

Sygn. akt: KIO 1337/12
Sygn. akt: KIO 1349/12
Sygn. akt: KIO 1353/12

WYROK
z dnia 16.07.2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Renata Tubisz

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu **10.07.2012 r.**, **11.07.2012 r.**,
odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **26.06.2012 r.** przez wykonawcę **Telekomunikacja Polska S.A.**, ul. Twarda **18, 00-105 Warszawa** adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 00-014 **Warszawa** (sygn. akt: KIO 1337/12)
- B. w dniu **28.06.2012 r.** przez wykonawcę **Netia S.A.**, ul. Poleczki 13, 02-822 **Warszawa** (sygn. akt: KIO 1349/12)
- C. w dniu **28.06.2012 r.** przez wykonawcę **EXATEL S.A.**, ul. Perkuna 47, 04-164 **Warszawa** (sygn. akt: KIO 1353/12)

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Ministra Finansów**,
reprezentowanego przez **Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów**,
ul. Samorządowa 1, 26-601 Radom

przy udziale:

- A. wykonawcy **Polkomtel Sp. z o.o.**, ul. Postępu 3, 02-676 **Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1337/12** po stronie odwołującego
- B. wykonawcy **Polkomtel Sp. z o.o.**, ul. Postępu 3, 02-676 **Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1349/12** po stronie odwołującego
- C. wykonawców **Polkomtel Sp. z o.o.**, ul. Postępu 3, 02-676 **Warszawa**; **Netia S.A.**, ul. Poleczki 13, 02-822 **Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1353/12** po stronie odwołującego

orzeka:

1 A, B i C. Uwzględnić odwołania wniesione przez Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa (sygn. akt: KIO 1337/12); **Netia S.A.**, ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa (sygn. akt: KIO 1349/12) i **EXATEL S.A.**, ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa (sygn. akt: KIO 1353/12) i nakazuje zmianę postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „*SIWZ*” w sposób wskazany w uzasadnieniu, z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji w nim wskazanych,

2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Ministra Finansów, reprezentowanego przez **Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów**, ul. Samorządowa 1, 26-601 Radom i:

-
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **Telekomunikacja Polska S.A.**, ul. Twarda 18 00-105 Warszawa adres do

korespondencji: ul. Moniuszki 1A 00-014 Warszawa; Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa; EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Skarbu Państwa - Ministra Finansów, reprezentowanego przez Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów, ul. Samorządowa 1, 26-601 Radom** kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy)
w tym:

- A. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18 00-105 Warszawa** adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A 00-014 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- B. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- C. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa** 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Radomiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1337/12

Sygn. akt: KIO 1349/12

Sygn. akt: KIO 1353/12

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zamówienia pn.: „Świadczenie usług transmisji danych w sieci rozległej WAN resortu finansów oraz usługi dostępu do sieci Internet” [nr sprawy: PN/13/12/VBC], zostało wszczęte przez Skarb Państwa - Ministra Finansów, przez Centrum Danych Finansów, reprezentowanego Przetwarzania Ministerstwa ul. Samorządowa 1; 26-601 Radom zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2012/S 114-189117 z 16.06.2012 r. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ” została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającym 19.06.2012 r.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1337/12 - Telekomunikacja Polska S.A.:

W dniu 26.06.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa zwana dalej: „TP SA” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1337/12” wniosła na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie na postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 26.06.2012 r. (faxem). Zarzucił naruszenie:

1) art. 7 i art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12 i 13 Pzp, poprzez niejednoznaczny i nieprzejrzysty opis sposobu obliczenia ceny oraz opis kryteriów, którymi

Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, skutkujący:

- a) wyborem najkorzystniejszej oferty na podstawie innej ceny, niż cena, według której faktycznie nastąpi rozliczenie umowy w sprawie zamówienia publicznego; oraz
 - b) koniecznością prowadzenia pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty; oraz
 - c) niemożliwością obliczenia przez Wykonawców ceny oferty - a w konsekwencji prowadzący do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji poprzez wypaczenie rzeczywistego wyniku postępowania;
- 2) art. 29 ust. 1 Pzp, poprzez niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wnosił o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ, w sposób szczegółowo wskazany w dalszej części odwołania.

Zarzut 1 a) Zgodnie z treścią Formularza oferty (zał. A do SIWZ - Formularz ofertowy) wykonawcy podają w ofercie tylko i jedynie całkowitą cenę ofertową brutto w rozbiściu na cenę podstawową brutto i cenę opcji brutto - bez wskazania cen jednostkowych. Z opisu kryteriów oceny ofert (Rozdz. XV SIWZ) wynika ponadto, że wybór najkorzystniejszej oferty będzie dokonany na podstawie tejże całkowitej ceny ofertowej brutto. Z kolei z Wzoru umowy (zał. C do SIWZ - Wzór Umowy) wynika, że:

- całkowita cena ofertowa brutto podana w ofercie stanowi jedynie maksymalne łączne wynagrodzenie wykonawcy (§ 7 ust. 1 Wzoru Umowy);
- Wykonawca otrzyma wynagrodzenie wyłącznie za faktycznie wykonane Usługi (§ 7 ust. 4 Wzoru Umowy), naliczane na jako suma cen jednostkowych miesięcznych abonamentów za korzystanie z usługi transmisji danych i Internetu wskazanych w § 7 ust. 2 Wzoru Umowy.

W tym stanie rzeczy, mając na względzie, że Wykonawcy nie podają w ofercie cen jednostkowych miesięcznych abonamentów za korzystanie z usługi transmisji danych i Internetu wskazanych w § 7 ust. 2 Wzoru Umowy, Zamawiający celem ustalenia tychże cen jednostkowych będzie zmuszony prowadzić negocjacje z Wykonawcą dotyczące złożonej oferty. Zamawiający nie ma bowiem możliwości ustalenia cen jednostkowych miesięcznych abonamentów na podstawie samych jedynie cen ofertowych zawartych w ofercie, bez udziału Wykonawcy. Wprawdzie Zamawiający określił w SIWZ wzory na obliczenie ceny podstawowej brutto i ceny opcji brutto. Jednakże wzory te nie pozwalają na przeprowadzenie działań matematycznych w drugą stronę, tj. na wyliczenie cen jednostkowych na podstawie ceny ofertowej. Rodzi to niebezpieczeństwo, że Wykonawca będzie wskazywał ceny jednostkowe już po złożeniu oferty, w sposób dowolny, czemu jednak sprzeciwia się art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp, zakazujący prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Trzeba przy tym zaznaczyć, że rozliczenie umowy w sprawie zamówienia publicznego będzie następowało wyłącznie na podstawie tak dowolnie, *ex post* wskazanych przez Wykonawcę cen jednostkowych, co skutkuje tym, że faktycznie zapłacona cena za wykonanie zamówienia nie będzie powiązana z ceną, na podstawie której zostanie wybrana najkorzystniejsza oferta. W konsekwencji dojdzie do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji poprzez wypaczenie rzeczywistego wyniku postępowania.

W związku z tym wnosił o dokonanie zmiany SIWZ poprzez uzupełnienie Formularza ofertowego o szczegółową kalkulację cenową oferty w oparciu o ceny jednostkowe miesięcznych abonamentów za korzystanie z usługi transmisji danych i Internetu wskazanych w § 7 ust. 2 Wzoru Umowy.

Zarzut 1 b) Niezależnie od powyższego wskazał na następujące wady wzoru służącego do obliczenia ceny opcji, które uniemożliwiają wykonawcom kalkulację ceny. Opis sposobu obliczenia ceny opcji w formie rozbudowanego wzoru matematycznego na str. 9

2

SIWZ wraz z wyjaśnieniami jest niezrozumiały. Całość wzoru składa się z 28 elementów składowych, których wyjaśnienia zostały przedstawione na 7 str. SIWZ.

$$\begin{aligned} \text{Cena}_{\text{opcja}} = & 1800 * \text{Cena}_{\text{abonament KAT B 18Mb/s}} + 3000 * \text{Cena}_{\text{abonament KAT B 100 Mb/s}} - \\ & 60 * \text{Cena}_{\text{najtańsze 50}} + 27228 * \text{Cena}_{\text{abonament KAT B 18Mb/s}} - 60 * \text{Cena}_{\text{najtańsze 195}} + \\ & 24180 * \text{Cena}_{\text{zmiany SLAD do B GR I}} - 48 * \text{Cena}_{\text{najtańsze 183}} - 36 * \text{Cena}_{\text{najtańsze 124}} - \\ & 24 * \text{Cena}_{\text{najtańsze 63}} - 12 * \text{Cena}_{\text{najtańsze 64}} + 360 * \text{Cena}_{\text{abonament KAT B 100Mb/s}} + 3804 * \end{aligned}$$

Cena abonament KAT B 100 Mb/s" 60* Cena najtańsze 20-48* Cena najtańsze 34 - 36*
 Cena najtańsze 23 -24* Cena najtańsze 12 -12* Cena najtańsze
 12bis +2640* Cena zmiany SLA z D do B GR II +128 * Cena abonament KAT A 1000 Mb/s+
 120 * (Cena abonament KAT A 1000 Mb/s - Cena abonament KAT A 600Mb/s)+ 36* (Cena abonament
 KAT A 1000 Mb/s - Cena abonament KAT A 150Mb/s)+ 12000* Cena lt abonament 10 +1800* Cena lt
 abonament C + 120* Cena lt abonament 400 +36*(Cena lt abonament 500 - Cena lt abonament 400)
 +36* (Cena lt abonament 600 - Cena lt abonament 400) +36* (Cena lt abonament 700 - Cena lt
 abonament 400 +36*(Cena lt) abonament 800 - Cena lt abonament 400)

Po pierwsze, część zastosowanych we wzorze matematycznym oznaczeń, w świetle wyjaśnień (np. Cena abonament KAT b 100 Mb/s-) może zostać mylnie zinterpretowana. Znak „-„ dotyczy głównie odejmowania np. „Cena abonament KAT B 100 Mb/s — „. Jednakże w świetle wyjaśnień znak może oznaczać również odnośnik. Z tego powodu we wzorze powyższe wyjaśnienie jako 2 element składowy wzoru tj. 3000* Cena abonament kat b 100 Mb/ s - może zostać błędnie zinterpretowane. Nie wiadomo, czy znak jest odnośnikiem do definicji, skoro dalej we wzorze pojawia się znak odejmowania Nie można wykluczyć, że po drugim elemencie wzoru zabrakło znaku działania matematycznego „-„ lub „+”. Po drugie, niezrozumiałe są liczby 27228, 24180 i nie sposób wywieść dlaczego takie zostały wpisane do wzoru. W rezultacie powtarzają się wielokrotnie działania, które są niezrozumiałe z punktu widzenia sensu matematycznego np. 1800* Cena abonament KAT B18Mb/s+ i później 27278* Cena abonament KAT B18 Mb/s- . Dokonane przez Odwołującego symulacje obliczeń utwierdzają go w przekonaniu o nieprzejrzystości lub po prostu wadliwości powyższego wzoru matematycznego. W przypadku przyjęcia nigdzie nie potwierdzone przez Zamawiającego założenia, że jednostkowe ceny za usługi w opcji będą takie same jak ceny wyliczone zgodnie z postanowieniami § 7 pkt 2 Umowy i przyjmując krótszy bądź dłuższy znak odejmowania jako prawidłowy, oraz przyjmując zryczałtowany koszt abonamentu dla każdej usługi (niezależnie od poziomu SLA) na poziomie 1 zł, otrzymana w wyniku działania matematycznego cena opcji jest wyższa od ceny podstawowej. Na powyższym przykładzie nie można zweryfikować ani być pewnym, że zastosowany wzór jest prawidłowy, a co za tym idzie na podstawie wzoru nie jest możliwe prawidłowe wyliczenie ceny oferty. Ponadto

3

zastosowanie przez Zamawiającego formularza ofertowego bez cen jednostkowych, które mają być podane/wyliczone dopiero na etapie po wyborze Wykonawcy i przed podpisaniem umowy uniemożliwia innym Wykonawcom i samemu Zamawiającemu ocenę czy cena wybranej oferty została wyliczona prawidłowo. Ponadto stopień komplikacji powoduje wysokie ryzyko popełnienia błędów przez Wykonawcę, a przez to potencjalne ryzyko odrzucenia oferty lub w przypadku różnej interpretacji elementów wzoru, w przypadku braku porozumienia na etapie podpisania umowy, ryzyko utraty wadium.

W związku z tym wnosil o poprawienie wzoru matematycznego służącego do obliczenia ceny opcji.

Zarzut 2 a) W punkcie 3.3 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej „OPZ”) na str. 68 Zamawiający postawił wymóg integracji komponentów dostarczonej Usługi Transmisji Danych przez Wykonawcę ze systemem monitorowania Zamawiającego. Formułując w/w zapis Zamawiający postawił Wykonawcę w sytuacji niewiadomej, gdyż Wykonawca nie znając systemu monitorowania Zamawiającego nie może jednoznacznie potwierdzić takiej możliwości ani też określić kosztów jakie musiałby ponieść na rzecz zintegrowania komponentów Usługi Transmisji Danych z systemem monitorowania Zamawiającego. W związku z tym wnosil o wykreślenie tego warunku.

Zarzut 2b) W pkt 3.10 tabela 2 OPZ średni czas odpowiedzi dla lokalizacji Grupy 2 i 3. Wartości średnich czasów odpowiedzi zaproponowane przez Zamawiającego dla tych grup lokalizacji są nierealne do zagwarantowania przez Wykonawcę i celowo narażają go na płaćenie kar umownych. Z doświadczenia badając własną sieć szkieletową (dokonując pomiarów w relacji pomiędzy węzłami sieciowymi we własnej sieci szkieletowej w oparciu o którą będzie dostarczona Zamawiającemu Usługa Transmisji Danych) Wykonawca posiada wiedzę, która pozwala stwierdzić że nie można dotrzymać tak surowo postawionych wymagań tym bardziej niemożliwe jest zagwarantowanie tych wartości w dłuższych relacjach czyli od węzła sieciowego w danej lokalizacji Zamawiającego do węzła sieciowego w innej lokalizacji Zamawiającego. Na wartość średniego czasu odpowiedzi mają wpływ przede

wszystkim dwa zjawiska: ilość węzłów sieciowych pomiędzy dwiema lokalizacjami Zamawiającego pomiędzy którymi dokonywany jest pomiar oraz fizyczna odległość pomiędzy nimi. Z pierwszym zjawiskiem jest związany czas serializacji pakietów IP (czas jaki jest potrzebny do przetworzenia pakietu IP przez węzeł sieciowy i przełączenia do dalej do kolejnego węzła sieciowego), a z drugim czas propagacji pakietów IP (czas potrzebny do przesłania pakietu IP na odległość przez medium transmisyjne np. światłowód, kabel miedziany). Z uwagi na fakt, że sieć WAN Zamawiającego będzie siecią ogólnopolską co oznacza, że odległości pomiędzy lokalizacjami są znaczne a pakiety IP muszą zostać przełączone przez większą ilość węzłów sieciowych (czasy propagacji i serializacji pakietów IP osiągną większe wartości) należy stwierdzić że zachowanie wymaganych wartości

4

średnich czasów odpowiedzi staje się niemożliwe z przyczyn obiektywnych niezależnych od Wykonawcy. W związku z tym wnosil o wykreślenie tego warunku.

Zarzut 2 c) Pkt 2 lit. f str. 75 OPZ - Aby skutecznie działały mechanizmy QoS Wykonawca musi kontrolować transmisję danych na całej drodze w relacji z jednej lokalizacji do drugiej. W przypadku łączności internetowych takiej kontroli Wykonawca nie posiada i ten fakt wynika z samej natury sieci internet. Internet jest siecią ogólnosiątkową i żaden operator na świecie nie może kontrolować transmisji danych z jednej lokalizacji do drugiej. Każdy operator posiada kontrolę tylko nad własną siecią IP, a zapewnia dostęp do pozostałych zasobów internetu poprzez połączenia z innymi krajowymi i międzynarodowymi operatorami. Wykonawca przyłączając lokalizację Zamawiającego do sieci Internet umożliwia dostęp do zasobów całej sieci Internet natomiast jej nie kontroluje. Intencją Zamawiającego jest zabezpieczenie swojej sieci wewnętrznej przed atakami z sieci internet, ale przerzucił odpowiedzialność w tym zakresie na Wykonawcę zmuszając go do zastosowania metody zabezpieczenia, która nie jest adekwatna i nie gwarantuje osiągnięcia założonego celu. Wykonawca również nie ma żadnego wpływu na rodzaj ruchu przychodzącego z sieci internet jaki może się pojawić w lokalizacji Zamawiającego. Z uwagi na powyższe Wykonawca nie może w sposób skuteczny spełnić wymagania Zamawiającego. W związku z tym wnosil o wykreślenie tego warunku.

Zarzut 2 d) Zamawiający w punkcie 3 lit. a str. 76 OPZ oraz w tabeli 1 w zał. 2 - Spis Lokalizacji resortu finansów nie precyzuje przepustowości, co Wykonawcy uniemożliwia sprawdzenie warunków technicznych w danej lokalizacji Zamawiającego. Nie posiadając wyników badania warunków technicznych Wykonawca nie będzie w stanie określić czy będzie wymagana inwestycja w obszarze infrastruktury technicznej w danej lokalizacji Zamawiającego. Bez znajomości wartości przepustowości dla usługi Internet B Wykonawca nie będzie mógł skalkulować kosztów tym samym taka sytuacja uniemożliwi Wykonawcy przedstawienie ceny. W związku z tym wnosil o podanie przepustowości.

Zarzut 2 e) W pkt. 3 lit. f str. 77 OPZ i pkt 4 lit. b str. 78 OPZ Zamawiający wymaga od Wykonawcy dostarczenia dostępu do internetu w poszczególnych lokalizacjach o gwarantowanej przepustowości. Dostęp do internetu o gwarantowanej przepustowości jest usługą o podwyższonej jakości i ze względu na ten fakt jego cechą charakterystyczną jest stały adres IP. Zamawiający wymaga jednak dostępu do internetu o gwarantowanej przepustowości, ale z dynamicznie, okresowo zmieniającym adresem IP co jest cechą usługi dostępu do internetu o obniżonej jakości. Z punktu widzenia technicznej architektury usług dostępu do internetu wymagania Zamawiającego są ze sobą sprzeczne i uniemożliwiają Wykonawcy dostarczenie usługi wymaganej przez Zamawiającego. W związku z tym wnosil o usunięcie tej sprzeczności.

Zarzut 2 f) W pkt 2 lit. d str. 75 OPZ Zamawiający wymaga od Wykonawcy, aby ten

5

zapewnił dostęp do wszystkich serwisów internetowych. Wykonawca dostarczając usługę dostępu do internetu nie zablokuje dostępu do żadnych serwisów internetowych ani usług Zamawiającemu, jednak Wykonawca nie jest dostarczycielem treści internetowych, wobec czego nie ma wpływu na działania właścicieli i ich serwisów internetowych. Takie wymaganie Zamawiającego jest nie do spełnienia przez Wykonawcę ponieważ leży w obszarze poza jego odpowiedzialnością. W związku z tym wnosil o wykreślenie tego warunku.

Zamawiający w dniu 26.06.2012 r. zamieścił na stronie internetowej kopie odwołania oraz wezwanie w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” skierowane do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28.06.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Polkomtel Sp. z o.o., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa zwany dalej: „Polkomtel Sp. z o.o.” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1337/12, jak i w sprawie o sygn. akt: KIO 1349/12 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 1353/12” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1340/12” zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 06.07.2012 r. (faxem), 13.07.2012 r. pisemnie (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołań (sprawy o sygn. akt: KIO 1337/12; sygn. akt: KIO 1340/12; sygn. akt: KIO 1349/12; KIO 1353/12) do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołania, w której wnosił o uwzględnienie częściowe zarzutów odwołań, w pozostałym zakresie wnosząc o oddalenie zarzutów. Kopia została przekazana Odwołującemu. Stanowisko merytoryczne Zamawiającego odnośnie zarzutów dotyczących przedmiotowego odwołania zostanie w dalszej części w ustaleń dotyczących przedstawione uzasadnienia ramach poszczególnych zarzutów.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1349/12 - Netia S.A.:

W dniu 28.06.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa zwana dalej: „Netia S.A.” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1353/12” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1349/12” wniósł na podstawie art. 180 Pzp odwołanie na postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 28.06.2012 r. (faxem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Pzp nakazuje, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w sposób przejrzysty. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza

6

jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców. Zamawiający w każdym stadium postępowania obowiązany jest stosować się do art. 7 Pzp, a przy opisie przedmiotu zamówienia uwzględniać art. 29 Pzp. Analiza SIWZ w niniejszym postępowaniu prowadzi do wniosków, że obie zasady wyrażone w Pzp nie zostały zachowane. Postanowienia SIWZ, zdaniem Odwołującego prowadzić mogą do wykluczenia konkurencyjnych wykonawców. Zgodnie z art. 7 Pzp Zamawiający ma obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przestrzeganie zasady wyrażonej w art. 7 Pzp polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Powinny być one sprecyzowane przez zamawiającego w taki sposób, który nie eliminuje z góry pewnego kręgu podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, tzn. powinny być obiektywne, niedyskryminacyjne, nieograniczające konkurencji. Wiąże się ją ściśle z art. 29 Pzp, który powinno się interpretować w ten sposób, że opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Pozostawienie w tym zakresie dowolności stanowi naruszenie art. 29 Pzp.

Zarzut odnośnie § 2 ust. 18 projektu umowy - przełączenie użytkowników z obecnej sieci WAN. Zamawiający wymagał, aby wykonawca zachował ciągłość pracy sieci WAN i dopuścił jedynie jednorazową przerwę w pracy sieci u każdego z przełączanych Użytkowników nie dłuższą niż czas usunięcia pojedynczej awarii, przewidziany dla danej kategorii SLA. Tak więc dla kategorii A - maksymalna przerwa to 2 godziny. W ten sposób Zamawiający przerzuca całe ryzyko przełączenia Użytkowników na wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana, jako najkorzystniejsza. To wykonawca, zgodnie z tym zapisem będzie zobowiązany porozumieć się z podmiotem, który obecnie świadczy usługi, aby dokonać przełączenia. Co więcej, to na wykonawcy spoczywać będzie obowiązek integracji elementów 7 dotychczasowej sieci, do której ma dostęp. Dotychczasowy wykonawca nie

ma żadnego prawnego obowiązku, aby nowo wybranemu wykonawcy umożliwić przełączenie użytkowników w terminach jakie wymaga Zamawiający. Zależać to będzie od wyłącznie dobrej woli dotychczasowego wykonawcy. A brak jej powoduje po stronie nowego wykonawcy określone konsekwencje w postaci wysokich kar umownych. Zdaniem Odwołującego, to Zamawiający powinien wziąć na siebie odpowiedzialność za działania dotychczasowego wykonawcy, z którym współpracował przy świadczeniu usługi. I to Zamawiający powinien być stroną i współdziałać z wykonawcą przy przełączaniu

7

Użytkowników. Pozostawienie niezmienionego zapisu sprawia, że tylko dotychczasowy wykonawca jest w stanie bez żadnego ryzyka dokonać przełączenia. Śądą dopisania w § 2 ust. 18 zdania: Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za przerwę w pracy sieci WAN w przypadku, gdy przerwa ta wynika z przyczyn leżących po stronie dotychczasowego wykonawcy lub brak współpracy Zamawiającego z wykonawcą przy przełączaniu Użytkowników.

Zarzut odnośnie § 3 projektu umowy - prawo opcji. Realizacja prawa opcji przez wykonawcę w trakcie wykonywania Umowy jest obciążone ryzykiem, którego na etapie sporządzenia oferty nie można przewidzieć. Wszystko zależy od możliwości finansowych Zamawiającego, a więc to oznacza, że wykonawca może ale nie musi realizować tego prawa opcji. Jednakże składana oferta ma zawierać cenę, która przewidywać będzie wykonanie wszystkich świadczeń z prawa opcji. Ale świadczenia, do których wykonawca ma się zobowiązać są określone w sposób ogólnikowy. Zamawiający w ramach prawa opcji żądać zamierza zwiększyć zakres świadczenia usług o nowe lokalizacje (nie wiadomo jakie — gdzieś na terenie Polski) i to w terminie 90 dni niezależnie od tego czy wykonawca ma możliwości techniczne. Ponadto, zamierza zwiększyć przepustowość dla usługi Internet u wskazanych Użytkowników. Oznacza to, że wykonawca musi na podstawie tak lakonicznych danych skalkulować swoją ofertę i założyć że prawo opcji zostanie zrealizowane w 100 %, zapewnić sobie dostęp do sieci telekomunikacyjnej na terenie kraju, albo przynajmniej pozwalający na dobudowanie dostępu do lokalizacji Zamawiającego w terminie 90 dni. Powinien wreszcie świadczyć usługę na łączach, które zapewnią maksymalne przepustowości jakich żądać może Zamawiający. Tymczasem Zamawiający może skorzystać z prawa opcji, może też nic nie zamówić, ale również może rozwiązać umowę na podstawie § 11 ust. 6 lub 7 projektu umowy. I w ten sposób rzetelny wykonawca, który nawet spełniłby wszystkie warunki z prawa opcji pozostałby z siecią bez możliwości realizacji zysku z nakładów, które poczynił. Zaproponowane zapisy prawa opcji pozostawiają w ogóle dużą dowolność w kalkulacji oferty. Istnieje przecież możliwość, że niektórzy wykonawcy nie będą brali pod uwagę prawa opcji, przyjmując, że Zamawiający nigdy z niego nie skorzysta. Z samych tylko zapisów dotyczących prawa opcji wynika, że uwzględniając je w ofercie, wartość świadczeń z prawa opcji stanowić będzie 20 - 25 % ceny całej oferty. Obecne zapisy SIWZ i sposób kalkulacji ceny wymagają aby wskazać jedną wartość ceny uwzględniającą rzeczywiste potrzeby Zamawiającego oraz hipotetyczne wyrażone w prawie opcji. Pzp przewiduje instytucję zamówień uzupełniających, która powinna być zastosowana zamiast prawa opcji. Pozwalałoby to na oszacowanie wartości oferty, zgodnie z wyłącznie rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego. Śądą usunięcia § 3 projektu umowy w całości i wprowadzenie do SIWZ możliwości udzielania zamówień uzupełniających.

Zarzut odnośnie § 7 ust. 3 projektu umowy - miesięczny raport świadczenia usługi,

8

jako podstawa płatności. Podstawą płatności ma być podpisany przez Zamawiającego bez zastrzeżeń Miesięczny raport świadczenia Usługi. Tyle, że SIWZ nie przewiduje dla Zamawiającego jakichkolwiek terminów na jego podpisanie. W ten sposób, Zamawiający w dowolny sposób i zupełnie jednostronnie będzie mógł decydować o terminie zapłaty faktury. Wykonawca nie ma żadnej pewności, że Zamawiający niezwłocznie dokona podpisania raportu. Zresztą opóźnianie podpisania będzie leżało w interesie Zamawiającego. Śądą wprowadzenie terminu, nie dłuższego niż 3 dni robocze na akceptację Miesięcznego Raportu świadczenia Usługi.

Zarzut odnośnie § 7 ust.4 projektu umowy - wynagrodzenie za faktycznie świadczone usługi. Zamawiający zamierza płacić wyłącznie za faktycznie wykonane Usługi. Natomiast za okres nieświadczenia Usługi wynagrodzenie nie należy się. jednakże me można się zgodzić

z Zamawiającym, że to Wykonawca ma ponosić odpowiedzialność za wszystkie przyczyny nieświadczenia Usługi. Wykonawca może ponosić wyłącznie odpowiedzialność za nieświadczenie Usługi, z jego winy lub z winy podmiotów, którymi posługuje się przy wykonywaniu zamówienia. Pod pojęciem „*bez względu na przyczynę nieświadczenia Usługi*” mieszczą się także przypadki, gdy nieświadczenie Usługi spowodowane jest przez Zamawiającego. śądął zmiany § 7 ust. 4 zdanie drugie na następujące: Wynagrodzenie Wykonawcy za dany okres rozliczeniowy nie obejmuje opłat za okres nieświadczenia Usługi w poszczególnych Lokalizacjach z winy Wykonawcy.

Zarzut odnośnie § 8 projektu umowy - kary umowne. Projekt umowy przewiduje liczne i dotkliwe kąty dla wykonawców. Zamawiający wprowadza kary umowne, które naliczane są kilka razy za to samo zdarzenie. Kary mają wartości dowolnie określone przez Zamawiającego i nie są adekwatne do stopnia przewinienia. Sama kara umowna za niedotrzymanie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi została przewidziana tak jak za niedostępność usługi i będzie naliczana za każdą godzinę opóźnienia. W § 8 ust 3 i 4 projektu umowy Zamawiający zamierza naliczać karę zarówno za niedostępność Usługi, jak i niedostępność Użytkownika. Będą to zatem dwie kary za to samo zdarzenie, bowiem niedostępność usługi powoduje automatyczny brak usługi u użytkownika. Jest to dla Odwołującego niezrozumiałe. Wysokości kar są określone kwotowo. Niezależnie od tego, do jakiej kategorii należy lokalizacja kara wynosi 5000 zł. I to niezależnie od tego ile wynosić będzie opłata abonamentowa za daną lokalizację. Zdaniem Odwołującego wysokości kar umownych powinny być określone, jako % opłaty abonamentowej. Na podobnej zasadzie przedstawione są kary umowne w § 8 ust. 6 do 13 projektu umowy. Zamawiający wprowadza do SIWZ kary za niedotrzymanie terminów takich zdarzeń jak: dostęp do systemu monitorowania, zmiana konfiguracji, porady techniczne. Zamawiający karze nawet wykonawcę za brak dostarczenia w terminie Miesięcznego Raportu świadczenia Usługi, co jest zdaniem Odwołującego absurdalne. Bowiem na podstawie tylko tego raportu mają być

9

dokonywane płatności za świadczone usługi (§ 7 ust. 3 umowy). Wykonawca, który nie przedstawi tego raportu nie otrzyma wynagrodzenia. Brak wynagrodzenia jest już wystarczającą karą dla wykonawcy. śądął usunięcie zapisów o podwójnym naliczaniu kar za to samo zdarzenie, wprowadzenie wysokości kwot kar umownych wyliczonych, jako % opłaty miesięcznej, usunięcie lub ewentualnie zmniejszenie, o co najmniej 50 % kar umownych za zdarzenia opisane w § 8 ust. 6 do 13 projektu umowy.

Zarzut odnośnie § 11 projektu umowy - odstąpienie i rozwiązanie umowy. W § 11 ust. 6 projektu umowy Zamawiający wprowadza jednostronną możliwość wypowiedzenia umowy z ważnych przyczyn, w szczególności w przypadku ograniczenia wydatków publicznych i z tego tytułu wykonawca nie ma żadnych roszczeń. Przypomnieć należy, że Zamawiający przewidział umowę na 5 lat. Wymaga od wykonawcy przygotowania sieci dla ponad 700 lokalizacji, pozostawiania w gotowości na zwiększenie zakresu świadczenia usług. Powoduje to po stronie wykonawcy znaczne koszty przygotowania się do realizacji tego przedsięwzięcia. I nagle Zamawiający w trakcie obowiązywania Umowy skalkulowanej na okres 5 lat zamierza oświadczyć, że nie będzie dalej korzystać z Usług zasłaniając się brakiem środków pieniężnych. § 11 ust.7 idzie dalej, bo pozwala Zamawiającemu bez żadnych powodów rozwiązać z wykonawcą umowę już po 3 latach jej obowiązywania. W ten sposób wykonawcy nie mają żadnej pewności jak długo obowiązywać będzie umowa, na jaki okres przygotować ofertę. Zdaniem Odwołującego jedyną możliwością odstąpienia od Umowy powinien być art. 145 Ustawy. Umowa w § 11 ust. 2 ppkt 1 i 2 przewiduje również prawo odstąpienia z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Tymi przyczynami są brak pisemnej zgody Zamawiającego na wykonanie Umowy przez osobę trzecią oraz opóźnienie w spełnieniu przedmiotu Umowy powyżej 7 dni. Przede wszystkim zgoda Zamawiającego nie powinna mieć żadnego znaczenia. Zgodnie z kodeksem cywilnym to wykonawca odpowiada za działania osób trzecich. Ponadto przy tak dużym zakresie świadczenia usług jakich żąda Zamawiający 7 - dniowe opóźnienie nie powinno być podstawą do odstąpienia od Umowy, zwłaszcza, że Zamawiający zabezpieczony jest przez kary umowne. Umowa w ogóle pomija prawo jej wypowiedzenia przez Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, w szczególności pozostawiania w opóźnieniu z płatnościami. śądął usunięcie § 11 ust. 2 pkt 1 i 2, § 11 ust. 6 i 7 projektu umowy, wprowadzenie prawa do wypowiedzenia umowy przez Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, w szczególności w przypadku opóźnieniu z zapłatą za świadczone usługi za okres nie dłuższy niż 3 miesiące,

z jednoczesnym prawem żądania przez Wykonawcę od Zamawiającego kary umownej w wysokości 20% kwoty maksymalnego wynagrodzenia o której mowa w § 7 ust. 1 projektu umowy.

Odnosnie zarzutu § 12 ust.13 projektu umowy - prawo zawieszenia usług. Zamawiający daje sobie uprawnienie do zawieszenia usług w dowolnym okresie

10

obowiązywania Umowy. Z tego tytułu, jak wynika z Umowy, nie będzie ponosił żadnych opłat. Natomiast od wykonawcy wymaga utrzymywania w gotowości infrastruktury technicznej, przerzucając na wykonawcę koszty utrzymania. Nie można, więc wykluczyć, że Zamawiający po rozpoczęciu świadczenia mu usług dokona zawieszenia tych usług. Jest to założenie hipotetyczne, ale jak najbardziej możliwe i pozostawia dla wykonawców przygotowujących ofertę w niepewności, co do działania Zamawiającego. Śądą usunięcie § 12 ust 13 projektu umowy.

Odnosnie zarzutu Rozdz. V SIWZ - opis sposobu obliczenia ceny. Wzór matematyczny na obliczenie ceny opcji jest skomplikowany i mało przejrzysty. Wzór i opis do niego jest bardzo rozbudowany i zawiera elementy, które powodować mogą wątpliwości przy obliczaniu ceny. Pojawiające się we wzorze znaki mogą być odczytywane jako minus lub jako odnośnik. Nie wiadomo, co oznaczają liczby 24180 i 27228. W ten sposób Zamawiający komplikuje sposób obliczenia ceny. Tak rozbudowany wzór obliczenia ceny stwarza ryzyko pomyłki, popełnienia błędu przez wykonawcę niewłaściwej jego interpretacji, a co za tym konsekwencje w postaci odrzucenia oferty wykonawcy. Śądą poprawienie wzoru matematycznego na obliczenie ceny opcji.

Mając na uwadze powyższe trzeba wskazać, że niezgodność postanowień SIWZ z Ustawą będzie miało swoje odzwierciedlenie w wyborze wykonawcy, który niekoniecznie będzie oferował wykonanie usług wg najkorzystniejszej oferty na tynku. Część z wykonawców przy tak rozpisanych wymaganiach po prostu nie złoży swojej oferty w tym postępowaniu. Z uwagi na niejasny opis sposobu obliczenia ceny i opis kryteriów, którymi zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty może to doprowadzić do sytuacji, że rzeczywista cena oferty nie zostanie wyliczona prawidłowo. Skutkować to może koniecznością prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczącej złożonej oferty, co jest zabronione w art. 87 ust. 1 Pzp. W konsekwencji prowadzić to będzie do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w dniu 29.06.2012 r. zamieścił na stronie internetowej kopie odwołania oraz wezwanie w trybie art. 185 ust.1 Pzp skierowane do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 02.07.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Polkomtel Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 06.07.2012 r. (faxem), 13.07.2012 r. pisemnie (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołań (sprawy o sygn. akt: KIO 1337/12; sygn. akt: KIO 1340/12; sygn. akt: KIO 1349/12; KIO 1353/12) do Prezesa KIO wniósł na

11

piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołania, w której wnosił o uwzględnienie częściowe zarzutów odwołań, w pozostałym zakresie wnosząc o oddalenie zarzutów. Kopia została przekazana Odwołującemu. Stanowisko merytoryczne Zamawiającego odnosnie zarzutów dotyczących przedmiotowego odwołania zostanie w dalszej części w ustaleń dotyczących przedstawione uzasadnienia ramach poszczególnych zarzutów.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1353/12 - EXATEL S.A.:

W dniu 28.06.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa zwany dalej: „EXATEL S.A.” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1340/12” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1353/12 wniósł na podstawie art. 182 ust. 2 pkt 2 w zw. art. 179 Pzp odwołanie na postanowienia SIWZ). Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 28.06.2012 r. (faxem). Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2, art. 91 ust. 2 Pzp, jak również innych przepisów

wskazanych w uzasadnieniu odwołania, poprzez:

1. ustalenie zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia, możliwego do dotrzymania wyłącznie przez dotychczasowego operatora;
2. umożliwienie realizacji przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu urządzeń używanych co przy tym zakresie rzeczowym zamówienia w sposób bezsporny uprzywilejowuje dotychczasowego operatora;
3. nieopisanie w sposób wyczerpujący i jednoznaczny zakresu prawa opcji, w zakresie niezbędnym dla umożliwienia jego wy ceny;
4. zastrzeżenie uprawnienia Zamawiającego do likwidacji lokalizacji bez prawa do odszkodowania dla Wykonawcy (pkt 3.15 zał. nr 1 do SIWZ);
5. nieopisanie w sposób wyczerpujący i jednoznaczny dopuszczalnych zmian w konfiguracjach usług (pkt 3.16-3.18 zał. nr 1 do SIWZ);
6. ustanowienia kryterium oceny ofert nieodnoszącego się do przedmiotu zamówienia;
7. nieopisanie w stopniu wyczerpującym i jednoznacznym procedur odbioru przedmiotu zamówienia;
8. ustalenia wysokości kar umownych, o których mowa w § 8 ust. 1 i 2 Umowy, na zbyt wysokim poziomie;
9. zastrzeżenie uprawnienia dla Zamawiającego do możliwości wypowiedzenia umowy przy zachowaniu 3-miesięcznego okresu wypowiedzenia w przypadku braku środków finansowych bez prawa do odszkodowania dla Wykonawcy.

Odnosnie pierwszego zarzutu Odwołujący wskazał, iż zakreślony przez Zamawiającego termin realizacji na 12 miesięcy jest terminem niemożliwym do dotrzymania

12

bez narażenia się na konieczność poniesienia dotkliwych kar umownych. Zestawienie i uruchomienie 719 lokalizacji jest możliwe wyłącznie przez dotychczasowego operatora świadczącego usługi dla Zamawiającego. Placówki do których należy doprowadzić łączy rozrzucone są po całym kraju, zaś wykonawcy mogący być zainteresowanymi udziałem w takim postępowaniu nie posiadają stosownej infrastruktury we wszystkich tych lokalizacjach, sytuacja taka jest bowiem nierealna mając na uwadze usługę dedykowaną. Nie wspominając o części konfiguracyjnej zamówienia, samo budowanie łączy dostępowych jest bardzo pracochłonne. Włączając w to dwa okresy zimowe, które w pewnych sytuacjach nie pozwolą na prowadzenie prac ze względu na niskie temperatury, zakreślony termin jest zbyt krótki. Uwzględniając dodatkowo niezbędne procedury administracyjne związane z uzyskiwaniem stosownych pozwoleń, chociażby związanych z uzyskiwaniem pozwoleń na zajęcie pasa drogowego, który najczęściej wykorzystywany jest do prowadzenia kanalizacji kablowych, wykonawca aby dochować terminu zmuszony byłby wydzierżawić infrastrukturę techniczną w oparciu o którą dzisiaj świadczona jest usługa. Zamawiający cztery lata temu zlecając wybudowanie sieci również określił 12 miesięczny termin realizacji zamówienia, i nawet operator posiadający największe pokrycie terenu siecią nie wykonał zamówienia w założonym terminie. Zważywszy na powyższe, Odwołujący wnosił o wydłużenie terminu realizacji zamówienia do 18 miesięcy, tak aby zapewnić równą konkurencję między wykonawcami, a dotychczasowym operatorem sieci.

Odnosnie drugiego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia:

1. dopuszczenie zrealizowania zamówienia przy wykorzystaniu używanego sprzętu;
2. niewyczerpujące opisanie prawa opcji. W ramach realizacji zamówienia podstawowego (w zakresie nieuwzględniającym prawa opcji), wykonawca, któremu udzielone zostanie zamówienia zobowiązany będzie wyposażać w niezbędny sprzęt telekomunikacyjny 719 lokalizacji wskazanych w zał. nr 2 do Umowy. Dokonując opisu w powyższym zakresie Zamawiający nie zagwarantował sobie realizacji zamówienia przy użyciu nowego sprzętu. Powyższe prowadzi do znaczącego uprzywilejowania wykonawcy, który dotychczas świadczy usługi w podobnym zakresie u Zamawiającego, który do realizacji zamówienia, a tym samym do wyceny oferty przyjmie sprzęt używany dotychczas, co pozwoli na zaoszczędzenie co najmniej 2 000 000 zł. śaden inny wykonawca funkcjonujący na rynku nie posiada wymaganego sprzętu w ilości pozwalającej na zestawienie i uruchomienie usługi w 719 lokalizacjach, musi więc ponieść rażąco wyższe koszty. Powyższa sytuacja może również okazać się niekorzystną dla Zamawiającego, który ze względu na wykorzystanie przez usługodawcę używanego sprzętu nie będzie miał zapewnionego świadczenia usługi na

rekompensatą niedogodności z tym związanych, nie może zatem stanowić argumentu za prawidłowością i konkurencyjnością postanowienia SIWZ w tym zakresie. W związku z powyższym, wnosił o modyfikację SIWZ w sposób, który zakłada wykorzystanie przez wykonawców sprzętu fabrycznie nowego, co z jednej strony zagwarantuje Zamawiającemu dostępność usługi na zakładanym poziomie, z drugiej wyrówna szanse wykonawców ubiegających się o udzielenie im zamówienia.

Odnosnie, zaś prawa opcji, Odwołujący wskazuje, iż nie zostało ono opisane w sposób umożliwiający prawidłową wycenę tego zakresu zamówienia. Wskazał na następujące elementy:

- w pkt 4.1 rozdz. I SIWZ wskazano na 74 lokalizacje objęte prawem opcji (72 lokalizacje w ramach grupy I i 2 lokalizacje w ramach grupy II), dla których Zamawiający określił 90-dniowy termin uruchomienia liczony od dokonania przez niego Zgłoszenia (§ 2 ust. 16 Umowy). Zamawiający nie wskazał miejsca położenia nowych lokalizacji, nie wskazał nawet czy nowe lokalizacje położone będą w miejscowościach wskazanych w zał. nr 2 do Umowy czy też w innych. Takie opisanie prawa opcji uniemożliwia wykonawcy rzetelne skalkulowanie ofert bowiem nie są dane jakiegokolwiek dane wyjściowe niezbędne do przeprowadzenia takiej symulacji. Odwołujący dodatkowo zwraca uwagę, iż wynagrodzenie należne z tytułu wykonania usług objętych prawem opcji stanowi jedno z kryteriów oceny ofert (jako element ceny oferty);
- Zamawiający zastrzegł sobie możliwość podania na 90 dni przed upływem terminu realizacji zamówienia aktualizację zał. nr 2 zawierającego spis lokalizacji do 10 nowych lokalizacji, które powinny zostać zestawione w terminie 90 dni. Dokonanie aktualizacji na tym etapie bez wskazania na dzisiejszym etapie położenia tych 10 lokalizacji naraża wykonawcę na poniesienie niewspółmiernych kosztów związanych z realizacją zamówienia, bowiem może się okazać, iż nowe lokalizacje położone będą w tych miejscowościach, do których sieć wykonawcy została już doprowadzona, a zachodzi konieczność jej przeprojektowania i wykonania dodatkowych robót i poniesienia kosztów, których można byłoby uniknąć lub co najmniej zminimalizować;
- prawo opcji może być wykonywane przez Zamawiającego przez okres 5 lat, natomiast musi być wycenione przez wykonawcę na etapie składania ofert w sytuacji gdy wykonawca nie dysponuje niezbędnymi informacjami pozwalającymi na wykonanie takiej wyceny. Tym samym może się okazać, iż założone na dzisiejszym etapie koszty uruchomienia i świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia nie będą pokrywały faktycznych kosztów z tym związanych;
- zarówno OPZ, jak i wzór Umowy nie zastrzegają uprawnienia dla wykonawcy odmowy

wykonania prawa opcji w sytuacji, gdy ze względu na warunki techniczne lub organizacyjne nie jest możliwym uruchomienie usługi w założonym przez Zamawiającego 90-dniowym terminie lub za wynagrodzenie kalkulowane przez wykonawcę na etapie składania ofert, gdy nie dysponował dostatecznymi informacjami pozwalającymi na rzetelną wycenę, narażają zaś wykonawcę na poniesienie kary umownej przekraczającej wysokość miesięcznego abonamentu.

Zważywszy na powyższe okoliczności, Odwołujący wnosil o nakazanie modyfikacji SIWZ, w tym wzoru Umowy, w sposób pozwalający na skalkulowanie oferty, tzn. doprecyzowanie oferty w zakresie położenia lokalizacji, ewentualnie o przyznanie wykonawcy uprawnienia do odmowy realizacji Zgłoszenia w przypadku gdyby nie istniały możliwości techniczne lub organizacyjne wykonania usługi na warunkach określonych we wzorze Umowie.

Odnosnie trzeciego zarzutu Zamawiający w pkt 3.15 przewidział możliwość likwidacji lokalizacji bez prawa do odszkodowania dla wykonawcy (przynajmniej prawo takie nie zostało zagwarantowane we wzorze umowy). Tak ukształtowane uprawnienie, nieobwarowane żadnymi dodatkowymi warunkami, może doprowadzić do rezygnacji Zamawiającego z wszystkich lokalizacji przed upływem terminu obowiązywania umowy. W konsekwencji wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie mają pewności co

do faktycznego zakresu zamówienia, a tym samym utrudniają przeprowadzenie analiz ryzyka związanych z opłacalnością projektu i jego wyceną. Wykonawca zwraca uwagę, iż postanowienia SIWZ nakładają na niego obowiązek zestawienia i uruchomienia sieci o określonych parametrach, z jednoczesnym zastrzeżeniem wysokich kar z tytułu niedopełnienia tego obowiązku, przy czym zastrzegają dla Zamawiającego możliwość likwidacji poszczególnych lokalizacji w zupełnie arbitralny sposób. Powyższe uniemożliwiają rzetelne skalkulowanie oferty, bowiem nie znając realnego czasu świadczenia usług, wykonawca nie jest w stanie ustalić kiedy koszty przez niego poniesione w związku z realizacją zamówienia, zostaną mu zwrócone, co ma pierwszoplanowe znaczenia przy tego rodzaju przedsięwzięciach inwestycyjnych. W związku z powyższym, wnosił o wykreślenie zapisu, ewentualnie o określenie maksymalnej liczby lokalizacji, z których rezygnacji Zamawiający będzie uprawniony.

Odnosnie zarzutu czwartego Zamawiający w pkt. 3.16-3.18 zał. nr 1 do SIWZ wskazał na możliwość jednostronnego żądania dokonywania zmian w lokalizacjach, jak i konfiguracjach zamawianych usług. Jednocześnie zakres informacji przez niego podanych nie jest wystarczający do należytego skalkulowania ceny oferty, w szczególności jeśli chodzi o wyposażenie sprzętowe dedykowane dla niniejszego zamówienia. Dodatkowo, takie ukształtowanie postanowienia umownego stanowi w swej istocie ukrytą zmianę umowy, która

15

powinna być kalkulowana dopiero w momencie zaistnienia okoliczności ją uzasadniających na zasadach opisanych w SIWZ zgodnych z art. 144 Pzp. Ponadto Odwołujący zwraca uwagę, iż przy pozostawieniu sobie takiej możliwości przy jednoczesnej szansie, iż zmiany takie nie będą miały miejsca, część z wykonawców skalkuluje je w cenie oferty, zaś pozostali nie albo w różnym zakresie, co bezpośrednio przekłada się na nieporównywalność ofert. W związku z powyższym Odwołujący wnosil o zmodyfikowanie powyższych zapisów SIWZ w taki sposób, by uczynić z nich zmiany umowy, o których mowa w art. 144 Pzp.

Odnosnie zarzutu piątego, zgodnie z rozdz. XV SIWZ jedynym kryterium oceny ofert jest cena, która stosownie do postanowień rozdz. V pkt 3 SIWZ składa się z sumy cen: podstawowej oraz opcji. Prawo opcji stanowi niewątpliwie przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia, natomiast ze względu na nieustalenie istotnych przedmiotowo warunków jego realizacji nie sposób uznać, iż stanowi przedmiot zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp, kryteria oceny ofert powinny odnosić się do przedmiotu zamówienia. Tym samym, element, który nie stanowi przedmiotu zamówienia, ze względu na swoją niepewność co do zakresu realizacji, jak i terminu realizacji, nie może być elementem ocenianym w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W związku z powyższym wnosil o dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie ustalonego kryterium oceny ofert poprzez pozostawienie jako jedynego kryterium ceny oferty w podstawowym zakresie.

Odnosnie zarzutu szóstego, w § 6 wzoru Umowy zasygnalizowano procedurę odbioru, ograniczając się do wskazania, iż z czynności odbioru sporządzony zostanie Protokół Odbioru przy wykorzystaniu zał. nr 4 lub zał. nr 5. Odwołujący wskazuje, iż procedura odbioru przy 719 lokalizacjach powinna zostać opisana w sposób wyczerpujący, bowiem jest to proces złożony i czasochłonny. Natomiast postanowienie § 6 ust. 2 wzoru Umowy, nie mówiąc o szcątkowym charakterze tej regulacji, jest na tyle nieprecyzyjne, iż nie wiadomo czy czynność odbioru dotyczy lokalizacji czy też poszczególnej Usługi, a w konsekwencji wykonawca nie ma pewności czy przedstawienie w danej lokalizacji tylko jednej usługi spowoduje odbiór, czy też nie, a w konsekwencji z jakiego rodzaju karami umownymi powinien się liczyć. W związku z powyższym wnosil o doprecyzowanie postanowień w zakresie procedur odbioru, tak aby uczynić zadość wymaganiom art. 29 ust. 1 Pzp.

Odnosnie zarzutu siódmego, zauważał, iż wzór umowy w § 8 przewiduje szeroki katalog kar umownych, które nie tylko zostały zastrzeżone w wygórowanej wysokości przekraczającej często wysokość miesięcznego abonamentu, jak również prowadzące do kilkukrotnego ukarania wykonawcy z tytułu wystąpienia co prawda różnych zdarzeń, ale mających tych ten sam skutek - mianowicie niedostępność usługi.

W pierwszej kolejności Odwołujący zwraca uwagę, iż w przypadku zastrzeżenia kar z tytułu odstąpienia od Umowy, wysokość wynagrodzenia, od których kary są obliczane

16

obejmuje również wynagrodzenia z tytułu prawa opcji. Powyższe działanie jest rażąco niesprawiedliwe, bowiem dotkliwość sankcji dla Wykonawcy jest wyliczane od przychodu, który w momencie wystąpienia zdarzenia z tytułu którego sankcja jest nałożona, nie jest generowany. Dlatego też zasadnym byłoby przyjęcie jako wynagrodzenia stanowiącego podstawę wyliczenia kary umownej, wyliczenia podstawowego, o którym mowa w § 7 ust. pkt 1 wzoru umowy.

Po drugie, Odwołujący wskazuje, iż kary zastrzeżone w § 7 ust. 3, ust. 4 oraz ust. 5 piętnują ten sam niekorzystny skutek dla Zamawiającego, a mianowicie niedostępność Usługi. Kary, o których mowa w ust.3 odnoszą się wprost do czasu niedostępności Usługi (transmisji danych lub dostępu do Internetu); kary, o których mowa w ust.4 mówią co prawda o przekroczeniu czasu usunięcia awarii, ale na skutek powyższego usługi nie będą dostępne, co powoduje nałożenie się reżimu odpowiedzialności z ust. 3; kary, o których mowa w ust. 5 odnoszą się do niedotrzymania terminu rozpoczęcia usługi (transmisji danych oraz dostępu do Internetu), i naliczane będą według zasad z ust. 3. Z powyższego wynika, iż niedostępność usługi (transmisji danych lub dostępu do Internetu), niezależnie od przyczyn takiego stanu, sankcjonowana jest trzykrotnie.

Po trzecie, kary umowne zostały zastrzeżone w rażąco wygórowanej wysokości, w szczególności dotyczy to kar, o których mowa w ust. 3 i ust. 4. Dla przykładu należy wskazać na następujący przypadek dla kategorii B: Nie uruchomienie 1 lokalizacji, czyli 2 usług (transmisja danych i dostęp do Internetu) powoduje naliczanie następujących kar: 10 000 zł/dzień, 300 000 zł/m-c. Przy przekroczeniu terminu uruchomienia usług o miesiąc dla 200 lokalizacji kat. B, zostaje wyczerpana kwota wskazana przez Zamawiającego jako najniższa szacunkowa wartość zamówienia. Dla porównania wysokość abonamentu z tytułu świadczenia obydwu usług wynosi w przybliżeniu 1400 zł (przy najniższym budżecie zaszyfrowanym przez Zamawiającego). Analogicznie przedstawia się sytuacja w przypadku kar zastrzeżonych z tytułu nieprzedstawienia określonych dokumentów: harmonogramu, opisów technicznych, raportów. Odwołujący wnosił o zmniejszenie wysokości kar umownych o 70%, o których mowa w ust. 3, 4, 5 zaś kar, o których mowa w pozostałych ustępach o 50%.

Odnosnie zarzutu ósmego, Zamawiający zastrzegł możliwość wypowiedzenia umowy z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia bez prawa do odszkodowania dla wykonawcy. Z postanowień wzoru umowy wynika jednocześnie, iż okresem rozliczeniowym jest miesiąc kalendarzowy (§ 7 ust. 2), a wynagrodzenie należy się wykonawcy wyłącznie za faktycznie wykonane Usługi (§ 7 ust. 4). Z powyższego wynika, iż Zamawiający nie przewidział opłat jednorazowych z tytułu zestawienia i uruchomienia Usługi, a koszty z tym związane wykonawcy zobowiązani są w kalkulować w koszty abonamentu miesięcznego. Zastrzeżenie uprawnienia do wypowiedzenia umowy za 3 miesięcznym okresem

17

wypowiedzenia oznacza, iż w najgorszej sytuacji Zamawiający wypowie zawartą Umowę w pierwszym miesiącu świadczenia Usługi, i umowa rozwiąże się w czwartym miesiącu świadczenia Usługi, co spowoduje, iż koszty jakie wykonawca zmuszony był ponieść celem jej uruchomienia nie zwrócą się, a tym samym zostanie poniesie on rażącą szkodę, której nie ma prawa dochodzić zrekompensowania. Odwołujący wskazuje ponadto, iż postępowanie jakie miało miejsce w 2008 r. na tożsamy przedmiot zamówienia, przewidywało opłaty instalacyjne celem pokrycia poniesionych wówczas kosztów oraz odrębne opłaty abonamentowe. Tym samym dotychczasowy operator konkurując z pozostałymi wykonawcami jest w uprzywilejowanej pozycji, bowiem kalkuluje wyłącznie opłaty abonamentowe. Jakkolwiek Odwołujący rozumie potrzeby i możliwości Zamawiającego, wnosił o modyfikację § 7 wzoru Umowy w ten sposób, iż zostanie wyodrębniona opłata jednorazowa z tytułu zestawienia i uruchomienia Usługi dla pojedynczej lokalizacji, tak aby w przypadku wypowiedzenia umowy, wykonawca miał zagwarantowany zwrot poniesionych kosztów, a w przypadku gdyby Zamawiający nie wyrażał zgody na powyższe, wnosił o wykreślenie postanowienia § 11 ust. 6 wzoru Umowy.

Zamawiający w dniu 28.06.2012 r. zamieścił na stronie internetowej kopię odwołania oraz wezwanie w trybie art. 185 ust.1 Pzp skierowane do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 02.07.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Polkomtel Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc

o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 02.07.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Netia S.A. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 06.07.2012 r. (faxem), 13.07.2012 r. pisemnie (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołań (sprawy o sygn. akt: KIO 1337/12; sygn. akt: KIO 1340/12; sygn. akt: KIO 1349/12; KIO 1353/12) do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołania, w której wnosił o uwzględnienie częściowe zarzutów odwołań, w pozostałym zakresie wnosząc o oddalenie zarzutów. Kopia została przekazana Odwołującemu. Stanowisko merytoryczne Zamawiającego odnośnie zarzutów dotyczących przedmiotowego odwołania zostanie przedstawione w dalszej części uzasadnienia w ramach ustaleń dotyczących poszczególnych zarzutów.

18

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02.07.2012 r. sprawy o sygn. akt: KIO 1337/12, KIO 1340/12, KIO 1349/12 oraz o sygn. akt: 1353/12 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia. W sprawie sygn. akt: KIO 1340/12 zostało wydane postanowienie o umorzeniu postępowania na skutek cofnięcia odwołania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami ogłoszenia przedmiotowej o zamówieniu oraz SIWZ (załącznikami A i C, a nadto załącznikami do załącznika C, tzn. załącznikiem 1 do umowy - szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia dalej: „OPZ” oraz załącznikiem 2 do umowy), odpowiedziami na pytania (pismo z dnia 22.06.2012 r.), prezentacją na spotkanie Wykonawców z dnia 04.07.2012 r. oraz przykładowym wyliczeniem maksymalnej ceny Prawa Opcji dla Usługi Transmisji Danych dla fikcyjnego cennika na spotkanie Wykonawców z dnia 04.07.2012 r., (dostępny na stronie internetowej Zamawiającego), jak i modyfikacją postanowień SIWZ z dnia 05.07.2012 r. (dostępny na stronie internetowej Zamawiającego), odwołaniami i przystąpieniami w sprawach o sygn. akt: KIO 1337/12, sygn. akt: KIO 1349/12, sygn. akt: KIO 1353/12, pismem Odwołującego - Telekomunikacja Polska S.A. z dnia 10.07.2012 r. (w sprawie o sygn. akt: KIO 1337/12) złożonym na rozprawie w dniu 10.07.2012 r., odpowiedzią na odwołania (pismo z dnia 06.07.2012 r.), szczegółowym formularzem cenowym – zał. A1 (dostępny na stronie internetowej Zamawiającego), jak i oświadczeniem o poufności CPD dla przedstawicieli wykonawcy, będącymi konsekwencją modyfikacji postanowień SIWZ z dnia 05.07.2012 r., jak i odpowiedzi na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izba ustaliła, że Wykonawcy wnoszący wszystkie odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający ich do złożenia odwołań. Należy bowiem wskazać, że: „Zgodnie z powołanym przepisem środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu

19

spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze

środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.” (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10).

Ponadto: „Treść art. 179 ust. 1 Pzp nie zawiera sformułowań pozwalających na interpretację nakazującą badanie przesłanek „interesu w uzyskaniu danego zamówienia” oraz „szkody” odrębnie w stosunku do każdego z zarzutów podniesionych przez uprawnionego wykonawcę”. (za wyrokiem KIO z dnia 06.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2044/11). Z kolei: „Pozostawienie bez rozpoznania wyłącznie zarzutów, w odniesieniu do których ziściły się przesłanki odrzucenia odwołania, urzeczywistnia zasadę zawartą w art. 7 ust. 3 Pzp, nakazującą udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, jest również zgodne z wyrażanym w orzecznictwie i piśmiennictwie postulatem szerokiej interpretacji art. 179 ust. 1 Pzp. Pogląd ten wskazuje na możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej nie tylko w celu zachowania praw wykonawcy w postępowaniu, ale również w celu zapewnienia zgodności z prawem całego postępowania o udzielenie zamówienia, tak aby umowa zawarta w jego wyniku nie była obarczona wadą uzasadniającą jej unieważnienie.” (za wyrokiem KIO z dnia 06.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2044/11). Odnośnie szerokiego szerokiej interpretacji art. 179 ust. 1 Pzp i „możliwości” w tym zakresie, należy jednakowoż, mieć na uwadze, że każdy ze stanów faktycznych jest odmienny, w tym zakresie, a postępowanie odwoławcze nie powinno zmieniać się w quasi postępowanie kontrolne, nie bez znaczenia jest także kontekst art. 192 ust. 7 Pzp.

Odnosząc się do kwestii relacji pomiędzy art. 179 ust.1 oraz art. 192 ust. 2 Pzp, Izba wskazuje za orzecznictwem; „Może też zaistnieć sytuacja, że – niezależnie od posiadania przez Odwołującego interesu z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, i uznania zarzutów za zasadne – odwołanie zostanie oddalone, a to na podstawie art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych: Izba bowiem uwzględni odwołanie tylko w wypadku, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na

20

wynik postępowania o udzielenie zamówienia. (...) Ustawodawca wprowadzając przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych musiał założyć możliwość zaistnienia sytuacji, że odwołanie może okazać się słuszne i zasadne, jednak jeżeli jego uwzględnienie pozostaje bez korelacji z wynikiem postępowania, należy je oddalić – priorytetem jest szybkość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych pozostaje bez związku z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a więc istnieniem bądź nie interesu w uzyskaniu zamówienia (czy złożenia odwołania). Reasumując, ani spełnienie przesłanki z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ani zasadność zarzutów nie przesądza jeszcze o uwzględnieniu odwołania; taka sytuacja zaistniała w niniejszym postępowaniu odwoławczym.” (za wyrokiem KIO z dnia 27.04.2011 r., sygn. akt: KIO 776/11).

Izba wskazuje również za orzecznictwem, co jest istotne z uwagi na przedmiot sporu zawarty w rozpatrywanych odwołaniach, tj. poszczególne zarzuty, że: „„Uwzględnienie w części zarzutów odwołania przez zamawiającego należy uznać za przyznanie faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zd. 2 p.z.p., jeżeli przyznanie nie budzi wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. W takim przypadku Izba upoważniona jest do odstąpienia od przeprowadzania postępowania dowodowego ze skutkiem uznania podniesionych zarzutów za potwierdzone”. Jednocześnie stwierdziła, iż: „oddalając odwołanie, Izba miała na uwadze stan faktyczny istniejący w dniu rozprawy, wynikający z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po jej modyfikacji dokonanej przez zamawiającego w dniu (...) tj. po wniesieniu przedmiotowego odwołania. Mając na uwadze treść art. 192 ust. 2 ustawy, Izba była zobowiązana ocenić wpływ stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania. Jedynie w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik

postępowania, Izba może uwzględnić odwołanie. W okolicznościach badanej sprawy, pomimo potwierdzenia w części zasadności zarzutów (...) Izba nie stwierdziła, aby miały one istotny wpływ na wynik postępowania. Dokonując takiego rozstrzygnięcia, Izba była zobowiązana uwzględnić okoliczność, iż zamawiający dokonał modyfikacji treści spornych postanowień SIWZ, a zatem na moment orzekania stwierdzone naruszenie pozostawało bez wpływu na wynik postępowania". (za wyrokiem z dnia 18.03.2011 r., sygn. akt: KIO 459/11). Podobnie: „W przypadku uwzględnienia w części zarzutów odwołania i powtórzenia czy wykonania czynności postulowanych przez odwołującego, czy ogólniej rzecz biorąc, zgodnych z prawem, należałoby za niezasadne uznać przyjęcie do orzekania stanu faktycznego już nieistniejącego w jego trakcie, bowiem na tę chwilę nie istniałyby kwestionowane czynności czy zaniechania zamawiającego i brak byłoby faktycznej podstawy sporu w tym zakresie - zarzuty tego typu należałoby pozostawić bez rozpoznania" (za

21

wyrokiem KIO z dnia 6 lipca 2011 r., sygn. akt: KIO 1313/11). Nadto: „Pogląd, że uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów odwołania powoduje, że upada możliwość uwzględnienia ich w sentencji orzeczenia odnosić się może jedynie do sytuacji dokonania zmiany SIWZ zgodnie z żądaniami odwołania przed zamknięciem rozprawy. Tylko w takiej sytuacji naruszenia przepisów, których dopuścił się zamawiający nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania i nakazywanie zmian, których zamawiający już dokonał jest niecelowe". (za wyroku z dnia 1 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: KIO 89/11, sygn. akt: KIO 90/11). W tym kontekście należy także wskazać, że: „Jeżeli bowiem nawet uznać, że wobec uwzględnienia czterech z pięciu naruszeń w ramach zarzutu sformułowanego przez Odwołującego oraz cofnięcia ostatniego nieuwzględnionego zarzutu przez Odwołującego na rozprawie, brak jest przedmiotu sporu, czego Izba nie czyni, to winno się zauważyć, że brak czynności modyfikacji postanowień SIWZ, tudzież w wypadku uznaniowych kryteriów oceny także ogłoszenia o zamówieniu, skutkuje koniecznością uznania odwołania zasadnym, z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp. Tylko w razie poparcia odpowiedzi na odwołanie stosowną modyfikacją, sformułowane naruszenia w ramach zarzutu postawionego przez Odwołującego nie miałyby wpływu na wynik postępowania i istniałaby podstawa do oddalenia odwołania." (za wyrokiem KIO z dnia 15.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1166/11).

Kolejną istotną kwestią, którą należy wskazać w sposób ogólny przed rozpatrzeniem poszczególnych zarzutów jest sposób ich uwzględnienia w kontekście żądań zawartych w odwołaniu, czy też w kilku odwołaniach. Należy wskazać, iż co do zasady Zamawiający, w odróżnieniu od KIO jest związany żądaniami Odwołującego odnoszącymi się do poszczególnych zarzutów (art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp). Powyższe wynika przykładowo z wyroku KIO z dnia 04.11.2011 r., sygn. akt: KIO 2270/11, sygn. akt: KIO 2275/11, sygn. akt: KIO 2298/11. Jednakże sytuacja jest o wiele bardziej złożona, jeśli mamy do czynienia z kilkoma odwołaniami zawierającymi takiego samego charakteru zarzuty z różnymi żądaniami („mniej i dalej idące"). W takiej sytuacji Zamawiający zmuszony jest dokonać wyboru (jest to szczególnie widoczne w odniesieniu do zarzutów dotyczących postanowień SIWZ). Jeśli uzna żądanie dalej idące, to sytuacja jest czytelna np. zamiast modyfikacji zapisów SIWZ dokona wykreślenia spornego postanowienia, w skutek powyższego *de facto* spełnił żądanie także „mniej idące". W sytuacji odwrotnej, gdy Odwołujący podtrzymuje zarzut wraz żądaniem pierwotnym, Izba zmuszona jest ocenić wpływ dokonanej modyfikacji na zasadność zarzutu i żądania, a w konsekwencji na wynik postępowania (tzn. jego istnienie lub brak w kontekście art. 192 ust.2 Pzp). Z kolei, gdy Zamawiający dokona modyfikacji postanowień SIWZ niezgodnie z żądaniami jakiegokolwiek Odwołującego winien z uwagi na art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp dokonać formalnego oddalenia zarzutu. W takiej sytuacji, Izba także oceni, czy modyfikacja Zamawiającego wpływa na wynik postępowania (tzn. jego

22

istnienie lub brak w kontekście art. 192 ust. 2 Pzp). Inaczej mówiąc, czy czyni zadość, koreluje, choć nie wprost, z żądaniami Odwołujących, którzy sformułowali „wspólne" zarzuty. Z uwagi na fakt, że Izba nie jest związana żądaniami Odwołującego i rozstrzyga jedynie o zasadności lub niezasadności podniesionego zarzutu, możliwa jest sytuacja, w której poczyniona modyfikacja SIWZ na dzień orzekania w ocenie Izby wyczerpuje, czyni zadość

żądaniom Odwołującego i odwołanie zostanie oddalone z uwagi na brak wpływu „skonsumowanego” żądania na wynik postępowania (za wyrokiem KIO z dnia 28.02.2012 r., sygn. akt: KIO 229/12, sygn. akt: KIO 238/12, sygn. akt: KIO 239/12, sygn. akt: KIO 242/12, sygn. akt: KIO 245/12, , sygn. akt: KIO 247/12).

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sprawie o sygn. akt: KIO 1337/12, sygn. akt: KIO 1340/12, sygn. akt: KIO 1349/12, sygn. akt: KIO 1353/12 oraz inne dokumenty wskazane powyżej jako dokumenty, z którymi Izba się zapoznała albo zostały wymienione szczegółowo w ramach ustaleń dotyczących poszczególnych odwołań, ustalił i zważył, co następuje.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących o sygn. akt: KIO 1337/12, sygn. akt: KIO 1349/12, sygn. akt: KIO 1353/12 złożone ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1337/12 - Telekomunikacja Polska S.A.:

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

Zamawiający w ramach modyfikacji postanowień SIWZ (pismo z dnia 05.07.2012 r.) dokonał zmiany postanowień SIWZ m.in. w zakresie zarzutów objętych odwołaniem o sygn. akt: KIO 1337/12. Niniejsze zostało potwierdzone także w ramach odpowiedzi na odwołania (pismo z dnia 06.07.2012 r.), w tym odwołanie o sygn. akt: KIO 1337/12 w ramach której Zamawiający potwierdził uwzględnienie części zarzutów i dokonanie zmiany postanowień SIWZ. Na posiedzeniu i rozprawie w dniu 10.07.2012 r. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1337/12 - Telekomunikacja Polska S.A. oświadczył, że podtrzymuje wszystkie zarzuty odwołania. Względem zarzutów uwzględnionych w całości przez Zamawiającego pozostawia do oceny Izby, czy niniejsze uwzględnienia należy uznać za czyniące zadość żądaniom zawartym w odwołaniu. Odwołujący wskazał, że co do uwzględnionych w całości zarzutów nie będzie on podczas rozprawy przedstawiał swojego stanowiska, jedynie tam gdzie zmiana dokonana na skutek odwołania wniesionego przez Odwołującego niezgodna jest z żądaniem

23

zawartym w ramach środka ochrony prawnej przedstawi swoją argumentację. Odwołujący oświadczył ponadto, iż idąc naprzeciw stanowisku Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, dokona modyfikacji swoich żądań w zakresie tych zarzutów, które zostały uwzględnione przez Zamawiającego, ale nie w sposób oczekiwany przez Odwołującego w odwołaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 i art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12 i 13 Pzp, poprzez niejednoznaczny i nieprzejrzysty opis sposobu obliczenia ceny oraz opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, skutkujący:
 - a) wyborem najkorzystniejszej oferty na podstawie innej ceny, niż cena, według której faktycznie nastąpi rozliczenie umowy w sprawie zamówienia publicznego; oraz
 - b) koniecznością prowadzenia pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty; oraz
 - c) niemożliwością obliczenia przez Wykonawców ceny oferty- a w konsekwencji prowadzący do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji poprzez wypaczenie rzeczywistego wyniku postępowania;
- 2) art. 29 ust. 1 Pzp, poprzez niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W ramach zarzutu 1a) Odwołujący wskazywał, że zgodnie z treścią Formularza oferty (zał. A do SIWZ - Formularz ofertowy) wykonawcy podają w ofercie tylko i jedynie całkowitą cenę ofertową brutto w rozbiciu na cenę podstawową brutto i cenę opcji brutto - bez wskazania cen jednostkowych. Z opisu kryteriów oceny ofert (Rozdz. XV SIWZ) wynika ponadto, że wybór najkorzystniejszej oferty będzie dokonany na podstawie tejże całkowitej ceny ofertowej brutto. W tym stanie rzeczy, mając na względzie, że Wykonawcy nie podają w ofercie cen jednostkowych miesięcznych abonamentów za korzystanie z usługi transmisji danych i Internetu wskazanych w § 7 ust. 2 Wzoru Umowy, Zamawiający celem ustalenia

tychże cen jednostkowych będzie zmuszony prowadzić negocjacje z Wykonawcą dotyczące złożonej oferty. W konsekwencji wnosił o dokonanie zmiany SIWZ poprzez uzupełnienie Formularza ofertowego o szczegółową kalkulację cenową oferty w oparciu o ceny jednostkowe miesięcznych abonamentów za korzystanie z usługi transmisji danych i Internetu wskazanych w § 7 ust. 2 Wzoru Umowy.

W ramach zarzutu 1b) Odwołujący podnosił wady wzoru służącego do obliczenia ceny opcji, które uniemożliwiają wykonawcom kalkulację ceny. Opis sposobu obliczenia ceny opcji w formie rozbudowanego wzoru matematycznego na str. 9 SIWZ wraz z wyjaśnieniami jest niezrozumiały. Całość wzoru składa się z 28 elementów składowych, których wyjaśnienia zostały przedstawione na 7 stronach SIWZ. W konsekwencji wnosił o poprawienie wzoru

24

matematycznego służącego do obliczenia ceny opcji.

W ramach zarzutu 2a) Odwołujący odnosił się do opisanego w pkt 3.3 Szczegółowego Opisu przedmiotu zamówienia zwanego dalej: „OPZ” na str. 68 SIWZ wymogu integracji komponentów dostarczonej Usługi Transmisji Danych przez Wykonawcę ze systemem monitorowania Zamawiającego. Stwierdzał, że Wykonawca nie znając systemu monitorowania Zamawiającego nie może jednoznacznie potwierdzić takiej możliwości ani też określić kosztów jakie musiałby ponieść na rzecz zintegrowania komponentów Usługi Transmisji Danych z systemem monitorowania Zamawiającego. W konsekwencji wnosił o wykreślenie tego warunku.

W ramach zarzutu 2b) Odwołujący odnosił się do pkt 3.10 tabela 2 OPZ średni czas odpowiedzi dla lokalizacji Grupy 2 i 3. Stwierdził, że wartości średnich czasów odpowiedzi zaproponowane przez Zamawiającego dla tych grup lokalizacji są nierealne do zagwarantowania przez Wykonawcę i celowo narażają go na płacenie kar umownych. W konsekwencji wnosił o wykreślenie tego warunku.

W ramach zarzutu 2c) Odwołujący odnosił się do pkt 2 lit. f str. 75 OPZ (SIWZ) – wyjaśnił, że aby skutecznie działały mechanizmy QoS Wykonawca musi kontrolować transmisję danych na całej drodze w relacji z jednej lokalizacji do drugiej. W przypadku łączy internetowych takiej kontroli Wykonawca nie posiada i ten fakt wynika z samej natury sieci internet. Internet jest siecią ogólnosiatową i żaden operator na świecie nie może kontrolować transmisji danych z jednej lokalizacji do drugiej. W konsekwencji wnosił o wykreślenie tego warunku.

W ramach zarzutu 2d) Odwołujący odnosił się do pkt 3 lit. a str. 76 OPZ (SIWZ) oraz w tabeli 1 w załączniku 2 - Spis Lokalizacji resortu finansów nie precyzuje przepustowości, co Wykonawcy uniemożliwia sprawdzenie warunków technicznych w danej lokalizacji Zamawiającego. Nie posiadając wyników badania warunków technicznych Wykonawca nie będzie w stanie określić czy będzie wymagana inwestycja w obszarze infrastruktury technicznej w danej lokalizacji Zamawiającego. W konsekwencji wnosił o podanie przepustowości.

W ramach zarzutu 2e) Odwołujący odnosił się do pkt 3 lit. f str. 77 OPZ (SIWZ) i pkt 4 lit. b str. 78 OPZ (SIWZ) Zamawiający wymagał od Wykonawcy dostarczenia dostępu do internetu w poszczególnych lokalizacjach o gwarantowanej przepustowości. Dostęp do internetu o gwarantowanej przepustowości jest usługą o podwyższonej jakości i ze względu na ten fakt jego cechą charakterystyczną jest stały adres IP. Zamawiający wymaga jednak dostępu do internetu o gwarantowanej przepustowości, ale z dynamicznie, okresowo zmieniającym adresem IP co jest cechą usługi dostępu do internetu o obniżonej jakości. W konsekwencji wnosił o usunięcie tej sprzeczności.

W ramach zarzutu 2f) Odwołujący odnosił się do pkt 2 lit. d str. 75 OPZ (SIWZ)

25

Zamawiający wymaga od Wykonawcy, aby ten zapewnił dostęp do wszystkich serwisów internetowych. W konsekwencji wnosił o wykreślenie tego warunku.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu 1a) dotyczącego braku cen jednostkowych - Zamawiający uwzględnił niniejszy zarzut i dokonał modyfikacji postanowień SIWZ pismem z 05.07.2012 r. (str. 8 -9), tzn. sporządził formularz, tj. cennik cen jednostkowych miesięcznych abonamentów (zał. A1 do SIWZ), jak i zmienił Rozdz. V pkt 2 ppkt 3 SIWZ nakazując uwzględnienie wprowadzonego formularza w cenie oferty (str. 5 pisma z dnia 05.07.2012 r.)

i dołączenie do oferty (str. 6-7 pisma z dnia 05.07.2012 r.). Powyższe potwierdził w ramach odpowiedzi na odwołania (str. 3).

W konsekwencji, Izba oddaliła zarzut z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp.

Odnosnie zarzutu 1b) dotyczącego wzoru służącego do obliczenia ceny opcji - Zamawiający dokonał poprawy wyliczenia wzoru służącego do obliczenia ceny opcji pismem z 05.07.2012 r. (str. 2-4), nadto w ramach odpowiedzi na odwołanie zwrócił uwagę na spotkanie z wykonawcami, które miało miejsce w dniu 04.07.2012 r. Stwierdził, że podczas niniejszego spotkania przedstawiono prezentację (prezentacja na spotkanie Wykonawców z dnia 04.07.2012 r.) oraz przykładowe wyliczenie maksymalnej ceny Prawa Opcji dla Usługi Transmisji Danych dla fikcyjnego cennika na spotkanie Wykonawców z dnia 04.07.2012 r. W toku rozprawy Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1337/12, jak i Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1349/12 oraz KIO 1353/12 podtrzymali zarzuty dotyczące przedmiotowego wzoru matematycznego dojścia do ceny opcji. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1337/12 podczas rozprawy, jak i w ramach pisma z dnia 10.07.2012 r. złożonego podczas rozprawy zakwestionował wyczerpujący charakter wyjaśnień udzielonych podczas spotkania z 04.07.2012 r. w szczególności w zakresie tzw. kroku 3, 6, 7 oraz komórki U15. Podkreślał zawili i obszerny charakter wzoru (9 stron specyfikacji – Rozdz. V pkt 3 SIWZ).

Izba uwzględniła niniejszy zarzut, jednocześnie biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, modyfikację żądania Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1337/12, jak i Odwołujących w sprawie o sygn. akt: KIO 1349/12 oraz KIO 1353/12 w zakresie podobnego zarzutu podczas rozprawy, nakazując usunięcie z Rozdz. V pkt 3 SIWZ niniejszego wzoru matematycznego w jego obecnym kształcie (9 stron SIWZ, tj. od 8 do 16). W ocenie Izby, z uwagi na jego niejednoznaczny, skomplikowany charakter jedynym kryterium oceny ofert winna pozostać cena oferty w podstawowym zakresie. Względem kwestii prawa opcji i wzoru matematycznego (jako kryterium oceny ofert) Izba odniesie się także przy rozpatrywaniu zarzutów w ramach odwołań o sygn. akt: KIO 1349/12 oraz KIO

26

1353/12. Jednocześnie podkreśla, że usunięcie prawa opcji w jego aktualnym kształcie nie pozostało bez wpływu na decyzje Izby w zakresie przedmiotowego zarzutu.

Odnosnie zarzutu 2a) dotyczącego integracji systemów - Zamawiający dokonał zmiany postanowień SIWZ pismem z dnia 05.07.2012 r. (str. 18-19), co potwierdził w ramach odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 06.07.2012 r. – str. 3). W toku rozprawy Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1337/12 podtrzymał niniejszy zarzut i przedstawił dodatkową argumentację, jak i zmienił żądanie odnoszące się do przedmiotowego zarzutu wnosząc o nadanie pkt 3.3 str. 68 OPZ (SIWZ) określonego brzmienia.

Izba uwzględniła niniejszy zarzut, biorąc pod uwagę stanowisko stron przedstawione na rozprawie, w tym stwierdzenie Zamawiającego, że: *„integracja ma mieć miejsce przez komunikat SNMP”*. Uznając, że w celu uniknięcia ewentualnej wykładni rozszerzającej nakazuje modyfikację pkt 3.3 str. 68 OPZ (SIWZ) w następujący sposób – zgodny z wnioskiem Odwołującego z rozprawy i pisma z dnia 10.07.2012 r.: *„Wykonawca umożliwi przekazywanie z urządzeń dostępowych CE lub centralnego systemu monitorowania Wykonawcy (po uzgodnieniu z Zamawiającym), trapów SNMP w wersji co najmniej v2 do systemu monitorowania Zamawiającego.”* Izba uznała, że modyfikacja z 05.07.2012 r. nie czyniła zadość żądaniu Odwołującego, co zostało potwierdzone w toku rozprawy, zaś nakazana zmiana jednoznacznie określa, że poprzez formę integracji uznaje się tylko i wyłącznie udostępnienie trapów SNMP.

Odnosnie zarzutu 2b) dotyczącego średniego czasu odpowiedzi dla lokalizacji Grupy II i III - Zamawiający dokonał zmiany postanowień SIWZ pismem z dnia 05.07.2012 r. (str. 13-17), co potwierdził w ramach odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 06.07.2012 r. – str. 4-7). W toku rozprawy Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1337/12 podtrzymał niniejszy zarzut i przedstawił dodatkową argumentację popartą pismem z dnia 10.07.2012 r., jak i zmienił żądanie odnoszące się do przedmiotowego zarzutu wnosząc, aby wartości średnich czasów odpowiedzi dla Grupy III były takie same jak dla Grupy II.

Izba oddaliła zarzut, uznając biorąc pod uwagę całość sprawy, tzn. stan rzeczy ustalony w toku postępowania, w tym także modyfikację z dnia 05.07.2012 r. w zakresie pkt 3.10 tabela 2 OPZ średniego czasu odpowiedzi dla lokalizacji Grupy II i III (Odwołujący podtrzymał zarzut na rozprawie, uznając, że mimo modyfikacji postanowień SIWZ,

Zamawiający dokonał niniejszego nie w sposób oczekiwany przez Odwołującego (w odwołaniu), za uzasadnione stanowisko Zamawiającego istniejącymi po jego stronie potrzebami. Nie przychyliła się w konsekwencji do wniosku Odwołującego z rozprawy odnośnie nakazania określenia parametrów średniego czasu odpowiedzi dla III Grupy przepustowości, w taki sam sposób, jak dla Grupy II. Zamawiający podkreślił, że jest gotów zapłacić Wykonawcy za zapewnienie wymaganych parametrów i nie narzuca sprzętu za

27

pomocą, którego zostanie Zamawiającemu niniejsze zagwarantowane. Izba wzięła pod uwagę pismo Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1337/12 z dnia 10.07.2012 r., jak i dołączony do niego obrazowy rysunek, jednakże nie zmieniło niniejsze stanowiska Izby w zakresie przedmiotowego zarzutu.

Odnośnie zarzutu 2c) dotyczącego QoS - Zamawiający nie dokonał zmian postanowień SIWZ w zakresie pkt 4 ppkt 2 lit f – str. 75 OPZ (SIWZ). Stanowisko przedstawione przez Zamawiającego w ramach odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 06.07.2012 r.) potwierdza brak modyfikacji w tym zakresie (str. 7). Podczas rozprawy Odwołujący nie przedstawił żadnej dodatkowej argumentacji.

W konsekwencji, Izba oddaliła zarzut. Podkreśla, że Odwołujący generalnie wskazał na posiedzeniu i rozprawie w dniu 10.07.2012 r., że w zakresie zarzutów uwzględnionych w całości nie będzie przedstawiał podczas rozprawy swojej argumentacji. Analiza modyfikacji z dnia 05.07.2012 r., jak i odpowiedzi na odwołanie nie wskazuje na jakąkolwiek modyfikację postanowień SIWZ w zakresie pkt 4 ppkt 2 lit f – str. 75 OPZ (SIWZ). W ramach odpowiedzi na odwołanie Zamawiający udzielił swoistych wyjaśnień. Odwołujący za wyjątkiem formalnego podtrzymania nie przedstawił żadnej dodatkowej argumentacji. W konsekwencji biorąc pod uwagę powyższe, w tym wyjaśnienia z odpowiedzi na odwołanie, Izba uznała, że udzielone wyjaśnienia Zamawiającego satysfakcjonują Odwołującego. Nadto, Izba stwierdza, że Odwołujący w ramach odwołania skupił swoją argumentację na mechanizmie, a nie na priorytetyzacji ruchu (a tego dotyczyło zakwestionowane postanowienie SIWZ). W żaden sposób Odwołujący nie udowodnił, że taka priorytetyzacja nie jest możliwa.

Odnośnie zarzutu 2d) dotyczącego braku wartości przepustowości w usłudze Internet B - Zamawiający uwzględnił niniejszy zarzut i dokonał modyfikacji postanowień SIWZ – w zakresie pkt 4 ppkt 3 lit. a str. 76 OPZ (SIWZ) - pismem z dnia 05.07.2012 r. (str. 17, 20-24). Powyższe potwierdza także stanowisko wynikające z odpowiedzi na odwołania (str. 7-8). Odwołujący za wyjątkiem formalnego podtrzymania nie przedstawił żadnej argumentacji.

W konsekwencji, Izba oddaliła zarzut z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp.

Odnośnie zarzutu 2e) dotyczącego gwarancji pasma i dynamicznych adresów IP - Zamawiający uwzględnił niniejszy zarzut i dokonał modyfikacji postanowień SIWZ – w zakresie pkt 4 ppkt 3 lit. f str. 77 OPZ (SIWZ) i pkt 4 ppkt 4 lit. b str. 78 OPZ (SIWZ) - pismem z dnia 05.07.2012 r. (str. 17-18). Powyższe potwierdza także stanowisko wynikające z odpowiedzi na odwołania (str. 8). Odwołujący za wyjątkiem formalnego podtrzymania nie przedstawił żadnej argumentacji.

W konsekwencji, Izba oddaliła zarzut z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp.

28

Odnośnie zarzutu 2f) dotyczącego dostępu do wszystkich serwisów internetowych – Zamawiający względem pkt 4 ppkt 2 lit. d – str. 75 OPZ (SIWZ) jednoznacznie oddalił niniejszy zarzut w ramach odpowiedzi na odwołanie (str. 9). Niniejsze stanowisko podtrzymał podczas rozprawy przedstawiając jednocześnie jakie były intencje i cel takiego postanowienia SIWZ. Odwołujący w tym zakresie przedłożył pismo z dnia 10.07.2012 r. w ramach, którego zmienił, jak i na rozprawie w dniu 10.07.2012 r. żądanie odnoszące się do przedmiotowego zarzutu wnosząc o nadanie pkt 4 ppkt 2 lit. d – str. 75 OPZ (SIWZ) określonego brzmienia.

Izba uwzględniła zarzut, biorąc pod uwagę całość sprawy, tzn. stan rzeczy ustalony w toku postępowania, w tym stanowisko wyrażone przez Zamawiającego na rozprawie, który stwierdził, że: „*celem niniejszego postanowienia było zabezpieczenie się Zamawiającego na wypadek awarii po stronie Wykonawcy lub działania serwisów filtracyjnych*”. W konsekwencji

nakazując doprecyzowanie aktualnego postanowienia pkt 4 ppkt 2 lit. d – str. 75 OPZ (SIWZ) poprzez dodanie: „(...), tzn. zabezpieczy Zamawiającego na wypadek wystąpienia zdarzeń związanych z uruchomieniem filtracji ruchu przechodzącego przez urządzenia Wykonawcy (czyli przed działaniem serwisów filtracyjnych) oraz na wypadek awarii po stronie Wykonawcy m.in. usterek, błędów w konfiguracji urządzeń Wykonawcy skutkujących niedostępnością określonych zasobów internetowych dla Zamawiającego.”.

Biorąc pod uwagę uwzględnienie zarzutu 1b), 2a) oraz 2f) odwołania, Izba uznała, że odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1337/12 podlega uwzględnieniu na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1349/12 - Netia S.A.:

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

Zamawiający w ramach modyfikacji postanowień SIWZ (pismo z dnia 05.07.2012 r.) dokonał zmiany postanowień SIWZ m.in. w zakresie zarzutów objętych odwołaniem o sygn. akt: KIO 1349/12. Niniejsze zostało potwierdzone także w ramach odpowiedzi na odwołania (pismo z dnia 06.07.2012 r.), w tym odwołanie o sygn. akt: KIO 1349/12 w ramach której Zamawiający potwierdził uwzględnienie części zarzutów i dokonanie zmiany postanowień SIWZ. Na posiedzeniu i rozprawie w dniu 10.07.2012 r. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1349/12 - Netia S.A. oświadczył, że zarzuty trzeci i czwarty jego odwołania zostały uwzględnione przez Zamawiającego w całości. Ocenę niniejszego stanu rzeczy pozostawia KIO. W pozostałym zakresie podtrzymuje wszystkie zarzuty odwołania.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7, 29 oraz 87 ust.1 Pzp. Nadto, art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych oraz art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia

29

2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Wskazał, że Zamawiający w każdym stadium postępowania obowiązany jest stosować się do art. 7 Pzp, a przy opisie przedmiotu zamówienia uwzględniać art. 29 Pzp. Analiza SIWZ w niniejszym postępowaniu prowadzi do wniosków, że obie zasady wyrażone w Pzp nie zostały zachowane. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią, co nie ma miejsca. Niejasny opis sposobu obliczenia ceny i opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty może to doprowadzić do sytuacji, że rzeczywista cena oferty nie zostanie wyliczona prawidłowo. Skutkować to może koniecznością prowadzenia między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczącej złożonej oferty, co jest zabronione w art. 87 ust. 1 Pzp. W konsekwencji prowadzić to będzie do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający powinien brać pod uwagę także, że wydatkuje środki publiczne, a zgodnie z art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Wprowadzenie wygórowanych kar umownych będzie miało odzwierciedlenie w cenie ofert wykonawców, którzy kalkulować muszą swoje ryzyko. W efekcie ryzyko kar zostanie przerzucone na Zamawiającego w postaci wyższej ceny oferty. Zarazem art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych stanowi, iż naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji. W konsekwencji sformułował na tej podstawie następujące szczegółowe zarzuty:

Zarzut I - dotyczący § 2 ust. 18 projektu umowy - przełączenie użytkowników z obecnej sieci WAN. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1349/12 wnosił o dopisanie w § 2 ust. 18 zdania: Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za przerwę w pracy sieci WAN w przypadku, gdy przerwa ta wynika z przyczyn leżących po stronie dotychczasowego wykonawcy lub brak współpracy Zamawiającego z wykonawcą przy przełączaniu Użytkowników.

Zarzut II – dotyczący § 3 projektu umowy - prawo opcji. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1349/12 wnosił o usunięcie § 3 projektu umowy w całości i wprowadzenie do SIWZ możliwości udzielania zamówień uzupełniających.

Zarzut III – dotyczący § 7 ust. 3 projektu umowy - miesięczny raport świadczenia

usługi, jako podstawa płatności. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1349/12 wnosił o wprowadzenie terminu, nie dłuższego niż 3 dni robocze na akceptację Miesięcznego Raportu świadczenia Usługi.

30

Zarzut IV – dotyczący § 7 ust.4 projektu umowy - wynagrodzenie za faktycznie świadczone usługi. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1349/12 wnosił o zmianę § 7 ust. 4 zdanie drugie na następujące: Wynagrodzenie Wykonawcy za dany okres rozliczeniowy nie obejmuje opłat za okres nieświadczenia Usługi w poszczególnych lokalizacjach z winy Wykonawcy.

Zarzut V – dotyczący § 8 projektu umowy - kary umowne. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1349/12 wnosił o usunięcie zapisów o podwójnym naliczaniu kar za to samo zdarzenie, wprowadzenie wysokości kwot kar umownych wyliczonych, jako % opłaty miesięcznej, usunięcie lub ewentualnie zmniejszenie, o co najmniej 50 % kar umownych za zdarzenia opisane w § 8 ust. 6 do 13 projektu umowy.

Zarzut VI – dotyczący § 11 projektu umowy - odstąpienie i rozwiązanie umowy. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1349/12 wnosił o usunięcie § 11 ust. 2 pkt 1 i 2, § 11 ust. 6 i 7 projektu umowy, wprowadzenie prawa do wypowiedzenia umowy przez Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, w szczególności w przypadku opóźnienia z zapłatą za świadczone usługi za okres nie dłuższy niż 3 miesiące, z jednoczesnym prawem żądania przez Wykonawcę od Zamawiającego kary umownej w wysokości 20% kwoty maksymalnego wynagrodzenia o której mowa w § 7 ust. 1 projektu umowy.

Zarzut VII – dotyczący § 12 ust.13 projektu umowy - prawo zawieszenia usług. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1349/12 wnosił o usunięcie § 12 ust 13 projektu umowy.

Zarzut VIII – dotyczący Rozdz. V SIWZ - opis sposobu obliczenia ceny. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1349/12 wnosił o poprawienie wzoru matematycznego na obliczenie ceny opcji.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu I dotyczącego § 2 ust. 18 projektu umowy - przełączenie użytkowników z obecnej sieci WAN, Zamawiający oddalił niniejszy zarzut w ramach odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 06.07.2012 r.) /str. 26/. Niniejsze stanowisko podtrzymał na rozprawie wskazując, że istnieją możliwości techniczne przełączenie użytkowników z obecnej sieci WAN dotychczasowego Wykonawcy bez jego pośrednictwa. Powyższe było przedmiotem polemiki ze strony Odwołującego, który uznał, że co najmniej w odniesieniu do braku współpracy Zamawiającego, żądanie zawarte w odwołaniu jest nadal aktualne. Przy czym, uzyskane wyjaśnienia Zamawiającego nadal generalnie były kwestionowane na rozprawie przez Odwołującego /możliwość filtracji świadczonej usługi na rzecz Zamawiającego przez obecnego Wykonawcę/.

31

Izba uwzględniła zarzut, biorąc pod uwagę całość sprawy, tzn. stan rzeczy ustalony w toku postępowania, decyzją całego składu orzekającego nakazując dodanie na końcu § 2 ust. 18 projektu umowy nowego zdania: „Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za ponosi odpowiedzialności za przerwę w pracy sieci WAN w przypadku, gdy przerwa ta wynika z przyczyn leżących po stronie dotychczasowego wykonawcy lub braku współpracy Zamawiającego z wykonawcą przy przełączaniu Użytkowników”. Izba wskazuje, że w jej ocenie w toku przełączanie ponad 700 lokalizacji (zał. nr 2 do umowy) prawdopodobieństwo zaistnienia przerw w pracy sieci WAN z przyczyn leżących po stronie dotychczasowego wykonawcy lub braku współpracy Zamawiającego z wykonawcą przy przełączaniu Użytkowników jest znaczne.

Odnosnie zarzut II – dotyczącego § 3 projektu umowy - prawo opcji, Zamawiający oddalił niniejszy zarzut w ramach odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 06.07.2012 r.) /str. 27/. Niniejsze stanowisko podtrzymał na rozprawie wskazując na uwarunkowania towarzyszące niniejszemu postępowaniu i konieczność zagwarantowania Ministerstwu Finansów niezbędnej obsługi w raz z wejściem systemów E-Podatki oraz E-Cło. Podnosił

także, że nie można zastosować zamówień uzupełniających z uwagi na przekroczenie obwarowania wynikającego z przepisów regulujących możliwość skorzystania z tego rodzaju zamówień. Nadto, wykluczył ewentualne przeprowadzenie dodatkowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym wobec wejścia wskazywanych systemów E-Podarki oraz E-Cło. Powyższym tłumaczył także zastosowanie prawa opcji w kształcie wynikającym z postanowień SIWZ (także Rozdz. I pkt 4 ppkt 4.1 do 4.7).

Izba uwzględniła zarzut, biorąc pod uwagę całość sprawy, tzn. stan rzeczy ustalony w toku postępowania, decyzją całego składu orzekającego nakazując usunięcie prawa opcji w obecnej postaci, tj. § 3 projektu umowy, a w konsekwencji także pkt 4 ppkt 4.1 do 4.7 z Rozdz. I SIWZ i wprowadzenie do postanowień SIWZ, ale także ogłoszenia o zamówieniu możliwości udzielania zamówień uzupełniających. Izba wskazuje, że docenia poziom pracy włożony przez Zamawiającego w określenie zakresu prawa opcji, jednakże nie może nawet uwzględniając aktualne i przyszłe potrzeby Zamawiającego zachować postanowienia SIWZ w ich aktualnym kształcie. Należy podkreślić, że w toku rozprawy Zamawiający oświadczył, że zrezygnował z zamówień uzupełniających na rzecz prawa opcji, wobec wyliczeń, z których wynikało, że wartość ewentualnych zamówień uzupełniających przekroczy 50 % wartości zamówienia. Izba uznała, że mimo braku wyraźnego ograniczenia takiego jak w zamówieniach uzupełniających, nie było celem Ustawodawcy stworzenie podstawy prawnej do zaistnienia sytuacji w ramach której zamówienie podstawowe „obligatoryjne” będzie wobec zamówienia objętego prawem opcji miało charakter mniejszościowy. Powyższe potwierdza stanowisko wyrażone w Informatorze UZP nr 4 z 2011 r., czy też

32

publikacji PARPu oraz UZP z 2011 r.: „Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”, wyd. I, Rozdz. 3, str. 31-33 /Pr. Opcji/ z którego wynika, że prawo opcji umożliwia Zamawiającemu w kalkulowaniu w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia pewnego marginesu realizacji tegoż zamówienia (str. 32). W przedmiotowym stanie faktycznym *de facto* prawo opcji jest zamówieniem podstawowym, a zamówienie podstawowe niewielką opcją w skali całego zamówienia. Izba uznała, że obecny stan rzeczy można zakwalifikować jako działanie stanowiące obejście przepisów Pzp. Nadto, należy wskazać, że zarówno zakres objęty prawem opcji, jak i okoliczności, w jakich dojść może do skorzystania z prawa opcji, powinny być opisane zgodnie z zasadami stosowanymi przy opisie przedmiotu zamówienia, tzn. w sposób jednoznaczny, wyczerpujący oraz umożliwiający Wykonawcy złożenie oferty. Izba pragnie zauważyć, że brak określenia w § 3 minimalnej liczby miejsc, w której nastąpi zmiana, tzn. zwiększenie przepustowości stanowi istotny element stanowiący czynnik, w wyniku którego całe ryzyko gospodarcze kontraktu z tym związane zostaje przerzucone na Wykonawcę. W efekcie rzetelny Wykonawca będzie musiał od samego początku zapewnić optymalną przepustowość bez względu na rodzaj zastosowanej technologii. W innym wypadku poniesie podwójne koszty na początku, jak i po zmianie przepustowości na większą. Dodatkowo, Izba zauważa, że prawo opcji nie może być rozwiązaniem pozwalającym na dowolne, oparte na niejasnych podstawach rozszerzenie pierwotnie określonego przedmiotu umowy.

Izba uznała, że w obecnym kształcie prawo opcji swoim zakresem, tj. skala względem zamówienia podstawowego przekracza poziom, który biorąc pod uwagę sposób opisanie § 3 projektu umowy umożliwia skalkulowanie ceny ofertowej (z tej przyczyny także nakaz usunięcia wzoru dojścia do ceny opcji), jak i pozostawia w niepewności (nawet przy uwzględnieniu opcjonalnego, czyli fakultatywnego charakteru prawa opcji) co do zakresu, jaki uda się zrealizować w ramach umowy.

Izba podkreśla, że nakaz usunięcia prawa opcji oraz wprowadzenia zamówień uzupełniających, dotyczy prawa opcji w jego aktualnym kształcie i skali. W ocenie Izby, nie ma przeszkód, aby zamówienie przewidywało prawo opcji, lecz jako pewny margines realizacji całego zamówienia, nie zaś jego przeważającą część. Stanowisko wyrażone w cytowanej powyżej publikacji dopuszcza możliwość równoczesnego przewidzenia prawa opcji, ale również zamówień uzupełniających, w tym winien Zamawiający upatrywać kierunek zmian w SIWZ, które pozwolą skalkulować w sposób rzetelny cenę ofertową Wykonawcom.

Odnosnie zarzut III – dotyczącego § 7 ust. 3 projektu umowy - miesięczny raport świadczenia usługi, jako podstawa płatności. Zamawiający uwzględnił niniejszy zarzut i dokonał modyfikacji postanowień SIWZ pismem z 05.07.2012 r. (str. 10), choć w ramach § 6 ust. 5 projektu umowy. Powyższe potwierdził w ramach odpowiedzi na odwołania (str. 27).

Odwołujący w tym zakresie wskazał na posiedzeniu i rozprawie, że miało miejsce uwzględnienie w całości.

W konsekwencji, Izba oddaliła zarzut z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp.

Odnosnie zarzut IV – dotyczącego § 7 ust. 4 projektu umowy - wynagrodzenie za faktycznie świadczone usługi. Zamawiający uwzględnił niniejszy zarzut i dokonał modyfikacji postanowień SIWZ pismem z 05.07.2012 r. (str. 10-11) w ramach § 7 ust. 4 projektu umowy. Powyższe potwierdził Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołania (str. 27). Odwołujący w tym zakresie wskazał na posiedzeniu i rozprawie, że miało miejsce uwzględnienie w całości.

W konsekwencji, Izba oddalił zarzut z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp.

Odnosnie zarzut V – dotyczącego § 8 projektu umowy - kary umowne. Zamawiający oddalił niniejszy zarzut w ramach odpowiedzi na odwołania (str. 27- 29). Podtrzymał niniejsze na rozprawie wskazując, w zakresie karania Odwołującego za to samo odnosząc się do § 8 ust. 3 projektu umowy, że chodzi o dwie różne usługi (niedostępność usługi lub internetu i każdego Użytkownika) i nie może być mowy o karaniu dwa razy za to samo. Porównywanie przedmiotu zamówienia z postępowaniem odbywającym się cztery lata temu do aktualnego stanu jest nie adekwatne z uwagi na nowe projekty informatyczne realizowane w ministerstwie. W toku swojego stanowiska Zamawiający wskazywał na orzeczenie Izby wskazane w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający stwierdził również, iż nie mógł się przychylić do żądania Odwołującego odnośnie wysokości kar umownych obliczanych jako procent - opłaty miesięcznej, gdyż odsetki oraz straty wynikające z nie funkcjonowania sieci VAN, a które ponosiłby Zamawiający nie były adekwatne do kar umownych. Jako przykład podaje nie dotrzymanie terminu subwencji na rzecz samorządu terytorialnego. Odwołujący z kolei zwracał uwagę, że jeśli Użytkownik nie będzie działał, wtedy i usługa nie będzie funkcjonować. Nieadekwatność kar umownych do charakteru usług.

Izba uwzględniła zarzut częściowo, częściowo oddalając. Izba podzieliła (uwzględniając w konsekwencji zarzut w tym zakresie) stanowisko Odwołującego odnośnie niebezpieczeństwa podwójnego naliczania kar umownych i celem przeciwdziałania tego rodzaju sytuacjom nakazuje dodanie do § 8 ust. 3, 4 i 5 projektu umowy na końcu dodatkowego zdania: „*W wypadku zbiegu kilku kar umownych Zamawiający będzie naliczał jedną karę umowną o najwyższej wartości*”. Powyższa nakazana modyfikacja ma charakter nadrzędny nad ewentualnymi innymi postanowieniami projektu umowy i każda interpretacja projektu umowy dokonana przez Zamawiającego musi niniejsze postanowienie uwzględniać. W pozostałym zakresie, tzn. wprowadzenia wysokości kwot kar umownych wyliczonych, jako % opłaty miesięcznej, usunięcia lub ewentualnie zmniejszenia, o co najmniej 50 % kar umownych za zdarzenia opisane w § 8 ust. 6 do 13 projektu umowy, Izba oddaliła zarzut.

Uznając, że z uwagi na dyscyplinujący charakter umownych i potrzeby Zamawiającego wykazane na rozprawie brak jest podstaw do uczynienia zadość niniejszym żądaniom. Nadto, należy stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał, że zdarzenia zagrożone karami umownymi nie zależą od należytej staranności Wykonawcy, są elementami siły wyższej, czy są też uwarunkowane niedogodnościami istniejącymi po stronie Zamawiającego.

Odnosnie zarzutu VI – dotyczącego § 11 projektu umowy - odstąpienie i rozwiązanie umowy. Zamawiający oddalił niniejszy zarzut w ramach odpowiedzi na odwołania (str. 29-31). Podtrzymał niniejsze na rozprawie wskazując, że możliwość odstąpienia po trzech latach wynika z uwzględnienia przez Zamawiającego możliwości stworzenia centralnego węzła WAN (§ 11 ust. 6 i 7 projektu umowy). Zamawiający odnośnie żądania odwołującego wprowadzenia kar umownych za opóźnienia w płatności wskazuje jak w odpowiedzi na odwołanie, iż nie mógł uwzględnić żądania Odwołującego odnośnie wprowadzenia kary umownej za opóźnienia w płatności z uwagi na brak możliwości prawnej, gdyż taka kara jest możliwa w przypadku świadczeń niepieniężnych. W tym zakresie tak jak wskazywał w odpowiedzi na odwołanie dopuścił możliwość zapłacenia odsetek ustawowych. Względem zastrzeżenia dla siebie możliwości wyrażenia zgody na realizację usług przez podmioty trzecie wyjaśnił, że jest to konieczne z uwagi na zachowanie bezpieczeństwa np. na lotniskach (§ 11 ust. 2 pkt 1 projektu umowy). W zakresie prawa odstąpienia za nie

uruchomienie w ciągu 7 dni świadczenia usługi wyjaśnia, że niniejsze obostrzenie wynika z konieczności zagwarantowania, iż z dniem 01.01.2014 r. sieć WAN będzie funkcjonowała (§ 11 ust. 2 pkt 2 projektu umowy). Odwołujący odnośnie zawnioskowanej w ramach odwołania kary umownej rzędu 20% wyjaśnił, że nie jest to kara za niezapłacenia rachunków przez Zamawiającego, ale za odstąpienie od umowy z jego winy. Podtrzymał także wniosek odnośnie wykreślenia możliwości odstąpienia od umowy w wypadku braku zgody na wykonywanie umowy przez podmiot trzeci. Przy czym wskazywał, że można zastosować § 11 ust. 2 pkt 3 tylko trzeba go dostosować na taką ewentualność.

Izba częściowo uwzględniła zarzut, częściowo oddaliła. Odnośnie § 11 ust. 6 projektu umowy, Izba uwzględniła zarzut, przy czym uznała, że zasadnym jest nakazanie modyfikacji poprzez zmianę: „Zamawiający ma prawo wypowiedzenia umowy w przypadku ograniczenia wydatków publicznych, za 3 – miesięcznym okresem wypowiedzenia, a Wykonawca zrzeka się roszczeń odszkodowawczych z tego tytułu”. Izba zauważyła, że pierwotne postanowienie miało szerszy charakter i w konsekwencji zostaje usunięte: „(...) z ważnych przyczyn, w szczególności (...)”. Odnośnie § 11 ust. 7 projektu umowy, Izba oddaliła zarzut, w tym zakresie, decyzją całego składu orzekającego, uznając, że wobec usunięcia prawa opcji w jego aktualnym kształcie, zasadnym jest pozostawienie niniejszego postanowienia projektu umowy dotyczącego możliwości wcześniejszego wypowiedzenia umowy po 30 miesiącach.

35

Odnośnie § 11 ust. 2 pkt 1 projektu umowy, Izba oddaliła zarzut, wskazując, że pisemna zgoda na udział podmiotu trzeciego jest uwarunkowana potrzebami Zamawiającego przedstawionymi na rozprawie, nadto nie jest to obowiązek, lecz prawo, z którego Zamawiający nie musi korzystać. Odnośnie § 11 ust. 2 pkt 2 projektu umowy, Izba oddaliła zarzut, uznając, że możliwość odstąpienia jest uwarunkowana potrzebami Zamawiającego, w tym koniecznością uruchomienia usługi od 01.01.2014 r., nadto także jest to prawo, a nie obowiązek Zamawiającego.

Odnosząc się generalnie do obu ostatnich zdarzeń zagrożonych odstąpieniem od całości lub części umowy, w ocenie Izby nie było zamiarem Zamawiającego przeprowadzanie postępowania przetargowego, podpisywanie umowy i odstępowanie od niej z uwagi na zaistnienie błahych powodów. W ocenie Izby, ewentualne skorzystanie z niniejszych podstaw prawnych do odstąpienia od umowy będzie oceniane przez Zamawiającego rozważnie, zaś każdy przypadek będzie także oceniany indywidualnie. W przeciwnym wypadku, Zamawiający straci zaufanie Wykonawców względem instytucji, która reprezentuje, co niechybnie odbije się na jego dalszych kontaktach handlowych i w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Dodatkowo, Izba wskazuje, że odwołanie się do art. 145 Pzp, jak wnioskował także Odwołujący w odwołaniu, byłoby działaniem tylko pozornie właściwym zwłaszcza z uwagi na przesłankę: „(...) czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy (...)”.

Izba nie przychyliła się do żądania Odwołującego wprowadzenia do umowy prawa do jej wypowiedzenia przez Wykonawcę. W tym zakresie, podzieliła stanowisko wyrażone przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, że zastrzeżenie kary umownej za niewykonanie całości lub części zobowiązania pieniężnego będzie nieważne. Dodatkowo wskazuje na postępowanie reklamacyjne oraz odsetki ustawowe wprowadzone przez Zamawiającego modyfikacją z dnia 05.07.2012 r. (str. 11 - § 7 ust.13 i 14 projektu umowy).

Odnośnie zarzut VII – dotyczącego § 12 ust. 13 projektu umowy - prawa zawieszenia usług. Zamawiający dokonał pismem z dnia 05.07.2012 r. (str. 24-25) modyfikacji § 12 ust. 13 oraz § 12 ust. 23 projektu umowy. Potwierdził niniejsze w ramach odpowiedzi na odwołanie (str. 31-32). Odwołujący podtrzymał zarzut na rozprawie, stwierdził, że modyfikacja Zamawiającego jest dalej idąca, iż powoduje konieczność zaprzestania wykonywania usługi z 30 dniowym wypowiedzeniem. W tym zakresie wskazuje także na art. 145 Pzp. Uznał, że Zamawiający może zrezygnować z każdego łączy z 30 dniowym wypowiedzeniem. Zamawiający w odpowiedzi wykluczył możliwość zaprzestania świadczenia usługi we wszystkich lokalizacjach. Strony w dalszej części rozprawy pozostały przy swoich stanowiskach.

36

Izba uwzględniła zarzut, przy czym nakazuje dodanie do § 12 ust. 13 projektu umowy dodatkowego zdania: „Zamawiający zastrzega, że zaprzestanie udostępniania Usługi Transmisji Danych i/lub Usługi Dostępu Do Sieci Internet będzie dotyczyło wyłącznie zmiany lokalizacji i nie może stanowić podstawy do żądania zaprzestania udostępniania całości Usługi Transmisji Danych i/lub Usługi Dostępu Do Sieci Internet objętej Umową”. Na marginesie Izba wskazuje, że z modyfikacji dokonanych przez Zamawiającego w § 12 ust. 23 projektu umowy wynika, że Wykonawcy każdorazowo są właścicielami sprzętu i urządzeń służących do realizacji usługi na rzecz Zamawiającego.

Odnosnie zarzut VIII – dotyczącego Rozdz. V - opisu sposobu obliczenia ceny, tzn. wzoru matematycznego na obliczenie ceny opcji. W tym zakresie, Izba analogicznie, jak w wypadku zarzutu 1b) odwołania o sygn. akt: KIO 1337/12 uwzględniła zarzut, nakazując usunięcie wzoru matematycznego na obliczenie ceny opcji w jego obecnym kształcie. Izba dodatkowo wskazuje, że ewentualne wprowadzenie prawa opcji, lecz nie w obecnym kształcie, przy nakazie wprowadzenia zamówień uzupełniających nie musi generować konieczności formułowania wzoru matematycznego na obliczenie, czy też dojścia do ceny opcji (z uwagi na to, że w ocenie Izby prawo opcji winno stanowić pewny margines realizacji całego zamówienia). W przeciwnym wypadku, Izba zastrzega, że wzór dojścia do ceny opcji nie powinien obejmować 9 stron specyfikacji i zostać uproszczony.

Biorąc pod uwagę uwzględnienie zarzutu I, II, VII i VIII oraz częściowo V i VI odwołania, Izba uznała, że odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1349/12 podlega uwzględnieniu na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1353/12 - EXATEL S.A.:

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zamawiający w ramach modyfikacji postanowień SIWZ (pismo z dnia 05.07.2012 r.) dokonał zmiany postanowień SIWZ m.in. w zakresie zarzutów objętych odwołaniem o sygn. akt: KIO 1353/12. Niniejsze zostało potwierdzone także w ramach odpowiedzi na odwołania (pismo z dnia 06.07.2012 r.), w tym odwołanie o sygn. akt: KIO 1353/12 w ramach której Zamawiający potwierdził uwzględnienie części zarzutów i dokonanie zmiany postanowień SIWZ. Na posiedzeniu i rozprawie w dniu 10.07.2012 r. oraz 11.07.2012 r. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1353/12 - EXATEL S.A. oświadczył, że podtrzymuje w całości wszystkie zarzuty. Jednocześnie zastrzega, iż w zakresie zarzuty siódmego odwołania nie przedstawi żadnej dodatkowej argumentacji z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego tego zarzutu w całości. Precyzuje, iż chodzi o zarzut niewłaściwego opisu odbioru

37

przedmiotu zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2, art. 91 ust. 2 Pzp, jak również innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania, poprzez: 1) ustalenie zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia, możliwego do dotrzymania wyłącznie przez dotychczasowego operatora; 2) umożliwienie realizacji przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu urządzeń używanych co przy tym zakresie rzeczowym zamówienia w sposób bezsporny uprzywilejowuje dotychczasowego operatora; 3) nieopisanie w sposób wyczerpujący i jednoznaczny zakresu prawa opcji, w zakresie niezbędnym dla umożliwienia jego wy ceny; 4) zastrzeżenie uprawnienia Zamawiającego do likwidacji lokalizacji bez prawa do odszkodowania dla Wykonawcy (pkt 3.15 zał. 1 do SIWZ); 5) nieopisanie w sposób wyczerpujący i jednoznaczny dopuszczalnych zmian w konfiguracjach usług (pkt 3.16-3.18 zał. 1 do SIWZ); 6) ustanowienia kryterium oceny ofert nieodnoszącego się do przedmiotu zamówienia; 7) nieopisanie w stopniu wyczerpującym i jednoznacznym procedur odbioru przedmiotu zamówienia; 8) ustalenia wysokości kar umownych, o których mowa w § 8 ust. 1 i 2 Umowy, na zbyt wysokim poziomie; 9) zastrzeżenie uprawnienia dla Zamawiającego do możliwości wypowiedzenia umowy przy zachowaniu 3-miesięcznego okresu wypowiedzenia w przypadku braku środków finansowych bez prawa do odszkodowania dla Wykonawcy.

Zarzut I – w zakresie krótkiego terminu realizacji zamówienia. Wnosił o wydłużenie terminu realizacji zamówienia do 18 miesięcy (z 12), tak aby zapewnić równą konkurencję między wykonawcami a dotychczasowym operatorem sieci.

Zarzut II (lub też IIa) – w zakresie dopuszczenia realizacji przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu urządzeń używanych (wskazał na naruszenie art. 29 ust.1 i 2 Pzp).

Wnosił o modyfikację SIWZ w sposób, który zakłada wykorzystanie przez wykonawców sprzętu fabrycznie nowego, co z jednej strony zagwarantuje Zamawiającemu dostępność usługi na zakładanym poziomie, z drugiej wyrówna szanse wykonawców ubiegających się o udzielenie im zamówienia.

Zarzut III (lub też IIb) – prawa opcji. Wnosił o nakazanie modyfikacji SIWZ, w tym wzoru Umowy, w sposób pozwalający na skalkulowanie oferty, tzn. doprecyzowanie oferty w zakresie położenia lokalizacji, ewentualnie o przyznanie wykonawcy uprawnienia do odmowy realizacji zgłoszenia w przypadku gdyby nie istniały możliwości techniczne lub organizacyjne wykonania usługi na warunkach określonych we wzorze umowy.

Zarzut IV (lub też III) – odnośnie pkt 3.15 zał. nr 1 do umowy, tj. możliwość likwidacji lokalizacji bez prawa do odszkodowania dla wykonawcy. Wnosił o wykreślenie zapisu, ewentualnie o określenie max liczby lokalizacji, z których rezygnacji Zamawiający będzie uprawniony.

Zarzut V (lub też IV) – odnośnie pkt 3.16-3.18 zał. nr 1 do umowy, tj. możliwość jednostronnego żądania dokonywania zmian w lokalizacjach, jak i konfiguracjach

38

zamawianych usług /dotyczy zamówienia nie objętego prawem opcji, czyli zamówienia podstawowego/. Podniósł, że takie ukształtowanie postanowienia umownego stanowi w swej istocie ukrytą zmianę umowy, która powinna być kalkulowana dopiero w momencie zaistnienia okoliczności ją uzasadniających na zasadach opisanych w SIWZ zgodnych z art. 144 Pzp. Wnosił o zmodyfikowanie powyższych zapisów SIWZ w taki sposób, by uczynić z nich zmiany umowy, o których mowa w art. 144 Pzp.

Zarzut VI (lub też V) – odnośnie Rozdz. XV SIWZ, Odwołujący stwierdził, że jedynym kryterium oceny ofert jest cena, która stosownie do postanowień Rozdz. V pkt 3 SIWZ składa się z sumy cen: podstawowej oraz opcji. Wskazał na naruszenie art. 91 ust. 2 Pzp. Wnosił o dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie ustalonego kryterium oceny ofert poprzez pozostawienie jako jedynego kryterium ceny oferty w podstawowym zakresie.

Zarzut VII (lub też VI) – odnośnie § 6 wzoru umowy, tj. procedury odbioru. Wnosił o doprecyzowanie postanowień w zakresie procedur odbioru, tak aby uczynić zadość wymaganiom art. 29 ust. 1 Pzp.

Zarzut VIII (lub też VII) – odnośnie § 8 kar umownych. Wnosił po pierwsze, o przyjęcie wynagrodzenia stanowiącego podstawę wyliczenia kary umownej, wyliczenia podstawowego, o którym mowa w § 7 ust. pkt 1 wzoru umowy. Po drugie, w § 8 ust. 3, ust. 4 oraz ust. 5 wzoru umowy wskazywał na zbieg kar umownych. Po trzecie, zastrzeżenie kary umownych w rażąco wygórowanej wysokości, w szczególności dotyczy to kar, o których mowa w § 8 ust. 3 i ust. 4. Wnosił o zmniejszenie wysokości kar umownych o 70%, o których mowa w § 8 ust. 3, 4, 5 zaś kar, o których mowa w pozostałych ustępach o 50%.

Zarzut IX (lub też VIII) – odnośnie zastrzeżenia przez Zamawiającego możliwość wypowiedzenia umowy z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia bez prawa do odszkodowania dla wykonawcy, czy też nie przewidzenia opłat jednorazowych z tytułu zestawienia i uruchomienia usługi. Wnosił o modyfikację § 7 wzoru umowy w ten sposób, iż zostanie wyodrębniona opłata jednorazowa z tytułu zestawienia i uruchomienia Usługi dla pojedynczej lokalizacji, tak aby w przypadku wypowiedzenia umowy, wykonawca miał zagwarantowany zwrot poniesionych kosztów, a w przypadku gdyby Zamawiający nie wyrażał zgody na powyższe, wnosił o wykreślenie postanowienia § 11 ust. 6 wzoru umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu I dotyczącego § 2 ust.1 wzoru umowy. Zamawiający oddalił zarzut w ramach odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 06.07.2012 r.) /str. 9-10/. Podtrzymał niniejsze stanowisko na rozprawie. Odwołujący zmodyfikował swoje żądanie na rozprawie wnosząc o zmianę postanowień SIWZ - termin wykonania usługi będzie do 1 stycznia 2014 r. lecz nie krócej niż 12 miesięcy. Zamawiający stwierdził, że w jego ocenie znajduje się tam postanowienie, o które wnioskuje Odwołujący na rozprawie.

39

Izba oddaliła zarzut, w jej ocenie postanowienia § 2 ust.1 wzoru umowy: „Wykonawca zobowiązany jest do uruchomienia Usług w terminie maksymalnie 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy lecz nie wcześniej niż 1 stycznia 2014r. (...)”, czynią zadość żądaniu

wyrażonemu przez Odwołującego na rozprawie: „(...) termin wykonania usługi będzie do 1 stycznia 2014 r. lecz nie krócej niż 12 miesięcy (...)”. Odwołujący wnioskował – nie krócej niż 12 miesięcy. W ocenie Izby niniejszy wniosek mieści się w obowiązującym brzmieniu wzoru umowy, nic bowiem nie stoi na przeszkodzie, aby Wykonawca zrealizował zamówienie w terminie nie krótszym niż 12 miesięcy.

Odnosnie zarzutu II (lub też IIa) – w zakresie dopuszczenia realizacji przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu urządzeń używanych (wskazał na naruszenie art. 29 ust.1 i 2 Pzp). Zamawiający oddalił zarzut w ramach odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 06.07.2012 r.) /str.10 -13/. Odwołujący podczas rozprawy nie przedstawił żadnej dodatkowej argumentacji.

Izba oddaliła zarzut, w jej ocenie stanowisko Zamawiającego wyrażone w dopowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, czyni zarzut bezprzedmiotowym. Potwierdza niniejsze, zachowanie Odwołującego na rozprawie, który jedynie formalnie podtrzymał zarzut nie przedstawiając żadnej dodatkowej argumentacji. Zamawiający podczas rozprawy w kontekście innych zarzutów wielokrotnie podkreślał, że zamawia usługę, a nie sprzęt, którego właścicielem będzie przez cały czas Wykonawca, nie interesuje go w konsekwencji w jaki sposób usługa będzie mu świadczona, w kontekście wykorzystywanego sprzętu, czy też urządzeń.

Odnosnie zarzutu III (lub też IIb) – prawa opcji. Izba częściowo uwzględniła zarzut w zakresie dotyczącym prawa opcji, w konsekwencji przywołuje argumentację przedstawioną w ramach odwołania o sygn. akt: KIO 1349/12. W ocenie Izby, brak możliwości sprecyzowania miejsca położenia nowych lokalizacji, obok możliwości skrajnej zmiany – podwyższenia – przepustowości stanowi dodatkowy element przemawiający za usunięciem postanowień SIWZ dotyczących prawa opcji w ich aktualnym brzmieniu (dotyczy tak § prawa opcji, jak i Rozdz. I pkt 4 ppkt 4.1-4.7 SIWZ). Przy czym, Izba nie przychyliła się do wniosku Odwołującego (oddalając zarzut) w zakresie przyznania odmowy realizacji zgłoszenia, w wypadku braku istnienia możliwości technicznych lub organizacyjnych wykonania usługi na warunkach określonych w umowie, Izba uznała, że niniejszy wniosek został sformułowany w szerszym kontekście, nie tylko w odniesieniu do prawa opcji, zaś Zamawiający z uwagi na specyfikę i konieczność zabezpieczenia swoich potrzeb wskazanych przykładowo na rozprawie nie może przystać na tego typu prawo Wykonawcy. Odwołujący w toku rozprawy nie zaprzeczył istniejącym możliwościom technicznym pozwalającym chociażby przejściowo na świadczenie usług przed zagwarantowaniem ich w sposób tradycyjny w miejscach trudno

40

dostępnych. Zamawiający w swoim stanowisku jednoznacznie stwierdził, że jest gotów „zapłacić” za ryzyko i trudności związane ze świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia, przy czym nie ukrywał, że w niektórych sytuacjach (z uwagi na uwarunkowania terenowe) mogą zaistnieć trudności w jej świadczeniu, którym nie zaprzeczyli Wykonawcy, przy czym nie wykazali, że mogą zaistnieć sytuacje zupełnie wykluczające wykonanie usługi.

Odnosnie zarzutu IV (lub też III) - pkt 3.15 zał. nr 1 do umowy. Zamawiający w ramach modyfikacji postanowień SIWZ z dnia 05.07.2012 r. (str. 18) dokonał dookreślenia kiedy będzie miała miejsce likwidacja usługi – „*wykonanie likwidacji usługi u Użytkowników zgodnie ze zleceniami Zamawiającego, w szczególności w przypadku zmiany struktury organizacyjnej jednostki, zmiany lokalizacji lub likwidacji jednostki*”. Powyższe potwierdza odpowiedź na odwołanie (str.13 - 14). W jej ramach wyjaśnił przyczyny dokonanej modyfikacji, a w konsekwencji brak możliwości uczynienia zadość żądaniom z odwołania w zakresie niniejszego zarzutu. Podczas rozprawy Odwołujący podtrzymał w zakresie niniejszego zarzutu żądanie określenia max. liczby lokalizacji, z których rezygnacji Zamawiający będzie uprawniony, wskazując konkretne liczby. Zamawiający jednoznacznie wykluczył możliwość przychylenia się do przedstawionej propozycji.

Izba uwzględniła zarzut częściowo, uznając, że mimo modyfikacji z dnia 05.07.2012 r. i dokonaniem dookreślenia kiedy będzie miała miejsce likwidacja usługi, konieczna jest dalsza zmiana postanowień SIWZ. W pierwszej kolejności nakazując zmianę w treści pkt 3.15 ustalonej modyfikacją z 05.07.2012 r. poprzez usunięcie sformułowania: „*w szczególności*”. Następnie stwierdzając, że Izba uznała argumentację Zamawiającego (oddalając zarzut w tym zakresie) odnosnie braku możliwości określenia maksymalnej liczby lokalizacji, z których rezygnacji Zamawiający będzie uprawniony w toku realizacji zamówienia. Przy czym chcąc zabezpieczyć Wykonawcę przed całkowitą arbitralnością

Zamawiającego i biorąc pod uwagę argumentację Odwołującego z rozprawy nakazuje dodatkowo wprowadzić dodatkowe zdanie w pkt 3.15: „Zamawiający zastrzega, że likwidacja usług u Użytkowników, nie uprawnia Zamawiającego do żądania likwidacji usług u wszystkich Użytkowników”. Izba niejako – jako „rekompensatę” wobec częściowego oddalenia zarzutu wskazuje, że w ramach ostatniego z rozpatrywanych zarzutów nakazała wprowadzenie opłat instalacyjnych.

Odnosnie zarzutu V (lub też IV) - pkt 3.16 -3.18 zał. nr 1 do umowy. Zamawiający określił w ramach zał. nr 1 do umowy /zamówienie podstawowe bez prawa opcji/: „3.16 wykonaniu zmiany miejsca świadczenia do 80 Usług Transmisji Danych (przy założeniu, że do 65 usług będzie miało przepustowość z Grupy I oraz do 15 usług będzie miało przepustowość z Grupy II) do innych lokalizacji Użytkownika. Najpóźniej w terminie do 90 dni kalendarzowych przed rozpoczęciem świadczenia Usługi Zamawiający

41

podaje zaktualizowany Załącznik nr 2 – Spis lokalizacji resortu finansów, w którym usługi mogą być świadczone (w sumie zmiana może dotyczyć do 10 innych miejsc niż w momencie podpisania Umowy). Zapewnienie zmiany miejsca świadczenia usług nie dotyczy lokalizacji kategorii SLA A. Przeniesione usługi będą eksploatowane od momentu uruchomienia każdej z nich potwierdzonej Protokołem odbioru usługi (wzór protokołu zawiera Załącznik 4 do Umowy) podpisanym przez Wykonawcę i przez przedstawiciela Użytkownika, 3.17 wykonaniu zmiany miejsca świadczenia usług Internet B w liczbie do 6 lokalizacji, 3.18 wykonaniu, zgodnie ze zleceniami Zamawiającego, zmniejszenia przepustowości dla Usługi Transmisji Danych u Użytkowników w ilości nie większej niż 70 w trakcie świadczenia Usługi z czego do 50 w ramach Grupy I i do 20 w ramach Grupy II”. Zamawiający oddalił zarzut w ramach odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 06.07.2012 r.) /str. 14-16/. Podczas rozprawy obie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Izba oddaliła zarzut. Należy zauważyć, że Zamawiający wielokrotnie podkreślał, że zamawia usługę i w żaden sposób nie ogranicza Wykonawcy odnośnie wyposażenia sprzętowego za pomocą którego zostanie ona mu zagwarantowana. Nadto, Izba wskazuje, że w odróżnieniu od przepustowości w prawie opcji, w tym wypadku chodzi o jej zmniejszenie w ramach części podstawowej „obligatoryjnej” przedmiotu zamówienia. Jednocześnie, Izba stwierdza, że postanowienia SIWZ dotyczą wymiernych potrzeb Zamawiającego, które wykazał w toku rozprawy. Biorąc pod uwagę wskazanie maksymalnych wielkości, wprowadzenie opłat instalacyjnych i brak niebezpieczeństwa objęcia niniejszymi zmianami wynikającymi z potrzeb Zamawiającego całości zamówienia, Izba oddaliła zarzut, nie uznając niniejszych, jako kwalifikujących się pod art. 144 Pzp. Przyjęta przez Zamawiającego konwencja opisu przedmiotu zamówienia nie objęta prawem opcji jest w ocenie Izby do przyjęcia.

Odnosnie zarzutu VI (lub też V) - dotyczącego Rozdz. XV SIWZ, w kontekście postanowień Rozdz. V pkt 3 SIWZ, tj. wzoru matematycznego dojścia do ceny opcji. W tym zakresie, Izba konsekwentnie uwzględniła zarzut, podtrzymując stanowisko odnośnie wzoru matematycznego dojścia do ceny opcji, nakazując usunięcie w tym zakresie Rozdz. V pkt 3 SIWZ. Izba przywołuje stanowisko wyrażone w zakresie rozpatrywania podobnych zarzutów zawartych w odwołaniu o sygn. akt: KIO 1337/12 oraz o sygn. akt: KIO 1349/12.

Odnosnie zarzutu VII (lub też VI) - § 6 wzoru umowy, tj. procedury odbioru. Zamawiający uwzględnił niniejszy zarzut w ramach modyfikacji postanowień SIWZ (pismo z dnia 05.07.2012 r.) /str. 9-10/. Potwierdza to również odpowiedź na odwołanie (str. 17). Odwołujący w tym zakresie wskazał na posiedzeniu i rozprawie w dniu 10.07.2012 r. oraz 11.07.2012 r., że miało miejsce uwzględnienie w całości.

W konsekwencji, Izba oddaliła zarzut z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp.

42

Odnosnie zarzutu VIII (lub też VII) - § 8 wzoru umowy - kar umownych. Zamawiający uwzględnił niniejszy zarzut w ramach pisma z dnia 05.07.2012 r. i zmodyfikował § 8 ust. 1 i 2 wzoru umowy, tzn. przyjęcie wynagrodzenia stanowiącego podstawę wyliczenia kary umownej, wyliczenia podstawowego, o którym mowa w § 7 ust. pkt 1 wzoru umowy. Powyższe potwierdza odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 06.07.2012 r.) /str. 17/.

Odwołujący w tym zakresie wskazał na rozprawie w dniu 11.07.2012 r., że miało miejsce uwzględnienie w całości. W konsekwencji, Izba oddaliła zarzut w tym zakresie z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp.

W pozostałej części Zamawiający oddalił zarzut, co potwierdza odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 06.07.2012 r.) /str. 17-19/. Niniejsze stanowisko zostało podtrzymane na rozprawie. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1353/12 odwoływał się na rozprawie w dniu 11.07.2012 r. do argumentacji podnoszonej przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1349/12 na rozprawie w dniu 10.07.2012 r. W konsekwencji, Izba uwzględniła zarzut w zakresie § 8 ust. 3, 4 i 5 wzoru umowy podobnie, jak w odwołaniu o sygn. akt: KIO 1349/12 i nakazuje analogicznie dodanie do niniejszych ustępów na końcu dodatkowego zdania: „W wypadku zbiegu kilku kar umownych Zamawiający będzie naliczał jedną karę umowną o najwyższej wartości”. Powyższa nakazana modyfikacja ma charakter nadrzędny nad ewentualnymi innymi postanowieniami projektu/wzoru umowy i każda interpretacja projektu umowy dokonana przez Zamawiającego musi niniejsze postanowienie uwzględniać. Podobnie, Izba analogicznie jak w odwołaniu o sygn. akt: KIO 1349/12, Izba oddaliła zarzut, w zakresie wysokości kar umownych, pozostawiając niniejsze na dotychczasowym poziomie.

Odnosnie zarzutu IX (lub też VIII) - odnosnie zastrzeżenia przez Zamawiającego możliwość wypowiedzenia umowy z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia bez prawa do odszkodowania dla wykonawcy, czy też nie przewidzenia opłat jednorazowych z tytułu zestawienia i uruchomienia usługi. Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 06.07.2012 r.) /str.19-20/ oddalił zarzut. Powyższe stanowisko podtrzymał na rozprawie. Z kolei Odwołujący przedstawiał swoje stanowisko w tym zakresie, w szczególności odnosnie opłat instalacyjnych w szerszym kontekście innych uprawnień Zamawiającego wynikających z kar umownych, czy też wypowiedzenia, tudzież odstąpienia od umowy. Negował również stanowisko cytowane przez Zamawiającego, a przedstawione w 2008 r., jako wyjęte z kontekstu (orzeczenie KIO cytowane w odpowiedzi na odwołanie z 2008 r.). Wskazywał, że pomiędzy lokalizacjami z 2008 r., a lokalizacjami przewidzianymi w obecnym postępowaniu jest prawie dwukrotna różnica.

Izba uwzględniła częściowo zarzut w zakresie opłaty instalacyjnej i nakazuje modyfikację postanowień SIWZ poprzez wprowadzenie (przez wyodrębnienie z ceny za

43

całość Usługi) przez Zamawiającego opłat instalacyjnych z tytułu zestawienia i uruchomienia usługi dla pojedynczej lokalizacji.

Izba oddaliła zarzut w zakresie żądania Odwołującego wprowadzenia do postanowień SIWZ (wzoru umowy) możliwości wypowiedzenia przez Odwołującego umowy i zrzeczenia się z tego tytułu przez Zamawiającego prawa do odszkodowania. Należy wskazać, że zawsze Wykonawca może wypowiedzieć umowę na zasadach ogólnych, Izba nie może w takiej sytuacji pozbawić Zamawiającego prawa dochodzenia odszkodowania z tego tytułu.

Biorąc pod uwagę uwzględnienie zarzutu VI (lub też V) oraz częściowo III (lub też IIb), IV (lub też III), VIII (lub też VII), jak i IX (lub też VIII) odwołania, Izba uznała, że odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1353/12 podlega uwzględnieniu na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 1337/12, sygn. akt: KIO 1349/12, sygn. akt: KIO 1353/12 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członek:

.....

.....