

**Sygn. akt: KIO 833/17**

**WYROK**

**z dnia 16 maja 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Kisiel**

**Protokolant: Edyta Paziewska**

**po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2017 r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę T.M.P. S.A. z siedzibą w W. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Jednostki Administracji Państwowej w imieniu i na rzecz których działa Centralny Zamawiający – Centrum Obsługi Administracji Rządowej z siedzibą w Warszawie,**

**przy udziale wykonawcy N. S.A. z siedzibą w W., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu - Jednostkom Administracji Państwowej w imieniu i na rzecz których działa Centralny Zamawiający – Centrum Obsługi Administracji Rządowej z siedzibą w Warszawie, zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia**

Rozdziału IX ust. III pkt 2, tj. sposobu oceny w ramach kryterium oceny ofert „Czas usunięcia usterek/awarii”, w taki sposób, iż Zamawiający dopuści zadeklarowanie czasu dłuższego niż 5 godz., zaś punkty w tym kryterium będą przyznawane następująco - za zadeklarowanie usunięcia usterki/awarii w czasie:

- **5 godzin lub krótszym - 40 pkt,**
- **nie dłuższym niż 6 godzin - 30 pkt,**
- **nie dłuższym niż 7 godzin - 20 pkt,**
- **nie dłuższym niż 8 godzin -10 pkt,**
- **dłuższym niż 8 godzin - 0 pkt.**

**2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**

**3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Jednostki Administracji Państwowej w imieniu i na rzecz których działa Centralny Zamawiający – Centrum Obsługi Administracji Rządowej z siedzibą w Warszawie i:**

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **T.M.P. S.A. z siedzibą w W.** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od **Zamawiającego - Jednostek Administracji Państwowej** w imieniu i na rzecz których działa **Centralny Zamawiający – Centrum Obsługi Administracji Rządowej z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **T.M.P. S.A. z siedzibą w W.** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu: wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Jednostki Administracji Państwowej w imieniu i na rzecz których działa Centralny Zamawiający – Centrum Obsługi Administracji Rządowej z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych ( Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” pn. „Świadczenie usług telefonii stacjonarnej dla Jednostek Administracji Państwowej”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 12 kwietnia 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 072-137263.

W dniu 24 kwietnia 2017 r. wykonawca T.M.P. S.A. z siedzibą w W. (dalej: „T.M.” lub „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”), obowiązującej w ramach opisanego powyżej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także prowadzący do naruszenia uczciwej konkurencji i preferencyjnego traktowania jednego wykonawcy w zakresie, w jakim:
  - a) Zamawiający wykluczył możliwość wykorzystywania technologii VoIP dla realizacji przedmiotu zamówienia,
  - b) Zamawiający przewidział objęcie przedmiotem zamówienia świadczenie usług w zakresie numeracji alarmowej;
2. art. 91 ust.1 i 3 oraz art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez określenie kryterium oceny ofert „Czas usunięcia usterek/awarii” i sposobu dokonywania jego oceny, jak również wymagań opisu przedmiotu zamówienia w zakresie czasu usunięcia usterek/awarii w sposób naruszający uczciwą konkurencję i preferujący jednego

wykonawcę w zakresie, w jakim najwyżej punktowany jest czas usuwania usterek/awarii możliwy do zapewnienia tylko przez jednego operatora, a maksymalny wymagany czas usunięcia usterek/awarii został określony na zbyt wysokim poziomie;

3. art. 353<sup>1</sup> w. zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp, przez sporządzenie załącznika nr 3 do siwz Istotne postanowienia umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego w zakresie, w jakim Zamawiający w 59 ust. 5 Umowy przewidział karę umowną w wysokości 100 zł za każdą rozpoczętą godzinę nieprawidłowego działania łącza, po przekroczeniu terminów o których mowa w §6 ust. 1 Umowy.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści siwz przez:

- dopuszczenie realizacji przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem technologii VoIP;
- wyłączenie z przedmiotu umowy świadczenia usług w zakresie numeracji alarmowej;
- zmiany sposobu oceny w ramach kryterium oceny ofert „Czas usunięcia usterek/awarii”, w taki sposób, iż Zamawiający dopuści zadeklarowanie czasu dłuższego niż 5 godz., zaś punkty w tym kryterium będą przyznawane następująco - za zadeklarowanie usunięcia usterki/awarii w czasie:
  - 5 godzin lub krótszym - 40 pkt,
  - nie dłuższym niż 6 godzin - 30 pkt,
  - nie dłuższym niż 7 godzin - 20 pkt,
  - nie dłuższym niż 8 godzin -10 pkt,
  - dłuższym niż 8 godzin - 0 pkt;
- zmniejszenie wysokości kary umownej przewidzianej w § 9 ust. 5 Umowy ze 100 zł do 40 zł;

W uzasadnieniu odwołania wykonawca T.M. wyjaśniał, że:

I. Zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia - technologia VoIP

Zdaniem Odwołującego opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w sposób naruszający wymaganie zachowania jego proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, jak również niezgodnie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców. Zdaniem Odwołującego wymagania opisu przedmiotu zamówienia prowadzą bowiem, w sposób nieuzasadniony do istotnego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców mogących złożyć ofertę w tym postępowaniu, preferując bezzasadnie jednego wykonawcę - O.P. S.A. (dalej: „O.”). Opisany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia, pomimo iż teoretycznie dopuszcza do udziału w postępowaniu szersze grono wykonawców, w praktyce - uniemożliwia realne konkurowanie z preferowanym operatorem lub też w ogóle - złożenie oferty zgodnej z siwz.

Wykonawca T.M. twierdził, że w zakresie dopuszczonej technologii realizacji przedmiotu zamówienia, w OPZ zawarto szereg postanowień, które uniemożliwiają wykonawcom wykorzystanie w toku realizacji zamówienia usług świadczonych w oparciu o technologię VoIP.

Odwołujący wskazywał, że charakter i przedmiot usług objętych przedmiotem zamówienia, stosownie do pkt 1 ppkt 2 OPZ (Załącznik nr 2 do siwz), uzasadnia dopuszczenie wykorzystania przez wykonawców technologii VoIP. Jednakże inne postanowienia OPZ wskazują na wyłączenie możliwości jej stosowania. Wynika to na przykład z następujących wymagań:

18. ISDN PRA:

- b) Łącze będzie zestawione w relacji operator - JAP w technologii TDM na całej drodze połączenia bez stratnej konwersji na transmisję pakietową;
- d) Wykonawca zapewni prawidłową transmisję głosu, sygnalizacji DSS1, telefaksów w standardzie co najmniej G3, transmisję danych za pomocą modemów i terminali płatniczych dostosowanych do linii analogowych i ISDN oraz połączeń wideo za pomocą widoterminali ISDN;

19. ISDN BRA:

- a) Wykonawca udostępni jednostce łącza ISDN z dostępem BRA w konfiguracji kanałów 2B+D z sygnalizacją DSS1 zakończone urządzeniem NT
- b) Łącze będzie zestawione w relacji operator - JAP w technologii TDM na całej drodze połączenia bez stratnej konwersji na transmisję pakietową;
- c) Wykonawca zakończy łącze zakończeniem NT lub w zależności od potrzeb JAP wyprowadzi odpowiedni styk S, T, R do podłączenia urządzeń końcowych w tym minimum dwóch linii analogowych;
- e) Wykonawca zapewni prawidłową transmisję głosu, sygnalizacji DSS1r telefaksów w standardzie co najmniej G3 i G4, transmisję danych za pomocą modemów i

terminali płatniczych dostosowanych do linii analogowych i ISDN oraz połączeń wideo za pomocą wideoterminali ISDN.

20. Linie analogowe POTS:

- b) Łącze będzie zestawione w relacji operator - JAP w technologii TDM na całej drodze połączenia bez stratnej konwersji na transmisję pakietową;
- e) Wykonawca zapewni prawidłową transmisję głosu, telefaksów w standardzie co najmniej G3, transmisję danych za pomocą modemów i terminali płatniczych dostosowanych do linii analogowych.

Odwołujący podnosił, że przy wykorzystaniu sieci IP nie jest możliwe spełnienie m.in. powyższych wymagań, w sytuacji w której wskazane ograniczenia nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Przedmiot zamówienia, zgodnie z wymaganiem pkt 1 ppkt 2 OPZ, może być zrealizowany z równym powodzeniem przy zastosowaniu technologii VoIP. Technologia ta była dopuszczona do wykorzystania w poprzednim postępowaniu na ten sam przedmiot zamówienia organizowanym przez ówczesny CUW.

Ponadto, wymaganie, aby cały zakres przedmiotu zamówienia podlegał wykonaniu tylko z wykorzystaniem technologii TDM prowadzi do preferencyjnego traktowania wykonawcy O., który jest jedynym na rynku operatorem mogącym w całości zrealizować zamówienie w tej technologii bez korzystania z rozwiązań VoIP. Tak samo w przypadku wymagania zakończeń urządzeniem NT. Należy przy tym podkreślić, iż to czy wymagania opisu przedmiotu zamówienia prowadzą do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, podlega badaniu w okolicznościach danej sprawy, w szczególności uwzględniając aktualną sytuację rynkową.

Kształtując wymagania dotyczące sposobu realizacji zamówienia, Zamawiający powinien mieć zatem na uwadze, czy są one obiektywnie uzasadnione lub czy nie doprowadzą do istotnego ograniczenia kręgu wykonawców, którzy mogliby zrealizować przedmiot zamówienia. Należy stwierdzić, iż wymagania prowadzące do eliminacji praktycznie wszystkich operatorów za wyjątkiem jednego, kwalifikują się bezwzględnie jako naruszające art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Wymagania takie nie tyle bowiem utrudniają uczciwą konkurencję, co prowadzą do jej faktycznej eliminacji.

W związku z powyższym wykonawca T.M. wnosił o wyraźne dopuszczenie realizacji przedmiotu zamówienia również z wykorzystaniem technologii VoIP i usunięcie wymagań uniemożliwiających jej zastosowanie, w szczególności określonych w pkt 1.3 niniejszego odwołania postanowień siwz.

## II. Zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia - usługi w zakresie numeracji alarmowej

Odwołujący podnosił, że analiza Załącznika nr 7 do siwz - Zasoby telekomunikacyjne JAP i zawartych w kolumnie „Uwagi” skrótowych adnotacji dodanych do niektórych pozycji wynika, że zakres numeracji objętej postępowaniem obejmuje również tzw. numerację alarmową. Są to numery wykorzystywane w ramach systemu zarządzania kryzysowego - świadczenie usług telekomunikacyjnych w tym zakresie podlega odrębnym zasadom i dodatkowym obostrzeniom.

Opis przedmiotu zamówienia w żaden sposób nie odnosi się do przewidywanego przez Zamawiającego sposobu świadczenia usług w przedmiotowym zakresie, powodując że nie uwzględnia on informacji niezbędnych w celu przygotowania ofert i późniejszej realizacji zamówienia.

W szczególności należy mieć na uwadze, iż w praktyce usługi w zakresie numeracji alarmowej świadczone mogą być obecnie wyłącznie przez jednego operatora - O.. Potwierdzają to doświadczenia realizacji obecnej umowy na świadczenie usług stacjonarnych, z której wyłączono tzw. numerację alarmową. Obiektywna ocena zasad świadczenia usług numeracji alarmowej wyłącza możliwość realizacji przedmiotu umowy w tym zakresie przez innego wykonawcę. Zatem włączenie tego zakresu do przedmiotu zamówienia powoduje naruszenie konkurencyjności postępowania, prowadząc do niezasadnego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców mogących należycie i z sukcesem wykonać przedmiot zamówienia w pozostałej części.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o usunięcie przedmiotowego naruszenia i wyłączenie z przedmiotu zamówienia obowiązku wykonawcy świadczenia usług w zakresie tzw. numeracji alarmowej.

## III. Zarzut dotyczący Czasu usuwania awarii/usterki

Zdaniem Odwołującego przewidziane przez Zamawiającego parametry czasu usuwania awarii/usterki są istotnie wygórowane, zakładając iż wykonawcy będą w stanie usunąć każdą z możliwych usterek/awarii w czasie krótszym niż 5 godzin od jej zgłoszenia. Co istotne, wskazana deklaracja dotyczy każdego z przypadków awarii oraz każdego ze znacznej liczby łączy objętych przedmiotem zamówienia. Rzetelność takiej deklaracji zgodnie z wymaganiami SIWZ oznacza, że wykonawcy powinni deklarować taki czas, jakiego są w stanie dochować w każdym przypadku, czyli np. nie tylko w odniesieniu do łączy

zlokalizowanych w centrach dużych ośrodków, ale również łączy w lokalizacjach peryferyjnych, o większym oddaleniu od lokalnych służb serwisowych operatora.

Powyższemu kryterium nadano również bardzo istotną wagę w ramach kryteriów oceny ofert, gdyż aż 40% - oznacza to istotny wpływ każdej godziny skrócenia deklarowanego czasu usuwania awarii/usterki na wybór oferty najkorzystniejszej. Ponadto, na uwadze należy mieć opisane poniżej istotne sankcje związane z przekroczeniem zadeklarowanego terminu, zgodnie z zarzutem opisanym poniżej.

W okolicznościach tego postępowania należy uznać, że przedmiotowe kryterium nie tylko zostało ustanowione z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ale również - niezgodnie z charakterem kryteriów oceny ofert jako powiązanych wyłącznie z jakością realizacji przedmiotu zamówienia. Naruszeniu podlega zatem również zakaz kształtowania kryteriów oceny ofert w odniesieniu do właściwości podmiotowych wykonawcy, wynikający z art. 91 ust. 3 Pzp.

Odwolujący wskazywał, że realizacja przedmiotu zamówienia nie jest bowiem możliwa bez skorzystania z zasobów infrastrukturalnych należących do wykonawcy O.P. S.A. Wynika to z okoliczności faktycznych związanych z zasięgiem sieci O., która została przejęta przez tego operatora po dawnym jedynym państwowym operatorze telekomunikacyjnym - Telekomunikacja Polska S.A., co powoduje dostępność i możliwość wykorzystania jako alternatywy dla posiadanych przez siebie łączy, łączy pozostających w zasobach O.. Ponadto, stanowi to preferencję określoną w OPZ jako wymaganie samego Zamawiającego - w pkt 3 ppkt 15 OPZ, Zamawiający przewiduje, iż wymaga, aby wszystkie przyłącza telekomunikacyjne wykonane zostały w pierwszej kolejności z wykorzystaniem już istniejącej w lokalizacjach infrastruktury i dopiero brak możliwości wykorzystania istniejących zasobów fizycznych sieci w poszczególnych obiektach uprawnia o wnioskowania o zgodę o dopuszczenie innego sposobu świadczenia usługi.

Faktem jest zatem, iż w realizacji przedmiotu zamówienia na potrzeby tego postępowania wymagane jest skorzystanie z infrastruktury firmy O., do której dostęp regulowany jest poprzez zawierane pomiędzy operatorami umowy dostępu hurtowego do sieci O. tzw. w uproszczeniu umowy WLR. Dodatkowo, ze względu na to, iż sieci nadal pozostają własnością wykonawcy O., a jedynie dochodzi do dzierżawy fizycznej infrastruktury przez innego operatora, wymagane jest zawarcie przez strony odrębnych umów SLA, w ramach których O. zobowiązuje się - za określoną dodatkową opłatą i w określonym w takiej umowie terminie - do usuwania awarii/usterek występujących po stronie jego sieci. Zarówno terminy, jak i wysokość wynagrodzenia w ramach umów SLA ustalane są na zasadach komercyjnych, tj. w ramach umowy stron. Przy czym, zgodnie ze standardową umową SLA (dostępna na



stronach internetowych tego operatora), firma O. oferuje czas podstawowy usuwania awarii do 8 godzin, z możliwością jego odpłatnego podwyższenia do czasu 4 godzin. Porównując ten standard do wymaganego przez Zamawiającego w ramach wymagań minimalnych oraz ustalonego kryterium oceny ofert, widoczna jest wyraźna dysproporcja.

Ponieważ wykonawca zobowiązany jest zadeklarować faktycznie możliwy do zapewnienia czas usuwania awarii (a nie jedynie jakąś uśrednioną wartość), to już konieczność wykorzystania w toku realizacji zamówienia chociażby jednego łącza w ramach oferty WLR od O.P. S.A. powoduje, że niezależnie od tego, jak krótki jest czas usuwania awarii na własnych zasobach infrastrukturalnych wykonawcy - liczba punktów, które może uzyskać w ramach kryterium oceny ofert w tym postępowaniu jest bezpośrednio powiązana z ofertą uzyskiwaną od firmy O.. Przy czym, operator ten sam będzie zapewne jednym z konkurencyjnych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W ocenie Odwołującego w warunkach przedmiotowego postępowania, ukształtowane przez Zamawiającego kryterium oceny ofert i sposób jego punktowania traci zatem charakter kryterium obiektywnego i powiązanego z jakością realizowanych usług. Obecny sposób oceny kryterium nie tylko wyraźnie preferuje jednego wykonawcę w stosunku do któregośkolwiek z operatorów konkurencyjnych oraz narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez przyznanie jednemu z konkurentów możliwości wpływu na ocenę punktową uzyskaną przez pozostałych wykonawców (i to o istotnej wadze 40%), ale również powoduje, iż ocenie podlegają de facto właściwości podmiotowe wykonawcy, tj. uzyskane przez niego warunki umowy SLA dla dostępu hurtowego do sieci O..

Powoduje to niezgodność z przepisami ustawy Pzp oraz rażące pokrzywdzenie któregośkolwiek z operatorów alternatywnych wobec wykonawcy O.. W związku z powyższym wykonawca T.M. wnosil o dokonanie modyfikacji wymagań Zamawiającego i sposobu oceny w ramach ustalonego kryterium w sposób zgodny z żądaniem odwołania i prowadzący do wyrównania realnych szans wszystkich wykonawców na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

#### IV. Zarzut dotyczący Istotnych postanowień umowy

Zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania,

byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 kc. Tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2010 r. (Sygn. akt: KIO/2036/10): „Tym samym niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności czy to z przepisami regulującymi stosunki umowne danego typu o charakterze iuris cogentis, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami i zasadami ogólnymi Kc w szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353<sup>1</sup> Kc.”

Treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia. Dlatego w orzecznictwie przyznaje się wykonawcy prawo do wnoszenia odwołania również na niezgodne z przepisami prawa postanowienia umowy. Tak m.in.. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 marca 2011 r. (Sygn. akt: KIO/459/11): „Na etapie przygotowywania postępowania, każdy wykonawca zainteresowany realizacją przedmiotowego zamówienia posiada interes w tym, aby zapewnić zgodne z przepisami powszechnie obowiązującymi zasady realizacji umowy. Postanowienia kontraktowe mogą mieć istotny wpływ na zakres świadczeń, jakie będzie zobowiązany ponieść wykonawca z tytułu realizacji umowy i mogą one prowadzić do uszczerbku w mieniu wykonawcy. ”

Zdaniem Odwołującego kara umowna przewidziana w § 9 ust. 5 Umowy jest na tyle wysoka, iż jej ustalenie można traktować jako naruszenie przepisów ustawowych. Wysokość kary jest nieproporcjonalna do przedmiotu i wagi naruszenia, jak również przekracza poziom, którego można by oczekiwać ze względu na realizację celu, któremu służą kary umowne za opóźnienie w całkowitym usunięciu usterki/awarii.

Kara w wysokości 100 zł za każda rozpoczętą godzinę, o którą przekroczone zadeklarowany czas usuwania awarii (przy wysokim poziomie oczekiwań Zamawiającego w kwestii minimalnych parametrów SLA) jest w szczególności nieproporcjonalna do wysokości opłat abonamentowych, których należy oczekiwać za pojedyncze łącze w tym postępowaniu.

Potwierdza to nie tylko obecny poziom opłat abonamentowych uiszczanych w ramach aktualnie obowiązującej umowy, ale proste przyrównanie wartości szacunkowej przedmiotowego zamówienia ujawnionej w Ogłoszeniu o zamówieniu do skali przedmiotu

zamówienia, jaką można ustalić na podstawie chociażby parametru ilości łączy wynikającego z sumowania ilości podanych w Załączniku nr 7 do siwz.

Podział kwoty szacunkowej wartości zamówienia (nawet z pominięciem powiększenia jej o podatek VAT w stawce 23%) przez liczbę wszystkich łączy wynikającą z sumowania ilości wskazanych w tabelach Załącznika nr 7 do siwz oraz przez 24 miesiące świadczenia usługi, daje średnią orientacyjną wartość miesięcznego abonamentu na poziomie 81 zł za jedno łącze. Jest to pewne uproszczenie, ale obrazujące poziom osiągniętych przychodów, zgodnie z szacunkami samego Zamawiającego, które będą brały pod uwagę operatorzy ustalający oferowane w postępowaniu ceny.

W ocenie Odwołującego oznacza to, że jednorazowo (za pojedynczą awarię i jedną rozpoczętą godzinę ponad czas zadeklarowany w ofercie) naliczona kara umowna w wysokości 100 zł może prowadzić do przekroczenia wysokości całego przychodu miesięcznego za jedno łącze. Potwierdza to jej nadmierne wygórowanie i zasadność wniosku o zredukowanie jej wysokości do poziomu 40 zł za każdą rozpoczętą godzinę, co kształtuje się na poziomie 50% średniej opłaty abonamentowej za jedno łącze.

W dniu 11 maja 2017 r. Zamawiający w formie elektronicznej przesłał do Izby odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty opisane w pkt 1 lit. a) i b) odwołania. Natomiast w odniesieniu do zarzutów, opisanych w pkt 2 i 3 odwołania Zamawiający wnosił o ich oddalenie jako całkowicie bezzasadnych. W związku z powyższym Odwołujący w dniu 12 maja 2017 r. w toku posiedzenia Izby z udziałem stron wycofał zarzuty opisane w pkt 1 lit. a) i b) odwołania.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody, pisma oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Izba wskazuje, że Odwołujący jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia publicznego, którego dotyczy

postępowanie objęte niniejszym odwołaniem. Specyfikacja, jak dowodził Odwołujący, zawiera postanowienia naruszające przepisy Pzp. Zatem zarzucane uchybienia mogą uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty konkurencyjnej w stosunku do ofert innych wykonawców. Wobec powyższego działanie Zamawiającego narusza interes Odwołującego, albowiem może doprowadzić do utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego i związanego z tym wynagrodzenia.

Jako pierwszy Izba rozpoznała zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez określenie kryterium oceny ofert „Czas usunięcia usterek/awarii” i sposobu dokonywania jego oceny, jak również wymagań opisu przedmiotu zamówienia w zakresie czasu usunięcia usterek/awarii. Po przeprowadzeniu analiza materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Izba doszła do przekonania, że zgłoszone zarzuty należy uznać za zasadne.

Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający w treści specyfikacji w Rozdziale IX ust. II pkt 1 wskazał, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty będzie kierował się następującymi kryteriami:

- |                                                                                      |                      |
|--------------------------------------------------------------------------------------|----------------------|
| – Cena brutto                                                                        | – 60 % (max. 60 pkt) |
| – Czas usunięcia usterek/awarii, w tym również przerw lub zakłóceń świadczenia usług | – 40 % (max. 40 pkt) |

W Rozdziale IX ust. III pkt 2 siwz „Zasady oceny ofert według ustalonych kryteriów” Zamawiający podał: „Czas usunięcia usterek/awarii, w tym również przerw lub zakłóceń w świadczeniu usług będących przedmiotem niniejszego (T) – nie dłuższy niż 5 godz., - punktowany następująco:

- |                                                                        |         |
|------------------------------------------------------------------------|---------|
| – za zadeklarowanie usunięcia usterki/awarii w czasie do 1 godzin      | 40 pkt, |
| – za zadeklarowanie usunięcia usterki/awarii w czasie od 1 do 2 godzin | 35 pkt, |
| – za zadeklarowanie usunięcia usterki/awarii w czasie od 2 do 3 godzin | 10 pkt, |
| – za zadeklarowanie usunięcia usterki/awarii w czasie od 3 do 4 godzin | 5 pkt,  |
| – za zadeklarowanie usunięcia usterki/awarii w czasie od 4 do 5 godzin | 0 pkt.  |

W toku rozprawy złożono do Izby następujące dowody:

1. Ekspertyza z dnia 11 maja 2017 r. wydana przez Krajową Izbę Gospodarczą Elektroniki i Telekomunikacji, która została podpisana przez Prezesa Zarządu Pana

Stefana Kamińskiego, w której podano m. in.: „Limit 1 h na usunięcie każdej awarii jest praktycznie niemożliwy do spełnienia, gdyż wszystkie awarie wymagające interwencji poza siedzibą operatora będą wymagały dłuższego czasu na jej usunięcie, z względu na konieczność identyfikacji przyczyny awarii, dojechania na miejsce i podjęcia czynności technicznych w celu jej usunięcia”.

2. Regulamin firmy O. dla usług Certyfikat Jakości SLA dla Krajowych Łączni Dzierżawionych, w którym w § 1 pkt 19 podano „SLA premium - Certyfikat Jakości SLA obejmujący maksymalnie 4 godzinny czas usunięcia Awarii, gotowość służb technicznych do usunięcia Awarii przez 24 godziny na dobę we wszystkie dni w roku, gwarantujący dostępność Usług Podstawowych na poziomie 99,9% co oznacza, że maksymalny łączny czas wszystkich Awarii w danym roku kalendarzowym nie może przekroczyć 8,76 godziny”.
3. Korespondencję elektroniczną z okresu 10-12 maja 2017 r., prowadzoną pomiędzy pracownikiem wykonawcy T.M. Panem Pawłem Gajcy a pracownikiem wykonawcy O. Panem W.K. – Głównym Specjalistą ds. Sprzedaży Usług Hurtowych, Wydział Klienci Kluczowi, w której treści podano m. in.: „Aktualnie biznesowo nie widzimy uzasadnienia dla przygotowania wariantu niestandardowego SLA. (...) W związku z tym, jak na razie, nie planujemy przygotowania dodatkowej oferty z czasem krótszym niż w wariantcie premium tj. 4h. Możemy wrócić do tematu, w wypadku przedstawienia konkretnych oczekiwań w zakresie ilościowym i jakościowym”.

Istotą sporu w rozpoznawanej kwestii jest odpowiedź na pytanie, czy opis zasady oceny ofert według ustalonych kryteriów, zawarty w Rozdziale IX ust. III pkt 2 siwz, określony przez Zamawiającego w zacytowanym powyżej kształcie narusza regulacje zawarte w art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 oraz art. 91 ust. 1 i 3 Pzp ? Zdaniem Izby na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Według art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Natomiast art. 91 ust. 1 Pzp stanowi, że Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków

zamówienia. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej i finansowej (ust. 3).

Przekładając powyższe na stan faktyczny rozpoznawanej sprawy należy zwrócić uwagę na specyfikę rozpoznawanego postępowania, które dotyczy wielu i bardzo różnych lokalizacji określonych jednostek, a także na występowanie w tym postępowaniu pewnych uwarunkowań, związanych z koniecznością skorzystania z infrastruktury firmy O.. W związku z tym wykonawca ubiegający się o zamówienie jest zmuszony do wykupienia od firmy O. usługi SLA, zawierającej usługę usuwania awarii. Z treści § 1 pkt 19 regulaminu, opisanego powyżej wynika wprost, że najkrótszy czas SLA to 4 godziny (SLA premium).

Biorąc pod uwagę powyższe Izba doszła do przekonania, że racje ma Odwołujący, który twierdził, że ukształtowanie postanowień siwz, odnoszących się do sposobu oceny w ramach kryterium „Czas usunięcia awarii/usterki” uprzywilejowuje wykonawcę O., który jako dysponent własnej infrastruktury może zaproponować czas krótszy na usunięcie awarii/usterki, gdyż nie jest uzależniony od terminów, opisanych w § 1 pkt 19 ww. regulaminu.

Izba dała wiarę twierdzeniom Odwołującego, który twierdził, że firma O. nie jest zainteresowana skróceniem czasu usługi SLA premium poniżej 4 godzin w odniesieniu do innych wykonawców. Powyższe koresponduje z treścią korespondencji e-mailowej przedstawionej przez Odwołującego. Nie można wykluczyć, że powyższe jest spowodowane tym, że wykonawca O. jest zainteresowany udziałem w omawianym postępowaniu.

W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na inny aspekt rozpoznawanego zarzutu, dotyczący określonych uwarunkowań, związanych z różnorodnością lokalizacji jednostek objętych postępowaniem oraz zgłaszanych awarii. W tym zakresie Izba uznała za trafny i adekwatny przykład, którym posłużył się Przystępujący, tj. przykład awarii, polegającej na fizycznym przerwaniu łącza. W takim przypadku awarię trzeba nie tylko rozpoznać ale również dojechać w określone miejsce, usunąć ją i dokonać sprawdzenia prawidłowości działania łącza, co powoduje, że w większości przypadków niemożliwe jest usunięcie awarii w okresie 1 godziny.

Tożsame wnioski płyną również z ekspertyzy, wydanej przez Krajową Izbę Gospodarczą Elektroniki i Telekomunikacji, w której stwierdzono, że „limit 1 h na usunięcie każdej awarii jest praktycznie niemożliwy do spełnienia, gdyż wszystkie awarie wymagające interwencji poza siedzibą operatora będą wymagały dłuższego czasu na jej usunięcie, z względu na konieczność identyfikacji przyczyny awarii, dojechania na miejsce i podjęcia czynności technicznych w celu jej usunięcia”.

Podkreślenia wymaga, że powyższemu kryterium Zamawiający przypisał bardzo istotną wagę w ramach kryterium oceny ofert, gdyż jest to aż 40%. Tym samym uznać należy, że uzyskanie przez wykonawcę punktów w tym kryterium ma istotny wpływ ostateczną ilość punktów przyznanych konkretnemu wykonawcy, co bez wątplenia przekłada się na możliwość uzyskania zamówienia przez poszczególnych wykonawców.

Izba dostrzega cel omawianego kryterium, wskazany przez Zamawiającego, zmierzający do tego, aby zagwarantować sprawne funkcjonowanie określonych jednostek administracji państwowej. Jednak zaznaczyć należy, że nie może on stać w sprzeczności z przepisami obowiązującego prawa, w tym przypadku z przepisami Pzp, których naruszenie przez Zamawiającego Izba stwierdziła w ramach rozpoznawanego postępowania.

Wobec tego Izba stwierdziła, że zgłoszone zarzuty należy uznać za zasadne.

Następnie Izba rozpoznała zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 353<sup>1</sup> w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp, przez sporządzenie załącznika nr 3 do siwz „Istotne postanowienia umowy, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego w zakresie, w jakim Zamawiający w § 9 ust. 5 Umowy przewidział karę umowną w wysokości 100 zł za każdą rozpoczętą godzinę nieprawidłowego działania łącza, po przekroczeniu terminów o których mowa w § 6 ust. 1 Umowy. Izba uznała zgłoszone zarzuty za niezasadne.

Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający w § 9 ust. 5 załącznika nr 3 do siwz „Istotne postanowienia umowy”, podał: „W przypadku niespełnienia zobowiązania określonego w § 6 ust. 1 umowy, z zastrzeżeniem § 6 ust. 3 umowy, Wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umowną w wysokości 100 zł brutto za każdą rozpoczętą godzinę nieprawidłowego działania łącza, po przekroczeniu terminów o których mowa w § 6 ust. 1 umowy”.

W toku rozprawy do Izby złożono następujące dowody:

1. Analiza skutków 24 godzinne awarii w oparciu o ceny z aktualnej umowy COAR z T.M..
2. Pismo Prokuratury Okręgowej w Radomiu z dnia 7 kwietnia 2017 r., w którym wskazano na nieprawidłową realizację umowy nr 2016/3-PO Radom przez wykonawcę T.M..

Izba wskazuje, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy konsekwentnie twierdził, że kara umowna na poziomie 40 zł za każdą rozpoczętą godzinę nieprawidłowego działania łącza, która w identycznej wysokości obowiązuje w aktualnie realizowanej umowie przez wykonawcę T.M., nie motywuje odpowiednio Odwołującego do prawidłowego świadczenia usługi oraz usuwania awarii w zadeklarowanym czasie. Na tą okoliczność przedstawił dowód w postaci ww. pisma Prokuratury Okręgowej w Radomiu, a także powołał się poszczególne przypadki nieprawidłowego działania T.M. przy realizacji obecnej umowy. Wobec tego, zdaniem Zamawiającego podwyższenie kary umownej z 40 zł do kwoty 100 zł za każdą rozpoczętą godzinę nieprawidłowego działania łącza będzie słusznym rozwiązaniem, właściwie zabezpieczającym interesy Zamawiającego, a także będzie miało charakter prewencyjny.

Natomiast Odwołujący i Przystępujący zgodnie twierdzili, że wysokość kary umownej na poziomie 100 zł za każdą rozpoczętą godzinę nieprawidłowego działania łącza jest zbyt wysoka. Przystępujący przedłożył dowód w postaci opisanej powyżej analizy, z której w jego ocenie wynika, że w określonym przypadku wykonawca nie jest w stanie uzyskać jakiegokolwiek przychodu w okresie realizacji umowy, a wręcz będzie ponosić straty z uwagi na wyśrubowaną wartość kar umownych.

Izba uznała, że omawiana materia podlega swobodzie kontraktowania i jest ograniczona jedynie wolą stron. Izba stanęła na stanowisku, że omawiana treść lub cel umowy nie sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego - art. 5 kc. W związku z powyższym, skoro Zamawiający treścią § 9 ust. 5 załącznika nr 3 do siwz określił karę umowną na kwotę 100 zł za każdą rozpoczętą godzinę nieprawidłowego działania łącza to Odwołujący w kalkulacji wartości oferty powinien uwzględnić ryzyko, związane z takim poziomem kar umownych.

Izba nie dopatrzyła naruszenia przez Zamawiającego, wskazywanych przez Odwołującego przepisów. W ocenie Izby, w szczególności nie sposób dopatrzeć się naruszenia przepisów, odnoszących się zachowania uczciwej konkurencji, czy też równego traktowania wykonawców, gdyż treść § 9 ust. 5 załącznika nr 3 do siwz odnosi się w jednakowym zakresie do wszystkich wykonawców.

Podsumowując, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wobec tego Izba nakazała Zamawiającemu zmianę treści specyfikacji Rozdziału IX ust. III pkt 2, tj. sposobu oceny w ramach kryterium oceny ofert „Czas usunięcia usterek/awarii”, w taki sposób, iż Zamawiający



dopuszcza zadeklarowanie czasu dłuższego niż 5 godz., zaś punkty w tym kryterium będą przyznawane następująco - za zadeklarowanie usunięcia usterki/awarii w czasie:

- 5 godzin lub krótszym - 40 pkt,
- nie dłuższym niż 6 godzin - 30 pkt,
- nie dłuższym niż 7 godzin - 20 pkt,
- nie dłuższym niż 8 godzin -10 pkt,
- dłuższym niż 8 godzin - 0 pkt.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....