

Sygn. akt: KIO 412/15

WYROK

z dnia 17 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik
Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 marca 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2015 r. przez **GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy **Netia S.A. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- 1.1. dokonanie zmiany postanowień rozdziału VII pkt 4 SIWZ oraz pkt III.2.1 ppkt 5 ogłoszenia o zamówieniu, przez dopuszczenie możliwości wykazania się wykonaniem określonych w tych postanowieniach usług, których zakończenie wykonywania jako całości nastąpiło w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, bez względu na termin rozpoczęcia i zakończenia wykonania jednego z elementów tych usług, tj. uruchomienia sieci usług transmisji danych;

- 1.2. dokonanie zmiany postanowienia punktu 13 lit. c Opisu Przedmiotu Zamówienia, przez zagwarantowanie wykonawcom równego dostępu do sieci Exatel i określenie zasad korzystania z tej infrastruktury.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. Kosztami postępowania obciąża **Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od **Banku Gospodarstwa Krajowego** na rzecz **GTS Poland Sp. z o.o.** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Bank Gospodarstwa Krajowego – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Uruchomienie i utrzymanie usług sieci WAN w technologii MPLS*.

W dniu 2 marca 2015 r. wykonawca GTS Poland Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 353¹ w. zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu (pkt III.1 odwołania)

Odwołujący podniósł, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia jest nadmierny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał się realizacją w okresie ostatnich 3 lat co najmniej dwóch zamówień polegających na uruchomieniu i utrzymaniu przez co najmniej 24 miesiące sieci usług transmisji danych w technologii MPLS lub równoważnych o wartości każdego zamówienia minimum 600 000 zł brutto (rozdział VII ust. 4 SIWZ oraz sekcja III.2.1 ust. 5 Ogłoszenia o zamówieniu).

Odwołujący wskazał, że formułując warunki udziału w postępowaniu Zamawiający winien kierować się celem, jakim zamawiane usługi mają służyć, a opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Każde wymaganie powinno znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego związanych z realizacją przedmiotu zamówienia i do niego proporcjonalnych. Zdaniem Odwołującego, brak jest uzasadnienia merytorycznego dla wymogu posiadania wiedzy i doświadczenia w żądanym przez Zamawiającego zakresie. Nadmierny i ograniczający konkurencję jest wymóg, iż wykonawca ma wykazać się zrealizowaniem usługi uruchomienia sieci transmisji danych w okresie ostatnich trzech lat, przy czym dodatkowo należy wykazać utrzymywanie przedmiotowej usługi w okresie 24 miesięcy. Liczba zamówień odpowiadających usłudze określonej w warunku, o tak długim terminie realizacji, z jednoczesnym rozpoczęciem uruchomienia usługi w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, jest znacznie ograniczona. Jedynie najwięksi zamawiający instytucjonalni zlecają realizację usług

rozległej sieci na taką skalę i na tak długi okres trwania, na co nie mają wpływu dostawcy usług telekomunikacyjnych (są to zwykle usługi zlecane w trybie zamówień publicznych). W ocenie Odwołującego, tak opisany warunek ogranicza znacząco krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Jednocześnie, ograniczenie to nie znajduje obiektywnego uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego. Charakter świadczonych usług nie uzasadnia żądania wykazania się świadczeniem usługi zarówno uruchomienia, jak i utrzymania przez co najmniej 24 miesiące sieci usług transmisji danych, szczególnie że potencjał wykonawcy wymagany jest w największym stopniu w pierwszym okresie świadczenia usługi.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji warunku określonego w rozdziale VII ust. 4 SIWZ oraz w sekcji III.2.1 ust. 5 Ogłoszenia o zamówieniu, poprzez zastąpienie jego obecnej treści następującą: „(...) Wykonawca wskaże w wykazie oraz złoży dowody – o których mowa w rozdział VIII ust. 11 – wykonania (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – również wykonywania) w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch (2) zamówień, polegających na utrzymaniu przez co najmniej 24 miesiące sieci usług transmisji danych w technologii MPLS lub równoważnych, o wartości każdego zamówienia minimum 600.000 zł brutto.”

Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia

Pkt III.2.a odwołania

Zdaniem Odwołującego, wymagania Zamawiającego dotyczące wyboru oferowanej technologii są wzajemnie wykluczające się i niepozwalające wykonawcy na identyfikację, oczekiwanego rozwiązania docelowego. Zamawiający w treści OPZ wskazał bowiem, że:

- w przypadku budowy łączy dostępowych w oparciu o łącza radiowe punkt-punkt lub punkt-wielopunkt Zamawiający wymaga, aby transmisja odbywała się w paśmie koncesjonowanym (por. pkt 3 lit. f OPZ),
- Zamawiający wskazuje świadczenie usługi MPLS VPN (łącze podstawowe oraz zapasowe) na medium kablowym – Zamawiający w tym zakresie dopuszcza wykorzystanie innego medium tylko w okresie niezbędnym nie dłużej niż 3 miesiące do realizacji połączenia docelowego (por. pkt 3 lit. q OPZ),
- Zamawiający dopuszcza realizację połączenia zapasowego na *ostatniej mili* z wykorzystaniem innych mediów (pkt 7 lit. d OPZ).

Zdaniem Odwołującego, na podstawie tak określonych wymagań nie sposób określić, jaką technologię wykonawca może zaoferować bez narażenia się na ryzyko odrzucenia

oferty. Z jednej strony Zamawiający dopuszcza, aby transmisja danych odbywała się w paśmie koncesjonowanym, w tym również w technologii radiowej (wyłączenie technologii radiowej wyłącznie w paśmie niekoncesjonowanym zostało wskazane w pkt 3 lit. e tiret 5 OPZ), a z drugiej określa, że świadczenie usługi MPLS VPN zarówno na łączu zapasowym, jak i podstawowym, powinno odbywać się docelowo na medium kablowym. Analogicznie, w zakresie dopuszczenia wyłącznie patchcord'u światłowodowego – co oznacza wskazanie przez Zamawiającego na technologię kablową, natomiast w połączeniu zapasowym na tzw. *ostatniej mili* Zamawiający dopuszcza również inne media. Postanowienia te są niejednoznaczne i umożliwiają Zamawiającemu podejmowanie arbitralnych decyzji na etapie badania i oceny ofert w postępowaniu.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że nieuzasadnione jest ograniczenie możliwości świadczenia usługi MPLS VPN na łączu podstawowym, jak i zapasowym w technologii radiowej. Zamawiający w pkt 3 lit. q OPZ wskazał, że dopuszcza wykorzystanie innego medium tylko w okresie niezbędnym, nie dłużej niż 3 miesiące, do realizacji połączenia docelowego. Oznacza to, że przy realizacji zamówienia wykonawcy zobowiązani są realizować przedmiot zamówienia poprzez zastosowanie technologii kablowej jako medium docelowego, natomiast inne technologie, w tym radiowa, są wyłączone. Wykorzystanie technologii radiowej jest dopuszczalne jedynie w okresie 3 miesięcy, aż do realizacji medium docelowego. Takie ograniczenie dopuszczalności korzystania z alternatywnej technologii świadczenia usług – technologii radiowej – nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego ani nie wynika ze specyfiki przedmiotu zamówienia (co potwierdza również fakt, że dopuszczone zostało świadczenie usług telekomunikacyjnych w technologii radiowej na okres tymczasowy).

Odwołujący podniósł, że ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800) nie różnicuje technologii świadczenia usług telekomunikacyjnych, a jedynie gwarantuje odbiorcy końcowemu otrzymanie usługi o określonej jakości i wyznacza dostawcy usługi określone obowiązki w tym zakresie. Z punktu widzenia odbiorcy końcowego nie ma więc znaczenia, w jakiej technologii dostarczane są mu usługi. Technologia radiowa nie jest gorsza od dostępu kablowego (światłowodowego, miedzianego). Nie ma uzasadnienia dla ograniczenia w świadczeniu usług, gdyż pasma radiowe licencjonowane są przeznaczone do profesjonalnych zastosowań telekomunikacyjnych. Korzystanie z tych pasm radiowych poza spełnieniem technicznych wymagań (w Polsce obowiązują normy ETSI) jest dodatkowo rejestrowane i koordynowane przez UKE. Aby zapewnić wysoką niezawodność łącza, stosowane są odpowiednie rekomendacje planistyczne opracowane przez międzynarodowe organizacje zajmujące się radiokomunikacją (np. ITU-R). Odpowiednio zaprojektowana i zainstalowana radiolinia może

zapewnić łącze do transmisji danych, którego niezawodność osiąga wartość nawet 99,9999% w skali roku. W zakresie bezpieczeństwa danych w warstwie fizycznej (pierwsza warstwa modelu OSI) i łącza danych (druga warstwa modelu OSI), jaką bez wątpienia stanowią linie radiowe, poziom zabezpieczeń jest na tym samym poziomie co inne technologie realizacji łącza ostatniej mili. Są to rozwiązania telekomunikacyjne zaaprobowane przez międzynarodowe organizacje standaryzacyjne (ITU, ETSI, IEEE i IEF). Dlatego dla Zamawiającego nie powinno mieć znaczenia, w jakiej technologii są realizowane usługi, w sytuacji, gdy technologia radiowa umożliwia osiągnięcie celu zamówienia i oferuje parametry usługi na wymaganym przez Zamawiającego poziomie.

Zdaniem Odwołującego, dopuszczenie zastosowania technologii radiowej może okazać się dla Zamawiającego bardziej korzystne, choćby ze względu na obniżenie kosztów świadczenia usługi przy zachowaniu tych samych parametrów i pełnej funkcjonalności. Niższa cena wynikałaby z jednej strony z niższych kosztów realizacji usługi w innej niż kablowa technologii, z drugiej zaś stanowiłaby efekt rozszerzenia kręgu potencjalnych wykonawców i zapewnienia konkurencyjności postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu następujących zmian ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ;

- modyfikację pkt 3 lit. q) OPZ poprzez zastąpienie jego obecnej treści następującą: „w każdej lokalizacji Zamawiający zakłada korzystanie z dwóch usług MPLS WAN (dostęp podstawowy i zapasowy do usługi MPLS VPN) z wykorzystaniem dwóch routerów CE dostarczonych przez wykonawcę. Zamawiający wymaga świadczenia usługi MPLS VPN (łącze podstawowe i zapasowe) na medium kablowym lub radiowym”.
- Wykreślenie pkt 6 lit. c OPZ lub ewentualnie jego modyfikację poprzez zastąpienie jego obecnej treści następującą: „Wykonawca zapewni Zamawiającemu połączenie z interfejsem ATM OC3 w lokalizacjach CPD1 i CPD2. Zamawiający dopuszcza wykorzystanie interfejsu 1 GigabitEthernet dla lokalizacji CPD1 i CPD2”

Pkt III.2.b odwołania

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w treści pkt 2 lit. c OPZ wskazał, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia jest obowiązany zaoferować taki rodzaj łącza, które będzie funkcjonowało w oparciu o istniejącą w dniu ogłoszenia dokumentacji przetargowej infrastrukturę telekomunikacyjną dla podanych w Załączniku C Instytucji Zewnętrznych. W powołanym Załączniku C Zamawiający wskazał jedynie lokalizacje instytucji oraz Port/PVC. W pkt 13 lit. d OPZ Zamawiający wskazał również, że we wszystkich obiektach Instytucji Zewnętrznych, tj. np. Krajowej Izby Rozliczeniowej, wykonawca jest obowiązany dostosować się do posiadanej infrastruktury tych podmiotów.

Zdaniem Odwołującego, tak określone dane nie są wystarczające, aby wykonawca mógł w sposób prawidłowy ocenić (czy choćby domniemywać), jaki rodzaj łącza należy zaoferować by proponowane przez niego rozwiązanie funkcjonowało w oparciu o istniejącą w dniu ogłoszenia dokumentacji infrastrukturę telekomunikacyjną. Nie zostało również określone, czy wykonawca ma dostosować się do istniejącej infrastruktury należącej do Instytucji Zewnętrznych, do Zamawiającego, czy do infrastruktury należącej do operatorów świadczących obecnie usługi w Instytucjach Zewnętrznych (a jeśli tak, to do których operatorów). Zamawiający nie określił też infrastruktury, która ma być wykorzystana (infrastruktura kablowa, radiowa), co uniemożliwia przygotowanie i wycenę oferty. Zamawiający nie doprecyzował również, czy wymaganie wykorzystania istniejącej infrastruktury dotyczy tylko łącza dostępowego, czy również urządzeń wchodzących w skład infrastruktury. Warto również wskazać, że Zamawiający przewidział możliwość sprawdzenia warunków technicznych jedynie w jednostkach terenowych Banku (por. pkt 13 lit. a OPZ), w związku z czym wykonawca nie ma szans na sprawdzenie infrastruktury posiadanej przez Instytucje Zewnętrzne (dodatkowo, Zamawiający stosownie do pkt 13 lit. d OPZ oświadczył, że nie zamierza uczestniczyć w uzgodnieniach pomiędzy wykonawcą a Instytucją Zewnętrzną).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści pkt 2 lit. c OPZ oraz Załącznika C Instytucji Zewnętrznych oraz pkt 13 lit. d OPZ, poprzez wskazanie wszystkich niezbędnych wykonawcy informacji w zakresie:

- istniejącej w Instytucjach Zewnętrznych infrastruktury (w tym określenia rodzaju infrastruktury – kablowa, radiowa);
- określenia, czy wykonawca ma obowiązek dostosować się do istniejącej infrastruktury Instytucji Zewnętrznych, Zamawiającego, czy operatorów świadczących obecnie swoje usługi;
- ewentualnie: wskazania operatorów, których infrastrukturę ma wykorzystać wykonawca;
- określenia, czy obowiązek dostosowania się do istniejącej infrastruktury dotyczy wyłącznie łącza dostępowego, czy również urządzeń.

Pkt III.2.c odwołania

Odwołujący podniósł, że postanowienia dokumentacji przetargowej są niejednoznaczne w zakresie technologii, w których wykonawca może świadczyć usługi transmisji danych w odniesieniu do Instytucji Zewnętrznych. W treści Załącznika C Instytucji Zewnętrznych Zamawiający posłużył się pojęciami PVC i CIR, co wskazuje, iż dopuszczona została technologia FrameRelay. Zgodnie natomiast z pkt 8 lit. b OPZ wykonawca powinien zaoferować rozwiązanie w systemie MPLS (pkt 8 lit. b OPZ). FrameRelay i MPLS są różnymi

technologiami, jednak obie zapewniają spełnienie wymagań Zamawiającego opisanych w OPZ. W związku z tym, zasadne jest jednoznaczne dopuszczenie przez Zamawiającego w tym zakresie zarówno technologii MPLS, jak i FrameRelay.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania treści pkt 8 lit. b OPZ oraz Załącznika C Instytucji Zewnętrznych poprzez wskazanie, że Zamawiający dopuszcza świadczenie usług zarówno w oparciu o technologię MPLS, jak i FrameRelay.

Pkt III.2.d odwołania

Odwołujący podniósł, że w pkt 3 lit. t OPZ Zamawiający wskazał, iż „z uwagi na fakt, że Zamawiający nie jest właścicielem większości obiektów, do których będą doprowadzane łącza sieci WAN oraz z powodu braku uregulowań dotyczących instalacji w nich infrastruktury radiowej, wykonawca zobowiązuje się do uzyskania wszelkich wymaganych zgód i pozwoleń do uruchomienia usługi”. W pkt 13 lit. d OPZ Zamawiający stwierdził, że nie będzie uczestniczył w pośrednictwie uzyskania przez wykonawcę odpowiednich zezwoleń, zatwierdzania projektów, organizowaniu wizyt dotyczących sprawdzenia warunków technicznych lub spotkań itp. Odwołujący podniósł, że Zamawiający w całości przerzuca na wykonawcę ryzyko braku uzyskania stosownych zgód i pozwoleń, jak również nie zamierza uczestniczyć w ustaleniach wykonawcy z Instytucjami Zewnętrznymi. Jednakże wsparcie i udział Zamawiającego w ww. czynnościach (np. w uczestniczeniu w uzyskiwaniu pozwoleń do dostępu do obiektów) są niezbędne do prawidłowego i terminowego zrealizowania przedmiotu zamówienia. Usługa ma być świadczona w lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego – w dużej są to jednostki terenowe Zamawiającego. Nawet jeżeli Zamawiający nie jest właścicielem nieruchomości do których ma być świadczona usługa, to powinien uczestniczyć i wspierać wykonawcę w procesie uzgadniania dostępu do budynków i prac instalacyjnych. Istotne jest również uczestnictwo Zamawiającego w ustaleniach dokonywanych z Instytucjami Zewnętrznymi – umowę na świadczenie usług telekomunikacyjnych wykonawca zawrze z Zamawiającym, a nie z Instytucjami Zewnętrznymi. Rzeczone Instytucje nie są stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego, a podmiotami trzecimi, w związku z czym wsparcie i uczestniczenie Zamawiającego w uzgodnieniach pomiędzy wykonawcą a Instytucjami jest kluczowe.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji:

- pkt 3 lit. t OPZ przez nadanie mu następującą brzmienia: „z uwagi na fakt, że Zamawiający nie jest właścicielem większości obiektów, do których będą doprowadzane łącza sieci WAN oraz z powodu braku uregulowań dotyczących instalacji w nich infrastruktury radiowej, wykonawca uzyska wszelkie wymagane zgody i pozwolenia do uruchomienia usługi przy wsparciu i współpracy Zamawiającego”.

- pkt 13 lit. d OPZ zdanie drugie przez nadanie mu następującą brzmienia: „Zamawiający będzie uczestniczył w pośrednictwie uzyskania przez wykonawcę odpowiednich zezwoleń na przyłączenie się do podmiotu, zatwierdzania projektów, organizowaniu wizyt dotyczących sprawdzenia warunków technicznych lub spotkań oraz wszystkich innych niewymienionych przyczyn”.

Pkt III.2.e odwołania

Odwołujący wskazał, że stosownie do pkt 13 lit. c OPZ „W obiekcie przetwarzania danych w Morach Wykonawca zobowiązany jest do wykorzystania infrastruktury firmy Exatel”. Przedmiotowe postanowienie narzuca wykonawcy obowiązek realizacji przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu infrastruktury konkurencyjnego podmiotu. Obecny kształt pkt 13 lit. c OPZ faworyzuje Exatel, będący podmiotem działającym na rynku usług telekomunikacyjnych, który może uzależniać wykonanie prac w swojej infrastrukturze od własnej woli, a także proponować warunki wykonania tych prac wpływające na wysokość cen oferowanych przez jego konkurentów. Zdaniem Odwołującego, z punktu widzenia Zamawiającego obojętne jest, czy wykonawca realizujący usługi wykorzysta gotową infrastrukturę innego podmiotu, czy zbuduje infrastrukturę własną.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia pkt 13 lit. c OPZ lub ewentualnie jego modyfikację poprzez zagwarantowanie wszystkim wykonawcom równego dostępu do sieci Exatel i określenie zasad korzystania z tej infrastruktury w treści SIWZ.

Pkt III.2.f odwołania

Odwołujący wskazał, że stosownie do treści § 2 ust. 2 IPU „Wykonawca rozpocznie świadczenie usług telekomunikacyjnych, po uprzednim przygotowaniu niezbędnej infrastruktury i zestawieniu transmisji danych (dalej „Zestawienie łączy”) w terminie do dnia 27 września 2015 r. dla każdej lokalizacji”. Jednocześnie, zgodnie z ust. 3 powołanego postanowienia umownego „Wykonawca zobowiązany jest rozpocząć świadczenie usług transmisji danych na poszczególnych łączach w terminie 4 miesięcy od dnia zawarcia Umowy”. Zdaniem Odwołującego, określenie sztywnego terminu odnoszącego się do rozpoczęcia świadczenia usług poprzez wskazanie konkretnej daty stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Wykonawca zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu nie ma wiedzy, kiedy zakończy się postępowanie, a co za tym idzie, kiedy zostanie podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego. Może okazać się, że wykonawca będzie miał znacznie krótszy czas na zestawienie łączy i rozpoczęcie świadczenia usług transmisji danych, niż określony w § 2 ust. 3 IPU termin 4 miesięcy. Takie działanie Zamawiającego uniemożliwia wykonawcy należyte przygotowanie się do świadczenia usług i naraża go na ryzyko zapłaty kar umownych. Zbyt sztywne określenie

początkowej fazy realizacji zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez operatora alternatywnego i preferuje wykonawcę, który obecnie świadczy usługi dla Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia § 2 ust. 2 IPU.

Pkt III.2.g odwołania

Odwołujący podniósł, że w treści pkt 10 lit. b OPZ Zamawiający wskazał, że „w okresie trwania umowy Zamawiający może zlecić w wyprzedzeniu 30-dniowym zmiany w przepustowości poszczególnych łącz tylko w przypadku, gdy wykonawca wcześniej potwierdził, że posiada pozytywne warunki techniczne”. Powołane postanowienie OPZ jest rozbieżne z § 5 ust. 3 IPU, który zakłada, że Zamawiający powinien wydać dyspozycję o zmianie przepustowości na co najmniej na 1 miesiąc przed planowanym obniżeniem, a w przypadku zwiększenia przepustowości – na co najmniej 2 miesiące przed planowanym zwiększeniem. Treść pkt 10 lit. b OPZ powinna zostać dostosowana do zapisów IPU.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji pkt 10 lit. b OPZ polegającej na ujednoczeniu jego treści z § 5 ust. 3 pkt 4 IPU, tj. poprzez nadanie mu brzmienia: „W okresie trwania umowy Zamawiający może zlecić zmiany w przepustowości poszczególnych łącz w wyprzedzeniu 1 miesiąca (w przypadku obniżenia przepustowości) lub 2 miesięcy (w przypadku zwiększenia przepustowości), tylko w przypadku, gdy wykonawca wcześniej potwierdził, że posiada pozytywne warunki techniczne”.

Pkt III.2.h odwołania

Odwołujący podniósł, że w załącznikach A i B do OPZ Zamawiający wskazał lokalizacje/relacje poszczególnych jednostek terenowych Zamawiającego, jak również podał gwarantowaną przepustowość minimalną w Mbit/s. Z założenia sieci realizowane w technologii MPLS mają strukturę typu full meshed, tj.: „każdy z każdym”. W tak określonej technologii nie definiuje się „relacji” lub „łącz” między poszczególnymi lokalizacjami, a przepływność portów dostępowych do sieci MPLS. Opis przedmiotu zamówienia zawarty obecnie w treści załączników A i B jest niewystarczający do przygotowania oferty i rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Załącznika A i B poprzez jednoznaczne określenie:

- czy Zamawiający oczekuje zestawienia sieci w topologii „każdy z każdym”, a wykorzystując własne routery, protokół OSPF i kanały szyfrowane Zamawiający stworzy na tej bazie strukturę gwiazdy;
- czy Zamawiający oczekuje zestawienia przez wykonawcę sieci w topologii innej niż „każdy z każdym”;

- czy przepływność portów dostępowych do sieci MPLS w jednostkach terenowych znajduje się w kolumnie „Gwarantowana przepustowość minimalna Mbit/s”;
- wielkości portów dostępowych do sieci MPLS dla lokalizacji CPD1 i CPD2;

Zarzut dotyczący kryteriów oceny ofert (pkt III.3 odwołania)

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem XV ust. 2 i 4 SIWZ Zamawiający przewidział, że oferty będą oceniane według następujących kryteriów: cena – 90%, suma godzin niedostępności dla danego łącza w danym roku umowy – 10%. Odwołujący podniósł, że kryteria oraz znaczenie, jakie zamawiający im nadaje, powinny być podane już w ogłoszeniu i sprecyzowane i dokładnie opisane w SIWZ, a Zamawiający musi tych kryteriów przestrzegać przy ocenie ofert.

Zdaniem Odwołującego, kryterium oceny ofert w postaci niedostępności „dla danego łącza” w danym roku umowy jest nieo określone, niejednoznaczne i może prowadzić do podejmowania przez Zamawiającego na etapie oceny ofert arbitralnych decyzji. Przedmiotem zamówienia jest zestawienie i usługa transmisji danych na łączach podstawowych (Jednostki Organizacyjne Zamawiającego oraz Instytucje Zewnętrzne) oraz zestawienie i usługa transmisji danych na łączach zapasowych (Jednostki Organizacyjne Zamawiającego). Z treści omawianego kryterium oceny ofert nie sposób wywieść, dla którego łącza (zapasowego, podstawowego) wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia ma obowiązek wskazać sumę godzin niedostępności.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania treści Rozdziału XV ust. 2 i 4 SIWZ oraz Załącznika A do SIWZ (wzór Formularza ofertowego) poprzez wskazanie, dla którego łącza wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu ma obowiązek wskazać sumę niedostępności godzin w danym roku umowy.

Zarzuty dotyczące Istotnych Postanowień Umowy

Pkt III.4.a-b odwołania

Odwołujący wskazał, że zgodnie z 5 ust. 3 IPU w ramach świadczonych usług telekomunikacyjnych wykonawca zmniejszy lub zwiększy przepustowości sieci WAN na żądanie Zamawiającego. Stosownie do pkt 2 omawianego postanowienia umownego Zamawiający może w czasie trwania umowy wydać dyspozycję zwiększenia lub zmniejszenia przepustowości sieci WAN poprzez zmiany przepustowości łączy realizowanych lub nowych. Zmniejszenie lub zwiększenie przepustowości sieci WAN zgodnie z pkt 3 ww. postanowienia umownego będzie realizowane poprzez:

- likwidację węzła sieci WAN,

- powołanie węzła sieci WAN,
- zmniejszenie przepustowości lokalizacji,
- zwiększenie przepustowości lokalizacji.

Zdaniem Odwołującego, uprawnienie Zamawiającego do zmniejszenia lub zwiększenia przepustowości sieci WAN bez określenia maksymalnego i minimalnego pułapu zwiększenia/zmniejszenia narusza równowagę kontraktową stron umowy. Wykonawca obliczając cenę oferty jest obowiązany uwzględnić wszelkie okoliczności mające wpływ na wynagrodzenie, w tym ryzyka związane ze zmianą przepustowości. Aby umożliwić obliczenie wysokości wynagrodzenia w sposób rzetelny, Zamawiający powinien określić, o ile maksymalnie planuje zwiększyć lub zmniejszyć przepustowość sieci WAN w stosunku do przepustowości określonej w § 5 ust. 3 pkt 1 OPZ. W obecnym stanie rzeczy, Zamawiający może bez ograniczeń zwiększać lub zmniejszać przepustowość sieci, co w skrajnym przypadku może doprowadzić do tego, że pierwotne parametry sieci zbudowanej przez wykonawcę zostaną całkowicie zmienione.

Niejasne i niejednoznaczne jest również wskazanie, że przez zmniejszenie lub zwiększenie przepustowości sieci WAN Zamawiający rozumie „powołanie lub likwidację węzła sieci WAN”. Powołanie lub likwidacja węzła sieci nie oznacza zmiany przepustowości. Wymóg ten jest również zbędny, z uwagi na fakt, że Zamawiający może w sposób odpowiadający jego zapotrzebowaniom skalować sieć WAN poprzez zmniejszenie lub zwiększenie przepustowości lokalizacji.

Zamawiający w treści 5 ust. 3 pkt 6 IPU zastrzegł również, że w przypadku, gdy obniżenie przepustowości łączy przekroczy 10% sumy WAN wykonawca może odmówić akceptacji zmiany, co wiąże się z utrzymaniem na niezmiennym poziomie przepustowości oraz wynagrodzenia, przy czym w takim przypadku Zamawiający ma prawo wypowiedzieć umowę z zachowaniem 6-miesięcznego okresu wypowiedzenia, przy zachowaniu dotychczasowych cen w okresie wypowiedzenia. Zdaniem Odwołującego, tak sformułowane postanowienie rażąco narusza równowagę kontraktową stron stosunku zobowiązaniowego i stawia w niekorzystnej pozycji wykonawcę. Wykonawca obowiązany jest wliczyć w cenę abonamentu koszty uruchomienia usługi w lokalizacjach Zamawiającego. Treść postanowień IPU umożliwia natomiast Zamawiającemu zmniejszenie przepustowości już od pierwszego miesiąca świadczenia usług przez wykonawcę. Biorąc pod uwagę termin wypowiedzenia określony w lit. b omawianego postanowienia umownego, w skrajnym przypadku wykonawca może świadczyć usługi transmisji danych jedynie przez 6 miesięcy, co będzie oznaczało, że nie tylko nie osiągnie zysku z realizacji umowy, ale poniesie stratę z uwagi na brak zwrotu kosztów związanych z uruchomieniem usługi u Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji:

- § 5 ust. 3 pkt 3 IPU, przez dookreślenie maksymalnego pułapu zwiększenia i zmniejszenia przepustowości sieci WAN i skreślenie lit. a i b przedmiotowego postanowienia umownego;
- § 5 ust. 3 pkt 6 lit. b IPU, przez zastąpienie obecnego brzmienia następującym: „odmówić akceptacji zmiany wynikającej z takiej dyspozycji, co wiąże się z utrzymaniem na niezmienionym poziomie (dotychczasowej) przepustowości oraz należnego Wykonawcy wynagrodzenia, przy czym w takim przypadku Zamawiający uzyskuje prawo do wypowiedzenia Umowy z zachowaniem 12-miesięcznego okresu wypowiedzenia, przy zachowaniu dotychczasowych cen (wynagrodzenia tytułem usług) w okresie wypowiedzenia”.

Pkt III.4.c odwołania

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wskazał w § 5 ust. 3 pkt 1 IPU, iż „na potrzeby Umowy zdefiniowana jest przepustowość sieci WAN w technologii MPLS (suma WAN) w wysokości 270,5 Mbps”. Tak sformułowane postanowienia Umowy jest niejednoznaczne i nieprecyzyjne, a Zamawiający formułując pojęcie „suma WAN” powinien dokładnie opisać, co przez nie rozumie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści § 5 ust. 3 pkt 1 IPU, przez doprecyzowanie co dokładnie Zamawiający rozumie pod sformułowaniem „suma WAN”.

Pkt III.4.d odwołania

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w § 6 IPU przewidział zróżnicowane kary umowne za poszczególne zdarzenia. Zamawiający nie przewidział w IPU procedury reklamacyjnej, w ramach której wykonawca mógłby wykazać, że uchybienia powstałe w toku realizacji umowy, za które została zastrzeżona kara umowna nie są spowodowane czynami lub zaniechaniami wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, kary umowne powinny przysługiwać zamawiającemu tylko i wyłącznie w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z winy wykonawcy, co oznacza konieczność istnienia procedury, w której toku strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk. Procedurę reklamacyjną przewiduje również ustawa Prawo telekomunikacyjne oraz rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 24 lutego 2014 r. w sprawie reklamacji usługi telekomunikacyjnej. Procedura określona powołanymi przepisami prawa obejmuje: warunki, jakim powinna odpowiadać reklamacja usługi telekomunikacyjnej za niedotrzymanie z winy przedsiębiorcy wyznaczonego terminu zawarcia umowy o świadczenie usługi powszechnej lub usługi przyłączenia do sieci w celu zapewnienia korzystania z usługi szerokopasmowego

dostępu do Internetu, niedotrzymanie z winy dostawcy usług określonego w umowie o świadczenie usług telekomunikacyjnych terminu rozpoczęcia świadczenia tych usług, niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi telekomunikacyjnej, czy nieprawidłowe obliczenie należności z tytułu świadczenia usługi telekomunikacyjnej. Zamawiający powinien przewidzieć procedurę reklamacyjną w sposób zgodny z ww. przepisami.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji § 6 IPU, przez wprowadzenie postanowienia, zgodnie z którym każdorazowe naliczenie kar umownych zostanie poprzedzone przeprowadzeniem postępowania reklamacyjnego (zgodnie z ustawą Prawo telekomunikacyjne i rozporządzeniem w sprawie reklamacji usługi telekomunikacyjnej), mającego na celu umożliwienie wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz ustalenie istnienia przesłanek naliczenia kar umownych.

Pkt III.4.e-f odwołania

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w pkt 11 OPZ wskazał, iż w przypadku obniżenia dostępności usługi w okresie miesięcznym i rocznym dla każdego łącza oddzielnie, przewiduje procentowe obniżenie wysokości opłaty (odpowiednio miesięcznej lub rocznej) w stosunku do usługi bezawaryjnej (tzw. bonifikaty). Innymi słowy, rzeczywista wysokość opłat należna wykonawcy będzie zależna od poziomu niedostępności usługi zgodnie z zasadami opisanymi w OPZ. Jednocześnie, w § 6 ust. 2 IPU została przewidziana kara umowna za brak zapewnienia jakości w zakresie dostępności świadczonych usług. Oznacza to *de facto* kumulację bonifikaty opisanej w pkt 11 OPZ z karą umowną za brak zapewnienia jakości w zakresie dostępności usług. Tym samym, w przypadku braku dostępności usługi Zamawiający uprawniony jest obniżyć wynagrodzenie wykonawcy, jak również naliczyć karę umowną. Tak sformułowane postanowienia OPZ i IPU prowadzą do dwukrotnego karania za zaistnienie tej samej okoliczności. Odwołujący wskazał również na możliwość kumulacji bonifikat z sankcjami wymienionymi w § 6 ust. 5 i 11 IPU (uprawnienie do wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku, gdy suma naliczonych kar umownych przekroczy 20% wysokości wynagrodzenia brutto, jednak górnym limitem naliczonych kar może być nawet 100% wartości wynagrodzenia brutto). Obecne brzmienie IPU i OPZ prowadzi do możliwości naliczenia przez Zamawiającego kar umownych w wysokości 100% wartości wynagrodzenia brutto, wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym i dodatkowo obniżenia wynagrodzenia z tytułu zrealizowanych już usług o przewidziane bonifikaty. Tak skonstruowany system karania wykonawcy stanowi naruszenie zasady swobody umów oraz zasad współzycia społecznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- wykreślenia § 6 ust. 2 IPU,

- modyfikację § 6 ust. 4 IPU poprzez zastąpienie jego obecnej treści następującą: „Wartość naliczonych kar umownych nie może przekroczyć 20% wartości wynagrodzenia brutto określonego w § 4 ust. 1 Umowy. W przypadku gdy suma naliczonych kar umownych przekroczy 20% wysokości wynagrodzenia brutto, określonego w § 4 ust 1 Umowy Zamawiający może wypowiedzieć Umowę ze skutkiem natychmiastowym oraz żądać zapłaty kary umownej, o której mowa w ustępie 6.”
- wykreślenie § 6 ust. 11 IPU;

Pkt III.4.g odwołania

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w IPU niezasadnie przewidział kary umowne, które będą obciążać wykonawcę nawet w przypadku, gdy nie ponosi on winy za niewykonanie/nienależyte wykonanie usług:

- § 6 ust. 3 IPU: w przypadku naprawy trwającej dłużej niż 24 godziny wykonawca jest zobowiązany do zestawienia łączności zastępczej o przepustowości co najmniej 80% przepustowości zastępowane łącza. Za niewykonanie ww. zobowiązania Zamawiający jest uprawniony do naliczenia kary umownej w wysokości 0,1% wartości abonamentu miesięcznego dla danego łącza, określonego w formularzu cenowym za każdą rozpoczętą godzinę, przy czym utrzymywanie łącza zastępczego ponad 7 dni kalendarzowych powoduje rozpoczęcie naliczania kar w wysokości 0,005% wartości Umowy brutto określonej w § 4 ust. 1 umowy za każdą kolejną godzinę naprawy,
- § 6 ust. 4 IPU: w przypadku zaistnienia braku świadczenia przez wykonawcę usługi na łączu powyżej 72 godzin będzie miał prawo zamówić łącze zastępcze, a koszt takiej usługi pokryje wykonawca,
- § 6 ust. 10 IPU: w przypadku opóźnienia wykonawcy w stosunku do jakichkolwiek innych terminów, które zostały przewidziane w Umowie lub zostały ustalone przez strony w trakcie wykonywania umowy, Zamawiający ma prawo zażądać za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia kary umownej w wysokości 150 zł brutto,
- § 8 ust. 9 IPU: w przypadku naruszenia przez Wykonawcę zobowiązania do zachowania poufności informacji, o których mowa w § 8 umowy, wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20 000 zł.

Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1968 r. (sygn. Akt II CR 419/67), w którym Sąd stwierdził, że jeżeli wykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności, kary umownej nie nalicza się.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji § 6 ust. 3 IPU, § 6 ust. 4 IPU, § 6 ust. 10 IPU, § 8 ust. 9 IPU poprzez wskazanie, że Zamawiający jest

uprawniony do naliczania kar umownych wyłącznie w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca.

Pkt III.4.h odwołania

Odwołujący podniósł, że brak jest doprecyzowania kary umownej z § 6 ust. 4 IPU, Zamawiający nie wskazał bowiem, w przypadku którego łącza (podstawowego, zapasowego) brak świadczenia usługi będzie skutkował aktualizacją uprawnienia Zamawiającego do zamówienia łącza zastępczego i obciążenia kosztami takiej usługi wykonawcy. Z uwagi na sankcje, jakie grożą wykonawcy, okoliczności uprawniające Zamawiającego do naliczenia kary umownej powinny być określone w sposób precyzyjny i konkretny.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 6 ust. 4 IPU w ten sposób, że brak świadczenia przez wykonawcę usługi na łączu podstawowym i zapasowym z przyczyn leżących po stronie wykonawcy powyżej 72 godzin będzie skutkował aktualizacją uprawnienia Zamawiającego do zamówienia łącza zastępczego na koszt wykonawcy.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako podmiot zainteresowany udziałem w postępowaniu – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia.

Izba nie rozpoznała merytorycznie zarzutów przedstawionych w punktach: III. 2 lit. b, c, d, f, g, h, III.3 oraz III.4 lit. c, bowiem w związku z dokonaną przez Zamawiającego w dniach 11 i 12 marca 2015 r. modyfikacją treści SIWZ Odwołujący oświadczył podczas rozprawy, że nie podtrzymuje tych zarzutów.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutów przedstawionych w punktach III.1 oraz III.2.e odwołania.

Pkt III.1 odwołania

Izba ustaliła, że w rozdziale VII pkt 4 SIWZ (oraz w punkcie III.2.1 ppkt 5 Ogłoszenia o zamówieniu) Zamawiający zapisał, iż warunek posiadania przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wskaże w wykazie oraz

złoży dowody – o których mowa w rozdziale VIII ust. 11 – wykonania (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – również wykonywania) w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch (2) zamówień, polegających na uruchomieniu i utrzymaniu przez co najmniej 24 miesiące sieci usług transmisji danych w technologii MPLS lub równoważnych, o wartości każdego zamówienia minimum 600.000 zł brutto.

W ocenie Izby powyższy opis sposobu oceny dokonania spełniania warunków udziału w postępowaniu nie odpowiada dyrektywom wynikającym z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem, opis ten powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia, poprzez ustanowienie wymogu legitymowania się zrealizowaniem usług tożsamyh z przedmiotem zamówienia (wykonaniem zarówno uruchomienia, jak i utrzymania usług sieci WAN w technologii MPLS), spełnia pierwszą z przesłanek określonych art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, tj. jest związane z przedmiotem zamówienia. Zamawiający żąda bowiem doświadczenia w realizacji takich samych rodzajowo usług, jakie zamierza zlecić w wyniku przeprowadzenia przetargu. Głębszej analizy wymaga natomiast kwestia proporcjonalności postanowionych w SIWZ wymogów do przedmiotu zamówienia. Rozstrzygając sprawę Izba wzięła pod uwagę cel, jaki przyświeca określeniu wymogów w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie będą zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia.

Problemem, jaki powstaje na gruncie określania wymogów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz ich adekwatności do przedmiotu zamówienia, jest ryzyko zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, co ma bezpośrednie przełożenie na zachowanie konkurencji. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy – w ocenie Izby – uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.

W ocenie Izby nieproporcjonalność taka ma miejsce w przypadku kwestionowanego postanowienia rozdziału VII pkt 4 SIWZ (oraz punktu III.2.1 ppkt 5 Ogłoszenia o zamówieniu). Nie polega ona jednak na samym ustanowieniu wymogu legitymowania się zarówno uruchomieniem, jak i utrzymaniem sieci, ale na konstrukcji tego wymogu w aspekcie czasowym. Izba dopatrzyła się nieproporcjonalności w fakcie, że Zamawiający odnosi wymóg wykonania każdego z elementów usługi (tj. zarówno uruchomienia, jak i utrzymania sieci) do trzyletniego okresu poprzedzającego składanie ofert. Jak wyjaśnił Zamawiający podczas rozprawy, w świetle kwestionowanego postanowienia SIWZ wykonawcy muszą wykazać, że zarówno utrzymanie sieci przez 24 miesiące, jak i zakończenie uruchamiania tejże sieci musi mieścić się w trzyletnim okresie przed składaniem ofert. Istotną przy ocenie tak skonstruowanego wymogu jest okoliczność, że Zamawiający wymaga wykazania się usługami utrzymania sieci przez 24 miesiące, co oznacza, że uruchomienie usługi musiało zakończyć się w okresie między 36 a 24 miesiące przed terminem składania ofert. Zamawiający bezzasadnie ograniczył więc usługi, których wykonaniem można się wykazać, do takich, których uruchomienie nastąpiło nie wcześniej niż trzy lata przed terminem składania ofert. W ocenie Izby brak jest jakichkolwiek obiektywnych podstaw do twierdzenia, że wykonawca, który zrealizował duże zamówienia, trwające dłużej niż 36 miesięcy, ma doświadczenie mniejsze, niż wykonawca, który wykonał zamówienie mniej rozłożone w czasie i tym samym może wykazać, że oba elementy tego zamówienia (uruchomienie sieci oraz jej utrzymanie) mieszczą się w wymaganym okresie. Taka konstrukcja warunku w sposób nieuprawniony ogranicza krąg podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, uniemożliwiając uzyskanie zamówienia wykonawcom mającym doświadczenie w realizacji dużych projektów odpowiadających przedmiotowi zamówienia.

Dodatkowo wskazać należy, że podstaw do uznania stanowiska Zamawiającego nie sposób wywieść z przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zgodnie z przywołanym przepisem, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu Zamawiający może żądać wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wykonanie dostawy czy usługi należy natomiast rozumieć jako wywiązywanie się przez strony ze swoich zobowiązań, znaczenie ma więc moment

zakończenia realizacji zamówienia i właśnie ten moment powinien być odniesiony do trzyletniego okresu poprzedzającego termin składania ofert. Zatem jeśli zamówienie obejmowało element uruchomienia sieci oraz element jej utrzymania, nie jest istotny termin zakończenia realizacji każdego z tych elementów z osobna, ale termin zakończenia wykonywania zamówienia jako całości.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w stopniu mogącym mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Izby wystarczającym wymaganiem, które zagwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia przez wykonawcę posiadającego należyte doświadczenie, będzie obowiązek wykazania, że wykonawca zrealizował dwa zamówienia o wskazanej w SIWZ wartości, które zostały – jako całość – zakończone w trzyletnim okresie poprzedzającym składanie ofert, bez względu na to, kiedy zostały rozpoczęte i zakończone poszczególne elementy tych zamówień. Powyższe zagwarantuje zachowanie konkurencji, a jednocześnie nie wpłynie na dopuszczenie do realizacji zamówienia wykonawców nieposiadających wystarczającego doświadczenia.

Pkt III.2.e odwołania

Izba ustaliła, że w punkcie 13 lit. c OPZ Zamawiający postanowił, iż „w obiekcie przetwarzania danych w Morach Wykonawca zobowiązany jest do wykorzystania infrastruktury firmy Exatel”. W dniu 12 marca 2015 r. Zamawiający zmodyfikował brzmienie pkt 13 c OPZ, nadając mu treść: „W obiekcie przetwarzania danych w Morach Wykonawca zobowiązany jest do wykorzystania infrastruktury w uzgodnieniu z właścicielem obiektu oraz operatorem. Zamawiający po dokonaniu wyboru Wykonawcy i podpisaniu umowy z Wykonawcą poświadczy, że Wykonawca działa na jego zlecenie.”

W ocenie Izby, mimo zmiany postanowienia punktu 13 lit. c OPZ, zarzut odwołania dotyczący ww. postanowienia podlegał merytorycznemu rozpoznaniu. Należy bowiem stwierdzić, że dokonana przez Zamawiającego zmiana miała de facto charakter wyłącznie redakcyjny, niezменяjący merytorycznej istoty tego postanowienia, która była kwestionowana w odwołaniu oraz na rozprawie. W świetle zmodyfikowanego wymogu wykonawca nadal zobowiązany będzie do zapewnienia sobie dostępu do infrastruktury innego operatora (Exatel), bez znajomości zasad udostępnienia tej infrastruktury i bez wsparcia ze strony Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że postanowienie punktu 13 lit. c OPZ nie odpowiada art. 29 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 29 ust. 1, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając

wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast art. 29 ust. 2 ustawy Pzp ustanawia zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję.

Zdaniem Izby, obowiązek określony w punkcie 13 lit. c OPZ został skonstruowany przez Zamawiającego w sposób niedający wykonawcom równego dostępu do infrastruktury na zasadach zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i uniemożliwiający wycenę oferty.

Operatorem infrastruktury, którą mają obowiązek wykorzystać wykonawcy, jest konkurencyjny operator telekomunikacyjny, który może być zainteresowany ubieganiem się o udzielenie zamówienia, co może skutkować trudnościami w uzyskaniu dostępu do infrastruktury przez innych wykonawców. W związku z tym ciężar zapewnienia tego dostępu nie powinien spoczywać na wykonawcy, lecz powinien być zagwarantowany przez Zamawiającego dla wszystkich wykonawców na równych zasadach, poprzez uzgodnienie z firmą Exatel warunków dostępu wykonawcy, który będzie wykonywał zamówienie, do infrastruktury znajdującej się w obiekcie w Morach. Obecne brzmienie punktu 13 lit. c OPZ nie daje wykonawcom równego dostępu do infrastruktury, którą mają obowiązek wykorzystać realizując zamówienie, dostęp ten bowiem i warunki, na których on będzie możliwy, zależą od decyzji konkurencyjnego podmiotu. Ponadto wykonawcy pozbawieni są informacji niezbędnych do sporządzenia oferty. Nie znając kosztów uzyskania dostępu do infrastruktury w obiekcie w Morach, nie mogą należycie przeanalizować celowości ubiegania się o zamówienie i ustalić ceny oferty. Z kolei teza Zamawiającego, że spółka Exatel nie może odmówić udostępnienia infrastruktury jest gołosłowna, nie została nawet przez Zamawiającego uprawdopodobniona. W ocenie Izby nie wynika to również z przepisów ustawy Prawo telekomunikacyjne.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w stopniu mogącym istotny wpływ na wynik postępowania. Z tego względu Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany przedmiotowego postanowienia, przez zagwarantowanie wykonawcom równego dostępu do sieci Exatel i określenie zasad korzystania z tej infrastruktury.

Pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

Pkt III.2.a odwołania

W zakresie zarzutu dotyczącego wymaganej przez Zamawiającego technologii uruchomienia i utrzymywania sieci, Izba ustaliła, że zarzut dotyczący niejasności wynikającej z brzmienia punktu 6 lit. c OPZ został przez Zamawiającego uwzględniony, a brzmienie ww.

postanowienia zostało w dniu 11 marca 2015 r. zmienione. Tym samym wyeliminowana została zarzucana przez Odwołującego sprzeczność postanowień SIWZ co do wymaganej technologii.

Ponadto Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 3 lit. f OPZ, w przypadku budowy łączy dostępowych w oparciu o łącza radiowe punkt-punkt lub punkt-wielopunkt Zamawiający wymaga aby transmisja odbywała się w paśmie koncesjonowanym. Natomiast zgodnie z pkt 3 lit. q OPZ, w każdej z lokalizacji Zamawiający zakłada korzystanie z dwóch usług MPLSWAN (dostęp podstawowy i zapasowy do usługi MPLS VPN) z wykorzystaniem dwóch routerów CE dostarczonych przez Wykonawcę. Zamawiający wymaga świadczenia usługi MPLS VPN (łącze podstawowe oraz zapasowe) na medium kablowym. Zamawiający dopuszcza wykorzystanie innego medium tylko w okresie niezbędnym, nie dłużej niż 3 miesiące, do realizacji połączenia docelowego.

W ocenie Izby powyższe postanowienia nie są ze sobą sprzeczne. Z punktu 3 lit. q OPZ wyraźnie wynika, że Zamawiający wymaga realizacji połączenia docelowego na medium kablowym, a wykorzystanie innych technologii możliwe jest przez okres nie dłuższy niż 3 miesiące. Z kolei wynikający z punktu 3 lit. f OPZ obowiązek wykorzystania pasma koncesjonowanego nie może być rozumiany jako dopuszczenie technologii radiowej do realizacji połączenia docelowego. Jeśli wykonawca będzie w trzymiesięcznym okresie wykorzystywał technologię radiową, to zgodnie z punktem 3 lit. f OPZ transmisja będzie musiała odbywać się w paśmie koncesjonowanym.

Zasadniczą kwestią, która wymagała rozstrzygnięcia przez Izbę, jest dopuszczalność wymagania realizacji połączenia docelowego na medium kablowym.

W ocenie Izby, powyższy wymóg nie narusza art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Należy bowiem stwierdzić, że zamawiający uprawniony jest do wyboru technologii, w jakiej mają być świadczone usługi, stosownie do swoich potrzeb. Zamawiający nie ma obowiązku godzić się na każdy rodzaj podobnych usług świadczonych na rynku, jeśli nie są one jakościowo i funkcjonalnie tożsame, a istnieją przesłanki do przyjęcia, że określony sposób świadczenia usługi będzie lepszy z punktu widzenia jego potrzeb. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie może być bowiem rozumiana jako nieograniczony nakaz dopuszczania do zamówienia jak największego kręgu wykonawców realizujących usługi w danej branży i interpretowana w sposób prowadzący do narzucania zamawiającym nabywania usług nieodpowiadających ich indywidualnym potrzebom. W ocenie Izby zamawiający nie ma obowiązku korzystania z każdej technologii wykonania usług, której użycie jest możliwe, ale może wybrać taką, która będzie realizować jego uzasadnione potrzeby.

W niniejszej sprawie Zamawiający wskazał, jakimi przesłankami kierował się wybierając technologię kablową. Argumentował, że siedziby jednostek Zamawiającego w dużej części zlokalizowane są w obiektach zabytkowych, w których dostępna jest obecnie infrastruktura kablowa, a zamontowanie nowych urządzeń, koniecznych dla wdrożenia technologii radiowej, wymagałoby uzyskania stosownych ekspertyz i pozwoleń. Ponadto Zamawiający wskazywał na zlokalizowanie siedzib swoich jednostek w większości w centrach dużych miast, co nie pozostaje bez wpływu na jakość przesyłania sygnału radiowego. Powoływał się również na specyfikę Zamawiającego, jako instytucji bankowej, i wynikający z tego obowiązek zapewnienia bezawaryjności przesyłu danych i ich bezpieczeństwa. Z kolei ze złożonej przez Odwołującego opinii Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji (mającej walor opinii prywatnej) nie wynika, że świadczenie usług w technologii radiowej daje gwarancję osiągnięcia takich samych parametrów i takiej samej realizacji potrzeb Zamawiającego, jak technologia kablowa. Opinia przedstawia jedynie ogólną charakterystykę technologii radiowej, bez przesądzenia o jej jakościowej i funkcjonalnej tożsamości z technologią kablową. W opinii stwierdzono m.in., że wrażliwość radiolinii na warunki atmosferyczne jest obecnie znacznie mniejsza niż kiedyś, z czego nie wypływa wniosek o takiej samej odporności na te czynniki, jak to ma miejsce w przypadku wykorzystania medium kablowego. Ponadto, z opinii nie wynika brak podatności radiolinii na przeszkody terenowe, przeciwnie – podatność ta została przyznana, tyle że z zastrzeżeniem, że tego typu przeszkody nie pojawiają się nagle. W ocenie Izby, przedmiotowa opinia nie stanowi dowodu przesądzającego o tym, że technologia ta w pełni odpowiada potrzebom Zamawiającego, a jej wyeliminowanie ma na celu uprzywilejowanie określonych grup wykonawców i ograniczenie kręgu podmiotów, które mogą zrealizować zamówienie. Izba doszła do przekonania, że Zamawiający – z uwagi na swoje uzasadnione potrzeby i w ramach przysługującego mu, jako gospodarzowi postępowania, uprawnienia kształtowania opisu przedmiotu zamówienia – mógł wskazać technologię, w której realizowane będzie zamówienie.

Pkt III.4 lit. a i b odwołania

Izba ustaliła, że zgodnie z § 5 ust. 3 IPU w ramach świadczonych usług telekomunikacyjnych Wykonawca zmniejszy lub zwiększy przepustowości sieci WAN na żądanie Zamawiającego zgodnie z poniższymi warunkami:

- 1) na potrzeby Umowy zdefiniowana jest przepustowość sieci WAN w technologii MPLS (suma WAN) w wysokości 270,5 Mbps;
- 2) Zamawiający może w czasie trwania Umowy wydać dyspozycję zmniejszenia lub zwiększenia przepustowości sieci WAN poprzez zmiany przepustowości łączy

realizowanych lub nowych. Dyspozycja o której mowa w zdaniu poprzedzającym wymaga zachowania formy pisemnej („Dyspozycja”);

3) zmniejszenie lub zwiększenie przepustowości sieci WAN może być zrealizowane poprzez:

- a) likwidację węzła sieci WAN,
- b) powołanie węzła sieci WAN,
- c) zmniejszenie przepustowości lokalizacji,
- d) zwiększenie przepustowości lokalizacji.

Z kolei w myśl § 5 ust. 3 pkt 6 lit. b IPU, jeżeli obniżenie łącznej przepustowości łączy przekroczy 10% sumy WAN, Wykonawca ma prawo wyboru:

a) zaakceptować zmianę wynikającą z dyspozycji i zmienić przepustowość łącza na warunkach określonych powyżej;

b) odmówić akceptacji zmiany wynikającej z takiej Dyspozycji, co wiąże się z utrzymaniem na niezmienionym poziomie (dotychczasowej) przepustowości oraz należnego Wykonawcy wynagrodzenia, przy czym w takim przypadku Zamawiający uzyskuje prawo do wypowiedzenia Umowy z zachowaniem 6 miesięcznego okresu wypowiedzenia, przy zachowaniu dotychczasowych cen (wynagrodzenia tytułem usług) w okresie wypowiedzenia.

W ocenie Izby, powyższe postanowienia nie naruszają przepisów prawa. Izba nie dopatrzyła się podstaw do stwierdzenia, że stanowią one nadużycie pozycji kontraktowej Zamawiającego, niemające usprawiedliwienia w obiektywnych potrzebach wynikających z charakteru i specyfiki zamówienia. Przeciwnie, z uwagi na dość długi okres, przez jaki świadczone mają być usługi (36 miesięcy), trudno z góry ustalić niezmiennie zapotrzebowanie w zakresie przepustowości łącza w poszczególnych lokalizacjach jednostek Zamawiającego. Za obiektywnie uzasadnione należy więc uznać zapewnienie możliwości zmian w tym zakresie, stosownie do aktualnych potrzeb pojawiających się w toku realizacji umowy, polegających na zmniejszeniu lub zwiększeniu przepustowości lokalizacji lub powołaniu albo likwidacji węzła sieci WAN. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał, że tak ukształtowane postanowienia przyszłej umowy uniemożliwiają mu sporządzenie oferty. Zamawiający podał bowiem do wiadomości wszystkich wykonawców potencjalną potrzebę zmiany przepustowości sieci WAN w toku realizacji umowy, zatem każdy z wykonawców ma możliwość uwzględnienia przy sporządzaniu oferty ryzyka wynikającego z nieokreślenia maksymalnego zwiększenia lub zmniejszenia przepustowości sieci i wkalkulowania tego ryzyka w cenę ofertową. Ponadto Zamawiający przyznał wykonawcom możliwość odmowy akceptacji dyspozycji dotyczącej zmiany przepustowości łącza, z zagwarantowaniem sobie prawa do wypowiedzenia umowy z zachowaniem 6-miesięcznego okresu wypowiedzenia.

Tak określony okres wypowiedzenia jest, zdaniem Izby, uzasadniony, a wydłużenie go do żądanego przez Odwołującego okresu 12 miesięcy byłoby zmuszeniem Zamawiającego do ponoszenia kosztów przepustowości, z której nie ma potrzeby korzystać.

Pkt III.4 lit. d odwołania

Izba ustaliła, że Zamawiający, określając w § 6 IPU kary umowne, nie określił procedury reklamacyjnej. Jednocześnie Izba nie dopatrzyła się w braku takiej procedury naruszenia przepisów prawa.

W ocenie Izby, Odwołujący niezasadnie powołał się w tym zakresie na przepisy ustawy Prawo telekomunikacyjne oraz wydanego na jej podstawie rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji w sprawie reklamacji usługi telekomunikacyjnej. Zgodnie z art. 106 ust. 1 ww. ustawy, obowiązany do rozpatrzenia reklamacji usługi telekomunikacyjnej jest dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. Takiego też dostawcy dotyczą przepisy przywołanego wyżej rozporządzenia, wydanego na podstawie delegacji ustawowej z art. 106 ust. 4 ustawy Prawo telekomunikacyjne, i określającego warunki reklamacji za niedotrzymanie z winy przedsiębiorcy wyznaczonego terminu zawarcia umowy o świadczenie usługi powszechnej lub usługi przyłączenia do sieci, niedotrzymanie z winy dostawcy usług określonego w umowie o świadczenie usług telekomunikacyjnych terminu rozpoczęcia świadczenia tych usług, niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi telekomunikacyjnej, nieprawidłowe obliczenie należności z tytułu świadczenia usługi telekomunikacyjnej. Należy więc stwierdzić, że powyższe przepisy nie znajdują zastosowania w relacji między Zamawiającym a wykonawcą, który będzie świadczyć usługi, brak jest bowiem podstaw do zakwalifikowania tych usług jako publicznie dostępnych. Ponadto przepisy te określają obowiązki dostawcy usług (nie zaś ich prawa w relacjach z odbiorcami), a ich celem jest ochrona odbiorców tych usług. Natomiast do odpowiedzialności dostawcy objętych niniejszym postępowaniem usług telekomunikacyjnych znajdują zastosowanie zasady ogólne określone w Kodeksie cywilnym. Brak jest przy tym podstaw do twierdzenia, że nieokreślenie w umowie procedury reklamacyjnej jest niezgodne z zasadami współżycia społecznego. Określenie w umowie obowiązku zapłaty kar umownych bez ustalenia procedury reklamacyjnej, nie pozbawia wykonawców możliwości kwestionowania zasadności naliczenia kar. Ocena należytego wykonania umowy i zasadności obciążenia wykonawcy karami umownymi dokonywana jest na etapie realizacji zamówienia, a ewentualne roszczenia stron z tego tytułu podlegają ochronie prawnej.

Pkt III.4 lit. e i f odwołania

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 11 OPZ (Serwis oraz gwarancja jakości usług SLA), Zamawiający wymaga zapewnienia dostępności usługi w okresie miesięcznym dla

danego łącza oddzielnie, a wysokość rzeczywistych opłat będzie zależna od poziomu niedostępności usługi zgodnie z tabelą:

| Łączna niedostępność usługi w godzinach w ciągu miesiąca rozliczeniowego | % wysokość opłaty miesięcznej w stosunku do opłaty usługi bezawaryjnej |
|--|--|
| $6 < x \leq 10$ | 95 |
| $10 < x \leq 16$ | 85 |
| $16 < x \leq 24$ | 75 |
| $24 < x \leq 36$ | 50 |
| $36 <$ | 10 |

Jednocześnie Zamawiający postanowił, że dopuszcza planowane przerwy w dostępności łącza w „oknach serwisowych”, zgodnie z pkt.3 lit. p). Czas trwania uzgodnionego „okna serwisowego” nie wlicza się do niedostępności usług (pkt a). Wykonawca może zestawić łącze zastępcze na czas trwania naprawy, które wyłącza naliczanie niedostępności pod warunkiem, że dostarczone łącze zapewni co najmniej 80% wartości przepustowości (pkt b). W przypadku naprawy trwającej dłużej niż 24 godziny Wykonawca jest zobowiązany do zestawienia łączności zastępczej o przepustowości co najmniej 80% przepustowości zastępowanego łącza. Za brak zestawienia łącza zastępczego będzie naliczana kara w wysokości 0,1% wartości umowy brutto za każdą rozpoczętą godzinę braku usługi. Utrzymywanie łącza zastępczego ponad 7 dni kalendarzowych powoduje rozpoczęcie naliczania kar w wysokości 0,005% wartości umowy brutto za każdą kolejną godzinę naprawy (pkt c). W przypadku zaistnienia braku świadczenia usługi na łączu powyżej 72godzinZamawiający będzie miał prawo zamówić łącze zastępcze, a koszt takiej usługi pokryje Wykonawca. Zakończenie tej usługi nastąpi po 24 godzinach od czasu powiadomienia o przywróceniu brakującej łączności (pkt d).

Ponadto Zamawiający zamieścił w OPZ wymóg zapewnienia jakości usługi w okresie rocznym dla każdego łącza oddzielnie, obwarowany karami w wysokości:

| Suma godzin niedostępności dla danego łącza w każdym roku umowy | % wysokość opłaty rocznej (12x opłaty miesięcznej) za usługę bezawaryjną w stosunku do danego łącza |
|--|---|
| Niedostępność \leq (Zaoferowana suma godzin niedostępności) | - |
| (Zaoferowana suma godzin niedostępności) $<$ Niedostępność \leq (Zaoferowana suma godzin niedostępności) + 12 godzin | 1 |
| (Zaoferowana suma godzin niedostępności) + 12 godzin $<$ Niedostępność \leq (Zaoferowana suma godzin | 3 |

| | |
|---|----|
| niedostępności) + 24 godziny | |
| (Zaoferowana suma godzin niedostępności) + 24 godziny < Niedostępność ≤ (Zaoferowana suma godzin niedostępności)+ 48 godzin | 5 |
| (Zaoferowana suma godzin niedostępności) + 48 godzin < Niedostępność | 10 |

Analogicznie Zamawiający określił kary umowne w § 6 ust. 2 IPU.

Ponadto, zgodnie § 6 ust. 5 IPU, w przypadku, gdy suma naliczonych kar umownych przekroczy 20% wysokości wynagrodzenia brutto Umowy, o którym mowa w § 4 ust. 1, Zamawiający może wypowiedzieć Umowę ze skutkiem natychmiastowym oraz żądać dodatkowo zapłaty kary umownej, o której mowa w ust. 6. Natomiast stosownie do § 6 ust. 11 IPU, wartość naliczonych kar umownych nie może przekroczyć 100% wynagrodzenia brutto Wykonawcy określonego w § 4 ust. 1.

W ocenie Izby, sformułowany w odniesieniu do powyższych postanowień zarzut podwójnego karania za zaistnienie tej samej okoliczności faktycznej jest niezasadny. Postanowienia dotyczące tzw. bonifikaty są w istocie określeniem mechanizmu obliczenia wynagrodzenia należnego wykonawcy, przez uzależnienie jego wysokości od usługi faktycznie wykonanej. Przy przekroczeniu określonej liczby godzin niedostępności łączy wykonawcy przysługiwać będzie określony procent wynagrodzenia należnego za usługę pełną, tj. nieprzekraczającą określonej liczby godzin niedostępności. Mechanizm ten, w przeciwieństwie do kar umownych, nie ma funkcji odszkodowawczej, a jego celem jest wskazanie podstaw ustalenia rzeczywistego wynagrodzenia wykonawcy. Dodatkowo, obowiązek zapłaty kary umownej aktualizował się będzie w sytuacji wystąpienia dłuższych okresów niedostępności usług. Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów prawa w takim określeniu zasad ustalenia wynagrodzenia i jednocześnie zasad odpowiedzialności za nienależyte wykonanie zobowiązania. Z tych samych powodów (różny charakter i cel) za bezpodstawny należy uznać analogiczny zarzut dotyczący możliwej kumulacji bonifikaty z uprawnieniem Zamawiającego do wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym w sytuacji, gdy suma naliczonych kar umownych przekroczy 20% wysokości wynagrodzenia brutto, przy jednoczesnym ustaleniu górnej granicy kar umownych w wysokości 100% wartości wynagrodzenia. Celem powyższego uprawnienia jest ochrona słusznego interesu Zamawiającego, tj. umożliwienie mu wcześniejszego przerwania współpracy z nierzetelnym wykonawcą. Jednocześnie trudno dopatrzeć się naruszenia prawa w ustaleniu limitu kar umownych w wysokości 100% wynagrodzenia wykonawcy, które to kary, jak już wyżej wspomniano, stanowią rodzaj odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonane

zobowiązania i są rozłączne w stosunku do prawa rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym.

Pkt III.4 lit. g odwołania

Izba ustaliła, że zgodnie z § 6 IPU, w przypadku naprawy trwającej dłużej niż 24 godziny Wykonawca jest zobowiązany do zestawienia łączności zastępczej o przepustowości co najmniej 80% przepustowości zastępowanego łącza na okres trwania takiej naprawy. Za niewykonanie zobowiązania w zakresie zapewnienia łącza zastępczego, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym na czas trwania naprawy, Zamawiający uprawniony będzie do naliczenia Wykonawcy kary umownej w wysokości 0,1% wartości abonamentu miesięcznego dla danego łącza, określonego w formularzu cenowym stanowiącym Załącznik nr 2 do Umowy za każdą rozpoczętą godzinę. Utrzymywanie łącza zastępczego ponad 7 dni kalendarzowych powoduje rozpoczęcie naliczania kar w wysokości 0,005% wartości Umowy brutto określonej w § 4 ust. 1 za każdą kolejną godzinę naprawy (ust. 3). W przypadku zaistnienia braku świadczenia przez Wykonawcę usługi na łączu powyżej 72 godzin Zamawiający będzie miał prawo zamówić łącze zastępcze, a koszt takiej usługi pokryje Wykonawca. Zakończenie tej usługi nastąpi po 24 godzinach od czasu powiadomienia o przywróceniu brakującej łączności (ust. 4). W przypadku opóźnienia Wykonawcy w stosunku do jakichkolwiek innych terminów, które zostały przewidziane w Umowie, lub zostały ustalone przez Strony w trakcie wykonania Umowy, jeżeli Umowa nie stanowi inaczej, Zamawiający ma prawo zażądać za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia kary umownej w wysokości 150 zł brutto (ust. 10). Z kolei zgodnie z § 8 ust. 9 IPU, w przypadku naruszenia przez Wykonawcę zobowiązania do zachowania poufności informacji, o którym mowa w niniejszym § 8 Umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20.000 złotych. Zamawiający będzie uprawniony do dochodzenia odszkodowania przenoszącego wartość zastrzeżonej kary umownej.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym kary umowne mogą przysługiwać wyłącznie gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z winy wykonawcy.

Zgodnie z art. 471 Kodeksu cywilnego, dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Z kolei zgodnie z art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Zatem wynikającą z przepisów Kc zasadą jest uzależnienie odpowiedzialności

kontraktowej od winy dłużnika, a naprawienie szkody wynikającej z zawinionego działania lub zaniechania może przybrać formę zapłaty kary umownej. Niemniej jednak przywołany przepis art. 471 Kodeksu cywilnego nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego. Zgodnie bowiem z art. 473 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. W orzecznictwie wyraźnie dopuszcza się możliwość zastrzeżenia w umowie kar umownych za opóźnienie, tj. niezależnie od istnienia winy po stronie dłużnika (np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. I CKN 791/98, w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że jeżeli strony w umowie zastrzegły kary umowne w każdym wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy są przyczyny, które spowodowały niedotrzymanie przez dłużnika terminu wykonania zobowiązania). Należy więc stwierdzić, że wynikająca z Kodeksu cywilnego ogólna reguła odpowiedzialności na zasadzie winy może być wolą stron rozszerzona, przez objęcie obowiązkiem naprawienia szkody (w tym także przez zapłaty kary umownej) również okoliczności przez wykonawcę niezawinionych. Należy przy tym mieć na uwadze specyfikę umów zawieranych w trybie ustawy Pzp, w przypadku których Zamawiający wyposażony został w większą możliwość określania zasad realizacji umowy. Zgodnie z art. 36 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest podać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Ustawa przyznaje więc zamawiającym możliwość określenia istotnych postanowień przyszłej umowy (a za takie należy uznać m.in. postanowienia określające odpowiedzialności kontraktowej) i podania ich do wiadomości wykonawców, którzy akceptują te postanowienia przystępując do udziału w postępowaniu. Fakt skorzystania przez Zamawiającego z przyznanego ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy nie stanowi sam w sobie o nadużyciu zasady swobody umów i naruszeniu zasad współżycia społecznego. Odwołujący natomiast nie przedstawił argumentacji, która świadczyłaby o wystąpieniu takiego naruszenia w niniejszej sprawie, nie wskazał, na czym konkretnie miałyby ono polegać, wywodząc to naruszenie jedynie z samego faktu rozszerzenia odpowiedzialności również na okoliczności przez wykonawcę niezawinione, z czym nie można się zgodzić.

Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że interpretacja, czy umowa w rzeczywistości skutecznie rozszerza odpowiedzialność wykonawcy na okoliczności przez niego niezawinione, może być ustalana w przypadku powstania sporu na etapie realizacji

umowy, z uwzględnieniem zasad wykładni oświadczeń woli określonych w art. 65 Kc. Nie jest rolą Izby dokonywanie – na etapie postępowania o udzielenie zamówienia – interpretacji, czy sformułowania zamieszczone w IPU (posłużenie się w niektórych postanowieniach określeniem „opóźnienie”) w istocie stanowią skuteczne rozszerzenie odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy. Można mieć jednak wątpliwości co do rzeczywistej woli Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie nie przyznał woli rozszerzenia odpowiedzialności wykonawcy również na okoliczności niezawinione, ale przedstawił stanowisko, że niezastosowanie terminu „zwłoka” nie rozszerza odpowiedzialności kontraktowej, a wykonawca będzie miał możliwość ekskulpowania się od zapłaty kary umownej po wykazaniu braku winy.

Pkt III.4 lit. h odwołania

Izba ustaliła, że zgodnie z § 6 ust. 4 IPU, w przypadku zaistnienia braku świadczenia przez Wykonawcę usługi na łączu powyżej 72 godzin Zamawiający będzie miał prawo zamówić łącze zastępcze, a koszt takiej usługi pokryje Wykonawca. Zakończenie tej usługi nastąpi po 24 godzinach od czasu powiadomienia o przywróceniu brakującej łączności.

W ocenie Izby nie sposób zgodzić się z zarzutem Odwołującego, że określona w ww. postanowieniu kara umowna jest nieprecyzyjna, ze względu na niewskazanie, którego łącza (podstawowego czy zapasowego) dotyczy możliwość wykonania zastępczego. Jak bowiem słusznie zauważył Zamawiający, brak takiego uszczegółowienia należy rozumieć jako objęcie ww. postanowieniem sytuacji, gdy niedostępność dotyczyć będzie któregośkolwiek z tych łącz. Taka interpretacja uzasadniona jest literalnym brzmieniem § 6 ust. 4 IPU, które w ocenie nie jest niejasne i nie wymaga doprecyzowania.

Podsumowując, należy stwierdzić, że postanowienia rozdziału VII pkt 4 SIWZ (i punktu III.2.1 ppkt 5 Ogłoszenia o zamówieniu) oraz punktu 13 lit. c OPZ sformułowane zostały przez Zamawiającego w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp. W odniesieniu do pozostałych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wzoru umowy kwestionowanych w odwołaniu Izba nie dopatrzyła się takiego naruszenia. Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....