

Sygn. akt: KIO 2172/13

Sygn. akt: KIO 2177/13

## WYROK

z dnia 14 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A. w dniu 9 września 2013 r. przez **Telekomunikację Polską Spółkę Akcyjną w Warszawie**

B. w dniu 9 września 2013 r. przez: „TK Telekom” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie**

przy udziale:

1. wykonawcy "**TK Telekom**" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w **Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2172/13 po stronie odwołującego
2. wykonawcy **EmiTel** spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w **Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2172/13 i 2177/13 po stronie odwołującego
3. wykonawcy **GTS Poland** spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w **Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2172/13 po stronie odwołującego i o sygn. akt: 2177/13 po stronie zamawiającego
4. wykonawcy **Polkomtel** spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w **Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2172/13 po stronie odwołującego

5. wykonawcy **NETIA Spółka Akcyjna w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2177/13 po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. uwzględni oba odwołania i nakazuje zamawiającemu – **Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie:**

- 1) dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozdz. II, część II „Warunki techniczne świadczenia usług stanowiących przedmiot oraz zasady prawa opcji” w pkt 14 i 15 poprzez opisanie prawa opcji z zastosowaniem art. 29 i następnych ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907) lub – ewentualnie – zastąpienie prawa opcji możliwością udzielenia zamówienia uzupełniającego
- 2) dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozdz. II, część 3 „Zasady świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia” pkt 6.2 poprzez wskazanie okoliczności, w których wykonawca obowiązany będzie dokonać zmiany konfiguracji łączy, urządzeń DCE, routerów GE oraz aktualizacji oprogramowania
- 3) dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozdz. II, część II pkt 1 i rozdziału II cz. II pkt 5 podpunkt 3.1, wzoru oferty oraz § 1, § 2 ust. 1 i § 13 ust. 2 wzoru umowy poprzez wprowadzenie co najmniej 9-miesięcznego terminu na uruchomienie usługi, licząc od dnia zawarcia umowy
- 4) dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozdz. II, cz. 1 pkt 2 podpunkt 3.3.3 poprzez jego wykreślenie
- 5) dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie pkt. 1 Załącznika nr 9.

oraz dostosowanie do powyższych modyfikacji innych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawierających analogiczne uregulowania.

2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną **przez Telekomunikację Polską Spółkę Akcyjną w Warszawie (15 000 zł 00 gr)** i „TK Telekom” Spółkę z

**ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (15 000 zł 00 gr)** tytułem wpisów od odwołań.

2.2. zasądza od **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie** na rzecz **Telekomunikacji Polskiej Spółki Akcyjnej w Warszawie** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania

2.3. zasądza od **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie** na rzecz „**TK Telekom**” **Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), 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 (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

**Sygn. akt: KIO 2172/13**

**KIO 2177/13**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług operatora sieci rozległej WAN KSI ZUS.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 9 września 2013 roku wykonawcy: Telekomunikacja Polska SA w Warszawie oraz „TK Telekom” Sp. z o.o. w Warszawie wnieśli odwołania wobec specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (Dz.U./S S168, 30/08/2013, 291846-2013-PL).

Odwołująca Telekomunikacja Polska zarzuciła zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7, art. 29 ust. 1 w zw. z art. 34 ust. 5 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający przygotowanie oferty, polegający na:
  - a) zastrzeżeniu prawa opcji, polegającego na uruchamianiu usług w nowych lokalizacjach lub zmianie prędkości dostępowych łączy, bez uwzględniania technicznych możliwości takich zmian oraz kosztów, jakie z tego tytułu poniesie wykonawca,
  - b) zastrzeżeniu, że nowe łączy uruchamiane w ramach opcji, nie mogą być uruchamiane w technologii radiowej, co powoduje nieuzasadnione różnicowanie technologii łączy uruchamianych tuż po podpisaniu umowy oraz łączy uruchamianych w ramach prawa opcji,
- 2) art. 7 oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia uniemożliwiający przygotowanie oferty, polegający na:
  - a) zastrzeżeniu, że łączy do sieci MPLS w Centrali Zakładu Ubezpieczeń Społecznych będą zakończone routerem CE zamawiającego, podczas gdy

zamawiający definiuje router CE jako urządzenie wykonawcy, stanowiące zakończenie łącza dostępowego,

- b) zastrzeżeniu, że łącza do Internetu w Centrali Zakładu Ubezpieczeń Społecznych będą dostarczane bez routera CE wykonawcy, co uniemożliwia realizację wymagań w zakresie zarządzania siecią WAN i zapewnienia parametrów jakościowych,
- c) zastrzeżeniu możliwości zmiany konfiguracji łączy, urządzeń DCE oraz routerów CE wykonawcy oraz aktualizacji oprogramowania, bez określenia zakresu i trybu dokonywania zmian.

Na rozprawie w dniu 2 października 2013 roku odwołująca cofnęła zarzuty wskazane w pkt 6 ppkt 1 lit. b oraz pkt 6 ppkt 2 lit. a i b.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 6 ppkt 1 lit. a odwołująca stwierdziła, iż zamawiający w rozdz. II specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w części 2 „Warunki techniczne świadczenia usług stanowiących przedmiot oraz zasady prawa opcji” w pkt. 14 i 15 opisał praw opcji w następujący sposób:

*14) W ramach Umowy Zamawiający zastrzega sobie możliwość skorzystania z prawa opcji, tzn., że w czasie trwania Umowy w danym roku umowy może uruchomić do 10 (w pierwszym roku trwania umowy do 20) nowych lokalizacji. Nowa lokalizacja rozumiana jest jako jednostka, która będzie korzystać z zasobów KSI i wymaga podłączenia do sieci WAN. Wykonawca zobowiązany będzie uruchomić usługę nie później niż w terminie trzech miesięcy od daty zgłoszenia takiej potrzeby do Wykonawcy. Po uruchomieniu nowych jednostek Wykonawca musi zaktualizować dokumentację powykonawczą dostarczoną do Zamawiającego.*

*15) W ramach Umowy Zamawiający zastrzega sobie możliwość skorzystania z prawa opcji, tzn., że w czasie trwania Umowy w każdym roku może podnieść prędkość łączy do 20 Lokalizacji Zamawiającego zawartych w tabeli 1.1 Załącznika nr 1 do Wzoru Umowy. Podniesienie prędkości będzie do dwukrotnej wartości obecnych parametrów łącza. Wykonawca zobowiązany będzie uruchomić usługę nie później niż w terminie trzech miesięcy od daty zgłoszenia takiej potrzeby Wykonawcy.*

Analogiczne postanowienie zostało zawarte w § 2 ust. 2 pkt 5 wzoru umowy.

Odwołująca podniosła, że jednocześnie zamawiająca oczekuje podania w Formularzu ofertowym takich samych opłat dla poszczególnych typów łączy, zarówno tych uruchamianych tuż po podpisaniu umowy, jak również uruchamianych (modyfikowanych) w ramach prawa opcji.

W ocenie odwołującej postanowienie pkt 14 związane jest z koniecznością uruchomienia usługi w 50 nowych lokalizacjach, niezależnie od tego czy wykonawca dysponuje w tych lokalizacjach jakąkolwiek infrastrukturą i możliwościami technicznymi świadczenia tych usług. Brak po stronie wykonawcy możliwości technicznych świadczenia usługi może się wiązać z koniecznością poniesienia bardzo dużych nakładów inwestycyjnych. Zakres i wartość takich inwestycji są niemożliwe do przewidzenia bez wskazania przez zamawiającego na etapie przygotowywania oferty dokładnych adresów lokalizacji, w których mają być świadczone usługi i parametrów usługi dla tych lokalizacji. Ich koszt może przewyższać wartość wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi w danej lokalizacji. Koszty dla wykonawcy mogą się wiązać, a w niektórych przypadkach będą się wiązać na pewno m.in. z koniecznością budowy lub rozbudowy infrastruktury teleinformatycznej (studzienki, kanały, kable itp.), rozbudowy infrastruktury sprzętowej, niezbędnej do świadczenia usługi w określonej technologii dostępowej, doboru i zakupu routera odpowiedniego dla tej technologii.

Analogiczne ryzyka wiążą się z postanowieniem pkt 15, które zakłada zmianę przepływności 80 łączy. Podniesienie przepływności łączy, w wypadku braku technicznych możliwości, może wiązać się z kosztownymi nakładami inwestycyjnymi, takimi jak wymiana urządzeń końcowych (routerów) lub nawet zmiana medium transmisyjnego (np. zmiana kabla miedzianego na łącze światłowodowe).

Zdaniem odwołującej cytowane postanowienia, ze względu na możliwość poniesienia kosztownych nakładów inwestycyjnych dla niemal 120 łączy, uniemożliwiają należytą kalkulację oferty i obciążają wykonawców niemożliwym do oszacowania ryzykiem.

Odwołująca wniosła o nakazanie zamawiającemu modyfikacji postanowień dotyczących prawa opcji w ten sposób, że skorzystanie z prawa opcji we wskazanym wyżej zakresie uzależnione będzie od posiadania przez wykonawcę pozytywnych warunków technicznych w danej lokalizacji, a w wypadku braku takich warunków – uruchomienie nowych łączy bądź podniesienie przepływności łączy może nastąpić w trybie zamówienia uzupełniającego.

W zakresie zarzutu opisane w pkt 6 ppkt 2 lit. c odwołująca podniosła, że w rozdz. II SIWZ, w części 3 pt. „Zasady świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia”, w pkt. 6.2 stwierdza się, że wykonawca zobowiązany jest do zarządzania i monitoringu sieci, w tym zmiany konfiguracji łączy, urządzeń DCE oraz routerów CE wykonawcy oraz aktualizacji oprogramowania w urządzeniach wykonawcy.

Zamawiający nie opisuje przy tym zakresu powyższych czynności, a więc postanowienie to stanowić może podstawę do żądania dowolnych zmian w zakresie konfiguracji łączy, urządzeń DCE i routerów CE oraz aktualizacji oprogramowania, które mogą prowadzić do utrudnień zarządzaniu siecią oraz znacznych kosztów, których nie można określić na etapie składania oferty. Zmiany takie mogą przykładowo prowadzić do konieczności wymiany urządzeń sieciowych, a w skrajnych sytuacjach nawet do inwestycji związanych z wymianą lub rozbudową infrastruktury sieci dostępowej.

Sposób dokonywania zmiany powinien być uzależniony od tego, czy zmiany te są możliwe z przyczyn technicznych w terminach żądanych przez zamawiającego, czy nie spowodują konieczności poczynienia nakładów o charakterze inwestycyjnym oraz wykroczenia poza pierwotnie określony przedmiot zamówienia (nie spowodują zwiększenia rozmiaru świadczonej usługi) – innymi słowy – czy nie spowodują zwiększenia wartości ekonomicznej świadczenia wykonawcy. Warunku takiego nie spełniają ogólne zastrzeżenia o możliwości dokonywania zmian – niezbędne jest tutaj określenie zakresu takiej zmiany, bo tylko w takiej sytuacji ryzyko skorzystania z możliwości zmian świadczonych usług może być ocenione już na etapie przygotowania oferty.

Odwołująca wniosła o nakazanie zamawiającemu potwierdzenia w treści specyfikacji, że konfiguracji łączy, urządzeń DCE i routerów CE oraz aktualizacji oprogramowania

- odbędzie się wyłącznie w zakresie opisanym w pozostałych postanowieniach SIWZ,
- jest możliwa w ramach umowy tylko po potwierdzeniu przez wykonawcę możliwości technicznych wykonania modyfikacji oraz braku zwiększenia rozmiarów świadczonej usługi, a co za tym idzie dodatkowych kosztów związanych z jej świadczeniem,
- w przypadku konieczności poczynienia nakładów finansowych lub zwiększenia rozmiaru świadczonej usługi, rekonfiguracja usługi będzie realizowana w drodze zamówienia uzupełniającego.

Odwołująca „TK Telekom” Sp. z o.o. w Warszawie zarzuciła zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 43 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, który nie uwzględnia czasu niezbędnego do przygotowania oraz złożenia rzetelnej i prawidłowo skalkulowanej oferty i jednocześnie prowadzi do faktycznego uprzywilejowania dotychczasowego dostawcy usług, który znając warunki świadczenia usług zdolny jest do przygotowania oferty w tym terminie,
- 2) art. 7 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zakreszenie zbyt krótkiego terminu na uruchomienie objętych zamówieniem usług, co prowadzi do faktycznego uprzywilejowania dotychczasowego dostawcy usług, który dla świadczenia usług może wykorzystać istniejącą sieć WAN lub w nieznaczny sposób ją rozbudować, podczas gdy pozostali wykonawcy w tym krótkim okresie muszą zestawić całą sieć WAN;
- 3) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie wymogu 90-stopniowej separacji wiązek głównych przy realizacji łącza podstawowego i zapasowego za pomocą dwóch rozdzielnych fizycznie transmisji radiowych w paśmie licencjonowanym, co powoduje zwiększenie kosztów świadczenia zamawianej usługi i w rezultacie wpływa na treść oferty wykonawcy;
- 4) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wyłączenie możliwości budowy łączy dostępowych dla sieci MPLS z wykorzystaniem technologii WiMAX;
- 5) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez faktyczne skrócenie okresu testowego z 6 do 2 miesięcy dla dwóch głównych lokalizacji zamawiającego w Warszawie, a więc określenie zbyt krótkiego terminu na uruchomienie objętych zamówieniem usług w tych lokalizacjach, co prowadzi do faktycznego uprzywilejowania dotychczasowego dostawcy usług;
- 6) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 83 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie, że w lokalizacji COO ZUS Warszawa przy ul. Szamockiej 3/5 w relacji do Narodowego Banku Polskiego w Warszawie przy ul. Świętokrzyskiej 11 łącza mają być wykonane w technologii Frame-Relay do instytucji zewnętrznych, podczas gdy usługę taką wykonać może tylko jeden z wykonawców.

Na rozprawie w dniu 2 października 2013 roku odwołująca cofnęła zarzuty wskazane w pkt 4 i 6 odwołania.

W zakresie podtrzymanych zarzutów odwołująca wniosła o:



- 1) nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ:
  - a) w zakresie postanowień rozdziału VI podrozdziału I punktu 1 SIWZ poprzez dopuszczenie możliwości składania ofert co najmniej do 29 listopada 2013 r.,
  - b) w zakresie postanowień rozdziału II podrozdziału punktu I podpunktu 1 i rozdziału II podrozdziału II punktu 5 podpunktu 3.1 SIWZ, wzoru oferty oraz § 1, § 2 ust. 1 i § 13 ust. 2 wzoru umowy i stosownych załączników do wzoru umowy w taki sposób, by wprowadzić dla wykonawców co najmniej 9-miesięczny termin, liczony od dnia zawarcia umowy, na uruchomienie objętych zamówieniem usług,
  - c) w zakresie postanowień rozdziału II, podrozdziału I punktu 2 podpunktu 3.3.3 i podpunktu 13 rys. 2 poprzez rezygnację z wymogu 90-stopniowej separacji wiązek głównych przy realizacji łącza podstawowego i zapasowego za pomocą dwóch rozdzielnych fizycznie transmisji radiowych w paśmie licencjonowanym, a tym samym dopuszczenie dowolnego kąta pomiędzy drogami radiowymi łącza opartych na dostęпах radiowych, a przez to wykreślenie dotychczasowego brzmienia punktu 2 ppkt 3.3.3 w całości i dostosowanie rys. 2 w podpunkcie 13 do powyższej zmiany,
  - d) w zakresie Załącznika nr 9 do SIWZ określenie, że wymóg uruchomienia łącza przewodowych pomiędzy dwiema głównymi lokalizacjami zamawiającego w Warszawie a siecią wykonawcy odbywać się powinien w terminach uruchomienia innych łącza, tj. wykreślenie pkt 1 w Załączniku nr 9 do SIWZ.

W zakresie pierwszego zarzutu odwołująca podniosła, że termin składania oferty został określony na 11 października 2013 roku. Jest to termin zbyt krótki. Odwołująca podniosła, iż czynności przygotowawcze wymagają wykonania wizji lokalnych w terenie, w 345 lokalizacjach. W ocenie wykonawcy możliwe jest wykonanie co najwyżej siedmiu wizji lokalnych dziennie, zarówno z uwagi na możliwości wykonawców, jak i zamawiającego, co oznacza, że wizje we wszystkich lokalizacjach wymagają około 50 dni roboczych.

W zakresie zarzutu drugiego odwołująca podniosła, iż zgodnie z podrozdziałem II punktu I Rozdziału II SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” oraz § 2 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącego załącznik Nr 2 do SIWZ, usługi objęte umową mają być świadczone przez okres 48 miesięcy od dnia zawarcia umowy, przy czym pierwsze sześć miesięcy to okres

wdrożeniowo-techniczny (okres testowy). Faktycznie już od dnia zawarcia umowy, a w pełni po upływie sześciu miesięcy od dnia jej zawarcia, zamawiający wymaga świadczenia usług we wszystkich 345 lokalizacjach. W ocenie wykonawcy taki warunek faworyzuje obecnego dostawcę usługi będącej przedmiotem zamówienia – TP SA. TP już obecnie zapewnia i ma możliwość zapewniać w przyszłości przedmiotową usługę we wszystkich lokalizacjach, ewentualnie będzie musiała w nieznacznym stopniu rozbudować własną, już istniejącą sieć. Wykonawca będzie musiał zestawić sieć WAN we wszystkich lokalizacjach od podstaw.

W zakresie kolejnego zarzutu odwołująca podniosła, że w ramach wskazanej koncepcji połączeń sieci MPLS ZUS na podstawie rysunku zawartego w rozdziale II, podrozdział I punkt 2 podpunkt 13 rys. 2 SIWZ jako jedną z opcji zamawiający dopuszcza realizację łącza podstawowego i zapasowego przy zachowaniu 90-stopniowej separacji wiązek głównych za pomocą dwóch rozdzielnych transmisji radiowych w paśmie licencjonowanym. Także w rozdziale II podrozdziale I punkcie 2 podpunkcie 3.3.3 został postawiony wymóg, by kąt pomiędzy drogami radiowymi wynosił co najmniej 90 stopni.

Według wykonawcy brak jest uzasadnienia dla wprowadzenia takiego wymagania. Wymaganie zakończenia łączy podstawowego i zapasowego do odrębnych routerów PE wykonawcy wyklucza możliwość wykorzystania istniejącej infrastruktury wykonawcy posiadającego w danej miejscowości lub w różnych miejscowościach dwa węzły telekomunikacyjne podpięte do różnych PE, gdzie separacja wiązek głównych będzie mniejsza od 90 stopni. Adekwatna sytuacja będzie miała miejsce, kiedy wykonawca będzie realizował zamówienie z konsorcjantem, a ich najbliższe węzły telekomunikacyjne połączone do różnych PE będą względem lokalizacji zamawiającego rozmieszczone w sposób uniemożliwiający zachowanie warunku 90-stopniowej separacji.

W zakresie ostatniego zarzutu odwołująca podniosła, że w pkt 1 Załącznika nr 9 do SIWZ zamawiający wyznaczył dwumiesięczny termin na uruchomienie usługi dotyczący łączy dostępowych określonych w Tabeli 1.4 Załącznika nr 1 do SIWZ.

Odwołując podkreśliła, że te dwa łącza wymagają szczególnego i długotrwałego przygotowania. Wymagają wybudowania światłowodów, dzierżawy kanalizacji teletechnicznej, przygotowania i zatwierdzenia dokumentacji projektowej. Dodatkowo, w przypadku zachowania 2-miesięcznego terminu na uruchomienie łączy, budowa światłowodu przypadłaby na okres zimy, a to ze względów technicznych jest niemożliwe.

**Izba ustaliła, że zakwestionowane postanowienia SIWZ posiadają brzmienia wskazane w treści odwołań.**

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołania są zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujące mają interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

### **Odwołanie sygn. akt: KIO 2172/13**

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 7, art. 29 ust. 1 w związku z art. 34 ust. 5 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający przygotowanie oferty, polegający na zastrzeżeniu prawa opcji, polegającego na uruchamianiu usług w nowych lokalizacjach lub zmianie prędkości dostępowych łączności, bez uwzględniania możliwości takich zmian oraz kosztów, jakie z tego tytułu poniesie wykonawca.

Możliwość wprowadzenia prawa opcji do polskiego systemu zamówień publicznych wynika z Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi – tzw. dyrektywa klasyczna. Dyrektywa w art. 9 ust. 1 stanowi, że podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest całkowita kwota należna bez VAT oszacowana przez instytucję zamawiającą, przy czym w obliczeniu takim uwzględnia się całkowitą kwotę szacunkową obejmującą także wszelkie opcje lub wznowienia zamówienia. Na podstawie przepisu Dyrektywy klasycznej do ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzono tzw. prawo opcji. Zgodnie z art. 34 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji.

Odmiennie niż w przypadku zamówień uzupełniających opcja nie jest ograniczona wartością procentową w stosunku do zamówienia podstawowego. Natomiast prawo opcji jest związane w sposób integralny z przedmiotem zamówienia. W konsekwencji zamawiający zobowiązany jest w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisać precyzyjnie zakres, jakiego prawa opcji dotyczy. Natomiast wzór umowy powinien zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie uzależniona od decyzji zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający opisał prawo opcji w sposób bardzo ogólny, określając jedynie górną granicę swego zobowiązania. Nie wskazał natomiast żadnych informacji niezbędnych dla prawidłowego skalkulowania oferty, w tym adresu lokalizacji oraz okresu świadczenia usługi. Zamawiający na rozprawie w dniu 2 października 2013 roku przyznał, że nie posiada więcej informacji niż te, które podał w specyfikacji.

Izba stoi na stanowisku, iż – skoro prawo opcji jest związane z przedmiotem zamówienia – zamawiający winien je opisać z uwzględnieniem art. 29 ust. 1 i nast. ustawy Pzp. Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mające wpływ na sporządzenie oferty. Ma to o tyle istotne znaczenie, iż zamawiający w pkt. 5 ppkt 4 na str. 28 SIWZ stwierdził, iż należy wycenić opcję.

O ile zamawiający nie jest w stanie w chwili obecnej opisać prawa opcji z uwzględnieniem wszystkich wymaganych informacji, winien rozważyć zasadność możliwości udzielenia zamówień uzupełniających, co Izba alternatywnie nakazała w sentencji wyroku.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 7 oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający przygotowanie oferty, polegający na zastrzeżeniu możliwości zmiany konfiguracji łączy, urządzeń DCE oraz routerów CE wykonawcy oraz aktualizacji oprogramowania, bez określenia zakresu i trybu dokonywania tych zmian.

Zamawiający w rozdz. II SIWZ, część 3 „Zasady świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia” w pkt. 6.2. wprowadził zobowiązanie dla wykonawcy do zarządzania i monitoringu sieci, w tym zmiany konfiguracji łączy, urządzeń DCE oraz routerów CE wykonawcy oraz aktualizacji oprogramowania w urządzeniach wykonawcy.

W ocenie Izby wprowadzony zapis jest zbyt ogólny i może rodzić po stronie wykonawcy niepewność co do tego, kiedy i w jakich okolicznościach zamawiający zażąda od niego zmiany wskazanych konfiguracji i urządzeń.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, iż przez wskazane postanowienie rozumie, że wykonawca będzie zarządzał swoją siecią w sposób właściwy tak, aby dane zamawiającego transmitowane siecią wykonawcy były bezpieczne. Ewentualna zmiana konfiguracji i urządzeń oraz aktualizacja oprogramowania ma służyć zapewnieniu bezpieczeństwa danych zamawiającego transmitowanych siecią wykonawcy.

Izba zwraca uwagę na treść art. 354 §1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. W myśl art. 355 § 1 K.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Należyta staranność dłużnika – stosownie do § 2 – w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

Z powyższych przepisów wynika wymóg zachowania staranności po stronie wykonującego zobowiązanie. Oczywistym jest zatem, iż wykonawca, który otrzyma przedmiotowe zamówienie, będzie je musiał wykonywać w taki sposób, by dane zamawiającego były bezpieczne. W ocenie Izby to wykonawca, przyjmując na siebie zobowiązanie, przyjmuje jednocześnie odpowiedzialność za bezpieczeństwo powierzonych danych. O sposobie zapewnienia tego bezpieczeństwa decydować winien wykonawca. Jeżeli zaś zamawiający uważa za niezbędną ingerencję w sposób wykonania zamówienia poprzez narzucenie wymogu zmiany wskazanych parametrów i urządzeń, winien w sposób precyzyjny wskazać okoliczności, które po stronie wykonawcy spowodują powstanie obowiązku takiej wymiany.

### **Odwołanie sygn. akt: KIO 2177/13**

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez określenie zbyt krótkiego terminu na uruchomienie objętych zamówień usług, co może prowadzić do uprzywilejowania dotychczasowego dostawcy usług.

Odwołująca podniosła, iż z podrozdziału II punktu 1 rozdziału II SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” oraz § 2 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ wynika, iż usługi objęte umową mają być świadczone przez okres 48 miesięcy od dnia zawarcia umowy, przy czym pierwsze sześć miesięcy to okres wdrożeniowo-techniczny (okres testowy). W ocenie wykonawcy taki warunek faworyzuje obecnego dostawcę usługi będącej przedmiotem zamówienia, tj. Telekomunikację Polską SA.

Rozpoznając podniesiony zarzut Izba przeanalizowała stanowisko zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 października 2013 roku oraz wyrażone na rozprawie i skonstatowała, że zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił konieczności rozpoczęcia wykonywania zamówienia w terminie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Zamawiający nie wykazał istniejących po swojej stronie potrzeb natury organizacyjnej,

prawnej ani też interesu gospodarczego uzasadniającego wymagany termin. Jedyne, na co zwrócił uwagę to fakt, iż jest gospodarzem postępowania i określając jego przedmiot dąży do takiego jego ukształtowania, które zapewni zaspokojenie potrzeb, celów i wymagań w stopniu optymalnym. Zamawiający podkreślił, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich wykonawców, a żaden przepis prawa nie nakłada obowiązku złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie zamawiającego sygnalizowane przez odwołującą trudności są hipotetyczne i niczym nieuzasadnione.

Z argumentacją zamawiającego nie sposób się zgodzić. Odwołująca oraz wykonawcy przystępujący po stronie odwołującej wskazywali na takie okoliczności wpływające na możliwe opóźnienia w realizacji, jak: warunki atmosferyczne, podczas których nie można wykonywać prac budowlanych, konieczność uzyskania decyzji administracyjnych na ewentualną budowę oraz – ewentualnie – okres niezbędny na pozyskanie łącz od Telekomunikacji Polskiej SA, w przypadku, gdyby wykonawca zdecydował się na dzierżawę łącz. Wykonawca Netia SA złożył do akt sprawy dowód w postaci korespondencji z Telekomunikacją Polską SA, która potwierdza, iż zawarcie umowy na dzierżawę łącz wymaga długiego terminu realizacji. Z uwagi na objęcie korespondencji tajemnicą przedsiębiorstwa Izba – na podstawie § 23 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań – wyłączyła jawność przedłożonych dokumentów.

Z kolei pozostała argumentacja podnoszona przez odwołującą nie wymaga dowodu. Terminy postępowań administracyjnych wynikają z przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego, zaś niemożność prowadzenia prac budowlanych w okresie zimowym jest faktem ogólnie wiadomym. Tym samym Izba uznała stanowisko odwołującej za uzasadnione i udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości.

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie wymogu 90-stopniowej separacji wiązek głównych przy realizacji łącza podstawowego i zapasowego za pomocą dwóch rozdzielnych fizycznie transmisji radiowych w paśmie licencjonowanym.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, iż jego intencją jest zachowanie jak największego bezpieczeństwa sieci poprzez rozdzielność dróg radiowych, jak i kablowych. Powyższe założenie ma na celu zminimalizowanie ryzyka awarii obu dróg z tej samej przyczyny. Kąt 90° został ustalony po to, aby wykonawca zapewnił łączność dwóch rozdzielnych geograficznie miejsc. Brak narzucenia tego kąta mógłby powodować, że

wykonawca zapewniłby dwie drogi radiowe z tego samego nadajnika, co z kolei spowodowałoby, że jedna przyczyna awarii dotyczy obu dróg radiowych.

Izba podtrzymuje w tym zakresie własną argumentację wyrażoną przy rozpoznawaniu zarzutu naruszenia art. 7 oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający przygotowanie oferty, polegający na zastrzeżeniu możliwości zmiany konfiguracji łączy, urządzeń DCE oraz routerów CE wykonawcy oraz aktualizacji oprogramowania, bez określenia zakresu i trybu dokonywania tych zmian, podniesionego w odwołaniu Telekomunikacji Polskiej SA. W szczególności Izba zwraca uwagę na przytoczone tam przepisy art. 354 i 355 K.c., nakazujące wykonawcy zachowanie należytej staranności przy wykonywaniu zamówienia.

Ponadto Izba przeanalizowała dowód złożony na poparcie tego argumentu przez przystępującego EmiTel Sp. z o.o. w Warszawie w postaci korespondencji mailowej z Panem Arkadiuszem Kurkiem, pracownikiem Urzędu Komunikacji Elektronicznej, z której wynika, że nie ma żadnych technicznych oraz prawnych wymagań, które uzasadniałyby wymóg stosowania separacji 90° dla kolejnych przęseł linii radiowych. Charakterystyka anten stosowanych w systemach antenowych jest na tyle selektywna, że umożliwia zapewnienie odpowiedniej separacji pomiędzy przęsłami stacji linii radiowych już przy przesunięciach rzędu kilkunastu stopni – w zależności od wykorzystywanego pasma radiowego.

Wskazując na powyższe oraz biorąc pod uwagę fakt, iż zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie wymogu 90-stopniowej separacji wiązek, Izba uznała podniesiony zarzut za uzasadniony.

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp poprzez faktyczne skrócenie okresu testowego z 6 do 2 miesięcy dla dwóch głównych lokalizacji zamawiającego w Warszawie, a więc określenie zbyt krótkiego terminu na uruchomienie objętych zamówieniem usług w tych lokalizacjach, co prowadzi do faktycznego uprzywilejowania dotychczasowego dostawcy usług.

Izba w zakresie tego zarzutu w pełni podtrzymuje argumentację wyrażoną przy rozpoznawaniu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez określenie zbyt krótkiego terminu na uruchomienie objętych zamówieniem usług. Zamawiający również w tym przypadku nie wykazał uzasadnienia do tak znacznego skrócenia terminu. W odpowiedzi na odwołanie podniósł jedynie, iż wyznaczenie takiego terminu umożliwia sukcesywną weryfikację poprawności działania kolejnych przyłączy oraz że wskazane lokalizacje to dwa najbardziej kluczowe i newralgiczne punkty centralne sieci

WAN, dlatego wymaga, aby były one zrealizowane w pierwszej kolejności. W ocenie Izby nie są to powody, dla których uzasadnione jest skrócenie terminu aż do 2 miesięcy.

Odwołująca oraz wykonawcy przystępujący po stronie odwołującej również i w przypadku tego zarzutu wskazywali na takie okoliczności, jak warunki atmosferyczne, okres zimowy, konieczność uzyskania decyzji administracyjnych, okres niezbędny na pozyskanie łącz od Telekomunikacji Polskiej SA. Izba również w tym przypadku uznała tę argumentację za uzasadnioną.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 43 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, który nie uwzględnia czasu niezbędnego do przygotowania oraz złożenia rzetelnej i prawidłowo skalkulowanej oferty i jednocześnie prowadzi do faktycznego uprzywilejowania dotychczasowego dostawcy usług. Odwołująca podniosła, iż czynności przygotowawcze wymagają wykonania wizji lokalnych w terenie, w 345 lokalizacjach. W ocenie wykonawcy możliwe jest wykonanie co najwyżej siedmiu wizji lokalnych dziennie, zarówno z uwagi na możliwości wykonawców, jak i zamawiającego, co oznacza, że wizje we wszystkich lokalizacjach wymagają około 50 dni roboczych.

Zdaniem Izby wyznaczony termin nie uniemożliwia przeprowadzenia wszystkich wizji lokalnych w terenie. Jest to kwestia organizacyjna wykonawcy i od niego zależy, ile osób zaangażuje na ich wykonanie. Izba zgadza się, iż może się to wiązać z dodatkowymi kosztami, niemniej jednak każdy z wykonawców przystępując do postępowania winien uwzględnić koszty związane z przygotowaniem oferty. Jest to okoliczność nierozdzielnie związana z prowadzeniem działalności przez przedsiębiorców i zamawiający nie jest obowiązany brać pod uwagę ich wewnętrznych uwarunkowań.



Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....