

Sygn. akt: KIO 2124/11

WYROK

z dnia 13 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Rafał Komoń**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 października 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w **dniu 30 września 2011 r.** przez wykonawcę: **Netia S.A. ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Al. Jana Pawła II nr 70, 00-175 Warszawa**,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie.**
2. Nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób wskazany w treści uzasadnienia wyroku.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Al. Jana Pawła II nr 70, 00-175 Warszawa**,

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Netia S.A. ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego: **Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Al. Jana Pawła II nr 70, 00-175 Warszawa** na rzecz odwołującego: **Netia S.A. ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych

zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego na „Zakup usług telekomunikacyjnych, przesyłu danych z usługami dodatkowymi oraz zestawienie łączy teletransmisyjnych,” (Dz. Urz. UE 2011/S 181-295017, z 21.09.2011), w dniu 30 września 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało złożone odwołanie w formie pisemnej przez wykonawcę: Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), opublikowanej na stronie internetowej zamawiającego w dniu w dniu 21 września 2011 r.

Powołując się na interes w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie zmian postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 4 do SIWZ, w sposób przez siebie postulowany, gdyż uznał, że zamawiający: Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie naruszyła przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), tj. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ustawy, poprzez:

Zarzut 1. Wprowadzenie w § 2 ust. 2 projektu umowy maksymalnego terminu obowiązywania umowy, przy jednoczesnym wskazaniu 48 - miesięcznego okresu jej obowiązywania,

- wnioskowana zmiana: postanowień w § 2 ust. 2 projektu umowy poprzez pozostawienie wyłącznie 48 - miesięcznego okresu obowiązywania umowy, bez wskazywania jej maksymalnego terminu.

W uzasadnieniu podał: termin obowiązywania umowy jest istotnym elementem umowy, w szczególności dla wykonawcy. Wiedza na temat okresu obowiązywania przekłada się wprost na kalkulację oferty każdego wykonawcy. Przy pierwotnym brzmieniu SIWZ nie jest możliwe dokonanie założenia, że umowa będzie obowiązywała przez okres 48 miesięcy, skoro zamawiający wyznaczył datę końcową na 31.12.2015 r. Zamawiający powinien wziąć pod uwagę wszystkie potencjalne możliwości, które mogą spowodować przesunięcie terminu zawarcia umowy, a więc przesunięcie terminu składania ofert, wniesienie środków ochrony prawnej, składanie wyjaśnień do oferty. Na chwilę obecną nie jest jasno i precyzyjnie ustalone kiedy umowa o świadczenie usług będzie mogła być zawarta i nie można w ten sposób obliczyć faktycznego okresu obowiązywania umowy. A każdy miesiąc opóźnienia w

jej zawarciu, począwszy od stycznia 2012 r., będzie skracał okres obowiązywania umowy. A to z kolei spowoduje, że wykonawca mimo swojej najlepszej woli, nie uzyska zakładanego przychodu ze świadczonych usług.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu, podał, że ustanowienie końcowej daty realizacji zamówienia wynika ze sposobu ustalania budżetu jednostki. Stosownie do treści art. 103 ustawy o finansach publicznych plan wieloletni może obejmować wydatki w okresie 48 miesięcy od ostatniej aktualizacji planu. Jednocześnie umowa nie może przekroczyć wartości zaplanowanej w budżecie na ten cel. Zgodnie z warunkami finansowania ma on zagwarantowane środki na zaciągnięciu zobowiązań z tego tytułu nie dłużej niż do 31 grudnia 2015 r. Z tego powodu uczynił w § 2 ust. 2 wzoru umowy kwestionowane zastrzeżenie. W sytuacji gdy dojdzie do zawarcia umowy przed 1 stycznia 2012 r., to wówczas będzie obejmowała pełny okres 48 miesięcy. Wycena zakładana w warunkach umowy dotyczy okresu miesięcznego w oparciu o cennik usług podany w ofercie wykonawcy uwzględniając również okoliczność zastrzeżonych zmian co do zakresu świadczenia usługi i warunków w okresie jej realizacji.

Zarzut 2. Zobowiązanie wykonawcy w § 3 ust. 1 pkt 3 do rozpoczęcia świadczenia usług w terminie 5 miesięcy od daty zawarcia umowy, z czego 60 dni od daty zawarcia umowy jest przeznaczony na uzgadnianie z zamawiającym projektu technicznego wykonania usługi,

- wnioskowana zmiana: terminu realizacji usługi na 7 miesięcy liczone od dnia akceptacji projektu technicznego przez zamawiającego, ewentualnie wydłużenie terminu realizacji usługi do 9 miesięcy licząc od dnia podpisania umowy.

W uzasadnieniu podał: wyznaczenie odpowiedniego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi jest jedną z kluczowych decyzji zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający założył, że usługa dla ponad 300 lokalizacji ma być aktywowana w okresie 5 miesięcy, przy czym aż 2 miesiące z tego przewidział dla uzgadniania projektu technicznego z wykonawcą. W praktyce, więc czas na realizację usługi wynosi 3 miesiące. Termin aktywacji usługi powinien być zastrzeżony wyłącznie dla wykonawcy. Sytuacja, jaką stworzył zamawiający w SIWZ jest nie do zaakceptowania, z tego względu że zamawiający będzie miał istotny wpływ na termin aktywacji usługi. Uzgadnianie projektu technicznego nie powinno odbywać się w czasie przeznaczonym na przygotowanie uruchomienia usług. Bez uzgodnionego projektu technicznego wykonawca nie podejmie decyzji, co do sposobu świadczenia usługi, skoro zamawiający ma prawo odmówić akceptacji projektu lub go zmienić. Wykonawca nie będzie wdrażał rozwiązania, które za chwilę może okazać się nie do zaakceptowania dla zamawiającego. Wprowadzenie terminu

aktywacji usługi liczonego od dnia zaakceptowania projektu technicznego spowoduje, że zamawiającemu przede wszystkim będzie zależało na szybkiej i sprawnej akceptacji projektu technicznego. Bo wykonawcę i tak obligują kary umowne narzucone przez zamawiającego (§ 8 ust. 1 pkt 4 umowy) i zmiana tego założenia w SIWZ nie spowoduje opieszałości wykonawcy. Obawa wykonawcy o przedłużanie przez zamawiającego uzgodnienia projektu technicznego kosztem czasu na aktywację usługi jest uzasadniona. Zamawiający nie jest podmiotem, który zajmuje się profesjonalnie świadczeniem usług telekomunikacyjnych. On zleca te usługi wyspecjalizowanym podmiotom, oczekując usług o określonej jakości. Z drugiej jednak strony gwarantuje sobie udział w ustalaniu z wykonawcą szczegółów technicznych i ingerencji w swoiste know-how wykonawcy. Jeżeli więc, zamawiający chce mieć wpływ na techniczne aspekty świadczonej usługi, poprzez akceptację projektu technicznego, to okres niezbędny na aktywację usługi zgodnie z projektem technicznym zaakceptowanym przez zamawiającego powinien być przeznaczony tylko na realizację założeń uzgodnionego projektu. Niezależnie od powyższego wskazał też na termin, jaki wyznaczył zamawiający wykonawcom na rozpoczęcie świadczenia usługi dla ponad 300 lokalizacji na obszarze całego kraju. Przedmiot zamówienia jest usługą dedykowaną dla zamawiającego. Oczywistym jest zatem fakt, że większość wykonawców, którzy chcieliby przystąpić do tego postępowania może nie posiadać we wskazanych lokalizacjach zamawiającego zakończenia swojej sieci. Trudno bowiem wymagać od każdego wykonawcy, aby posiadał w każdej lokalizacji potencjalnego swojego klienta zakończenie sieci. Wyznaczając termin aktywacji usługi zamawiający powinien brać pod uwagę wszystkie istotne elementy, które mogą wpływać na aktywację usługi, a więc przede wszystkim czasochłonność procesu inwestycyjnego, lokalizacje, w których zamierza korzystać z usługi, możliwe technologie. A także to, że nie tylko dotychczasowy dostawca usług będzie brał udział w postępowaniu. Sama budowa łączy jest procesem czasochłonnym i wiąże się z podjęciem przez pracowników wykonawcy szeregu działań. Tam gdzie wykonawca zamierza wybudować łączy telekomunikacyjne muszą być brane pod uwagę także takie czynniki jak warunki atmosferyczne, czy ukształtowanie terenu. Chociażby uzyskanie pozwolenia na zajęcie pasa drogowego pokazuje, jaki czas zajmuje ten element procesu budowy łączy. Uzyskanie tylko pozwolenia na zajęcie pasa drogowego zająć może do 4 miesięcy i czas ten wynika z wielu obowiązków nałożonych na podmiot, który takie pozwolenie zamierza uzyskać. Zgodnie z art. 40 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych zajęcie pasa drogowego na cele niezwiązane z budową, przebudową, remontem, utrzymaniem i ochroną dróg wymaga zezwolenia zarządcy drogi, w drodze decyzji administracyjnej. Termin na wydanie decyzji administracyjnej określa kodeks postępowania administracyjnego. Zgodnie z nim organ ma 30 dni na jej wydanie, a w przypadkach szczególnie skomplikowanych nawet 2 miesiące. Zanim jednak zostanie złożony wniosek o wydanie

pozwolenia to zgodnie z § 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 1 czerwca 2004 r. w sprawie określenia warunków udzielania zezwoleń na zajęcie pasa drogowego do wniosku muszą być dołączone:

- 1) szczegółowy plan sytuacyjny w skali 1:1000 lub 1:500, z zaznaczeniem granic i podaniem wymiarów planowanej powierzchni zajęcia pasa drogowego (...),
- 2) zatwierdzony projekt organizacji ruchu, jeżeli zajęcie pasa drogowego wpływa na ruch drogowy lub ogranicza widoczność na drodze albo powoduje wprowadzenie zmian w istniejącej organizacji ruchu pojazdów lub pieszych.

Wskazana w pkt 1 i 2 dokumentacja też wymaga odpowiedniego czasu na jej uzyskanie. Zgodnie z art. 27 ust.2 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. Prawo geodezyjne i kartograficzne inwestorzy są obowiązani uzgadniać usytuowanie projektowanych sieci uzbrojenia terenu z właściwymi starostami. Szczegóły tych uzgodnień określa rozporządzenie Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 2 kwietnia 2001 r. w sprawie geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu oraz zespołów uzgadniania dokumentacji projektowej. Zgodnie z § 11 tego rozporządzenia treść uzgodnienia wyrażana jest w formie opinii, wydawanej z upoważnienia starosty przez przewodniczącego zespołu, a opinię tą wydaje się inwestorowi w terminie 14 dni od dnia przedłożenia wniosku. W uzasadnionych przypadkach termin ten może być przedłużony do 30 dni. Przy czym niezajęcie stanowiska przez zespół w tych terminach uznaje się za brak zastrzeżeń do przedstawionego projektu. Określony w pkt 2 powyżej obowiązek zatwierdzenia projektu organizacji ruchu następuje na podstawie rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 23 września 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków zarządzania ruchem na drogach oraz wykonywania nadzoru nad tym zarządzaniem. Zgodnie z § 6 organizację ruchu zatwierdza, na podstawie projektu organizacji ruchu, organ zarządzający ruchem właściwy dla danej drogi. Co więcej, zgodnie z § 7 pkt 3 do przedstawionego do zatwierdzenia projektu organizacji ruchu powinny być dołączone opinie komendanta miejskiego Policji - w przypadku projektu obejmującego drogę położoną w mieście na prawach powiatu lub w mieście stołecznym Warszawie, z wyjątkiem autostrady i drogi ekspresowej. Istotne jest to, że żaden akt prawny nie określa terminu, w jakim powinna być ta sprawa załatwiona, co w praktyce przekłada się na czas od 1 do 2 tygodni. Nie można oczywiście pominąć czasu, jaki potrzebuje wykonawca na przygotowanie tych wniosków i map. Powyższy przykład projektu inwestycyjnego pokazuje, że wykonawca nie ma wpływu w procesie uzgadniania projektu inwestycyjnego na terminy określone przez obowiązujące przepisy prawa. Podkreślił, iż są to tylko terminy na uzyskanie administracyjnych pozwoleń. A przecież wykonawca musi wybudować łącza. I te wszystkie okoliczności powinien wziąć pod uwagę zamawiający ustalający termin rozpoczęcia świadczenia usług. Wynika to także z orzecznictwa KIO. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2009 roku (sygn. akt KIO/UZP 874/09) Izba przychyliła się do zarzutu odwołującego, iż wyznaczenie zbyt

krótkiego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi telekomunikacyjnej jest naruszeniem art. 29 ustawy Pzp. W przywołanym postępowaniu, stwierdzono iż nawet przy świadczeniu usług poprzez dzierżawę łączy od innego operatora (a nie budowę własnych), czas niezbędny na wykonanie niektórych tylko czynności prowadzących do dzierżaw), - musi być uwzględniony przez zamawiającego. Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że kwestia ustalania realnych terminów wykonania zamówienia była już w 2006 roku przedmiotem wyroku Zespołu Arbitrów UZP z dnia 27.02.2006 roku (znak: UZP/ZO/0-533/06 - źródło: LEX nr 181920). Teza ww. wyroku brzmi: Określenie terminu rozpoczęcia realizacji usług powinno uwzględniać skalę przedsięwzięcia oraz uwarunkowania techniczne i organizacyjne świadczenia usługi. Okolicznością mającą szczególne znaczenie jest to, iż ww. wyrok wydany został w sprawie dotyczącej zamówienia, którego przedmiotem były usługi telekomunikacyjne. W sprawie cytowanej powyżej przeprowadzona została przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrola udzielanego zamówienia. Stwierdzono wady polegające na niewłaściwym wyznaczeniu terminu realizacji zamówienia. Postępowanie obarczone wadą unieważniono. Rozpatrując odwołanie arbitrzy szczegółowo rozważali kwestię odpowiedniego terminu wykonania zamówienia, posiłkowali się również opinią Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Przeprowadzona analiza doprowadziła do konkluzji, że termin rozpoczęcia realizacji usług jest istotnym elementem postępowania, nie może być dowolny, a jak wskazuje stan faktyczny cytowanego orzeczenia, niewłaściwe określenie tegoż terminu może prowadzić do unieważnienia postępowania. Dodał, że wszystkie wyżej wymienione okoliczności były wzięte pod uwagę w poprzednim postępowaniu wszczętym przez zamawiającego. Wówczas zamawiający zagwarantował wykonawcom 11 miesięcy na aktywację usługi. Obecny dostawca usług, który świadczy już usługi zamawiającemu będzie w stanie dotrzymać tego terminu, bo on już wykonał większość wymaganych inwestycji w tych 11 miesiącach. Pozostali wykonawcy nie mieli takich możliwości.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu. Podnosił, iż w zał. nr 3 do wzoru umowy - opis wymagań technicznych opisał szczegółowo zawartość projektu. Przyznał jednocześnie, iż może sprawdzać ten projekt przez okres 2 miesięcy oraz przyznał, iż nie zawarł takiego postanowienia, że zobowiązany jest ten projekt sprawdzić i zaakceptować lub nie zaakceptować np. w terminie 14 dni od daty jego złożenia. Podkreślał, iż projekt podda ocenie bezzwłocznie, ponieważ zależy mu na tym, żeby usługa była jak najszybciej wdrożona. Argumentował, że projekt techniczny nie dotyka warstwy fizycznej, przez co rozumie infrastrukturę, zatem, w ocenie zamawiającego, wykonawca może przystąpić do realizacji zestawienia łączy i urządzeń w trakcie uzgadniania projektu technicznego. Zdaniem zamawiającego, nie licząc zmian w trakcie realizacji umowy, na początek uruchomienia usługi wszystkie dane techniczne dotyczące warunków jej świadczenia są podane w

specyfikacji technicznej. Projekt ma uwzględniać wymienione warunki techniczne w SIWZ, ale jednocześnie jest zindywidualizowany ze względu na określonego usługodawcę. Zamawiający przyznał, iż najbardziej czasochłonną jest budowa warstwy fizycznej, w tym kabli światłowodowych lub kabli miedzianych lub przy zastosowaniu technologii radiowej. Na tym buduje się warstwy teletransmisji z odpowiednią przepustowością pomiędzy określonymi punktami. Na bazie tych urządzeń wykonywana jest usługa transmisji danych z określoną prędkością. Zamawiający ustalając 5-miesięczny termin uruchomienia usługi zakładał, że wykonawca składający ofertę nie będzie budował sieci od podstaw, ale będzie korzystał z już istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej, bez względu na to w czyjej gestii ona się znajduje. Z wiedzy zamawiającego wynika, że żaden z potencjalnych wykonawców, który mógłby złożyć ofertę, nie będzie musiał wytwarzać tzw. warstwy fizycznej. Zamawiający podkreślał, że projekt, który ma złożyć wykonawca, nie dotyczy warstwy fizycznej, dotyczy warstw wyższych, konfiguracji urządzeń komputerowych pozwalających na świadczenie usługi o parametrach wymaganych, dlatego też uważa, że najbardziej pracochłonna, zatem i czasochłonna praca dotycząca warstwy fizycznej będzie mogła być przez wykonawcę robiona jednocześnie z projektem. W tych okolicznościach zamawiający uznał, że okres 5 miesięcy od daty zawarcia umowy jest wystarczający, uwzględniając, że udostępnił wykonawcom możliwość zapoznania się z obiektami, urządzeniami i infrastrukturą. Sieć LAN jest udostępniana usługodawcy, który podłączy tylko urządzenie końcowe zakończenia swojej sieci. Zamawiający przyznał, iż posiada infrastrukturę wewnątrz obiektów, natomiast pomiędzy jednostkami regionalnymi, biurami powiatowymi, jednostkami centralnymi będzie wykorzystywana infrastruktura dostawcy usługi. Zamawiający stwierdził, że ustalił taki termin na uruchomienie usługi przez nowego dostawcę, ze względu na to, że kończy mu się termin realizacji z poprzednim dostawcą - z końcem maja 2012 r. skończy mu się również finansowanie poprzedniej umowy. Zamawiający podał, iż nie może zmienić terminu aktywacji usługi. Uwarunkowania związane z potrzebami ciągłości działania systemów informatycznych ARiMR innymi umowami, w tym także obecnie obowiązującą powodują, że jest to krańcowy termin dla zamawiającego. W odniesieniu do kwestii braku możliwości zestawiania łączy przed zatwierdzeniem projektu technicznego, zamawiający stwierdził, że nie jest to prawdą.

Zarzut 3. Zobowiązanie wykonawcy w harmonogramie wdrożenia usługi do oddawania usługi etapami w ramach województwa i bez przypisania do każdego z etapów konkretnego województwa,

- wnioskowana zmiana: wprowadzenie do harmonogramu wdrożenia usługi konkretnych terminów oddawania poszczególnych etapów, podział etapów realizacji wg liczby lokalizacji a nie województw.

W uzasadnieniu podał: w harmonogramie wdrożenia usług zamawiający przewidział

etapy w oddawaniu tych usług w podziale na województwa. Jednakże nigdzie w SIWZ nie wskazał, w jakich konkretnie województwach wykonawca ma oddawać usługę w poszczególnych etapach. Nieprecyzyjne zapisy będą źródłem wielu wątpliwości. Czy zatem to wykonawca ma wybrać sobie dowolne województwa, w których odda usługę czy to jednak zamawiający wskaże nagle wykonawcy, w którym etapie oczekuje oddania usługi w konkretnym województwie. Ta druga ewentualność wymaga, więc od wykonawcy gotowości do oddania usługi we wszystkich lokalizacjach już w pierwszym etapie. Wątpliwości odwołującego budził też sposób oddawania usługi w podziale na województwa. Nawet gdyby zamawiający wskazał konkretne województwa w podziale na etapy to nie znajduje uzasadnienia konieczność oddawania usług w ramach województw. Zamawiający i tak wymaga aktywacji wszystkich usług w jednym okresie wyznaczonym w SIWZ. Mając na uwadze proces inwestycyjny, potencjalną dostępność własnej sieci wykonawcy, zmuszanie wykonawców do przygotowania wszystkich lokalizacji w obrębie jednego województwa - uznał za niekorzystne dla obu stron. Skoro dla zamawiającego liczy się ostateczny termin aktywacji usługi to powinien pozostawić oddawanie poszczególnych lokalizacji do uznania wykonawcy. Zamawiający nie podał konkretnie, jakie województwa mają być objęte etapem 1, 2, 3 i 4. Z SIWZ nie wynika, czy to po stronie wykonawcy będzie leżał wybór tych województw do poszczególnych etapów harmonogramu.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu, przyznał, że biorąc pod uwagę skrajny czas uzgadniania projektu, na jeden etap prac przygotowawczych do świadczenia usługi przypadłaby $\frac{1}{4}$ czasu z 3 miesięcy na uruchomienie usługi - od upływu terminu odbioru projektu. Podtrzymał stanowisko, że całość uruchomienia usługi ma być w terminie 5 miesięcy od zwarcia umowy, a nie etapowo. Zamawiający wyjaśnił, że zakres lokalizacji do wdrożenia, poza pierwszym etapem, gdzie wskazał jednostki centralne, pozostawił do dyspozycji wykonawcy, natomiast każdy z etapów powinien zakończyć się wdrożeniem usługi w 4 oddziałach regionalnych wraz z przynależnymi biurami powiatowymi. Przyznał, iż nie uruchomienie usługi w terminie określonym w harmonogramie w odniesieniu do wyznaczonej liczby i zakresu jednostek zagrożone zostało sankcją kary umownej. Argumentował, że opracował harmonogram, biorąc pod uwagę specyfikę usług świadczonych w sieci rozległej. W siedzibie Oddziału Regionalnego zgromadzone są zasoby plikowe i inne usługi dostępne przez sieć dla Biur Powiatowych z danego województwa. Budowa harmonogramu z podziałem na województwa zapewnia Agencji konieczną, efektywną komunikację Biura Powiatowego ze „swoim” Oddziałem Regionalnym. W przeciwnym przypadku (postulowany - harmonogram budowany ze wskazaniem liczby jednostek) Biuro Powiatowe komunikowało by się z Oddziałem Regionalnym przez Centralne Serwerownie, co byłoby niekorzystne dla prawidłowej pracy Biura Powiatowego, a także mogłoby powodować

przeciążenie, blokadę łącz zbierających ruch w Centralnej Serwerowni. Uwzględnienie odwołania w tym zakresie powodowałoby nadmierne obciążenie infrastruktury zamawiającego. Jeśli chodzi o wskazanie Regionów, jakie mają być zrealizowane w ramach poszczególnych etapów, to zamawiający pozostawił to do decyzji wykonawcy, z zastrzeżeniem, że cztery Regiony muszą być zrealizowane w jednym etapie. Nie jest natomiast możliwa instalacja większej liczby jednostek w końcowym okresie obowiązywania harmonogramu, ponieważ ze strony zamawiającego konieczne jest zapewnienie wsparcia podczas budowy i uruchamiania sieci. Instalacje muszą być rozłożone w czasie, zapewni to w miarę sprawne uruchamianie kolejnych lokalizacji i przenoszenie usług od obecnego operatora.

Zarzut 4. Wprowadzenie w § 3 ust. 10 projektu umowy możliwości nieograniczonej liczby zmiany parametrów usługi (co do lokalizacji lub przepustowości) w określonym terminie jednostronnie przez zamawiającego - bez zapewnienia prawa wykonawcy do odmowy wykonania takiej zmiany,

- wnioskowana zmiana: wprowadzenie w § 3 ust. 10 projektu umowy prawa wykonawcy do odmowy wykonania zlecenia w przypadku braku możliwości organizacyjnych lub technicznych, ewentualnie wprowadzenie ograniczenia w możliwości zmian parametrów usługi do 10 w całym okresie obowiązywania umowy i ograniczenia zwiększenia parametrów usługi do 2 Mbps.

Zarzut 5. Wprowadzenie w § 3 ust. 11 projektu umowy możliwości zmiany adresów poszczególnych lokalizacji oraz możliwość rezygnacji z dowolnej lokalizacji,

- wnioskowana zmiana: wprowadzenie do § 3 ust. 11 projektu umowy prawa wykonawcy do odmowy wykonania zlecenia w przypadku braku możliwości organizacyjnych lub technicznych, ewentualnie wprowadzenie ograniczenia zmian lokalizacji do 10 w okresie obowiązywania umowy i w ramach granic administracyjnych miejscowości oraz usunięcie prawa do rezygnacji z usługi w danej lokalizacji ewentualnie ograniczenie prawa rezygnacji z usług do 10 w całym okresie obowiązywania umowy,

Zarzut 6. Wprowadzenie w § 3 ust. 13 i § 5 ust. 4 projektu umowy zobowiązania wykonawcy do dokonania zmiany parametrów konfiguracji routera,

- wnioskowana zmiana: wprowadzenie w § 3 ust. 13 projektu umowy prawa wykonawcy do odmowy wykonania zlecenia w przypadku braku możliwości organizacyjnych lub technicznych.

We wspólnym uzasadnieniu dla punktu 4,5 i 6 odwołujący podał: zamawiający uzależnia zmiany parametrów usługi (§ 3 ust. 10 umowy), konfiguracji routera (§ 3 ust. 13

umowy) od możliwości organizacyjnych i technicznych oraz wymaga zmiany adresów lokalizacji (§ 3 ust 11 umowy), ale z drugiej strony wymaga wykonania zlecenia od dnia jego złożenia. Brakuje, więc w tej procedurze prawa wykonawcy do odmowy wykonania tego zlecenia właśnie ze względów organizacyjnych lub technicznych. Brak wykonania zmian powoduje w konsekwencji naliczanie dotkliwych kar umownych. (§ 8 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 umowy). Zachodzi w przekonaniu odwołującego, niekonsekwencja w zapisach powodującą wątpliwości interpretacyjne, co jest niedopuszczalne w świetle art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Wątpliwości budzi też sama intencja tych postanowień. Zamawiający daje sobie niczym nieograniczone prawo do zmiany parametrów usługi. Możliwe więc są żądania kilku-, kilkunasto, a nawet kilkudziesięciokrotnego zwiększenia przepustowości, które generować będą po stronie wykonawcy koszty trudne do przewidzenia na etapie składania oferty i podpisywania umowy. Przykładem może być przypadek, w którym lokalizacja zamawiającego podłączona jest z wykorzystaniem radiolinii, a zamawiający wymaga zwiększenia przepustowości portu do 500Mbps, które możliwe jest do realizacji wyłącznie przy pomocy sieci światłowodowej. Wymagać to będzie zmiany technologii z radiowej na kablową, bo przecież teoretycznie techniczne możliwości mogą istnieć, ale koszty takiej inwestycji mogą sięgnąć wartości niewspółmiernych do pobieranego wynagrodzenia. Dlatego zamawiający powinien już na etapie SIWZ określić liczbę możliwych zmian parametrów usługi. Wprowadzenie postanowień umożliwiających zamawiającemu rezygnację z usługi w danej lokalizacji może przerodzić się w uprawnienie zamawiającego do rezygnacji ze wszystkich usług przed upływem umówionego terminu obowiązywania umowy. Tego typu uprawnienia zamawiającego nie pozwalają wykonawcom na wystarczająco pewne określenie zakresu obejmującego przedmiot zamówienia. Zamawiający domaga się zapewnienia infrastruktury pozwalającej na świadczenie usługi na określonym poziomie, po czym zapowiada możliwość arbitralnego umniejszenia wielkości zamówienia - skutkującego obniżeniem wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający tym postanowieniem utrudnia określenie rentowności projektowanego przedsięwzięcia. Wykonawca winien mieć pewność, co do zakresu świadczonych przez niego usług. Trwałość stosunku prawnego powstałego wskutek przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, w wyznaczonych ramach, co do zakresu zamówienia jest wartością samoistną, rzutującą między innymi na proponowaną przez wykonawców cenę. Niepewność, co do okresu świadczenia powoduje, bowiem niepewność, co do zasad kalkulacji, a więc i wysokości jej ceny. Wiedza na temat wielkości zamówienia pozwala na dokonanie prawidłowej kalkulacji uwzględniającej zwrot poniesionych przez wykonawcę kosztów (nakładów, które wykonawcy poniosą praktycznie przed rozpoczęciem świadczenia usługi). Potwierdza to wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 września 2005 r. (sygn. akt V Ca 1110/04): „Wykonawcy, przystępując do postępowania przetargowego, dokonują analizy kosztów, która wpływa następnie na

wysokość ceny, a ta z kolei jest jednym z podstawowych kryteriów oceny oferty. W zależności od wielkości zamówienia dostawca może wprowadzić określone rabaty. Musi mieć zatem pewność, że zrealizuje w przyszłości (...) zamówienie w pewnym minimalnym zakresie. Dlatego też sąd uznał, iż zapisy projektu umowy winny być zmodyfikowane w taki sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności obrotu miał możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie." Zdaniem odwołującego takie jednostronne prawo rezygnacji z usług narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem niepewność, co do długości trwania zamówienia będzie miała wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawcę.

Zamawiający nie uznał zarzutów nr 4,5 i 6 - wyjaśnił, iż postanowienia odnośnie rozliczeń, jakie ustanowił świadczą o tym, że w okresie realizacji umowy wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie za faktycznie świadczone usługi przesyłu danych do faktycznie objętych tą usługą w bieżącym miesięcznym okresie rozliczeniowym ilości jednostek organizacyjnych zamawiającego. Jeżeli zamawiający zrezygnuje ze świadczenia usług w określonej lokalizacji, to wówczas wynagrodzenie wykonawcy będzie mniejsze, a jeżeli rozszerzy świadczenie usługi, to wynagrodzenie wykonawcy będzie wyższe, uwzględniające obsługę tej dodatkowej jednostki. Jako podstawę wyceny będą przyjmowane wartości wskazane w ofercie, tzn. w formularzu ofertowym nr 1 do SIWZ, gdzie podane są ceny jednostkowe przez wykonawcę za świadczenie poszczególnych elementów usługi. Zamawiający podkreślał, że nie byłby w stanie przyjąć warunków nie uwzględniających jego potrzeb, że tylko mógłby zlikwidować w okresie realizacji umowy jedynie 10 lokalizacji lub rozszerzyć świadczenie usługi o 10 jednostek. Stwierdził, że w poprzednim okresie realizacji umowy nastąpiła zmiana lokalizacji 10 jednostek. Zamawiający powoływał się na okoliczność, iż nie jest w stanie przewidzieć rozwoju sytuacji w okresie 4 lat i zamknąć sobie możliwości wyznaczenia ilości funkcjonujących jednostek - w stosunku do swoich potrzeb. Zamawiający zaznaczał, iż przewidział jednorazowe wynagrodzenie za przeniesienie lokalizacji, czyli za likwidację w 1 lokalizacji i uruchomienie w innej lokalizacji. Powołał się na formularz ofertowy i na § 9 ust. 3 pkt 1-3 wzoru umowy - wprowadzenie jednorazowej opłaty za uruchomienie łącza. Natomiast wysokość tej opłaty kalkuluje i określa wykonawca w swojej ofercie, gdyż temu odpowiada cena jednostkowa z tego tytułu w ofercie wykonawcy. Zamawiający stwierdził, że poszukując nowej lokalizacji dla swojej działalności w pierwszym rzędzie konsultuje z dostawcą usługi przesyłania danych i możliwości ich zapewnienia w tej lokalizacji, a jeżeli wykonawca stwierdza, że nie ma takich technicznych możliwości, to albo szuka innej lokalizacji, albo domaga się od wykonawcy jej uruchomienia w wyznaczonej lokalizacji, w zależności od tego, czy sam uzna, że istnieje obiektywna możliwość uruchomienia takiej usługi, i wyznaczył w tym celu termin 3-miesięczny od daty zlecenia pod rygorem kary za nieuruchomienie. Zamawiający zaznaczył, iż ewentualne kwestie sporne w

tym zakresie byłyby poddawane rozstrzygnięciu sądowemu. Wykonawca powinien wszelkie ryzyko skalkulować w cenie tego elementu - za uruchomienie nowej lokalizacji. Zdaniem zamawiającego, sytuacja wykonawców tym zakresie byłaby jednakowa, bo nikt, łącznie z zamawiającym nie jest w stanie przewidzieć zmian, które mogą okazać się potrzebne w tym zakresie. Może nawet dojść do likwidacji podmiotu, co stwarzałoby podstawę do rozwiązania umowy w myśl innych przepisów. W bieżącym prowadzeniu działalności ARiMR nieodzwonne jest korzystanie z usług przesyłu danych we wszystkich jednostkach. Może się okazać, że zakres usługi się zwiększy. Zamawiający nie zgodził się, w warunkach jego funkcjonowania, na zagwarantowanie stałego wolumenu tej usługi. Przyznał, iż nie przewidział odrębnej odpłatności związanej ze zmianami konfiguracji routera, połączonymi ze zmianą przepływności, czy lokalizacji. Takie zmiany są ujęte w cenie abonamentu. Wyjaśnił, że wyjściowo określił w warunkach zamówienia przepustowość dla poszczególnych lokalizacji w wysokości 4 bądź 16 bądź 200 Mbit i dla poszczególnych tych przepustowości jest określona wysokość abonamentu, w sytuacji gdyby zamawiający zażądał zmian przepustowości w odniesieniu do określonej lokalizacji, tzn, że przeszłaby ona pod rozliczenia właściwego dla docelowej przepustowości łącza abonamentu. Zmiana konfiguracji np. z tytułu priorytetyzacji ruchu mieści się w cenach wyszczególnionych abonamentów. Zamawiający podkreślał, że nie może ograniczyć swoich wymagań zgłoszonych w SIWZ, dotyczących lokalizacji, do których może przenosić swoje jednostki terenowe (biura powiatowe lub oddziały regionalne), nie może wyrazić zgody na wnioskowane zapisy w SIWZ, gdyż ograniczałyby, a w niektórych przypadkach uniemożliwiałyby dokonanie wyboru optymalnej lokalizacji przez Agencję. Ograniczenie wymagane przez usługodawcę może zmuszać Agencję do wyboru lokalizacji, których koszt najmu lub inne warunki nie są możliwe do zaakceptowania przez ARiMR. Dotychczas w trakcie roku kalendarzowego zamawiający dokonywał zmian około 10 lokalizacji. Wartość ta nie może być jednak wyznacznikiem ograniczającym możliwości przeniesienia większej ilości jednostek w trakcie trwania roku. Zamawiający nie może wyrazić zgody na ograniczenie zwiększenia parametrów usługi do 2 Mbps. Przykład poruszony w odwołaniu odnoszący się do zwiększenia przepustowości do 500 Mbps mógłby dotyczyć jedynie przypadku 3 lokalizacji: CPD, ROPD dla usługi IP VPN oraz CB dla usługi punkt-punkt. Trudno sobie wyobrazić, aby przepustowości powyżej wymaganych 200 Mbps dla tych lokalizacji były realizowane inną technologią niż światłowodową. Pozostałe lokalizacje zgodnie z projektem umowy mają przepustowości określone na poziomie gdzie technologia łącz radioliniowych umożliwia dostarczenie usługi na każdym poziomie określonym przez zamawiającego. Jeżeli oferent wybiera z dostępnych, rodzaj technologii stanowiącej łącze dla określonej lokalizacji, powinien również uwzględnić możliwość potencjalnej rozbudowy do parametrów wskazanych w projekcie umowy w § 9 ust. 3. Biorąc pod uwagę powyższe oraz termin obowiązywania umowy określony w § 2 ust. 2, zamawiający poprzestał na stanowisku,

że każdy oferent jest w stanie w miarę precyzyjnie określić wartość usługi będącej przedmiotem postępowania. Zamawiający pod pojęciem zmiany konfiguracji routera rozumie wyłącznie zmianę konfiguracji programowej takich jak zmiana polityk QoS (§ 3 ust 13). Jeśli chodzi o sprzęt (router), nie narzuca ani producenta, ani modelu sprzętu. Jednocześnie wymaga, aby sprzęt prawidłowo realizował wymagane funkcje. Za dobór sprzętu do realizacji usługi odpowiada usługodawca.

Zarzut 7. Brak precyzyjnego określenia w § 5 ust. 2 projektu umowy sposobu wykonania testów akceptacyjnych,

- wnioskowana zmiana: wprowadzenie do projektu umowy opisu sposobu wykonania testów akceptacyjnych.

W uzasadnieniu podał: dokładne określenie testów akceptacyjnych ma istotne znaczenie dla obu stron umowy, z uwagi że są one podstawą do odbioru usługi. Z powodu braku sposobu określenia metodologii przeprowadzania testów mogą powstać w tym aspekcie wątpliwości interpretacyjne, co w konsekwencji może przełożyć się na brak oddania usług w terminie i naliczanie dotkliwych kar umownych przez zamawiającego. Dlatego odwołujący przedstawił propozycję wykonania testów akceptacyjnych:

- dla łączy, na których świadczona jest usługa IP VPN, miernikiem testu powinna być informacja z interface LAN (FE), na którym właściwie są ustawione (wynegocjowane) parametry speed i duplex, i na interface brak jest błędów transmisyjnych (CRC, colision) – w protokole załączone zostaną odpowiednie informacje z routerów.
- w celu weryfikacji łącza WAN odwołujący postulował przeprowadzenie testu za pomocą pakietów ICMP, potwierdzające właściwe funkcjonowanie łącza dostępowego (brak utraty pakietów na łączu dostępowym w relacji CE-PE, dla 10000 próbek),
- dla łączy punkt-punkt (1Gb) postulował test - wykonany za pomocą mierników ethernetowych zgodnie z REC 2544 w warstwie L2 modelu ISO/OSI. Pomiar łącza w relacji end to end, bez utraty ramek (frame loss 0%), z opóźnieniem ramek poniżej 10 ms, wykazujący uzyskanie pełnej przepustowości łącza IG, który stanowić będzie potwierdzenie właściwego zestawienia łącza.

Zamawiający nie uznał zarzutu, stwierdził, że nie może zaakceptować propozycji odwołującego przeprowadzenia oznaczonych przez niego w odwołaniu testów ogólnie w treści SIWZ, ponieważ w zależności od proponowanych przez poszczególnych wykonawców rozwiązań, może być potrzebny dobór testów stosowny do tych rozwiązań i dlatego też za właściwe uważa, ażeby wykonawca wybrany - na etapie przedstawienia projektu, ujął w tym projekcie rodzaje testów, które będą przeprowadzane na potwierdzenie, że uruchomiona usługa działa poprawnie. Będzie to obustronnie przyjęte poprzez akceptację projektu. Zamawiający stwierdził, że gdyby oferta odwołującego została wybrana, to uznałby testy

wskazane przez odwołującego w uzasadnieniu zarzutu do punktu 7.

Zarzut 8. Wprowadzenie w § 8 ust. 1 projektu umowy kar umownych naliczanych kilkakrotnie za to samo zdarzenie i określenia wysokości tych kar jako rażąco wygórowanych oraz wprowadzenie w § 10 ust. 2 projektu umowy rażąco wygórowanych kar z tytułu usunięcia awarii/usterki,

- wnioskowana zmiana: usunięcie postanowień § 8 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 projektu umowy oraz zmniejszenie w pozostałych punktach tego ustępu oraz w § 10 ust. 2 projektu umowy wysokości kar umownych o 50 % i usunięcie w § 10 ust. 2 minimalnej określonej kwoty kary umownej.

W uzasadnieniu podał: projekt umowy przewiduje liczne i dotkliwe kary dla wykonawców. Zamawiający wprowadza kary umowne, które naliczane są kilka razy za to samo zdarzenie. Sama kara umowna za niedotrzymanie terminów rozpoczęcia świadczenia usługi pojawia się kilkakrotnie. W § 8 ust. 1 pkt 1 i 2 kary wynoszą odpowiednio 5000 zł za opóźnienie w dotrzymaniu terminów oddania łączy dostępowych (mimo że termin jest wskazany ogólnie jako 5 miesięcy) oraz 3000 zł za niezestawienie łączy punkt-punkt (tu akurat ma być wykonane to w 1 etapie). Następnie w § 8 ust 1 pkt 3 zamawiający ma prawo naliczyć karę umowną w wysokości 20 % wynagrodzenia za nieoddanie całej usługi w terminie (elementem usługi są też łączy dostępowe i łączy punkt -punkt). A następnie dodatkowo zamawiający zastrzega sobie prawo naliczenia kary umownej za nieuruchomienie usługi w terminie w § 8 ust. 1 pkt 6. Zaznaczał, że aż trzykrotnie kary mają być naliczane za niedotrzymanie terminu. Pomijając już fakt powielania kar, to uznał odwołujący, iż są one rażąco wygórowane i nie mają uzasadnienia. Jak bowiem uzasadnić karę za niedokonanie konfiguracji routera CE w wysokości aż 1000 zł dziennie, i że jest to aż pięciokrotnie wyższa kara niż w przypadku niedotrzymania zmiany parametrów usługi. Niezrozumiałe są też wysokości kar w kwotach 5000 zł i 3000 zł, podczas gdy cała usługa ma być i tak oddana w określonym terminie i za to jest przewidziana osobna kara. Analogicznie zostały ustalone kary za niedotrzymanie parametru SLA. Zamawiający wprowadza wprawdzie procentowe naliczanie tych kar, ale zastrzega jednocześnie minimalną kwotę należnej kary. W ten sposób niezależnie od wysokości wynagrodzenia zamawiający naliczy karę w kwocie od 100 zł do 1000 zł za każdą godzinę i to niezależnie od rodzaju lokalizacji.

Zamawiający nie uznał zarzutu, stwierdził że kary będą uruchamiane dopiero po upływie 30 dni od wyznaczonego terminu 5 miesięcy na uruchomienie usługi – chodzi o karę w wysokości 20% od wartości całości umowy. Nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego, iż kara określona w § 8 ust. 1 pkt 6 w kontekście postanowień § 5 ust 2 umowy pokrywa się z

karami żądanymi przez zamawiającego w § 8 ust. 1 pkt 1 i 2 wzoru umowy. Wyjaśnił kwestię ewentualnej zbieżności kar umownych przewidzianych w § 8 ust. 1 ppkt 1 i 2 z karą umowną przewidzianą w § 8 ust. 1 pkt 6 § 5 ust. 2, – iż dotyczy kary umownej za błędne działanie zestawionego już łącza, tj. za przekroczenie terminu 3 dni od dnia ich założenia i ponownego przekazania łącza dostępowego do odbioru. Kara umowna z § 3 ust. 1 dotyczy czynności zestawienia łącza, czyli czynności wcześniejszej niż działanie zestawionego łącza. W związku z powyższym zamawiający stwierdził, że kary te nie są ze sobą tożsame, a wykonawca nie jest podwójnie karany za tą samą okoliczność. Odnosząc się do zastrzeżenia minimalnych kwot potrącanych z wynagrodzenia miesięcznego w sytuacji stwierdzenia nieprawidłowego czy przerwane świadczenia usługi (w pojęciu SLA mieszczą się również przerwy) stwierdził, że jeżeli 10% będzie mniejsze niż kwota podana np. 100 zł/h, będzie wyliczał karę z zastosowaniem stawek godzinowych. Biorąc pod uwagę obecne stawki np. przy opłacie abonamentowej miesięcznej za łącze do BP 1200 zł, kara umowna 10% to 120 zł, zatem uważa, iż potrącenie wynagrodzenia w wysokości 10% nie rekompensowałoby ponoszonych strat. Z tego tytułu zastrzegł, iż nie może to być mniejsza kwota określona godzinowo ponad dopuszczalny czas wyeliminowania nieprawidłowego działania. W przypadku przestojów lub nieprawidłowego funkcjonowania usługi przesyłu danych, zakłócony jest tok pracy jednostki i ponosi ona z tego tytułu straty - następuje przestój, gdyż nie jest możliwa praca jednostki bez sprawnych łączy. Może to powodować konsekwencje w postaci braku możliwości rozliczenia środków pomocowych. Zamawiający nie zgodził się z argumentacją, że stosuje system naliczania kar wielokrotnie za to samo zdarzenie. W § 8 ust. 1 umowy kara dotyczy przekroczenia terminu oddania łączy w województwie wraz z podległymi powiatami, a w § 8 ust. 6 umowy kara dotyczy przekroczenia terminu oddania łącza w pojedynczej lokalizacji. Różnica polega na skali niedopełnienia przez usługodawcę obowiązków wynikających z umowy. Dla przypadku za niezrealizowane w terminie tylko jednej lokalizacji w ramach danego województwa usługodawca będzie zobowiązany do zapłaty kary w wysokości 5 500 zł, a w przypadku niezrealizowania 10 lokalizacji w tym samym województwie, kara będzie wynosić 10 000 zł. Zamawiający zwracał uwagę, że brak realizacji łącza w Biurze Powiatowym w ramach województwa, powoduje konieczność poniesienia kosztów związanych z przekierowaniem ruchu przez Centralne Serwerownie. Może to nieść za sobą skutek zatykania głównych łączy w dotychczasowej sieci zamawiającego. Powoduje to również dla zamawiającego koszty związane z koniecznością ponownego wyjazdu dla firmy hostingującej lub pracowników zamawiającego do Biura Powiatowego w celu rekonfiguracji urządzeń sieciowych. Każda z kar dotyczy innego przypadku zabezpieczenia realizacji umowy. W przypadku minimalnych opóźnień w realizacji pojedynczych lokalizacji kara dla usługodawcy jest stosunkowo niewielka, natomiast zamawiający uważa za konieczne motywowanie usługodawcy poprzez kary globalne, takich

obowiązków, jak opisane w § 3 ust. 1 pkt 1 i 3 - na wypadek znaczących zaniedbań w realizacji umowy w stosunku do harmonogramu. W przypadku kar odnoszonych do § 3 ust 1 pkt 2 wzoru umowy, kara dotyczy wysokowydajnych łącz z szacowanym znaczącym kosztem eksploatacji, o wysokim priorytecie dla istotnej lokalizacji w strukturze zamawiającego. Dodał, że elementy sieci zabezpieczone § 3 ust. 1 pkt 2 projektu umowy nie wchodzi w skład sieci IP VPN MPLS, więc nie tu miejsca podwójne naliczanie kar dotyczących obowiązku z § 3 ust. 1 pkt 1. Zastosowanie kar i ich wysokość ma na celu dopingowanie wykonawcy do świadczenia usług na poziomie zgodnym z potrzebami i wymaganiami zamawiającego oraz konieczność zabezpieczenia płynnego wdrożenia umowy. Intencją zamawiającego było motywowanie usługodawcy do rzetelnego realizowania umowy. W przypadku kar za niedotrzymanie parametru SLA zamawiający nie zgodził się na wykreślenie minimalnej kwoty należnej kary. Szacunki minimalnej kwoty kar mają zabezpieczyć przed przedstawieniem w ofertach zaniżonych wartości eksploatacji poszczególnych łącz oraz spowodować, że kara za niedotrzymanie parametrów SLA będzie adekwatna do kosztów łącz ponoszonych przez zamawiającego (części szkody) oraz będzie motywującą do usuwania bez zbędnej zwłoki usterek oraz awarii w przypadku każdego węzła sieci. Zamawiający zaznaczał, że tworząc zapisy SIWZ, szczególnie w zakresie odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy, starał się w sposób racjonalny zabezpieczyć interesy państwowej osoby prawnej jaką jest ARiMR, co za tym idzie także interes Państwa. Sprawne funkcjonowanie infrastruktury, na której zbudowane są systemy informatyczne ma ogromne znaczenie dla terminowego wywiązywania się przez ARiMR z ustawowych obowiązków wobec obywateli. Konieczność zabezpieczania interesów podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy Pzp, niekiedy mających częściowo charakter adhezji umownej jest jednym z podstawowych praw wydatkowania środków publicznych. Stanowisko to znajduje także potwierdzenie w judykaturze, tj. dla przykładu orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt: KIO 2018/10, Wyrok KIO z dnia 30 września 2010 r.(publ. Z.O. UZP Nr 7 poz. 243.) „Pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika *expressis verbis* z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego, np. zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonawcę (art. 147 i nast. ustawy), prawo odstąpienia przez zamawiającego od umowy (art. 145 ustawy). Ustawodawca tworząc system udzielania zamówień publicznych ograniczył prawo stron do swobodnego kształtowania warunków umowy także i w ten sposób, iż odebrał zamawiającemu uprawnienie do dowolnego wyboru kontrahenta. Jest również rzeczą zrozumiałą, iż zamawiający, ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie swoich interesów. Wykonawca - korzystając z prawa swobody umów - może umowy z zamawiającym nie zawrzeć narażając się na ryzyko utraty wadium (w przeciwieństwie do zamawiającego, który zobowiązany jest zawrzeć umowę z wykonawcą wyłonionym w toku procedury o udzielenie zamówienia publicznego i nie może

zawrzeć takiej umowy bez przeprowadzenia owej procedury)."

Zarzut 9. Wprowadzenie w § 8 ust. 3 i § 10 ust. 2 projektu umowy prawa zamawiającego do potwierdzenia zamknięcia zgłoszenia awarii/usterki i określeniu, że awarię/usterkę uznaje się za usuniętą po otrzymaniu potwierdzenia od zamawiającego,

- wnioskowana zmiana: w § 8 ust. 3 i § 10 ust. 2 projektu umowy, że awarię/usterkę uznaje się za usuniętą w chwili wysłania zamawiającemu informacji przez wykonawcę, o ile zamawiający potwierdzi usunięcie awarii/usterki.

W uzasadnieniu podał: że niemożliwe do zaakceptowania są postanowienia uzależniające uznanie usunięcia awarii/usterki od potwierdzenia zamawiającego. Z uwagi na wysokie kary przewidziane przez zamawiającego za nieusunięcie awarii/usterki w terminie, nie może zamawiający mieć wpływu na ten element. A przy obecnych zapisach SIWZ wpływ zamawiającego będzie istotny, ponieważ potwierdzenie zamawiającego nigdy nie będzie zbieżne z czasem poinformowania go przez wykonawcę o usunięciu awarii. Widoczne będzie to zwłaszcza w dni wolne od pracy, w godzinach nocnych lub gdy nie będzie kontaktu z zamawiającym, (co jest także przewidziane w SIWZ). W interesie zamawiającego będzie leżało aby takie potwierdzenie opóźnić, bo to wpłynie automatycznie na zmniejszenie wynagrodzenia, jakie będzie musiał zapłacić. Dlatego zgodził się, że zamawiający ma prawo potwierdzania usunięcia awarii/usterki, ale usunięcie liczone będzie od chwili wysłania zamawiającemu informacji przez wykonawcę o usunięciu.

Zamawiający nie uznał zarzutu, stwierdził, że nie chce do projektu umowy wpisać czasu, w jakim będzie zobowiązany podjąć reakcję na zgłoszenie wykonawcy o usunięciu awarii/usterki, ponieważ: po pierwsze, nie jest to powiązane z karą umowną, a po drugie potrzebuje dłuższego czasu, aby potwierdzić fakt, że usterka została usunięta skutecznie poprzez weryfikację przez własne służby techniczne. Zamawiający zapewnia administrowanie siecią teleinformatyczną ARiMR w trybie ciągłym (to znaczy 365/7/24), w związku z tym weryfikacja będzie następowała niezwłocznie po przekazaniu informacji o usunięciu awarii/usterki do zamawiającego. W przypadku, jeśli usunięcie awarii/usterki będzie wiązało się z niedostępnością lokalizacji zamawiającego, to czas tej niedostępności nie będzie wliczany do czasu awarii/usterki, zgodnie z zapisami § 4 ust. 2 projektu umowy.

Zarzut 10. Wprowadzenie w § 8 ust. 4 projektu umowy prawa zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku niedostępności usług chociażby w jednej lokalizacji oraz wprowadzenie dodatkowej kary umownej w wysokości 20 % łącznego wynagrodzenia za niedostępność usługi chociażby w jednej z lokalizacji, pomimo nieskorzystania z prawa do odstąpienia,

- wnioskowana zmiana: w § 8 ust. 4 projektu umowy:

- a) poprzez przyznanie prawa zamawiającemu do rozwiązania umowy w części dotyczącej lokalizacji, w której usługa była niedostępna przez określony czas,
- b) oraz usunięcie prawa zamawiającego do żądania kary umownej w wysokości 20 % łącznego wynagrodzenia ewentualnie pozostawienie prawa do odstąpienia od umowy i w przypadku tego odstąpienia prawo żądania kary umownej,

W uzasadnieniu podał: że zamawiający daje sobie prawo do odstąpienia od umowy, jeżeli choć w jednej lokalizacji nastąpi awaria przez określony czas. Pozostawia sobie też wybór do odstąpienia od umowy lub zażądania kary umownej. Przy czym mimo zapłaty kary umownej usługa miałaby być dalej świadczona. Odwołujący uznał to za wprowadzenie dodatkowej kary umownej za to samo zdarzenie (wystąpienie awarii), bo przecież z tytułu wystąpienia awarii/usterki przewidziane są kary w SLA, (§ 10 umowy). Podważał intencję zapisów - wykonawca, który świadczy usługę w ponad 300 lokalizacjach ma zostać „ukarany” utratą całego kontraktu tylko dlatego że w jednej lokalizacji wystąpiła dłuższa awaria/ustereka i to niekoniecznie z winy wykonawcy. Jeżeli jednak dla zamawiającego tak poważnym uchybieniem jest niedostępność usługi w jednej lokalizacji, że ma to powodować odstąpienie od umowy w całości to decyzja ta powinna być jednoznaczna. Nie można akceptować zapisów, że zamawiający nie skorzysta z prawa odstąpienia, a zażąda kary umownej i w dalszym ciągu będzie wymagał świadczenia usług. Jeżeli już, to odstępując od umowy powinien zdaniem odwołującego, zażądać jednocześnie kary umownej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu, przyznał, że w sytuacji, kiedy wystąpi brak świadczenia usługi powyżej akceptowalnego czasu przestoju, tj. 3 dni dla Centralnych Serwerowni, Oddziałów Regionalnych powyżej 10 dni i BP powyżej 30 dni, przewidział prawo do odstąpienia od umowy lub kary w wys. 20% łącznego wynagrodzenie za całość realizacji umowy. Stwierdził, iż jest to kwestią umowy i takie warunki we wzorze umowy, którą wykonawca będzie zobowiązany zawrzeć - ma prawo podać. Zamawiający oczekuje świadczenia usług we wszystkich lokalizacjach. Uwarunkowania techniczne powodują, że w przypadku nieświadczenia usługi w jednej lokalizacji, konieczne byłoby zbudowanie nowej, niezależnej sieci MPLS. Kara zabezpiecza przed uporczywym nieświadczeniem usługi w danej lokalizacji, a co za tym idzie niezgodnie z potrzebami i wymaganiami zamawiającego.

Zarzut 11. wprowadzenie w § 10 ust. 2 projektu umowy:

- a) w tabeli w pkt 9 -11 zbyt krótkich terminów usuwania awarii,
- b) w tabeli w pkt 12-14 wprowadzenie usług nie będących przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu,

- wnioskowana zmiana:

- a) wydłużenie okresu usuwania awarii dla pkt 9 - 2 godziny, dla pkt 10 - 12 godzin, dla pkt 11-24 godziny,
- b) usunięcie z tabeli pkt 12-14.

W uzasadnieniu odwołujący argumentował: W SLA określonym w § 10 ust. 2 projektu umowy dla pkt 9-11 w tabeli zamawiający wyznaczył czas na usunięcie awarii/usterki w praktyce niemożliwy do wykonania. Przewidziany czas na usunięcie awarii/usterki wynoszący 5 minut w zasadzie zawsze spowoduje naliczenie tej kary. W tak krótkim czasie niemożliwe wydaje się nawet zdiagnozowanie źródła awarii/usterki. Gdyby zestawić to jeszcze z propozycją zamawiającego, który czas usunięcia awarii/usterki uzależnia od swojego potwierdzenia - jest więcej niż pewne, że wykonawca będzie płacił kary umowne, a tym samym zamawiający zmniejszy wynagrodzenie, które ma zapłacić. Automatycznie czas usunięcia podany w pkt 9 ma wpływ na czasy usunięcia w skali miesiąca (pkt 10) i roku (pkt 11). W tabeli w pkt 12-14 wprowadza zamawiający usługi, które nie są przewidziane w SIWZ. Z tego powodu powinny być one usunięte.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu, przyznał, że dopuszczalny czas odnośnie nieprawidłowego funkcjonowania parametru SLA został określony w kolumnie 4 tabeli do § 10 umowy. Ponad ten wyznaczony czas wykonawca będzie ponosił konsekwencje pomniejszenia wynagrodzenia. Zdaniem zamawiającego, technicznie możliwe jest dotrzymanie usunięcia awarii/usterki w okresie 5 minut, gdyż wykonawca przy realizacji usługi powinien zapewnić jej taki poziom, aby ryzyko wystąpienia tego typu awarii/usterek było zerowe. W odniesieniu do zarzutu, że w zakresie oznaczonym w pkt od 12-14 tabeli w § 10 nie mieści się to w przedmiocie zamówienia, zamawiający potwierdził, iż urządzenia serwerowni leżą po jego stronie i w jego utrzymaniu, natomiast wymienił serwerownie jako lokalizację dostarczania usługi, i że pojęcie usterki odnosi do łącza doprowadzonego do tej lokalizacji. W sumie odnosi się to do lokalizacji: CPD lub ROPD. Chodzi o to, aby usługa zapewniała SLA na rzecz tych lokalizacji, które obejmują wymienione serwerownie. Zamawiający dodał, że dopuszczalny czas niedostępności usługi na określonym poziomie utożsamiał również z czasem wyznaczonym wykonawcy na doprowadzenie do zapewnienia SLA do odpowiedniego stanu. Jest to czas akceptowany przez niego wykonywania usługi z usterkami, natomiast nie wyznaczał de facto czasu na usunięcie usterki, pozostawiając to w gestii wykonawcy, ale wykonawca będzie ponosił konsekwencje już po upływie tego tzw. czasu niedostępności. Z uwagi na ważność łącz oraz konieczną niezawodność ich działania w lokalizacjach strategicznych dla zamawiającego, opisanych w punktach 9 -14 w tabeli, nie wyraził zgody na wprowadzenie jakichkolwiek zmian. Zaznaczył, iż zdaje sobie sprawę, że w wypadku wystąpienia poważnej awarii technicznej czas naprawy może być większy co wiąże się z koniecznością ponoszenia kar przez usługodawcę. Czas naprawy awarii/usterki w tabeli

określa de facto niezawodność tych łączy. Z uwagi na to, że łącza zlokalizowane w CPD/ROPD odpowiadają za dostępność całej sieci WAN, wymagane czasy napraw tych łączy są wyjątkowo krótkie. Poprzez takie określenie kar w tabeli dla tych łączy zamawiający wskazał, że w wypadku niedostępności tych łączy kary będą naliczane po 5 minutach od dokonania zgłoszenia przez osoby upoważnione ze strony zamawiającego. Do usługodawcy w ramach posiadanych kompetencji i zasobów należy właściwe zapewnienie dostępności łączy (poprzez zastosowanie właściwych rozwiązań technicznych o wysokiej niezawodności), tak by zminimalizować ryzyko wystąpienia tych kar. Jednym z zadań służb technicznych usługodawcy jest monitorowanie stanu sieci, a w szczególności kluczowych jej elementów. Parametry SLA dla kluczowych lokalizacji opisane w tabeli pkt. 9 -14 zabezpieczają zamawiającego przed występowaniem awarii i usterek w postaci zawieszających się urządzeń oraz brakiem stosowania monitoringu sieci przez służby techniczne usługodawcy. Zaznaczał, że nie narzuca rozwiązań technicznych zabezpieczenia tych łączy, ale poprzez gradację kar wskazuje na ich niezbędny, zgodny z obiektywnymi potrzebami poziom niezawodności. Usługodawca nie może żądać usunięcia wpisów w § 10 w tabeli, pozycje od 12 do 14. Punkty te dotyczą zapewnienia poprawności działania łączy dostępowych w Centralnych Serwerowniach (Piaseczno i Sękocin), są więc integralną częścią budowanej sieci WAN i są opisane w SIWZ.

Zarzut 12. Wprowadzenie w § 6 ust. 2 projektu umowy postanowień o zakazie korzystania przy wykonywaniu umowy z osób zatrudnionych u zamawiającego,
- wnioskowana zmiana: usunięcie § 6 ust.2 projektu umowy.

W uzasadnieniu podał: iż sposób sformułowania postanowienia § 6 ust.2 projektu umowy jest nieprecyzyjny i budzi wątpliwości. Zamawiający sam wyznacza osoby, z których wykonawca będzie korzystał przy wykonywaniu umowy. Osoby zatrudnione przez zamawiającego mają uczestniczyć w akceptacji projektu technicznego, potwierdzać usuwanie awarii/usterek. Pojęcie korzystania z osób zatrudnionych jest tu bardzo nieostre, zwłaszcza że wykonawca nie ma wiedzy o osobach zatrudnionych przez zamawiającego. Pozostawienie zapisów § 6 ust. 2 projektu umowy wprowadza dowolność w ich interpretacji, a w konsekwencji bardzo negatywne skutki dla wykonawcy polegające na obowiązku zapłaty kary umownej a nawet możliwości odstąpienia od umowy przez zamawiającego.

Zamawiający nie uznał zarzutu, stwierdził że jego zdaniem, zapis § 6 ust. 2 jest precyzyjny. Pod pojęciem „nie korzystania z osób zatrudnionych u zamawiającego przy wykonywaniu umowy – bez zgody zamawiającego” rozumie mianowicie, iż wykonawcę z osobą zatrudnioną u zamawiającego nie będzie łączył żaden stosunek prawny. Zamawiający wyznaczył osoby do kontaktów i z tymi osobami wykonawca będzie uprawniony legalnie się

kontaktować. Zamawiający wykluczył, bez swej zgody - zawarcie umowy z jego pracownikiem, której przedmiotem byłoby uczestniczenie w realizacji zamówienia przez wykonawcę w jakiejkolwiek formie nawet nieodpłatnie. Wykluczył takie sytuacje, że jego pracownik miałby nieformalnie przekazywać jakiejkolwiek informacje dla wykonawcy usługi. W przeciwnym wypadku będzie stosował kary umowne przewidziane w umowie. Niniejszy zapis odnosi się do przypadku zatrudniania przez usługodawcę osób zatrudnionych u zamawiającego w celu jakiegokolwiek wykonania bądź realizowania niniejszej umowy, bez uprzedniej pisemnej zgody zamawiającego. Osoby, które ze strony zamawiającego będą brały udział w pracach projektowych, potwierdzaniu usuwania awarii i usterek, wdrożeniu nowej sieci oraz wszelkich czynności związanych z realizacją umowy, będą wskazane przez zamawiającego. Nie stanowi to zatem niezgodności z zapisami umowy i nie stanowi zagrożenia dla usługodawcy z uwagi na zapis zamieszczony w § 6 ust. 2 wzoru umowy.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 3 października 2011 r., pismem z dnia 6 października 2011 r., w kopii przesłanym stronom, zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wykonawca: Telekomunikacja Polska S.A., który powołał się na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia zbieżnego z wnioskowanymi przez odwołującego zmianami SIWZ.

Izba postanowiła nie dopuścić zgłaszającego przystąpienie: Telekomunikacji Polskiej S.A., z uwagi na nie wykazanie uprawnień pełnomocnika, pana Tomasza S. do podpisania przystąpienia w imieniu wymienionego wykonawcy. Dokumenty potwierdzające umocowanie pełnomocnika winny być załączone do pisma zgłaszającego przystąpienie, a nie składane na posiedzeniu Izby, co jest działaniem spóźnionym i potwierdza nieskuteczność przystąpienia w terminie ustawowym określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z wniosku o wszczęcie postępowania, z ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami i wyjaśnieniami. Ponadto Izba rozważyła stanowiska stron, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zgłaszanych zarzutów, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Izba nie przychyliła się do stanowiska zamawiającego, że odwołujący nie posiada interesu w kwestionowaniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz że podnoszone zarzuty w odniesieniu do naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych pozostawałyby bez wpływu na wynik postępowania. Odwołujący jako wykonawca działający na rynku w branży usług telekomunikacyjnych, zainteresowany złożeniem oferty, ma prawo skarżyć postanowienia SIWZ, w jego ocenie uchybiające przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, skoro wskutek zarzucanych zamawiającemu naruszeń, nie jest w stanie prawidłowo przygotować swojej oferty ani skalkulować proponowanej ceny, co legitymuje wykonawcę do wniesienia odwołania w myśl postanowień art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzucane działaniom zamawiającego uchybienia zasadzie równego traktowania wykonawców, ograniczania konkurencji i wadliwego ukształtowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mogą się przełożyć na rezygnację potencjalnych wykonawców z ubiegania się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym na wynik postępowania.

Izba w całości podzieliła poglądy odwołującego, co do interpretacji zasad i założeń ogólnych prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym w szczególności przestrzegania nakazu, aby było ono prowadzone w sposób przejrzysty, co oznacza, iż zamawiający z góry w ogłoszeniu o zamówieniu, oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - stosownie do zakresu danych wyznaczonych tym dokumentom w odnośnych przepisach, podaje wszystkie informacje mające wpływ na sporządzenie oferty oraz środki służące do weryfikacji treści oferty – czyli sposób oceny.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów i jakiegokolwiek dyskryminacji bezpośredniej lub pośredniej, a więc stwarzanie wykonawcom zdolnym do należytej realizacji usługi równego dostępu do zamówienia. Izba przyznała rację odwołującemu, iż część kwestionowanych postanowień SIWZ może stawiać w uprzywilejowanej sytuacji wykonawców dotychczas świadczących dane usługi na rzecz zamawiającego, którzy już posiadają niezbędną infrastrukturę wraz z zakończeniem sieci w lokalizacjach zamawiającego.

Niewątpliwie z uwagi brzmienie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który podaje że opisu przedmiotu zamówienia należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - pozostawienie w tym zakresie dowolności, czy niejednoznaczności stanowi naruszenie wskazań tej normy. Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może

ono być w całości przerzucane na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę. Przewidziane zmiany umowy wynikające z bieżących potrzeb zamawiającego, w ocenie Izby, nie mogą zostać z góry wyłączone czy ograniczone - bez względu uwarunkowania techniczne wykonawcy, ale ich wprowadzenie tak w odniesieniu do zakresu i terminu, jak i rozliczeń winno być ujęte w sposób czytelny i jednoznaczny w warunkach zamówienia. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji, a zgodnie z art. 29 ust. 2 tej ustawy zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, który powinno się interpretować w ten sposób, że opis przedmiotu zamówienia powinien jednakowo pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich istotnych czynników wpływających na nią. Trafnie odwołujący zdiagnozował, iż wskazywane postanowienia SIWZ w niniejszym postępowaniu świadczą, że obie wymienione wyżej zasady wyrażone w ustawie Pzp nie zostały zachowane. Postanowienia te, zdaniem Izby mogą powodować ograniczenie kręgu wykonawców, zdolnych do złożenia oferty na warunkach konkurencyjnych.

Przechodząc do rozpatrzenia poszczególnych zarzutów w kontekście naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, mając na względzie stanowiska obu stron, Izba zważyła co następuje.

Ad. 1. Izba przyznała rację zamawiającemu. Art. 142 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje możliwość zawarcia umowy na świadczenia okresowe lub ciągłe w wymiarze nie przekraczającym 48 miesięcy. Zgodnie z warunkami finansowania, zamawiający ma zagwarantowane środki na zaciągnięcie zobowiązań z tytułu korzystania z usług telekomunikacyjnych transmisji danych nie dłużej niż do 31 grudnia 2015 r. Z tego powodu uczynione w § 2 ust. 2 wzoru umowy kwestionowane zastrzeżenie o dacie końcowej umowy znajduje uzasadnienie. W sytuacji gdy dojdzie do zawarcia umowy przed 1 stycznia 2012 r., to wówczas będzie ona obejmowała pełny okres 48 miesięcy. Wycena zakładana w warunkach zamówienia oraz wzoru umowy dotyczy okresu miesięcznego - w oparciu o cennik usług podany w ofercie wykonawcy, uwzględniając również okoliczność zastrzeżonych zmian co do zakresu świadczenia usługi i jej warunków w okresie realizacji. Wycena oferty dokonywana jest przy założeniu jednolitego okresu 48 miesięcy świadczenia usługi, zatem nie zachodzi obawa, iż oferty poszczególnych wykonawców będą nieporównywalne.

Ad. 2. Izba częściowo uwzględniła stanowisko odwołującego. Zobowiązanie

wykonawcy w § 3 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy do rozpoczęcia świadczenia usług w terminie 5 miesięcy od daty zawarcia umowy, z czego zgodnie z § 3 ust. 4 - 60 dni od daty zawarcia umowy jest przeznaczony na uzgadnianie z zamawiającym projektu technicznego wykonania usługi, jest warunkiem nadmiernym i z góry może okazać się niemożliwym do dotrzymania w szczególności dla wykonawców, którzy będą realizowali prace przygotowawcze do świadczenia usługi od podstaw. Opis warunku, zdaniem Izby, preferuje dotychczasowego dostawcę usługi, który posiada gotową infrastrukturę i może podjąć się kontynuowania świadczenia usługi na bazie posiadanych zasobów technicznych. Z uwagi na uzasadnione potrzeby zamawiającego, Izba nie przychyliła się jednak do wnioskowanej zmiany terminu realizacji usługi na 7 miesięcy, liczonego od dnia akceptacji projektu technicznego przez zamawiającego lub ewentualnie wydłużenie terminu realizacji usługi do 9 miesięcy licząc od dnia podpisania umowy. Zamawiający wyznaczył w § 3 ust. 3 wzoru umowy wykonawcy czas na opracowanie i przedstawienie do akceptacji projektu technicznego w terminie do 21 dni od daty zawarcia umowy. W załączniku nr 3 do wzoru umowy Specyfikacji technicznej dla usług IP VPN świadczonych w sieci MPLS, zamawiający uczynił założenia, iż do sieci WAN zostanie podłączonych minimum 327 lokalizacji, zgodnie z przedstawioną w załączniku nr 2 strukturą węzłów, z zastrzeżeniem, iż ilość węzłów może wzrosnąć lub zmaleć – ale w trakcie realizacji umowy. Z powyższego Izba wnosi, iż na czas uruchomienia usługi zamawiający domaga się podłączenia ilości węzłów, zgodnie z strukturą podaną w punkcie 2 Specyfikacji technicznej oraz o parametrach opisanych w punktach od 4 do 7 Specyfikacji technicznej. Maksymalny czas zatwierdzenia projektu wynoszący 60 dni w obrębie 5 miesięcy na aktywację usługi, jaki praktycznie na swoją rzecz zastrzegł zamawiający w § 3 ust 4 wzoru umowy nie jest możliwy do zaakceptowania. W ocenie Izby, uwzględniając okoliczność, iż wykonawca ma czas na opracowanie projektu do 21 dni, to maksymalny czas na zatwierdzenie tego projektu przez zamawiającego przewidziany w § 3 ust 4 wzoru umowy winien wynosić nie dłużej niż 14 dni. Po upływie tego terminu wykonawca ma prawo przyjąć projekt za uzgodniony. Tym sposobem wykonawca będzie miał możliwość wcześniejszego podjęcia prac przygotowawczych do aktywacji usługi, to jest zestawienia łączy i ich przekazania zamawiającemu - przy zachowaniu wyznaczonego terminu 5 miesięcy na uruchomienie całości usługi przewidzianego w § 3 ust 1 pkt 3 wzoru umowy. Izba nie zgodziła się z argumentacją zamawiającego, iżby wykonawca mógł podjąć prace związane z doborem urządzeń, zestawieniem łączy oraz zaciągając zobowiązania z tytułu dzierżawy czy świadczenia usług na jego rzecz, koniecznych do wdrożenia przesyłu danych w ramach niniejszego zamówienia, przed akceptacją projektu technicznego przez zamawiającego. Należało również zważyć, iż wykonanie projektu technicznego nie wchodzi w skład przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie zakupuje tego projektu, a więc za niego nie płaci. Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za prawidłowość projektu i osiągnięcie

zakładanych parametrów świadczonej usługi. Izba z oczywistych względów przyznała rację odwołującemu, że wyznaczony czas na aktywację usługi musi uwzględniać również inne uwarunkowania - uzyskanie koniecznych decyzji administracyjnych: na zajęcie pasa drogowego, przydziału częstotliwości radiowej, czy uzgodnień kolizyjnych sieci uzbrojenia terenu.

Ad. 3. Izba podzieliła stanowisko odwołującego. Bezsprzecznie zamawiający wymaga aktywacji całego zakresu usług w jednym terminie, to jest nie później niż w terminie 5 miesięcy od daty zawarcia umowy. W ramach usługi wykonawca zobowiązany będzie zestawić do lokalizacji wyznaczonych łączy dostępne oraz łączy punkt-punkt. Uruchomienie usługi przesyłu danych we wszystkich lokalizacjach, nastąpić ma w jednolitym terminie na podstawie wcześniejszych sukcesywnych odbiorów łączy bez zastrzeżeń, potwierdzonych protokołem według załącznika nr 4a do wzoru umowy. Zamawiający nie wyznaczył konkretnych terminów przekazania poszczególnych łączy. Dobór kolejności przekazywania łączy pozostawił w gestii wykonawcy, poza żądaniem aby w pierwszym rzędzie podłączone zostały jednostki centralne o kluczowym znaczeniu, tj.: CPD, ROPD, zestawienie 2 łączy punkt-punkt dla lokalizacji CB, oraz aby obejmowały w jednym etapie zasięg 4 jednostek OR. W ocenie Izby, tzw. harmonogram wdrożenia usług w lokalizacjach (str. 35 SIWZ) ma charakter informacyjny co do postępu prac przygotowawczych, ma też umożliwić zamawiającemu gotowość do czynności odbiorów, a niedotrzymanie terminu według harmonogramu nie może powodować naliczenia kary za zwłokę w przekazaniu w użytkowanie łączy, ponieważ nie jest to bezpośrednio związane z umownym terminem rozpoczęcia usługi. Przedmiotem zamówienia jest bowiem świadczenie usługi przesyłu danych, które wykonawca zobowiązany jest rozpocząć w jednym terminie oznaczonym w umowie, i z tym terminem wiążą się kary umowne za opóźnienie realizacji świadczenia. Wszystkie inne czynności przygotowawcze do wdrożenia zamawianej usługi leżą natomiast po stronie wykonawcy, przy zapewnieniu koniecznego współdziałania przez zamawiającego – gotowości do odbiorów. Właściwą jakość potwierdza natomiast protokół odbioru łączy na podstawie testów akceptacyjnych.

Ad. 4.; Ad. 5.; Ad. 6. Izba jedynie częściowo podzieliła stanowisko odwołującego. Nie można odmówić zamawiającemu prawa do dokonywania zmian w okresie realizacji umowy do 31 grudnia 2015 r., tak w zakresie wyznaczonych lokalizacji, jak i w zakresie parametrów usługi, wynikających z bieżących potrzeb zamawiającego. Zamówienie ma charakter kompleksowy i ma być realizowane przez jednego wykonawcę. Zmiany zostały przewidziane umową, zatem wykonawca nie może uchylić się od ich wprowadzania, zgodnie z dyspozycjami zamawiającego, chyba, że zachodzi obiektywna niemożliwość techniczna.

Skoro jednak wykonawca, już momencie składania oferty, musi się liczyć z wprowadzeniem zmian, obowiązkiem zamawiającego było przedstawienie w warunkach zamówienia czytelnych zasad wprowadzenia tych zmian oraz czytelnych zasad odpłatności za ich dokonanie. Izba nie przyjęła jako wiarygodnych wyjaśnień zamawiającego, iż nie jest w stanie prognozować przyszłych zmian, a wykonawca powinien opierać się na tym, że ubiegłym okresie umownym, rocznie było zaledwie 10 zmian lokalizacji. Twierdzeniem takim przeczy treść wniosku o rozpoczęcie postępowania o udzielenie zamówienia, gdzie zamawiający zaplanował określone środki na koszty przenoszenia lokalizacji, prognozowane koszty zwiększenia przepustowości w OR i BP, koszty instalacji nowych JT, zwiększenie przepustowości w CB. Jak również ujęcie w § 10 wzoru umowy, poz.: 12,13,14 potrącenia wynagrodzenia wykonawcy, za niewłaściwe parametry LSA, przy założeniu 1000 Mbps przepustowości łącza, obecnie wynoszącego 200 Mbps (zał. 2 do SIWZ). Niewątpliwie rozliczenia zgodnie z wzorem umowy, będą się odbywały za faktycznie uruchomione i świadczone usługi we wskazanych przez zamawiającego lokalizacjach przy uwzględnieniu podstaw wyceny, określonych w § 9 umowy, przeniesionych z formularza ofertowego wybranego wykonawcy. Zdaniem Izby, zamawiający jednak w niewystarczający sposób określił przedmiot usługi w pozycji 1,2,3 formularza ofertowego nie podając oczekiwanych parametrów uruchomienia lub przeniesienia usług, dla umożliwienia wykonawcy stosownego zróżnicowania cen jednostkowych z tego tytułu. Pomiął też umożliwienie rozliczenia za zmianę konfiguracji routera, w sytuacji, gdy będzie to wymagało poniesienia dodatkowych kosztów przez wykonawcę, gdyż nie przewidział odrębnej ceny jednostkowej netto z tego tytułu. Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego, iż wykonawca z góry musi instalować urządzenia, zapewniające możliwość ich dowolnej rozbudowy. Zamawiający nie wyznaczył też odpowiednio zróżnicowanego terminu na dokonanie zmian konfiguracji routerów, technicznie powiązanych z uzupełnianiem urządzeń (§ 5 ust. 4 wzoru umowy). Zdaniem Izby, przerzucanie w nadmiernie niedookreślonym zakresie ryzyka kosztowego zmian wymaganych przez zamawiającego na wykonawcę i ujmowania wszystkich pozostałych kosztów uruchomienia usług na warunkach zmienionych - w cenach abonamentu, stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad. 7. Izba uwzględniła stanowisko zamawiającego, że nie może zaakceptować propozycji odwołującego - wprowadzenia przeprowadzenia oznaczonych przez niego w odwołaniu testów ogólnie w treści SIWZ, ponieważ w zależności od proponowanych przez poszczególnych wykonawców rozwiązań projektowych może być potrzebny dobór testów stosowny do tych rozwiązań i dlatego też za właściwe uważa, żeby wykonawca wybrany, na etapie przedstawienia projektu ujął w tym projekcie rodzaje testów, które będą przeprowadzane na potwierdzenie, że uruchomiona usługa działa poprawnie. Zatem zgodnie

ze złożoną deklaracją, zamawiający winien to postanowienie wpisać do Specyfikacji technicznej ust. 4 punkt 11 jako zawartość projektu.

Ad. 8. Izba jedynie częściowo przyznała rację odwołującemu. Faktem jest, że zamawiający zastrzegł kary za niewykonanie obowiązku określonego w umowie z rozlicznych tytułów. W związku ze stanowiskiem Izby w odniesieniu do zarzutu nr 3, iż zamawiający wymaga aktywacji całego zakresu usług w jednym terminie, to jest nie później niż w terminie 5 miesięcy od daty zawarcia umowy, gdzie w ramach przygotowania usługi wykonawca zobowiązany jest uprzednio zestawić w lokalizacjach wyznaczonych łącza dostępowe oraz łącza punkt-punkt, a zamawiający nie wyznaczył konkretnych terminów przekazania poszczególnych łączy, stosowanie kar umownych z tytułu odstępstw od harmonogramu, nie znajduje uzasadnienia. Okoliczność przyznaną stanowiło, iż dobór kolejności przekazywania łączy w użytkowanie zamawiającemu pozostawał w gestii wykonawcy, poza żądaniem aby w pierwszym rzędzie podłączone zostały jednostki centralne o kluczowym znaczeniu, tj. CPD, ROPD, zestawienie 2 łączy punkt-punkt dla lokalizacji CB oraz aby etapy obejmowały zasięg 4 Oddziałów Regionalnych. Świadczy to bowiem, że harmonogram wdrożenia usług w lokalizacjach ma charakter informacyjny, a nie dotrzymanie terminu według wymienionego harmonogramu nie może powodować naliczenia kary za zwłokę w przekazaniu w użytkowanie łączy, ponieważ nie jest to bezpośrednio związane z umownym terminem rozpoczęcia usługi. Przedmiotem zamówienia jest bowiem świadczenie usługi przesyłu danych, które wykonawca zobowiązany będzie rozpocząć w terminie oznaczonym w umowie, tj. 5 miesięcy od daty zawarcia umowy, i z tym terminem wiążą się kary umowne za opóźnienie realizacji świadczenia. Inne czynności przygotowawcze do wdrożenia zamawianej usługi leżą natomiast w sferze decyzyjnej wykonawcy. Z tych względów, zamawiający winien wyeliminować wszystkie przewidziane w § 8 wzoru umowy warianty kar umownych, związane z harmonogramem wdrożenia usług w poszczególnych lokalizacjach, w odniesieniu do czasu przekazania łączy ich funkcjonowania, z uwzględnieniem okoliczności, iż protokół odbioru łączy w oparciu o przeprowadzone testy akceptacyjne, stanowi potwierdzenie jego prawidłowego działania, a stosownie do postanowień § 10 ust. 1 wzoru umowy od dnia podpisania protokołu odbioru łączy i uruchomienia usługi usługodawca zapewnia SLA. Z powyższego wynika, że decydujące znaczenie ma umowny termin aktywacji usługi.

Pozostałe ustalone kary i potrącenia wynagrodzenia, zdaniem Izby mają charakter uzasadniony, dyscyplinują wykonawcę, w celu zapewnienia terminowości rozpoczęcia usługi, z uwzględnieniem zleconych zmian w toku jej realizacji i świadczenia jej na odpowiednim poziomie niezawodności określonych parametrów SLA.

Ad. 9. Izba uwzględniła stanowisko odwołującego, iż postanowienie uzależniające

uznanie usunięcia awarii/usterki od potwierdzenia zamawiającego, bez ograniczenia zamawiającego żadnym czasem na sprawdzenie skuteczności usunięcia awarii i dokonania tego potwierdzenia, nie znajduje uzasadnienia. W ocenie Izby, zamawiający winien zabezpieczyć warunki organizacyjne, aby zweryfikować zgłoszenie przez swoje służby techniczne i dokonać potwierdzenia usunięcia awarii najpóźniej w ciągu 3 godzin od zgłoszenia usunięcia awarii/usterki. Bezskuteczny upływ tego czasu, należy uznać za równoznaczny z udzieleniem potwierdzenia. Zamawiający zobowiązany będzie wprowadzić w § 8 ust. 3 wzoru umowy nakazaną zmianę. Z uwagi na wysokie potrącenia (kary) - przewidziane przez zamawiającego z tytułu wystąpienia awarii/usterki za niedotrzymanie poziomu SLA, konieczne było w związku z tym podanie w projekcie umowy czasu podjęcia reakcji ze strony zamawiającego na zgłoszenie wykonawcy – usunięcia awarii/usterki.

Ad. 10. Izba przyznała rację odwołującemu, iż w przypadku, gdy zamawiający skorzysta z prawa odstąpienia od umowy, w okolicznościach wskazanych w § 8 ust. 4 wzoru umowy, ma jednocześnie prawo żądać kary z tego tytułu w wysokości 20% łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 9 ust. 2 umowy. Pozostawienie tej kary bez równoczesnej czynności odstąpienia od umowy, byłoby równoznaczne z brakiem określenia tytułu jej zastosowania. Z racji niedostępności usługi przewidziane zostały odrębne sankcje i potrącenia w § 10 wzoru umowy. Zamawiający przyznał, iż nie przewidział dla wykonawcy terminów usunięcia usterek świadczenia usługi, ani kar za zwłokę z tego tytułu, gdyż wymaga stałej sprawności działania systemu i dostępności usługi przesyłu danych na oznaczonym poziomie SLA, którą zabezpieczył postanowieniami zawartymi w § 10 wzoru umowy. Wskazaną wyżej treść winien nadać zamawiający postanowieniu § 8 ust. 4 wzoru umowy.

Ad. 11. Izba podzieliła częściowo stanowisko odwołującego, iż w SLA określonym w § 10 ust. 2 projektu umowy dla pkt 9 i 12 tabeli przewidziany dopuszczalny czas obniżenia parametrów usługi – niedotrzymania poziomu SLA dziennego wynoszący 5 minut, jest zbyt krótki. Izba uznała, iż minimalny czas pozwalający na podjęcie reakcji ze strony wykonawcy, zdiagnozowanie źródła awarii/usterki oraz przystąpienia do czynności do jej usunięcia, nie powodujący obniżenia wynagrodzenia winien wynosić w tym przypadku 15 minut. Należało również zważyć, iż zamawiający w projekcie umowy nie przewidział udzielenia wykonawcy terminu na usunięcie awarii/usterki. Izba nie neguje poglądu, a co za tym idzie poprawności uregulowań SIWZ, iż jeżeli usługa nie jest świadczona z powodu awarii czy usterki lub jest świadczona nienależycie, zamawiający ma prawo obniżyć wynagrodzenie w sposób podany w tabeli do § 10 ust. 2 projektu umowy, nawet jeżeli wykonawca łączne przewidziane sankcje uznaje za dotkliwe.

W tabeli w pkt 12-14 nie zostały wprowadzone usługi, które nie są przewidziane w SIWZ, gdyż pod pojęciem serwerowni, zamawiający rozumiał wskazanie lokalizacji, w której wymienione urządzenia się znajdują.

Ad.12. Izba przyznała rację odwołującemu. Uregulowania § 6 ust. 2 projektu umowy są nieprecyzyjne i budzą wątpliwości. Zamawiający sam zobowiązał się wyznaczyć osoby do kontaktów z wykonawcą w trakcie wykonywania umowy. W postanowieniach § 6 ust. 2 wzoru umowy zamawiający powinien zawrzeć czytelny i jednoznaczny zapis, iż bez jego zgody wykonawca nie może zatrudnić pracownika zamawiającego na podstawie umowy o pracę, umowy zlecenia, czy umowy o dzieło dla realizacji przedmiotowego zamówienia. Pojęcie korzystania z osób zatrudnionych u zamawiającego jest niedookreślone, może powodować spory między stronami, zwłaszcza, iż dotrzymanie warunku obwarowane zostało sankcjami kary umownej, a nawet możliwości odstąpienia od umowy przez zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, należało uznać, iż postępowanie dowodowe w sprawie wykazało naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Wykazało niejednoznaczność postanowień służących do sporządzenia oferty i kalkulacji ceny. Częściowo nadmierna restrykcyjność postanowień projektu umowy w odniesieniu do kar, mogłaby spowodować brak zainteresowania przedmiotowym zamówieniem ze strony wykonawców, którzy zdolni są do jego należytego wykonania, co uchybia zasadom prowadzenia postępowania w warunkach możliwie szerokiej konkurencji rynkowej. Naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zawsze przekłada na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i nie respektowania zasady uczciwej konkurencji, gdyż stwarza korzystniejsze warunki dla dotychczasowego wykonawcy zamówienia, który tak z uwagi na posiadaną infrastrukturę oraz dokładną znajomość realiów świadczenia usługi przesyłu danych na rzecz jednostek zamawiającego, jest w stanie zminimalizować ryzyko niedoszacowania cen jednostkowych, a tym samym ceny ofertowej. Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp, mogą mieć zatem wpływ na wynik postępowania. Jednocześnie Izba nie uznała za słuszną argumentacji, iż jedynie zamawiający jest uprawniony do kształtowania warunków umowy o zamówienie publiczne. Ustawodawca, nie wyłączył z zakresu zaskarżenia wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia - wzoru umowy, który wchodzi w skład SIWZ, jako jej załącznik.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający będzie zobowiązany dokonać zmian postanowień SIWZ opisanych wyrokiem, zachowując spójność

postanowień w odniesieniu do całości dokumentacji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego. Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania stosownie do postanowień § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....