Sygn. akt: KIO 2284/16
Sygn. akt: KIO 2290/16

WYROK

z dnia 27 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2016 r. w Warszawie **odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:**

A. w dniu 2 grudnia 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia T.P. S.A., ul. (...) W.
B. w dniu 5 grudnia 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia O.P. S.A., (...) W.

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: P.G.N.I.G. S.A., (...) W.

przy udziale wykonawców:

A. wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia N. S.A., (...) W. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2284/16 i 2290/16 po stronie odwołującego B. wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia O.P. SA, (...) W. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2284/16 po stronie odwołującego
C. wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia T.P. S.A., ul. (...) W. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2290/16 po stronie odwołującego

orzeka

---

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu skreślenie pkt 3.9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia o treści: „Zamawiający zastrzega sobie możliwość zamiany 6 lokalizacji objętych przedmiotem zamówienia przed ich uruchomieniem, o ile wykonawca nie przystąpi do rozpoczęcia instalacji w tej lokalizacji" i pkt 4.1.2. SIWZ o treści „Zamawiający zastrzega sobie prawo, w okresie realizacji zamówienia, do dodania nowych lokalizacji, w których będzie świadczona usługa sieci, zwiększenia przepustowości łączy przekraczającego łączną cenę umowną, w zakresie nie większym niż do 25 % wartości umowy" oraz nakazuje dalsze skreślenia postanowień SIWZ związane z powyższymi skreśleniami. W pozostałym zakresie odwołania oddala.
2. kosztami postępowania obciąża P.G.N.I.G. S.A., (...) W. i
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 zł 00 gr (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez T.P. S.A., ul. (...) W. oraz przez O.P. S.A., (...) W. tytułem wpisów od odwołań,
2.2. zasądza od P.G.N.I.G. S.A., (...) W. kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz T.P. S.A., ul. (...) W. stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.
2.3. zasądza od P.G.N.I.G. S.A., (...) W. kwotę 15.000 zł.00gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz O.P. S.A., (...) W. stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz.831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Uzasadnienie

Informacje o prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiającym, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest spółka P.G.N.I.G. S.A. z siedzibą przy (...) W. zwana dalej „Zamawiającym".
Odwołującymi są:

1. spółka T.P.S.A. z siedzibą (...) W. zwana dalej „T." – Sygn. akt KIO 2284/16.
2. spółka O.P. S.A. (...) W. zwana dalej „O." – Sygn. akt KIO 2290/16.

Stosownie do przepisu art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn.) zwanej dalej: „ustawą" lub „Pzp", wniesiono w imieniu T.P. S.A. z siedzibą w Warszawie oraz O.P. S.A. z siedzibą w Warszawie, odwołania wobec modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia(SIWZ) oraz samej treści SIWZ, której Zamawiający nie dokonał zmiany zgodnie z żądaniami przez niego uwzględnionymi w poprzednich postępowaniach odwoławczych.

Przedmiotowa SIWZ obowiązuje w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi transmisji danych (MPLS) w sieci rozległej WAN PGNiG S.A." pod znakiem sprawy: ZP/PGNG/16/0417/CS/FD. zwanym dalej: „Postępowaniem".

W związku z tym, że ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 27 lipca 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2016/S 143-259781. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest według poprzednio obowiązujących przepisów ustawy pzp.

Sygn. akt KIO 2284/16

Odwołanie złożone przez T.

III. ZARZUTY
Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
1. art. 34 ust. 5 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ niezgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania i dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim Zamawiający

nieprecyzyjnie określił zakres zamówienia objęty prawem opcji, w tym również zasady kształtowania wynagrodzenia wykonawcy w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji i rozpoczęcia świadczenia usługi w nowych lokalizacjach, w szczególności poprzez:
a. zastrzeżenie uprawnienia Zamawiającego do rezygnacji bez podania przyczyny z usługi przyłączenia i świadczenia usługi sieci dla wybranych lokalizacji bez dodatkowych opłat i kar na rzecz Wykonawcy, w wysokości aż do 20% ogólnej ilości lokalizacji (SIWZ, pkt 4.1.1.);
b. zastrzeżenie uprawnienia Zamawiającego do dodania nowych lokalizacji, w których świadczona będzie usługa sieci, zwiększenia przepustowości łączy bez wprowadzenia możliwości odmowy przez Wykonawcę w przypadku braku warunków technicznych lub konieczności poniesienia niewspółmiernych kosztów z tym związanych (SIWZ, pkt 4.1.2);
c. ograniczenie wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy w przypadku włączenia nowej lokalizacji o danej przepustowości, w ramach prawa opcji, wyłącznie do opłaty

abonamentowej, w wysokości z góry ustalonej przez Zamawiającego w odniesieniu do średniej arytmetycznej z miesięcznych cen abonamentowych dla tej samej przepustowości (SIWZ, 4.1.6.1.);
2. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ niezgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania i poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim Zamawiający:
a. zastrzegł sobie możliwość zamiany lokalizacji przed ich uruchomieniem, o ile wykonawca nie przystąpi do rozpoczęcia instalacji w tej lokalizacji (SIWZ, pkt 3.9); b. przewidział, iż wynagrodzenie Wykonawcy będzie składać się wyłącznie z miesięcznej opłaty abonamentowej (SIWZ, pkt 13; Wzór umowy §4 ust. 2);
c. wyznaczył zbyt krótki czas realizacji przez Wykonawcę zlecenia zwiększenia lub zmniejszenia przepustowości łącza od momentu otrzymania zgłoszenia w zakresie zwiększenia dwukrotnego (Załącznik nr 1 do SIWZ - SOPZ, roz. II pkt 14);
d. określił, że opłaty abonamentowe mogą być naliczane dopiero od momentu podpisania protokołu końcowego, po dokonaniu odbioru wszystkich lokalizacji, nie zaś od momentu faktycznego uruchomienia usługi w lokalizacji i umożliwienia korzystania z usługi (Załącznik nr 1 do SIWZ - SOPZ, roz. V pkt 3);
e. określił zbyt krótki termin na przekazanie raportu z dostępności usługi (SOPZ, roz. VI, pkt 3);

3. art. 353.1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14 ust. 1, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ niezgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania i poprzez sporządzenie Załącznika do SIWZ - Wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim:
a. Zamawiający przewidział zbyt ogólną i arbitralną przesłankę umożliwiającą mu jednostronne rozwiązanie umowy ze skutkiem na chwilę złożenia oświadczenia (Wzór Umowy, §7 ust. 2 lit. c);
b. Zamawiający przewidział uprawnienie do jednostronnego rozwiązania Umowy w przypadku powtarzających się istotnych naruszeń, przy czym wystarczające jest, że dotyczą one pojedynczej lokalizacji (Wzór Umowy, §7 ust. 3);
4. art. 38 ust. 4 w zw. z art. 47 w zw. z art. 23 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie zmiany SIWZ w wyniku udzielonych wykonawcom wyjaśnień, w sposób niezgodny z przepisami ustawy, tj. uniemożliwiający wykonawcom, którzy wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu i uzyskali zaproszenie do składania ofert, złożenia oferty wspólnej.

IV. ŻĄDANIA

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ poprzez:
I. zmianę opisu przedmiotu zamówienia w zakresie ukształtowania prawa opcji poprzez:
1. zmianę pkt 4.1.1. SIWZ poprzez ograniczenie liczby lokalizacji, z których może zrezygnować Zamawiający z 20% do 10% ogólnej ilości lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 1 do SIWZ;
2. zmianę pkt 4.1.2. SIWZ poprzez wprowadzenie możliwości odmowy przez Wykonawcę dodania nowych lokalizacji, w których świadczona będzie usługa sieci, zwiększenia przepustowości łączy w przypadku braku warunków technicznych lub konieczności poniesienia niewspółmiernych kosztów z tego tytułu;
3. zmianę pkt 4.1.6.1 SIWZ poprzez zniesienie określonego tam sposobu ustalania wysokości opłaty abonamentowej określenie, iż miesięczna opłata abonamentowa ustalana będzie w wysokości uzgodnionej pomiędzy Wykonawcą i Zamawiającym w ramach przewidzianego ograniczenia wartości prawa opcji (25% wartości umowy), wprowadzenia jednorazowej opłaty instalacyjnej w wysokości pokrywającej uzasadnione koszty przyłączenia i uruchomienia usługi w nowej lokalizacji oraz wprowadzenie możliwości odmowy włączenia nowej lokalizacji w przypadku braku warunków technicznych w tej lokalizacji lub w przypadku braku porozumienia między Wykonawcą i Zamawiającym, co do

wysokości opłaty abonamentowej;
II. zmiany w opisie przedmiotu zamówienia polegające na:

1. wykreśleniu pkt 3.9 SIWZ, ewentualnie: określenie ograniczonej ilości lokalizacji, które mogą zostać zamienione na żądanie Zamawiającego przed rozpoczęciem instalacji (do maksymalnie 5% wartości przedmiotem zamówienia) oraz wprowadzenie zastrzeżenia, iż Wykonawca będzie zobowiązany do uruchomienia i świadczenia usługi w nowej lokalizacji tylko w takim przypadku, jeśli będzie w nich dysponował warunkami technicznymi do świadczenia usługi;
2. zmianie postanowień SIWZ pkt 13 oraz Wzoru Umowy poprzez wprowadzenie jako składnika wynagrodzenia Wykonawcy, jednorazowej opłaty instalacyjnej, określonej dla każdej z lokalizacji, w których świadczona ma być usługa;
3. zmianie pkt 14) Rozdziału II Załącznika nr 1 do SIWZ - SOPZ poprzez wskazanie, że czas realizacji przez Wykonawcę zlecenia zwiększenia lub zmniejszenia przepustowości łącza nie będzie przekraczał 2 miesięcy od momentu otrzymania zgłoszenia;
4. określeniu, iż w przypadku rozpoczęcia korzystania z usługi transmisji danych w danej lokalizacji przed podpisanie protokołu odbioru końcowego dla wszystkich lokalizacji, za usługę świadczoną w tym okresie przysługiwać będzie Wykonawcy wynagrodzenie w wysokości 50% opłaty abonamentowej określonej dla danej lokalizacji, naliczone proporcjonalnie do okresu korzystania z usługi;
5. zmianie roz. VI pkt 3) SOPZ poprzez wydłużenie terminu na przekazanie raportu do 10 dni roboczych;
III. dokonanie zmian w treści postanowień Wzoru Umowy poprzez:
1. zmianę §7 ust. 2 lit. c Umowy poprzez zastrzeżenie, że prawo rozwiązania Umowy wyłącznie w przypadku celowego, zmierzającego do wprowadzenia przysługuje Zamawiającego w błąd, przekazania przez Wykonawcę nieprawdziwych oświadczeń, zapewnień, informacji lub faktów;
2. zmianę §7 ust. 3 Umowy poprzez dodanie zastrzeżenia, iż uprawnienie do rozwiązania Umowy będzie dotyczyć tylko sytuacji, w których do istotnego naruszenia postanowień Umowy doszło w więcej niż 10% różnych lokalizacjach w ciągu jednego okresu rozliczeniowego.
IV. Dokonanie modyfikacji odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na pytanie nr 7 w dniu 25 listopada 2016 r. poprzez dopuszczenie możliwości złożenia oferty wspólnej przez dwóch wykonawców, którzy uzyskali osobno zaproszenie do złożenia ofert oraz wskazanie, jakich dokumentów będzie w takim przypadku wymagał Zamawiający.
V. ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH.
1. Zamawiający przekazał Odwołującemu zmiany treści SIWZ i załączników do SIWZ, jak również odpowiedzi na pytania o wyjaśnienie treści SIWZ w dniu 25 listopada 2016 r., zatem odwołanie wniesione w dniu dzisiejszym zostaje wniesione z zachowaniem terminu ustawowego.

2. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.
VI. INTERES I SZKODA.
Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Odwołujący jest wykonawcą, który został zaproszony do złożenia oferty w ramach przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego w/w przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż kwestionowane postanowienia SIWZ uniemożliwiają Odwołującemu prawidłową kalkulację ceny i przygotowanie oferty, a tym samym jej złożenie i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Czyni to też oferty nieporównywalnymi. Nie ulega wątpliwości, iż w ten sposób Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia. Zamawiający, wbrew oświadczeniu o uwzględnieniu wcześniejszego odwołania, jedynie częściowo lub pozornie uwzględnił żądania Odwołującego, zatem jego interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody z tytułu utraty możliwości złożenia konkurencyjnej i prawidłowo sporządzonej oferty, uzasadniają wniesienie przedmiotowego odwołania.

W uzasadnieniu przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

I. Odwołujący w dniu 14 października 2016 r. wniósł odwołanie wobec treści SIWZ ustalonej w Postępowaniu, które zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego zostało w całości uwzględnione. Ponieważ po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, postępowanie odwoławcze zostało umorzone postanowieniem KIO z dnia 25 października 2016 r. (sygn. KIO 1956/16), zaś Zamawiający, zobowiązany był do dokonania zmian SIWZ zgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania. W dniu 25 listopada 2016 r., Zamawiający przekazał wykonawcom zmienioną SIWZ, jednakże analiza wprowadzonych zmian, wskazuje, że Zamawiający jedynie wybiórczo uwzględnił zarzuty i żądania Odwołującego, w niektórych przypadkach dokonując częściowej zmiany SIWZ, w innych zaś - dokonując zmian wyłącznie pozornych lub zupełnie pomijając podniesione w uwzględnionym odwołaniu zarzuty i żądania. Wobec powyższego, pomimo niektórych zmian, modyfikacja treści SIWZ w dalszym ciągu narusza wskazywane przez Odwołującego przepisy ustawy.
II. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W myśl art. 7 ustawy, czynności Zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z treści cytowanego przepisu wynika dla Zamawiającego

---

zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie.
1. Powyższą argumentację dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:
a. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt: KIO 1786/14 „Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 29-31 ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia odzwierciedla rzeczywiste potrzeby zamawiającego, umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo. Zgodnie z 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tak wysokie wymagania w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia mają na celu zarówno wskazanie wykonawcom, czego dokładnie oczekuje zamawiający, jak i umożliwienie zamawiającemu na etapie oceny ofert weryfikację, czy złożone oferty są zgodne z przygotowanym opisem. ”
b. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 897/15 „Art. 29 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ.”
2. Zamawiający dokonując opisu zakresu zamówienia dopuścił się naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Zawarty w SIWZ opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Brak precyzyjnego i wyczerpującego ukształtowania SIWZ powoduje, iż na jego podstawie nie jest możliwym należyte oszacowanie przez wykonawcę ceny oferty.

Ponadto, opis ten utrudnia uczciwą konkurencję i narusza zasadę równego traktowania wykonawców. Ukształtowane przez Zamawiającego postanowienia SIWZ, preferują w sposób nieuzasadniony Wykonawcę, który posiada - ze względu na uwarunkowania historyczne rynku telekomunikacyjnego - najbardziej rozbudowaną infrastrukturę sieciową, a zatem kalkulacja jego kosztów świadczenia usługi w lokalizacjach na terenie kraju jest co do zasady w mniejszym stopniu niż w przypadku każdego innego operatora, uzależniona od kosztów początkowych związanych z wybudowaniem infrastruktury, instalacją łącza i podłączeniem usługi do lokalizacji Zamawiającego.
3.Zamawiający jest zobowiązany do opisania zarówno prawa opcji, jak i całego przedmiotu zamówienia w ogólności, w sposób na tyle dokładny, aby możliwa była realna wycena oferty i oszacowanie kosztów, jakie poniesie Wykonawca w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z szeregu zastrzeganych w SIWZ uprawnień.
4. Zamawiający powinien uwzględnić również specyfikę usług stanowiących przedmiot zamówienia, a więc w przypadku przedmiotowego postępowania - m.in. fakt, iż na koszty świadczenia usługi istotny wpływ mają takie okoliczności, jak lokalizacja, w której świadczona będzie dana usługa. Od uwarunkowań konkretnej lokalizacji zależy nie tylko wysokość kosztów, które powinien uwzględnić Wykonawca, ale również - sama możliwość świadczenia oczekiwanej przez Zamawiającego usługi. Dotyczy to w sposób szczególny prawa opcji, które mimo, iż stanowi zakres przedmiotu zamówienia, który może pozostać niezrealizowany, również podlega obowiązkowi opisania w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż Wykonawca zobowiązany jest objąć go składaną przez siebie ofertą na podstawie postanowień zawartych w SIWZ.
5. Za reprezentatywne w tym zakresie można uznać m.in. następujące orzeczenia:
a. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2013 r., sygn. akt: KIO 2172/13, KIO 2177/13 „Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 7, art. 29 ust. 1 w związku z art. 34 ust. 5 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający przygotowanie oferty, polegający na zastrzeżeniu prawa opcji, polegającego na uruchamianiu usług w nowych lokalizacjach lub zmianie prędkości dostępowych łączy, bez uwzględniania możliwości takich zmian oraz kosztów, jakie z tego tytułu poniesie wykonawca.
Możliwość wprowadzenia prawa opcji do polskiego systemu zamówień publicznych wynika z Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi - tzw. dyrektywa klasyczna. Dyrektywa w art. 9 ust. 1 stanowi, że podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest całkowita kwota należna bez VAT oszacowana przez instytucję zamawiającą, przy czym w obliczeniu takim uwzględnia się

całkowitą kwotę szacunkową obejmującą także wszelkie opcje lub wznowienia zamówienia.
Na podstawie przepisu Dyrektywy klasycznej do ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzono tzw. prawo opcji. Zgodnie z art. 34 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji.
Odmiennie niż w przypadku zamówień uzupełniających opcja nie jest ograniczona wartością procentową w stosunku do zamówienia podstawowego. Natomiast prawo opcji jest związane w sposób integralny z przedmiotem zamówienia. W konsekwencji zamawiający zobowiązany jest w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisać precyzyjnie zakres, jakiego prawo opcji dotyczy. Natomiast wzór umowy powinien zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie uzależniona od decyzji zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji.
W rozpoznawanym przypadku zamawiający opisał prawo opcji w sposób bardzo ogólny, określając jedynie górną granicę swego zobowiązania. Nie wskazał natomiast żadnych informacji niezbędnych dla prawidłowego skalkulowania oferty, w tym adresu lokalizacji oraz okresu świadczenia usługi. Zamawiający na rozprawie w dniu 2 października 2013 roku przyznał, że nie posiada więcej informacji niż te, które podał w specyfikacji.

Izba stoi na stanowisku, iż - skoro prawo opcji jest związane z przedmiotem zamówienia - zamawiający winien je opisać z uwzględnieniem art. 29 ust. 1 i nast. ustawy Pzp. Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mające wpływ na sporządzenie oferty. Ma to o tyle istotnie znaczenie, iż zamawiający w pkt. 5 ppkt 4 na str. 28 SIWI stwierdził, iż należy wycenić opcję. ”
b. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 773/15, KIO 775/15
„Izba stwierdziła, że postanowienia wzoru umowy zawarte w § 3 ust. 7 pkt 1 lit. a i pkt 2 i nie stanowią wyczerpującego opisu w zakresie okoliczności, które mają wpływ na sporządzenie oferty w zakresie wyceny stawek jednorazowych wynagrodzeń związanych z lokalizacjami typu OR i BP.
Zwiększenie przepustowości w lokalizacji oraz rozpoczęcie świadczenia usługi w nowej lokalizacji stanowią w ocenie Izby opcjonalny zakres zamówienia, gdyż nie wiadomo, czy i w jakim zakresie Zamawiający będzie zlecał je wykonawcy po rozpoczęciu świadczenia usługi.
Skład orzekający Izby podziela stanowisko wyrażone uprzednio w uzasadnieniu wyroku Izby z 14 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2172/13, 2172/13), że skoro prawo opcji jest

związane z przedmiotem zamówienia, zamawiający winien je opisać z uwzględnieniem art. 29 ust. 1 i nast. ustawy pzp, a wzór umowy powinien zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno, oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie uzależniona od decyzji zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji. Innymi słowy, opcjonalny zakres przedmiotu zamówienia powinien być opisany równie dokładanie jak podstawowy zakres przedmiotu zamówienia. Tym bardziej, że wykonawca na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, który dla obu zakresów powinien odpowiadać wymaganiom art. 29 ust. 1 pzp, ma adekwatnie wycenić swoją ofertę.
Tymczasem opisane przez Zamawiającego uwarunkowania dotyczące podwyższenia przepustowości w lokalizacjach oraz świadczenia usługi w nowej lokalizacji sprowadzają się do podania maksymalnej liczby takich zmian. Wyznaczenie górnego pułapu opcjonalnej części zamówienia jest jak najbardziej pożądane, a wręcz konieczne, gdyż bez tego jedynym ograniczeniem byłoby ewentualne wyczerpanie kwoty łącznego wynagrodzenia. (...)
Izba zważyła, że samo oczekiwanie dokonania takiej uśrednionej wyceny dla danego wariantu przepustowości, bazujące na ocenie właściwości wykonawców, nie stanowi opisania uwarunkowań związanych z opcjonalnym zakresem przedmiotu zamówienia. Zamawiający wymaga uśrednienia wyceny obejmującej zarówno podstawowy, jak i opcjonalny zakres przedmiotu zamówienia, jednak wyłącznie odnośnie tego pierwszego zakresu podaje informacje niezbędne dla adekwatnego ustalenia takiej uśrednionej stawki jednostkowej - listę lokalizacji z podaniem adresów i wymaganej na starcie przepustowości. Zamawiający może zatem oczekiwać, że każdy potencjalny wykonawca będzie w stanie na tej podstawie określić uśrednioną cenę jednostkową za instalację i uruchomienie Usługi IP VPN w jednej lokalizacji, gdyż może przed złożeniem oferty ustalić istniejące warunki techniczne dla tych adresów. Jednak takie oczekiwanie nie jest uzasadnione w stosunku do wyceny zwiększenia przepustowości lub zmiany lokalizacji przy czym nie można wykluczyć, że zmiany te będą się nakładać}, skoro nie wiadomo których lokalizacji z listy lub nawet w ogóle jakich miejsc miałyby one dotyczyć. ”

III. Odnosząc się do szczegółowych zarzutów odwołania w powyższym zakresie:
1. SIWZ, pkt 4.1.1.
a. Zamawiający zastrzega sobie prawo, w okresie realizacji Przedmiotu zamówienia, do rezygnacji bez podania przyczyny z usługi przyłączenia i świadczenia usługi sieci dla wybranych lokalizacji bez dodatkowych opłat i kar na rzecz Wykonawcy, w wysokości nie więcej 20 % ogólnej ilości lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia.

b. Oznacza to możliwość rezygnacji aż z 32 lokalizacji spośród ponad 150 lokalizacji

ogółem, przy czym nie wiadomo, które to będą lokalizacje. Z punktu widzenia Wykonawcy uniemożliwia to prawidłową wycenę oferty, bowiem nie jest on w stanie przewidzieć, z jakich lokalizacji Zamawiający zrezygnuje i jak w związku z tym, zmieni się struktura kosztowa projektu. Sytuacji nie zmienia wskazanie przez Zamawiającego zaledwie 15 lokalizacji, których zmiana nie będzie dotyczyć, przy pozostawieniu możliwości tak istotnego zmniejszenia zakresu zamówienia. Ryzyko w zakresie aż 32 lokalizacji jest nadmierne i uniemożliwia rzetelne oszacowanie ceny. W związku z powyższym, wnosimy o zmniejszenie liczby lokalizacji, z których może zrezygnować Zamawiający z 20% do 10%.

2. SIWZ, pkt 4.1.2., pkt 4.1.6.1 oraz rozdz. II pkt 4-7 SOPZ
a. Wykonawca powinien mieć możliwość odmowy wykonania zlecenia prawa opcji, w sytuacji, w której warunki danej lokalizacji uniemożliwiają jego realizację, ze względów technicznych lub ze względu na niewspółmierne koszty wykonania inwestycji w stosunku do określonego przez Zamawiającego wynagrodzenia.
b. Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek uruchomienia nowych łączy w lokalizacjach dowolnie wyznaczonych przez Zamawiającego na terenie całego kraju. Jednocześnie Zamawiający wiąże wysokość wynagrodzenia za świadczenie usług w nowych lokalizacjach z opłatami abonamentowymi za świadczenie usług w lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ nie przewidując w tym zakresie żadnych opłat instalacyjnych. W świetle przywołanych postanowień, Zamawiający sam wyznacza wysokość wynagrodzenia wykonawcy na podstawie z góry przyjętych założeń, niezależnie od tego, jakie rzeczywiste koszty przygotowania i uruchomienia łącza w nowej lokalizacji oraz późniejszego świadczenia usługi poniesie wykonawca. Powyższe postanowienia są nieprecyzyjne i niejednoznaczne. Nie pozwalają wykonawcy na należyte oszacowanie oferty oraz czyni oferty nieporównywalnymi. Zamawiający nie dokonał w tym zakresie

żadnej

realnej zmiany, bowiem w dalszym ciągu, wynagrodzenie wykonawcy zostaje określone w sposób sztywny, z góry ustalony przez Zamawiającego.
c. Zamawiający niezasadnie przyjął, iż taki sam będzie koszt uruchomienia łącza o takich samych parametrach dla wszystkich lokalizacji położonych na terenie kraju. Takie założenie jest całkowicie błędne. Koszty uruchomienia łącza zależą od szeregu czynników takich jak m.in. posiadana infrastruktura wykonawcy w pobliżu nowych lokalizacji wskazanych przez Zamawiającego. Każdorazowo więc koszty uruchomienia i świadczenia usługi w danej lokalizacji mogą być inne.
d. Wprowadzony obowiązek bezwzględnego wykonania prawa opcji oraz ograniczenie wynagrodzenia Wykonawcy wyłącznie do opłaty abonamentowej i to w określonej niezależnie od lokalizacji wysokości narusza przepisy ustawy.

---

3. SIWZ, pkt 3.9
a. Zamawiający zastrzegł sobie możliwość zamiany lokalizacji przed ich uruchomieniem, o ile wykonawca nie przystąpi do rozpoczęcia instalacji w tej lokalizacji.
Tak sformułowane uprawnienie Zamawiającego umożliwia mu zupełnie dowolną zmianę lokalizacji, w których mają zostać oddane łącza, a tym samym uniemożliwia prawidłowe oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i wycenę składanej oferty.
b. Ograniczenie możliwości zamiany lokalizacji do liczby 6 lokalizacji, nie zmienia faktu, iż w dalszym ciągu, Zamawiający może dokonać zmiany na dowolną lokalizację, bez względu na występujące w niej warunki techniczne oraz koszt przyłączenia. Zamawiający, wbrew żądaniom Odwołującego, nie wprowadził ograniczenia dla zmiany uzależnionego od wartości usługi, a wyłącznie - ograniczenie liczby lokalizacji, które w dalszym ciągu powoduje, że Wykonawca nie ma możliwości prawidłowej wyceny oferty.
c. Znajomość lokalizacji, do której ma być dostarczona usługa, ma istotne i bezpośrednie przełożenie na wycenę i przygotowanie oferty dla Zamawiającego. Od konkretnej lokalizacji zależy zastosowana technologia oraz koszt świadczenia usługi. W sytuacji takiej, jak obecnie, Wykonawca nie posiada wszystkich niezbędnych informacji dla przygotowania oferty i oszacowania jej ceny, co przesądza o niezgodności tak sformułowanej treści SIWZ z art. 29 ust. 1 Pzp.
d. Wnioskujemy o całkowite usunięcie przedmiotowego postanowienia, bądź określenie ograniczonej ilości lokalizacji, które mogą zostać zamienione na żądanie Zamawiającego przed rozpoczęciem instalacji, w odniesieniu do wysokości kosztów przeprowadzenia takiej

zmiany (do maksymalnie 5% wartości przedmiotem zamówienia) oraz wprowadzenie zastrzeżenia, iż Wykonawca będzie zobowiązany do uruchomienia i świadczenia usługi w nowej lokalizacji tylko w takim przypadku, jeśli będzie w nich dysponował warunkami technicznymi do świadczenia usługi i jeśli koszt z tego tytułu nie będzie niewspółmiernie wysoki.
e. Wskazujemy, iż w przypadku usług telekomunikacyjnych, okoliczności danej lokalizacji mają obiektywnie istotne znaczenie dla możliwości świadczenia usługi o utrzymanie usługi o parametrach wymaganych przez określonych parametrach - Zamawiającego może być niemożliwe do zrealizowania z technicznego punktu widzenia. Ponadto, w niektórych przypadkach, koszt instalacji/doprowadzenia łącza do wybranej przez Zamawiającego dowolnie lokalizacji może okazać się nieproporcjonalnie wysoki w stosunku do opłat zawartych w ofercie Wykonawcy. Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć i zapewnić - przy zachowaniu konkurencyjnej i możliwej do przyjęcia przez Zamawiającego ceny - podania takiej wysokości opłaty, która pozwoli mu pokryć koszty doprowadzenia łączy do dowolnej lokalizacji. Dlatego wnosimy o dopuszczenie możliwości zastosowania w takim

przypadku jednorazowych opłat dodatkowych w celu pokrycia uzasadnionych kosztów instalacji łącza w nowej lokalizacji, zmienionej w stosunku do listy lokalizacji załączonej do SIWZ.

5. SIWZ, pkt 13 oraz Wzór Umowy §4 ust. 2
a. Przewidziane przez Zamawiającego wynagrodzenie składające się wyłącznie z miesięcznych opłat abonamentowych nie jest adekwatne do specyfiki zamówienia i istotnych dla ustalenia jego kosztów czynników cenotwórczych (zgodnie z argumentacją przedstawioną w pierwszej części uzasadnienia). Szczególnie, biorąc pod uwagę, iż lokalizacje Zamawiającego usytuowane są w miejscach, gdzie występują trudne lub niestandardowe warunki.
b. Dlatego też, zasadne jest wprowadzenie dodatkowego składnika wynagrodzenia, w postaci jednorazowej opłaty instalacyjnej. Spowoduje to dostosowanie charakteru wynagrodzenia do specyfiki zamawianej usługi i umożliwi uwzględnienie i pokrycie istotnych kosztów ponoszonych na etapie jej uruchomienia, które zależą od okoliczności konkretnej lokalizacji. Poza tym, zabezpieczenie początkowej opłaty instalacyjnej pozwoli na bardziej optymalne uwzględnienie i zredukowanie ryzyk związanych z dokonanym przez Zamawiającego opisem przedmiotu zamówienia, co będzie miało również korzystny dla Zamawiającego wpływ na obniżenie cen ofertowych przy zapewnieniu należytej jakości i terminowości świadczenia usługi.
c. Zamawiający, pomimo uwzględnienia odwołania poprzednio wniesionego przez Odwołującego, nie dokonał żadnych zmian w tym zakresie.

6. SOPZ, rozdz. II, pkt 14
a. W pkt 14) Rozdziału II Charakterystyka przedmiotu zamówienia Załącznika nr 1 do SIWZ zawierającego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający wprowadził zmianę, jedynie częściowo uwzględniającą żądanie Odwołującego. Z aktualnego brzmienia wymagania wynika, że „(...) czas realizacji przez Wykonawcę zlecenia zwiększenia lub zmniejszenia przepustowości łącza nie będzie przekraczał dla zwiększenia dwukrotnego 30 dni, natomiast dla zwiększenia czterokrotnego 60 dni od momentu otrzymania oświadczenia na adres koordynatora Wykonawcy wskazany w par. 9 ust. 1 umowy.'
b. W przywołanym postanowieniu Zamawiający zastrzegł m.in., iż czas realizacji przez Wykonawcę zwiększenia lub zmniejszenia przepustowości nie będzie przekraczał 30 dni dla zwiększenia dwukrotnego od otrzymania zgłoszenia. Przewidziany przez Zamawiającego termin 30 dni na realizację zmiany przepustowości jest niewystarczający. Wykonawca musi posiadać odpowiedni czas na przygotowanie się do świadczenia usług i rozpoczęcie ich świadczenia, który dla tego typu usługi trwa do 2 miesięcy. Wyznaczenie tak krótkiego

terminu realizacji, jest tym bardziej niezrozumiałe w sytuacji, w której Zamawiający jest w stanie zapewnić termin 60-dniowy dla 4-krotnego zwiększenia przepustowości.
c. Określony przez Zamawiającego termin na zmianę przepustowości jest zbyt krótki,

aby realne było jej zrealizowanie, nawet przy zabezpieczeniu możliwości dokonania takiego zwiększenia. Dotrzymanie tak krótkiego terminu powodowałoby konieczność dostarczenia już na samym początku dla podstawowej przepustowości łączy i urządzeń nakierowanych na przepustowość 2-krotnie wyższą, co oznacza przewymiarowanie sieci i bezzasadne zwiększenie podstawowych kosztów świadczenia usługi, a co za tym idzie - także ceny na poziomie podstawowym. W przypadku zwiększenia pasma, wymagane jest nie tylko odpowiednie łącze, ale także dostosowane do przepustowości urządzenia operatorskie, takie jak np. router dostarczany klientowi czy routery w sieci operatora. Nieuzasadnionym kosztem, byłoby wymaganie dostarczenia do każdego z łączy urządzeń dostosowanych do 2-krotnie wyższej przepustowości, których koszt jest wyższy, a które być może nie będą wymagane.
d. Zarzut oparty o analogiczne postanowienia SIWZ był już przedmiotem rozpoznawania przez Krajową Izbę Odwoławczą i żądanie zwiększenia czasu na wykonanie zmiany przepustowości do terminu 2 miesięcy zostało uwzględnione. W przywoływanym Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2011 r., sygn. akt: KIO 2549/11 Izba orzekła m.in., iż: „Izba uznała zarzut za częściowo uzasadniony. Wymaganie rozdziału II ust. 2 pkt 16 SIWZ "aby zestawione łącza posiadały możliwość zwiększenia lub zmniejszenia przepustowości na żądanie zamawiającego," znajduje podstawy. Zamawiający ma prawo korygować zakres zamawianych usług stosownie do swoich aktualnych potrzeb, w całym 48 miesięcznym terminie obowiązywania umowy. Jednakże warunek, że wyznaczony czas "realizacji zlecenia zwiększenia lub zmniejszenia nie będzie przekraczał 5 dni roboczych od momentu zgłoszenia," (czy nawet 10 dni w związku z dokonaną zmianą w dniu 7 grudnia 2011 r.), należało w przekonaniu Izby, uznać za nadmierny. Wykonawca z zasady, nie jest zobowiązywany na moment rozpoczęcia świadczenia usługi zestawiać sieci z uwzględnieniem możliwych parametrów docelowych, które być może zostaną przez zamawiającego zapotrzebowane na pewnym etapie realizacji umowy. Wpływa to bowiem znacząco na koszty oferty. A infrastruktura, z góry z założeniem technicznym jej znacznego rozwoju na rzecz zamawiającego, nie byłaby w pełni wykorzystania. Zamawiający z pewnością będzie znał swoje potrzeby, na tyle wcześniej, aby z odpowiednim wyprzedzeniem poinformować wykonawcę, że z określoną datą zamierza zmniejszyć, a w szczególności zwiększyć zakres przesyłu danych, celem przygotowania przez wykonawcę usługi - łączy oraz urządzeń z dostosowaniem wszelkich wymaganych parametrów, w tym przepustowości. W innym wypadku, należałoby uznać, że kwestionowane postanowienia SIWZ rzeczywiście stwarzają przywileje dla wykonawców dysponujących rozległą

infrastrukturą sieciową o odpowiednio wysokich przepustowościach, którzy nie muszą dla rozszerzenia zakresu usługi, budować warstw fizycznych sieci, w tym dzierżawić łączy np. od TP S.A., co wiąże się z koniecznością dostosowania procedur i terminów do tego operatora. Wyznaczony w art. 27 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne termin na zakończenie negocjacji o zawarcie umowy o dostępie telekomunikacyjnym, może wynosić do 90 dni. Czas realizacji zlecenia zwiększenia przepustowości łącza ograniczony do 5, czy nawet 10 dni jest nierealny, nieuwzględniający uwarunkowań wprowadzenia zmian, które mogą się wiązać z koniecznością wymiany czy rozbudowy łączy oraz urządzeń na poziome odpowiednim dla nowo zapotrzebowanego zakresu usługi, zatem pozostają nie do zaakceptowania, z punktu widzenia zarówno postanowień art. 29 ustawy Pzp jak i zasad wyznaczonych art. 7 tej ustawy. Stwarzają bowiem nieuzasadnione bariery w dostępie do zamówienia dla wykonawców nie posiadających własnych rozbudowanych sieci teleinformatycznych o znacznych przepustowościach.
W związku z powyższym, Izba uwzględniła wniosek odwołującego o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowienia rozdziału II ust. 2 pkt 16 SIWZ w następujący sposób:
-pkt 16 w zakresie wskazanych tam 5 dni roboczych na zwiększenie przepustowości - wydłużenie do 2 miesięcy. ”
e. Uzasadnienie powyższego orzeczenia, w sposób jednoznaczny potwierdza, iż okres 2 miesięcy jest niezbędny dla dokonania zmiany przepustowości łącza przez wykonawcę, zarówno w przypadku 4-, jak i 2-krotnego zwiększenia przepustowości, co potwierdza zasadność niniejszego zarzutu.
7. SOPZ, rozdz. V pkt 3
Zgodnie z ww. postanowieniem, rozpoczęcie naliczania opłat abonamentowych rozpocznie

się dopiero od podpisania protokołu końcowego odbioru, czyli po podłączeniu wszystkich lokalizacji, podczas gdy rozdz. V SOPZ zakłada,

że proces uruchamiania usługi będzie rozciągnięty w czasie i niektóre lokalizacje będą oddane znacznie wcześniej niż oficjalne rozpoczęcie świadczenia usługi. Oznacza to, że Zamawiający będzie mógł rozpocząć transmisję danych w niektórych lokalizacjach, bez prawa Wykonawcy do pobierania opłat za tę usługę. Narusza to w sposób rażący interesy Wykonawcy i powoduje konieczność zabezpieczenia przed ryzykiem świadczenia usługi bez prawa do wynagrodzenia, poprzez określenie sposobu wynagradzania za wcześniejsze korzystanie z uruchomionych już łączy lub też, poprzez zagwarantowanie przez Zamawiającego braku możliwości korzystania z usługi we wcześniej odebranych lokalizacjach do czasu podpisania protokołu końcowego odbioru instalacji usługi i rozpoczęcia naliczania opłat abonamentowych.

Zarzut powyższy został postawiony w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu, który jednakże w żaden sposób nie dokonał zmiany SIWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego.

8. SOPZ, rozdz. Vl, pkt 3

Przewidziany termin na przekazanie raportu jest zbyt krótki, gdyż jego przygotowanie wymaga opracowania uzyskiwanych przez Wykonawcę danych. Wnosimy o dopuszczenie wydłużenia terminu przekazania raportu do 10 dni roboczych. Zamawiający wyłącznie pozornie uwzględnił żądanie Odwołującego, gdyż wydłużył termin na przekazanie raportu z 5 do 7 dni roboczych. Wnioskowany przez Odwołującego termin 10 dni roboczych stanowił minimalny termin, jakiego potrzebuje Wykonawca w celu opracowania wymaganego przez Zamawiającego raportu. Należy mieć na uwadze, iż Wykonawca uzyskuje dane podlegające opracowaniu dopiero na koniec okresu bilingowego, zatem nie ma możliwości przystąpienia do przygotowywania raportu z wyprzedzeniem. Odwołujący podtrzymuje zatem zarzut w tym zakresie oraz żądanie wydłużenia okresu do 10 dni roboczych.

III. Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353.1 Kodeksu cywilnego, 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. Tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2010 r. (Sygn. akt: KIO/2036/10): „Tym samym niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności czy to z przepisami regulującymi stosunku umowne danego typu o charakterze Iris cogentis, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353.1 Kc. ”

Treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes Wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia. Dlatego w orzecznictwie przyznaje się Wykonawcy prawo do wnoszenia odwołania również na niezgodne z przepisami prawa postanowienia umowy. Tak m.in.. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 marca 2011 r. (Sygn. akt: KIO/459/11): „Na etapie

---

przygotowywania postępowania, każdy wykonawca zainteresowany realizacją przedmiotowego zamówienia posiada interes w tym, aby zapewnić zgodne z przepisami powszechnie obowiązującymi zasady realizacji umowy. Postanowienia kontraktowe mogą mieć istotny wpływ na zakres świadczeń, jakie będzie zobowiązany ponieść wykonawca z tytułu realizacji umowy i mogą one prowadzić do uszczerbku w mieniu wykonawcy.”

Zamawiający w załączonym do SIWZ wzorze umowy (załącznik nr 1 do SIWZ) zawarł szereg postanowień, które naruszają przepis art. 353.1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 ust. 1 w zw. z art. 23 oraz art. 139 ust. 1 Pzp:
1. Wzór Umowy, §7 ust. 2 lit. c
Przesłanka została określona zbyt ogólnie, pozostawiając za daleko idącą dowolność w przewidzianej w tym postanowieniu umownym sankcji. Wykonawca zastosowaniu zobowiązuje się do świadczenia usługi i realizacji Umowy w najlepszej wierze i z zachowaniem należytej staranności, co jednak nigdy nie gwarantuje, choćby przypadkowego czy omyłkowego spełnienia okoliczności określonych w przedmiotowej przesłance.
Wywodzenie stąd uprawnienia Zamawiającego do natychmiastowego jednostronnego rozwiązania całej Umowy jest nieuzasadnione i niewspółmierne. Odpowiedzialność Wykonawcy, dla którego sankcja rozwiązania Umowy jest bardzo dotkliwa, powinna zostać ograniczona do sytuacji umyślnego działania w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd.
Zamawiający, pomimo uwzględnienia odwołania poprzednio wniesionego przez Odwołującego, nie dokonał żadnych zmian w tym zakresie.
2. Wzór Umowy, §7 ust. 3
Sankcją rozwiązania całej Umowy, obejmującej 179 lokalizacji, zostało obarczone naruszenie dotyczące chociażby jednego z łączy, przy bardzo restrykcyjnym określeniu, na czym polega istotne naruszenie Umowy. Zasadne jest zatem - w celu przywrócenia współmierności sankcji do dokonanych naruszeń - zastrzeżenie, iż uprawnienie do rozwiązania Umowy będzie dotyczyć tylko sytuacji, w których do istotnego naruszenia postanowień Umowy doszło w więcej niż 10% różnych lokalizacjach, z ogólnej liczby lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 1 do SIWZ, w ciągu jednego okresu rozliczeniowego.
Tylko przy takim zastrzeżeniu, zostanie zachowana równowaga świadczeń stron Umowy.
Dodatkowo, uzależnienie sankcji w postaci rozwiązania Umowy od zaistnienia naruszenia postanowień Umowy w pojedynczej lokalizacji, powoduje - przy tej skali i skomplikowaniu przedmiotu zamówienia - trudności w prawidłowym oszacowaniu i wycenie ryzyka, jakie ponosi Wykonawca przygotowując ofertę.
Nie odmawiając Zamawiającemu prawa do dyscyplinowana Wykonawcy, za pomocą określonych w Umowie sankcji, wskazujemy na dysproporcje i nadmierny rygoryzm tych postanowień.

Zamawiający, pomimo uwzględnienia odwołania poprzednio wniesionego przez Odwołującego, nie dokonał żadnych zmian w tym zakresie.
IV. W zakresie naruszenia art. 38 ust. 4 w zw. z art. 47 w zw. z art. 23 ust. 1 Pzp
1. Zamawiający udzielając w dniu 25 listopada 2016 r. odpowiedzi na pytanie nr 7 dokonał de facto zmiany SIWZ, przy czym udzielona przez niego odpowiedź stanowi naruszenie przepisów ustawy.
2. Zamawiający ograniczył bowiem możliwość złożenia oferty wspólnie przez dwa podmioty, które przeszły kwalifikację podmiotową i uzyskały zaproszenie do złożenia oferty, a zatem są uprawnione do dalszego ubiegania się o udzielenie zamówienia.
3. Wprowadzone przez Zamawiającego ograniczenie (oświadczenie, iż odrzuci ofertę złożoną wspólnie przez wykonawców, którzy uzyskali osobno zaproszenia do złożenia oferty), jest niezgodne z wykładnią funkcjonalną i celowościową przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.
V. W związku z wyżej przedstawioną argumentacją, wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości.

Odpowiedź zamawiającego - Sygn. akt KIO 2284/16

Zamawiający działając na podstawie art.186 ust.1 w dniu rozprawy 19 grudnia 2016 roku udzielił odpowiedzi na obydwa odwołania wnosząc w pismach datowanych na 16.12.2016r. o oddalenie obydwu odwołań jako bezzasadnych.
Zamawiający działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") oraz w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 13 lipca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), po zapoznaniu się z zarzutami Wykonawcy, którym jest T.P. S.A. zwany dalej odwołującym

wniósł o oddalenie w całości postawionych zarzutów w tymże odwolaniu.

W uzasadnieniu swojego stanowiska zamawiający przedstawił w szczególności następującą argumentację formalną i prawną.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego pt.: „Świadczenie usługi transmisji danych (MPLS) w sieci rozległej WAN PGNiG SA".
W wyniku kwalifikacji do składania ofert zostało zaproszonych 4 wykonawców, którym w dniu 04.10.2016 r. Zamawiający przekazał specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ).
W dniu 14.10.2016 r. Odwołujący wniósł odwołanie dot. postanowień SIWZ. Zamawiający w dniu 25.10.2016 r. uwzględnił odwołanie w całości. Następnie częściowo zmienił treść SIWZ.

Ponadto Zamawiający w wyniku uwzględnienia odwołania zmienił SIWZ również w zakresie postanowień oczywiście niezgodnych z ustawą Pzp. Działania Zamawiającego podyktowane były niemożnością częściowego uwzględnienia SIWZ . Ponadto Zamawiający zobowiązany jest do zabezpieczenia zaspokojenia swoich uzasadnionych potrzeb. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający wskazał, iż zgodnie z orzecznictwem Izby „naruszenie przepisu proceduralnego nie wpływa na ocenę poprawności czynności oceny wniosków; w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, zamawiający zobowiązany jest do dokonania czynności zgodnie z żądaniami wskazanymi w odwołaniu. Nie wypełnienie tego obowiązku ma ten skutek, iż wykonawca może ponownie wnieść odwołanie od powtórzonej czynności powołując się na te same okoliczności. Samo nie spełnienie wszystkich żądań przez zamawiającego nie jest jeszcze przesłanką do uwzględnienia kolejnego odwołania."
W tym stanie rzeczy Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i odnosząc się do poszczególnych zarzutów wskazał co następuje.
Zamawiający lub podmioty z jego grupy kapitałowej od kilku lat zamawiają usługi transmisji danych wg przyjętego i określonego w dokumentach przetargowych modelu realizacji ww. usług.
Przedmiotowe postępowania zakupowe były już kilkukrotnie poddawane „ocenie" KIO, która uznała je za zgodne z ustawą Pzp oraz przepisami kodeksu cywilnego.
W tym miejscu zamawiający na poparcie prawidłowości jego postępowania przywołał następujące Wyroki Izby: z dn. 05.08.2016 r. sygn. akt KIO 1300/16, wyrok z dn. 22.01.2014 r. sygn. akt 24/14, wyrok z dn. 11.12.2011 r. sygn. akt KIO 2549/11.

Odnosząc się do przedstawionych w odwołaniu zarzutów zamawiający przedstawił następujące stanowisko w sprawie Ad. zarzut nr 1
tj. art. 34 ust. 5 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ niezgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania i dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim Zamawiający nieprecyzyjnie określił zakres zamówienia objęty prawem opcji, w tym również zasady kształtowania wynagrodzenia wykonawcy w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji i rozpoczęcia świadczenia usługi w nowych lokalizacjach, w szczególności poprzez:

---

1) zastrzeżenie uprawnienia Zamawiającego do rezygnacji bez podania przyczyny z usługi przyłączenia i świadczenia usługi sieci dla wybranych lokalizacji bez dodatkowych opłat i kar na rzecz Wykonawcy, w wysokości aż do 20% ogólnej ilości lokalizacji (SIWZ, pkt 4.1.1.);
2) zastrzeżenie uprawnienia Zamawiającego do dodania nowych lokalizacji, w których świadczona będzie usługa sieci, zwiększenia przepustowości łączy bez wprowadzenia możliwości odmowy przez Wykonawcę w przypadku braku warunków technicznych lub konieczności poniesienia niewspółmiernych kosztów z tym związanych (SIWZ, pkt 4.1.2);
3) ograniczenie wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy w przypadku włączenia

nowej lokalizacji o danej przepustowości, w ramach prawa opcji, wyłącznie do opłaty abonamentowej, w wysokości z góry ustalonej przez Zamawiającego w odniesieniu do średniej arytmetycznej z miesięcznych cen abonamentowych dla tej samej przepustowości (SIWZ, 4.1.6.1.)
- żądanie: zmiana opisu przedmiotu zamówienia w zakresie ukształtowania prawa opcji poprzez:
1) zmianę pkt 4.1.1. SIWZ poprzez ograniczenie liczby lokalizacji, z których może zrezygnować Zamawiający z 20% do 10% ogólnej ilości lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 1 do SIWZ;
2) zmianę pkt 4.1.2. SIWZ poprzez wprowadzenie możliwości odmowy przez Wykonawcę dodania nowych lokalizacji, w których świadczona będzie usługa sieci, zwiększenia przepustowości łączy w przypadku braku warunków technicznych lub konieczności poniesienia niewspółmiernych kosztów z tego tytułu;
3) zmianę pkt 4.1.6.1 SIWZ poprzez zniesienie określonego tam sposobu ustalania wysokości opłaty abonamentowej, określenie, iż miesięczna opłata abonamentowa ustalana będzie w wysokości uzgodnionej pomiędzy Wykonawcą i Zamawiającym w ramach przewidzianego ograniczenia wartości prawa opcji (25% wartości umowy), wprowadzenia jednorazowej opłaty instalacyjnej w wysokości pokrywającej uzasadnione koszty przyłączenia i uruchomienia usługi w nowej lokalizacji oraz wprowadzenie możliwości odmowy włączenia nowej lokalizacji w przypadku braku warunków technicznych w tej lokalizacji lub w przypadku braku porozumienia między Wykonawcą i Zamawiającym, co do wysokości opłaty abonamentowej
Ad. Zarzut nr 2
tj. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ niezgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania i poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w

sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim Zamawiający:
1) zastrzegł sobie możliwość zamiany lokalizacji przed ich uruchomieniem, o ile wykonawca nie przystąpi do rozpoczęcia instalacji w tej lokalizacji (SIWZ, pkt 3.9);
2) przewidział, iż wynagrodzenie Wykonawcy będzie składać się wyłącznie z miesięcznej opłaty abonamentowej (SIWZ, pkt 13; Wzór umowy §4 ust. 2);
3) wyznaczył zbyt krótki czas realizacji przez Wykonawcę zlecenia zwiększenia lub zmniejszenia przepustowości łącza od momentu otrzymania zgłoszenia w zakresie zwiększenia dwukrotnego (Załącznik nr 1 do SIWZ - SOPZ, roz. II pkt 14);
4) określił, że opłaty abonamentowe mogą być naliczane dopiero od momentu podpisania protokołu końcowego, po dokonaniu odbioru wszystkich lokalizacji, nie zaś od momentu faktycznego uruchomienia usługi w lokalizacji i umożliwienia korzystania z usługi (Załącznik nr 1 do SIWZ - SOPZ, roz. V pkt 3);
5) określił zbyt krótki termin na przekazanie raportu z dostępności usługi (SOPZ, roz. VI, pkt 3);
- żądanie:
zmiany w opisie przedmiotu zamówienia polegające na:
1) wykreśleniu pkt 3.9 SIWZ, ewentualnie: określenie ograniczonej ilości lokalizacji, które mogą zostać zamienione na żądanie Zamawiającego przed rozpoczęciem instalacji (do maksymalnie 5% wartości przedmiotem zamówienia) oraz wprowadzenie zastrzeżenia, iż Wykonawca będzie zobowiązany do uruchomienia i świadczenia usługi w nowej lokalizacji tylko w takim przypadku, jeśli będzie w nich dysponował warunkami technicznymi do świadczenia usługi;
2) zmianie postanowień SIWZ pkt 13 oraz Wzoru Umowy poprzez wprowadzenie jako składnika wynagrodzenia Wykonawcy, jednorazowej opłaty instalacyjnej, określonej dla każdej z lokalizacji, w których świadczona ma być usługa;
3) zmianie pkt 14) Rozdziału II Załącznika nr 1 do SIWZ - SOPZ poprzez wskazanie, że czas realizacji przez Wykonawcę zlecenia zwiększenia lub zmniejszenia przepustowości łącza nie będzie przekraczał 2 miesięcy od momentu otrzymania zgłoszenia;
4) określeniu, iż w przypadku rozpoczęcia korzystania z usługi transmisji danych w

danej lokalizacji przed podpisanie protokołu odbioru końcowego dla wszystkich lokalizacji, za usługę świadczoną w tym okresie przysługiwać będzie Wykonawcy wynagrodzenie w wysokości 50% opłaty abonamentowej określonej dla danej lokalizacji, naliczone proporcjonalnie do okresu korzystania z usługi;
5) zmianie rozdz. VI pkt 3) SOPZ poprzez wydłużenie terminu na przekazanie raportu do 10 dni roboczych;

Zamawiający odnosząc się do obu ww. przywołanych zarzutów łącznie wskazuje co następuje. Zamawiający wskazuje, iż przedmiotowe zarzuty są oczywiście bezzasadne. Odwołujący wskazuje, iż zastrzeżenie uruchomienia usługi w nowych nieznanych na moment składania oferty lokalizacjach może prowadzić do niemożliwości świadczenia lub konieczności poniesienia przez Wykonawcę niewspółmiernych kosztów inwestycyjnych. Skoro Wykonawca nie ma warunków technicznych dla danej lokalizacji, to oznacza, iż mamy do czynienia ze świadczeniem niemożliwym. Skoro Wykonawca nie może świadczyć usługi to nie będzie mógł ich świadczyć, ani na podstawie prawa opcji, ani na podstawie dodatkowych zamówień udzielanych w innym reżimie.
Jeżeli rzeczywiście świadczenie będzie niemożliwe do spełnienia zobowiązanie wygaśnie, a co za tym idzie Wykonawca nie poniesie żadnych negatywnych konsekwencji.
Skutkiem niemożliwości świadczenia, za którą dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, powstaje stan rzeczy, w którym powinności świadczenia musi zgasnąć. Tego rodzaju niemożliwość prowadzi więc do wygaśnięcia zobowiązania, natomiast wierzyciel nie uzyskuje w zamian żadnego innego uprawnienia (E.Gniewek, Kodeks cywilny, komentarz, W. 2011).
W tym miejscu warto wskazać chociażby na wyrok SA w Poznaniu z dnia 16 stycznia 2014r., I ACa 1166/13, zgodnie z którym przewidziana w przepisie art. 475 § 1 k.c. niemożliwość świadczenia skutkująca wygaśnięciem zobowiązania obejmuje sytuacje, gdy po powstaniu zobowiązania istnieje stan zupełnej, trwałej i obiektywnej niemożności zachowania się dłużnika w sposób wynikający z treści zobowiązania. W związku z powyższym nie ma uzasadnienia do zmiany prawa opcji tylko z powodu wystąpienia ewentualnej niemożności świadczenia. Niemożność świadczenia niezawiniona przez wykonawcę nie powoduje dla niego żadnych negatywnych konsekwencji prawnych.
Zamawiający w całości zaprzecza, jakoby jego działania naruszyły art. 34 ust. 5 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie
Zamawiającego dokonał on opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, również w zakresie prawa opcji. Zgodnie ze stanowiskiem Prezesa UZP: „prawo opcji jest uprawniony do określenia rozszerzenia procentowego pierwotnie określonego przedmiotu zamówienia, przy czym konstrukcja ta powinna opierać się każdorazowo na wskazaniu zakresu zamówienia, którego realizacja będzie pewna i zakresu, który jest poddany prawu opcji. Instytucja prawa opcji nie może zatem służyć do zawężenia przedmiotu zamówienia, którego realizacja nie była pozostawiona prawu opcji. Zamawiający ma zatem wynikający z umowy o zamówienie publiczne obowiązek spełnienia świadczenia co do minimalnego zakresu określonego w umowie z wykonawcą i uprawnienie rozszerzenia zamówienia w zakresie objętym opcją. Prawo opcji zobowiązuje zamawiającego do realizacji zamówienia jedynie w zakresie zadeklarowanym, a poszerzonym o przewidzianą opcję na

podstawie jednej umowy kształtującej warunki realizacji opcji. Skorzystanie z prawa opcji nie stanowi wiec zmiany umowy, czy też zawarcia dodatkowej umowy na nowych warunkach, ale jest realizacja umowy zawartej w zakresie ustalonym przez nią warunków poprzez złożenie przez zamawiającego pisemnego oświadczenia woli w przedmiocie skorzystania z prawa opcji w określonym przez niego zakresie [3] . W tym miejscu warto odwołać się do wyroku KIO z dnia 20 listopada 2015r., sygn. akt KIO 2399/15, zgodnie z którym: „prawo opcji jest legalnym instrumentem przewidzianym w art. 34 ust. 5 PZP i zamawiający jest uprawniony, aby z niego korzystać. Prawo to może dotyczyć zarówno zwiększenia zakresu świadczenia, jak też jego ograniczenia. Zamawiający w ogłoszeniu, jak i w SIWZ podać musi zakres wykonywania prawa opcji, jego warunki techniczne i finansowe oraz czas wykonywania. Prawo opcji realizuje cel, jakim jest elastyczna realizacja umowy o

zamówienie publiczne, uwzględniająca dopuszczony opcjonalnie margines zmian. Przepisy p.z.p. nakazują zamawiającemu szacowanie wartości zamówienia publicznego z uwzględnieniem wartości tej części zamówienia, która jest pozostawiona prawu opcji. Wykonanie prawa opcji może, ale nie musi nastąpić, w zależności od potrzeb zamawiającego i na skutek jego dyspozycji, przy czym zakres zamówienia objęty prawem opcji, jak i okoliczności, w jakich może dojść do skorzystania z tego prawa, powinny być opisane zgodnie z zachowaniem reguł stosowanych przy opisie przedmiotu zamówienia, w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i umożliwiający złożenie oferty. Co do zasady zamawiający może oprócz prawa opcji skorzystać także z zamówień uzupełniających, ale tylko od woli samego zamawiającego zależy, która z instytucji uzna on za dogodniejsza. Prawo opcji może być dogodniejsze dla zamawiającego, ponieważ dotyczy ono danej umowy, a nie odrębnego zamówienia i odrębnej umowy zawieranej w trybie z wolnej ręki. Nie jest też wykluczona sytuacja, w której zamawiający przewidzi zarówno prawo opcji, jak też zamówienia uzupełniające". Kwestionowane zapisy SIWZ dotyczące prawa opcji polegającego na zastrzeżeniu dla Zamawiającego możliwości podłączenia przez Wykonawcę do sieci Zamawiającego nowych lokalizacji na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, były przedmiotem trzykrotnej analizy Izby,
1) w postępowaniu toczącym się między Zamawiającym z GK PGNiG a oferentem, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 05 sierpnia 2016r., sygn. akt KIO 1300/16,
2) w postępowaniu toczącym się między Zamawiającym z GK PGNiG a oferentem, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 22 stycznia 2014r., sygn. akt KIO 24/14,
3) w postępowaniu toczącym się między Zamawiającym z GK PGNiG a oferentem, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 13 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2549/11.

Wszystkie powołane powyżej wyroki w sposób jednoznaczny uznały za zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych zapisy zaproponowane w SIWZ. W szczególności przywołać można najnowszy ze wskazanych wyroków w którym KIO wskazała, iż „Żądanie Odwołującego wykreślenia prawa opcji, de facto z powodu braku możliwości realizacji świadczenia przez tego wykonawcę usługi we wszystkich -potencjalnie możliwych - lokalizacjach na terenie RP należało uznać za żądanie contra legem do wskazywanych w odwołaniu podstaw prawnych zarzutu. Prawo opcji jest bowiem legalnym instrumentem przewidzianym w art. 34 ust. 5 ustawy Pzp i zamawiający jest uprawniony, aby z niego korzystać. Prawo to może, tak jak w tej sprawie, dotyczyć zwiększenia zakresu świadczenia. Zamawiający zarówno w Ogłoszeniu jak i w SIWZ podał zakres wykonywania prawa opcji, jego warunki techniczne i finansowe oraz terminy i czas wykonywania. W ocenie Izby podane uwarunkowania korzystania z prawa opcji wpisują się w dyspozycję art. 29 ust. 1 Pzp, albowiem z uwagi na specyficzne okoliczności, które wskazał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, nie mógł przekazać więcej informacji, aniżeli sam posiadał na czas wszczęcia postępowania. Izba zwraca uwagę, że Prawo opcji nie zostało zdefiniowane w ustawie Pzp, ale niewątpliwie ma realizować cel, jakim jest właśnie elastyczna realizacja umowy o zamówienie publiczne, uwzględniając dopuszczony opcjonalnie margines zmian. Izba podkreśla, że to prawem zamawiającego jest skorzystanie z dostępnych instytucji, które przewiduje ustawa Pzp, a prawo opcji, w tych warunkach jest dogodniejszym dla tego Zamawiającego instrumentem, dotyczy danej umowy, a nie odrębnej dodatkowej umowy, wnioskowanej w argumentacji przez Odwołującego. Izba zwraca ponadto uwagę, że art. 29 ust.2 ustawy Pzp nie odnosi się do sposobu opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do konkretnego wykonawcy, ale tylko takiego opisu, który obiektywnie mógłby utrudnić uczciwą konkurencję w odniesieniu do profesjonalnych wykonawców z danego segmentu rynku usług. W tym stanie faktycznym, z uwagi na powoływaną niemożność świadczenia z żądaniem wykreślenia prawa opcji, określenie lokalizacji, w których wykonawca - jak sam podnosił - nie dysponowałby jakąkolwiek infrastrukturą i możliwościami technicznymi świadczenia usługi, przy opisanym przedmiocie zamówienia z prawem opcji nie złożyłby oferty na główny przedmiot zamówienia. Izba dodatkowo stwierdza, że zastrzeżenie prawa uruchomienia usługi w nowych lokalizacjach z prawa opcji, niezależnie od tego czy wykonawca dysponuje w tych lokalizacjach jakąkolwiek infrastrukturą i możliwościami technicznymi świadczenia tych usług, nie można byłoby uznać za wymóg nadmierny. Reasumując, w stanie faktycznym sprawy prawo opcji -niezdefiniowane w ustawie - może

być, zdaniem Izby wyrażone w sposób opisany w specyfikacji, albowiem sprecyzowanie przez zamawiającego na etapie przygotowywania oferty dokładnych adresów lokalizacji, w których mają być świadczone usługi i parametrów usługi dla tych lokalizacji jest obiektywnie niemożliwe. Izba zwraca uwagę, że prawo opcji w zakresie kwestionowanym obejmuje nie

tylko realizację pkt 3.4.2.1 oraz 3.4.2.2. a także pkt 3.4.2.3 i 3.4.2.4 [co nie jest kwestionowanej przy zastrzeżeniu, że przewidziane w tym punkcie zmiany nie mogą prowadzić (łącznie) do zwiększenia łącznej wartości Umowy o więcej niż 20 %. To z kolei pozwala, pomimo braku wskazania potencjalnych lokalizacji, na kalkulację kosztu wynikającego z realizacji prawa opcji w jak najszerszym zakresie. Do tego pośrednio nawiązuje art. 34 ust. 5 Pzp, który odpowiednio stanowi, że jeżeli zamówienie na usługi przewiduje prawo opcji uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji."
Zamawiający od lat rozwija posiadane przez siebie systemy informatyczne w kierunku, który pozwala na monitorowanie, minimalizowanie zagrożenia awarią oraz jak najskuteczniejsze zarządzanie posiadanym przez siebie majątkiem. Rozwój i rozbudowa przedmiotowych systemów pociąga za sobą konieczność zapewnienia wysokiej jakości usług transmisji danych, głosu i video. Sieć teleinformatyczna WAN będąca przedmiotem postępowania przetargowego jest użytkowana przez przedsiębiorstwo Zamawiającego już od kilku lat. Dotychczasowe jej sprawne i bezawaryjne działanie pozwoliło istotnie ograniczać koszty działalności Zamawiającego i sprawować prawidłowy nadzór nad poszukiwaniem, wydobyciem ropy naftowej i gazu oraz sprzedażą detaliczną gazu.
Jej dalsze działanie, na co najmniej tak dobrym poziomie jak obecnie i jej dalszy rozwój jest priorytetem w niniejszym postępowaniu przetargowym, gdyż obniżenie, jakości jej działania może w istotny sposób doprowadzić do poważnych konsekwencji i nieodwracalnych strat dla Zamawiającego. Mając powyższe na uwadze Zamawiający tak opisał w Specyfikacji Istotnych Warunkach Zamówienia przedmiot zamówienia, aby z zachowaniem obowiązującego prawa w jak największym zakresie utrzymać sprawność i bezawaryjność sieci WAN, chroniąc w ten sposób swój interes, interes PGNiG Obrót Detaliczny Sp. z o.o., oraz innych spółek z GK PGNiG (których lokalizacje również są objęte przedmiotem zamówienia), jak również interes swoich klientów - odbiorców paliwa gazowego.
Od 2000 r. trwa ciągła restrukturyzacja całej polskiej branży gazowniczej wymuszona przepisami polskimi i Unii Europejskiej.
Duża dynamika zmian organizacyjnych w GK PGNiG jest determinowana przez:
> rozwój i inwestycje gazownicze w celu przyłączania i dostarczaniu gazu nowym odbiorcom,
> zwiększanie dynamiki sprzedaży gazu oraz przyjęcia nowej strategii rozwoju poprzez połączenie sprzedaży gazu i prądu oraz poprawę dostępności świadczonych usług,
> ciągłe dążenie do poprawy organizacji pracy i bezpieczeństwa,
> PGNiG S.A. świadczy usługi teleinformatyczne dla PGNiG Obrót Detaliczny Sp. z o.o. (PGNiG OD). Na wniosek PGNiG OD Zamawiający zobowiązany jest do uruchomienia łączy do placówek sprzedaży. PGNiG OD Sp. z o.o. nie przekazuje Zamawiającemu informacji o

planowanych do uruchamiania nowych placówkach. PGNiG S.A. otrzymuje tylko zlecenia na uruchomienie nowych łączy i musi zgodnie z umową je wykonać. PGNiG OD Sp. z o.o. obsługuje ok. 6 mln. klientów biznesowych i detalicznych.
W tym miejscu Zamawiający wyjaśnia, iż w związku zasadą Third Part Access doszło do podziału spółki PGNiG S.A. i powstała m.in. Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. (dystrybutor gazu) i PGNiG Obrót Detaliczny Sp. z o.o. (detaliczny sprzedawca gazu). W celu sprawnego i ekonomicznie uzasadnionego funkcjonowania PGNiG S.A. i PGNiG Obrót Detaliczny Sp. z o.o., w zakresie obsługi informatycznej, związały się one umową SLA. W związku z wzrastającą konkurencją na rynku detalicznej sprzedaży gazu PGNiG Obrót Detaliczny Sp. z o.o. zmuszone jest podejmować działania i reagować na potrzeby rynku m.in. w zakresie zwiększania dostępności biur sprzedaży dla klientów końcowych/detalicznych. Przedmiotowe postępowanie dotyczy jak wskazano powyżej łączy w 179 lokalizacjach. Postępowanie obejmuje świadczenie usług dla wszystkich spółek z GK PGNiG (jako punkty styku). Jednakże dla spółki PGNiG OD Zamawiający zobowiązany jest

zbudować kompleksową usługę transmisji danych i 155 lokalizacji wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia związanych jest prowadzeniem działalności gospodarczej przez tę Spółkę. Lokalizacje te obejmują również biura contact center odpowiedzialne za telefoniczną obsługę klientów, które muszą posiadać dostęp do systemów bilingowych. Dynamika na konkurencyjnym rynku handlu gazem i energią wymaga szybkiej reakcji na potrzeby biznesu co do uruchamiania nowych lokalizacji sprzedaży detalicznej. W tym celu niezbędne jest posiadanie w umowie mechanizmów pozwalających na dodawanie i usuwanie lokalizacji oraz zmiany parametrów. Dlatego też nie można w tej chwili przewidzieć jakie placówki, gdzie i kiedy będzie potrzeba uruchomić. Właśnie segment sprzedaży detalicznej może generować najwyższą liczbę zmian lokalizacji, ze względu na zwiększanie sieci sprzedaży oraz konieczność łatwego dostępu dla klientów (dlatego też lokalizacje te nie charakteryzują się przenoszeniem ich na obrzeża miast, lecz skupiają się właśnie w centrach miast lub dużych centrach handlowych, które umożliwiają szybki i łatwy dostęp do świadczonych usług i dla których zazwyczaj operatorzy usług telekomunikacyjnych posiadają zdolności do realizacji tych usług i nie wymagają one nadmiernych nakładów). 9 lokalizacji to spółki z GK PGNiG dla których będzie to punkt styku z Centralą i możliwość korzystania z systemów które są uruchamiane dla GK PGNiG takich jak wewnętrzny portal zakupowy lub zarządzanie flotą samochodową. 15 lokalizacji to oddziały wydobywcze oraz placówki Oddziału Geologii i Eksploatacji PGNiG S.A. dla których te łącza oprócz dostępu do centralnych systemów to również łącza poprzez które transmitowane są dane telemetryczne. Tak więc sieć będzie wykorzystywana zarówno przez spółki o charakterze sprzedażowym dla których szybki dostęp do aplikacji biznesowych wspomagających proces sprzedaży oraz obsługę klientów jest podstawą działania, jak również przez segment działalności GK PGNiG S.A.

---

odpowiedzialny za poszukiwania oraz wydobycie gazu oraz ropy. Spółki te charakteryzują się dużym zapotrzebowaniem na pasmo oraz małymi opóźnieniami w transmisji. Jest ważne aby sieć działała stabilnie oraz zachowana było ciągłość świadczenia usługi. Dostępność łączy oraz zachowanie wysokich parametrów jakościowych ma bezpośredni wpływ na wyniki finansowe spółki. Transmisja danych telemetrycznych pozwalających monitorować proces wydobywczy przekłada się w dużym stopniu na bezpieczeństwo pracy wiertni. Wymagania stawiane przez poszczególne spółki wymuszają zabezpieczenia usługi transmisji danych tak aby świadczone były z najwyższą jakością. Na dzień dzisiejszy usługi transmisji danych w poszczególnych spółkach realizowane są w oparciu o kilka umów z różnymi operatorami. To postępowanie ma zabezpieczyć jednolitą sieć transmisji danych w oparciu o jednego operatora. Dodatkowo opis przedmiotu zamówienia zwiększa prawdopodobieństwo, że zaoferowana sieć będzie miała wysokie parametry techniczne co przełoży się na jakość świadczonej usługi. Dla Zamawiającego bardzo istotna jest sprawność działania sieci i aplikacji działających z wykorzystaniem sieci WAN, dlatego Zamawiający zasygnalizował potrzebę dodawania nowych lokalizacji w ramach prawa opcji oraz podnoszenia przepustowości łącz i jest gotów ponieść koszty gotowości Wykonawcy do zapewnienia zwiększenia przepustowości w przewidzianym w SIWZ zakresie. Warunek ten został sprecyzowany w SIWZ na podstawie doświadczeń Zamawiającego w dotychczasowym kilkuletnim okresie eksploatacji usługi sieci WAN MPLS. Ponadto w planach rozwojowych swojego przedsiębiorstwa Zamawiający przewiduje uruchomienie kolejnych, centralnych aplikacji informatycznych, które mogą być przyczyną podnoszenia przepustowości w niektórych lokalizacjach.
Zamawiający podkreśla ponadto, że w SIWZ precyzyjnie określił zasady obliczenia wynagrodzenia wykonawcy zarówno w sytuacji zwiększenia przepustowości, jak i dodania nowych lokalizacji (podniesienie przepustowości wykonawca wycenia samodzielnie w Załączniku do formularza ofertowego, również na podstawie danych z tego dokumentu zwiększane lub zmniejszane jest wynagrodzenie wykonawcy w sytuacji odpowiednio dodania lub likwidacji danej lokalizacji). Precyzyjnie określony jest także zakres prawa opcji (zmniejszenie o 20% ogólnej ilości lokalizacji tj. nie więcej niż 32 lokalizacje, zwiększenie o wartości nie większej niż 25% wartości

umowy). Przy czym Zamawiający wskazał 15 lokalizacji z których na pewno nie zrezygnuje w trakcie trwania umowy. Przy czym Zamawiający wskazał 15 lokalizacji z których na pewno nie zrezygnuje w trakcie trwania umowy. Lokalizacje te będą stanowiły około 30% łącznej opłaty abonamentowej wg. szacunkowej wartości zamówienia. Możliwość rezygnacji z 20%

pozostałych lokalizacji będzie dotyczyć łączy których zestawianych w technologii 1CE-2PE

oraz 1CE-1PE i będzie stanowić około 10% miesięcznej opłaty abonamentowej wg. szacunkowej wartości zamówienia.
Zamawiający musi mieć zapewnioną sprawną możliwość uruchamiania potrzebnych placówek z łączami telekomunikacyjnymi, bez konieczności przeprowadzenia dodatkowej procedury. Opłaty za nowe łącza, jak zapisano w SIWZ powinny być skalkulowane jako średnie dla podobnych łączy już pracujących z podobnymi parametrami. Taki zapis pozwala na poprawną wycenę nowych łączy a wyjątki będą stanowiły niewielki procent z ich puli.
Rezygnacja z w/w możliwości mogła by godzić w bezpieczeństwo energetyczne Państwa, ponieważ PGNiG S.A. nie mogłaby skutecznie wypełniać roli administratora systemu gazowego w Polsce. Grupa Kapitałowa nad którą PGNiG sprawuje nadzór zajmuje się wydobyciem gazu ziemnego i ropy naftowej w kraju, importem gazu ziemnego do Polski, magazynowaniem gazu, dystrybucją paliw gazowych, a także zagospodarowaniem złóż gazu ziemnego i ropy naftowej w kraju i za granicą oraz świadczeniem usług geologicznych, geofizycznych i poszukiwawczych w Polsce i zagranicą.
Dlatego też Zamawiający nie może zadeklarować, że podczas 48 miesięcznego okresu trwania umowy będzie eksploatował wszystkie lokalizacje wykazane w opisie przedmiotu zamówienia, oraz że nie powstaną nowe lokalizacje.
Jednocześnie Zamawiający wyszedł naprzeciw oczekiwaniom wykonawców wprowadzając mechanizm zwiększający ich wynagrodzenie w zależności od terminu dodania nowych lokalizacji, tak aby zminimalizować ryzyka wykonawcy. Ponadto należy zauważyć, iż utworzona infrastruktura pozostaje własnością Wykonawcy i nawet w przypadku rezygnacji z danej lokalizacji przez Zamawiającego wykonawca może świadczyć usługi innym podmiotom obejmującym tę lokalizację. Ponadto nie jest prawdą, iż wynagrodzenie z tytułu uruchomienia dodatkowych lokalizacji w ogóle nie uwzględnia kosztów instalacji i odnosi się jedynie do opłat abonamentowych, które są powiązane ze średnią arytmetyczną miesięcznych opłat abonamentowych dla danej przepustowości. Zgodnie z pkt. 13.6 i 13.7 SIWZ opłata abonamentowa stanowi wartość wszystkich opłat związanych z wykonaniem przyłączenia do sieci i uruchomieniem usługi i obejmuje wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, w związku z tym zawiera w sobie również opłatę instalacyjną. W opinii Zamawiającego przy tak dużej liczbie lokalizacji, ich zróżnicowaniu uśredniony abonament zawierający jak wskazano powyżej wszystkie koszty związane z uruchomieniem łącza jest właściwy dla określenia ceny za nowe lokalizacje.
Powyższe potwierdza również wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 549/11: „Izba uznała, że postanowienia rozdziału II ust. 2 pkt 4 SIWZ zobowiązujące wykonawcę do "zapewnienia w okresie realizacji przedmiotu zamówienia możliwości podłączenia do sieci Zamawiającego innych nowych lokalizacji na terenie Rzeczypospolitej Polskiej nie

wymienionych w tabeli nr 1 oraz możliwość zamiany istniejącej lokalizacji na inną, na warunkach wykonania i przy koszcie jednostkowym opłaty instalacyjnej i abonamentu miesięcznego nie wyższym niż średni koszt ofertowy dla porównywalnych pod względem technicznym lokalizacji wymienionych w tabeli nr 1 (tj. typu łącza, przepustowości, podziału pasma na klasy, typu i parametrów łącza rezerwowego, itp.)" za nienaruszające postanowień art. 29 ust. 1 ustawy p.z.p. Zatem zachodzi brak podstaw do nakazania zamawiającemu zmiany postanowień rozdziału II ust. 2 pkt 4 SIWZ i wprowadzenia uwarunkowania zmiany od posiadania przez wykonawcę pozytywnych warunków technicznych lak i formalnoprawnych".
Zamawiający zdaje sobie sprawę, iż Izba nie jest związana uprzednio wydanymi wyrokami, jednakże w opinii Zamawiającego, w związku z analogicznymi postanowieniami SIWZ jak w innych postępowaniach prowadzonych przez podmioty z GK PGNiG , w stosunku do których działania Zamawiających dotyczące prawa opcji zostały uznane za prawidłowe, co potwierdzają przywołane wyroki KIO, a którymi kierował się Zamawiający, zasadne jest zapewnienie pewności obrotu i jednolitości interpretacji przepisów poprzez uznanie, iż również w tym przypadku postanowienia SIWZ nie naruszają przepisów przywołanych przez

Zamawiającego.
Zamawiający nie może wprowadzić dodatkowej opłaty instalacyjnej dla nowych lokalizacji, tak jak oczekuje tego Odwołujący, gdyż w tym przypadku mielibyśmy do czynienia z negocjacjami cenowymi, których ustawa Pzp nie przewiduje. Podobnie w kwestii możliwości odmowy realizacji przez Wykonawcę prawa opcji. Zamawiający musi mieć pewność realizacji zamówienia na ustalonych warunkach. Za niedopuszczalne Zamawiający uznaje wprowadzenie do Umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień nieprecyzyjnych w kwestii tak istotnej jak wynagrodzenie wykonawcy. Tym bardziej, iż tak jak wskazano powyżej Wykonawcy w opłatach abonamentowych zobowiązani zostali do uwzględnienia również opłat instalacyjnych. Dlatego też nie ma podstaw, aby oprócz opłat abonamentowych Zamawiający ponosił dodatkowo koszty opłaty instalacyjnej niejako podwójnie - raz w opłacie abonamentowej drugi raz jako opłatę niezależną. Nie stanowi naruszenia ustawy Pzp brak jako składnika wynagrodzenia, jednorazowej opłaty instalacyjnej określonej dla każdej ze wskazanych lokalizacji.
Odnośnie zwiększenia przepustowości łączy dla lokalizacji wskazanych w SIWZ, wykonawcy już w momencie składania ofert zobowiązani zostali do przewidzenia takiej możliwości (zobowiązani są do zaoferowania cen za abonament w zwiększonej przepustowości). Ponadto chcąc doprecyzować okoliczności w których to zwiększenie nastąpi wskazał zasady wg którymi będzie się kierował przy zwiększaniu przepustowości (pkt 14 SOPZ Załącznik nr 1 do SIWZ). Tym samym, nie jest możliwe wobec postanowień SIWZ wydłużenie okresu realizacji zlecenia zwiększenia przepustowości.

Zgodnie z pkt. 9.6 SIWZ wykonawca zobowiązany jest złożyć ofertę według formularza ofertowego (Załącznik nr 2 do SIWZ). W Formularzu ofertowym, a w szczególności w formularzu cenowym stanowiącym jego załącznik Zamawiający wyspecyfikował wszystkie lokalizacje dla których wymaga dokonania wyceny zgodnie z pkt. 13 SIWZ i które mają być objęte ofertą wykonawcy. W pkt 3.9 SIWZ Zamawiający zastrzegł możliwość zamiany 6 lokalizacji objętych przedmiotem zamówienia przed ich uruchomieniem, o ile wykonawca nie przystąpi do rozpoczęcia instalacji w tej lokalizacji. Przedmiotowa możliwość zapewnia Zamawiającemu niezbędną elastyczność pozyskiwanych usług. Zamawiający zastrzegł możliwość zamiany przed ich uruchomieniem, a nie przed podpisaniem umowy jak twierdzi Odwołujący. Tym samym, wykonawcy mają pełną świadomość zakresu przedmiotu zamówienia, który ma być objęty ofertą. Zamówienie obejmuje 179 lokalizacji, Zamawiający zmienił przedmiotowe postanowienie wskazując, iż pkt 3.9 SIWZ dotyczyć może maksymalnie 6 lokalizacji.
Jednocześnie należy wskazać, iż orzecznictwo przywołane przez Odwołującego jest nieadekwatne do rozstrzygniętych zagadnień i nie uwzględnia stanu faktycznego zaistniałego w przedmiotowej sprawie, co wprost potwierdza stanowisko Izby wyrażone w wyroku o sygn. akt KIO 773/15, KIO 775/15 cyt. „Zamawiający obszernie przywołali oparł się na stanowisku Izby wyrażonym w wyroku z 22 stycznia 2014 r. (sygn. akt KO 24/14), które jego zdaniem jest adekwatne również w tej sprawie. Umknęło jednak uwadze Zamawiającemu, że dla tego rozstrzygnięcia istotne znaczenie miało ustalenie, że ze względu na restrukturyzację branży gazowniczej może następować likwidacja obecnych lub powstanie nowych jednostek terenowych (lokalizacji) w przedsiębiorstwie zamawiającego sektorowego. Są to zasadniczo odmienne uwarunkowania od dotyczących Zamawiającego w tej sprawie, gdyż ARiMR jest państwową osobą prawną, której działalność i struktura organizacyjna jest ustabilizowana i nie podlega dynamicznym i niemożliwym do przewidzenia zmianom."
Zgodnie z pkt. 3 rozdziału V SOPZ protokół końcowy odbioru instalacji usługi dla etapu, będzie podstawą przekazania sieci do eksploatacji oraz rozpoczęcia naliczania opłat abonamentowych. Zamawiający oczekuje realizacji umowy etapowo. Etapy zostały wprowadzane ze względu na organizację struktury spółek wchodzących w skład grupy kapitałowej PGNiG. Uruchomienie pojedynczego łącza w ramach etapu nie spełnia oczekiwań dla transmisji danych Zamawiającego. Każdy etap charakteryzuje się inną polityką udostępniania zasobów informatycznych. Lokalizacje z etapu I nie korzystają z zasobów informatycznych udostępnianych przez lokalizacje uruchamiane w etapie II. Zamawiający nie może ponosić opłat za pojedyncze lokalizacje od momentu uruchomienia jeśli inne lokalizacje z tego etapu nie będą działać. Taki stan wynika z aktualnej architektury systemów informatycznych w Spółce. Budowa sieci MPLS ma zapewnić infrastrukturę w

oparciu o którą wszystkie zasoby zostaną scentralizowane i w przyszłości możliwe będzie uruchamianie łączy w pierwszej kolejności do lokalizacji głównej. Każde kolejne dołączenie lokalizacji będzie umożliwiało pracę i pozwoli na naliczanie opłat abonamentowych od dnia uruchomienia łącza. Na dzień dzisiejszy jest to niemożliwe. Zamawiający dopuścił możliwość oddawania kolejnych etapów (II, III oraz IV) szybciej niż jest to określone w specyfikacji ale nie wcześniej niż zakończenie realizacji etapu I (rozdział V pkt. 1 SOPZ Załącznik nr 1 do SIWZ).
Odnośnie wydłużenia terminu na przekazanie raportu, o którym mowa w pkt. 3 Rozdziału VI. SOPZ do 10 dni wskazać należy, iż przedmiotowy raport generuje się automatycznie i wymaga jedynie weryfikacji zgodności informacji w nim zawartych ze stanem faktycznym. W interesie wykonawcy jest przygotowanie go w terminie wskazanym w SIWZ tj. 7 dni, gdyż stanowi on podstawę do wystawienia faktury. Zarzut wykonawcy uznać należy za bezzasadny, gdyż kwestionuje on wymaganie SOPZ nie kwestionując kompleksowo pozostałych postanowień SIWZ regulujących tę kwestię np. postanowień § 4 projektu Umowy, który stanowi, iż faktury VAT Wykonawca będzie wystawiał po każdym miesiącu świadczenia usług do dnia 7 każdego miesiąca, nie wcześniej jednak niż w dniu przekazania pisemnego raportu z dostępności usługi.
Ad. Zarzut nr 3
tj. naruszenie art. 353 1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14 ust. 1, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ niezgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania i poprzez sporządzenie Załącznika do SIWZ - Wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim:
1) Zamawiający przewidział zbyt ogólną i arbitralną przesłankę umożliwiającą mu jednostronne rozwiązanie umowy ze skutkiem na chwilę złożenia oświadczenia (Wzór Umowy, §7 ust. 2 lit. c);
2) Zamawiający przewidział uprawnienie do jednostronnego rozwiązania Umowy w przypadku powtarzających się istotnych naruszeń, przy czym wystarczające jest, że dotyczą one pojedynczej lokalizacji (Wzór Umowy, §7 ust. 3);
- żądanie dokonanie zmian w treści postanowień Wzoru Umowy poprzez:
1) zmianę §7 ust. 2 lit. c Umowy poprzez zastrzeżenie, że prawo rozwiązania Umowy wyłącznie w przypadku celowego, zmierzającego do wprowadzenia przysługuje Zamawiającego w błąd, przekazania przez Wykonawcę nieprawdziwych oświadczeń, zapewnień, informacji lub faktów;
2) zmianę §7 ust. 3 Umowy poprzez dodanie zastrzeżenia, iż uprawnienie do rozwiązania Umowy będzie dotyczyć tylko sytuacji, w których do istotnego naruszenia

postanowień Umowy doszło w więcej niż 10% różnych lokalizacjach w ciągu jednego okresu rozliczeniowego.

Odnośnie tego zarzutu Zamawiający wskazuje, iż przywołane postanowienia stanowią o prawie, a nie obowiązku rozwiązania Umowy. Postanowienia te w żadnym stopniu nie wykluczają wcześniejszej konsultacji z wykonawcą. Podkreślić należy, iż Zamawiający będzie współpracował przez wiele miesięcy z wykonawcą, a co za tym idzie, z samych zasad prowadzenia działalności gospodarczej wynika, iż strony zapewne podejmą próbę wyjaśniającą zaistniałą sytuację, a dopiero później ewentualnie rozwiązują umowę. Zamawiający podkreśla, iż nie widzi żadnych podstaw do dokonania zmian w treści postanowień umowy. Podkreślić przy tym należy, iż zasada swobody umów na gruncie ustawy prawo zamówień publicznych ulega pewnym ograniczeniom.
Warto w tym miejscu wskazać na treść dwóch orzeczeń:
1) wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 września 2008 r., sygn. akt I ACa 544/08, zgodnie z którym z wyrażonej w art. 353 1 k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczna nierówność stron umowy. Nie ekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga, więc co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron.
2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z

dnia 14 marca 2014 r., sygn. akt KIO 380/14, zgodnie z którym w sytuacji, gdy kluczowym zarzutem odwołującego jest naruszenie przez zamawiającego art. 353 1 k.c. poprzez nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy zadaniem Izby jest rozstrzygnięcie o zakresie swobody kontraktowej przyszłego stosunku umownego, który powstanie w wyniku udzielenia zamówienia. Zarówno Izba jak i sądy wielokrotnie podkreślały, że na gruncie prawa zamówień publicznych mamy do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów art. 353 1 k.c a które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyka w cenie oferty. Postanowienie § 7 ust. 2 lit. c) projektu Umowy odwołuje się w zasadzie do oświadczeń z § 1 ust. 5, 8 i 9 tegoż projektu, w związku z czym, trudno przyjąć, że Wykonawca mógłby złożyć "przypadkowo" nieprawdziwe oświadczenie.

Odnośnie postanowienia § 7 ust. 3 Projektu Umowy, wskazać należy ponadto to, iż stanowi on zabezpieczenie interesów Zamawiającego w przypadku zdefiniowanego istotnego naruszenia przez Wykonawcę postanowień umowy. Takie postanowienie nie stanowi nadmiernego rygoryzmu, ale niezbędny dla Zamawiającego instrument, który jest możliwy do zastosowania w ściśle określonych przypadkach, gdy Wykonawca w sposób powtarzający się nie realizuje w sposób należyty swoich obowiązków, co w ostateczności w przypadku najważniejszych lokalizacji może prowadzić do zaburzenia funkcjonowania organizacji Zamawiającego.
Per analogiam uznać należy, iż znajdzie tutaj zastosowanie również argumentacja zawarta w wyroku z dn. 22 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 24/14 „Prawo zamówień publicznych wprowadza ograniczenia swobody umów, bowiem już na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest określić istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę na takich warunkach. Zatem to do zamawiającego należy określenie warunków umowy. W ocenie Izby, zamawiający ma prawo użyć dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających jego interes, bowiem opóźnienia w realizacji zamówienia, niewykonanie umowy lub jej nienależyte wykonanie mogą skutkować dla zamawiającego poważnymi konsekwencjami. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 11 listopada 2008 roku (sygn. akt KIO/UZP 779/08), „kara umowna ma nie tylko charakter odszkodowawczy, lecz również prewencyjny, szczególnie istotny w realizacji umów dotyczących zamówień publicznych, gdzie Zamawiający nie może w sposób dowolny wybrać kontrahenta" (sygn. akt KIO/UZP 154709) „Zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Wskazać także należy, że (co nie tylko odpowiada zaspokojeniu potrzeb publicznych, ale mieści się już w kategoriach racjonalnych działań przedsiębiorców) zamawiający może starać się zwiększyć za ich odpowiedzialność wykonawców należyte wykonanie zamówienia, obciążyć dodatkowym ryzykiem. Powyższe, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353(1) k.c. (niezgodność umowy z właściwościami stosunku prawnego, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego) nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w SIWZ, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez zamawiającego warunkach. Jeśli natomiast wykonawca podejmuje decyzje o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko,

---

odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową." Błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego (Wyrok SO we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r, X Ga 67/08 niepubl.)."
Ad. Zarzut nr 4
ti. naruszenie art, 38 ust. 4 w zw. z art. 47 w zw. z art. 23 ust, 1 Pzp poprzez dokonanie zmiany SIWZ w wyniku udzielonych wykonawcom wyjaśnień, w sposób niezgodny z przepisami ustawy, tj. uniemożliwiający wykonawcom, którzy wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu i uzyskali zaproszenie do składania ofert, złożenia oferty wspólnej.
- żądanie: Dokonanie modyfikacji odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na pytanie nr 7 w dniu 25 listopada 2016 r. poprzez dopuszczenie możliwości złożenia oferty wspólnej przez dwóch wykonawców, którzy uzyskali osobno zaproszenie do złożenia ofert oraz wskazanie, jakich dokumentów będzie w takim przypadku wymagał Zamawiający.
Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, w którym możliwość złożenia ofert poprzedzona była kwalifikacją wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło 4 wykonawców: T.P. SA; O.P. SA; EXATEL S.A. oraz N. SA. Wszyscy ci wykonawcy zostali zaproszenia do składania ofert. Zamawiający stoi na stanowisku, iż na tym etapie postępowania nie jest dopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp złożenie oferty wspólnej przez dwóch wykonawców, którzy osobno zostali zaproszeni do składania ofert. Powyższe wynika z faktu, iż to kto jest wykonawcą w przedmiotowym postępowania skonkretyzowało się w momencie złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 2 pkt 11 ustawy Pzp wykonawcą jest podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia, złożył ofertę lub zawarł umowę. Przymiot wykonawcy w niniejszym postępowaniu posiada każdy z 4 wykonawców wskazanych powyżej odrębnie i to każdy z tych wykonawców osobno został zaproszony do składania ofert. Ponadto zamawiający zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp zobowiązany jest do odrzucenia oferty Wykonawców niezaproszonych do składania
ofert. Zamawiający nie zaprosił do złożenia ofert w niniejszym postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lecz każdy z podmiotów działający odrębnie. Ponadto Zamawiający nie zgadza się z przedmiotowym zarzutem, gdyż w jego opinii „połączenie" wykonawców po kwalifikacji i zaproszeni do składania ofert ogranicza konkurencję, wobec i tak już zawężonego kręgu wykonawców, co może prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.
Podsumowując, wskazać należy, iż zarzuty podnoszone przez Odwołującego już kilkukrotnie były przedmiotem rozstrzygnięć wydawanych przez KIO i uznawane za nienaruszające przepisów. Zamawiający raz jeszcze pragnie podkreślić, iż postawione wymagania wobec realizacji przedmiotowych usług wynikają ze specyfiki prowadzonej działalności biznesowej oraz zaspokajają uzasadnione potrzeby Zamawiającego. PGNiG S.A pełni obecnie rolę

agregatora popytu i gwaranta bezpieczeństwa energetycznego kraju w zakresie dostaw gazu ziemnego. Dzięki zamawianej usłudze świadczonej na wysokim poziomie Zamawiający może wypełniać swoje zadania. Usługa ta umożliwiać będzie dostęp do systemów informatycznych ze wszystkich lokalizacji w których operator zestawi łącza. Sieć WAN zapewnia komunikację m.in. dla systemów SAP (obsługujących finanse i księgowość, zarządzanie), poczty elektronicznej, systemów bilingowych, systemu Remedy, komunikacji voice i videokonferencji, oraz wielu innych, co wpływa na działalność Zamawiającego funkcjonującego w strukturze rozproszonej wielooddziałowej oraz w ramach grupy kapitałowej.
Mając powyższe na uwadze zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła
(Sygn. akt KIO 2284/16)

Na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów zawnioskowanych przez strony w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz po rozważeniu argumentacji zaprezentowanych w odwołaniu jak i w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie zarówno odwołującego jak i zamawiającego **Izba ustaliła i zważyła jak poniżej.**

Odwołujący podniósł następujące zarzuty i żądania
Zarzuty

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
1. art. 34 ust. 5 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ niezgodnie z

żądaniem uwzględnionego odwołania i

dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim Zamawiający nieprecyzyjnie określił zakres zamówienia objęty prawem opcji, w tym również zasady kształtowania wynagrodzenia wykonawcy w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji i rozpoczęcia świadczenia usługi w nowych lokalizacjach, w szczególności poprzez:
a. zastrzeżenie uprawnienia Zamawiającego do rezygnacji bez podania przyczyny z usługi przyłączenia i świadczenia usługi sieci dla wybranych lokalizacji bez dodatkowych

---

opłat i kar na rzecz Wykonawcy, w wysokości aż do 20% ogólnej ilości lokalizacji (SIWZ, pkt 4.1.1.);
b. zastrzeżenie uprawnienia Zamawiającego do dodania nowych lokalizacji, w których świadczona będzie usługa sieci, zwiększenia przepustowości łączy bez wprowadzenia możliwości odmowy przez Wykonawcę w przypadku braku warunków technicznych lub konieczności poniesienia niewspółmiernych kosztów z tym związanych (SIWZ, pkt 4.1.2);
c. ograniczenie wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy w przypadku włączenia nowej lokalizacji o danej przepustowości, w ramach prawa opcji, wyłącznie do opłaty abonamentowej, w wysokości z góry ustalonej przez Zamawiającego w odniesieniu do średniej arytmetycznej z miesięcznych cen abonamentowych dla tej samej przepustowości (SIWZ, 4.1.6.1.);
2. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ niezgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania i poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim Zamawiający:
a. zastrzegł sobie możliwość zamiany lokalizacji przed ich uruchomieniem, o ile wykonawca nie przystąpi do rozpoczęcia instalacji w tej lokalizacji (SIWZ, pkt 3.9);
b. przewidział, iż wynagrodzenie Wykonawcy będzie składać się wyłącznie z miesięcznej opłaty abonamentowej (SIWZ, pkt 13; Wzór umowy §4 ust. 2);
c. wyznaczył zbyt krótki czas realizacji przez Wykonawcę zlecenia zwiększenia lub zmniejszenia przepustowości łącza od momentu otrzymania zgłoszenia w zakresie zwiększenia dwukrotnego (Załącznik nr 1 do SIWZ - SOPZ, roz. II pkt 14);
d. określił, że opłaty abonamentowe mogą być naliczane dopiero od momentu podpisania protokołu końcowego, po dokonaniu odbioru wszystkich lokalizacji, nie zaś od momentu faktycznego uruchomienia usługi w lokalizacji i umożliwienia korzystania z usługi (Załącznik nr 1 do SIWZ - SOPZ, roz. V pkt 3);
e. określił zbyt krótki termin na przekazanie raportu z dostępności usługi (SOPZ, roz. VI, pkt 3);
3. art. 353.1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14 ust. 1, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ niezgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania i poprzez sporządzenie Załącznika do SIWZ - Wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim:

---

a. Zamawiający przewidział zbyt ogólną i arbitralną przesłankę umożliwiającą mu jednostronne rozwiązanie umowy ze skutkiem na chwilę złożenia oświadczenia (Wzór Umowy, §7 ust. 2 lit. c);

b. Zamawiający przewidział uprawnienie do jednostronnego rozwiązania Umowy w przypadku powtarzających się istotnych naruszeń, przy czym wystarczające jest, że dotyczą one pojedynczej lokalizacji (Wzór Umowy, §7 ust. 3);
4. art. 38 ust. 4 w zw. z art. 47 w zw. z art. 23 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie zmiany SIWZ w wyniku udzielonych wykonawcom wyjaśnień, w sposób niezgodny z przepisami ustawy, tj. uniemożliwiający wykonawcom, którzy wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu i uzyskali zaproszenie do składania ofert, złożenia oferty wspólnej.
Żądania
Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ poprzez:
I. zmianę opisu przedmiotu zamówienia w zakresie ukształtowania prawa opcji poprzez:
1. zmianę pkt 4.1.1. SIWZ poprzez ograniczenie liczby lokalizacji, z których może zrezygnować Zamawiający z 20% do 10% ogólnej ilości lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 1 do SIWZ;
2. zmianę pkt 4.1.2. SIWZ poprzez wprowadzenie możliwości odmowy przez Wykonawcę dodania nowych lokalizacji, w których świadczona będzie usługa sieci, zwiększenia przepustowości łączy w przypadku braku warunków technicznych lub konieczności poniesienia niewspółmiernych kosztów z tego tytułu;
3. zmianę pkt 4.1.6.1 SIWZ poprzez zniesienie określonego tam sposobu ustalania wysokości opłaty abonamentowej określenie, iż miesięczna opłata abonamentowa ustalana będzie w wysokości uzgodnionej pomiędzy Wykonawcą i Zamawiającym w ramach przewidzianego ograniczenia wartości prawa opcji (25% wartości umowy), wprowadzenia jednorazowej opłaty instalacyjnej w wysokości pokrywającej uzasadnione koszty przyłączenia i uruchomienia usługi w nowej lokalizacji oraz wprowadzenie możliwości odmowy włączenia nowej lokalizacji w przypadku braku warunków technicznych w tej lokalizacji lub w przypadku braku porozumienia między Wykonawcą i Zamawiającym, co do wysokości opłaty abonamentowej;
II. zmiany w opisie przedmiotu zamówienia polegające na:
1. wykreśleniu pkt 3.9 SIWZ, ewentualnie: określenie ograniczonej ilości lokalizacji, które mogą zostać zamienione na żądanie Zamawiającego przed rozpoczęciem instalacji (do maksymalnie 5% wartości przedmiotem zamówienia) oraz wprowadzenie zastrzeżenia, iż Wykonawca będzie zobowiązany do uruchomienia i świadczenia usługi w nowej lokalizacji tylko w takim przypadku, jeśli będzie w nich dysponował warunkami technicznymi do świadczenia usługi;

2. zmianie postanowień SIWZ pkt 13 oraz Wzoru Umowy poprzez wprowadzenie jako składnika wynagrodzenia Wykonawcy, jednorazowej opłaty instalacyjnej, określonej dla każdej z lokalizacji, w których świadczona ma być usługa;
3. zmianie pkt 14) Rozdziału II Załącznika nr 1 do SIWZ - SOPZ poprzez wskazanie, że czas realizacji przez Wykonawcę zlecenia zwiększenia lub zmniejszenia przepustowości łącza nie będzie przekraczał 2 miesięcy od momentu otrzymania zgłoszenia;
4. określeniu, iż w przypadku rozpoczęcia korzystania z usługi transmisji danych w danej lokalizacji przed podpisanie protokołu odbioru końcowego dla wszystkich lokalizacji, za usługę świadczoną w tym okresie przysługiwać będzie Wykonawcy wynagrodzenie w wysokości 50% opłaty abonamentowej określonej dla danej lokalizacji, naliczone proporcjonalnie do okresu korzystania z usługi;
5. zmianie rozdz. VI pkt 3) SOPZ poprzez wydłużenie terminu na przekazanie raportu do 10 dni roboczych;
III. dokonanie zmian w treści postanowień Wzoru Umowy poprzez:
1. zmianę §7 ust. 2 lit. c Umowy poprzez zastrzeżenie, że prawo rozwiązania Umowy wyłącznie w przypadku celowego, zmierzającego do wprowadzenia przysługuje Zamawiającego w błąd, przekazania przez Wykonawcę nieprawdziwych oświadczeń, zapewnień, informacji lub faktów;
2. zmianę §7 ust. 3 Umowy poprzez dodanie zastrzeżenia, iż uprawnienie do rozwiązania Umowy będzie dotyczyć tylko sytuacji, w których do istotnego naruszenia postanowień Umowy doszło w więcej niż 10% różnych lokalizacjach w ciągu jednego okresu rozliczeniowego.
IV. Dokonanie modyfikacji odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na pytanie nr 7 w dniu 25 listopada 2016 r. poprzez dopuszczenie możliwości złożenia oferty wspólnej przez

dwóch wykonawców, którzy uzyskali osobno zaproszenie do złożenia ofert oraz wskazanie, jakich dokumentów będzie w takim przypadku wymagał Zamawiający.

Na posiedzeniu z udziałem stron i przystępujących po zapoznaniu się z odpowiedzią na odwołanie odwołujący **T. zrezygnował z następujących zarzutów :**
W pkt. 2
d. określił, że opłaty abonamentowe mogą być naliczane dopiero od momentu podpisania protokołu końcowego, po dokonaniu odbioru wszystkich lokalizacji, nie zaś od momentu faktycznego uruchomienia usługi w lokalizacji i umożliwienia korzystania z usługi (Załącznik nr 1 do SIWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia -SOPZ, rozdz. V Warunki odbioru przedmiotu zamówienia pkt 3 –str.14);
e. określił zbyt krótki termin na przekazanie raportu z dostępności usługi (Załącznik nr 1 do SIWZ - SOPZ, rozdz. VI Realizacja Przedmiotu Zamówienia, pkt 3-str.15);

---

a w konsekwencji zrezygnował z żądań:
w pkt II zmiany w opisie przedmiotu zamówienia polegające na:
4. zmianie w Załączniku nr 1 do SIWZ rozdz. V pkt 3 określeniu, iż w przypadku rozpoczęcia korzystania z usługi transmisji danych w danej lokalizacji przed podpisanie protokołu odbioru końcowego dla wszystkich lokalizacji, za usługę świadczoną w tym okresie przysługiwać będzie Wykonawcy wynagrodzenie w wysokości 50% opłaty abonamentowej określonej dla danej lokalizacji, naliczone proporcjonalnie do okresu korzystania z usługi;
5. zmianie w Załączniku nr 1 do SIWZ rozdz. VI pkt 3) SOPZ poprzez wydłużenie terminu na przekazanie raportu do 10 dni roboczych;
W związku z tym powyższe zarzuty i żądania nie podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W pozostałym zakresie zarzuty i żądania **odwołania T. Izba rozstrzygnęła jak poniżej.**
Co do
1. art. 34 ust. 5 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ niezgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania i dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim Zamawiający nieprecyzyjnie określił zakres zamówienia objęty prawem opcji, w tym również zasady kształtowania wynagrodzenia wykonawcy w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji i rozpoczęcia świadczenia usługi w nowych lokalizacjach, w szczególności poprzez:
a. zastrzeżenie uprawnienia Zamawiającego do rezygnacji bez podania przyczyny z usługi przyłączenia i świadczenia usługi sieci dla wybranych lokalizacji bez dodatkowych opłat i kar na rzecz Wykonawcy, w wysokości aż do 20% ogólnej ilości lokalizacji (SIWZ, pkt 4.1.1.);
b. zastrzeżenie uprawnienia Zamawiającego do dodania nowych lokalizacji, w których świadczona będzie usługa sieci, zwiększenia przepustowości łączy bez wprowadzenia możliwości odmowy przez Wykonawcę w przypadku braku warunków technicznych lub konieczności poniesienia niewspółmiernych kosztów z tym związanych (SIWZ, pkt 4.1.2);
c. ograniczenie wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy w przypadku włączenia nowej lokalizacji o danej przepustowości, w ramach prawa opcji, wyłącznie do opłaty abonamentowej, w wysokości z góry ustalonej przez Zamawiającego w odniesieniu do średniej arytmetycznej z miesięcznych cen abonamentowych dla tej samej przepustowości (SIWZ, 4.1.6.1.);

W zakresie pkt-u 1 Izba uwzględniła zarzuty:

Naruszenia
art. 34 ust. 5 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1
przez
dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w

sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim Zamawiający nieprecyzyjnie określił zakres zamówienia objęty prawem opcji, w tym również zasady kształtowania wynagrodzenia wykonawcy w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji i rozpoczęcia świadczenia usługi w nowych lokalizacjach, w szczególności poprzez:
b. zastrzeżenie uprawnienia Zamawiającego do dodania nowych lokalizacji, w których świadczona będzie usługa sieci, zwiększenia przepustowości łączy bez wprowadzenia możliwości odmowy przez Wykonawcę w przypadku braku warunków technicznych lub konieczności poniesienia niewspółmiernych kosztów z tym związanych (SIWZ pkt 4.1.2);
c. ograniczenie wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy w przypadku włączenia nowej lokalizacji o danej przepustowości, w ramach prawa opcji, wyłącznie do opłaty abonamentowej, w wysokości z góry ustalonej przez Zamawiającego w odniesieniu do średniej arytmetycznej z miesięcznych cen abonamentowych dla tej samej przepustowości (SIWZ, 4.1.6.1.);

Uznając powyższe zarzuty Izba nakazała
Skreślenie:
Podpunktu 4.1.2. punktu 4.Prawo opcji 4.1. Zamawiający zastrzega sobie prawo opcji tj:
O treści:
Zamawiający zastrzega sobie prawo, w okresie realizacji zamówienia, do dodania nowych lokalizacji, w których będzie świadczona usługa sieci, zwiększenia przepustowości łączy przekraczającego łączną cenę umowną, w zakresie nie większym niż do 25 % wartości umowy.

Stanowisko Izby w zakresie uwzględnienia podanych wyżej zarzutów odwołania wynika z następującego obowiązującego prawa:

Usługi objęte prawem opcji na podstawie art.34 ust.5 ustawy pzp nie zwalniają zamawiającego z ich określenia w reżimie art.29 ust.1 i 2 ustawy pzp. Zamawiający opisując usługi w prawie opcji według 4.1.2. to jest bez wskazania ich lokalizacji czy też przepustowości w określonych lokalizacjach (Rozdz. VIII Lokalizacje i Parametry -179 lokalizacji – zał. nr 1 do SIWZ – SOPZ) naruszył regułę art.29 ust.1 i 2 ustawy pzp.
W związku z tym Izba uznając zarzut naruszenia art. 34 ust. 5 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 przez opisanie Podpunktu 4.1.2. punktu 4.Prawo opcji w SIWZ nakazała jego skreślenie. Tym samym Izba uznała za przekonywującą, wiarygodną i merytorycznie poprawną argumentację odwołującego T. zawartą w odwołaniu i reprezentowaną na rozprawie.

W zakresie pkt-u 1 Izba nie uwzględniła zarzutu:

Naruszenia

art. 186 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ niezgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania oraz:
a. zastrzeżenie uprawnienia Zamawiającego do rezygnacji bez podania przyczyny z usługi przyłączenia i świadczenia usługi sieci dla wybranych lokalizacji bez dodatkowych opłat i kar na rzecz Wykonawcy, w wysokości aż do 20% ogólnej ilości lokalizacji (SIWZ, pkt 4.1.1.);
Według Izby nie ma sankcji, w procedurze odwoławczej według ustawy pzp., egzekucji od zamawiającego wykonania czynności wynikających z uwzględnienia odwołania. W związku z tym Izba nie stwierdza naruszenia przez zamawiającego art.186 ust.2 ustawy pzp. Izba w tym zakresie identyfikuje się ze stanowiskiem zamawiającego.
Co do rezygnacji w ramach prawa opcji z usług do 20 % ogólnej ilości lokalizacji pkt 4.1.1. SIWZ Izba uznaje za dopuszczalne. Nie stwierdza się naruszenia art.34 ust.5 w związku z art.29 ust.1 i 2 ustawy pzp (zamawiający opisał 179 lokalizacji Rozdz. VIII Lokalizacje i Parametry -zał. nr 1 do SIWZ – SOPZ) i zamierza realizować prawo opcji przez zmniejszenie usług do 20% ogólnej ilości lokalizacji.

Co do żądań **przedstawionych w odwołaniu :**

I. zmianę opisu przedmiotu zamówienia w zakresie ukształtowania prawa opcji poprzez:
1. zmianę pkt 4.1.1. SIWZ poprzez ograniczenie liczby lokalizacji, z których może zrezygnować Zamawiający z 20% do 10% ogólnej ilości lokalizacji wskazanych w Załączniku

nr 1 do SIWZ – Izba nie uwzględnia zarzutu naruszenia ustawy pzp. przez opis pkt 4.1.1. SIWZ. W związku z tym żądanie jest bezprzedmiotowe.
2. zmianę pkt 4.1.2. SIWZ poprzez wprowadzenie możliwości odmowy przez Wykonawcę dodania nowych lokalizacji, w których świadczona będzie usługa sieci, zwiększenia przepustowości łączy w przypadku braku warunków technicznych lub konieczności poniesienia niewspółmiernych kosztów z tego tytułu – Izba uwzględnia zarzut naruszenia przepisów ustawy pzp przez opis pkt 4.1.2. SIWZ i nakazuje jego skreślenie. Żądanie ustalenia prawa odmowy realizacji opcji nawet ze ściśle określonych przyczyn, w ocenie Izby, nie mieści się w ramach prawa opcji;
3. zmianę pkt 4.1.6.1 SIWZ poprzez zniesienie określonego tam sposobu ustalania wysokości opłaty abonamentowej określenie, iż miesięczna opłata abonamentowa ustalana będzie w wysokości uzgodnionej pomiędzy Wykonawcą i Zamawiającym w ramach przewidzianego ograniczenia wartości prawa opcji (25% wartości umowy), wprowadzenia jednorazowej opłaty instalacyjnej w wysokości pokrywającej uzasadnione koszty przyłączenia i uruchomienia usługi w nowej lokalizacji oraz wprowadzenie możliwości odmowy włączenia nowej lokalizacji w przypadku braku warunków technicznych w tej lokalizacji lub w przypadku braku porozumienia między Wykonawcą i Zamawiającym, co do wysokości opłaty abonamentowej - Izba uwzględnia zarzut naruszenia przepisów ustawy pzp przez opis pkt 4.1.2. SIWZ i nakazuje jego skreślenie. Żądania ustalenia prawa negocjacji m-cznej opłaty abonamentowej, opłaty instalacyjnej według uzasadnionych kosztów przyłączenia i uruchomienia usługi w nowej lokalizacji, prawa odmowy włączenia nowej lokalizacji nie mieszczą się w ramach instytucji „prawa opcji" ustawy pzp.

W zakresie pkt-u 2 Izba uwzględniła zarzuty:

Naruszenia

2. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1
poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim Zamawiający:
a. zastrzegł sobie możliwość zamiany lokalizacji przed ich uruchomieniem, o ile wykonawca nie przystąpi do rozpoczęcia instalacji w tej lokalizacji (SIWZ pkt 3.9);

Izba stwierdza, że zaskarżona Formuła pkt – u 3.9 SIWZ mieści się w dyspozycji naruszenia art.29 ust.1 i 2 w zw. z art.7 ust.1 ustawy Pzp. Izba podziela stanowisko reprezentowane przez odwołującego T. co do obarczania pełnym ryzkiem wykonawcy wobec nie określenia przez zamawiającego gdzie będzie miał zorganizować i uruchomić usługę transmisji danych narażając na koszty pokrywane tylko do opłaty abonamentowej ustalonej według zlokalizowanych miejsc przedmiotowej usługi (zamawiający opisał 179 lokalizacji Rozdz. VIII Lokalizacje i Parametry -zał. nr 1 do SIWZ – SOPZ).

W zakresie pkt-u 2 Izba nie uwzględniła zarzutów:

Naruszenia

w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ niezgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania w zakresie, w jakim Zamawiający:
b. przewidział, iż wynagrodzenie Wykonawcy będzie składać się wyłącznie z miesięcznej opłaty abonamentowej (SIWZ, pkt 13; Wzór umowy §4 ust. 2);

c. wyznaczył zbyt krótki czas realizacji przez Wykonawcę zlecenia zwiększenia lub zmniejszenia przepustowości łącza od momentu otrzymania zgłoszenia w zakresie zwiększenia dwukrotnego (Załącznik nr 1 do SIWZ - SOPZ, rozdz. II pkt 14);

Izba stwierdza brak naruszenia art.186 ust.2 ustawy pzp. w związku z brakiem podstaw do egzekucji od zamawiającego wykonania czynności wynikających z uwzględnienia odwołania jak w powyższym rozważeniu pkt 1 zarzutów odwołania. Tym samym Izba podziela w tej kwestii stanowisko zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie. Reasumując od zamawiającego nie można wyegzekwować w procedurze odwoławczej ustawy pzp. czynności wynikających z uwzględnienia przez niego zarzutów odwołania.

Co do punktu b) Izba również nie stwierdza naruszenia przepisów ustawy pzp. przez ograniczenie opłat z tytułu przedmiotowej usługi tylko do opłat abonamentowych bez wyodrębnienia opłaty instalacyjnej.
Izba podzielając racjonalność argumentacji odwołania co do celowości wyodrębnienia opłat instalacyjnych w związku z przedstawianymi zarzutami odwołania odnoszącymi się do „zamiany lokalizacji" czy też dodania niezlokalizowanych instalacji nakazała skreślenie pkt 3.9. i pkt 4.1.2. SIWZ.

Co do punktu c) Izba również nie stwierdza naruszenia przepisów ustawy pzp. przez wymóg czasu realizacji przez Wykonawcę zlecenia zwiększenia lub zmniejszenia przepustowości

---

łącza od momentu otrzymania zgłoszenia w zakresie zwiększenia dwukrotnego (Załącznik nr 1 do SIWZ - SOPZ, rozdz. II pkt 14). Izba w tym zakresie podziela argumentację zamawiającego wobec braku uprawdopodobnienia okresu 1 m-ca jako niewystarczającego terminu na zwiększenie dwukrotne przepustowości.

Co do żądań **przedstawionych w odwołaniu:**
Żądania
II. zmiany w opisie przedmiotu zamówienia polegające na:
1. wykreśleniu pkt 3.9 SIWZ, ewentualnie: określenie ograniczonej ilości lokalizacji, które mogą zostać zamienione na żądanie Zamawiającego przed rozpoczęciem instalacji (do maksymalnie 5% wartości przedmiotem zamówienia) oraz wprowadzenie zastrzeżenia, iż Wykonawca będzie zobowiązany do uruchomienia i świadczenia usługi w nowej lokalizacji tylko w takim przypadku, jeśli będzie w nich dysponował warunkami technicznymi do świadczenia usługi – Izba uwzględniła żądanie nakazując skreślenia pkt 3.9. SIWZ.
2. zmianie postanowień SIWZ pkt 13 oraz Wzoru Umowy poprzez wprowadzenie jako składnika wynagrodzenia Wykonawcy, jednorazowej opłaty instalacyjnej, określonej dla każdej z lokalizacji, w których świadczona ma być usługa - Izba nie uwzględniła żądania nie stwierdzając naruszenia przepisów ustawy pzp poprzez brak wyodrębnienia takiej opłaty i przyjęcia zasady pokrywania kosztów instalacji w opłacie abonamentowej. Izba podzielając racjonalność argumentacji odwołania co do celowości wyodrębnienia opłat instalacyjnych w związku z przedstawianymi zarzutami odwołania odnoszącymi się do „zamiany lokalizacji" czy też dodania niezlokalizowanych instalacji nakazała skreślenie pkt 3.9. i pkt 4.1.2. SIWZ.

3 .zmianie pkt 14) Rozdziału II Załącznika nr 1 do SIWZ - SOPZ poprzez wskazanie, że czas realizacji przez Wykonawcę zlecenia zwiększenia lub zmniejszenia przepustowości łącza nie będzie przekraczał 2 miesięcy od momentu otrzymania zgłoszenia - Izba nie uwzględniła żądania, ponieważ nie uznała zarzutu za wykazany w zakresie wymaganego przez zamawiającego czasu realizacji usługi.

W zakresie pkt-u 3 Izba nie uwzględniła zarzutów:

Naruszenia

3. art. 353.1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14 ust. 1, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ niezgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania i poprzez sporządzenie Załącznika do SIWZ - Wzoru umowy, w sposób naruszający zasady

---

współżycia społecznego oraz nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim:
a. Zamawiający przewidział zbyt ogólną i arbitralną przesłankę umożliwiającą mu jednostronne rozwiązanie umowy ze skutkiem na chwilę złożenia oświadczenia (Wzór Umowy, §7 ust. 2 lit. c);
b. Zamawiający przewidział uprawnienie do jednostronnego rozwiązania Umowy w przypadku powtarzających się istotnych naruszeń, przy czym wystarczające jest, że dotyczą one pojedynczej lokalizacji (Wzór Umowy, §7 ust. 3);

co do żądań z tych zarzutów wynikających:
1. zmianę §7 ust. 2 lit. c Umowy poprzez zastrzeżenie, że prawo rozwiązania Umowy wyłącznie w przypadku celowego, zmierzającego do wprowadzenia przysługuje Zamawiającego w błąd, przekazania przez Wykonawcę nieprawdziwych oświadczeń, zapewnień, informacji lub faktów;
2. zmianę §7 ust. 3 Umowy poprzez dodanie zastrzeżenia, iż uprawnienie do rozwiązania Umowy będzie dotyczyć tylko sytuacji, w których do istotnego naruszenia postanowień Umowy doszło w więcej niż 10% różnych lokalizacjach w ciągu jednego okresu rozliczeniowego.

Izba nie uwzględniła zarzutów i wynikających z nich żądań uznając argumentację zamawiającego przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie za wiarygodną, przekonywującą i merytorycznie poprawną. Tym samym w ocenie Izby nie potwierdziły się zarzuty naruszenia: art. 353.1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14 ust. 1, art. 29 oraz art. 139 ust. 1.ustawy pzp. Jak również nie potwierdziły się zarzuty naruszenia w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp z uwzględnieniem dotychczasowej argumentacji w tym zakresie zamawiającego.

4. art. 38 ust. 4 w zw. z art. 47 w zw. z art. 23 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie zmiany SIWZ w wyniku udzielonych wykonawcom wyjaśnień, w sposób niezgodny z przepisami ustawy, tj. uniemożliwiający wykonawcom, którzy wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu i uzyskali zaproszenie do składania ofert, złożenia oferty wspólnej.

W zakresie pkt-u 4 Izba nie uwzględniła zarzutów:

Naruszenia

art. 38 ust. 4 w zw. z art. 47 w zw. z art. 23 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie zmiany SIWZ w wyniku udzielonych wykonawcom wyjaśnień, w sposób niezgodny z przepisami ustawy, tj. uniemożliwiający wykonawcom, którzy wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu i uzyskali zaproszenie do składania ofert, złożenia oferty wspólnej.
oraz żądania
IV. Dokonanie modyfikacji odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na pytanie nr 7 w dniu 25 listopada 2016 r. poprzez dopuszczenie możliwości złożenia oferty wspólnej przez dwóch wykonawców, którzy uzyskali osobno zaproszenie do złożenia ofert oraz wskazanie, jakich dokumentów będzie w takim przypadku wymagał Zamawiający.

Izba nie stwierdza naruszenia art. 38 ust. 4 w zw. z art. 47 w zw. z art. 23 ust. 1 Pzp oraz nie uwzględnia żądania dokonania modyfikacji odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na pytanie nr 7 w dniu 25 listopada 2016 r. w związku z zarzutem uniemożliwienia wykonawcom, którzy wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu i uzyskali zaproszenie do składania ofert, złożenia oferty wspólnej. Izba podziela w tym zakresie argumentację zamawiającego uznając ja za merytorycznie poprawną.
Izba stwierdza, że wysuwanie takich propozycji jak i propozycje wprowadzania opłat instalacyjnych w niezidentyfikowanych lokalizacjach, czy też uzgadniania kosztów inwestycji włącznie z prawem odmowy realizacji z przyczyn technicznych, może świadczyć o sytuacji jak poniżej. Po pierwsze może świadczyć o determinacji wykonania zamówienia a po drugie o konieczności łączenia potencjałów w kontekście zaskarżonego opisu przedmiotu zamówienia z uwagi na nadmierne ryzyko po stronie wykonawców.

Reasumując powyższe Izba na podstawie art.192 ust.2 ustawy pzp. uwzględnia odwołanie stwierdzając naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy pzp, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego oraz wynagrodzenie dla pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600,00 zł według załączonej faktury VAT

Sygn. Akt KIO 2290/16

W dniu 5 grudnia 2016 r. Odwołujący: O.P. S.A. (...) W. wniósł odwołanie o treści jak poniżej.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego przez P.G.N.I.G. S.A. na: „Świadczenie usługi transmisji danych (MPLS) w sieci rozległej WAN PGNiG S.A.”, znak sprawy ZP/PGNG/16/0417/CS/FD.

Wpis od odwołania w wysokości 15.000 zł został wniesiony dn. 01 grudnia 2016 r. na rachunek bankowy UZP nr 601 010 101 000 813 622 310 000 00.

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dn. 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, wniesiono odwołanie na czynności Zamawiającego, w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego przez P.G.N.I.G. S.A. na: „Świadczenie usługi transmisji danych (MPLS) w sieci rozległej WAN PGNiG S.A.”.

Odwołujący jako wykonawca zaproszony do składania ofert posiada interes w uzyskaniu zamówienia, może ponieść przy tym szkodę na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Zamawiający sporządził opis przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”) w sposób niezgodny z przepisami ustawy, co przyznał, uwzględniając w całości poprzednie odwołanie wniesione przez Odwołującego. Jednakże Zamawiający nie wykonał czynności w postępowaniu, tj. nie zmienił treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) i załączników, do niej zgodnie z

żądaniami Odwołującego. Prowadzi to do sytuacji; w której treść siwz pozostaje niezgodna z przepisami ustawy, co uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty w niniejszym postępowaniu i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, że Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. Art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp - przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, przez zastrzeżenie możliwości zmiany lokalizacji przed podpisaniem umowy, co oznacza, że wykonawca nie ma możliwości

---

skalkulowania ceny oferty z uwzględnieniem właściwości miejsca, w którym będzie świadczył usługę - Rozdz. 3.9 siwz - wprowadzone zmiany nie odpowiadają żądaniom zawartym w odwołaniu, które Zamawiający uwzględnił w całości;
2. Art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 Pzp, art. 34 ust. 5 Pzp, art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3531 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na opisanie prawa opcji

w zakresie zwiększenia ilości łączy w sposób nieprecyzyjny, który sprzeciwia się właściwości prawa opcji, w odniesieniu do wynagrodzenia wykonawcy, które nie uwzględnia rzeczywistych kosztów, jakie będzie musiał ponieść wykonawca na rozpoczęcie świadczenia usługi w nowej lokalizacji, a także bez uwzględnienia technicznych możliwości realizacji uruchomienia usługi w nowej lokalizacji - Roz. 4.1.2 siwz - wprowadzone zmiany nie odpowiadają żądaniom zawartym w odwołaniu, które Zamawiający uwzględnił w całości;
3. Art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 ustawy, oraz art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353.1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp — poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, ze względu na zastrzeżenie prawa jednostronnego rozwiązania Umowy ze skutkiem na chwilę złożenia oświadczenia, gdy jakiekolwiek złożone przez Wykonawcę oświadczenia, zapewnienia, informacje bądź powołane przez nią w Umowie fakty okażą się nieprawdziwe, bez jakiejkolwiek procedury wyjaśniającej, co w istocie pozwala na zakończenie umowy przez Zamawiającego na podstawie subiektywnego odczucia, oraz niepotwierdzonych informacji, bez umożliwienia drugiej stronie umowy możliwości odniesienia się do istoty sprawy - § 7 ust. 2 pkt c Projektu Umowy - wprowadzone zmiany nie odpowiadają żądaniom zawartym w odwołaniu, które Zamawiający uwzględnił w całości; 4. Art. 29 ust. 1 w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353.1 Kodeksu cywilnego i art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na, zastrzeżenie możliwości kumulowania bonifikat i kar umownych za to samo naruszenie postanowień umownych, a tym samym do zastrzeżenia dodatkowej kary umownej, która nie ma funkcji odszkodowawczej, a tym sprzeczna jest z właściwością (naturą) stosunku, z ustawą oraz zasadami współżycia społecznego - § 5.3 Projektu Umowy — wprowadzone zmiany nie odpowiadają żądaniom zawartym w odwołaniu, które Zamawiający uwzględnił w całości;
5. Art. 29 ust. 1 w zw. z art. 14, 140 ust. 1 i art. 144 ust. 1 Pzp— poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zastrzeżenie

---

możliwości zmian umowy w zakresie, który uniemożliwia skalkulowanie ceny, a tym samym sporządzenie oferty — wprowadzone zmiany nie odpowiadają żądaniom zawartym w odwołaniu, które Zamawiający uwzględnił w całości.
Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu zmiany siwz w następujący sposób:
1. Poprzez wykreślenie Rozdz. 3.9 siwz;
2. Przez zmianę Rozdz. 4.1.2 siwz poprzez dodanie zastrzeżenia, że skorzystanie z prawa opcji może nastąpić, jeżeli wykonawca posiada pozytywne warunki techniczne w danej lokalizacji, a w przypadku braku takich warunków - uruchomienie nowych łączy może nastąpić: w trybie zamówienia uzupełniającego, lub Zamawiający poniesie opłatę związaną z uruchomieniem łącza wyliczoną jako sumę uzasadnionych wydatków poniesionych na instalację łącza;
3. Zmianę § 7 ust. 2 pkt c Projektu Umowy - poprzez wyznaczenie Wykonawcy odpowiedniego terminu na ustosunkowanie się do informacji, że informacje lub powołane przez wykonawcę w Umowie fakty, istotne dla realizacji Umowy okażą się nieprawdziwe;
4. Zmianę § 5 ust. 3 Projektu Umowy - w ten sposób, że Zamawiający nie będzie mógł naliczyć kary umownej i bonifikaty za to samo naruszenie postanowień umownych;
5. Wykreślenie § 6 ust. 1.1.5 Projektu Umowy (dawniej § 6 ust. 1.1.6 Projektu Umowy).
Odwołujący otrzymał od Zamawiającego odpowiedzi na; pytania oraz modyfikacje siwz dnia 25 listopada 2016 r., wobec czego termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1) Pzp należy uznać za zachowany.
Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią dnia 5 grudnia 2016 r., zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy.

W uzasadnieniu przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usługi transmisji danych (MPLS) w sieci rozległej WAN PGNiG S.A.”.
Dnia 14.10.2016 r. Odwołujący wniósł odwołanie na treść siwz. Zgodnie z odpowiedzią z dn.

25.10.2016 r. Zamawiający uwzględnił to odwołanie w całości.

Dnia 25.11.2016 r. Zamawiający dokonał modyfikacji siwz. Czynność zmiany treści siwz dokonaną przez Zamawiającego należy uznać za niezgodną z ustawą z następujących względów:

Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie z dn. 25.10.2016 r. Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości. Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy, w przypadku uwzględnienia odwołania

---

w całości Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W niżej wskazanym zakresie Zamawiający nie wypełnił obowiązku, jaki nakłada na niego ustawa:

1. Rozdz. 3.9 siwz - zarzut nr 1 odwołania z dn. 14.10.2016 r., Zamawiający zaniechał wykreślenia ww. postanowienia;
2. Rozdz. 4.1.2 siwz - zarzut nr 1 odwołania z dn. 14.10.2016 r., Zamawiający zaniechał modyfikacji postanowienia zgodnie z żądaniami odwołania;
3. § 7 ust. 2 pkt c Projektu Umowy - zarzut nr 2 odwołania z dn. 14.10.2016 r., Zamawiający w ogóle nie odniósł się do tego zarzutu, zaniechał modyfikacji postanowienia zgodnie z żądaniami odwołania;
4. § 5 ust. 3 Projektu Umowy - zarzut nr 3 odwołania z dn. 14.10.2016 r., Zamawiający zaniechał modyfikacji ww. postanowienia zgodnie z żądaniami odwołania;
5. § 6 ust. 1.1.6 Projektu Umowy - zarzut nr 4 odwołania z dn. 14.10.2016 r. (postanowienie zmodyfikowane i wpisane pod innym numerem w Projekcie Umowy), Zamawiający zaniechał wykreślenia ww. postanowienia.

I. Możliwość zmiany lokalizacji przed podpisaniem umowy oraz możliwość uruchomienia nowych lokalizacji - Roz. 3.9 i Roz. 4.1.2 siwz (zarzuty nr 1 i 2).

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy, przedmiot zamówienia należy opisać w sposób wyczerpujący, oznacza to, że z opisu tego musi wynikać dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Zamawiający nie może zastrzec sobie prawa do ich dowolnej zmiany po udzieleniu zamówienia. Zgodnie z ustaloną linią orzecznictwa, zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen* zamówienia zależy od zdarzeń przyszłych i niepewnych, a związanych z sytuacją Zamawiającego. Z opisu tego musi wynikać zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Wykonawca kalkulując ceny ofertowe, bierze pod uwagę dane podane w SIWZ, w szczególności wolumen zamówienia, czas trwania umowy oraz wszelkie okoliczności, które mogą wpłynąć na zmianę zakresu (ilości) realizowanych świadczeń. Reguły te mają zastosowanie również do opisu prawa opcji, które stanowi co prawda instrument gwarantujący elastyczność umowy, jednak wymaga precyzyjnego opisu, umożliwiającego przygotowanie i skalkulowanie oferty.

W pkt 4.1.2 siwz Zamawiający zastrzega sobie prawo uruchomienia usługi w nowych lokalizacjach, niezależnie od tego, czy wykonawca dysponuje w tych lokalizacjach jakąkolwiek infrastrukturą i możliwościami technicznymi świadczenia tych usług. Zrezygnowanie przez Zamawiającego z uruchamiania dodatkowych łączy zapasowych nie wpływa na niezgodność siwz z ustawą w tym zakresie. Brak po stronie Wykonawcy możliwości technicznych świadczenia usługi może się wiązać z koniecznością poniesienia przez Wykonawcę bardzo dużych nakładów inwestycyjnych. Zakres i wartość takich inwestycji są niemożliwe do przewidzenia bez wskazania przez Zamawiającego na etapie przygotowywania oferty dokładnych adresów lokalizacji, w których mają być świadczone usługi i parametrów usługi dla tych lokalizacji. Ich koszt może przewyższać wartość wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi w danej lokalizacji.
Kosztów uruchomienia nowych lokalizacji nie pokryją z pewnością opłaty z tytułu prawa opcji

wskazane w Załączniku nr 4 do SIWZ pn. „Wzór umowy" w § 2 Zasady realizacji przedmiotu umowy w ust. 2 pkt e) ppkt i, gdyż niezależnie od dokonanych przez Zamawiającego zmian w treści Projektu Umowy, opłaty te nie są związane z rzeczywistymi kosztami, jakie będzie musiał ponieść Wykonawca, lecz stanowią arbitralnie określoną kwotę ustalaną na podstawie abstrakcyjnych czynników oderwanych od kosztów prac, jakie będzie musiał Wykonawca wykonać w celu rozpoczęcia świadczenia usług w nowej lokalizacji.
Zgodnie ze wspomnianym wyżej § 2 ust. 2 pkt e) ppkt i - wynagrodzenie z tytułu uruchomienia dodatkowych lokalizacji w ogóle nie uwzględnia kosztów instalacji i odnosi się jedynie do opłat abonamentowych, które z kolei powiązane są ze średnią arytmetyczną miesięcznych opłat abonamentowych dla danej przepustowości w pierwszych 12 miesiącach od podpisania umowy, między 13 a 24 miesiącem od podpisania umowy też średnia powiększona o 10%, między 25 a 36 miesiącem od podpisania umowy taż średnia powiększona o 20%, w okresie między 37 a 48 miesiącem powiększona o 30%. Bez znajomości uwarunkowań świadczonej usługi, związanej ściśle z jej lokalizacją,
Wykonawca nie ma możliwości wyceny usługi, a wycena na podstawie kwoty, jaką Zamawiający chce zapłacić, bez uwzględniania nakładów wykonawcy może doprowadzić do tego, że cena oferty Wykonawcy okaże się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Wszystkie powyższe argumenty należy odnieść do postanowienia zawartego w pkt 3.9 siwz, gdzie Zamawiający zastrzega sobie możliwość zamiany lokalizacji przed ich uruchomieniem, o ile wykonawca nie przystąpi do rozpoczęcia instalacji w tej lokalizacji.
Wycena usług odnosi się natomiast do konkretnych lokalizacji, a zatem przeniesienie lokalizacji np. z centrum miasta na jego obrzeża może skutkować koniecznością przeprowadzenia przez Wykonawcę dodatkowych inwestycji i poniesienia z tego tytułu dodatkowych, nowych kosztów, które nie są w żaden sposób powiązane z kalkulacją oferty.

W tym przypadku również dokonane przez Zamawiającego zmiany - zastrzeżenie maksymalnej ilości 6 lokalizacji - nie wpływają na zgodność siwz z ustawą.
Zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości zmieniany lokalizacji, w których Wykonawca będzie zobowiązany do uruchomienia usług w sytuacji, gdy Wykonawca nie rozpocznie jeszcze instalacji sprawia, że w istocie Wykonawca w chwili składania oferty nie wie, gdzie ma świadczyć usługę. Tym samym nie dysponuje podstawową wiedzą niezbędną do przygotowania oferty na usługi sieci WAN.
Proces uruchamiania usług rozpoczyna się dużo wcześniej niż sama fizyczna instalacja łącza oraz urządzenia w lokalizacji Klienta.
Pierwszym krokiem jest przeprowadzenie wizji lokalnej, w przypadku negatywnych warunków technicznych konieczne jest opracowanie rozwiązania alternatywnego, a następnie wniosku ZZI, który precyzyjnie określa koszty budowy przyłącza. Podobnie wygląda sytuacja w przypadku łączy radiowych - zanim wykonana zostanie instalacja, konieczne jest pozyskanie wszelkich zgód, koncesji.
W związku z tym wnosimy o nakazanie Zamawiającemu wykreślenie pkt 3.9 oraz modyfikację siwz w ten sposób, że skorzystanie z prawa opcji wskazanego w pkt 4.1.2 może nastąpić, jeżeli Wykonawca posiada pozytywne warunki techniczne w danej lokalizacji, a w wypadku braku takich warunków — uruchomienie nowych łączy, może nastąpić:
- w trybie zamówienia uzupełniającego,
- ewentualnie Zamawiający poniesie opłatę związaną z uruchomieniem łącza wyliczoną jako sumę uzasadnionych wydatków poniesionych na instalację łącza. (pkt. 1 i 2 w żądaniach określonych na wstępie pisma).
II. Możliwość odstąpienia od umowy na podstawie subiektywnej oceny Zamawiającego co do fałszywości informacji - brak procedury wyjaśniającej (Zarzut nr 3)
Zamawiający zawarł Załączniku nr 4 do SIWZ pn. „Wzór umowy" w § 7 Zakończenie umowy w ust. 2 pkt c postanowienie, cyt.: „Zamawiającemu przysługuje prawo jednostronnego rozwiązania Umowy, ze skutkiem na chwilę złożenia oświadczenia, w przypadku: (...) gdy jakiekolwiek złożone przez Wykonawcę oświadczenia, zapewnienia, informacje bądź powołane przez nią w Umowie fakty okażą się nieprawdziwi. Krótko mówiąc, jeżeli informacje okażą się nieprawdziwe, umowa natychmiast może zostać zakończona. Kwestia ta, jak również związana z nią sankcja, nie zostały dalej rozwinięte, Doświadczenie życiowe, a dodatkowo reguły wynikające z zasad kontraktowych, podpowiadają że zanim zakończy się dany kontrakt - a przedmiotowy kontrakt należy uznać za dość skomplikowany o dużych

nakładach infrastrukturalnych itd., że zanim podejmie się tak drastyczne kroki, należałoby przynajmniej dać szanse podmiotowi któremu stawia się zarzut złożenia nieprawdziwych informacji, by mógł się do sprawy odnieść. Być może w wyniku takiej interakcji okazałoby się, że informacje nie są nieprawdziwe. Innymi słowy, przy takim ujęciu zagadnienia, jak opisane

---

w cyt. postanowieniu Załączniku nr 4 do SIWZ pn. „Wzór umowy", wyjaśnianie ewentualnego nieporozumienia przeniesione zostaje na salę sadową. Czy jest to dobrą praktyka kontraktowa?

Reasumując, podkreślić należy, że wskazane postanowienie Załączniku nr 4 do SIWZ pn. „Wzór umowy" w istocie pozwala na zakończenie umowy w oparciu o subiektywne odczucie oraz niepotwierdzone informacje, bez dania drugiej stronie umowy możliwości odniesienia się do istoty sprawy.

Z powyższych względów Odwołujący żąda nakazania Zamawiającemu dodania w Załączniku nr 4 do SIWZ pn. „Wzór umowy" postanowienia, zgodnie z którym, w przypadku powzięcia przez Zamawiającego informacji, że złożone przez Wykonawcę oświadczenia, zapewnienia, informacje bądź powołane przez Wykonawcę w Umowie fakty, istotne dla realizacji Umowy, okażą się nieprawdziwe, Zamawiający - przed skorzystaniem z uprawnienia, o którym mowa w § 7 Zakończenie umowy w ust. 2 pkt c Załączniku nr 4 do SIWZ pn. „Wzór umowy", wyznaczy Wykonawcy odpowiedni termin na ustosunkowanie się do ww. informacji, (pkt 3 w żądaniach określonych na wstępie pisma)

III. Podwójne kary umowne za to samo naruszenie umowy (zarzut nr 4)

Na wstępie należy stwierdzić, że w myśl art. 353.1 Kodeksu cywilnego 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. Tak więc granica swobody umowy zakreślona jest również poprzez zasady współżycia społecznego, z którymi wiąże się problematyka tzw. słuszności kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku.

Kara umowna przewidziana w art. 484 Kodeksu cywilnego stanowi surogat odszkodowania wynikającego z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, o którym mowa w art. 471 kc. Tym samym uzasadnione jest utrzymanie związku pomiędzy wysokością szkody,
jaką poniesie Zamawiający, a wysokością kary umownej. Ponadto przy konstruowaniu kar umownych należy mieć na względzie to, że powinny być one stosownie mniejsze w przypadku gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane. Zgodnie bowiem z treścią art. 484 § 2 k.c. „Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana".

W § 5 ust. 3 Projektu Umowy zastrzeżono, że „niezależnie od kar umownych, Zamawiający jest uprawniony do żądania od Wykonawcy bonifikat określonych w Załączniku nr 1 do Umowy. W załączniku nr 1 do siwz „Szczegółowy Opis Przedmiotu zamówienia" przewidziano szereg bonifikat z tytułu niedotrzymania parametrów SLA. Oznacza to, że Wykonawca z tytułu niedotrzymania parametrów SLA poniesie wysokie koszty bonifikaty

---

oraz kary umowne. Tak ukształtowane zasady odpowiedzialności pozostają bez związku ze szkodą, jaką może ponieść Zamawiający, a także prowadzą do złamania zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego.

Skutkiem tego jest zastrzeżenie dwóch kar umownych za to samo działanie wykonawcy. Jeśli zatem, jak było o tym mowa wyżej, kara umowna stanowi surogat odszkodowania, prowadzi to do wniosku, że Zamawiający oprócz odszkodowania w formie kary umownej otrzymuje bonifikatę, tym samym osiąga przychód/zysk z tytułu nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę. Świadczy to o tym, że zastrzeżenie kar umownych i bonifikaty za te same naruszenia mija się z naturą kar umownych i nie stanowi surogatu odszkodowania, lecz oznacza dodatkowe źródło dochodu dla Zamawiającego. Konsekwentnie należy stwierdzić, że w takiej sytuacji dochodzi do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego (art. 405 Kodeksu Cywilnego).

W związku z tym wnosimy o nakazanie modyfikacji siwz w ten sposób, że Zamawiający nie będzie mógł nałożyć kary umownej, jeżeli z tego samego powodu naliczył bonifikatę, w

szczególności § 5 ust. 3 Projektu Umowy, (pkt nr 4 w żądaniach określonych na wstępie niniejszego pisma).

IV. Zmiany umowy uniemożliwiające sporządzenie oferty (zarzut nr 5)
Określając dopuszczalny zakres zmiany umowy, w § 6 ust. 1.1.5 Projektu Umowy (dawniej § 6 ust. 1.1.6 Projektu Umowy) Zamawiający przewidział m.in.:
„1.1.5. zmiany warunków realizacji Przedmiotu Umowy podczas okresu jego wykonania w zakresie technicznym w przypadkach, gdy Wykonawca wprowadzi do eksploatacji nowe usługi telekomunikacyjne w zakresie usług będących Przedmiotem Umowy (w szczególności oparte na nowych technologiach, nie stosowanych w momencie podpisywania umowy)"
Zmiana technologii świadczenia usługi w pewnych sytuacjach powoduje utratę tożsamości świadczonej usługi, a tym samym prowadzi do naruszenia art. 140 ustawy Pzp, zgodnie z którym zakres świadczeń wynikający z umowy jest ,tożsamy z jego zobowiązaniem określonym w ofercie.
Co więcej, wprowadzenie nowych technologii na rynek i możliwość (teoretyczna) ich zastosowania przy realizacji przedmiotu zamówienia nie oznacza, że zmiany treści zawartej umowy w tym zakresie są uzasadnione czy konieczne. Zastosowanie nowych technologii wiąże się z koniecznością poniesienia nakładów finansowych i innych kosztów, związanych m.in. ze zmianą sposobu świadczenia usługi. Tymczasem Zamawiający - modyfikując kwestionowane postanowienie, usunął z zakresu przewidzianych zmian skutki finansowe zastosowania nowych technologii przy realizacji zamówienia. Jak podniesiono wyżej powołując się na stanowiska prezentowane w orzecznictwie i doktrynie, zakazane jest redagowanie.

---

postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy od zdarzeń przyszłych i niepewnych, przy tym zmian których koszty ponosił będzie wyłącznie Wykonawca.
W związku z powyższym wnosimy o wykreślenie § 6 ust. 1.1.5 Projektu Umowy, (pkt 5 w żądaniach określonych na wstępie niniejszego pisma).

Odpowiedź w Sygn. akt KIO 2290/17

Odnosząc się do zarzutów odwołania zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił argumentację formalną i prawną.
Ad. zarzut nr 1
tj. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, poprzez zastrzeżenie możliwości zmiany lokalizacji przed podpisaniem umowy, co oznacza, że wykonawca nie ma możliwości skalkulowania ceny oferty z uwzględnieniem właściwości miejsca, w którym będzie świadczył usługę - roz.3.9. SIWZ - żądanie: wykreślenie Roz. 3.9 SIWZ.
Zamawiający wskazuje, iż przedmiotowy zarzut jest oczywiście bezzasadny. Powyższe wynika z tego, iż zgodnie z pkt. 9.6 SIWZ wykonawca zobowiązany jest złożyć ofertę według formularza ofertowego (Załącznik nr 2 do SIWZ). W Formularzu ofertowym, a w szczególności w formularzu cenowym stanowiącym jego załącznik Zamawiający
wyspecyfikował wszystkie lokalizacje dla których wymaga dokonania wyceny zgodnie z pkt. 13 SIWZ i które maja być objęte ofertą wykonawcy. W pkt 3.9 SIWZ Zamawiający zastrzegł możliwość zamiany 6 lokalizacji objętych przedmiotem zamówienia przed ich uruchomieniem, o ile wykonawca nie przystąpi do rozpoczęcia instalacji w tej lokalizacji. Przedmiotowa możliwość zapewnia Zamawiającemu niezbędną elastyczność pozyskiwanych usług. Zamawiający zastrzegł możliwość zamiany przed ich uruchomieniem, a nie przed podpisaniem umowy jak twierdzi Odwołujący. Tym samym, wykonawcy mają pełną świadomość zakresu przedmiotu zamówienia, który ma być objęty ofertą.
Zamówienie obejmuje 179 lokalizacji, Zamawiający zmienił przedmiotowe postanowienie wskazując, iż pkt 3.9 SIWZ dotyczyć może maksymalnie 6 lokalizacji.
Ad. Zarzut nr 2

---

tj. naruszenie art.7 ust. 1, art. 29 ust. 1, art. 34 ust. 5, art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art.

353 1 Kodeksu cywilnego - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na opisanie prawa opcji w zakresie zwiększenia ilości łączy w sposób nieprecyzyjny, który sprzeciwia się właściwości prawa opcji, w odniesieniu do wynagrodzenia wykonawcy, które nie uwzględnia rzeczywistych kosztów, jakie będzie musiał ponieść wykonawca na rozpoczęcie świadczenia usługi w nowej lokalizacji, a także bez uwzględnienia możliwości realizacji uruchomienia usługi w nowej lokalizacji - Roz. 4.1.2 SIWZ -żądanie: zmiana Roz. 4.1.2 SIWZ poprzez dodanie zastrzeżenia, że skorzystanie z prawa opcji może nastąpić, jeżeli wykonawca posiada pozytywne warunki techniczne w danej lokalizacji, a w przypadku braku takich warunków - uruchomienie nowych łączy może nastąpić: w trybie zamówienia uzupełniającego, lub Zamawiający poniesie opłatę związaną z uruchomieniem łącza wyliczoną jako sumę uzasadnionych wydatków poniesionych na instalację łącza.
W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, iż w stanie prawnym w którym udzielane jest zamówienie brak jest możliwości prawnych udzielenia zamówień uzupełniających w zakresie usług przez zamawiających sektorowych. Zamawiający sektorowi nie byli dotychczas uprawnieni do korzystania z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp. Powyższe potwierdza stanowisko doktryny: „Zamówienia sektorowego można także udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki jako zamówienia uzupełniającego na dostawy lub roboty budowlane. Przepisy prawa zamówień publicznych nie przewidują natomiast zamówienia sektorowego w trybie zamówienia z wolnej ręki na usługi"1.
Na marginesie wskazuję, iż w ocenie Zamawiającego KIO nie ma uprawnień do narzucania skorzystania przez Zamawiającego z określonych instytucji. Izba może jedynie weryfikować prawidłowość zastosowania przesłanek do określonych instytucji, ale nie może nakazać Zamawiającemu skorzystania z nich. Takie stanowisko zajęła KIO w wyroku dniu 22 stycznia
2014r., sygn. akt KIO 24/14, w którym wskazała, iż „Żądanie odwołującego z powołaniem się na orzecznictwo KIO, w tym wyroki sygn. 2135/13: 2136/13. 2163/13: KIO 2172/13: 2173/13 oraz KIO 1337/12: 1349/12 (nie dotyczące zamawiających sektorowych) - zastąpienia prawa opcji, zamówieniami uzupełniającymi należało uznać za zadnie contra lepem. W stanie faktycznym ustalonym w przywoływanych wyrokach zamawiający starali się objąć prawem opcji większościowy wolumen zamówienia, stwarzało to zupełnie odmienne warunki do oceny takich sytuacji. Prawo opcji jest legalnym instrumentem przewidzianym w art. 34 ust. 5 ustawy P.z.p. i zamawiający jest uprawniony, aby z niego korzystać. Prawo to może dotyczyć zarówno zwiększenia zakresu świadczenia, jak też jego ograniczenia. Zamawiający zarówno w ogłoszeniu jak i w SIWZ podał zakres wykonywania prawa opcji, jego warunki techniczne i finansowe oraz czas wykonywana, nie dłuższy niż w okresie realizacji umowy.

W ocenie Izby podane uwarunkowania korzystania z prawa opcji wpisują się w dyspozycję art. 29 ust. 1 P.z.p., że przedmiot zamówienia opisuje się jednoznacznie i wyczerpująco, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający nie mógł przekazać więcej informacji, aniżeli sam posiadał na czas wszczęcia postępowania. Należało założyć, że zamawiający na dany moment nie jest w stanie dokładnie określić, jakie jednostki i gdzie zlikwiduje i jakie nowe jednostki utworzy. Prawo opcji realizuje natomiast cel, jakim jest właśnie elastyczna realizacja umowy o zamówienie publiczne, uwzględniająca dopuszczony opcjonalnie margines zmian. Na marginesie jedynie Izba zaznacza, że nawet gdyby w danym postępowaniu zamówienia uzupełniające były możliwe, to nie byłaby władna nakazać ich zastosowania. Prawem wyboru zamawiającego jest skorzystanie z dostępnych instytucji, które przewiduje ustawa. Izba zaś może jedynie weryfikować prawidłowość przesłanek ich zastosowania. Prawo opcji może zaś być dogodniejsze dla zamawiającego, gdyż dotyczy danej umowy, a nie odrębnej umowy z wolnej ręki na zamówienia uzupełniające".
Odwołujący wskazuje ponadto, iż zastrzeżenie uruchomienia usługi w nowych nieznanych na moment składania oferty lokalizacjach może prowadzić do niemożliwości świadczenia lub konieczności poniesienia przez Wykonawcę dużych nakładów inwestycyjnych. W szczególności w przypadkach przeniesienia lokalizacji np. z centrum miasta na jego obrzeża. Skoro Wykonawca nie ma warunków technicznych dla danej lokalizacji, to oznacza, iż jak słusznie zauważył Odwołujący mamy do czynienia ze świadczeniem niemożliwym. Skoro Wykonawca nie może świadczyć usługi to nie będzie mógł ich świadczyć, ani na podstawie

prawa opcji, ani na podstawie zamówień uzupełniających.
Jeżeli rzeczywiście świadczenie będzie niemożliwe do spełnienia zobowiązanie wygaśnie, a co za tym idzie Wykonawca nie poniesie żadnych negatywnych konsekwencji.
Skutkiem niemożliwości świadczenia, za którą dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, powstaje stan rzeczy, w którym powinności świadczenia musi zgasnąć. Tego rodzaju niemożliwość prowadzi więc do wygaśnięcia zobowiązania, natomiast wierzycie nie uzyskuje w zamian żadnego innego uprawnienia (E.Gniewek, Kodeks cywilny, komentarz, W. 2011).
W tym miejscu warto wskazać chociażby na wyrok SA w Poznaniu z dnia 16 stycznia 2014r., I ACa 1166/13, zgodnie z którym przewidziana w przepisie art. 475 § 1 k.c. niemożliwość świadczenia skutkująca wygaśnięciem zobowiązania obejmuje sytuacje, gdy po powstaniu zobowiązania istnieje stan zupełnej, trwałej i obiektywnej niemożności zachowania się dłużnika w sposób wynikający z treści zobowiązania. W związku z powyższym nie ma uzasadnienia do zmiany prawa opcji tylko z powodu wystąpienia ewentualnej niemożności świadczenia. Niemożność świadczenia niezawiniona przez wykonawcę nie powoduje dla niego żadnych negatywnych konsekwencji prawnych.

59

Zamawiający w całości zaprzecza, jakoby jego działania naruszyły art. 34 ust. 5 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Zamawiającego dokonał on opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, również w zakresie prawa opcji. Zgodnie ze stanowiskiem Prezesa UZP: „prawo opcji jest uprawniony do określenia rozszerzenia procentowego pierwotnie określonego przedmiotu zamówienia, przy czym konstrukcja ta powinna opierać się każdorazowo na wskazaniu zakresu zamówienia, którego realizacja będzie pewna i zakresu, który jest poddany prawu opcji. Instytucja prawa opcji nie może zatem służyć do zawężenia przedmiotu zamówienia, którego realizacja nie była pozostawiona prawu opcji. Zamawiający ma zatem wynikający z umowy o zamówienie publiczne obowiązek spełnienia świadczenia co do minimalnego zakresu określonego w umowie z wykonawcą i uprawnienie rozszerzenia zamówienia w zakresie objętym opcją. Prawo opcji zobowiązuje zamawiającego do realizacji zamówienia jedynie w zakresie zadeklarowanym, a poszerzonym o przewidzianą opcję na podstawie jednej umowy kształtującej warunki realizacji opcji. Skorzystanie z prawa opcji nie stanowi więc zmiany umowy, czy też zawarcia dodatkowej umowy na nowych warunkach, ale jest realizacja umowy zawartej w zakresie ustalonym przez nią warunków poprzez złożenie przez zamawiającego pisemnego oświadczenia woli w przedmiocie skorzystania z prawa opcji w określonym przez niego zakresie3. W tym miejscu warto odwołać się do wyroku KIO z dnia 20 listopada 2015r., sygn. akt KIO 2399/15, zgodnie z którym: „prawo opcji jest legalnym instrumentem przewidzianym w art. 34 ust. 5 PZP i zamawiający jest uprawniony, aby z niego korzystać. Prawo to może dotyczyć zarówno zwiększenia zakresu świadczenia, jak też jego ograniczenia. Zamawiający w ogłoszeniu, jak i w SIWZ podać musi zakres wykonywania prawa opcji, jego warunki techniczne i finansowe oraz czas wykonywania. Prawo opcji realizuje cel, jakim jest elastyczna realizacja umowy o zamówienie publiczne, uwzględniająca dopuszczony opcjonalnie margines zmian. Przepisy p.z.p. nakazują zamawiającemu szacowanie wartości zamówienia publicznego z uwzględnieniem wartości tej części zamówienia, która jest pozostawiona prawu opcji. Wykonanie prawa opcji może, ale nie musi nastąpić, w zależności od potrzeb zamawiającego i na skutek jego dyspozycji, przy czym zakres zamówienia objęty prawem opcji, jak i okoliczności, w jakich może dojść do skorzystania z tego prawa, powinny być opisane zgodnie z zachowaniem reguł stosowanych przy opisie przedmiotu zamówienia, w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i umożliwiający złożenie oferty. Co do zasady zamawiający może oprócz prawa opcji skorzystać także z zamówień uzupełniających, ale tylko od woli samego zamawiającego zależy, która z instytucji uzna on za dogodniejsza. Prawo opcji może być dogodniejsze dla zamawiającego, ponieważ dotyczy ono danej umowy, a nie odrębnego zamówienia i odrębnej umowy zawieranej w trybie z wolnej ręki.

60

Nie jest też wykluczona sytuacja, w której zamawiający przewidzi zarówno prawo opcji, jak

też zamówienia uzupełniające".
Kwestionowane zapisy SIWZ dotyczące prawa opcji polegającego na zastrzeżeniu dla Zamawiającego możliwości podłączenia przez Wykonawcę do sieci Zamawiającego nowych lokalizacji na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, były przedmiotem trzykrotnej analizy Izby,
1) w postępowaniu toczącym się między Zamawiającym z GK PGNiG a oferentem, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 05 sierpnia 2016r., sygn. akt KIO 1300/16,
2) w postępowaniu toczącym się między Zamawiającym z GK PGNiG a oferentem, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 22 stycznia 2014r., sygn. akt KIO 24/14,
3) w postępowaniu toczącym się między Zamawiającym z GK PGNiG a oferentem, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 13 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2549/11.
Wszystkie powołane powyżej wyroki w sposób jednoznaczny uznały za zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych zapisy zaproponowane w SIWZ. W szczególności przywołać można najnowszy ze wskazanych wyroków w którym KIO wskazała, iż „Żądanie Odwołującego wykreślenia prawa opcji, de facto z powodu braku możliwości realizacji świadczenia przez tego wykonawcę usługi we wszystkich -potencjalnie możliwych - lokalizacjach na terenie RP należało uznać za żądanie contra legem do wskazywanych w odwołaniu podstaw prawnych zarzutu. Prawo opcji jest bowiem legalnym instrumentem przewidzianym w art. 34 ust. 5 ustawy Pzp i zamawiający jest uprawniony, aby z niego korzystać. Prawo to może, tak jak w tej sprawie, dotyczyć zwiększenia zakresu świadczenia. Zamawiający zarówno w Ogłoszeniu jak i w SIWZ podał zakres wykonywania prawa opcji, jego warunki techniczne i finansowe oraz terminy i czas wykonywana. W ocenie Izby podane uwarunkowania korzystania z prawa opcji wpisują się w dyspozycję art. 29 ust. 1 Pzp, albowiem z uwagi na specyficzne okoliczności, które wskazał w odpowiedzi na odwołanie
Zamawiający, nie mógł przekazać więcej informacji, aniżeli sam posiadał na czas wszczęcia postępowania. Izba zwraca uwagę, że Prawo opcji nie zostało zdefiniowane w ustawie Pzp, ale niewątpliwie ma realizować cel, jakim jest właśnie elastyczna realizacja umowy o zamówienie publiczne, uwzględniając dopuszczony opcjonalnie margines zmian. Izba podkreśla, że to prawem zamawiającego jest skorzystanie z dostępnych instytucji, które przewiduje ustawa Pzp, a prawo opcji, w tych warunkach jest dogodniejszym dla tego Zamawiającego instrumentem, dotyczy danej umowy, a nie odrębnej dodatkowej umowy, wnioskowanej w argumentacji przez Odwołującego. Izba zwraca ponadto uwagę, że art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie odnosi się do sposobu opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do konkretnego wykonawcy, ale tylko takiego opisu, który obiektywnie mógłby utrudnić uczciwą konkurencję w odniesieniu do profesjonalnych wykonawców z danego segmentu rynku

---

usług. W tym stanie faktycznym, z uwagi na powoływaną niemożność świadczenia z żądaniem wykreślenia prawa opcji, określenie lokalizacji, w których wykonawca - jak sam podnosił - nie dysponowałby jakąkolwiek infrastrukturą i możliwościami technicznymi świadczenia usługi, przy opisanym przedmiocie zamówienia z prawem opcji nie złożyłby oferty na główny przedmiot zamówienia. Izba dodatkowo stwierdza, że zastrzeżenie prawa uruchomienia usługi w nowych lokalizacjach z prawa opcji, niezależnie od tego czy wykonawca dysponuje w tych lokalizacjach jakąkolwiek infrastrukturą i możliwościami technicznymi świadczenia tych usług, nie można byłoby uznać za wymóg nadmierny. Reasumując, w stanie faktycznym sprawy prawo opcji -niezdefiniowane w ustawie - może być, zdaniem Izby wyrażone w sposób opisany w specyfikacji, albowiem sprecyzowanie przez zamawiającego na etapie przygotowywania oferty dokładnych adresów lokalizacji, w których mają być świadczone usługi i parametrów usługi dla tych lokalizacji jest obiektywnie niemożliwe. Izba zwraca uwagę, że prawo opcji w zakresie kwestionowanym obejmuje nie tylko realizację pkt 3.4.2.1 oraz 3.4.2.2. a także pkt 3.4.2.3 i 3.4.2.4 [co nie jest kwestionowane] przy zastrzeżeniu, że przewidziane w tym punkcie zmiany nie mogą prowadzić (łącznie) do zwiększenia łącznej wartości Umowy o więcej niż 20 %. To z kolei pozwala, pomimo braku wskazania potencjalnych lokalizacji, na kalkulację kosztu wynikającego z realizacji prawa opcji w jak najszerszym zakresie. Do tego pośrednio nawiązuje art. 34 ust. 5 Pzp, który odpowiednio stanowi, że jeżeli zamówienie na usługi przewiduje prawo opcji uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji."
Zamawiający od lat rozwija posiadane przez siebie systemy informatyczne w kierunku, który

pozwala na monitorowanie, minimalizowanie zagrożenia awarią oraz jak najskuteczniejsze zarządzanie posiadanym przez siebie majątkiem. Rozwój i rozbudowa przedmiotowych systemów pociąga za sobą konieczność zapewnienia wysokiej jakości usług transmisji danych, głosu i video. Sieć teleinformatyczna WAN będąca przedmiotem postępowania przetargowego jest użytkowana przez przedsiębiorstwo Zamawiającego już od kilku lat. Dotychczasowe jej sprawne i bezawaryjne działanie pozwoliło istotnie ograniczać koszty działalności Zamawiającego i sprawować prawidłowy nadzór nad poszukiwaniem, wydobyciem ropy naftowej i gazu oraz sprzedażą detaliczną gazu.
Jej dalsze działanie, na co najmniej tak dobrym poziomie jak obecnie i jej dalszy rozwój jest priorytetem w niniejszym postępowaniu przetargowym, gdyż obniżenie, jakości jej działania może w istotny sposób doprowadzić do poważnych konsekwencji i nieodwracalnych strat dla Zamawiającego. Mając powyższe na uwadze Zamawiający tak opisał w Specyfikacji Istotnych Warunkach Zamówienia przedmiot zamówienia, aby z zachowaniem obowiązującego prawa w jak największym zakresie utrzymać sprawność i bezawaryjność sieci WAN, chroniąc w ten sposób swój interes, interes PGNiG Obrót Detaliczny Sp. z o.o.,

---

oraz innych spółek z GK PGNiG (których lokalizacje również są objęte przedmiotem zamówienia), jak również interes swoich klientów - odbiorców paliwa gazowego.
Od 2000 r. trwa ciągła restrukturyzacja całej polskiej branży gazowniczej wymuszona przepisami polskimi i Unii Europejskiej.
Duża dynamika zmian organizacyjnych w GK PGNiG jest determinowana przez:
> rozwój i inwestycje gazownicze w celu przyłączania i dostarczaniu gazu nowym odbiorcom,
> zwiększanie dynamiki sprzedaży gazu oraz przyjęcia nowej strategii rozwoju poprzez połączenie sprzedaży gazu i prądu oraz poprawę dostępności świadczonych usług,
> ciągłe dążenie do poprawy organizacji pracy i bezpieczeństwa,
> PGNiG S.A. świadczy usługi teleinformatyczne dla PGNiG Obrót Detaliczny Sp. z o.o. (PGNiG OD). Na wniosek PGNiG OD Zamawiający zobowiązany jest do uruchomienia łączy do placówek sprzedaży. PGNiG OD Sp. z o.o. nie przekazuje Zamawiającemu informacji o planowanych do uruchamiania nowych placówkach. PGNiG S.A. otrzymuje tylko zlecenia na uruchomienie nowych łączy i musi zgodnie z umową je wykonać. PGNiG OD Sp. z o.o. obsługuje ok. 6 mln. klientów biznesowych i detalicznych.
W tym miejscu Zamawiający wyjaśnia, iż w związku zasadą Third Part Access doszło do podziału spółki PGNiG S.A. i powstała m.in. Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. (dystrybutor gazu) i PGNiG Obrót Detaliczny Sp. z o.o. (detaliczny sprzedawca gazu). W celu sprawnego i ekonomicznie uzasadnionego funkcjonowania PGNiG S.A. i PGNiG Obrót Detaliczny Sp. z o.o., w zakresie obsługi informatycznej, związały się one umową SLA. W związku z wzrastającą konkurencją na rynku detalicznej sprzedaży gazu PGNiG Obrót Detaliczny Sp. z o.o. zmuszone jest podejmować działania i reagować na potrzeby rynku m.in. w zakresie zwiększania dostępności biur sprzedaży dla klientów końcowych/detalicznych. Przedmiotowe postępowanie dotyczy jak wskazano powyżej łączy w 179 lokalizacjach. Postępowanie obejmuje świadczenie usług dla wszystkich spółek z GK PGNiG (jako punkty styku). Jednakże dla spółki PGNiG OD Zamawiający zobowiązany jest zbudować kompleksową usługę transmisji danych i 155 lokalizacji wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia związanych jest prowadzeniem działalności gospodarczej przez tę Spółkę. Lokalizacje te obejmują również biura contact center odpowiedzialne za telefoniczną obsługę klientów, które muszą posiadać dostęp do systemów bilingowych. Dynamika na konkurencyjnym runku handlu gazem i energią wymaga szybkiej reakcji na potrzeby biznesu co do uruchamiania nowych lokalizacji sprzedaży detalicznej. W tym celu niezbędne jest posiadanie w umowie mechanizmów pozwalających na dodawanie i usuwanie lokalizacji oraz zmiany parametrów. Dlatego też nie można w tej chwili przewidzieć jakie placówki, gdzie i kiedy będzie potrzeba uruchomić. Właśnie segment sprzedaży detalicznej może generować najwyższą liczbę zmian lokalizacji, ze względu na zwiększanie sieci sprzedaży

---

oraz konieczność łatwego dostępu dla klientów (dlatego też lokalizacje te nie charakteryzują się przenoszeniem ich na obrzeza miast, jak sugeruje Odwołujący lecz skupiają się właśnie

w centrach miast lub dużych centrach handlowych, które umożliwiają szybki i łatwy dostęp do świadczonych usług i dla których zazwyczaj operatorzy usług telekomunikacyjnych posiadają zdolności do realizacji tych usług i nie wymagają one nadmiernych nakładów). 9 lokalizacji to spółki z GK PGNiG dla których będzie to punkt styku z Centralą i możliwość korzystania z systemów które są uruchamiane dla GK PGNiG takich jak wewnętrzny portal zakupowy lub zarządzanie flotą samochodową. 15 lokalizacji to oddziały wydobywcze oraz placówki Oddziału Geologii i Eksploatacji
PGNiG S.A. dla których te łącza oprócz dostępu do centralnych systemów to również łącza poprzez które transmitowane są dane telemetryczne. Tak więc sieć będzie wykorzystywana zarówno przez spółki o charakterze sprzedażowym dla których szybki dostęp do aplikacji biznesowych wspomagających proces sprzedaży oraz obsługę klientów jest podstawą działania, jak również przez segment działalności GK PGNiG S.A. odpowiedzialny za poszukiwania oraz wydobycie gazu oraz ropy. Spółki te charakteryzują się dużym zapotrzebowaniem na pasmo oraz małymi opóźnieniami w transmisji. Jest ważne aby sieć działała stabilnie oraz zachowana było ciągłość świadczenia usługi. Dostępność łączy oraz zachowanie wysokich parametrów jakościowych ma bezpośredni wpływ na wyniki finansowe spółki. Transmisja danych telemetrycznych pozwalających monitorować proces wydobywczy przekłada się w dużym stopniu na bezpieczeństwo pracy wiertni. Wymagania stawiane przez poszczególne spółki wymuszają zabezpieczenia usługi transmisji danych tak aby świadczone były z najwyższą jakością. Na dzień dzisiejszy usługi transmisji danych w poszczególnych spółkach realizowane są w oparciu o kilka umów z różnymi operatorami. To postępowanie ma zabezpieczyć jednolitą sieć transmisji danych w oparciu o jednego operatora. Dodatkowo opis przedmiotu zamówienia zwiększa prawdopodobieństwo, że zaoferowana siec będzie miała wysokie parametry techniczne co przełoży się na jakość
świadczonej usługi. Dla Zamawiającego bardzo istotna jest sprawność działania sieci i aplikacji działających z wykorzystaniem sieci WAN, dlatego Zamawiający zasygnalizował potrzebę dodawania nowych lokalizacji w ramach prawa opcji oraz podnoszenia przepustowości łącz i jest gotów ponieść koszty gotowości Wykonawcy do zapewnienia zwiększenia przepustowości w przewidzianym w SIWZ zakresie. Warunek ten został sprecyzowany w SIWZ na podstawie doświadczeń Zamawiającego w dotychczasowym kilkuletnim okresie eksploatacji usługi sieci WAN MPLS. Ponadto w planach rozwojowych swojego przedsiębiorstwa Zamawiający przewiduje uruchomienie kolejnych, centralnych aplikacji informatycznych, które mogą być przyczyną podnoszenia przepustowości w niektórych lokalizacjach.

Zamawiający podkreśla ponadto, że w SIWZ precyzyjnie określił zasady obliczenia wynagrodzenia wykonawcy zarówno w sytuacji zwiększenia przepustowości, jak i dodania nowych lokalizacji (podniesienie przepustowości wykonawca wycenia samodzielnie w Załączniku do formularza ofertowego, również na podstawie danych z tego dokumentu zwiększane lub zmniejszane jest wynagrodzenie wykonawcy w sytuacji odpowiednio dodania lub likwidacji danej lokalizacji). Precyzyjnie określony jest także zakres prawa opcji (zmniejszenie o 20% ogólnej ilości lokalizacji tj. nie więcej niż 32 lokalizacje, zwiększenie o wartości nie większej niż 25% wartości umowy). Przy czym Zamawiający wskazał 15 lokalizacji z których na pewno nie zrezygnuje w trakcie trwania umowy. Przy czym Zamawiający wskazał 15 lokalizacji z których na pewno nie zrezygnuje w trakcie trwania umowy. Lokalizacje te będą stanowiły około 30% łącznej opłaty abonamentowej wg. szacunkowej wartości zamówienia. Możliwość rezygnacji z 20% pozostałych lokalizacji będzie dotyczyć łączy których zestawianych w technologii 1CE-2PE oraz 1CE-1PE i będzie stanowić
około 10% miesięcznej opłaty abonamentowej wg. szacunkowej wartości zamówienia.
Zamawiający musi mieć zapewnioną sprawną możliwość uruchamiania potrzebnych placówek z łączami telekomunikacyjnymi, bez konieczności przeprowadzenia dodatkowej procedury. Opłaty za nowe łącza, jak zapisano w SIWZ powinny być skalkulowane jako średnie dla podobnych łączy już pracujących z podobnymi parametrami. Taki zapis pozwala na poprawną wycenę nowych łączy a wyjątki będą stanowiły niewielki procent z ich puli. Rezygnacja z w/w możliwości mogła by godzić w bezpieczeństwo energetyczne Państwa, ponieważ PGNiG S.A. nie mogłaby skutecznie wypełniać roli administratora systemu

gazowego w Polsce. Grupa Kapitałowa nad którą PGNiG sprawuje nadzór zajmuje się wydobyciem gazu ziemnego i ropy naftowej w kraju, importem gazu ziemnego do Polski, magazynowaniem gazu, dystrybucją paliw gazowych, a także zagospodarowaniem złóż gazu ziemnego i ropy naftowej w kraju i za granicą oraz świadczeniem usług geologicznych, geofizycznych i poszukiwawczych w Polsce i zagranicą.
Dlatego też Zamawiający nie może zadeklarować, że podczas 48 miesięcznego okresu trwania umowy będzie eksploatował wszystkie lokalizacje wykazane w opisie przedmiotu zamówienia, oraz że nie powstaną nowe lokalizacje.
Jednocześnie Zamawiający wyszedł naprzeciw oczekiwaniom wykonawców wprowadzając mechanizm zwiększający ich wynagrodzenie w zależności od terminu dodania nowych lokalizacji, tak aby zminimalizować ryzyka wykonawcy. Ponadto należy zauważyć, iż utworzona infrastruktura pozostaje własnością Wykonawcy i nawet w przypadku rezygnacji z danej lokalizacji przez Zamawiającego wykonawca może świadczyć usługi innym podmiotom obejmującym tę lokalizację. Ponadto nie jest prawdą, iż wynagrodzenie z tytułu uruchomienia

---

dodatkowych lokalizacji w ogóle nie uwzględnia kosztów instalacji i odnosi się jedynie do opłat abonamentowych, które są powiązane ze średnią arytmetyczną miesięcznych opłat abonamentowych dla danej przepustowości. Zgodnie z pkt. 13.6 i 13.7 SIWZ opłata abonamentowa stanowi wartość wszystkich opłat związanych z wykonaniem przyłączenia do sieci i uruchomieniem usługi i obejmuje wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, w związku z tym zawiera w sobie również opłatę instalacyjną. W opinii Zamawiającego przy tak dużej liczbie lokalizacji, ich zróżnicowaniu uśredniony abonament zawierający jak wskazano powyżej wszystkie koszty związane z uruchomieniem łącza jest właściwy dla określenia ceny za nowe lokalizacje.
Powyższe potwierdza również wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 549/11: „Izba uznała, że postanowienia rozdziału II ust. 2 pkt 4 SIWZ zobowiązujące wykonawcę do "zapewnienia w okresie realizacji przedmiotu zamówienia możliwości podłączenia do sieci Zamawiającego innych nowych lokalizacji na terenie Rzeczypospolitej Polskiej nie wymienionych w tabeli nr 1 oraz możliwość zamiany istniejącej lokalizacji na inna, na warunkach wykonania i przy koszcie jednostkowym opłaty instalacyjnej i abonamentu miesięcznego nie wyższym niż średni koszt ofertowy dla porównywalnych pod względem technicznym lokalizacji wymienionych w tabeli nr 1 (tj. typu łącza, przepustowości, podziału pasma na klasy, typu i parametrów łącza rezerwowego, itp.)" za nienaruszające postanowień art. 29 ust. 1 ustawy p.z.p. Zatem zachodzi brak podstaw do nakazania zamawiającemu zmiany postanowień rozdziału II ust. 2 pkt 4 SIWZ i wprowadzenia uwarunkowania zmiany od posiadania przez wykonawcę pozytywnych warunków technicznych lak i formalnoprawnych". Zamawiający zdaje sobie sprawę, iż Izba nie jest związana uprzednio wydanymi wyrokami, jednakże opinii Zamawiającego, w związku z analogicznymi postanowieniami SIWZ jak w innych postępowaniach prowadzonych przez podmioty z GK PGNiG , w stosunku do których działania Zamawiających dotyczące prawa opcji zostały uznane za prawidłowe, co potwierdzają przywołane wyroki KIO, a którymi kierował się Zamawiający, zasadne jest zapewnienie pewności obrotu i jednolitości interpretacji przepisów poprzez uznanie, iż również w tym przypadku postanowienia SIWZ nie naruszają przepisów przywołanych przez Zamawiającego.
Ad. Zarzut nr 3
tj. naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 Kodeksu cywilnego - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, ze względu na zastrzeżenie prawa jednostronnego rozwiązania Umowy ze skutkiem na chwilę złożenia oświadczenia, gdy jakiekolwiek złożone przez Wykonawcę oświadczenia, zapewnienia informacje bądź powołane przez nią w Umowie fakty okażą się nieprawdziwe, bez jakiejkolwiek procedury wyjaśniającej, co w istocie pozwala na zakończenie umowy

---

przez Zamawiającego na podstawie subiektywnego odczucia, oraz niepotwierdzonych informacji, bez umożliwienia drugiej stronie umowy możliwości odniesienia się do istoty sprawy § 7 ust. 2 pkt c Projektu umowy - żądanie: zmiana §7 ust. 2 pkt c Projektu umowy - poprzez wyznaczenie Wykonawcy odpowiedniego terminu na ustosunkowanie się do

informacji, że informacje lub powołane przez Wykonawcę w Umowie fakty, istotne dla realizacji Umowy okażą się nieprawdziwe.
Odnośnie tego zarzutu Zamawiający wskazuje, iż postanowienie to stanowi o prawie, a nie obowiązku rozwiązania Umowy. Zapis ten w żadnym stopniu nie wyklucza wcześniejszej konsultacji z wykonawcą. Podkreślić należy, iż Zamawiający będzie współpracował przez wiele miesięcy z wykonawcą, a co za tym idzie, z samych zasad prowadzenia działalności gospodarczej wynika, iż strony zapewne podejmą próbę wyjaśniającą zaistniałą sytuację, a dopiero później ewentualnie rozwiązują umowę. Postanowienie § 7 ust. 2 lit. c) projektu Umowy odwołuje się w zasadzie do oświadczeń z § 1 ust. 5, 8 i 9 tegoż projektu, w związku z czym, trudno przyjąć, że Wykonawca mógłby złożyć "przypadkowo" nieprawdziwe oświadczenie. Zamawiający podkreśla, iż nie widzi żadnych podstaw do dokonania zmian w treści postanowień umowy. Podkreślić przy tym należy, iż zasada swobody umów na gruncie ustawy prawo zamówień publicznych ulega pewnym ograniczeniom.
Warto w tym miejscu wskazać na treść dwóch orzeczeń:
1) wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 września 2008 r., sygn. akt I ACa 544/08, zgodnie z którym z wyrażonej w art. 353 1 k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczna nierówność stron umowy. Nie ekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga, więc co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron.
2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 14 marca 2014 r., sygn. akt KIO 380/14, zgodnie z którym w sytuacji, gdy kluczowym zarzutem odwołującego jest naruszenie przez zamawiającego art. 353 1 k.c. poprzez nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy zadaniem Izby jest rozstrzygnięcie o zakresie swobody kontraktowej przyszłego stosunku umownego, który powstanie w wyniku udzielenia zamówienia. Zarówno Izba jak i sądy wielokrotnie podkreślały, że na gruncie prawa zamówień publicznych mamy do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów art. 353 1 k.c a które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z

naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyka w cenie oferty.
Ad. Zarzut nr 4
tj. naruszenie art. 29 w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 1 Kodeksu cywilnego i art. 483 § Kodeksu cywilnego ~ poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zastrzeżenie możliwości kumulowania bonifikat i kar umownych za to samo naruszenie postanowień umownych, a tym samym do zastrzeżenia dodatkowej kary umownej, która nie ma funkcji odszkodowawczej, a tym samym sprzeczna jest z właściwością (naturą) stosunku, z ustawą oraz zasadami współżycia społecznego - § 5.3 Projektu Umowy - żądanie: zmiana § 5 ust. 3 projektu Umowy - w ten sposób, ze Zamawiający nie będzie mógł naliczyć kary umownej i bonifikaty za to samo naruszenie postanowień umownych;
Wymagania SLA oraz bonifikaty z tytułu niedotrzymania tych parametrów gwarantują Zamawiającemu, że operatorzy zapewnią usługi na najwyższym poziomie. Ewentualne awarie zostaną zrekompensowane finansowo. Zamawiający nie może dopuścić do sytuacji aby nowa sieć na najbliższe 4 lata była świadczona w oparciu infrastrukturę o niskiej jakości. Dlatego przy ocenie ofert tak duże znaczenie będzie miała zaoferowana technologia.
Zamawiający za własną uznaje argumentację podniesioną w orzeczeniu z dn. 22 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 24/14, w szczególności w zakresie rozróżnienie instytucji kar umownych i bonifikat i różnych funkcji które one spełniają. Zamawiający podkreśla, iż wysokość kar jest świadomym rozwiązaniem mającym na celu mobilizować Wykonawcę jak do najrzetelniejszego wywiązywania się ze swoich obowiązków, a umieszczenie zapisów dotyczących bonifikat ma mobilizować do prawidłowej realizacji obowiązków wynikających z zapisów umowy, jednakże

bonifikata jest inną instytucją niż kara umowna i różni się od niej
m.in. tym, że to nie strona jest zobowiązana do jej zapłaty, lecz nie otrzymuje wynagrodzenia
z uwagi na fakt, iż nie świadczy usługi określonej umową. Trudno zatem przyznać rację
Wykonawcy, iż zobowiązana jest ona do uiszczania podwójnej kary. Inne są również
okoliczności, w których powstaje obowiązek uiszczania kary czy udzielenia bonifikaty. Fakt,
iż dopuszczalne jest wystąpienie awarii nie oznacza uprawnienia Wykonawcy do żądania
zapłaty za czas przerwy w świadczeniu usługi. W tym, okresie bowiem usługa nie jest
faktycznie świadczona.
Kwestia ta była już rozstrzygana przez KIO w wyroku z dn. 22 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO
24/14 „Izba nie podzieliła powyższych argumentów odwołującego. Wprawdzie sam
zamawiający nazwał bonifikaty za niedotrzymanie parametrów SLA odszkodowaniem,
jednakże zdaniem Izby - nie jest to odszkodowanie, a jedynie brak częściowej zapłaty za

---

usługę, która nie była świadczona lub była wadliwie świadczona. Trudno wymagać, aby
zamawiający płacił wykonawcy całość umówionego miesięcznego wynagrodzenia, jeżeli
usługa na jego rzecz nie została w całości i prawidłowo zrealizowana. Tak ukształtowane
zasady odpowiedzialności, wbrew twierdzeniom odwołującego - pozostają w związku ze
szkodą, jaką może ponieść zamawiający, nie sprzeciwiają się też równości stron stosunku
zobowiązaniowego. Prawo zamówień publicznych wprowadza ograniczenia swobody umów,
bowiem już na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z art. 36 ust. 1
pkt 16 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest określić istotne dla stron postanowienia,
które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego,
ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby
zawarł z nim umowę na takich warunkach. Zatem to do zamawiającego należy określenie
warunków umowy. W ocenie Izby, zamawiający ma prawo użyć dozwolonych przepisami
prawa środków zabezpieczających jego interes, bowiem opóźnienia w realizacji zamówienia,
niewykonanie umowy lub jej nienależyte wykonanie mogą skutkować dla zamawiającego
poważnymi konsekwencjami. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej w
wyroku z dnia 11 listopada 2008 roku (sygn. akt KIO/UZP 779/08), „kara umowna ma nie
tylko charakter odszkodowawczy, lecz również prewencyjny, szczególnie istotny w realizacji
umów dotyczących zamówień publicznych, gdzie Zamawiający nie może w sposób dowolny
wybrać kontrahenta" (sygn. akt KIO/UZP 154709) „Zamawiający działa w interesie
publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi
częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko
zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności
gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy
Wskazać także należy, że (co nie tylko odpowiada zaspokojeniu potrzeb publicznych, ale
mieści się już w kategoriach racjonalnych działań przedsiębiorców) zamawiający może starać się zwiększyć
odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia,
obciążyć ich dodatkowym ryzykiem. Powyższe, o ile nie występują przesłanki wynikające z
art. 353(1) k.c. (niezgodność umowy z właściwościami stosunku prawnego, ustawą oraz
zasadami 65 współżycia społecznego) nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego
powodu, że wobec wymagań określonych w SIWZ, wykonawca może nie złożyć oferty na
ustalonych przez zamawiającego warunkach. Jeśli natomiast wykonawca podejmuje decyzje
o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich
ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową." Błędem jest
utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku
zobowiązaniowego (Wyrok SO we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r, X Ga 67/08 niepubl.).
Jeżeli nawet immamentną cechą zamawianych usług są chwilowe przerwy, czy spadek
parametrów usługi wywołane różnego rodzaju awariami, czego przejawem są ustanowione w

---

załączniku nr 1 bonifikaty z tytułu niedotrzymania parametrów SLA, to obowiązkiem
wykonawcy jest ustanawianie takich zabezpieczeń i nadzoru, aby nie przekraczać
dopuszczonego limitu przerw. W związku z powyższym, brak było podstaw do uwzględnienia
zarzutu i nakazania modyfikacji SIWZ w ten sposób, że zamawiający nie będzie mógł
nałożyć kary umownej, jeżeli z tego samego powodu naliczył bonifikatę."
Ad. Zarzut nr 5

tj. naruszenie art. 29 ust. 1 w zw. z art. 14, 140 ust. 1 i art. 144 ust. 1 Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zastrzeżenie możliwości zmian umowy w zakresie, który uniemożliwia skalkulowanie ceny, a tym samym sporządzenie oferty - żądanie: wykreślenie § 6 ust. 1.1.5 Projektu Umowy (dawniej §6 ust. 1.1.6 projektu Umowy);
Podobnie jak większość zarzutów podnoszonych przez Odwołującego, również ten był już przedmiotem rozstrzygnięcia KIO. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, iż sposób uregulowanie przesłanek zmian umowy, dla których wprowadzenia jest wymagana zgodna wola stron może stanowić naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp i mieć wpływ na sporządzenie oferty. Postanowienia te nie obligują Odwołującego do zawarcie ewentualnego Aneksu zmieniającego postanowienia Umowy w oparciu o przesłankę przewidzianą w § 6 ust. 1.1.5 Projektu Umowy. Na tym etapie przedwczesne są zastrzeżenia Odwołującego, co do możliwości i skutków ekonomicznych wywoływanych przez potencjalne zmiany w sytuacji gdy nie znane są szczegółowe uwarunkowania ich wprowadzenia. Za przytaczanym już wyrokiem KIO o sygn. akt 24/14 wskazać należy, iż „W ocenie Izby, zamawiający ma prawo wprowadzić zmiany do umowy o zamówienie publiczne, przy spełnieniu przesłanek wymienionych w art. 144 ust. 1 Pzp wówczas, gdy przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu lub w SIWZ oraz gdy określił warunki takiej zmiany. Rzeczywistą wolą zamawiającego w omawianych okolicznościach - jest renegocjacja
warunków świadczenia długoterminowej usługi. Zmiany dokonane zgodnie 66 z art. 144 ust. 1 Pzp, nie mogą być poczytywane, jako prowadzące do naruszenia art. 140 ustawy Pzp, w myśl którego zakres świadczeń wynikający z umowy jest tożsamy ze zobowiązaniem określonym w ofercie. Przepis art. 144 ust. 1 ustawy Pzp wprost odnosi się do istotnych postanowień umowy. Podnoszony argument, że poprzez postulowane zmiany w odniesieniu do wprowadzenia nowych technologii doszłoby do naruszenia integralności i tożsamości świadczenia oznaczonego w ofercie, nie mógł zostać uwzględniony. Zdaniem Izby takie cechy wpisują się w pojęcie istotnych zmian postanowień umowy."
Podsumowując, wskazać należy, iż zarzuty podnoszone przez Odwołującego już kilkukrotnie były przedmiotem rozstrzygnięć wydawanych przez KIO i uznawane za nienaruszające przepisów. Zamawiający raz jeszcze pragnie podkreślić, iż postawione wymagania wobec

---

realizacji przedmiotowych usług wynikają ze specyfiki prowadzonej działalności biznesowej oraz zaspokajają uzasadnione potrzeby Zamawiającego. PGNiG S.A pełni obecnie rolę agregatora popytu i gwaranta bezpieczeństwa energetycznego kraju w zakresie dostaw gazu ziemnego. Dzięki zamawianej usłudze świadczonej na wysokim poziomie Zamawiający może wypełniać swoje zadania. Usługa ta umożliwiać będzie dostęp do systemów informatycznych ze wszystkich lokalizacji w których operator zestawi łącza. Sieć WAN zapewnia komunikację m.in. dla systemów SAP (obsługujących finanse i księgowość, zarządzanie), poczty elektronicznej, systemów bilingowych, systemu Remedy, komunikacji voice i videokonferencji, oraz wielu innych, co wpływa na działalność Zamawiającego funkcjonującego w strukturze rozproszonej wielooddziałowej oraz w ramach grupy kapitałowej. Mając powyższe na uwadze wnoszę o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje
Sygn. akt KIO 2290/16

Izba ustaliła

Zamawiającym, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest spółka P.G.N.I.G. S.A. z siedzibą przy (...) W. zwany dalej „Zamawiającym".
Odwołującymi są:

1. spółka T.P.S.A. z siedzibą (...) W. zwana dalej „T." – Sygn. akt KIO 2284/16.
2. spółka O.P. S.A. (...) W. zwana dalej „O." – **Sygn. akt KIO 2290/16.**

Stosownie do przepisu art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn.) zwanej dalej: „Ustawą" lub „Pzp", wniesiono w imieniu T.P. S.A. z siedzibą w Warszawie oraz **O.P. S.A. z siedzibą w Warszawie,** odwołania wobec modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków

Zamówienia(SIWZ) oraz samej treści SIWZ, której Zamawiający nie dokonał zmiany zgodnie z żądaniami a przez niego uwzględnionych odwołań.

Przedmiotowa SIWZ obowiązuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem postępowania jest: „Świadczenie usługi transmisji danych (MPLS) w sieci rozległej WAN PGNiG S.A." znak sprawy: ZP/PGNG/16/0417/CS/FD., dalej: „Postępowanie".

71

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27 lipca 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2016/S 143-259781. W związku z tym prowadzone jest według poprzednio obowiązujących przepisów.

Zamawiający działając na podstawie art.186 ust.1 pzp w dniu rozprawy 19 grudnia 2016 roku udzielił odpowiedzi na obydwa odwołania wnosząc w pismach datowanych na 16.12.2016r. o oddalenie obydwu odwołań jako bezzasadnych.
Zamawiający działając na podstawie art. 186 ust. 1 pzp oraz w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 13 lipca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), po zapoznaniu się z zarzutami wykonawców, którym jest T.P. S.A. oraz **O.P. S.A. z siedzibą w Warszawie** zwanymi także „odwołującymi" wniósł o oddalenie w całości postawionych zarzutów w odwołaniach.
W wyniku kwalifikacji do składania ofert zostało zaproszonych 4 wykonawców, którym w dniu 04.10.2016 r. Zamawiający przekazał specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ). W dniu 14.10.2016 r. Odwołujący wnieśli odwołania dot. postanowień SIWZ. Zamawiający w dniu 25.10.2016 r. uwzględnił odwołania w całości. Następnie częściowo zmienił treść SIWZ. Ponadto Zamawiający w wyniku uwzględnienia odwołania zmienił SIWZ również w zakresie postanowień według niego niezgodnych z ustawą Pzp. Działania Zamawiającego co do uwzględnienia w całości odwołań podyktowane były jak stwierdził niemożnością częściowego uwzględnienia SIWZ. Ponadto Zamawiający zobowiązany jest do zabezpieczenia zaspokojenia swoich uzasadnionych potrzeb. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający wskazał, iż zgodnie z orzecznictwem Izby „naruszenie przepisu proceduralnego nie wpływa na ocenę poprawności czynności oceny wniosków; w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, zamawiający zobowiązany jest do dokonania czynności zgodnie z żądaniami wskazanymi w odwołaniu. Nie wypełnienie tego obowiązku ma ten skutek, iż wykonawca
może ponownie wnieść odwołanie od powtórzonej czynności powołując się na te same okoliczności. Samo nie spełnienie wszystkich żądań przez zamawiającego nie jest jeszcze przesłanką do uwzględnienia kolejnego odwołania."

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła
(Sygn. akt KIO 2290/16)

Izba podziela stanowisko zamawiającego, co do braku ujemnych konsekwencji po stronie odwołujących, w przypadku wniesienia przez nich ponownie odwołania, w sytuacji gdy zamawiający nie wykonał wszystkich czynności uwzględnionego odwołania.

72

Jedynym skutkiem nie wykonania przez zamawiającego dyspozycji przewidzianej w art.186 ust.2 zdanie drugie pzp w związku z uwzględnieniem odwołania jest prawo do ponownego wniesienia odwołania.
Natomiast zaistniała sytuacja nie powoduje co do zasady uwzględnienia odwołania. Dlatego też Izba ponownie rozpoznała zarzuty odwołań nie uwzględniając okoliczności poprzedniego uwzględnienia odwołania przez zamawiającego co skutkowało umorzeniem postępowań odwoławczych w sprawach wniesionych pod Sygn. akt KIO 1951/16 i KIO 1956/16.
Izba z kolei nie podziela stanowiska zamawiającego przedstawionego w odpowiedziach na odwołanie, że o rozstrzygnięciu w niniejszej sprawie decydują rozstrzygnięcia Izby w poprzednich sprawach a co mogłoby zwolnić Izbę od rozpoznania merytorycznego sprawy „Zamawiający lub podmioty z jego grupy kapitałowej od kilku lat zamawiają usługi transmisji danych wg przyjętego i określonego w dokumentach przetargowych modelu realizacji ww.

usług. Przedmiotowe postępowania zakupowe były już kilkukrotnie poddawane „ocenie" KIO, która uznała je za zgodne z ustawą Pzp oraz przepisami kodeksu cywilnego.
W tym miejscu zamawiający na poparcie prawidłowości jego postępowania przywołał następujące Wyroki Izby: z dn. 05.08.2016 r. sygn. akt KIO 1300/16, wyrok z dn. 22.01.2014 r. sygn. akt 24/14, wyrok z dn. 11.12.2011 r. sygn. akt KIO 2549/11".
Izba nie znajduje podstawy prawnej wskazującej, że rozstrzygnięcie co do poprzednich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nawet zbieżnych z niniejszym postępowaniem co do przyjętych rozwiązań prawnych SIWZ zwalnia Izbę od rozpoznania merytorycznego sprawy. W każdym kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, opartym nawet na tożsamym uregulowaniu prawnym SIWZ, przysługuje wykonawcom prawo wniesienia odwołania, z braku zarzutu powagi rzeczy osądzonej. Z kolei wniesienie odwołania obliguje Izbę do indywidualnej oceny argumentacji stron postępowania zarówno odwołujących jak i przystępujących po ich stronie jak i argumentacji zamawiającego uzasadniającej konieczność przyjętych w SIWZ uregulowań praw i obowiązków stron.

Na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów zawnioskowanych przez strony w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz po rozważeniu argumentacji zaprezentowanych w odwołaniu jak i w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie zarówno odwołującego jak i zamawiającego Izba ustaliła i zważyła jak poniżej.

Odwołujący podniósł następujące zarzuty i żądania:

Zarzuty

1. Art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp - przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, przez zastrzeżenie możliwości zmiany lokalizacji przed podpisaniem umowy, co oznacza, że wykonawca nie ma możliwości skalkulowania ceny oferty z uwzględnieniem właściwości miejsca, w którym będzie świadczył usługę - Rozdz. 3.9 siwz - wprowadzone zmiany nie odpowiadają żądaniom zawartym w odwołaniu, które Zamawiający uwzględnił w całości;
2. Art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 Pzp, art. 34 ust. 5 Pzp, art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3531 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na opisanie prawa opcji w zakresie zwiększenia ilości łączy w sposób nieprecyzyjny, który sprzeciwia się właściwości prawa opcji, w odniesieniu do wynagrodzenia wykonawcy, które nie uwzględnia rzeczywistych kosztów, jakie będzie musiał ponieść wykonawca na rozpoczęcie świadczenia usługi w nowej lokalizacji, a także bez uwzględnienia technicznych możliwości realizacji uruchomienia usługi w nowej lokalizacji - Roz. 4.1.2 siwz - wprowadzone zmiany nie odpowiadają żądaniom zawartym w odwołaniu, które Zamawiający uwzględnił w całości;
3. Art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 ustawy, oraz art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353.1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp — poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, ze względu na zastrzeżenie prawa jednostronnego rozwiązania Umowy ze skutkiem na chwilę złożenia oświadczenia, gdy jakiekolwiek złożone przez Wykonawcę oświadczenia, zapewnienia, informacje bądź powołane przez nią w Umowie fakty okażą się nieprawdziwe, bez jakiejkolwiek procedury wyjaśniającej, co w istocie pozwala na zakończenie umowy przez Zamawiającego na podstawie subiektywnego odczucia, oraz niepotwierdzonych informacji, bez umożliwienia drugiej stronie umowy możliwości odniesienia się do istoty sprawy - § 7 ust. 2 pkt c Projektu Umowy - wprowadzone zmiany nie odpowiadają żądaniom zawartym w odwołaniu, które Zamawiający uwzględnił w całości;
4. Art. 29 ust. 1 w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353.1 Kodeksu cywilnego i art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na, zastrzeżenie

możliwości kumulowania bonifikat i kar umownych za to samo naruszenie postanowień umownych, a tym samym do zastrzeżenia dodatkowej kary umownej, która nie ma funkcji odszkodowawczej, a tym sprzeczna jest z właściwością (naturą) stosunku, z ustawą oraz

zasadami współżycia społecznego - § 5.3 Projektu Umowy — wprowadzone zmiany nie odpowiadają żądaniom zawartym w odwołaniu, które Zamawiający uwzględnił w całości;

5. Art. 29 ust. 1 w zw. z art. 14, 140 ust. 1 i art. 144 ust. 1 Pzp— poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zastrzeżenie możliwości zmian umowy w zakresie, który uniemożliwia skalkulowanie ceny, a tym samym sporządzenie oferty — wprowadzone zmiany nie odpowiadają żądaniom zawartym w odwołaniu, które Zamawiający uwzględnił w całości.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany siwz w następujący sposób:
1. Poprzez wykreślenie Rozdz. 3.9 siwz;
2. Przez zmianę Rozdz. 4.1.2 siwz poprzez dodanie zastrzeżenia, że skorzystanie z prawa opcji może nastąpić, jeżeli wykonawca posiada pozytywne warunki techniczne w danej lokalizacji, a w przypadku braku takich warunków - uruchomienie nowych łączy może nastąpić: w trybie zamówienia uzupełniającego, lub Zamawiający poniesie opłatę związaną z uruchomieniem łącza wyliczoną jako sumę uzasadnionych wydatków poniesionych na instalację łącza;
3. Zmianę § 7 ust. 2 pkt c Projektu Umowy - poprzez wyznaczenie Wykonawcy odpowiedniego terminu na ustosunkowanie się do informacji, że informacje lub powołane przez wykonawcę w Umowie fakty, istotne dla realizacji Umowy okażą się nieprawdziwe;
4. Zmianę § 5 ust. 3 Projektu Umowy - w ten sposób, że Zamawiający nie będzie mógł naliczyć kary umownej i bonifikaty za to samo naruszenie postanowień umownych;
5. Wykreślenie § 6 ust. 1.1.5 Projektu Umowy (dawniej § 6 ust. 1.1.6 Projektu Umowy).

Znaczna część powyższych zarzutów (Sygn. akt KIO 2290/16) jest zbieżna z zarzutami w sprawie o Sygn. akt KIO 2284/16, również argumentacja na ich poparcie jest zbieżna jaki i żądania są zbieżne.

W związku z powyższym Izba na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego w niniejszej sprawie w oparciu o zgromadzony materiał w sprawie tożsamy w obydwu postępowaniach odwoławczych uwzględniając zarzuty niniejszego odwołania to jest o Sygn. akt KIO 2290/16 przywołuje argumentację Izby ze sprawy o Sygn. akt KIO 2284/16.

Izba uwzględnia następujące zarzuty i żądania **odwołania:**

1. Art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 Pzp - przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, przez zastrzeżenie możliwości zmiany lokalizacji przed

podpisaniem umowy, co oznacza, że wykonawca nie ma możliwości skalkulowania ceny oferty z uwzględnieniem właściwości miejsca, w którym będzie świadczył usługę – Punkt 3.9 SIWZ – zarzut uwzględniony. Argumentacja odwołującego merytorycznie poprawna co do naruszenia wskazanych powyżej przepisów.

2. Art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 Pzp, art. 34 ust. 5 Pzp, art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353.1 Kodeksu Cywilnego - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na opisanie prawa opcji w zakresie zwiększenia ilości łączy w sposób nieprecyzyjny, który sprzeciwia się właściwości prawa opcji, w odniesieniu do wynagrodzenia wykonawcy, które nie uwzględnia rzeczywistych kosztów, jakie będzie musiał ponieść wykonawca na rozpoczęcie świadczenia usługi w nowej lokalizacji, a także bez uwzględnienia technicznych możliwości realizacji uruchomienia usługi w nowej lokalizacji - Rozdz. 4.1.2 siwz - zarzut uwzględniony. Argumentacja odwołującego merytorycznie poprawna co do naruszenia wskazanych powyżej przepisów.

Izba uznając za potwierdzone powyższe zarzuty uwzględnia następujące żądania **nakazując zamawiającemu:**
1. wykreślenie Rozdz. 3.9 SIWZ;
2. wykreślenie Rozdz. 4.1.2 siwz

Izba nie uznała za uprawnione żądanie **odwołującego w związku z pkt.4.1.2. SIWZ o treści:**
poprzez dodanie zastrzeżenia, że skorzystanie z prawa opcji może nastąpić, jeżeli wykonawca posiada pozytywne warunki techniczne w danej lokalizacji, a w przypadku braku takich warunków - uruchomienie nowych łączy może nastąpić: w trybie zamówienia uzupełniającego, lub Zamawiający poniesie opłatę związaną z uruchomieniem łącza wyliczoną jako sumę uzasadnionych wydatków poniesionych na instalację łącza;

W ocenie Izby skorzystanie z prawa opcji ma charakter bezwzględny ze strony zamawiającego. Przy czym zamawiający w zakresie opisania przedmiotu zamówienia musi spełnić wymagania art.29 ust.1 i 2. ustawy pzp. W niniejszej sprawie zamawiający nie spełnił powyższego warunku w związku z tym uwzględniając zarzut Izba nakazała skreślenie pkt 4.1.2.SIWZ a nie jego zmianę.

Zarzuty nie uwzględnione.

1. Art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 ustawy, oraz art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353.1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp — poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, ze względu na zastrzeżenie prawa jednostronnego rozwiązania Umowy ze skutkiem na chwilę złożenia oświadczenia, gdy jakiekolwiek złożone przez Wykonawcę oświadczenia, zapewnienia, informacje bądź powołane przez nią w Umowie fakty okażą się nieprawdziwe, bez jakiejkolwiek procedury wyjaśniającej, co w istocie pozwala na zakończenie umowy przez Zamawiającego na podstawie subiektywnego odczucia, oraz niepotwierdzonych informacji, bez umożliwienia drugiej stronie umowy możliwości odniesienia się do istoty sprawy - § 7 ust. 2 pkt c Projektu Umowy – Izba nie uwzględnia zarzutu. Za prawidłową uznaje argumentację zamawiającego przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie jak i na rozprawie..
2. Art. 29 ust. 1 w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353.1 Kodeksu cywilnego i art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na, zastrzeżenie możliwości kumulowania bonifikat i kar umownych za to samo naruszenie postanowień umownych, a tym samym do zastrzeżenia dodatkowej kary umownej, która nie ma funkcji odszkodowawczej, a tym sprzeczna jest z właściwością (naturą) stosunku, z ustawą oraz zasadami współżycia społecznego - § 5.3 Projektu Umowy — wprowadzone zmiany nie odpowiadają żądaniom zawartym w odwołaniu, które Zamawiający uwzględnił w całości - Izba nie uwzględnia zarzutu. Za prawidłową uznaje argumentację zamawiającego. Co do zasady bonifikata nie ma charakteru odszkodowawczego jaki to charakter mają kary umowne. Bonifikata służy nie ponoszeniu kosztów przez zamawiającego w związku z brakiem świadczenia przez wykonawcę.
3. Art. 29 ust. 1 w zw. z art. 14, 140 ust. 1 i art. 144 ust. 1 Pzp— poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zastrzeżenie możliwości zmian umowy w zakresie, który uniemożliwia skalkulowanie ceny, a tym samym sporządzenie oferty — wprowadzone zmiany nie odpowiadają żądaniom zawartym w odwołaniu, które Zamawiający uwzględnił w całości - Izba nie uwzględnia zarzutu, ponieważ jest bezprzedmiotowy, bo nie odnosi się do konkretnego postanowienia SIWZ.

W związku z nie wykazaniem powyższych zarzutów, nie uwzględnia się poniższych żądań:

3. Zmianę § 7 ust. 2 pkt c Projektu Umowy - poprzez wyznaczenie Wykonawcy odpowiedniego terminu na ustosunkowanie się do informacji, że informacje lub powołane przez wykonawcę w Umowie fakty, istotne dla realizacji Umowy okażą się nieprawdziwe – Izba
4. Zmianę § 5 ust. 3 Projektu Umowy - w ten sposób, że Zamawiający nie będzie mógł naliczyć kary umownej i bonifikaty za to samo naruszenie postanowień umownych;
5. Wykreślenie § 6 ust. 1.1.5 Projektu Umowy (dawniej § 6 ust. 1.1.6 Projektu Umowy).

Reasumując powyższe Izba na podstawie art.192 ust.2 ustawy pzp. uwzględnia odwołanie stwierdzając naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy pzp, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego .

Reasumując na kanwie przedmiotowej sprawy w obydwu odwołaniach wyłania się następujące zasadnicze zagadnienie.
Czy zamawiający przewidując prawo opcji a także czy opisując przedmiot zamówienia ma uprawnienie do nie dookreślenia jakiejś jego części lub przez jego zamianę ma prawo nie określić na czym ma zamiana polegać (3.9. SIWZ) czy też nie określić przedmiotu zamówienia w części objętej prawem opcji (pkt 4.1.2.SIWZ).
W obydwu sprawach Izba podziela stanowisko odwołujących, iż w zakresie prawa opcji zamawiający nie może być zwolniony z reżimu art.29 ust.1 i 2 ustawy pzp. Zamawiający nie może zwolnić się z obowiązku opisu przedmiotu zamówienia w związku z okolicznością, że nie jest w stanie określić, przez okres planowanej umowy w tym wypadku 48 miesięcy, potrzeb w zakresie lokalizacji punktów do transmisji danych, co do ich niezmienności z uwagi na rynek na którym prowadzi działalność. Natomiast Izba w niniejszym postępowaniu

---

dopuszcza prawo opcji w stosunku do lokalizacji wymienionych i opisanych w Zał. nr 1 do SIWZ (Pkt VIII Tabela pn.”Lokalizacje i parametry” Zał. nr 1 do SIWZ) na poziomie do 20 % ogólnej ilości lokalizacji wskazanych w tymże Załączniku w kierunku jego zmniejszenia. Natomiast propozycje odwołujących, utrzymania postanowień pkt-ów 3.9 oraz 4.1.2. SIWZ pod warunkiem ich zmiany: ustanowienia opłat instalacyjnych, według faktycznie poniesionych kosztów, zamówień uzupełniających według nakładów uzgadnianych inwestycyjnych, czy wreszcie odmowy wykonania opcji z powodów technicznych, zmierzają w kierunku nadużycia instytucji prawa opcji.
Reasumując nie ma podstaw do zwolnienia zamawiającego z obowiązku opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który nie utrudnia uczciwej konkurencji, również części zamówienia objętego prawem opcji.

Przewodniczący: ……