

Sygn. akt: **KIO/UZP 180/08**

KIO/UZP 185/08

KIO/UZP 186/08

KIO/UZP 187/08

WYROK
z dnia 17 marca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2008r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 marca 2008r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

- A. **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13,**
- B. **Crowley Data Poland Sp. z o.o., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2,**
- C. **„ATM” S.A., 04-186 Warszawa, ul. Grochowska 21a,**
- D. **EXATEL S.A., 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47,**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Finansów, Departament Rozwoju Systemów Informatycznych, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12** protestów z dnia 20 lutego 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego/zgłaszających* przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się, oraz **XXX** po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołania i nakazuje zmienić następujące zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ):

1. w Rozdziale 17 punkt 1 SIWZ dokonać skreślenia następujących zapisów : “Umowa zostanie uzupełniona o zapisy z oferty nie sprzeczne z zapisami SIWZ oraz nie ograniczające praw Zamawiającego, a także ewentualne uwagi z Prokuraturii Generalnej.”
2. w Rozdziale 17 punkt 2 SIWZ dokonać zmiany zapisu “ Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana, obowiązany jest przed zawarciem umowy wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 8 % wartości umowy” na zapis uwzględniający treść art. 150 ust. 3-6 ustawy dotyczący odroczonego terminu zapłaty
3. Jeżeli okres realizacji zamówienia jest dłuższy niż rok, zabezpieczenie, za zgodą zamawiającego, może być tworzone przez potrącenia z należności za częściowo wykonane dostawy, usługi lub roboty budowlane. 4.W przypadku, o którym mowa w ust. 3, w dniu zawarcia umowy wykonawca jest obowiązany wnieść co najmniej 30 % kwoty zabezpieczenia 5. Zamawiający wpłaca kwoty potrącane na rachunek bankowy w tym samym dniu, w którym dokonuje zapłaty faktury. 6. W przypadku, o którym mowa w ust. 3, wniesienie pełnej wysokości zabezpieczenia nie może nastąpić później niż do połowy okresu, na który została zawarta umowa.
3. W Rozdziale 1 punkt 3 SIWZ o treści “ Wykonanie i dostarczenie Zamawiającemu do jego siedziby (Warszawa ul. Świętokrzyska 12) harmonogramu realizacji zestawienia, uruchomienia, przełączania łączy u Użytkowników wraz z opisem i procedurą przełączania Użytkowników (wskazanych w Załączniku B do SIWZ) z obecnej sieci WAN Zamawiającego wykonanej w technologii MPLS do sieci MPLS Wykonawcy.”
dodać na końcu punktu zapis o treści “ w terminie do 4 miesięcy od daty zawarcia Umowy”.
4. W Rozdziale 1 w punktach 11, 12 SIWZ dokonać zmian: w pkt 11 lit a, b, c, d, e poprzez określenie konkretnych ilości nowych łączy dostępowych w okresie od zawarcia Umowy do dnia rozpoczęcia świadczenia Usługi oraz w kolejnych latach świadczenia usługi oraz w pkt 12 lit a,b,c poprzez wskazanie konkretnych procentów lokalizacji odnoszących się do zmian przepustowości na zestawionych łączach dostępowych (L) w kolejnych latach świadczenia usługi.
5. W rozdziale 4 punkt 3 podpunkt 5 SIWZ dokonać skreślenia zapisu i nadać mu brzmienie o treści“ szczegółowy wykaz Użytkowników sporządzony wg Załącznika B do SIWZ, uzupełniony o sposób realizacji łącza L tylko w przypadku światłowodu.”
Nakazuje się uzupełnić Zał. B do SIWZ o informację o treści “w zakresie podania sposobu realizacji łącza L na etapie składania ofert wykonawca ma obowiązek

podania sposobu realizacji łącza L tylko w przypadku światłowodu. Natomiast na etapie realizacji wykonawca podaje do każdej lokalizacji sposób realizacji łącza L (np. miedziane, światłowodowe, radiowe).

2. Kosztami postępowania obciąża **Ministerstwo Finansów, Departament Rozwoju Systemów Informatycznych, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 1016 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc szesnaście złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13,**
 - B** koszty w wysokości 1016 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc szesnaście złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Crowley Data Poland Sp. z o.o., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2,**
 - C** koszty w wysokości 1016 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc szesnaście złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **„ATM” S.A., 04-186 Warszawa, ul. Grochowska 21a,**
 - D** koszty w wysokości 1016 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc szesnaście złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **EXATEL S.A., 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 10 104 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy sto cztery złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty 1016 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc szesnaście złotych zero groszy) przez **Ministerstwo Finansów, Departament Rozwoju Systemów Informatycznych, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12** na rzecz **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,
 - B** kwoty 4616 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćset szesnaście złotych zero groszy) przez **Ministerstwo Finansów, Departament Rozwoju Systemów Informatycznych, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12** na rzecz **Crowley Data Poland Sp. z o.o., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego,

- C** kwoty 1016 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc szesnaście złotych zero groszy) przez **Ministerstwo Finansów, Departament Rozwoju Systemów Informatycznych, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12** na rzecz „ATM” **S.A., 04-186 Warszawa, ul. Grochowska 21a** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,
- D** kwoty 3456 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące czterysta pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) przez **Ministerstwo Finansów, Departament Rozwoju Systemów Informatycznych, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12** na rzecz **EXATEL S.A., 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
- A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX**
- B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX**
- C** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX**
- D** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX**
- 4) dokonać zwrotu kwoty 75 936 zł 00 gr (słownie: siedemdziesiąt pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 18 984 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt cztery złote zero groszy) na rzecz **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13,**
- B** kwoty 18 984 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt cztery złote zero groszy) na rzecz **Crowley Data Poland Sp. z o.o., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2,**
- C** kwoty 18 984 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt cztery złote zero groszy) na rzecz „ATM” **S.A., 04-186 Warszawa, ul. Grochowska 21a,**
- D** kwoty 18 984 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt cztery złote zero groszy) na rzecz **EXATEL S.A., 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47.**

Uzasadnienie

Postępowanie objęte przedmiotowym odwołaniem dotyczy zamówienia udzielanego przez Ministerstwo Finansów Departament Rozwoju Systemów Informatycznych, zwany dalej „Zamawiającym” w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług transmisji danych w sieci rozległej WAN Ministerstwa Finansów, przez okres 4 lat (Nr RI-ZI/253/3/BSA/07), o którym ogłoszenie opublikowano w dniu 06.02.2008r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

W tym samym również dniu Zamawiający na stronie internetowej – www.mofnet.gov.pl – zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanych dalej „SIWZ” protesty złożyli następujący wykonawcy :

1. EXATEL S.A. ul. Perkuna 47, 04 -164 Warszawa, zwany dalej „EXATEL”
2. ATM S.A. ul. Grochowska 21 a, 04-186 Warszawa, zwany dalej „ATM”
3. Netia S.A. ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa, zwany dalej „Netia”,
4. Crowley Data Poland Sp. z o.o. ul. Stawki 2, 00 -193 Warszawa, zwany dalej „Crowley”.

Informacja o wniesionych protestach została ogłoszona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 21.02.2008r.

Ad 1. EXATEL S.A Warszawa

Pismem z dnia 20.02.2008r. EXATEL złożył protest na postanowienia SIWZ dotyczące:

1. rozdziału 2 punktu 9, ponieważ opisując przedmiot zamówienia w tej części SIWZ to jest urządzenia dostępne (CE) routery IP dostarczone wraz z niezbędnym okablowaniem i osprzętem, Zamawiający nie doprecyzował, że urządzenia te muszą być nowe, przez co nie gwarantuje sobie należytego wykonania umowy oraz uprzywilejowuje dotychczasowego wykonawcę, który w 732 lokalizacjach może wykorzystać dotychczasową infrastrukturę do realizacji zamówienia po znikomych kosztach. EXATEL wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję.
2. rozdziału 6, w którym Zamawiający oczekuje rozpoczęcia świadczenia usług transmisji danych w terminie 12 miesięcy od daty podpisania umowy, co zdaniem EXATEL jest niemożliwe dla wykonawcy, który dotychczas nie świadczył dla Zamawiającego usługi, a wynika to z praktyki i doświadczenia życiowego. Biorąc pod uwagę procedury środków ochrony prawnej, oczywistym wydaje się, że rozpoczęcie budowy sieci przypadnie w dużej części na okres zimowy, w którym

wykonywanie infrastruktury zwłaszcza światłowodowej, która jest najbardziej oczekiwana przez Zamawiającego, nie będzie można bez szkody dla niej prowadzić. Tym samym dotrzymać terminu może tylko jeden wykonawca to jest dotychczasowy wykonawca, jakim jest Telekomunikacja, która może wykorzystać już zbudowaną infrastrukturę i w oparciu o nią uruchomić świadczenie usług w nowej technologii MPLS. W związku z powyższym ustalenie takiego terminu stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

3. rozdziału 8, w części dotyczącej kryterium opisanego jako „realizacja łączy dostępowych L w technologii światłowodowej”, gdzie Zamawiający ustalił jako jedno z kryteriów oceny ofert – realizację łączy dostępowych L w technologii światłowodowej – waga kryterium 8 %. Zdaniem EXATEL uprzywilejowano w ten sposób jednego z wykonawców to jest aktualnie świadcząca usługę Telekomunikację, która posiada już infrastrukturę w postaci światłowodów. Skoro Zamawiający oprócz łączy światłowodowych dopuścił również łącza miedziane i radiolinie to dlaczego faworyzuje jeden ze sposobów realizacji i to w ukryty sposób Telekomunikację. Natomiast nie przyznaje punktów za inne łącza, którymi będą musieli posłużyć się pozostali wykonawcy, ponieważ w ciągu 12 miesięcy nie będą w stanie zbudować wszystkie łącza światłowodowe. W ten sposób Zamawiający dokonuje oceny wykonawcy, a nie oceny przedmiotu świadczenia, co jest zakazane w art. 91 ust. 3 ustawy.
4. rozdziału 17 punktu 1, poprzez dopuszczenie zmiany umowy na skutek zaleceń Prokuratury Generalnej i to bez określenia zakresu tych zmian. Takie warunki umowy naruszają art. 29 ustawy, który zobowiązuje zamawiającego do jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia. Tym samym Zamawiający w sposób bezpodstawny naraża wykonawcę na utratę wadium w przypadku nie podpisania umowy, z powodu wprowadzonych do niej zmian przez Prokuraturę Generalną.
5. rozdziału 17 punktu 2 w zakresie wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy, ustalonego przez Zamawiającego w wysokości 8 % wartości umowy. Zdaniem EXATEL ustanowienie tak wysokiego zabezpieczenia należytego wykonania umowy powoduje bezzasadne zamrożenie na okres czterech lat znaczących środków to jest ok. 15 mln zł lub powoduje konieczność wykupienia kosztownych gwarancji, a przecież Zamawiający ma zastrzeżone kary umowne w znaczącej wysokości na wypadek nie wykonania lub nienależytego wykonania umowy. Poza tym spowoduje to konieczność w kalkulowaniu w cenę usługi kosztu zamrożenia tak znaczących w działalności gospodarczej środków finansowych. Postępowanie Zamawiającego według oceny EXATEL narusza zasady

racjonalnego i gospodarnego wydatkowania środków publicznych.

6. rozdziału 13 punktu 2, w części dotyczącej oświadczeń, wniosków, zawiadomień wnoszenia protestów oraz informacji Zamawiający i Wykonawca przekazują pisemnie. Zdaniem EXATEL jest to niczym nieusprawiedliwione utrudnianie kontaktowania się w trakcie postępowania wbrew zasadzie obowiązku szybkości postępowania. Tym bardziej uzasadnione jest oprotestowanie tego rodzaju zapisów SIWZ z uwagi na to, że Zamawiający jest tylko dostępny w dni robocze w godz. od 8.00 do 16.00. Takie zapis zdaniem EXATEL narusza art. 27 ustawy, nawet przy zapisie, że to Zamawiający wybiera sposób porozumiewania się, ale przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji, a tym bardziej taki zapis w SIWZ narusza dyrektywy unijne nakazujące zagwarantowanie szybkich i skutecznych środków odwoławczych.
7. § 2 ust. 3 projektu umowy zawarte są postanowienia na wypadek zmiany osób wykonujących zamówienie po stronie wykonawcy. EXATEL oprotestowując ten zapis żąda jego skreślenia, w szczególności z uwagi na to, że zawiera bardziej rygorystyczne wymogi co do wykazania się posiadanymi kwalifikacjami niż na etapie sprawdzania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego poprzez wymóg przedstawienia dokumentów nie oświadczeń co jest dopuszczalne na etapie weryfikacji spełnienia warunków udziału (dotyczy to w szczególności szkoleniowców). W rozdziale 3 ust. 2 wyłącznie co do kierownika projektu oraz czterech członków zespołu, nie dotyczy to szkoleniowców, jest obowiązek przedstawienia wykazu, bez żadnych dokumentów, a co do szkoleniowców jest tylko obowiązek złożenia oświadczenia w trybie art. 22 ustawy. Natomiast na etapie realizacji umowy zmiany kadrowe wymagają dostarczenia dokumentów według bardziej rygorystycznych zasad niż na etapie spełnienia warunków udziału, a poza tym wobec kierownika projektu i czterech członków zespołu te dokumenty są nieskonkretyzowane.

Według oceny EXATEL, Zamawiający dokonując oprotestowanych czynności naruszył art. 7 w zw. z art. 27 ust. 3, art. 29 ust. 2, art. 91 ust. 3, art. 147 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą”, jak również art.353 ze zn.1 k.c. oraz postanowienia dyrektywy 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 dotyczącej koordynacji procedur odwoławczych w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w zakresie naruszenia prawa do wnoszenia środków ochrony prawnej.

Wnosząc protest EXATEL oczekuje od Zamawiającego modyfikacji postanowień SIWZ w następującym zakresie :

1. doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w rozdz. 2 pkt 4 odnośnie routerów IP w sposób zapewniający porównywalność ofert, poprzez określenie, że mają to być urządzenia nowe.
2. wydłużenie terminu realizacji zamówienia co najmniej do 15 miesięcy od daty podpisania umowy (rozdział 6 SIWZ), gdzie na dzień dzisiejszy zapisano termin 12 miesięcy od daty podpisania umowy.
3. modyfikacje kryterium opisane jako "realizacja łączy dostępowych L w technologii światłowodowych" w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i uczciwą konkurencję, Z uwagi na ustawowy zakaz zmiany kryteriów oceny ofert, określony w art. 38 ust. 5 ustawy, EXATEL wnosi o unieważnienie postępowania z mocy ustawy.
4. wykreślenia zapisu pkt 1 rozdz. 17 SIWZ w części dotyczącej modyfikacji postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego na wniosek Prokuraturii Generalnej, to jest ..." a także ewentualne uwagi z Prokuraturii Generalnej".
5. zmianę wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy do 5 % wartości oferty z 8 % wartości oferty,
6. dopuszczenie innych sposobów porozumiewania się na linii zamawiający – wykonawca niż tylko pisemnie, a więc również za pomocą faksu lub drogą elektroniczną, przy wnoszeniu protestów.
7. modyfikację zapisu § 2 ust.3 projektu umowy poprzez usunięcie zobowiązania do przedłożenia dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganych kwalifikacji przez członków zespołu i/l szkoleniowców w przypadku ich zmiany.

Alternatywnym żądaniem w przypadku niemożności modyfikacji SIWZ jest unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Pismem z dnia 21.02.2008r., doręczonym w dniu 25.02.2008r. do postępowania protestacyjnego przystąpił ComArch S.A. Al. Jana Pawła II 39 A, 31- 864 Kraków, wnosząc o oddalenie protestu w całości, przystępując po stronie Zamawiającego.

Zamawiający pismem z dnia 29 lutego 2008r. oddalił protest w całości.

Co do zarzutu Nr 1 - braku wymogu nowego sprzętu – urządzeń dostępowych (CE)

Zamawiający nie zgadza się z zarzutem protestującego EXATEL, że przedmiot zamówienia nie został określony zgodnie z art. 29 ustawy to jest w sposób jednoznaczny, wyczerpujący,

za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.

Przy czym Zamawiający wyjaśnia, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie wyspecyfikowanych w SIWZ usług transmisji danych w sieci rozległej WAN obejmującej teren całego kraju, przy uwzględnieniu świadczenia usługi przez okres czterech lat.

Przedmiotem świadczenia nie jest sprzedaż/dostawa urządzeń dostępowych (CE). Czyli ...”możliwość zaoferowania w ofertach urządzeń używanych...” W ogóle nie będzie miała miejsca. Urządzenia dostępowe nie wchodzi w skład przedmiotu zamówienia, mają być tylko środkiem, przy pomocy którego wykonawca będzie świadczył usługi na rzecz Zamawiającego pozostają cały czas własnością wykonawcy, jak i w jego gestii. Nie jest więc konieczne aby narzucić wykonawcy konieczność używania swoich wyłącznie nowych urządzeń CE. Zamawiający nie ma podstaw do narzucania Wykonawcy przy użyciu jakich narzędzi i urządzeń ma świadczyć usługę. Wymagane jest jedynie aby urządzenie to wraz z interfejsem (P) było odpowiednie (zgodne technicznie) do przyłączenia urządzeń Zamawiającego. Wymagana jakość usługi została doprecyzowana przez określenie parametrów SLA.

Zdaniem Zamawiającego przywołane przepisy nie upoważniają Zamawiającego do ingerencji w sferę wykonania zamówienia przez wykonawcę z prawem, czy nawet obowiązkiem ingerowania w sposób wykonania zamówienia, czyli ingerowania w jego potencjał techniczny.

Zdaniem Zamawiającego żądanie EXATEL wprowadzenia do SIWZ zapisu nakazującego użycie przez wykonawcę w jego infrastrukturze sprzętu fabrycznie nowego jest bezzasadne, gdyż wykracza poza uprawnienia czy usprawiedliwione wymagania Zamawiającego.

Co do zarzutu nr 2 - zbyt krótkiego terminu – 12 miesięcznego, na uruchomienie przedmiotowej usługi

Zamawiający nie uważa, aby wyznaczając taki termin naruszył zasady uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawcy. Przemawia nawet za tym informacja przedstawiona przez EXATEL, że przy usłudze zestawienia sieci dla ok. 330 lokalizacji wyznaczono termin 11 m-cy, ponieważ większa ilość lokalizacji nie jest równoznaczna z koniecznością wydłużenia terminu zestawienia łączy, lecz zaangażowania ze strony wykonawcy większych sił i środków. Niemały wpływ na szacowanie terminu miały wypowiedzi wykonawców w uprzednio unieważnionym postępowaniu, a także wypowiedzi wykonawców w dniu 23 sierpnia 2007r. w postępowaniu przez Zespołem Arbitrów w Urzędzie Zamówień Publicznych.

Co do zarzutu nr 3 – faworyzowania jednego z wykonawców przy ustaleniu kryterium oceny ofert, „realizacja łączy dostępowych L w technologii światłowodowej – waga kryterium – 8%”. Zamawiający przyznaje, na etapie oceny ofert, punkty za realizację łączy w technologii światłowodowej (FO), która charakteryzuje się najlepszymi parametrami takimi jak: wysoka niezawodność, najmniejsza podatność na zakłócenia elektromagnetyczne, (EM, RF), czy trudność podsłuchu. Pozostałe technologie nie oferują tak wysokiej jakości, możliwości rozwoju, odporności na warunki atmosferyczne. Nie bez znaczenia jest fakt braku kradzieży światłowodów, co ma przełożenie na ciągłość pracy łączy. Przy czym Zamawiający nie narzuca jednej technologii wykonania łączy, pozostawiając wybór wykonawcom. Niemniej preferuje technologię światłowodów przyznając jej punkty w kryterium oceny ofert, ale według niego nie w znacznej ilości, bowiem 8 punktów na 100 możliwych. Takie ustalenie w ocenie Zamawiającego nie stanowi kryterium odnoszące się do właściwości wykonawcy.

Co do zarzutu nr 4 – możliwości uzupełnień wprowadzanych do umowy przez Prokuratorię Generalną

Zamawiający posiada taki obowiązek na podstawie art. 10 ustawy z dnia 08.07.2005r. o Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa (Dz. U. nr 169, poz. 1417 ze zm.). Umowa o świadczenie usług transmisji danych w sieci rozległej WAN dotyczy ważnych interesów Skarbu Państwa z uwagi na przeznaczenie sieci i ze względu na wartość usług i wymaga jej złożenia do zaopiniowania przez Prokuratorię Generalną. Obawy EXATEL co do zmiany w tym trybie przedmiotu usługi są bezzasadne, ponieważ mogą dotyczyć jedynie drobnych zmian redakcyjnych, których wprowadzenie jest obowiązkowe. Gdyby konieczne były zmiany naruszające przepisy ustawy to zachodziłaby konieczność unieważnienia postępowania, a nie jednostronnego wprowadzania zmian przez Zamawiającego. Tym samym obawy EXATEL są nieuzasadnione. Bezpośrednio po ogłoszeniu o zamówieniu przesłano do zaopiniowania umowę do Prokuratorii Generalnej.

Co do zarzutu nr 5 – zbyt wygórowanego to jest 8 % zabezpieczenia należytego wykonania umowy Zamawiający określił zabezpieczenie o dwa punkty poniżej maksymalnego poziomu to jest w stosunku do wysokości 10 % możliwych, a to z uwagi na strategiczność danych przekazywanych dla Państwa. W przypadku nienależytego wykonywania usługi uzyskanie w szybkim tempie wykonawców zastępczych może pochłonąć znaczne środki. Dlatego taki poziom zabezpieczenia jest adekwatny dla pokrycia ryzyka ewentualnego nie wykonania usługi przez wybranego wykonawcę.

Co do zarzutu nr 6 – braku możliwości porozumiewania się droga faksu lub drogą elektroniczną

Zamawiający nie uważa aby w ten sposób ograniczał prawo wykonawcy do wnoszenia środków ochrony prawnej. Bezsprzecznie jego zdaniem przepisu ustawy dają Zamawiającemu prawo wyboru sposobu porozumiewania się przy zagwarantowaniu wykonawcom w każdych okolicznościach drogi pisemnej. Tak samo dyrektywy przywołane przez EXATEL nie nakazują wprost stosowania faksu czy to drogi elektronicznej. Dlatego również ten zarzut jest bezzasadny.

Co do zarzutu nr 7 - żądania modyfikacji § 2 ust.3 wzoru Umowy (załącznik D do SIWZ) w zakresie usunięcia zapisów obligujących do dostarczenia dokumentów o uprawnieniach osób szkoleniowców i członków komisji w przypadku zmiany tych osób w trakcie realizacji zamówienia.

Zamawiający uważa to żądanie za bezzasadne. Żądanie dokumentów nie dotyczy etapu weryfikacji podmiotowej w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale etapu realizacji umowy. Skoro Zamawiający w ogóle godzi się na zmiany osobowe w trakcie realizacji to wydaje mu się oczywiste, aby osoby, które będą w zamian poprzednich osób posiadały kwalifikacje co najmniej na tym samym poziomie.

W związku z powyższym Zamawiający oddała protest EXATEL w całości.

Pismem z dnia 03.03.2008r. EXATEL złożył odwołanie wnosząc i wywodząc jak w proteście

Ad. 2 ATM S.A. Warszawa

Pismem z dnia 20.02.2008r. złożyło protest ATM S.A. Warszawa, w którym zawarto zarzuty naruszenia art.7 i 29 ustawy żądając:

1. modyfikację rozdz. 1 pkt 1 i rozdz. 2 pkt 2 SIWZ poprzez wprowadzenie zapisu, że sprzęt dostępowy – urządzenia CE musi być fabrycznie nowy.
2. Modyfikację rozdz. 1 pkt 10 SIWZ poprzez uzupełnienie wszystkich koniecznych informacji do sporządzenia oferty: informacji o łączach, które będą miałyby być przeniesione, informacje o lokalizacjach, informacji o przepustowości wszystkich przeniesionych łączy.
3. Modyfikację rozdz. 4 pkt 5 SIWZ poprzez ograniczenie wymogu przedłożenia wraz z ofertą zał. B z wypełnionymi sposobami realizacji łącza L tylko do tych, które będą wykonywane technologią światłowodów.
4. Modyfikację rozdz. 17 pkt 2 SIWZ, w zakresie żądania zbyt wysokiego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.
5. Modyfikację § 5 ust. 2 wzoru umowy o zapłacie przed wszczęciem świadczenia usług,

a po zainstalowaniu łączy, a nie dopiero po 01.01.2010r.

W dniu 29.02.2008r. protest został oddalony w całości.

W dniu 05.03.2008r. wpływem bezpośrednim zostało złożone odwołanie.

AD 3 Netia S.A. Warszawa

Pismem z dnia 20.02.2008r. złożyło protest Netia S.A. Warszawa, w którym zawarto zarzuty i wnioski, które zawarte są w protestach EXATEL i Crowley, a dotyczące:

1. Punktu 3 ppktu 5 rozdz. 4 SIWZ oraz Zał. B do SIWZ gdzie Zamawiający do oferty zażądał wskazania sposobu realizacji łączy.
2. W § 6 ust. 3 wzoru umowy gdzie Zamawiający zażądał rażąco wygórowanych kar umownych za niedotrzymanie terminów rozpoczęcia świadczenia usług i na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia,
3. W pkt 1 rozdz. 17 SIWZ – zastrzegł, że umowa zostanie uzupełniona o zapisy oferty nie sprzeczne z zapisami SIWZ oraz nieograniczające praw Zamawiającego, a także o ewentualne uwagi z Prokuraturii Generalnej.
4. W pkt 2 rozdz. 17 SIWZ – wykonawca, którego oferta zostanie wybrana zobowiązany jest do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 8% wartości umowy,
5. w pkt 10 rozdz.1 SIWZ – Zamawiający zażądał przeniesienia 80 łączy do innych lokalizacji bez wskazania dokładnego adresu tych lokalizacji, a w pkt 11 rozdz. SIWZ – zażądał zapewnienia zestawienia i uruchomienia 59 nowych łączy bez wskazania dokładnego adresu tych lokalizacji. W obu tych punktach Zamawiający nie wskazał terminu uruchomienia tych łączy.
6. W pkt 12 rozdz. 1 SIWZ – Zamawiający zobowiązał wykonawcę, do wykonywania zmian przepustowości na zestawionych łącach, zgodnie ze zgłoszeniami Zamawiającego, bez wskazania dokładnych lokalizacji, w których te zmiany mają być dokonane,
7. W pkt 8 ppkt a) rozdz. 2 SIWZ - Zamawiający wymaga zróżnicowania ruchu według klas QoS w ramach pasma gwarantowanego na urządzeniu dostępowym z zapewnieniem możliwości zdefiniowania minimum trzech klas QoS ruchu z gwarancją dowolnego podziału pasma według uznania Zamawiającego,

Wskazany zapisom zarzucono naruszenie art.7, art. 29 ust. 1 ustawy, 353¹ k.c.

Netia zażądała:

1. usunięcia z SIWZ oraz kolumny 6 "sposób realizacji łącza" z tabeli w Zał. B,
2. ustalenia kar za niedotrzymanie terminów uruchomienia usługi na poziomie adekwatnym do wartości zamówienia.
3. Usunięcie zapisu, że „umowa zostanie uzupełniona o zapisy oferty nie sprzeczne z zapisami SIWZ oraz nieograniczające praw Zamawiającego, a także o ewentualne uwagi z Prokuratury Generalnej.”
4. zmianę wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy do 4 % wartości lub wyrażenie zgody o której mowa w art. 150 ust.3 ustawy.
5. Wskazanie adresów lokalizacji, do których ma być przeniesione 80 łączy oraz wskazanie lokalizacji, w których ma być uruchomione 59 nowych łączy, a ponadto dodanie do każdego z tych punktów zdania "Zamawiający zleci wykonawcy uruchomienie nowych łączy / przeniesienie wskazanych łączy do nowych lokalizacji na trzy miesiące przed wymaganym terminem ich uruchomienia przeniesienia".
6. O uwzględnienie w harmonogramie adresów lokalizacji, w których nastąpi zmiana przepustowości łącza.
7. O dopisanie ... „z uwzględnieniem ograniczeń, które nakłada technologia MPLS”

W dniu 29.02.2008r. protest został oddalony w całości.

W dniu 05.03.2008r. wpływem bezpośrednim zostało złożone odwołanie, w którym podtrzymano zarzuty za wyjątkiem zarzutu nr 7.

AD. 4 Crowley Data Poland Sp. z o.o Warszawa

Pismem z dnia 20.02.2008r. Crowley złożył protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust.1, art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 12 i art. 140 ust. 1 ustawy oraz art. 353¹ k.c. w związku z art. 139 ust.1 ustawy oraz inne przepisy wymienione w uzasadnieniu protestu, w szczególności poprzez określenie przedmiotu w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz utrudniający uczciwą konkurencję.

Crowley zgłosił następujące zarzuty pod adresem SIWZ

1. zarzut dotyczący treści rozdziału 1 pkt 3, dotyczy braku precyzyjności wymaganego harmonogramu w szczególności czy powinien zawierać daty. Zdaniem Crowley określenie dat jest niemożliwe z uwagi na znaczną ilość użytkowników WAN. Ponadto wymóg dat stawia w pozycji uprzywilejowanej dotychczasowego wykonawcę, który w tej chwili świadczy usługi Zamawiającemu. Crowley żąda modyfikacji SIWZ takiej,

aby wykonawca w harmonogramie zawarł informacje jedynie o doprowadzeniu danej ilości łączy we wskazanej lokalizacji do stanu zgodnego z umową.

Zarzut nr 2, nr 3, nr 4

dotyczą rozdziału 1 punktów 10, 11,12

Do punktu 10 Crowley zarzuca, że Zamawiający nie precyzuje, które konkretnie łącza miałyby być przeniesione do innych lokalizacji, do jakich lokalizacji powinny być przeniesione oraz jakie przepustowości powinien zapewnić wykonawca przeniesionym łączom.

Do punktu 11 Crowley zarzuca, że Zamawiający jedynie wskazał na uruchomienie 60 nowych łączy i nie wskazał wszystkich lokalizacji tych łączy, a jedynie wskazał lokalizację dla łącza o przepustowości 250 Mb/s – Centrum Przetwarzania Danych przy ul. Kieleckiej w Radomiu.

Do punktu 12 Crowley zarzuca, iż Zamawiający nie określił lokalizacji, w których zwiększenie przepustowości miałyby nastąpić.

W związku z tym Crowley zarzuca naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy poprzez opis przedmiotu zamówienia, który uniemożliwia wykonawcy oszacowanie wartości zamówienia w tym zakresie.

Crowley żąda modyfikacji poprzez dokładne określenie lokalizacji, w których wykonawca ma przenieść istniejące łącza funkcjonujące w sieci Zamawiającego – pkt 10 oraz informacje o oczekiwanej przepustowości wszystkich przeniesionych łączy, informacji o wszystkich lokalizacjach nowych łączy – pkt 11, informacji o lokalizacji gdzie miałyby wykonawca zapewnić zmiany przepustowości łączy – pkt 12.

Zarzut nr 5

dotyczy rozdziału nr 2 pkt 9 SIWZ gdzie Zamawiający wskazuje na możliwość używania sprzętu, który nie jest fabrycznie nowy. Crowley uważa, że Zamawiający winien wymagać sprzętu nowego. Aktualny zapis umożliwia naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz nieporównywalność złożonych ofert.

W ocenie Crowley, Zamawiający winien wymagać sprzętu nowego.

Wskazuje on na zawarte umowy Zamawiającego z TP S.A., w latach 2008 -2009, na podstawie których TP S.A. może już w chwili obecnej instalować w lokalizacjach

Zamawiającego urządzenia dostępowe CE, które będzie mógł wykorzystać do świadczenie usług transmisji danych IP VPN MPLS począwszy od 01.01.2010 przez okres 4 lat. Z powyższego wynika, że tylko TP S.A. będzie mógł pomniejszyć koszty zainstalowanego już sprzętu dostępowego CE o koszty amortyzacji, jakie pojawią się do 01.01.2010r. Pozostali wykonawcy będą musieli kalkulować sprzęt nowy.

Zatem wprowadzenie zapisu o konieczności użycia nowego sprzętu powoduje równe traktowanie wszystkich wykonawców, a nie preferowanie wykonawcy już wykonującego usługę transmisji danych.

W związku z powyższym Crowley domaga się modyfikacji SIWZ zakazującej użycia sprzętu używanego.

Zarzut nr 6

dotyczy rozdziału 4 pkt 3 ppkt 3 SIWZ

Crowley uważa, że postanowienia SIWZ o cenie są sprzeczne, ponieważ z jednej strony mówi się o cenie całkowitej, ale żąda się podania cen jednostkowych i przewiduje się rozliczenie na podstawie wykonanych usług i wycenionych cen jednostkowych, co może oznaczać, że zapłata za całość usługi będzie odbiegać od ceny podanej w ofercie. Problem jest o tyle istotny, że cena stanowi kryterium oceny ofert i to w 90 %.

Zdaniem Crowley są to takie rozbieżności, że Zamawiający powinien je usunąć i zdecydować czy mamy do czynienia z ceną ryczałtową czy kosztorysową chociażby dla porównania ofert.

Zarzut nr 7

dotyczy rozdziału 4 pkt 3 ppkt 5 SIWZ gdzie Zamawiający żąda określenia technologii realizacji łącza L (np: miedziane, światłowodowe, radiowe).

Zdaniem Crowley niemożliwe jest określenie na etapie składania ofert sposobu realizacji łącza, ponieważ technologia jest dopasowywana indywidualnie dopiero na etapie realizacji łącza. Może nastąpić taka sytuacja, że zakładana technologia nie będzie mogła być ze względów technicznych zastosowana np.: w sytuacji zwiększenia przepustowości łącza. Za argumentacją Crowley jego zdaniem przemawia zapis we wzorze umowy, o możliwości zmiany sposobu realizacji wskazanego łącza. To tym bardziej wskazywanie technologii na etapie składania ofert nie jest wskazane.

Crowley uważa za zasadne jedynie wskazanie ilości łączy, na których usługa transmisji danych będzie świadczona z wykorzystaniem światłowodu.

Zarzut nr 8

dotyczy rozdziału 17 pkt 2 SIWZ w zakresie załącznika D do SIWZ to jest wzoru umowy. Crowley kwestionuje, iż wzór umowy zostanie uzupełniony o zapisy z oferty nie sprzeczne z zapisami SIWZ oraz nie ograniczające praw Zamawiającego, a także ewentualne uwagi z Prokuraturii Generalnej. Wnosi o skreślenie tych zapisów, ponieważ są sprzeczne z art. 140 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy powinien być tożsamy z jego ofertą.

Zarzut nr 9

dotyczy rozdziału 17 pkt 2 SIWZ zabezpieczenia należytego wykonania umowy na poziomie 8 % wartości zamówienia. Crowley uważa, że zablokowanie kwoty kilkunastu milionów na okres 4 lat narusza zasady uczciwej konkurencji i preferuje największą na rynku firmę teleinformatyczną. Crowley uważa, że im większa kwota zamówienia to tym niższe powinno być zabezpieczenie oraz, że Zamawiający powinien co najwyżej zaspakajać swoje zabezpieczenie poprzez potrącanie zabezpieczenia z kwot należnych zapłat w trybie art. 150 ust. 3.

Zarzut nr 10

dotyczy treści zał. D do SIWZ - § 5 ust.2 wzoru umowy.

Crowley domaga się zapłaty za zestawienie łączy, ponieważ płatności łączy przewidują pozycje w formularzu ofertowym i uważa, że nie powinien finansować w tym zakresie Zamawiającego. Domaga się zmiany umowy tak aby opłaty instalacyjne były dokonywane za wykonane usługi sukcesywnie, począwszy od rozpoczęcia realizacji przedmiotowego zamówienia, a nie od 01.01.2010r.

Zarzut nr 11

dotyczy § 6 ust.3 wzoru umowy dotyczy kar umownych, które obciążają wykonawcę – w przypadku niedotrzymania terminu rozpoczęcia świadczenia usługi, o którym mowa w § 3 ust. 1 wzoru umowy, kary umowne będą liczone dla każdej lokalizacji użytkownika, jak za przekroczenie dopuszczalnego czasu niedostępności usługi w ciągu roku kalendarzowego (§ 6 ust.1) oraz również jak za przekroczenie czasu usunięcia pojedynczej awarii (§ 6 ust 2). Oznacza to, że wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary w wysokości 5 tys. zł za każdy rozpoczęty okres niedostępności usługi/ przekroczenie czasu usunięcia awarii.

Przywołane kary zgodnie z § 6 ust. 3, będą również stosowane w przypadku niedotrzymania przez wykonawcę terminu, o którym mowa w §3 ust. 7 i terminu przywrócenia łączu, o którym mowa w § 4 ust. 7 umowy. W odniesieniu do każdego żądania.

Crowley stoi na stanowisku, że kara umowna jest niewspółmiernie wysoka do ewentualnej szkody Zamawiającego.

Zamawiający pismem z dn. 29.02.2008r. oddał protest w całości i odnosi się kolejno do zarzutów Crowley.

Zarzut nr 1

Zamawiający żąda określenia dat wykonania łączu w danych lokalizacjach, ponieważ bez tego nie ma harmonogramu.

Zarzut nr 2, nr 4

Zamawiający nie jest w stanie na dzień dzisiejszy określić danych, których domaga się Crowley, ze względu na możliwość powstania nowych urzędów oraz przeprowadzek istniejących i zwraca uwagę, że zamówienie obejmuje 4 lata.

Zarzut nr 5

Zamawiający stwierdza, że sprzęt dostępowy nie jest objęty ani sprzedażą, ani dostawą zamówienia, czyli nie wchodzi w zakres zamówienia. Jest to infrastruktura pozostająca własnością wykonawcy, a tylko służy wykonaniu usługi transmisji danych, która jest przedmiotem zamówienia. Tym samym Zamawiający nie widzi podstaw do tak dalekiej ingerencji w sposób świadczenia usługi to jest za pomocą jakiego sprzętu usługa jest wykonywana czy to nowego, czy to używanego.

Zarzut nr 6

Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem Crowley, że nie podano sposobu obliczenia ceny, a rozliczenia zasadnie będą wykonywane sukcesywnie w oparciu o ceny jednostkowe. Sposób obliczenia ceny jest podany w SIWZ zgodnie z rozdz. 4 ust. 3 pkt 3 SIWZ cena oferty ma obejmować wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, w tym wszelkie przewidywane uruchomienia, przeniesienia oraz zmiany parametrów usług wskazanych w rozdz. 1 SIWZ, a także wszelkie opłaty celne i podatki, w tym podatek od towarów i usług (VAT) oraz podatek akcyzowy. Natomiast w rozdz. 4 ust. 3 pkt 4 jest także wymaganie podania przez wykonawcę cen jednostkowych wskazanych w zał. A do SIWZ-

odpowiadające cenom w § 5 ust. 2 Wzoru umowy, wg których będą dokonywane rozliczenia. Cena ma charakter ceny maksymalnej, umożliwiającej porównanie ofert. Nie jest to cena ryczałtowa. Zamawiający płaci za usługi faktycznie wykonane.

Zarzut nr 7

Zamawiający – żądanie usunięcia zapisów zobowiązujących do podania technologii w ofercie wykonania łącza są nieusprawiedliwione, bowiem wykonawca znając lokalizację, wymaganą przepustowość łącza i kategorię SLA może określić i zadeklarować w ofercie w jakiej technologii to łącze zostanie wykonane. Dodatkowo Zamawiający argumentuje, że pismem z dnia 21.02.2008r. dokonał modyfikacji § 2 – ust. 12 umowy, wprowadzając zapis dopuszczający możliwość zmiany sposobu realizacji wskazanego łącza.

Zarzut nr 8

Zamawiający nie uwzględnił wniosku o modyfikację w tym zakresie i argumentuje tak jak w rozstrzygnięciu protestu EXATEL.

Zarzut nr 9

Zamawiający nie uwzględnił wniosku o modyfikację i argumentuje tak jak w rozstrzygnięciu protestu EXATEL.

Zarzut nr 10

Zamawiający przywołuje, iż przedmiotem zamówienia jest transmisja danych a, nie instalacja łącza i nie widzi możliwości zapłaty sukcesywnie za instalację łącza.

Zarzut nr 11

Zamawiający odmawia uwzględnienia modyfikacji postanowień w zakresie kar umownych. Pismem z dnia 05.03.2008r. złożono odwołanie – wpływ bezpośredni.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Przy wydaniu wyroku Izba uwzględniła zgromadzony w sprawie materiał, a w szczególności dokumentację przetargową obejmującą specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ) udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi na zapytania, złożone przez Odwołujących protesty, rozstrzygnięcia protestów przez Zamawiającego, złożone

odwołania oraz udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi na odwołania, a także złożone na rozprawie wyjaśnienia stron.

Izba zapoznała się z aktami sprawy z postępowania przed Zespołem Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie o Sygn. UZP/ZO/0 -1030/07, do której do łącznego rozpoznania zostały skierowane sprawy o sygnaturach akt: UZP/ZO/0-1031/07 i UZP/ZO/0-1044/07.

Z akt sprawy o Sygn. UZP/ZO/0-1030/07 wynika, że przedmiotowe postępowanie było poprzedzone postępowaniem, które zostało wyrokiem Z.A. z dnia 23.08.2007r. unieważnione, na wskutek złożonych odwołań na treść SIWZ przez wykonawców: Crowley Data Poland Sp. z o.o. Warszawa, Netia S.A. Warszawa i EXATEL S.A. Warszawa.

Izba rozstrzygając łącznie przedmiotową sprawę uwzględniła następujące zarzuty Odwołujących dotyczące:

1. Rozdziału 17 punktu 1 SIWZ o następującej treści: "Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana, obowiązany jest do zawarcia umowy według wzoru będącego Załącznikiem D do SIWZ. Umowa zostanie uzupełniona o zapisy z oferty nie sprzeczne z zapisami SIWZ oraz nieograniczające praw Zamawiającego, a także ewentualne uwagi Prokuratorii Generalnej." Izba nakazała skreślenie "Umowa zostanie uzupełniona o zapisy z oferty nie sprzeczne z zapisami SIWZ oraz nieograniczające praw Zamawiającego, a także ewentualne uwagi Prokuratorii Generalnej." Za takim rozstrzygnięciem zarzutu przemawia argumentacja Odwołujących, którzy podnosili, iż mają prawo oczekiwać zawarcia umowy zgodnie ze składaną ofertą oraz treścią wzoru umowy zawartym w SIWZ, a wprowadzanie do niej proponowanych zmian przez Zamawiającego jest niezgodne z art. 36 ust. 1 pkt 16, art. 140 ust. 1 ustawy w związku z art. 353 ze zn.1 k.c. w związku z art. 14 ustawy. Izba uznając oprotestowane zapisy za niejednoznaczne i bezprawne nakazała ich skreślenie.
2. Rozdziału 17 punkt 2 SIWZ o następującej treści: "Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana, obowiązany jest przed zawarciem umowy wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 8 % wartości umowy. Kwota ta zostanie zwolniona po upływie okresu świadczenia usług stanowiących przedmiot umowy pod warunkiem wykonania przez Wykonawcę wszystkich zobowiązań wynikających z umowy na warunkach określonych w ustawie w § 151 ust. 1 ustawy. Izba nakazała zmianę tak ustanowionej wysokości zabezpieczenia w wysokości 8% wartości zamówienia poprzez zastosowanie odroczonego terminu zapłaty i wprowadzenia do SIWZ zapisów art. 150 ust. 3-6 ustawy, zgodnie z którymi" 3. Jeżeli okres realizacji

zamówienia jest dłuższy niż rok, zabezpieczenie, za zgodą zamawiającego, może być tworzone przez potrącenia z należności za częściowo wykonane dostawy, usługi lub roboty budowlane. 4. W przypadku, o którym mowa w ust. 3, w dniu zawarcia umowy wykonawca jest obowiązany wnieść co najmniej 30 % kwoty zabezpieczenia. 5. Zamawiający wpłaca kwoty potrącane na rachunek bankowy w tym samym dniu, w którym dokonuje zapłaty faktury. 6. W przypadku, o którym mowa w ust. 3, wniesienie pełnej wysokości zabezpieczenia nie może nastąpić później niż do połowy okresu, na który została zawarta umowa. Izba uwzględniając zarzuty przychyliła się do twierdzeń Odwoływających, którzy podnosili, iż Zamawiający powinien im większą wartość zamówienia i dłuższy okres wykonywania umowy ustalić wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy na niższym poziomie (proponowano od 4 do 5 % wartości zamówienia). Uwzględniając także argumentację Zamawiającego o konieczności zapewnienia Zamawiającemu ciągłości świadczenia usługi transmisji danych Izba uznała poziom 8 % zabezpieczenia za adekwatny, ale uwzględniła jednocześnie argumentację Odwoływających o uciążliwości zamrożenia na okres około 5 lat kilkunastu milionów złotych, przy możliwości potrącania zastrzeżonych kar umownych dla Zamawiającego z bieżących płatności dla wykonawcy i postanowiła zobowiązać Zamawiającego do skorzystania z zapisu art. 150 ust. 3-6 ustawy o sukcesywnym uzyskiwaniu zabezpieczenia z bieżących płatności wykonawcy. Izba ograniczyła prawo Zamawiającego do decydowania o sposobie uzyskania zabezpieczenia mając na względzie zasadę uczciwej konkurencji określonej w art. 7 ustawy i treść art. 5 k.c., zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

3. Rozdziału 1 punktu 3 SIWZ o treści „Wykonanie i dostarczenie Zamawiającemu do jego siedziby (Warszawa ul. Świętokrzyska 12) harmonogramu realizacji zestawienia, uruchomienia, przełączania łączy u użytkowników wraz z opisem i procedurą przełączania Użytkowników (wskazanych w Załączniku B do SIWZ) z obecnej sieci WAN Zamawiającego wykonanej w technologii MPLS do sieci MPLS Wykonawcy” Izba nakazała zmianę poprzez dodanie “ w terminie do 4 miesięcy od daty zawarcia Umowy”. Izba uwzględniła zasadność zarzutów co do bezprzedmiotowości żądania harmonogramu z podaniem dat oraz rodzaju technologii na etapie składania ofert, za wyjątkiem światłowodów ale podzieliła żądania Zamawiającego co do konieczności przedstawienia harmonogramu, w tym z podaniem dat, na etapie realizacji umowy to jest w terminie 4 miesięcy od daty zawarcia umowy, wynikającym z § 3 ust. 5 wzoru

umowy.

4. Rozdziału 1 pkt-ów 10, 11,12 SIWZ Izba nakazuje zmiany w pkt 11 lit a, b, c, d, e poprzez określenie konkretnych ilości nowych łączy (a nie "do") oraz nakazuje zmiany w pkt 12 lit a, b, c poprzez wskazanie konkretnych procentów lokalizacji (a nie "do") w zakresie zmian przepustowości na zestawionych łączach dostępowych (L). Izba nie podzieliła w pełnym zakresie żądań Odwołujących wskazania w SIWZ lokalizacji nowych łączy, przeniesień łączy, zmiany ich przepustowości oraz wskazania konkretnych dat, w których one nastąpią, uwzględniając wyjaśnienia Zamawiającego co do „nieprzewidywalności” tych zmian z perspektywy okresu 6 letniego. Uważając jednak, że konieczność oszacowania oferty przy niezmienności cen w okresie 4 letniego świadczenia usługi wymaga co najmniej podania wykonawcy konkretnych ilości nowych lokalizacji łączy i zmiany ich przepustowości. W związku z dodatkowymi kosztami wykonawcy uznano za co najmniej usprawiedliwione żądanie określenia konkretnych ilości przewidywanych zadań, ale bez ich lokalizacji i tylko z określeniem wielkości ich realizacji w poszczególnych latach świadczenia usługi. Zamawiający nie może całe ryzyko w tym zakresie przenieść na wykonawcę. Zamawiający powinien wystąpić do jednostek i zażądać określenia się co do zmiany lokalizacji, ponieważ są to zdarzenia planowane w dłuższym okresie czasu, zwłaszcza jeżeli wchodzi w grę inwestycje. Również umowy najmu lokali zawierane są na okresy wieloletnie i jednostki powinny stosownie informacje przekazać Zamawiającemu, aby mógł chociaż co do ilości z dokładnością w skali roku podać, nowe lokalizacje lub przeniesienia wraz ze zmianą przepustowości transmisji danych. Rozłożenie ryzyka na obydwie strony postępowania to jest Zamawiającego i Wykonawców wymaga art. 7 ustawy mówiący o zasadach uczciwej konkurencji. Natomiast Izba uwzględniając realia zamówienia w związku z czasem jego trwania (okres czterech lat lecz początek nie wcześniej niż od 01.01.2010r.) uznała, iż po dokonaniu modyfikacji SIWZ w wyżej podanym zakresie nie nastąpi naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ustawy nakazującego jednoznaczne, wyczerpujące określenia przedmiotu zamówienia z podaniem wszelkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 ustawy), tym bardziej uwzględniając skalę zamówienia, czas jego trwania oraz okoliczność, że Odwołujący ograniczyli się do twierdzeń, że brak lokalizacji uniemożliwia im oszacowanie całości zamówienia, a czego nie przyznał Zamawiający.
5. Rozdział 4 pkt 3 ppkt 5 SIWZ o treści "3. oferta ma zawierać: 5. szczegółowy wykaz Użytkowników sporządzony wg Załącznika do SIWZ, uzupełniony o sposób realizacji łączy L (np: miedziane, światłowodowe, radiowe)" otrzymuje brzmienie „szczegółowy wykaz Użytkowników sporządzony wg Załącznika do SIWZ, uzupełniony o sposób

realizacji łącza L światłowodowy. Nakazuje się uzupełnić Zał. B do SIWZ o informację, że “w zakresie podania sposobu realizacji łącza L na etapie składania ofert wykonawca ma obowiązek podania sposobu realizacji łącza L tylko w przypadku światłowodu. Natomiast na etapie realizacji wykonawca podaje do każdej lokalizacji sposób realizacji łącza L (np. miedziane, światłowodowe, radiowe). Izba podzieliła zarzuty Odwołujących, którzy kwestionowali bezprzedmiotowość żądania Zamawiającego na etapie składania ofert podania technologii wykonania łączy. Za oczywiste uznano żądanie Zamawiającego podania technologii światłowodów, z uwagi na to, że stanowi ona kryterium oceny ofert. W pozostałym zakresie żądanie Zamawiającego uznano jako nieusprawiedliwione tym bardziej, że pismem z dnia 21.02.2008r. Zamawiający dokonał modyfikacji § 2 umowy dodając ust.12 o treści “ Wykonawca jest uprawniony do zmiany sposobu realizacji łącza L, określonego w Załączniku nr 1 kolumna 6, z zastrzeżeniem ust.4, pod warunkiem powiadomienia Zamawiającego pisemnie lub faksem co najmniej na 90 dni przed wykonaniem łącza i pod warunkiem, że zmniejszy się ogólna liczba łączy wykonanych w technologii światłowodowej. W przypadku gdy zmiana sposobu realizacji dotyczy łącza światłowodowego, Wykonawca zobowiązuje się do wskazania w zawiadomieniu innej lokalizacji spośród wymienionych w Załączniku nr 1, w której zostanie wykonane w technologii światłowodowej”. Z powyższego zapisu wynika, że nawet już w trakcie realizacji umowy wykonawca ma prawo zmiany technologii wykonania łącza L. Skoro tak to, Zamawiający bezzasadnie domaga się aby już w ofercie podać technologie do 732 lokalizacji, przy podnoszeniu przez Odwołujących kwestii braku wiedzy na temat konkretnych uwarunkowań technicznych, w których będzie realizowana usługa. Zdaniem Izby żądanie Zamawiającego w tym zakresie jest nadmierne i nie mające znaczenia przy badaniu, ocenie i wyborze najkorzystniejszej oferty. W związku z powyższym uwzględnienie żądań Odwołujących okazało się usprawiedliwione na podstawie art. 353 ze zn.1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy.

Izba rozstrzygając przedmiotową sprawę nie uwzględniła następujących zarzutów Odwołujących, a dotyczących :

1. rozdziału 2 pktu 9 SIWZ w zakresie żądania aby Wykonawca dostarczył nowe urządzenia dostępowe (CE) routery IP wraz z niezbędnym okablowaniem i osprzętem, bez prawa użycia używanych urządzeń dostępowych (CE) routerów IP wraz z niezbędnym okablowaniem i osprzętem. Zarzut uznano za nieusprawiedliwiony z powodu, iż urządzenia dostępowe nie wchodzi w skład zamówienia. Co oznacza, że Zamawiający nie zakupuje ich na własność, a służą jedynie Wykonawcy do realizacji usługi na rzecz Zamawiającego polegającej na

transmisji danych oraz mogą być wykorzystane dla innych odbiorców usług. Zamawiający bezpośrednio zainteresowany jest niezawodnością usługi. Wykonawcy wnosząc o nakazanie zakupu sprzętu nowego nie powoływali się na niezawodność usługi, ale na fakt, że dotychczasowy wykonawca TP S.A. będzie mógł wykorzystać sprzęt w tej chwili używany do świadczenia usługi Zamawiającemu i przez to Zamawiający w ich ocenie narusza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, ponieważ nowy wykonawca będzie musiał zakupić sprzęt nowy. Izba rozpatrując ten zarzut wzięła również pod uwagę, także okoliczność jak wymóg nowych urządzeń wpłynie na wysokość cen i interes z tym związany Zamawiającego. Nawet gdyby dotychczasowy wykonawca zamierzał w ofercie wykorzystać sprzęt dotychczasowy, to nie można narzucać Zamawiającemu z tego tytułu ponoszenia dodatkowych kosztów i zobowiązywać do użycia sprzętu dostępowego nowego za każdym razem organizowanego przetargu na usługę. Urządzenia dostępowe wraz z niezbędnym okablowaniem mogą być usunięte po zakończeniu usługi, jak i udostępnione kolejnemu wykonawcy przez dotychczasowego wykonawcę. W ocenie Izby aktualnymi zapisami SIWZ Zamawiający nie naruszył art. 7 ustawy o uczciwej konkurencji i równym traktowaniu wykonawców oraz nie uprzywilejował TP S.A. jako aktualnego wykonawcę.

2. Rozdziału 6 "świadczenie usług transmisji danych rozpocznie się w terminie 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy i będzie realizowane przez okres 4 lat. Odwołujący żądali wydłużenia terminu do 15 miesięcy. Zamawiający przywoływał ich dotychczasowe stanowisko, w poprzednim unieważnionym przetargu oczekiwali terminu 9 miesięcy od daty zawarcia umowy. Z uwagi na to, że Zamawiający uwzględnił zarzuty z poprzedniego postępowania w tym zakresie, gdzie poprzednio oczekiwał wykonania migracji u każdego użytkownika do konkretnej daty to jest 31.12.2007r. (unieważniono postępowanie na etapie zaskarżenia SIWZ dnia 23.08.2007r.), a aktualnie świadczenie transmisji ma być rozpoczęte w terminie 12 m-cy od dnia zawarcia umowy, to zarzuty nie zostały uznane jako usprawiedliwione. Również, w ocenie Izby, zarzuty te są nieusprawiedliwione w kontekście art. 7 ustawy i przywoływania uprzywilejowywania T.P.S.A. aktualnie świadczącego usługi transmisji danych.
3. Rozdziału 8 w części dotyczącej kryterium opisanego jako "realizacja łączy dostępowych L w technologii światłowodowej - waga kryterium 8 %". Odwołujący wskazywali, iż tym kryterium Zamawiający uprzywilejowuje aktualnego wykonawcę T.P.S.A., a kryterium ma cechy podmiotowości, a nie przedmiotowości, czym narusza Zamawiający art. 91 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności

ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Odwołujący wnosił o unieważnienie na tej podstawie postępowania przywołując art. 93 ust. 7 ustawy. W ocenie Izby zarzut nie zasługuje na uwzględnienie z powodu tego, że świadczenie technologii światłowodowej nie jest przypisane indywidualnie żadnej firmie, a tym samym nie jest przypisane T.P.S.A.. Każdy wykonawca może wykonać usługę transmisji danych za pomocą światłowodów, jak i w innych technologiach np: radiowej, miedzianej. Bezsporną okolicznością jest to, że światłowód jest najnowocześniejszą technologią i nie może być kwestionowana decyzja Zamawiającego o przyznaniu 8 punktów w ocenie ofert za zastosowanie tej technologii.

4. Rozdziału 13 punktu 2 SIWZ w części dotyczącej oświadczeń, wniosków, zawiadomień wnoszenia protestów oraz informacji Zamawiający i Wykonawca przekazują pisemnie. W ocenie Izby Zamawiający poprzez zapis rozdziału 13 punkt 1 SIWZ uznał za formę pisemną też porozumiewanie się faksem i drogą elektroniczną. Wynika to z treści rozdz. 13. pktu1 SIWZ”wszelkie pytania.....należy kierować w formie pisemnej.....na adres....., fax694-52-68, poczta elektroniczna wzp@mofnet.gov.pl". W związku z powyższym Izba uznała powyższy zarzut niedopuszczenia drogi faks, e/mail za bezprzedmiotowy.
5. § 2 ust. 3 projektu umowy "W przypadku konieczności dokonania zmian w składzie osobowym zespołu, o którym mowa w ust. 1 i/lub składzie szkoleniowców, o których mowa w ust.2, Wykonawca zobowiązuje się do poinformowania Zamawiającego na piśmie z 7- dniowym wyprzedzeniem, o każdej zmianie osób. Nowe osoby muszą posiadać kwalifikacje takie same lub równorzędne jak osoby przez nie zastępowane. Wykonawca zobowiązuje się przedłożyć dokumenty potwierdzające posiadanie wymaganych kwalifikacji wraz z ww. Zawiadomieniem. Zmiana dokonana w powyższy sposób nie stanowi zmiany Umowy" W ocenie Izby, Zamawiający ma prawo wymagać, aby osoby, które w trakcie realizacji przystąpią do realizacji zadania posiadały porównywalne kwalifikacje jak ich poprzednicy, nawet gdyby na etapie sprawdzania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający nie żądał okazania stosownych dokumentów, na wykazanie kwalifikacji. Innym etapem jest badanie i ocena ofert, a innym regułem poddana jest realizacja umowy, gdzie Zamawiający, w ocenie Izby, w sposób dopuszczalny dba o swoje interesy.
6. rozdziału 4 pkt 3 ppkt 3 SIWZ "cenę oferty w złotych polskich , obejmującą wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia (w tym wszelkie przewidywane uruchomienia , przeniesienia oraz zmiany parametrów usług wskazane w rozdziale 1 w SIWZ), a także wszelkie opłaty celne i podatki , w tym podatek od towarów i usług (VAT) oraz podatek akcyzowy," Załącznik D do SIWZ - § 5 ust. 2 Umowy" Płatności za świadczone usługi, obliczone według cen jednostkowych, realizowane

będą sukcesywnie, po upływie każdego miesiąca kalendarzowego świadczenia usługi, na podstawie wystawionych przez wykonawcę faktur według odpowiednich protokołów potwierdzających wykonanie przełączeń, zmian, innych usług/świadczeń bez zastrzeżeń (których wzory stanowią załączniki nr 3 i 4), jeżeli w danym okresie rozliczeniowym zmiany nastąpiły i zgodnych z dostarczonymi przez Wykonawcę raportami, o których mowa w § 1 pkt 14, zweryfikowanymi przez Zamawiającego za pośrednictwem raportów, o których mowa w § 1 pkt 4 c, wygenerowanych przez system monitorowania, zgłoszeń Użytkowników, poczynając od dnia rozpoczęcia świadczenia Usługi, lecz nie wcześniej niż od terminu, o którym mowa w § 3 ust. 1 (odpowiednio 12 miesięcy /01/01/2010 godz. 00.:01). Płatności będą dotyczyły usług, które zostały zrealizowane w danym okresie rozliczeniowym (w tym opłaty instalacyjne, eksploatacyjne, zwiększenie parametrów: uruchomienie, działające łącza, zmiany parametrów, zestawienie i uruchomienie nowych łączy, przeniesienie łączy). Odwołujący żądają zapłaty za czynności budowania „infrastruktury” i czynności przyłączeniowe prędzej niż od terminu rozpoczęcia transmisji danych, to jest od 01.01.2010r. Nie kwestionując, iż wykonawcy aby świadczyć usługi muszą zbudować infrastrukturę, to należy mieć na uwadze okoliczność, że przedmiotem umowy jest transmisja danych, a zbudowanie infrastruktury tylko jej służy. Infrastruktura w czasie realizacji umowy, jak i po jej zakończeniu pozostaje własnością wykonawcy. Wykonawca jest jedynym właścicielem i dysponentem infrastruktury i on decyduje o jej wykorzystaniu zarówno na rzecz Zamawiającego jak i innych odbiorców. Skoro wykonawcy domagali się stosownie długiego terminu na zbudowanie infrastruktury to nie mogą z tego czynić źródła roszczeń do zapłaty z powodu wcześniejszego jej wykonania niż rozpoczęcie transmisji danych dla Zamawiającego. Okoliczność, że Zamawiający ponosi koszty budowy infrastruktury, chociażby w opłacie instalacyjnej, to nie oznacza, że powinien płacić przez rozpoczęciem korzystania z usług w skrajnym przypadku 12 m-cy przed datą rozpoczęcia transmisji danych. Zdaniem Izby wykonawcom nie przysługuje prawo żądania wcześniejszych opłat.

7. Ponadto Odwołujący twierdzą, że zapisy o cenie są sprzeczne. Z jednej strony mówi się o cenie całkowitej, a z drugiej strony o cenie jednostkowej. W ocenie Izby zarzut ten jest niezasadny. W powyższym punkcie uzasadnienia (6) podano regulację co do ceny ofertowej służącej ocenie i wyborowi najkorzystniejszej oferty oraz sposób rozliczeń według cen jednostkowych. Regulacje w tym zakresie zawarte są w rozdziale 4 pkt 3 SIWZ ppkt 1-3 (cena oferty, ppkt 1-4 (ceny jednostkowe) oraz w załączniku A do SIWZ z wyodrębnieniem ceny oferty i cen jednostkowych, a także w § 5 ust. 2 umowy. W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołujących, w zawartych

regulacjach na temat ceny oferty i cen jednostkowych nie ma sprzeczności. Z definicji zawartych w SIWZ wynika, że cena ofertowa służy do wyboru najkorzystniejszej oferty i jest maksymalną, łączną ceną świadczenia przez Zamawiającego. Ceny jednostkowe służą do rozliczeń za usługi w granicach ceny ofertowej, która jest maksymalną, łączną ceną przedmiotu umowy. W tym stanie rzeczy, w ocenie Izby, brak jest podstaw do stwierdzenia, że postanowienia SIWZ o cenie są sprzeczne.

8. § 6 ust. 3 umowy wzoru umowy " Za niedotrzymanie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi, o którym mowa w § 3 ust.1 umowy wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne liczone osobno dla każdej lokalizacji Użytkownika, jak za przekroczenie dopuszczalnego łącznego czasu niedostępności usługi w ciągu roku kalendarzowego (§ 6 ust. 1) oraz również jak za przekroczenie czasu usunięcia pojedynczej awarii (§ 6 ust. 2). Powyższe postanowienia mają również zastosowanie w wypadku nie dotrzymania terminu przez Wykonawcę, o którym mowa w § 3 ust. 7 i terminu przywrócenia łącza, o którym mowa w § 4 ust. 7 w odniesieniu do każdego żądania /zgłoszenia Zamawiającego. Według oceny odwołujących wysokość zastrzeżonych kar umownych jest niewspółmiernie wysoka do ewentualnej szkody. Z kolei według Zamawiającego ustalenie kar umownych na wskazanym w SIWZ wynika głównie ze specyfiki przedmiotu zamówienia i konieczności zapewnienia niezawodności i sprawności funkcjonowania służb skarbowych i służb celnych. Zamawiający w przypadku przerwy w świadczeniu usług nie może sobie pozwolić na paraliż służb resortu finansów i musi zastosować środki zastępcze, na pokrycie których służą kary umowne. Zamawiający w dokumentacji przetargowej posiada odpowiedź Departamentu Finansów Samorządu Terytorialnego, z którego wynika przykładowo, że jeżeli wyłączenie sieci wiązałoby się z wyłączeniem systemu bankowości w terminach przekazywania subwencji dla jednostek samorządu terytorialnego, to budżet państwa narażony byłby na zapłacenie odsetek na poziomie do 2,6 mln zł jednorazowo (pismo z dn.04.03.2008r. ST 7-4834-28/JI/2008/433). W związku z tym zdaniem Izby pomimo, iż kary umowne są na wysokim poziomie to nie można uznać je za rażąco wygórowane wobec grożących strat Zamawiającemu w przypadku zaistnienia przerw w transmisji danych, które dla Zamawiającego są niedopuszczalne.

O kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do jego wyniku zgodnie z art. 191 ust. 6 i 7 ustawy i Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dn.09.07.2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, uwzględniając złożone przez pełnomocników faktury z tytułu zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*