Sygn. akt: KIO 36/16 KIO 37/16
KIO 38/16

WYROK

z dnia 26 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Marek Szafraniec

Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 stycznia 2016 r. przez:

A. wykonawcę **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa (KIO 36/16)**
B. wykonawcę **T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa (KIO 37/16)**
C. wykonawcę **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa (KIO 38/16)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Apelacyjny w Krakowie, reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej, ul. Farmaceutów 2, 31-463 Kraków**

przy udziale:

1) wykonawcy **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 37/16 i KIO 38/16 po stronie odwołującego

---

2) wykonawcy **T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 36/16 i KIO 38/16 po stronie odwołującego
3) wykonawcy **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 36/16 i KIO 37/16 po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołania

2. kosztami postępowania obciąża: wykonawcę **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa,** wykonawcę **T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** i wykonawcę **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa,** wykonawcę **T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** i wykonawcę **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** tytułem należnych wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2015 poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie.**

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

Sygn. akt: KIO 36/16
KIO 37/16
KIO 38/16

Uzasadnienie

Sąd Apelacyjny w Krakowie, reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej (dalej: „Zamawiający") prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Świadczenie *usług telefonii stacjonarnej wraz z dzierżawą systemów telekomunikacyjnych na rzecz sądów powszechnych".* Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej: „ustawa *Pzp".* Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 2 stycznia 2016 r. pod nr 2016/S 001-000697.

W postępowaniu tym w dniu 12 stycznia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wykonawcy: Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Netia"), T-Mobile S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „T-Mobile") i Orange S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Orange") złożyli odwołania (odpowiednio: KIO 36/16, KIO 37/16 i KIO 38/16). Kopie odwołań zostały przekazane Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołania dotyczą treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ"), która została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 2 stycznia 2016 r

Zamawiający kopie odwołań wraz z wezwaniem do przyłączenia się do postępowań odwoławczych zamieścił na swojej stronie internetowej w dniu 14 stycznia 2016 r. Do Prezesa Izby w dniu 18 stycznia 2016 r. wpłynęły zgłoszenia przystąpień do wszystkich trzech postępowań odwoławczych złożone przez:

1) wykonawcę T-Mobile i wykonawcę Orange, zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 36/16 po stronie Odwołującego,
2) wykonawcę Netia i wykonawcę Orange, zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 37/16 po stronie Odwołującego,
3) wykonawcę Netia i wykonawcę T-Mobile, zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 38/16 po stronie Odwołującego.

Kopie przystąpień zostały przekazane stronom postępowań odwoławczych.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalno prawnych związanych z wniesionym odwołaniami skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 21 stycznia 2016 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołanie Netia (KIO 36/16)

Odwołujący Netia zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez dopuszczenie w § 8 ust. 2 pkt 4 projektu umowy w SIWZ do dowolnej modyfikacji postanowień umowy w zakresie zmiany technologii świadczenia usług i sposobu kierowania ruchu telekomunikacyjnego.

Wykonawca Netia wskazał, że analiza SIWZ w niniejszym postępowaniu prowadzi do wniosków, że obie zasady wyrażone w ustawie Pzp nie zostały zachowane, gdyż postanowienia SIWZ, zdaniem Netia, prowadzić mogą do wykluczenia konkurencyjnych

wykonawców. Powołał się na przepis art. 7 i 29 ustawy Pzp. Według Netia w wersji postanowienia SIWZ zaproponowanego przez Zamawiającego uprawnienia wykonawcy do świadczenia usług w zakresie wskazanym w umowie zostają poważnie ograniczone. Przede wszystkim Zamawiający wprowadza możliwość dowolnej modyfikacji zakresu świadczonej usługi bez wskazania jakichkolwiek powodów, a wyłączną przesłanką do dokonania tej zmiany jest wola Zamawiającego. Podkreślił, że z jednej strony Zamawiający gwarantuje wykonawcy świadczenie przez niego usług przez określony w umowie czas (§ 4 projektu umowy do SIWZ), z drugiej zaś strony dopuszcza zakończenie świadczenia usług przed czasem i jego zdaniem nie można wykluczyć, że zmiana technologii świadczonych usług oraz kierowania ruchu telekomunikacyjnego z obecnych łączy na inne nie objęte umową może nastąpić w każdym czasie i może dotyczyć wszystkich łączy. Wykonawca w postępowaniu jego zdaniem nie ma żadnej gwarancji, że Zamawiający nie skorzysta z tego prawa i przeniesie numerację do innego operatora, a co więcej, propozycja Zamawiającego nie pozostawia w tym względzie żadnych możliwości odmowy przez wykonawcę, bo Zamawiający w ostatnim zdaniu tego postanowienia wprowadza obowiązek zobowiązania wykonawcy do wyrażenia zgody na zmianę umowy. Według Netia wykonawca

przystępując do realizacji umowy zawartej na czas określony powinien mieć możliwość jej wykonania w takim zakresie, na jaki strony umowy się umówiły, a więc co do technologii, lokalizacji, numeracji, liczby łączy, a jest to o tyle istotne przy usługach telekomunikacyjnych, że w związku z zawarciem umowy każdy operator telekomunikacyjny ponosi określone koszty i przy konstruowaniu oferty dla Zamawiającego bierze pod uwagę te koszty i czas trwania zobowiązania. W ten sposób obie strony umowy ustalają przejrzyste i jasne kryteria świadczenia usług. Propozycja Zamawiającego według Netia zaburza te kryteria i powoduje, że wykonawca nie osiągnie zakładanego przychodu, a przede wszystkim wprowadza nierówność stron umowy. Wykonawca Netia podkreślił, że Zamawiający wprowadza do umowy jej zmiany w taki sposób, że zamierza przenosić usługi do innego podmiotu, który być może zapewni korzystniejsze warunki świadczenia usług, co podważa sens przeprowadzenia postępowania przetargowego i wyboru najkorzystniejszej oferty. W ocenie Netia Zamawiający dopuszcza w niniejszym postępowaniu w okresie obowiązywania umowy o udzielenie zamówienia publicznego występowanie do innych operatorów telekomunikacyjnych z zapytaniem ofertowym dotyczącym usług świadczonych przez wykonawcę, a w przypadku gdy oferta ta okaże się korzystniejsza daje sobie prawo do przeniesienia części usług do nowego operatora. Podkreślił, że zmiana umowy musi mieć uzasadnienie i nie może być dowolna, a przewidziane przypadki zmiany umowy nie mogą być całkowicie dowolne i pozwalać na radykalną zmianę umowy w stosunku do treści oferty i nie powinny to być przypadki pozwalające Zamawiającemu na dokonywanie zmian uzależnionych tylko od jego chęci i woli. W ocenie Netia należy przyjąć, że katalog dopuszczalnych do przewidzenia zmian powinien ograniczać się tylko do takich, które mogą okazać się niezbędne na skutek okoliczności niemożliwych wcześniej do przewidzenia i powinien to być katalog, który pozwoli na dokonywanie zmian w sytuacjach nadzwyczajnych, wymagających dokonania zmiany umowy, bez której ta nie mogłaby zostać prawidłowo zrealizowania, natomiast możliwość zmiany umowy nie powinna być utożsamiana z możliwością wszelkiej ingerencji, np. w przedmiot zamówienia czy wysokość wynagrodzenia. Wykonawca Netia na poparcie swojego stanowiska powołał się na wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2014 r. (KIO 24/14). Według Netia pozostawienie tego postanowienia w takiej treści niesie za sobą ryzyko, że wykonawca pomimo zawartej umowy nie będzie świadczył usług, które Zamawiający przeniesie do innego operatora i tym samym nie będzie otrzymywał wynagrodzenia z tego tytułu. Jego zdaniem istnieje możliwość, że mimo obowiązywania umowy, wykonawca pozostanie wyłącznie z kosztami, które poniósł na uruchomienie łączy POTS/BRA/SIP Trunk, integrację platformy komunikacyjnej z systemem taryfikacyjnym Zamawiającego. Podkreślił, że nie neguje prawa Zamawiającego do zmiany umowy, ale zmiany tej umowy muszą się odbywać w ramach tej umowy, a nie

dotyczyć innych umów zawieranych przez Zamawiającego, a ponadto, zgodę na takie zmiany muszą wyrazić obie strony. Niedopuszczalne jest zatem jego zdaniem wprowadzanie do umowy zobowiązania wykonawcy do wyrażania blankietowej zgody na zmianę umowy

i zmniejszenie zakresu świadczenia usług, a ustawa Pzp nie zabrania korygowania umów, ale nakazuje to robić w sposób całkowicie przejrzysty.

Mając na uwadze powyższe, wykonawca Netia wniósł o modyfikację tego postanowienia i przyjęcia następującego brzmienia:

„4) zmiany przez jednostki sądownictwa:

i. lokalizacji, likwidacji i modernizacji istniejących, lub budowy nowych obiektów sądowych,

dalsze świadczenie przez Wykonawcę usług dla tych jednostek sądownictwa, których ww. zmiany dotyczą, będzie możliwe na wniosek Zamawiającego, pod warunkiem potwierdzenia przez Wykonawcę, istnienia możliwości technicznych realizacji usług w danej lokalizacji oraz akceptacji przez jednostki sądownictwa ewentualnego dodatkowego wynagrodzenia związanego z przeniesieniem usług, o ile wystąpi konieczność poniesienia dodatkowych kosztów przez Wykonawcę i zostaną one przez niego udokumentowane."

2. art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 7, 14, 29 ustawy Pzp i w zw. z art. 159 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, poprzez wprowadzenie w Załączniku nr 6 (pkt 8 ppkt h) wymagania, aby w rekordzie CDR generowanym przez platformę znajdowała się m.in. informacja o numerze zewnętrznym, który generował połączenie do Zamawiającego.

Wykonawca Netia podkreślił, że w ramach granic swobody umów strony umowy mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania byleby jego treść nie sprzeciwiała się m.in. ustawie i to ograniczenie swobody umów w postaci ustawy dotyczy ustaw z każdej gałęzi prawa. Wskazał, że ustawodawca nie przewidział możliwości udostępnienia abonentowi danych dotyczących połączeń przychodzących i żądanie takie jest sprzeczne z art. 159 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171 poz. 1800), który tajemnicą telekomunikacyjną obejmuje dane dotyczące użytkownika, treść indywidualnych komunikatów, dane transmisyjne, dane o lokalizacji oraz dane o próbach uzyskania połączenia między zakończeniami sieci. Podkreślił, że art. 159 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego wprost stanowi, że ujawnianie lub przetwarzanie treści albo danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną narusza obowiązek zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej, zaś obowiązanym do zachowania takiej tajemnicy jest podmiot w wykonywaniu (art. Prawa uczestniczący działalności telekomunikacyjnej 160 telekomunikacyjnego). Wskazał, że zgodnie z art. 80 Prawa telekomunikacyjnego abonentowi wykaz wykonanych usług przysługuje wyłącznie telekomunikacyjnych zawierający informację o zrealizowanych płatnych połączeniach z podaniem dla każdego

typu połączeń, liczby jednostek rozliczeniowych odpowiadającej wartości zrealizowanych przez abonenta połączeń i Prawo telekomunikacyjne nie daje abonentowi uprawnienia do otrzymywania wykazu połączeń realizowanych do abonenta, zaś podmiotami uprawnionymi do uzyskania danych dotyczących użytkownika końcowego inicjującego połączenie są wyłącznie podmioty wskazane w art. 180d Prawa telekomunikacyjnego. Zgodnie z tym przepisem, przedsiębiorcy telekomunikacyjni są obowiązani m.in. do utrwalania oraz do udostępniania takich danych uprawnionym podmiotom (m.in. Policji, Straży Granicznej czy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego) na własny koszt, a także sądowi i prokuratorowi, na zasadach i przy zachowaniu procedur określonych w przepisach odrębnych. Podniósł, że żądanie spełnienia wymagań Zamawiającego w zakresie przekazywania informacji o numerze zewnętrznym, który generował połączenie do Zamawiającego może narazić wykonawcę na obowiązek zapłaty kary pieniężnej. W tym zakresie przywołał art. 209 ust. 1 pkt 24 Prawa telekomunikacyjnego.

Mając na uwadze powyższe wykonawca Netia wniósł o usunięcie pkt 8 h) z Załącznika nr 6 w zakresie, jakim Zamawiający wymaga, aby w rekordzie CDR generowanym przez platformę znajdowała się informacja o numerze zewnętrznym, który generował połączenie do Zamawiającego.

W toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania wykonawca Netia złożył oświadczenie o niepodtrzymywaniu zarzutu nr 2 odwołania i podtrzymywaniu w dalszym ciągu zarzutu nr 1.

W toku rozprawy wykonawca Netia podtrzymał swoje stanowisko.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego Netia,

wykonawca T-Mobile i wykonawca Orange poparli Odwołującego i wnieśli o uwzględnienie odwołania.

Odwołanie T-Mobile (KIO 37/16)

Wykonawca T-Mobile wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ. Wskazał na naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób

niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie, w jakim w rozdziale II SIWZ Zamawiający gwarantuje każdemu wykonawcy wybranemu w ramach postępowania, do świadczenia usług telekomunikacji stacjonarnej przypisanej dla danej jego części, jedynie minimum 35 dni kalendarzowych, na wykonanie niezbędnych prac związanych z przygotowaniem infrastruktury wykonawcy do świadczenia usług telekomunikacyjnych wraz z ewentualną dostawą systemów telekomunikacyjnych, ich zainstalowaniem, uruchomieniem i przeprowadzeniem testów (pkt 2 ppkt 2.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ") oraz § 4 ust. 4 wzoru umowy).

2. art. 353 (1) KC w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez sporządzenie załącznika nr 7 do SIWZ wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim:
   a) ceny ofertowe abonamentów dostarczonych łączy będących przedmiotem umowy, nie mogą być wyższe, niż ceny abonamentów tych łączy, wynikające z Cennika/ów wykonawcy dołączonego/ych do jego oferty (§ 2 ust. 9 wzoru umowy);
   b) Zamawiający może odstąpić od umowy z winy wykonawcy ze skutkiem natychmiastowym, gdy w wyniku wszczętego postępowania egzekucyjnego nastąpiło zajęcie całego majątku wykonawcy lub znacznej jego części lub złożony został wniosek o ogłoszenie upadłości wykonawcy, o czym wykonawca zobowiązuje się powiadomić Zamawiającego następnego dnia roboczego po otrzymaniu zawiadomienia o zajęciu albo po złożeniu wniosku lub powzięciu wiadomości o takim wniosku (§ 4 ust. 2 pkt 5 wzoru umowy);
   c) Zamawiający nie przewidział procedury reklamacyjnej uprawniającej wykonawcę do zakwestionowania zasadności nałożenia kary umownej (§ 6 wzoru umowy);
   d) nie określono maksymalnej wysokości kar umownych, do których zapłaty zobowiązany może być wykonawca (§ 6 wzoru umowy);
   e) zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany zawartej umowy w sytuacji, gdy w przypadkach określonych w postanowieniu § 8 ust. 2 pkt 5 ppkt (i) lub (ii), kiedy sąd powszechny, na rzecz którego usługi objęte niniejszą umową, nie mogą być świadczone przez wykonawcę lub takiemu sądowi została przedstawiona oferta innego operatora, który nie wymaga dodatkowych kosztów wymaganych przez wykonawcę; w takiej sytuacji wykonawca zobowiązuje się wyrazić zgodę na zmianę umowy, polegająca na zakończeniu świadczenia przez niego usług dla takiej lokalizacji, z dniem

wskazanym przez Zamawiającego bez określenia maksymalnego pułapu takich zmian (§ 8 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy oraz rozdział VI pkt 6 ppkt 6.2.4 SIWZ).

3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia wniesionego odwołania.

Odwołujący T-Mobile wobec powyższego wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie

Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ poprzez:

1. zagwarantowanie każdemu wykonawcy wybranemu w ramach postępowania, do świadczenia usług telekomunikacji stacjonarnej przypisanej dla danej jego części, minimum 90 dni kalendarzowych, na wykonanie niezbędnych prac związanych z przygotowaniem infrastruktury wykonawcy do świadczenia usług telekomunikacyjnych wraz z ewentualną dostawą systemów telekomunikacyjnych, ich zainstalowaniem, uruchomieniem i przeprowadzeniem testów (pkt 2 ppkt 2.1 OPZ oraz § 4 ust. 4 wzoru umowy);
2. wykreślenie § 2 ust. 9 wzoru umowy;
3. wykreślenie § 4 ust. 2 pkt 5 wzoru umowy;
4. wprowadzenie do § 6 wzory umowy postanowienia, zgodnie z którym każdorazowe naliczenie kar umownych przewidzianych w umowie zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz ustalenie istnienia przesłanek naliczenia kar umownych;
5. wprowadzenie do § 6 wzory umowy maksymalnego procentowego lub kwotowego pułapu kar umownych w stosunku do wypłaconego wykonawcy wynagrodzenia, do których zapłaty zobowiązany może być wykonawca;
6. modyfikację § 8 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy oraz rozdział VI pkt 6 ppkt 6.2.4 SIWZ, poprzez wskazanie dla każdej z części zamówienia zakresu procentowego lub konkretnej liczby lokalizacji, co do których w ciągu całego okresu obowiązywania umowy zastosowanie wykonawca zobowiązany będzie do wyrażenia zgody na zmianę umowy, polegającą na zakończeniu świadczenia przez niego usług dla danej lokalizacji.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca T-Mobile co do zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia przywołał dyspozycję art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślił, że Zamawiający, formułując wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia winien kierować się celem, jakiemu zamawiane produkty mają służyć i każde wymaganie ma

---

znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, co jego zdaniem potwierdza orzecznictwo (przywołał wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1734/09; wyrok KIO z dnia 18 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1240/08, orzeczenie z dnia 23 kwietnia 2009 r. Głównej Komisji Orzekającej BDF1/4900/22/21/09/726). Wykonawca T-Mobile wskazał, że zgodnie z pkt 2 ppkt 2.1 OPZ, Zamawiający gwarantuje każdemu wykonawcy wybranemu w ramach postępowania, do świadczenia usług telekomunikacji stacjonarnej przypisanej dla danej jego części, minimum 35 dni kalendarzowych, na wykonanie niezbędnych prac związanych z przygotowaniem infrastruktury wykonawcy do świadczenia usług telekomunikacyjnych wraz z ewentualną dostawą systemów telekomunikacyjnych, ich zainstalowaniem, uruchomieniem i przeprowadzeniem testów, a bieg ww. terminu rozpoczyna się z chwilą przekazania wykonawcy podpisanego egzemplarza umowy przez Zamawiającego i powyższy termin może ulec skróceniu za zgodą wybranego wykonawcy i Zamawiającego. Analogiczne postanowienie znajduje się w § 4 ust. 4 wzoru umowy. Podkreślił, że przewidziany przez Zamawiającego termin jest terminem zbyt krótkim, biorąc pod uwagę zarówno zakres zamówienia, przede wszystkim liczbę lokalizacji, jak i zakres prac, które wykonawca zobowiązany jest wykonać przed rozpoczęciem świadczenia usług. Wskazał, że postępowanie zostało podzielone na 12 części i obejmuje ok. 380 jednostek i Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych. Jego zdaniem przy tak dużej liczbie jednostek i tak szerokim zakresie czynności, które musi zrealizować wykonawca przed rozpoczęciem świadczenia usług (zapewnienie odpowiedniej infrastruktury w tym położenia kabli w określonych lokalizacjach, dostawa systemów telekomunikacyjnych zainstalowanie, uruchomienie i przeprowadzenie testów) przewidziany przez Zamawiającego termin 35 kalendarzowych jest terminem zbyt krótkim, który uniemożliwia wykonawcy należyte przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia usług. Zauważył też, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w 2014 r. na ten sam przedmiot zamówienia, Zamawiający gwarantował każdemu wykonawcy wybranemu w ramach postępowania, do świadczenia usług telekomunikacji stacjonarnej przypisanej dla danej jego części, minimum 75 dni kalendarzowych, na wykonanie niezbędnych prac związanych

z przygotowaniem infrastruktury wykonawcy do świadczenia usług telekomunikacyjnych (rozdział II pkt 2 ppkt 2.1 SIWZ obowiązującej w postępowaniu na „Świadczenie usług telefonii stacjonarnej wraz z dzierżawą systemów telekomunikacyjnych dla jednostek organizacyjnych sądownictwa powszechnego", znak sprawy: ZP-08/2014 prowadzonym przez Zamawiającego w 2014 r.). Wskazane postępowanie podzielone było na 26 części, ale nie obejmowało sądów z apelacji krakowskiej i wrocławskiej, które zostały ujęte w obecnie prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu. Według T-Mobile skrócenie przez

Zamawiającego okresu na wykonanie prac związanych z przygotowaniem do świadczenia usług z 75 dni (postępowanie z 2014 r.) do 35 dni (postępowanie aktualne) przy jednoczesnym faktycznym rozszerzeniu przedmiotu zamówienia nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego i prowadzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskazał, że przygotowanie własnej infrastruktury (takie jak np. zestawienie łączy, rozprowadzenie infrastruktury kablowej w pomieszczeniach Zamawiającego), czy też pozyskiwanie jej z zasobów innych operatorów telekomunikacyjnych jest procesem czasochłonnym i wiąże się z podjęciem przez wyspecjalizowanych pracowników wykonawcy szeregu działań, w tym wydzierżawienia lub zestawienia łączy. Ponieważ Zamawiający jest centralnym Zamawiającym, który prowadzi postępowanie w celu zapewnienia świadczenia usług telefonii stacjonarnej sądom z poszczególnych apelacji, a usługi będą świadczone na rzecz konkretnych sądów to w ocenie T-Mobile wykonawca będzie musiał uzgadniać kwestie związane z przygotowaniem infrastruktury z poszczególnymi sądami, co znacznie wydłuża okres potrzebny do przygotowania rozpoczęcia świadczenia usług nawet w ramach jednej apelacji. Według T-Mobile zakres czynności koniecznych do wykonania we wstępnym okresie znacznie wzrośnie w sytuacji, gdy wykonawca uzyska zamówienie w ramach więcej niż jednej części, a również zainstalowanie, uruchomienie i przeprowadzenie testów systemów telekomunikacyjnych jest czynnością pracochłonną, na której wykonanie potrzeba znacznie więcej czasu niż zagwarantowane przez Zamawiającego 35 dni. Przy czym podkreślił, że nie można wymagać od wykonawcy, aby podjął te działania przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, a określenie zbyt krótkiego okresu na uruchomienie usługi preferuje wykonawców aktualnie świadczących usługi. Na poparcie swoich twierdzeń przywołał wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2011 r. (sygn. KIO 2549/11).

Wykonawca T-Mobile co do zarzutów dotyczących projektu umowy przywołał art. 139 ust. 1 ustawy Pzp i podkreślił, że postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353 (1) KC, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 KC. Przywołał w tym zakresie wyrok KIO z dnia 4 października 2010 r. (sygn. akt: KIO/2036/10). Podkreślił, że treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia. Powołał się na wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r. (sygn. akt: KIO/459/11). Wykonawca T-Mobile wskazał, że Zamawiający w załączonym do SIWZ wzorze umowy (załącznik nr 15 do SIWZ) zawarł szereg postanowień, które naruszają przepis art. 353 (1)

KC w związku z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 23 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp. Co do zarzutu dotyczącego cen ofert abonamentów przywołał § 2 ust. 9 wzoru umowy, zgodnie z którym ceny ofertowe abonamentów dostarczonych łączy będących przedmiotem umowy, nie mogą być wyższe, niż ceny abonamentów tych łączy, wynikające z Cennika/ów wykonawcy dołączonego/ych do jego oferty. Powyższe postanowienie jego zdaniem jest niejednoznaczne i nieprecyzyjne, a ponadto uniemożliwia należyte oszacowanie oferty, gdyż nie preferuje wg. jakich zasad i jakiego cennika ustalane będzie wynagrodzenie wykonawcy. Co do zarzutu dotyczącego możliwości odstąpienia przez Zamawiającego od umowy przywołał § 4 ust. 2 pkt 5 wzoru umowy, zgodnie z którym Zamawiający może odstąpić od umowy z winy wykonawcy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku, gdy w wyniku wszczętego postępowania egzekucyjnego nastąpiło zajęcie całego majątku wykonawcy lub znacznej jego części lub złożony został wniosek o ogłoszenie upadłości wykonawcy, o czym

wykonawca zobowiązuje się powiadomić Zamawiającego następnego dnia roboczego po otrzymaniu zawiadomienia o zajęciu albo po złożeniu wniosku lub powzięciu wiadomości o takim wniosku. Według wykonawcy T-Mobile wprowadzenie tak dotkliwej sankcji, jaką jest odstąpienie od umowy w sytuacji, gdy złożony został wniosek o ogłoszenie upadłości jest nieuzasadnione gdyż, samo złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości nie przesądza o tym, że zostanie ona ogłoszona, a co za tym idzie, że dojdzie do zaprzestania świadczenia usług przez wykonawcę. Co do zarzutu braku procedury reklamacyjnej i zaniechanie wskazania maksymalnego pułapu kar umownych przywołał § 6 ust. 17 wzoru umowy, zgodnie z którym wykonawca zapłaci Zamawiającemu lub jednostce sądownictwa karę umowną w terminie 10 dni od daty wystąpienia przez Zamawiającego lub jednostkę sądownictwa z żądaniem zapłacenia kary. W razie opóźnienia w zapłacie, jednostką sadownictwa może potrącić należną jej karę z dowolnej należności przysługującej wykonawcy względem danej jednostki sądownictwa, na co wykonawca wyrażą nieodwołalną zgodę. Według T-Mobile kary umowne powinny przysługiwać Zamawiającemu tylko i wyłącznie w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z winy wykonawcy, co w praktyce oznacza konieczność istnienia procedury, w toku której strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk. Przywołał w tym względzie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1968 r. (sygn. akt II CR 419/67), wskazując, że ze względu na zachowanie równowagi stron umowy, zasadne jest określenie maksymalnej wysokości kar umownych, do których zapłacenia zobowiązany może być wykonawca na podstawie niniejszej umowy.
Co do zarzutu dotyczącego zobowiązania wykonawcy do wyrażenia zgody na zmianę umowy polegającą na zakończeniu świadczenia przez niego usług przywołał § 8 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy, zgodnie z którym w przypadkach określonych w postanowieniu § 8 ust. 2 pkt 5 ppkt (i) lub (ii), kiedy sąd powszechny, na rzecz którego usługi objęte umową, nie mogą

być świadczone przez wykonawcę lub takiemu sądowi została przedstawiona oferta innego operatora, który nie wymaga dodatkowych kosztów wymaganych przez wykonawcę, wykonawca zobowiązuje się wyrazić zgodę na zmianę umowy, polegającą na zakończeniu świadczenia przez niego usług dla takiej lokalizacji z dniem wskazanym przez Zamawiającego. Analogiczne postanowienie zostało zamieszczone w rozdziale VI pkt 6 ppkt 6.2.4 SIWZ. Wprowadzając przedmiotowe postanowienie według T-Mobile Zamawiający nie wprowadził żadnego ograniczenia procentowego czy liczbowego sądów powszechnych w stosunku, do których wykonawca może być zobowiązany do wyrażenia zgody na zmianę umowy, polegającą na zakończeniu świadczenia przez niego usług dla danej lokalizacji z dniem wskazanym przez Zamawiającego i takie określenie postanowień umowy uniemożliwia wykonawcy należyte sporządzenie i oszacowanie ceny oferty, a także ryzyk związanych z zakończeniem świadczenia usług dla danych sądów. Powołał się w tym zakresie na wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2014 r. (sygn. KIO 24/14).

W toku posiedzenia udziałem stron i uczestników postępowania wykonawca T-Mobile złożył oświadczenie o niepodtrzymywaniu zarzutu opisanego w pkt 2 odwołania i podtrzymywaniu w dalszym ciągu zarzutu opisanego w pkt 1 odwołania oraz w związku z tym zarzutem o podtrzymywaniu zarzutu opisanego w pkt 3 odwołania.

W toku rozprawy wykonawca T-Mobile podtrzymał swoje stanowisko. Jednocześnie też jako dowód w sprawie przedłożył wykaz postępowań dotyczących usług telekomunikacyjnych prowadzonych przez różne jednostki, gdzie czas na przygotowanie do świadczenia usług był dłuższy niż przewidziany aktualnie przez Zamawiającego, wskazując, że są to usługi adekwatne, jeśli chodzi o skalę zamówienia.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego T-Mobile wykonawca Netia i wykonawca Orange poparli Odwołującego i wnieśli o uwzględnienie odwołania.

Odwołanie Orange (KIO 38/16)

Wykonawca Orange wniósł odwołanie na treść SIWZ i zarzucił Zamawiającemu naruszenia następujących przepisów:

1. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób

niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zastrzeżenie

możliwości jednostronnej, nieograniczonej zmiany przez Zamawiającego umowy w zakresie technologii świadczonych usług z TDM na VoIP, zmiany lokalizacji oraz likwidacji łączy;

2. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zastrzeżenie możliwości zmiany umowy w zakresie:
   sposobu kierowania ruchu telekomunikacyjnego z obecnych łączy na inne − objęte umową, łącznie z likwidacją dotychczasowego łącza,
   zmiany sposobu kierowania ruchu telekomunikacyjnego z obecnych łączy − na inne nie objęte umową,
   zmiany sposobu kierowania ruchu telekomunikacyjnego jednostek sądownictwa − nie objętych umową, poprzez realizację prawa do przeniesienia numeracji z likwidowanego łącza realizowanego do tej pory w ramach innej umowy Zamawiającego do łącza/y realizowanego/ych w ramach przedmiotowej umowy (Roz. VI ust. 6.2.4 lit. c) - e), § 8 ust. 2 pkt 4) ppkt lii - v projektu umowy);
3. art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez utrudnienie uczciwej konkurencji z uwagi na wyznaczenie terminów przeprowadzenia wizji lokalnych w sposób uniemożliwiający uwzględnienie rezultatów wizji lokalnych przy sporządzaniu oferty, co prowadzi do uprzywilejowania wykonawcy aktualnie świadczącego usługi, który nie musi przeprowadzać wizji lokalnych w celu sporządzenia oferty;
4. art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez utrudnienie uczciwej konkurencji z uwagi na określenie terminów realizacji usługi, które umożliwiają rozpoczęcie świadczenia usługi w wyznaczonym terminie jedynie wykonawcy aktualnie świadczącemu usługi na rzecz Zamawiającego.

Wykonawca Orange wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ, poprzez:

1. Wykreślenie możliwości zmiany umowy w zakresie, o którym mowa w Roz. VI ust. 6.2.4 lit. a) i b) SIWZ (§ 8 ust. 5 ppkt I, ii projektu umowy);
2. Wykreślenie możliwości zmiany umowy w zakresie, o którym mowa w Roz. VI ust. 6.2.4 lit. c) - e) SIWZ (§ 8 ust. 5 ppkt lii-v projektu umowy);
3. Zmianę procedury przeprowadzania wizji lokalnych tak, aby ostatnia z wizji lokalnych odbyła się nie później niż na 30 dni przed terminem składania ofert;
4. Zmianę poprzez:

a) wydłużenie minimalnego gwarantowanego terminu dostarczenia usług do minimum 75 dni kalendarzowych,

b) wykreślenie testów, o których mowa w pkt 27.1 OPZ,
c) zmiany brzmienia pkt 27.2 OPZ w następujący sposób „udostępnienia, przynajmniej na 14 dni przed terminem rozpoczęcia świadczenia usług, łączy SIP TRUNK przewidzianych do uruchomienia zgodnie z przyjętym przez strony harmonogramem, w celu przeprowadzenia testów zgodności współpracy oferowanej usługi z systemem telefonii IP Zamawiającego, przeprowadzenia testów kodeków, przeprowadzenia testów routingu połączeń itd.”

W uzasadnieniu odwołania, odnosząc się do zarzutu możliwość jednostronnej zmiany umowy w zakresie zmiany technologii, zmiany lokalizacji i likwidacji łączy, wykonawca Orange wskazał, że zgodnie z Roz. VI ust. 6.2.4 lit. a) i b) SIWZ (odpowiednio § 8 ust. 2 pkt 4 ppkt (i) lub (ii) projektu umowy) Zamawiający przewiduje możliwość zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, w przypadku zmiany przez jednostki sądownictwa technologii świadczonych usług z TDM na VoIP oraz lokalizacji, likwidacji i modernizacji istniejących, lub budowy nowych obiektów sądowych. Jednocześnie wskazał, że Zamawiający zastrzega, że w przypadku wystąpienia jakichkolwiek dodatkowych kosztów wykazanych przez wykonawcę, jednostki sądownictwa gwarantują sobie prawo do złożenia zapytań o możliwość oraz koszty świadczenia

wymaganych usług telekomunikacyjnych do innych operatorów, a w rezultacie złożenia przez nich korzystniejszej oferty, do przeniesienia usług do ich sieci. Podkreślił, że w przypadkach określonych w postanowieniu § 8 ust. 2 pkt 4 ppkt (i) lub (ii), kiedy sąd powszechny, na rzecz którego usługi objęte umową, nie mogą być świadczone przez wykonawcę, lub gdy takiemu sądowi została przedstawiona oferta innego operatora, który to operator nie wymaga dodatkowych kosztów wymaganych przez wykonawcę, wykonawca zobowiązuje się wyrazić zgodę na zmianę umowy, polegająca na zakończeniu świadczenia przez niego usług dla takiej lokalizacji, z dniem wskazanym przez Zamawiającego. Z powyższego zdaniem Orange wynika, że Zamawiający ma prawo nieograniczonej, jednostronnej zmiany umowy, polegającej na ograniczeniu zakresu świadczenia wykonawcy, gdyż wykonawca jest zobowiązany wyrazić zgodę na taką zmianę umowy. Powyższe zastrzeżenie w ocenie Orange należy uznać za uniemożliwiające wykonawcy złożenie oferty, oznacza ono bowiem, że w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z dopuszczalnej zmiany umowy i zmiany lokalizacji na lokalizację, która nie była znana na etapie składania ofert, w której wykonawca nie dysponuje warunkami technicznymi, wówczas Zamawiający zastrzega sobie dodatkowo „prawo do złożenia zapytań o możliwość oraz koszty świadczenia wymaganych usług telekomunikacyjnych do innych operatorów, a w rezultacie złożenia przez nich korzystniejszej oferty, do przeniesienia usług do ich sieci". Powyższe według wykonawcy Orange oznacza, że poniesione przez wykonawcę koszty inwestycji, zestawienia łączy,

ewentualnego zakupu Centrali PABX nie są zabezpieczone zawieraną umową w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ w przypadku zmiany lokalizacji Zamawiający może wybrać innego operatora na zasadzie zapytania ofertowego, a dodatkowo nie ma ograniczenia ilościowego, czy procentowego ilości takich zmian, przy czym podkreślił, że Zamawiający nie przewidział żadnej opłaty instalacyjnej, jaką mógłby pobrać wykonawca, a wszystkie koszty poniesione przez wykonawcę w związku z realizacją zamówienia muszą zostać uwzględnione w abonamencie oraz w opłatach za połączenia. W takiej sytuacji – jak wskazał - zmiana technologii świadczonej usługi, czy lokalizacji, w przypadku braku warunków technicznych po stronie wykonawcy, gdy Zamawiający otrzyma korzystniejszą ofertę od innego operatora, odnosi ten skutek, że zawarta w wyniku niniejszego postępowania umowa zostanie rozwiązana dla danego łącza i wykonawca nie otrzyma już z tego tytułu żadnego wynagrodzenia, a w konsekwencji wykonawca poniesie koszty zakupu sprzętu, oraz ewentualnych inwestycji, które się nie zwrócą z uwagi na przedwczesne rozwiązanie umowy. Tym samym w ocenie wykonawcy Orange zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości skorzystania przez niego z usług przez „alternatywnego" operatora w przypadku braku warunków technicznych uniemożliwia w praktyce skalkulowanie oferty, wykonawca bowiem nie jest w stanie określić przez jaki okres będzie świadczyć usługi w danej lokalizacji, nie ma bowiem informacji w ilu i w których lokalizacjach może dojść do zmiany technologii świadczenia usług, a ile lokalizacji może zostać przeniesionych, zatem nie jest w stanie skalkulować ceny oferty ani w oparciu o abonament, ani w oparciu o koszty połączeń. Wykonawca Orange podkreślił, że przedmiot zamówienia powinien być określony w sposób precyzyjny i jednoznaczny, a jednocześnie w sposób maksymalnie zobiektywizowany i zgodny z ustawą Pzp Zamawiającego ma obowiązek podania wszelkich niezbędnych informacji i wymagań co do przedmiotu zamówienia, nakazując przy tym zamawiającemu używać dokładnych i zrozumiałych dla wykonawców określeń. Na potwierdzenie powyższego przywołał wyrok KIO z dn. 31 stycznia 2012 r. (sygn. KIO 136/12). Podkreślił, że zapewnienie świadczenia usługi w nowej lokalizacji lub o nowych parametrach lub zmiana lokalizacji łącza dostępowego może się wiązać z koniecznością poniesienia przez wykonawcę bardzo dużych nakładów inwestycyjnych w celu zapewnienia odpowiedniej infrastruktury sieciowej i sprzętowej, a koszty dla wykonawcy mogą być skrajnie różne w zależności od lokalizacji, w której mają być uruchomione usługi jakich będzie wymagał Zamawiający (które etapie przygotowania oferty nie są znane wykonawcy). Zakres i wartość takich inwestycji według niego są niemożliwe do przewidzenia przez wykonawcę na etapie przygotowywania oferty bez wiedzy o dokładnych adresach lokalizacji, w których mają być świadczone usługi i zakres i wartość potencjalnej inwestycji mogą zostać określone dopiero po przeprowadzeniu rzetelnej

weryfikacji możliwości technicznych, a z uwagi na uwarunkowania terenowe, techniczne, prawne i inne, dostarczenie usługi w określonym miejscu może być utrudnione, a czasem niemożliwe. Wskazał, że przy uruchomianiu usług w nowych lokalizacjach koszty dla wykonawcy mogą się wiązać, a w niektórych przypadkach będą się wiązać na pewno, m.in. z koniecznością budowy lub rozbudowy infrastruktury teleinformatycznej (studzienki, kanały, kable itp.). Dodatkowo wykonawca Orange podkreślił, że zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 4) ppkt i projektu umowy (Roz. VI ust. 6.2.4 lit. a) SIWZ Zamawiający zastrzega możliwość zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie, której dokonano wyboru wykonawcy w przypadku zmiany przez jednostki sądownictwa technologii świadczonych usług z TDM na VoIP, a zastrzeżenie takie uniemożliwia sporządzenie oferty z uwagi na nieokreślenie faktycznego zakresu zamówienia. Wykonawca Orange pokreślił, że świadczenie usług w technologiach TDM wiąże się po stronie wykonawcy z koniecznością zapewniania infrastruktury telekomunikacyjnej, w tym m.in. z koniecznością wykonania niezbędnych inwestycji, a wykonawca zakłada przychód za dostarczone usługi w trakcie trwania kontraktu, zastrzeżenie zaś możliwości zmiany umowy w zakresie technologii, w której świadczone są usługi oznacza, że wykonawca nie jest w stanie skalkulować ceny oferty. Jego zdaniem zmiana technologii wiąże się również z koniecznością zwiększenia ilości licencji na monitorowanie parametrów połączeń (CDR). Przywołał treść zał. nr 6 do SIWZ pkt 2 i wskazał, że w danych przekazanych przez Zamawiającego nie znajdują się informacje o zakresach DDI. Podał, że Zamawiający podaje jedynie informacje o kanałach SIP TRUNK, jeżeli zaś Zamawiający dokona zmiany odnośnie ilości kanałów na łączu SIP TRUNK, lub ilości DDI to na dzień składania ofert wykonawca nie jest wstanie ocenić jaką ilość licencji powinien wycenić, co jego zdaniem wskazuje, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia przygotowanie oferty, co jest niezgodne z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Orange wskazał też na Roz. VI ust. 1.2.3 SIWZ dla cz. E zamówienia, gdzie Zamawiający przewidział dodatkowe kryterium o wadze 10% za „Zobowiązanie się wykonawcy (najpóźniej do 90 dnia, od daty rozpoczęcia świadczenia usług) do bezpłatnej integracji swojej platformy komunikacyjnej telefonii VoIP, z systemem taryfikacyjnym Zamawiającego zgodnie z wymaganiami zawartymi w Załączniku nr 6 do SIWZ". Jego zdaniem możliwość nieograniczonej zmiany technologii uniemożliwia również wykonawcy uzyskanie dodatkowych punktów w tym kryterium, z uwagi na brak informacji na temat ilości licencji CDR, które ostatecznie będą niezbędne przy realizacji zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu możliwość zmiany umowy sposobu kierowania ruchu telekomunikacyjnego wykonawca Orange wskazał, że Zamawiający w § 8 ust. 2 pkt 4) ppkt iii-v projektu umowy (Roz. VI ust. 6.2.4 lit. c) - e) SIWZ) przewidział możliwość:

- zmiany umowy w zakresie sposobu kierowania ruchu telekomunikacyjnego z obecnych łączy na inne objęte umową, łącznie z likwidacją dotychczasowego łącza,
- zmiany sposobu kierowania ruchu telekomunikacyjnego z obecnych łączy na inne nie objęte umową,
- zmiany sposobu kierowania ruchu telekomunikacyjnego jednostek sądownictwa nie objętych umową,

poprzez realizację prawa do przeniesienia numeracji z likwidowanego łącza realizowanego do tej pory w ramach innej umowy Zamawiającego do łącza/y realizowanego/ych w ramach umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej w wyniku niniejszego postępowania. Takie zastrzeżenie zdaniem Orange uniemożliwia wykonawcy sporządzenie oferty z uwagi na to, że opis przedmiotu zamówienia w aktualnym brzmieniu nie zabezpiecza ilości usług wskazanych w zał. nr 5 i w formularzu cenowym w ramach wskazanego zadania.

Odnosząc się do zarzutu terminu wykonania wizji lokalnych Orange wskazał, że zgodnie z Roz. II ust. 1.5 - 1.7 SIWZ Zamawiający przewidział możliwość przeprowadzenia wizji lokalnych w obiektach, które wymagają podłączenia m. in. za pomocą łączy SIP Trunk. Z przytoczonych postanowień SWZ jego zdaniem wynika, że:

- termin dostania zgłoszeń od wykonawców do Zamawiającego z wnioskiem o wizje - do 14 stycznia
- termin, do którego Zamawiający przekaże informacje wykonawcom o terminach wizji to 7 dni roboczych, czyli wypada na 25 stycznia.

Powyższe w jego ocenie ogranicza w praktyce do 10 dni roboczych możliwy okres

na zrealizowanie min. 49 wizji lokalnych (PABX-27 szt. i SIP Trunk-22 szt.) i przekazanie wyników wizji, ich analizę, wyspecyfikowanie sprzętu, wycenę, akceptacje, przygotowanie oferty i złożenie oferty przewidziano bowiem na godz. 10:00 rano w Krakowie w dniu 9 lutego 2016 r. Taki harmonogram wizji lokalnych uniemożliwia zdaniem Orange przeprowadzenie wizji lokalnych w niezbędnym, chociażby minimalnym zakresie, a jednocześnie stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawcę świadczącego aktualnie usługi na rzecz Zamawiającego, który to wykonawca nie musi dokonywać wizji lokalnych w celu przygotowania oferty.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego terminu rozpoczęcia świadczenia usługi wykonawca Orange wskazał, że Zamawiający w SIWZ w pkt 2.1. zaznaczył, że gwarantuje każdemu wykonawcy wybranemu w ramach postępowania, do świadczenia usług telekomunikacji stacjonarnej przypisanej dla danej jego części, minimum 35 dni kalendarzowych, na wykonanie niezbędnych prac związanych z przygotowaniem infrastruktury wykonawcy do świadczenia usług telekomunikacyjnych wraz z ewentualną dostawą ich uruchomieniem systemów telekomunikacyjnych, zainstalowaniem,

---

i przeprowadzeniem testów. Wskazał, że w OPZ w pkt 27 Zamawiający w przypadku łączy SIP Trunk wymaga, aby wykonawca udostępnił, „przynajmniej na 30 dni przed terminem rozpoczęcia świadczenia usług, dostępu do swojej platformy świadczenia usług VoIP (przynajmniej po jednym stałym adresie IP oraz min. dwóch publicznych numerach AB SPQMCDU), w celu przeprowadzenia wstępnych testów zgodności współpracy oferowanej usługi (transmisji głosu oraz faksów) z systemem telefonii IP Zamawiającego. W tym przypadku dopuszcza się wykorzystanie dla celów testowych, publicznego dostępu do internetu będącego w dyspozycji Zamawiającego (...) uruchomienia, przynajmniej na 14 dni przed terminem rozpoczęcia świadczenia usług, łączy SIP TRUNK przewidzianych do uruchomienia zgodnie z przyjętym przez strony harmonogramem, w celu dokończenia testów kodeków, przeprowadzenia testów routingu połączeń itd.” Powyższy zapis według Orange - dający 35 dni na zestawienie łączy, realizacje zadań inwestycyjnych, dostarczenia systemów telekomunikacyjnych, które można zamówić dopiero po podpisaniu umowy - preferuje operatorów obecnie świadczących usługi. Dodatkowo wskazał, że wymaganie z OPZ wymagające testów usługi SIP Trunk na 30 dni przed zestawieniem usług (czyli 5 dni po podpisaniu umowy) i na łączu docelowym 14 dni przed rozpoczęciem świadczenia usług (czyli 21 dni od dnia podpisania umowy) ewidentnie preferuje operatora obecnie świadczącego usługę będącą przedmiotem niniejszego zamówienia. Wskazał, że obecnie świadczący usługi wykonawca już ma zestawione łącza typu SIP TRUNK i nie potrzebuje dodatkowego czasu na ich zestawienie, a jednocześnie wskazane terminy na przeprowadzenie testów (odpowiednio 30 dni i 14 dni) nie znajdują uzasadnienia w rzeczywistych potrzebach Zamawiającego, gdyż przeprowadzenie niezbędnych testów nie wymaga tak długiego okresu. Orange podkreślił, że w poprzednim postępowaniu, które obejmowało więcej jednostek sądownictwa minimalny gwarantowany termin dostarczenia usług był dłuższy niż w obecnym postępowaniu, wynosił on 75 dni.

W toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania wykonawca Orange złożył oświadczenie o niepodtrzymywaniu zarzutów opisanych w pkt 1 i 2 odwołania, a jednocześnie oświadczył, iż podtrzymuje zarzuty opisane w pkt 3 i 4 odwołania.

W toku rozprawy wykonawca Orange podtrzymał swoje stanowisko.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego Orange wykonawca Netia i wykonawca T-Mobile poparli Odwołującego i wnieśli o uwzględnienie odwołania. Jednocześnie też w toku rozprawy wykonawcy ci – wobec modyfikacji przez Odwołującego Orange w toku rozprawy żądania w zakresie zarzutu dotyczącego terminu

---

rozpoczęcia świadczenia usługi i wobec poparcia przez Przystępującego Netia zarzutu i argumentacji prezentowanej przez Odwołującego T-Mobile, co do analogicznego zarzutu, a w przypadku wykonawcy T-Mobile wobec podnoszenia analogicznego zarzutu w swoim odwołaniu - nie podtrzymali w tym zakresie zgłoszenia przystąpienia do niniejszego

postępowania odwoławczego. Poparli zaś Odwołującego Orange w pełni co do zarzutu dotyczącego terminu przeprowadzenia wizji lokalnych.

Zamawiający w piśmie z dnia 20 stycznia 2016 r. złożył odpowiedź na odwołania, w której wniósł o oddalenie złożonych odwołań.

1. Zamawiający odnosząc się do zarzutów odwołania T-Mobile wskazał co następuje:
1.1. Zarzut dotyczący terminu wykonania prac przełączeniowych

Zamawiający podkreślił, że w dniu 20 stycznia 2016 r. dokonał zmiany SIWZ w zakresie objętym powyższym zarzutem oraz uwzględnił żądanie Odwołującego w części i dokonał zmiany pkt 2 ppkt 2.1 Załącznika nr 4 do SIWZ oraz § 4 ust. 4 załącznika nr 7 do SIWZ, który przyjął następujące brzmienie: „Zamawiający gwarantuje Wykonawcy, minimum 60 dni kalendarzowych, na wykonanie niezbędnych prac związanych z przygotowaniem infrastruktury Wykonawcy do świadczenia usług telekomunikacyjnych wraz z ewentualną dostawą systemów telekomunikacyjnych, ich zainstalowaniem, uruchomieniem i przeprowadzeniem testów. Bieg ww. terminu rozpoczyna się z chwilą przekazania Wykonawcy podpisanego egzemplarza umowy przez Zamawiającego.” W ocenie Zamawiającego, wydłużenie terminu wykonania prac przyłączeniowych co dwóch miesięcy winno być uznane za termin wystarczający na wykonanie takich prac przez wykonawców, świadczących usługi na rynku usług telekomunikacyjnych, tym bardziej, że Zamawiający umożliwił każdemu z wykonawców, wcześniejsze dokonanie wizji lokalnych jeszcze przed złożeniem ofert oraz każdy z Odwołujących świadczy Zamawiającemu usługi telekomunikacyjne w ramach poprzedniej umowy, a przedmiot postępowania nie uległ w 97% zmianie.
1.2. Zarzut dotyczący gwarancji cenowej we wzorze umowy

W ocenie Zamawiającego Odwołujący powstrzymał się jednak od uzasadnienia tego zarzutu i nie wskazał, jaki przepis prawa powszechnie obowiązującego lub która z zasad współżycia społecznego miałyby nie pozwalać na zawarcie takiego postanowienia w umowie, zgodnie z zasadą swobody umów. Podkreślił, że Odwołujący ograniczył się w tym zakresie do lakonicznego stwierdzenia, iż „powyższe postanowienie jest niejednoznaczne i nieprecyzyjne, o ponadto uniemożliwia należyte oszacowanie ofert, gdyż nie preferuje

wg. jakich zasad i jakiego cennika ustalane będzie wynagrodzenie Wykonawcy". Według Zamawiającego Odwołujący nie wskazał również na czym miałaby polegać niezgodność zawetowanego postanowienia wzoru umowy z zasadą zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przepisami regulującymi zasady wspólnego ubiegania się o zamówienie. W ocenie Zamawiającego, postanowienie § 2 ust 9 wzoru umowy jest jednoznaczne i precyzyjne i nie sposób powziąć wątpliwość, czy wynagrodzenie należne wykonawcy będzie wynikać wprost ze złożonej przez niego oferty, która stanowić będzie Załącznik 1B do umowy. W szczególności, Zamawiający wskazał, że celem tej regulacji jest zabezpieczenie interesu Zamawiającego przed sytuacją, w której wykonawca zwiększa wartość świadczonych usług poprzez podniesienie kosztu abonamentów względem usług telekomunikacyjnych. Jego zdaniem nie sposób również zasadnie twierdzić, iż treść postanowienia § 2 ust. 9 wzoru umowy uniemożliwia oszacowanie oferty. Podkreślił, że postanowienie o tożsamej treści jest zawarte w zamówieniu publicznym prowadzonym przez Zamawiającego w roku 2014, w którym zostało złożonych 9 ofert, tj. postępowania na „Świadczenie usług telefonii stacjonarnej wraz z dzierżawą systemów telekomunikacyjnych dla jednostek organizacyjnych sądownictwa powszechnego" znak sprawy: ZP-08/2014, gdzie postanowienie o takiej treści jest również elementem umów o świadczenie usług telefonii stacjonarnej obecnie wykonywanych na rzecz Zamawiającego. Jako dowody w sprawie na okoliczność przedstawienia treści postanowień wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 11 do SIWZ w postępowaniu ZP-08/2014 oraz ilości ofert złożonych w tym postępowaniu przedstawił:

1) wydruk Załącznika nr 11 do SIWZ postępowania prowadzonego przez Zamawiającego znak sprawy ZP-08/2014, dostępnego na stronie internetowej Centrum Zakupów dla Sądownictwa IGB z siedzibą w Krakowie;
2) wydruk strony internetowej Centrum Zakupów dla Sądownictwa IGB z siedzibą w Krakowie;
3) kopię protokołu z sesji publicznego otwarcia ofert w dniu 8 września 2014 r.

we wskazanym wyżej postępowaniu.
1.3. Zarzut dotyczący podstawy odstąpienia od umowy w przypadku zajęcia egzekucyjnego całego majątku wykonawcy lub jego znacznej części

Odnosząc się do tego zarzutu Zamawiający zauważył, że zarzut ten zdaje się odnosić do postanowienia § 4 ust. 5 pkt 2 wzoru umowy, a nie § 4 ust. 2 pkt 5 i w tym zakresie również żądanie nakazania usunięcia postanowienia § 4 ust. 2 pkt 5 wzoru umowy (pkt IV. 3 petitum odwołania T-Mobile) wymaga wyjaśnienia ze strony Odwołującego. Podkreślił, że w uzasadnieniu powyższego zarzutu, Odwołujący ponownie nie wskazał przepisu prawa powszechnie obowiązującego, z którym postanowienie wzoru umowy objęte

powyższym zarzutem miałoby być niezgodne. W szczególności, w ocenie Zamawiającego, nie sposób wskazać zasady współżycia społecznego lub przepisu ustawy Pzp, który miałby zabraniać Zamawiającemu zabezpieczenia ciągłości usług świadczonych na jego rzecz przez wykonawcę, którego majątek, co najmniej w znacznej części jest przedmiotem zajęcia. Podkreślił, że sytuacje, w których przedsiębiorstwo, dzięki któremu wykonawca zapewnia Zamawiającemu ciągłość świadczenia usług telefonii stacjonarnej staje się przedmiotem postępowań upadłościowych lub egzekucyjnych jest jednoznaczne ze znaczącym ryzykiem przerwania ciągłości świadczenia tych usług. W konsekwencji, jego zdaniem, stworzenie Zamawiającemu podstawy prawnej do natychmiastowego zakończenia umowy zawartej z takim wykonawcą leży w interesie publicznym. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że postanowienie o tożsamym zakresie było elementem wzoru umowy zawartego w zamówieniu publicznym przez w roku 2014 prowadzonym Zamawiającego na usług telefonii wraz z systemów „Świadczenie stacjonarnej dzierżawą dla jednostek sądownictwa telekomunikacyjnych organizacyjnych powszechnego" znak sprawy: ZP-08/2014 (§ 4 ust 4 pkt 2) Załącznika nr 11 do SIWZ. Podkreślił, że Odwołujący co prawda nie wskazuje, aby treść postanowienia § 4 ust. 5 pkt 2 wzoru umowy uniemożliwiała T-Mobile złożenie oferty, jednak ponownie wskazał, że w tym postępowaniu zostało złożonych 9 ofert. Przywołał w tym zakresie wskazane powyżej dowody.
1.4. Zarzut braku procedur reklamacyjnych

Według Zamawiającego Odwołujący, uzasadniając wskazany zarzut, ponownie nie wskazał, żadnego przepisu prawa powszechnie obowiązującego ani żadnej zasady współżycia społecznego, której zastosowanie miałoby decydować o niedopuszczalności ułożenia stosunku prawnego z wykonawcą, w zakresie zasad naliczania kar umownych, zgodnie z obecną treścią SIWZ. Jego zdaniem wbrew twierdzeniu Odwołującego (pkt II.3.c) na str. 9 odwołania T-Mobile), obowiązek zapłaty kary umownej nie powstaje „tylko i wyłącznie w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z winy Wykonawcy", bowiem zgodnie z przepisem art. 483 ust. 1 Kc „Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna)." Podkreślił, że co do zasady, wina nie jest przesłanką powstania zobowiązania do zapłaty kary umownej i wbrew twierdzeniu Odwołującego, instytucja kary umownej wcale „w praktyce" nie „oznacza, konieczności istnienia procedury, w toku której, Strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk" (pkt II.3.c) na str. 9 odwołania T-Mobile). Wskazał, że co do zasady roszczenia dotyczące kar umownych oraz np. roszczenia opisane w przepisie art. 484 § 2 Kc mogą być dochodzone zgodnie z przepisami Kodeksu postępowania cywilnego, są to bowiem sprawy cywilne. Podkreślił, że w sposób

wyczerpujący uregulował zasady postępowania stron w przypadku nienależytego wykonywania umowy, odwołując się w pierwszej kolejności do przepisów prawa powszechnie obowiązującego (postanowienie § 6 ust. 3 wzoru umowy), zaś Odwołujący T-Mobile nie przedstawił żadnego wytłumaczenia na jakiej podstawie oraz w jaki sposób chciałby w tym zakresie zmieniać zasady opisane w rozporządzeniu w sprawie reklamacji usługi telekomunikacyjnej. W jego ocenie z pewnością za przyczynę takiego żądania nie sposób uznać brak możliwości złożenia oferty (chociaż T-Mobile nie podnosi takiego argumentu), albowiem, tak jak w przypadku poprzednich zarzutów, tożsama regulacja została zawarta w obecnie wykonywanym zamówieniu publicznym prowadzonym przez Zamawiającego w roku 2014 na „Świadczenie usług telefonii stacjonarnej wraz z dzierżawą

systemów telekomunikacyjnych dla jednostek organizacyjnych sądownictwa powszechnego" znak sprawy: ZP-08/2014 (§ 6 ust 3 Załącznika nr 11 do SIWZ). Przywołał wskazane wyżej dowody. Dodatkowo podkreślił, że w postanowieniu § 6 ust. 3 wzoru umowy, Zamawiający zawarł wyraźne zastrzeżenie, zgodnie z którym „ewentualne kary umowne naliczane będą po zakończeniu procedury reklamacyjnej". Zamawiający podkreślił też, że w jego ocenie interes Odwołującego jest w sposób dostateczny chroniony przepisami prawa bezwzględnie obowiązującego, a postanowienia wzoru umowy w żaden sposób nie naruszają takich przepisów, przez co opisany wyżej zarzut T-Mobile należy uznać za nieuzasadniony i nie zasługujący na uwzględnienie.

1.5. Zarzut braku maksymalnego pułapu kar umownych

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący w tym zarzucie ponownie nie wskazuje jaki przepis prawa powszechnie obowiązującego lub która z zasad współżycia społecznego miała zostać naruszona przez Zamawiającego w postanowieniach § 6 wzoru umowy, a w konsekwencji Zamawiający może jedynie potwierdzić swoje stanowisko, zgodnie z którym żadne z postanowień § 6 wzoru umowy nie narusza przepisów prawa powszechnie obowiązującego, a zgodnie z przepisem art. 484 § 1 zd. 1 Kc „W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody."

1.6. Zarzut dotyczący zgody wykonawcy na zakończenie świadczenia usług

W ocenie Zamawiającego, nie zachodzi żadna wątpliwość, co do faktu, że ryzyko związane z ewentualnym wprowadzaniem zmian w infrastrukturze technicznej, wykorzystywanej przez sądy powszechne do świadczenia usług telekomunikacyjnych nie zostało w całości przeniesione na wykonawcę. W jego ocenie zgodnie z postanowieniem § 5 ust. 6 wzoru umowy Zamawiający zobowiązuje się bowiem wobec wykonawcy, „iż minimalny zakup przedmiotu zamówienia przez jednostki sądownictwa wyniesie 50% maksymalnej wartości przedmiotu zamówienia wskazanej w postanowieniu § 5 ust. 1

Umowy". Podkreślił, że Odwołujący, na tych samych zasadach co inni wykonawcy dysponuje pewnością, co do stałych elementów przedmiotu zamówienia oraz gwarancją uzyskania minimalnej kwoty wynagrodzenia za należyte świadczenie przedmiotu zamówienia - niezależnie od zakresu zmian organizacyjnych w sądach powszechnych, których oszacowanie chciałby narzucić Zamawiającemu. Zamawiający wskazał, iż zamierza udzielić zamówienia publicznego na okres 24 miesięcy, jednocześnie przewidując możliwość przedłużenia tego okresu o kolejnych 12 miesięcy w zależności od stopnia realizacji poszczególnych umów, a także udzielenie zamówień uzupełniających, a w tak długim okresie wykonywania umowy nie sposób przewidzieć zakresu modernizacji, które mogą być podejmowane w kilkuset lokalizacjach. W ocenie Zamawiającego nie ma też takiej potrzeby, z uwagi na dostateczne zabezpieczenie interesów finansowych wykonawców poprzez wskazanie minimalnego zakresu wynagrodzenia, który wykonawcy osiągną w związku z należytym wykonywaniem umowy. Zakwestionowane przez Odwołującego postanowienie zdaniem Zamawiającego ma na celu ochronę interesu publicznego bowiem znajduje zastosowanie wyłącznie w sytuacjach, w których dany wykonawca nie może świadczyć usługi objętej umową z wykorzystaniem zmodernizowanej infrastruktury danego sądu bez konieczności poniesienia dodatkowych kosztów, obciążających taki sąd. Niezależnie od powyższej argumentacji Zamawiający wskazał, że w dniu 20 stycznia 2016 r. dokonał zmiany treści postanowień wzoru umowy objętych powyższym zarzutem precyzując zasady zmian umowy dotyczących nowych łączy TDM. Przywołał zmiany wprowadzone w załączniku nr 7 do SIWZ.

2. Zamawiający odnosząc się do zarzutów odwołania Netia wskazał co następuje:

2.1. Zarzut dopuszczenia dowolnej modyfikacji przedmiotu zamówienia w toku świadczenia usług

W ocenie Zamawiającego, ryzyko opisane przez Odwołującego w uzasadnieniu tego zarzutu nie powstaje i przywołał w tym zakresie postanowieniem § 5 ust. 6 wzoru umowy, zgodnie z którym Zamawiający zobowiązuje się wobec wykonawcy, „iż minimalny zakup przedmiotu zamówienia przez jednostki sądownictwa wyniesie 50% maksymalnej wartości przedmiotu zamówienia wskazanej w postanowieniu § 5 ust 1 Umowy". Według Zamawiającego Odwołujący, na tych samych zasadach co inni wykonawcy dysponuje pewnością, co do stałych elementów przedmiotu zamówienia oraz gwarancją uzyskania

minimalnej kwoty wynagrodzenia za należyte świadczenie przedmiotu zamówienia - niezależnie od zakresu zmian organizacyjnych w sądach powszechnych, których oszacowanie, w ocenie Zamawiającego jest w sposób obiektywny niemożliwe. Niezależnie jednak od powyższej argumentacji Zamawiający podkreślił, że w dniu 20 stycznia 2016 r.

dokonał zmiany treści postanowień wzoru umowy objętych powyższym zarzutem, precyzując zasady zmian umowy dotyczących nowych łączy TDM. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia publicznego, którego zamierza udzielić, jest świadczenie usług telefonii stacjonarnej na rzecz ponad trzystu sądów powszechnych o łącznej liczbie 546 lokalizacji na terenie całego kraju, które wymagają podłączenia zróżnicowanej infrastruktury telekomunikacyjnej, która w poprzednim roku wymagała modyfikacji w zakresie 7 lokalizacji, co stanowi 1,3% wszystkich lokalizacji. Podkreślił, że zmiany łączy były wywołane modernizacją budynków; SO w Poznaniu (5 lokalizacje), SR Poznań Grunwald i Jeżyce (1 lokalizacja), SR w Żarach (1 lokalizacja), a ruch telekomunikacyjny z tych lokalizacji w wyniku wprowadzenia telefonii VoIP do ww. sądów, został przekierowany na łącze SIP TRUNK jednego z wykonawców wybranego w poprzednim postępowaniu przetargowym, obejmującym świadczenie usług telekomunikacyjnych 2015 r.
2.2. Zarzut dotyczący zakresu rekordu CDR

Zamawiający wskazał, że w dniu 20 stycznia 2016 r. dokonał zmiany SIWZ, uwzględniającej zakres opisany powyższym zarzutem poprzez zmianę pkt 8 ppkt h, załącznika nr 6 do SIWZ - „Wymagania na integrację platformy komunikacyjnej operatora telekomunikacyjnego z systemem taryfikacyjnym Zamawiającego", nadając mu następujące brzmienie: „h. Informacja o numerze zewnętrznym, do którego zamawiający generował połączenie.”

3. Zamawiający odnosząc się do zarzutów odwołania Orange wskazał co następuje:
3.1. Zarzut dopuszczenia dowolnej modyfikacji przedmiotu zamówienia w toku świadczenia usług

W ocenie Zamawiającego, zakres opisanego zarzutu jest zbieżny z argumentacją przedstawioną przez T-Mobile oraz Netia i w konsekwencji w odniesieniu do tego zarzutu Zamawiający przedstawił swoje stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie w pkt 1.6 i 2.1.
3.2. Zarzut dotyczący terminu wykonania wizji lokalnych

Odnosząc się do powyższego zarzutu Zamawiającym wskazał, iż kwestie te były przedmiotem odpowiedzi na pytania nr 1, a w dniu 20 stycznia 2016 r. Zamawiający dokonał zmiany terminu składania ofert, wydłużając tym samym okres uwzględnienie wyników wizji lokalnych wykonawcom, którzy zgłosili Zamawiającemu potrzebę ich przeprowadzenia przez co obecnie w ocenie Zamawiającego nie powstaje wątpliwość co do faktu, że czas 21 dni roboczych, którym dysponują obecnie wszyscy wykonawcy na uwzględnienie wyników wizji lokalnych należy uznać za wystarczający.
3.3. Zarzut w zakresie terminu rozpoczęcia świadczenia usług

Według Zamawiającego zarzut podniesiony przez Odwołującego w zakresie postanowień pkt 27. 1 i 2 OPZ zdaje się być uzasadniony w oparciu o pierwotnie zaproponowany przez Zamawiającego termin 35 dni na zestawienie łączy. Obecnie termin ten został wydłużony do 60 dni, przez co argumentacja przedstawiona przez Odwołującego stała się w ocenie Zamawiającego tym bardziej nietrafna na obecnym etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Niezależnie jednak od tego faktu, Zamawiający wskazał na utrwaloną linię orzecznictwa KIO, zgodnie z którą opis przedmiotu zamówienia nie musi być ustalony w taki sposób, aby umożliwić udział w postępowaniu wszystkim wykonawcom. Przywołał w tym zakresie orzeczenia w sprawach: KIO/UZP 634/10 i KIO 821/11.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko.

Jednocześnie też jako dowód w sprawie odwołania T-Mobile (KIO 37/16) złożył wyciąg z postanowień SIWZ dla postępowania prowadzonego przez Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu, wskazując, że jest to wiele bardziej skomplikowane postępowanie,

biorąc pod uwagę jego zakres i wymogi Zamawiającego, co do sposobu świadczenia usług, w którym to postępowaniu nie było żadnych uwag co do wyznaczonego przez Zamawiającego 60 dniowego terminu na przygotowanie do świadczenia usług.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestników postępowań, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy oraz dowody złożone przez wykonawcę T-Mobile i Zamawiającego w toku rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że wymogi formalne związane ze skutecznym wniesieniem przystąpień do wszystkich trzech postępowań odwoławczych, wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, zostały wypełnione. Z tych też względów, w ocenie Izby wskazani wykonawcy uzyskali status uczestników wszystkich trzech postępowań odwoławczych.

Izba ustaliła również, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia wszystkich trzech odwołań, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona. Wszyscy trzej wykonawcy składający odwołania i podnosząc w nich zarzuty dotyczące postanowień SIWZ i treści ogłoszenia o zamówieniu, które w ich ocenie utrudniają im złożenie ofert w postępowaniu, wykazali się możliwością uzyskania niniejszego zamówienia publicznego w przypadku uwzględniania zarzutów odwołania i w konsekwencji możliwością poniesienia przez nich szkody związanej w efekcie z nie udzieleniem im zamówień na skutek braku możliwości czy utrudniania w złożeniu oferty w związku z kwestionowanymi postanowieniami SIWZ.

Izba, rozpoznając odwołania w granicach zarzutów w nich podniesionych, uznała, że podlegają one oddaleniu.

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie, poprzez zamieszczenie na swojej stronie internetowej oraz w swojej siedzibie ogłoszenia o zamówieniu w dniu 2 stycznia 2016 r. Ogłoszenie to zostało też opublikowane w tej samej dacie w Dzienniku Urzędowym UE. Zamawiający opublikował też postanowienia SIWZ na swojej stronie internetowej we wskazanej dacie.

W dniu 20 stycznia 2016 r. Zamawiający zmodyfikował postanowienia SIWZ i udzielił odpowiedzi na zadane pytania dotyczące treści SIWZ oraz treść ogłoszenia o zamówieniu, zamieszczając zmiany na stronie internetowej i wysyłając zmienione ogłoszenie do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Izba ograniczyła rozpoznanie wniesionych odwołań do zarzutów odwołań podtrzymanych przez wykonawcę Netia, T-Mobile i Orange. Izba uwzględniła w tym zakresie ograniczony w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania przez wszystkich trzech odwołujących się wykonawców zakres zaskarżenia.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 36/16 (wykonawca Netia)

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez dopuszczenie w § 8 ust. 2 pkt 4 projektu umowy w SIWZ do dowolnej modyfikacji postanowień umowy w zakresie zmiany technologii świadczenia usług i sposobu kierowania

ruchu telekomunikacyjnego, Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Jednakże z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp wskazany zarzut nie mógł stać się podstawą do uwzględnienia odwołania.

Odwołujący Netia kwestionował postanowienia § 8 ust. 2 pkt 4 projektu umowy, które w pierwotnym brzmieniu tego postanowienia umowy, przewidywały możliwość wprowadzenia zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w przypadku zamiany przez jednostki sądownictwa: technologii świadczonych usług z TDM na VoIP, lokalizacji, likwidacji lub modernizacji istniejących lub budowy nowych obiektów sądowych oraz sposobu kierowania ruchu telekomunikacyjnego z obecnych łączy na inne objęte umową łącznie z likwidacją dotychczasowego łącza, a także sposobu kierowania ruchu telekomunikacyjnego z obecnych łączy na inne nie objęte umową, przy czym Zamawiający miałby prawo przenieść numerację z likwidowanego łącza realizowanego do tej pory w ramach umowy do innej dowolnej umowy Zamawiającego oraz sposobu kierowania ruchu telekomunikacyjnego jednostek sądownictwa nie objętych umową i w tym przypadku Zamawiający miałby prawo do przeniesienia numeracji z likwidowanego łącza realizowanego do tej pory w ramach innej umowy Zamawiającego do łącza / y realizowanego / ych w ramach przedmiotowej umowy.

Zgodzić należy się z wykonawcą Netia, iż wskazane postanowienia SIWZ (projektu umowy) zakładały dużą swobodę dla Zamawiającego dla wprowadzania w przyszłości zmian do zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Postanowienia te de facto wskazywały na dowolną modyfikację przez Zamawiającego w przyszłości postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie istotnych elementów przedmiotu zamówienia, tj. zmiany technologii świadczenia usług i sposobu kierowania ruchu telekomunikacyjnego. Zamawiający bowiem przewidywał swobodną zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie określając okoliczności, w których owa zmiana miałby nastąpić, a skutkiem takiej zmiany jest zmiana sposobu spełniania świadczenia czy też jego zakresu. Powyższe w ocenie Izby potwierdza, że przedmiot zamówienia nie został opisany przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący i nie uwzględniał wszystkich okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie przez wykonawcę oferty.

Tym samym wycena oferty wykonawców mogła być znacząco utrudniona i mogła skutkować brakiem możliwości obiektywnej wyceny ryzyka wykonawcy związanego z takim, a nie innym określeniem przez Zamawiającego zakresu przedmiotu świadczenia i sposobu jego spełnienia.

Izba jednak ustaliła, że na skutek modyfikacji postanowień SIWZ dokonanej przez Zamawiającego w dniu 20 stycznia 2016 r., zostały w sposób zasadniczy rozbudowane przez Zamawiającego podstawy związane z przewidywanymi sytuacjami, w których ewentualnie może nastąpić zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający bowiem dookreślił okoliczności, których wystąpienie będzie powodowało zmianę sposobu kierowania ruchu telekomunikacyjnego - ,Zamawiający wskazał , że powyższe może być wynikiem awarii obecnego systemu abonenckiego lub przeprowadzonej inwestycji przez jednostki sądownictwa. Zamawiający dookreślił też, że w konkretnych okolicznościach, w których może nastąpić zmiana sposobu kierowania ruchu telekomunikacyjnego związanymi ze zmianą lokalizacji lub modernizacji istniejących lub budowy nowych obiektów sądowych, czemu zasadniczo Odorujący nie sprzeciwiał się, nastąpi zmiana świadczenia usług na łączach publicznych z obecnych łączy TDM na łącze SIP TRUNK. Zamawiający zatem wskazał na okoliczności, w których prawdopodobna jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego i dookreślił w takich sytuacjach sposób spełnienia świadczenia. Powyższe zdaniem Izby jest wystarczające dla uznania, że wykonawca jest w stanie dokonać wyceny swojego ryzyka związanego z wprowadzeniem ewentualnych zmian w umowie w sprawie zamówienia publicznego. Powyższemu niewątpliwie dodatkowo służą postanowienia § 5 ust. 6 pkt 1 projektu umowy zakładające dla wykonawcy minimalny poziom zakupów – nawet w sytuacji przywołanych zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego – do 50% maksymalnej wartości przedmiotu zamówienia wskazanej w postanowieniu § 5 ust. 1 projektu umowy odnoszącej się do każdej części zamówienia.

Tym samym zatem w tym przypadku nowe postanowienia SIWZ (projektu umowy)

wskazują na to, że naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, którego dopuścił się Zamawiający przy pierwotnych zapisach projektu umowy, nie mają wpływu na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. wybór oferty najkorzystniejszej. Izba w tym zakresie, wobec modyfikacji postanowień SIWZ z dnia 20 stycznia 2016 r. i uwzględniając dyspozycję art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, nie mogła nakazać Zamawiającemu dokonanie modyfikacji SIWZ, skoro ta czynność została formalnie przez Zamawiającego już dokonana. Stąd też przywołane naruszenie pozostawało bez wpływu na wynik postępowania w świetle dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie też Izba nie stwierdziła, aby przywołane przez Odwołującego Netia pierwotne zapisy SIWZ we wskazanym zakresie, które były kwestionowane w ramach zarzutu odwołania, prowadziły do utrudnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp), czy też do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu (naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Odwołujący w uzasadnieniu tego zarzutu wskazywał m.in., że postanowienia SIWZ nie mogą prowadzić do wykluczenia z postępowania konkurencyjnych wykonawców czy też, że wprowadzają nierówność stron umowy. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący we wskazanym zakresie – przede wszystkim co do kwestii wykluczenia z postępowania konkurencyjnych wykonawców - nie wskazał żadnych dowodów. Przywołane postanowienia pierwotnej treści SIWZ – jak wskazała Izba - nie są faktycznie precyzyjne, ale identyczne dla wszystkich wykonawców potencjalnie zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Nie preferują żadnego z wykonawców ani nie dyskryminują żadnego z nich. Takich okoliczności ani dowodów na potwierdzenie się tego zarzutu Odwołujący Netia nie przywołał. Wskazanie nierówności stron umowy natomiast nie może świadczyć o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania w postępowaniu odnosi się bowiem do sytuacji wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a nie ocenie relacji wynikających z przyszłego stosunku zobowiązanego pomiędzy wykonawcą, którego ofertę Zamawiający uzna za najkorzystniejszą w postępowaniu a Zamawiającym.

Tym samym Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych przepisów ustawy Pzp.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 37/16 (wykonawca T-Mobile)

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także w sposób i mieć wpływ nieuwzględniający wszystkich wymagań okoliczności mogących na sporządzenie oferty oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w zakresie, w jakim w rozdziale II SIWZ Zamawiający gwarantuje każdemu wykonawcy wybranemu w ramach postępowania do świadczenia usług telekomunikacji stacjonarnej przypisanej dla danej jego części 35 dni kalendarzowych na wykonanie niezbędnych prac związanych

z przygotowaniem infrastruktury wykonawcy do świadczenia usług telekomunikacyjnych wraz z ewentualną dostawą systemów telekomunikacyjnych, ich zainstalowaniem, uruchomieniem i przeprowadzeniem testów (tj. pkt 2 ppkt 2.1. OPZ oraz § 4 ust. 4 umowy), Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pierwotnych zapisach SIWZ przywołanych przez Odwołującego T-Mobile faktycznie przewidział termin 35 dni kalendarzowych przeznaczony na wykonanie niezbędnych prac związanych z przygotowaniem infrastruktury wykonawcy do świadczenia usług telekomunikacyjnych wraz z ewentualną dostawą systemów telekomunikacyjnych, ich zainstalowaniem, uruchomieniem i przeprowadzeniem testów. Zamawiający zaznaczył, że bieg tego terminu rozpoczyna się z chwilą przekazania wykonawcy podpisanego egzemplarza umowy przez Zamawiającego. Jednocześnie też Izba

ustaliła, że Zamawiający w dniu 20 stycznia 2016 r. dokonał modyfikacji wskazanych postanowień SIWZ, wydłużając wskazany termin z 35 do 60 dni kalendarzowych.

Dokonując oceny wskazanych zapisów SIWZ Izba stwierdziła, że zarzut odwołania dotyczący pierwotnych zapisów SIWZ nie został wykazany przez Odwołującego T-Mobile. Odwołujący wskazywał, że wyznaczony termin na przygotowanie się przez wykonawcę do świadczenia usług jest zbyt krótki ze względu na zakres zamówienia, w tym liczbę lokalizacji, jak i zakres prac, które wykonawca zobowiązany jest wykonać przed rozpoczęciem świadczenia usług. Jako argumenty uzasadniające wydłużenie tego terminu - i to do 90 dni kalendarzowych - wykonawca T-Mobile wskazywał przede wszystkim okoliczność związane z udzieleniem przez tego samego Zamawiającego zamówienia na adekwatny przedmiot zamówienia w 2014 r. W postępowaniu tym Zamawiający wskazany termin określił bowiem na poziomie 75 dni kalendarzowych. W toku rozprawy wskazywane także było, że niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało dodatkowo powiększone o liczę lokalizacji w stosunku do uprzednio prowadzonego postępowania przy zmniejszonym okresie na przygotowanie do świadczenia usługi z 75 dni do 35 dni.

W ocenie Izby przywołane przez wykonawcę T-Mobile argumenty nie zasługują na uwzględnienie. Odwołujący zarzucił w tym zakresie Zamawiającemu naruszenie przede wszystkim art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślić należy, że zarzut niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp) jest całkowicie nieuzasadniony. Wskazany zapis jest jasny, czytelny i precyzyjny. Wykonawcy mają świadomość, jak długi mają okres na przygotowanie się do świadczenia usługi i od którego momentu ten czas rozpoczyna swój bieg, więc

o jakichkolwiek niejednoznacznościach w tym zakresie nie możemy mówić. Zapis ten jest również w ocenie Izby wyczerpujący.

Co do zarzutu utrudniania uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp), czy też naruszenia zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji przez Zamawiającego (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), to zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób wskazany przez Zamawiającego termin miałby preferować innych wykonawców, czy też wpływać w sposób negatywny na sytuację tego konkretnego wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, uniemożliwiając mu złożenie oferty w postępowaniu. Odwołujący T-Mobile nie wykazał także w sposób konkretny, że termin 35 dni na przygotowanie się do spełnienia świadczenia jest obiektywnie niemożliwy do dotrzymania. Podkreślić należy, że kwestia zakresu przedmiotu zamówienia (ilości jednostek, dla których usługi objęte przedmiotem świadczenia, mają być spełnione) stanowi element organizacji pracy i przygotowania do spełnienia świadczenia przez konkretnego wykonawcę. To od wykonawcy zależy jaką ilość osób zaangażuje do przygotowania spełnienia świadczenia dla Zamawiającego, i w jaki sposób będzie zorganizowana ich praca. Argument o konieczności przewidzenia w ramach czynności przygotowawczych do spełnienia świadczenia czasu na postępowanie administracyjne również nie został wykazany. Odwołujący T-Mobile w toku rozprawy wskazywał na konieczność uzyskania w terminie 30 dni ewentualnych decyzji administracyjnych niezbędnych do przygotowania się do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia, a także na konieczność podjęcia innych czasochłonnych czynności, w tym m.in. dokonywania zakupów przez wykonawcę określonych urządzeń. Odnosząc się do tych argumentów podkreślić należy, że niezależnie od tego czy uzyskanie określonej decyzji administracyjnej w ramach czynności przygotowawczych podejmowanych przez wykonawcę przed wykonaniem zamówienia będzie konieczne, czy też wystarczające w tym względzie jest jedynie dokonanie zgłoszenia, to Odwołujący przywołał w tym zakresie jako czas niezbędny okres 30 dni, podczas gdy tymczasem Zamawiający określił pierwotnie termin na 35 dni. Dokonywanie zakupów urządzeń przez wykonawcę oraz podejmowanie innych czynności przygotowawczych jest obiektywnie możliwe – oczywiście po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego – równocześnie z prowadzeniem ewentualnego postępowania administracyjnego przez wykonawcę. Powyższe stanowi kwestię – jak wskazano powyżej – związaną z organizacją pracy wykonawcy. Wydłużenie zaś przez Zamawiającego w wyniku modyfikacji postanowień SIWZ wskazanego terminu do 60 dni dodatkowo wpływa korzystanie na sytuację

wykonawcy, niezależnie od tego, że zdaniem Izby w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, biorąc pod uwagę przede wszystkim fakt, iż wykonawca T-Mobile nie wykazał,

konkretnie dla tego postępowania, potrzeby wydłużenia terminu na przygotowanie się do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia. Odnosząc się do argumentów dotyczących wyznaczenia dłuższego terminu przez Zamawiającego w analogicznym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w 2014 r. zdaniem Izby argumenty te nie zasługują na uwzględnienie. Wcześniej prowadzone postępowanie – jak wskazał Zamawiający, a czemu wykonawcy (Odwołujący T-Mobile oraz Przystępujący do postępowania Netia i Orange) nie zaprzeczyli – wskazywało na dłuższy – 75 dniowy termin przygotowawczy do świadczenia usług, wynikający z okresu zimowego, na jaki przypadał faktycznie czas przeznaczony na przygotowanie się do świadczenia usług. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – jak podniósł Zamawiający - rozpoczęcie świadczenia usług przewidziane jest na lipiec 2016 r., stąd też dłuższy czas na przygotowanie do świadczenia usług nie będzie obejmowało okresu zimowego, w czasie którego prowadzenie prac przygotowawczych może być utrudnione. Jeśli chodzi o kwestię zwiększenia ilości jednostek, do których ma być świadczona usługa, to po pierwsze - jak wykazano (oświadczenie Zamawiającego, któremu nie zaprzeczyli Odwołujący i przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawcy) - zwiększenie ilości jednostek dotyczy zaledwie 10 lokalizacji, po drugie zaś, zdaniem Izby, powyższe również związane jest ze sposobem organizacji pracy wykonawcy. Odnosząc się do dowodu złożonego w trakcie rozprawy przez wykonawcę T-Mobile, tj. wyrazu postępowań dla różnych jednostek, w których ustalono dłuższe terminy na przygotowanie do świadczenia usług, to zdaniem Izby dowód ten nie jest wiarygodny. Nie mamy bowiem wiedzy, jakie były szczególne warunki realizacji przedmiotowych zamówień i przede wszystkim, w jakim okresie roku kalendarzowego, przypadał okres przygotowania się do spełnienia świadczenia, a także to, czy nie są to terminy maksymalne. Z tych samych względów Izba uznała również za niewiarygodny dowód złożony przez Zamawiającego, tj. dowód z zestawienia dla postępowania prowadzonego przez Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu, gdzie wskazano 60 dniowy termin na przygotowanie do świadczenia usług. Nie wiadomo bowiem w tym przypadku, jakie w ramach tego postępowania Zamawiający przewidział szczególne warunki realizacji przedmiotu zamówienia, które mogą mieć wpływ na ustalenie w tym właśnie postępowaniu terminu na przygotowanie do świadczenia usług.

Tym samym Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych w zakresie tego zarzutu w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 38/16 (wykonawca Orange)

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez utrudnienie uczciwej konkurencji z uwagi na wyznaczenie terminów przeprowadzenia wizji lojalnej w sposób uniemożliwiający uwzględnienie rezultatów wizji lokalnych przy sporządzeniu oferty, co prowadziło do uprzywilejowania wykonawcy aktualnie świadczącego usługi, który nie musi przeprowadzać wizji lokalnych w celu sporządzenia oferty, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale II ust. 1.5-1.7 SIWZ przewidział możliwość przeprowadzenia wizji lokalnych. Przywołane zapisy SIWZ wskazują, że wykonawcy mają zgłaszać wnioski do Zamawiającego o przeprowadzenie wizji i termin ten faktycznie upływa z dniem 14.01.2016 r., zaś Zamawiający w terminie 7 dni roboczych (tj. do dnia 25 stycznia 2016 r.) przekaże wykonawcom informacje o termiach wizji, czyli przekaże harmonogram tych wizji.

Zdaniem Odwołującego Orange, biorąc pod uwagę wyznaczony pierwotnie termin składania ofert na dzień: 9 lutego 2016 r., wykonawcy nie będą mogli wykorzystać efektów przeprowadzonych wizji w swoich ofertach. Jednocześnie wskazał, że wskazany harmonogram wizji lokalnych stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawcę aktualnie

świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego, który takiej wizji nie musi przeprowadzać.

Izba ustaliła w tym zakresie także, że Zamawiający w dniu 20 stycznia 2016 r. dokonał modyfikacji postanowień SIWZ w zakresie ustalenia terminu do składania ofert. Zamawiający przyjął, że termin ten upływa w dniu 24 lutego 2016 r.

Odnosząc się do zarzutu odwołania Izba nie mogła zgodzić się z argumentacją Odwołującego Orange, że wskazany w SIWZ termin przeprowadzenia wizji lokalnych prowadzi do utrudniania uczciwej konkurencji w postępowaniu. Odwołujący nie wykazał bowiem, jak sposób ustalenia w SIWZ harmonogramu wizji lokalnych wpłynie na rzekomo uprzywilejowaną sytuację i jakiego konkretnie wykonawcy. Przeprowadzenie wizji lokalnych to prawo wykonawcy, a Odwołujący Orange nie przedstawia jakikolwiek zastrzeżeń co do niejasności, czy braku precyzji w opisie przedmiotu zamówienia. To przede wszystkim opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego w SIWZ stanowi podstawę do przygotowania oferty. Wizja lokalna nie może bowiem zastępować opisu przedmiotu zamówienia dokonywanego przez Zamawiającego zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem Odwołujący Orange nie kwestionuje w tym zakresie opisu

przedmiotu zamówienia dokonanego przez Zamawiającego w SIWZ. Rzeczą naturalną jest okoliczność, iż wykonawca, który do tej pory świadczył określone usługi na rzecz podmiotu zamawiającego, może mieć lepszą wiedzę o przedmiocie zamówienia. Tak więc sam fakt świadczenia przez jakiegoś wykonawcę określonych usług nie może być dyskwalifikujący ani dla tego wykonawcy, ani też dla zapisów SIWZ o możliwości przeprowadzenia wizji lokalnych przez wykonawców. Jak wskazano Odwołujący nie wykazał, że jakiekolwiek zapisy SIWZ dotyczące opisu przedmiotu zamówienia są nieprecyzyjne i wymagają koniecznie przeprowadzenia wizji lokalnej, a z drugiej strony nie wykazał, że jakiekolwiek zapisy SIWZ materialnie preferują konkretnego wykonawcę i w jaki sposób. Podkreślenia wymaga dodatkowo okoliczność, iż wykonawca, przeprowadzając wizje lokalne w poszczególnych lokalizacjach objętych zakresem przedmiotu zamówienia, powinien wziąć pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia i w taki sposób zorganizować pracę i przygotowanie do sporządzenia oferty, także poprzez oddelegowanie do powyższego określonej ilości osób, aby zapewnić sobie sprawne sporządzenie oferty, przy czym w ocenie Izby nie jest uzasadnione oczekiwanie ze strony wykonawcy na rozpoczęcie przygotowania oferty maksymalnie do czasu zakończenia wszystkich wizji lokalnych. Sporządzenie oferty może być prowadzone sukcesywnie od momentu upublicznienia informacji o zamówieniu, a także w trakcie trwania wizji lokalnych. Powyższe również odnosi się do ewentualnych zakupów sprzętu, przy czym zauważenia wymaga okoliczność, że Zamawiający dopuścił również w tym przypadku możliwość korzystania z używanego sprzętu.

Niezależnie od powyższego na marginesie zauważyć należy, że po dokonaniu modyfikacji SIWZ przez Zamawiającego w dniu 20 stycznia 2016 r. termin składania ofert uległ wydłużeniu do dnia 24 lutego 2016 r., co dodatkowo wskazuje, że wykonawcy mają zapewniony faktycznie dodatkowy czas na uwzględnienie wyników wizji lokalnych w przygotowanych ofertach.

Tym samym Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych w zakresie przywołanych zarzutu w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 29 ust 2 ustawy Pzp, poprzez utrudnienie uczciwej konkurencji z uwagi na określenie terminów realizacji usługi, które umożliwiają rozpoczęcie świadczenia usługi w wyznaczonym terminie jedynie wykonawcy aktualnie świadczącemu usługi na rzecz Zamawiającego, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Odwołujący Orange – podobnie, jak Odwołujący T-Mobile w sprawie KIO 37/16, kwestionował postanowienia opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków określonych w projekcie umowy co do wyznaczonego przez Zamawiającego 35 dniowego terminu na przygotowanie się do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia. W związku z modyfikacją SIWZ, którą Zamawiający wydłużył ten termin do 60 dni, Odwołujący Orange

w toku rozprawy wskazał, iż byłby w stanie zgodzić się z Zamawiającym na termin 60 dniowy, jednakowoż pod pewnymi warunkami, które nie były do przyjęcia przez Zamawiającego (termin ten powinien być liczony od otrzymania przez wykonawcę podpisanej umowy i przekazania przez Zamawiającego wykonawcy informacji niezbędnych do uruchomienia usług, tj. pełnej numeracji dla poszczególnych lokalizacji, a także dokumentów niezbędnych do wszczęcia procedury przeniesienia numeracji). Powyższe dodatkowo wskazuje, że sam w sobie termin na przygotowanie do świadczenia usług zmodyfikowany przez Zamawiającego, nie stanowi problemu dla wykonawcy dla podjęcia czynności związanych z przygotowaniem się do spełnienia świadczenia.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że żądanie wydłużenia pierwotnie wskazanego przez Zamawiającego terminu na przygotowanie się do świadczenia usług i zarzut podniesiony w tym zakresie przez Odwołującego nie były uzasadnione. Izba podtrzymuje w tym zakresie w pełni argumentację podniesioną przy rozpatrywaniu analogicznego zarzutu podniesionego w odwołaniu T-Mobile (KIO 37/16), a dodatkowo argumentację wskazaną przez Odwołującego Orange w zarzucie powyżej, co do naturalnych konsekwencji związanych z wiedzą o zamówieniu uzyskaną przez wykonawcę, który do tej pory świadczył usługi na rzecz Zamawiającego. Odwołujący Ograne nie wykazał jednak w niniejszym postępowaniu odwoławczym, że termin 35 dni kalendarzowych jest obiektywnie niemożliwy do dotrzymania przez niego i uniemożliwia mu złożenie oferty.

Tym samym Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych w zakresie przywołanych zarzutu w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi odwołujących się wykonawców: Netia, T-Mobile i Orange, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisów uiszczonych przez trzech odwołujących się wykonawców w łącznej kwocie 45 000,00 zł.

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……