeństwa uczestników ruchu drogowego na drogach krajowych. Uruchomienie usługi Transmisji Danych – jak wskazał Zamawiający - stanowi bowiem jedną spójną usługę obejmującą wszystkie lokalizacje Zamawiającego, które zostały wyszczególnione w SWZ. Nie ma więc możliwości uruchomienia usługi Transmisji Danych pojedynczo dla poszczególnych lokalizacji, gdyż nie spełniał to podstawowych potrzeb Zamawiającego. Dlatego też Zamawiający przewidział kary umowne za ewentualne przekroczenia terminu wdrożenia tej usługi (usługi Transmisji Danych) jako całości. Jest to bowiem kluczowe dla zapewnienia sprawnego funkcjonowania systemu, zadowolenia użytkowników oraz bezpieczeństwa infrastruktury i skutkować może konsekwencjami braku całkowitego dostępu do zasobów Zamawiającego, co może z kolei całkowicie uniemożliwić bądź utrudnić realizację zadań danej jednostki. Jako przykład takiej właśnie sytuacji Zamawiający wskazał hipotetyczną sytuację braku wdrożenia przez wykonawcę usługi tylko w jednej lokalizacji, a tą lokalizacją byłaby lokalizacja Centrali GDDKiA w Warszawie przy ul. Wroniej 53, która jest głównym punktem styku sieci WAN Zamawiającego. W takim przypadku niedostępność usługi w tej lokalizacji spowodowałaby, że jej wdrożenie we wszystkich pozostałych lokalizacjach nie miałoby sensu, ponieważ bez wdrożenia usługi WAN w Centrali pozostałe lokalizacje WAN nie będą mogły poprawnie funkcjonować i korzystać z zasobów z sieci WAN.

Z kolei wysokość kar umownych ustalonych przez Zamawiającego odpowiada rekomendacjom Prokuraturii Generalnej, tj. przygotowanym przez tę instytucję kompleksowych wskazówek dotyczących zastrzegania kar umownych.

A ponadto ich wysokość jest niższa niż wysokość kar umownych, które w odniesieniu do analogicznych sytuacji przewidziane były we wcześniej prowadzonych postępowaniach.

Kolejnym zarzutem, który podniósł Odwołujący jest zarzut naruszenia art. 433 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: (...) 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;”.

Przepis ten stanowi, że niedozwolonym postanowieniem umownym jest naliczanie kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

Niewątpliwym jest przy tym, że Zamawiający jest uprawniony do kształtowania postanowień dotyczących kar umownych zgodnie z potrzebami i wymaganiami związanymi z celem, specyfiką i wielkością zamówienia. Postanowienia te jednocześnie powinny być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i ewentualnego uszczerbku, jakiego może doznać zamawiający wskutek niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Odwołujący poza odwołaniem się do argumentów odnoszących się terminu wdrożenia usługi, wyłączenia możliwości korzystania z łączy radiowych oraz wskazania na naliczanie rażąco wygórowanych kar umownych bądź też odstąpienia od umowy nawet w przypadku, gdy umowa w większej części jest realizowana, nie przedstawił żadnych argumentów uzasadniających nie tylko postawiony zarzut, ale i złożony wniosek. Nie przedstawił żadnych dowodów okoliczność tę uzasadniających.

To Zamawiający wykazał zasadność wprowadzenia do projektu umowy postanowień dotyczących odstąpienia od umowy, uzasadniając powyższe znaczeniem przyjętego przez niego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi. Wykonanie zobowiązania przez wykonawcę po upływie wymaganego SWZ terminu, nawet co do jednego łącza, nie ma dla Zamawiającego znaczenia ze względu na właściwość przedmiotu umowy oraz zamierzony przez niego i

wskazywany wyżej cel umowy.

Dlatego też Izba uznała, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2) lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: