

WYROK
z dnia 12 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 3 i 7 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2014 r. przez wykonawcę **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale wykonawców:

A. T-Systems Polska Sp. z o.o., ul. Św. Antoniego 7, 50-073 Wrocław,

B. Exatel S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa,

C. GTS Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa,

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

- 1) uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) przez przedłużenie terminu składania ofert o czas nie krótszy niż 14 dni następujących po dniu udzielenia końcowych wyjaśnień treści SIWZ, do których udzielenia zamawiający jest zobowiązany na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp;
- 2) kosztami postępowania obciąża zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa na rzecz wykonawcy Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160,

02-326 Warszawa, kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego, którego przedmiotem jest „Zakup usług transmisji danych sieci WAN na potrzeby Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej oraz monitoringu wizyjnego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 października 2014 r., nr 2014/S 193-341656.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego również w dniu 8 października 2014 r.

Odwołujący - wykonawca Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie - wskazując posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawą Pzp”, „Pzp” lub „ustawą”, wniósł w dniu 17 października 2014 r. odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej „SIWZ”, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy przez opis przedmiotu zamówienia jako niezgodny z wymaganiami ustawowymi, wynikającymi z art. 29 ustawy Pzp, co uniemożliwia odwołującemu, jak podniósł w odwołaniu, rzetelne przygotowanie oferty, a w efekcie uzyskanie zamówienia. Uznał, że odwołujący jest podmiotem uprawnionym do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 29 ust. 1 przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na:
 - a) nie wskazanie danych dotyczących poszczególnych lokalizacji,
 - b) nie określenie sposobu doprowadzenia zasilania do instalacji zamawiającego,
 - c) nie określenie odpowiedzialności za infrastrukturę od momentu jej zbudowania do momentu odbioru,
 - d) nie określenie okresu korzystania z usługi z uwagi na zastrzeżenie możliwości zawieszenia korzystania z każdego z łączy na 6 miesięcy,
 - e) zastrzeżenie nieograniczonej możliwości rezygnacji z łączy i zmniejszania przepustowości, bez zastrzeżenia opłaty instalacyjnej;

- 2) art. 7, art. 29 ust. 1 oraz art. 43 ust. 1 i 2 przez wskazanie zbyt krótkiego terminu składania ofert, szczególnie jeżeli uwzględnia się fakt, że zamawiający nie opisał stanu infrastruktury w poszczególnych lokalizacjach;
- 3) art. 29 ust. 1 w zw. z art. 142 ust. 1 przez nieoznaczenie czasu trwania umowy, co jest niezgodne z ustawą i uniemożliwia skalkulowanie ceny oferty;
- 4) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na wymagania ustalania podłączenia urządzeń wykonawcy do urządzeń zamawiającego z uwzględnieniem wykonawcy projektu CSDiP, co uniemożliwia określenie zakresu praw i obowiązków wykonawcy, a w konsekwencji uniemożliwia wycenę kosztów i skalkulowanie ceny ofertowej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ zgodnie z żądaniami wskazanymi w treści uzasadnienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił następującą argumentację.

Ad 1. Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Ad 1 lit. a. Zamawiający nie zawarł dokładnego opisu poszczególnych lokalizacji. Dla świadczenia usług wymaganych przez zamawiającego nie jest wymagane jedynie wskazanie, gdzie znajduje się dana lokalizacja, lecz także określenie warunków technicznych tej lokalizacji, oraz innych informacji niezbędnych do skalkulowania oferty. Przykładowo, w OPZ (jak również w zał. nr 1 do SIWZ „Wykazie lokalizacji”) brak jest informacji, czy dany budynek jest zabytkiem - jeśli tak, brak jest informacji na temat zakresu prac dopuszczonych przez Konserwatora Zabytków. Brak jest również informacji, czy zamawiający jest administratorem budynku, w przypadku budynków, których administratorem nie jest zamawiający, brak jest informacji na temat wymaganych uzgodnień i pozwoleń ze strony właściciela. Nadto, brak jest informacji, czy budynek jest objęty gwarancją inwestycyjną na prace budowlane (dachy i elewacje) - jeśli tak, czy dozwolone są prace instalacyjne bez utraty takiej gwarancji. Wszystkie wyżej wskazane elementy nie tylko rzutują na możliwość skalkulowania ceny oferty, lecz przede wszystkim na samą wykonalność doprowadzenia infrastruktury do poszczególnych lokalizacji (np. wobec braku zgody Konserwatora Zabytków). Dodatkowo, zamawiający wskazał lokalizacje jedynie za pomocą współrzędnych geograficznych, nie opisując gdzie dokładnie ma zostać doprowadzone łącze. Może się to okazać problematyczne, zwłaszcza, gdy infrastruktura będzie musiała zostać przeprowadzona pod torami kolejowymi. Zamawiający nie wskazał

również informacji nt. sieci wewnętrznej, nie podając jednocześnie żadnych osób do kontaktu w poszczególnych lokalizacjach.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany opisu lokalizacji przez uzupełnienie go o następujące elementy:

- 1) wskazanie statusu administracyjnego budynków (w szczególności przez określenie uprawnień właścicielskich oraz wskazanie, czy są one obiektami zabytkowymi);
- 2) określenie jakiego rodzaju infrastruktura znajduje się w lokalizacjach;
- 3) określenie, czy prace instalacyjne nie kolidują z uprawnieniami gwarancyjnymi;
- 4) określenie dokładnych miejsc doprowadzenia łączy;
- 5) podanie osób do kontaktu do poszczególnych lokalizacji.

Ad 1 lit. b. Zamawiający w § 5 pkt 3.3 projektu umowy przewidział, że ponosi on koszty związane z poborem mocy przez urządzenia zainstalowane przez zamawiającego, zastrzegając przy tym, że zasilanie doprowadzić ma wykonawca. Jest to wewnętrznie sprzeczne, dodatkowo niemożliwe do wykonania wobec braku informacji, o których mowa w pkt 1 lit. a odwołania.

Odwołujący wniósł o wykreślenie § 5 pkt 3.3 projektu umowy, ewentualnie zastrzeżenie, że zamawiający we własnym zakresie zapewni zasilanie dla urządzeń wykonawcy niezbędnych do świadczenia usług, będących przedmiotem postępowania.

Ad 1 lit. c. Z treści § 5 pkt 7.3 wynika, że zamawiający nie określił, kto będzie odpowiedzialny za infrastrukturę niezbędną do świadczenia usług od momentu, gdy zostanie ona stworzona na terenie danej lokalizacji, do momentu jej odbioru przez zamawiającego. Brak tego rodzaju informacji uniemożliwia prawidłową wycenę oferty, z uwagi na brak możliwości skalkulowania kosztów ewentualnego ubezpieczenia ochrony itp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia ww. postanowienia, ewentualnie o wskazanie, która ze stron, w jakim zakresie ponosi odpowiedzialność za zainstalowaną infrastrukturę.

Ad 1 lit. d. Świadczenie usług telekomunikacyjnych, w tym usług transmisji danych w sieci WAN, ma charakter ciągły stąd dla określenie zakresu swojego świadczenia wykonawca musi znać nie tylko ilość lokalizacji, parametry usług, lecz także okres świadczenia usług. Zastrzeżenie w § 10 ust. 3 projektu umowy możliwości zawieszenia korzystania z usług na okres 6 miesięcy dla wszystkich łączy, pozwala zmniejszyć w sposób istotny zakres świadczenia usług, co utrudnia skalkulowanie oferty, gdyż uniemożliwia wykonawcy określenie dla ilu łączy i w jakim okresie będzie świadczyć usługi. Zamawiający przewidział wliczenie kosztów infrastruktury w opłatę za transmisje danych, co wynika z przewidzianego ograniczenia maksymalnej wysokości opłaty instalacyjnej do 2% wartości ofertowej.

Odwołujący wniósł o zmianę opisu przedmiotu zamówienia przez wykreślenie możliwości zawieszenia korzystania z nieograniczonej liczby łączy na czas 6 miesięcy, ewentualnie o zmianę przez wskazanie maksymalnej liczby łączy dla jakich to ograniczenie będzie możliwe, przy czym będzie to nie więcej niż 10% ogólnej liczby łączy, zarówno § 10 ust. 3 projektu umowy jak i wszelkich powiązanych z nim postanowień w SIWZ.

Ad 1 lit. e. Wykonawca kalkulując ofertę musi znać zakres swojego świadczenia. W przypadku świadczenia usług transmisji danych w sieci WAN, wykonawca musi znać ilość lokalizacji, warunki techniczne i administracyjne w tych lokalizacjach, parametry usługi, jak przepływność, czy dostępność, a także czas świadczenia usługi. Zamawiający zastrzegł możliwość zmiany wszystkich tych okoliczności, które są decydujące dla przygotowania kalkulacji ceny oferty. Zgodnie z § 12 ust. 4 projektu umowy zamawiający zastrzega, że *„Strony postanawiają, iż Zamawiający jest uprawniony do podjęcia jednostronnej decyzji o rezygnacji, włączeniu usługi lub zmniejszeniu wolumenu określonych usług”*. Cytowane postanowienie projektu umowy sprawia, że nie jest znana ani liczba łączy, ani przepływność usługi (z którą zgodnie z OPZ powiązane są parametry dostępności), ani czas trwania usługi. Wykonawca może ponieść olbrzymie nakłady na doprowadzenie infrastruktury zapewniających usługi o wysokich parametrach do lokalizacji, z których zamawiający zrezygnuje bądź, w których ograniczy usługi. Odwołujący wskazał, że opłata instalacyjna została ograniczona do maksymalnie 2% wartości oferty brutto. Co oznacza, że wykonawca nie będzie miał możliwości zwrotu tych nakładów w przypadku zaprzestania korzystania z usługi, a jednocześnie nie zostaną one pokryte w ramach wynagrodzenia z tytułu opłaty instalacyjnej.

Odwołujący wniósł o wykreślenie postanowienia § 12 ust. 4 projektu umowy oraz wszelkich powiązanych z nim postanowień w SIWZ.

Ad 2. Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na 13 listopada 2014 r. Mając na względzie bezprecedensowy charakter przedmiotowego zamówienia, jest to termin, który nie może być uznany za „niezbędny do przygotowania i złożenia oferty”, w rozumieniu art. 43 ust. 1 ustawy Pzp. Zamówienie dotyczy doprowadzenia sieci WAN do prawie 825 lokalizacji, dla których wykonawca musi przeprowadzić audyt stanu swojej infrastruktury. Ponadto jak opisano w uzasadnieniu zarzutu nr 1, niezbędne jest przeprowadzenie oględzin stanu infrastruktury zamawiającego w jego budynkach. Wykonanie tego zadania stanowi dopiero wstęp do przygotowania oferty. Wyniki przeprowadzonych wizji i oględzin podlegają analizie pod względem technicznym, a następnie analizie kosztowej. Dopiero wtedy można mówić o prawidłowym skalkulowaniu ceny oferty. Zgodnie z dyspozycją art. 43 ustawy Pzp, zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty. Przy tym w postępowaniach, w których wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.

8 ustawy Pzp, termin składania ofert nie może być krótszy niż: 40 dni - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie. Zamawiający wyznaczył 41-dniowy termin na przygotowanie i złożenie oferty, a więc termin dłuższy niż minimalne 40 dni - o 1 dzień. Termin na przygotowanie i złożenie ofert, wobec rozmiarów i skomplikowania przedmiotu zamówienia, jest zbyt krótki. Odwołujący podkreślił, że okres niezbędny na przygotowanie i złożenie oferty „nie powinien” być uzależniany od wymagań zamawiającego dotyczących zawartości ofert składanych przez wykonawców. Jeśli taką okoliczność zamawiający wziął pod uwagę ustalając termin składania ofert - naruszył przepis ustawy Pzp nakazujący wyznaczenie termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty. W przypadku zamówienia, które jest przedmiotem postępowania, istotne znaczenie ma rozmiar świadczenia i warunki realizacji zamówienia - w tym warunki nieopisane w SIWZ, a warunki faktyczne dotyczące poszczególnych lokalizacji, w których wykonawca ma świadczyć usługę.

W związku z tym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wydłużenia terminu składania ofert do 90 dni.

Ad 3. W projekcie umowy zamawiający zawarł postanowienie powodujące niemożność oznaczenia czasu trwania umowy. W § 16 ust. 10 zastrzegł, że cyt.: *„Zamawiający uprawniony jest do wcześniejszego wypowiedzenia Umowy przy zachowaniu 3-miesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego. W takim przypadku Wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia z tytułu wcześniejszego rozwiązania Umowy przez Zamawiającego”*. Umowy w sprawie zamówienia publicznego są zawierane na czas oznaczony. Regulacja ta służy ochronie interesów potencjalnych wykonawców, zapewnia konkurencję i zapobiega ograniczaniu dostępu do rynku. Termin spełnienia świadczenia może być oznaczony za pomocą konkretnej daty, pewnego przyszłego zdarzenia lub też może być oznaczony za pomocą określonych jednostek czasu, np. dni, miesiący. Z postanowień art. 142 i 143 ustawy Pzp wynika, że do *essentialia negotii* umowy o zamówienie publiczne należy określenie terminu realizacji zamówienia. Przepisy art. 36 ust. 1 pkt 4 i art. 41 pkt 6 ustawy Pzp wskazują, że termin wykonania zamówienia jest obligatoryjnym elementem, tak ogłoszenia o zamówieniu publicznym, jak i SIWZ. Określenie tego terminu ma bezpośrednie przełożenie na kalkulację ceny oferty, ma wpływ na porównywalność złożonych ofert.

Termin wykonania zamówienia ma istotne znaczenie dla sporządzenia oferty, musi być określony w sposób pozwalający wykonawcom określić minimalny i maksymalny czasookres trwania przyszłej umowy w normalnym toku jej realizacji. Tym samym postanowienia dotyczące możliwości wypowiedzenia umowy o zamówienie publiczne powinny być oceniane z uwzględnieniem ich wpływu na sporządzenie oferty. Zastrzeżenie

zmiany terminu realizacji zamówienia uznaje się za niedopuszczalne w świetle art. 140 ust. 1 ustawy Pzp. W orzecznictwie zarysowały się różne stanowiska w zakresie dopuszczalności zmiany terminu realizacji zamówienia. W jednym z orzeczeń wskazano, że art. 140 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy nie tylko zakresu świadczenia wykonawcy, lecz także terminu realizacji. Termin realizacji zamówienia jest elementem zobowiązania przyjętego przez wykonawcę, natomiast umowa powinna być zrealizowana w terminie określonym w SIWZ. Zmiana terminu realizacji zamówienia możliwa jest tylko w razie zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Termin wykonania umowy, który zamawiający określa w SIWZ, a wykonawca akceptuje czyniąc go treścią swojej oferty, mieści się w pojęciu „zakres świadczenia”. Umowa zawarta z wybranym wykonawcą nie może określać innego terminu jej wykonania, niż wskazany w SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu precyzyjnego i jednoznacznego określenia terminu realizacji zamówienia.

Ad 4. Zgodnie z rozdz. 4 pkt 17 i 18 OPZ, zamawiający wprowadził obowiązek ustalania podłączenia urządzeń wykonawcy do urządzeń zamawiającego z uwzględnieniem wykonawcy projektu CSDIP. Z powyższego wynika, że wykonawca, nie znając warunków realizacji projektu CSDIP, w tym ewentualnego wpływu tego projektu na zamówienie będące przedmiotem postępowania, winien uwzględnić konieczność współpracy z podmiotem trzecim - wykonawcą projektu CSDIP. Prowadzi to w konsekwencji do braku możliwości określenia praw i obowiązków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, a tym samym braku możliwości określenia zakresu świadczenia wykonawcy w ramach przedmiotu zamówienia. Brak możliwości oceny zakresu świadczenia wykonawcy, uniemożliwia z kolei sporządzenie oferty, w szczególności skalkulowanie oferty.

Odwołujący wniósł o wykreślenie wskazanego postanowienia, ewentualnie o załączenie dokumentów dotyczących projektu CSDIP, o którym mowa wyżej do dokumentacji postępowania tak, aby wykonawca mógł się z nim zapoznać przed upływem terminu składania ofert.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadne, przedstawiając następującą argumentację.

I. Stan faktyczny sprawy.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zakup transmisji danych sieci WAN na potrzeby Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej oraz monitoringu wizyjnego”.

II. Stanowisko zamawiającego i jego uzasadnienie.

Celem postępowania o zamówienie publiczne jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a nie umożliwienie wykonawcy ukształtowania dogodnych warunków, w tym dotyczących przedmiotu zamówienia. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie mamy zatem do czynienia z negocjowaniem warunków przyszłego stosunku umownego, kształtowaniem go na zasadach określonych w art. 353¹ kc. „Postępowanie o zamówienie publiczne realizuje się bowiem, przez jednostronne określenie przez zamawiającego jego warunków, do których wykonawcy mogą przystąpić lub nie wykazać zainteresowania postępowaniem. Uprawnienia wykonawców ograniczają się zatem do kontroli działań zamawiającego w kontekście bezwzględnie obowiązujących przepisów, nie zaś dotyczących sfery, którą ustawa pozostawia swobodzie ukształtowania przez strony stosunku cywilnoprawnego (wyrok KIO z 13.09.2013 r., sygn. akt KIO 2078/13).

Dokonując analizy zarzutów odwołania i formułowanych w ich wyniku żądań nie sposób odnaleźć choćby uprawdopodobnienia naruszenia przez zamawiającego wskazywanych na wstępie odwołania regulacji ustawowych. Tym samym odwołanie nie realizuje w tym zakresie wymagań przepisu art. 180 ust. 3 ustawy Pzp i już choćby z tego powodu nie zasługuje na uwzględnienie. Ponadto odwołanie nie uprawdopodobnia nie tylko istotnego ale w ogóle wpływu przypisywanych zamawiającemu naruszeń na wynik postępowania. Wskazuje zaś wyraźnie, że intencją żądań i domniemanych naruszeń przypisywanych zamawiającemu jest przybliżenie przedmiotu zamówienia do możliwości odwołującego, co pozostaje w sprzeczności z obiektywnymi potrzebami zamawiającego i nie realizuje normy regulacji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, który warunkuje skuteczność odwołania.

Odnosząc się jednak do zarzutów odwołania zamawiający zauważył, że w dużej mierze stały się one nieaktualne, gdyż zamawiający z dniem 28.10.2014 r. (zmiana nr I SIWZ) oraz 31.10.2014 r. (zmiana nr II SIWZ) dokonał stosownej modyfikacji SIWZ - o czym szczegółowo przy poszczególnych zarzutach odwołania.

III. Stanowisko wobec zarzutów dotyczących treści SIWZ, OPZ, Projektu umowy - zgodnie z systematyką odwołania.

Ad 1 lit. a. Zamawiający dołożył wszelkich starań w celu jak najbardziej szczegółowego określenia przedmiotu zamówienia. Należy podkreślić, że zamawiający dokonał selekcji i wskazał w załączniku nr 1 do umowy, w kolumnie „Miejsce zakończenia łącza”, potencjalne miejsca, w których wykonawca może wykonać przyłącze. Lokalizacje te oznaczone literą P (peron) oraz literą D (dworzec) wskazują miejsca, z których wykonawca może skorzystać przy realizacji zamówienia, gdyż nie są one objęte nadzorem Konserwatora Zabytków. W podanych lokalizacjach zamawiający jest właścicielem wszystkich obiektów peronowych. Obiekty dworców, które nie są własnością zamawiającego zarządzane są przez

PKP S.A. i zostaną udostępnione wykonawcy na podstawie umowy zawartej przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., a firmą PKP S.A.

W SIWZ nie została przewidziana wprowadzenie wizja lokalna, tym niemniej została przewidziana możliwość wstępu na obiekty, dla których określono miejsca instalacji łączy po wcześniejszym zawiadomieniu wskazanych w pkt 26.2. IDW osób do kontaktu (właściwych dla wszystkich lokalizacji). Tym samym żądanie formułowane w pkt 5 jest całkowicie niezasadne.

Najwięksi operatorzy działający na rynku a zarazem potencjalni wykonawcy podczas udziału w dialogu technicznym dla niniejszego przedsięwzięcia (trwającym w dniach 28, 30, 31 lipca 2014 r., gdzie udział brali m.in. przedstawiciele przystępujących - Exatel S.A., GTS Poland Sp. z o.o., Netia oraz sam odwołujący - Orange) zostali poinformowani o trudnościach w określeniu dokładnego miejsca instalacji przyłącza. Otrzymali także wykaz lokalizacji w celu przedstawienia możliwości technicznych realizacji łączy w tak szerokim zakresie i na tak dużym obszarze, jak i możliwych do wykorzystania technologii transmisji danych.

Zamawiający zaznaczył, że do dnia sporządzania odpowiedzi na odwołanie nikt nie skontaktował się z przedstawicielami zamawiającego wskazanymi do kontaktów w pkt 26.2 IDW w celu zabrania dodatkowych informacji na temat lokalizacji i możliwości technicznych panujących na danym obiekcie, co raz jeszcze potwierdza bezzasadność żądania opisanego w pkt 5.

Zamawiający nie wskazuje dokładnego miejsca zakończenia łączy, gdyż nie zna specyfiki działania poszczególnych urządzeń lub technologii możliwych do wykorzystania przez wykonawcę. W trakcie dialogu technicznego operatorzy stwierdzili, że będą w większości przypadków wykorzystywać technologię radiową, natomiast zamawiający nie posiada wiedzy jaki wpływ na działanie usługi transmisji danych mogą mieć instalacje znajdujące się na obiekcie (np. sieć trakcyjna) lub zjawiska występujące na sieci kolejowej np. zaburzenia radioelektryczne wytwarzane przez pojazdy trakcyjne. Zamawiający mając powyższe na uwadze wskazał, że pragnie uniknąć sytuacji mogących skutkować nie odebraniem przedmiotu zamówienia ze względu na nie dotrzymanie parametrów SLA sieci WAN.

Infrastruktura jaka znajduje się w każdej lokalizacji nie ma znaczenia ponieważ wykonawca musi wykonać własną zgodnie z wymaganiami OPZ, dodatkowo odwołujący nie sprecyzował jaką infrastrukturę ma na myśli. Zamawiający informuje natomiast, że udostępni bezpłatnie posiadane wolne zasoby kanalizacji teletechnicznej pod warunkiem ich wykorzystania tylko i wyłącznie dla potrzeb realizacji omawianego postępowania przetargowego przez cały okres ich wykorzystania.

Jednocześnie zamawiający informuje, że wychodząc naprzeciw oczekiwaniom odwołującego dokonał z dniem 28.10.2014 r. zmiany SIWZ przez nadanie nowego brzmienia przepisowi § 5 ust. 5 Wzoru umowy, który aktualnie brzmi: „Dopuszczalna jest realizacja łączy dostępowych w technologii radiowej punkt-punkt lub punkt-wielopunkt, ale wyłącznie w paśmie koncesjonowanym, przy zastrzeżeniu spełnienia przez ww. łącza radiowe gwarantowanej rezerwacji pasma oraz parametrów SLA określonych w Załączniku nr 3 do Umowy. Zamawiający będzie wymagał oświadczenia z UKE o wykorzystaniu pasma”, co dodatkowo poszerza spektrum dostępnych wykonawcom technologii wykonania przedmiotu zamówienia.

Ponadto w tej samej dacie zamawiający dokonał zmiany § 5 Wzoru umowy przez dodanie ust. 9 w brzmieniu: „Zamawiający udostępni bezpłatnie posiadane wolne zasoby kanalizacji teletechnicznej pod warunkiem ich wykorzystania tylko i wyłącznie dla potrzeb realizacji niniejszej Umowy przez cały okres ich wykorzystania.”

Nadto, w dniu 31.10.2014 r. zamawiający dokonał zmiany SIWZ w zakresie obejmującym opis przedmiotu zamówienia, w sposób uwzględniający oczekiwania odwołującego dotyczące wskazania statusu właścicielskiego, kolizji z uprawnieniami gwarancyjnymi oraz ochrony konserwatorskiej przez dodanie pkt 26a i 26b w OPZ w brzmieniu: „26a. Zamówieniem objętych jest 825 lokalizacji, z czego 682 nie są objęte nadzorem Konserwatora Zabytków. Wykaz pozostałych lokalizacji znajduje się w załączniku nr 1a do Opisu Przedmiotu Zamówienia, z czego w 84 lokalizacjach ochroną objęte są elementy infrastruktury kolejowej takie jak nastawnie, wiaty, wieże ciśnień, tunele, parowozownie itp. Zamawiający nie ingerując w sposób wykonania instalacji urządzeń i technologii przyjętej przez Wykonawcę dopuszcza w przypadku wykorzystywania chronionych elementów infrastruktury, możliwość zastosowanie nieinwazyjnego sposobu montażu urządzeń końcowych. 26b. Obiekty w podanych 825 lokalizacjach objętych zamówieniem, które nie są własnością Zamawiającego zarządzane są przez PKP S.A. i zostaną udostępnione Wykonawcy na podstawie Umowy między PKP Polskie Unie Kolejowe S.A., a spółką PKP S.A.” oraz załącznika nr 1a do OPZ specyfikującego cechy poszczególnych lokalizacji.

Mając powyższe na uwadze, zarzut po pierwsze, w zakresie uwzględnionym stał się nieaktualny i nie zasługuje na uwzględnienie, zaś jako merytorycznie niezasadny nie zasługuje na uwzględnienie w pozostałym zakresie.

Ad 1 lit. b. W zakresie wskazanego zarzutu odwołujący domaga się, aby zamawiający wykreślił z projektu umowy § 5 pkt 3.3, ewentualnie by sformułować w umowie zastrzeżenie, że zamawiający we własnym zakresie zapewni zasilanie do urządzeń wykonawcy niezbędnych do świadczenia usług, będących przedmiotem postępowania.

Zarzut ten jest niezasadny, a przede wszystkim niezrozumiałe jest jego uzasadnienie jakoby we wskazanym przepisie zachodziła jakaś sprzeczność. Nadto zarzut nie wskazuje, którą z norm ustawowych cytowany przepis miałby naruszać, a tym samym, z którymi regulacjami Pzp czynność zamawiającego miałyby kolidować. Tym niemniej z ostrożności zamawiający wskazuje na następujące:

Zgodnie z paragrafem 5 pkt 3.3 Projektu umowy: „Wymagane jest, aby Wykonawca doprowadził i udostępnił odpowiednie łącze dostępowe w każdej lokalizacji wskazanej w Załączniku nr 1 do Umowy. W szczególności Wykonawca zapewnia: 3.3 Wykonanie linii zasilającej Urządzenia Końcowe od miejsca przyłączenia do sieci elektroenergetycznej wskazanego przez Zamawiającego, wraz z dostosowaniem szaf zasilająco-rozdzielczych zgodnie z przepisami w tym zakresie.”

Nie ma w cytowanych regulacjach żadnych nieścisłości wskazujących na naruszenie art. 29 ustawy Pzp. Możliwe, że zarzut został przedstawiony przy mylnym przyjęciu, wbrew treści SIWZ, że urządzenia mają być zainstalowane przez zamawiającego, co oddano w treści zarzutu.

Tym samym zarzut i żądania zmierzają jedynie do przybliżenia przedmiotu zamówienia do możliwości odwołującego, co pozostaje w sprzeczności z obiektywnymi potrzebami zamawiającego i nie realizuje normy regulacji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, który warunkuje skuteczność odwołania. Tym samym zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad 1 lit. c. Odwołujący wniósł by zamawiający wykreślił postanowienie paragrafu 5 pkt 7.3 Projektu umowy, ewentualnie wskazał, która ze stron w jakim zakresie ponosi odpowiedzialność za zainstalowaną infrastrukturę.

Zgodnie z treścią zaskarżonej regulacji paragrafu 5 pkt 7.3 Projektu umowy - „Do Infrastruktury Wykonawcy udostępnionej Zamawiającemu w ramach realizacji Umowy zastosowanie znajdują następujące postanowienia: (...) Zamawiający ponosi odpowiedzialność przewidzianą przepisami prawa, za wyrządzone ze swojej winy szkody w postaci zniszczenia infrastruktury Wykonawcy od momentu jej uruchomienia produkcyjnego”.

Powyższe wskazuje, że określono odpowiedzialność zamawiającego w zakresie Infrastruktury wykonawcy od momentu produkcyjnego uruchomienia systemu na zasadzie winy. Tym samym do czasu uruchomienia produkcyjnego odpowiedzialność za własną infrastrukturę ponosi wykonawca w pełnym zakresie. Przyjęta w niniejszym paragrafie konstrukcja odpowiedzialności za infrastrukturę wbrew twierdzeniom wykonawcy nie uniemożliwia mu wyceny oferty.

Powyższe zaś wskazuje, że nie ma w zaskarżonej regulacji żadnych nieścisłości wskazujących na naruszenie art. 29 ustawy Pzp. Tym samym zarzut i żądania zmierzają jedynie do przybliżenia przedmiotu zamówienia do możliwości odwołującego, co pozostaje

w sprzeczności z obiektywnymi potrzebami zamawiającego i nie realizuje normy regulacji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, który warunkuje skuteczność odwołania. Tym samym zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad 2. Powyższym zarzutem odwołujący zaskarżył termin składania ofert, żądając jego wydłużenia do 90 dni.

W tym miejscu zamawiający podkreślił, że termin na złożenie ofert realizuje wymagania ustawowe przepisu art. 43 ustawy Pzp i w ocenie zamawiającego już choćby z tego powodu nie jest zbyt krótki.

Dodatkowo zauważył, że odwołanie oraz drugie jakie wpłynęło w niniejszym postępowaniu pochodzi od dwóch spośród kilku wykonawców zaangażowanych w dialog techniczny, którzy to wykonawcy wskazywali jako odpowiedni do złożenia oferty termin 90 dniowy dla ponad 2200 lokalizacji podczas, gdy przedmiot niniejszego zamówienia obejmuje nieznaczenie ponad 700.

Tym samym w ocenie zamawiającego zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad 4. W powyższym zarzucie odwołujący wywiódł obowiązek ustalania podłączenia urządzeń wykonawcy do urządzeń zamawiającego, wskazując na niedogodności współpracy zainteresowanych podmiotów. Przy czym sformułowane alternatywnie żądanie nie dość precyzyjnie wnosi o wykreślenie „wskazanego postanowienia” bez jego odniesienia do jednostki redakcyjnej testu umowy, „zgodnie z rozdz. 4 pkt 17 i 18.”

Zgodnie zaś z przywołanymi regulacjami: 17. Zamawiający przewiduje współpracę z inżynierem Kontraktu, który dodatkowo będzie po stronie zamawiającego odpowiadał za koordynację działań instalacyjnych z wykonawcą, harmonogramów, testów, odbiorów instalacji oraz projektów technicznych, odbiorów jakościowych i innych elementów w ramach budowy całościowego systemu CSDIP wraz systemem monitoringu. 18. Za organizację podłączenia urządzeń końcowych zamawiającego do urządzeń końcowych wykonawcy odpowiedzialny będzie Inżynier Kontraktu zgodnie z poniższym podziałem odpowiedzialności: 18.1. Wykonawca w lokalizacji końcowej udostępni usługę na dedykowanym porcie urządzenia końcowego w standardzie Ethernet 10/100 lub 10/100/1000. 18.2. Wykonawca projektu dostawy urządzeń CSDIP przygotuje port na urządzeniu brzegowym sieci LAN w lokalizacji końcowej, 18.3. Inżynier Kontraktu uzgodni termin i miejsce podłączenia urządzenia końcowego użytkownika do urządzenia końcowego wykonawcy. Uzgodnienie musi skutkować obecnością w jednym czasie służb technicznych wykonawcy sieci WAN i wykonawcy projektu CSDIP. 18.4. Długość kabla korespondencyjnego łączącego sieci WAN wykonawcy i wykonawcy projektu SDIP nie może być dłuższa niż 25 mb. 18.5. Prace związane w opracowaniem dokumentacji projektowej, dostawą i instalacją kabla korespondencyjnego oraz podłączeniem do sieci LAN i urządzenia wykonawcy leżą po stronie wykonawcy projektu CSDIP. 18.6. Wykonawca na każde żądanie

zamawiającego lub Inżyniera Kontraktu zapewnia dostęp do swoich urządzeń w celu wykonania podłączenia.

Zaś, co wymaga podkreślenia, wymaganiem pkt 18.6 jest jedynie to, by wykonawca zapewnił dostęp do swoich urządzeń w celu wykonania podłączenia, a podłączenie leży poza jego obowiązkami. OPZ nie ingeruje przy tym, w sposób tego udostępnienia.

W zakresie zaś żądania alternatywnego odwołujący wskazał, że dokumentacja dotycząca CSDIP jest zamieszczona na stronach PKP PLK w równoległe prowadzonym postępowaniu nr 6060/ICZ3/000008/14/P.

Tym samym w ocenie zamawiającego zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Pomimo cofnięcia części zarzutów, zamawiający celem wykazania niezasadności prezentowanych w odwołaniu ocen w pozostałym zakresie, przedstawił swoje stanowisko wobec zarzutów, które nie będą już przedmiotem rozpoznania lecz rzutują na ocenę odwołania jako takiego.

Ad 1 lit. d. Odwołujący wniósł by zamawiający wykreślił zapis odnośnie możliwości zawieszenia korzystania z nieograniczonej liczby łączy na czas 6 miesięcy, ewentualnie o zmianę przez wskazanie maksymalnej liczby łączy dla jakich to ograniczenie będzie możliwe, przy czym będzie to nie więcej niż 10% ogólnej liczby łączy, zarówno § 10 ust. 3 Projektu umowy jak i wszelkich powiązanych z nim postanowień w specyfikacji.

Zgodnie z paragrafem 10 ust. 3 Projektu umowy „Zamawiający przewiduje uruchomienie produkcyjne (przyjęcie do eksploatacji) wszystkich łączy, nie później niż 1 listopada 2015 r. z poniższymi zastrzeżeniami: 1.1. Z uwagi na równoległą realizację projektu dostawy i montażu urządzeń Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej i monitoringu wizyjnego, Zamawiający uzależnia rozpoczęcie eksploatacji łączy od zaawansowania realizacji tego projektu. 1.2. Zamawiający przewiduje możliwość zawieszenia uruchomienia produkcyjnego (rozpoczęcia eksploatacji) każdego łącza o okres nie dłuższy niż 6 miesięcy od daty dokonania odbioru łącza, o którym mowa w pkt 1.3 powyżej.”

Zamawiający zauważył, że w sposób precyzyjny określił kiedy nastąpi uruchomienie produkcyjne zastrzegając jednocześnie możliwość zawieszenia uruchomienia produkcyjnego na konkretny okres (nie dłuższy niż 6 miesięcy). Także zauważył, że zawieszenie ograniczone czasowo pozwala na oszacowanie związanych z tym kosztów oraz przygotowanie oferty.

Nadto zamawiający dokonał w dniu 28.10.2014 r. modyfikacji treści rozdziału 4 pkt 8, 9, 10 OPZ przez zastąpienie dotychczasowego brzmienia następującym: „8. Dopuszczalna jest realizacja łączy dostępowych w technologii radiowej punkt-punkt lub punkt-wielopunkt, ale wyłącznie w paśmie koncesjonowanym, przy zastrzeżeniu spełnienia przez ww. łącza

radiowe gwarantowanej rezerwacji pasma oraz parametrów SLA określonych w rozdziale 5 (Gwarancja jakości dla łączy MPLS IP VPN) poniżej. Zamawiający będzie wymagał oświadczenia z UKE o wykorzystaniu pasma. 9. Wymagane jest zapewnienie skalowalności wszystkich łączy dostępowych (tzn. zwiększenie lub zmniejszenie przepustowości) zgodnie z poniższą tabelą: (...) - *zamawiający przedstawił stosowną tabelę*. 10. Zamawiający dopuszcza zmniejszenie przepustowości łączy w trakcie trwania umowy zgodnie z postępowaniem odpowiadającym pozycjom cennikowym. Zamawiający przewiduje, że wartość zmniejszenia wynagrodzenia związana ze zmniejszeniem przepustowości łączy nie przekroczy 10% całkowitej wartości Zamówienia brutto”.

Tym samym ten zarzut w ocenie zamawiającego nie zasługiwał na uwzględnienie, szczególnie, że nie było w zaskarżonej regulacji żadnych nieścisłości wskazujących na naruszenie art. 29 ustawy Pzp.

Ad. 1 lit. e. Odwołujący wniósł o wykreślenie postanowienia § 12 ust. 4 Projektu umowy oraz wszelkich powiązanych z nim postanowień w specyfikacji.

Wychodząc zatem naprzeciw oczekiwaniom odwołującego, zamawiający dokonał w dniu 31.10.2014 r. zmiany treści § 12 ust. 4 Wzoru umowy przez zastąpienie dotychczasowego brzmienia: „4. Strony postanawiają, iż Zamawiający jest uprawniony do podjęcia jednostronnej decyzji o rezygnacji, włączeniu usługi lub zmniejszeniu wolumenu określonych Usług, na następujących zasadach: 4.1. Zamawiający może w każdym momencie obowiązywania Umowy złożyć Rezygnację z Usługi. Rezygnacja z Usługi wymaga zachowania miesięcznego terminu wypowiedzenia Usługi i odnosi skutek na koniec okresu rozliczeniowego, w którym upłynął miesięczny termin wypowiedzenia Usługi; 4.2. Wykonawca zgodnie z treścią Rezygnacji z Usługi - zaprzestanie świadczenia Usługi lub zmniejszy jej wolumen, począwszy od dnia, w jakim Rezygnacja z Usługi stała się skuteczna (pkt 4.1. powyżej), chyba, że Zamawiający zażąda zaprzestania świadczenia Usługi lub zmniejszenia jej wolumenu w terminie wcześniejszym; 4.3. Rezygnacja lub zmniejszenie wolumenu Usług prowadzić będzie do proporcjonalnego obniżenia wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu realizacji Umowy; Zmiana wynagrodzenia nastąpi począwszy od kolejnego okresu rozliczeniowego, tj. okresu rozliczeniowego następującego po okresie, w którym zgodnie z punktem powyższym Rezygnacja z Usługi stała się skuteczna.”,

nowym o treści: „4. Strony postanawiają, iż Zamawiający jest uprawniony do podjęcia jednostronnej decyzji o rezygnacji, włączeniu usługi, zmniejszeniu wolumenu określonych Usług lub zawieszeniu realizacji umowy, na następujących zasadach: 4.1. Zamawiający może w zakresie określonym w pkt 4.2, w każdym momencie obowiązywania Umowy złożyć Rezygnację z Usługi. Rezygnacja z Usługi wymaga zachowania miesięcznego terminu wypowiedzenia Usługi i odnosi skutek na koniec okresu rozliczeniowego, w którym upłynął miesięczny termin wypowiedzenia Usługi; 4.2. Zamawiający dopuszcza możliwość

zaprzestania świadczenia Usługi w zakresie nie większym niż 10% wszystkich łączy dostępowych, przy czym sumaryczna wartość Rezygnacji z Usługi nie będzie większa niż 10% wartości zamówienia podstawowego brutto. 4.3. Wykonawca zgodnie z treścią Rezygnacji z Usługi - zaprzestanie świadczenia Usługi lub zmniejszy jej wolumen, począwszy od dnia, w jakim Rezygnacja z Usługi stała się skuteczna (pkt 4.1. powyżej), chyba, że Zamawiający zażąda zaprzestania świadczenia Usługi lub zmniejszenia jej wolumenu w terminie wcześniejszym. 4.4. Rezygnacja lub zmniejszenie wolumenu Usług prowadzić będzie do proporcjonalnego obniżenia wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu realizacji Umowy; Zmiana wynagrodzenia nastąpi począwszy od kolejnego okresu rozliczeniowego, tj. okresu rozliczeniowego następującego po okresie, w którym zgodnie z punktem powyższym Rezygnacja z Usługi stała się skuteczna. 4.5. Z uwagi na równoległą realizację projektu dostawy i montażu urządzeń Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej i monitoringu wizyjnego Zamawiający może zawiesić realizację umowy w zakresie każdego z łączy dostępowych na okres niezbędny do uruchomienia i eksploatacji urządzeń Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej.”

Dodatkowo celem urealnienia wynagrodzenia uzyskiwanego przez wykonawcę z tytułu świadczenia usług transmisji danych oraz budowy i udostępnienia niezbędnej dla tego infrastruktury, w tym kosztów zakupu niezbędnych urządzeń, zamawiający dokonał zmiany SIWZ w zakresie zwiększenia limitu opłaty instalacyjnej, w sposób sugerowany przez wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu z 2% do 10% całkowitej ceny oferty netto, co znalazło swoje odzwierciedlenie odpowiednio w zmianie treści załącznika A do formularza cenowego oraz pkt 37 rozdziału 4 IDW.

Mając powyższe na uwadze zarzut stał się nieaktualny i nie zasługiwał na uwzględnienie.

Ad 3. Odwołujący wniósł także o określenie w sposób jednoznaczny i precyzyjny terminu realizacji zamówienia odnosząc powyższe do przepisu § 16 ust. 10 umowy.

Odwołujący wskazał przy tym, że termin wykonania zamówienia ma istotne znaczenie dla sporządzenia oferty, musi być zatem określony w sposób pozwalający wykonawcom ustalić minimalny i maksymalny czasookres trwania przyszłej umowy w normalnym toku jej realizacji.

Odnosząc się do powyższego zamawiający wskazał, że zgodnie z § 16 ust. 1 Wzorca umowy, umowa będzie zawarta na czas określony tj. na okres do dnia 31 grudnia 2018 roku. Zaś przedmiot świadczenia ma być wykonany etapowo. W pierwszym etapie ma nastąpić przygotowanie i oddanie do operacyjnego użytkowania infrastruktury pozwalającej na określony umową transfer danych dla poszczególnych lokalizacji (łączy) w terminie wynikającym z postanowień § 8 Wzoru Umowy oraz rozdziału 4 OPZ, za wynagrodzeniem określonym w § 14 ust. 3.1 i 4.1 Umowy. W pozostałym okresie ma być świadczona usługa

transferu danych za wynagrodzeniem wynikającym ze stawek wskazanych w ofercie za faktycznie wykonane usługi zgodnie z procedurą określoną w § 14 ust. 3.2 i 3.3 oraz 4.2 i kolejnych Umowy.

Tym samym w ocenie zamawiającego SIWZ spełnia stawiane jej powyżej postulaty, szczególnie w świetle faktu usunięcia zmianą z dnia 31.10.2014 r. kwestionowanego przez odwołującego przepisu § 16 ust. 10 Wzoru Umowy.

Mając powyższe na uwadze zarzut stał się nieaktualny i nie zasługiwał na uwzględnienie.

IV. Podsumowanie. Poczynione zmiany w SIWZ powodują, że odwołujący nie doznaje uszczerbku w interesie, na który się powołuje.

Regulacje SIWZ nie uniemożliwiają złożenia ważnej i niepodlegającej odrzuceniu oferty, a w szczególności nie prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Zamawiający zważył przy tym, że dokonane zmiany SIWZ sprawiają, iż zarzuty, co do których zamawiający dokonał zmian SIWZ zgodnie z żądaniem odwołania, przestały być na chwilę obecną kwestią sporną pomiędzy zamawiającym a odwołującym, co w świetle przyjętej linii orzeczniczej w zakresie wykładni art. 192 ust. 2 ustawy Pzp powoduje, że powinny być pozostawione bez rozpoznania.

Na poparcie powyższego wniosku wskazał, że w wyroku z 18 marca 2011 r., sygn. akt KIO 459/11 Izba, oddalając odwołanie, uznała wprawdzie, iż „Uwzględnienie w części zarzutów odwołania przez zamawiającego należy uznać za przyznanie faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zd. 2 Prawa zamówień publicznych, jeżeli przyznanie nie budzi wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. W takim przypadku Izba upoważniona jest do odstąpienia od przeprowadzania postępowania dowodowego ze skutkiem uznania podniesionych zarzutów za potwierdzone.” Jednocześnie KIO stwierdziła, że „oddalając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny istniejący w dniu rozprawy, wynikający z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po jej modyfikacji dokonanej przez zamawiającego w dniu (...), tj. po wniesieniu przedmiotowego odwołania. Mając na uwadze art. 192 ust. 2 ustawy, Izba była zobowiązana ocenić wpływ stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania. Jedynie w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, Izba może uwzględnić odwołanie. W okolicznościach badanej sprawy, pomimo potwierdzenia w części zasadności zarzutów (...) Izba nie stwierdziła, aby miały one istotny wpływ na wynik postępowania. Dokonując takiego rozstrzygnięcia, Izba była zobowiązana uwzględnić okoliczność, iż zamawiający dokonał modyfikacji treści spornych postanowień SIWZ, a zatem na moment orzekania stwierdzone naruszenie pozostawało bez wpływu na wynik postępowania.” Podobnie w wyroku z dnia 1 lutego 2011

r. Izba orzekła: „Pogląd, że uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów odwołania powoduje, że upada możliwość uwzględnienia ich w sentencji orzeczenia. Odnosić się może jedynie do sytuacji dokonania zmiany SIWZ zgodnie z żądaniami odwołania przed zamknięciem rozprawy. Tylko w takiej sytuacji naruszenia przepisów, których dopuścił się zamawiający nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania i nakazywanie zmian, których zamawiający już dokonał jest niecelowe.” - KIO 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11.

Powyższe orzeczenia oddają w pełni intencje ustawodawcy w zakresie dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy nakazujące Izbie uwzględnienie odwołania, wyłącznie jeśli stwierdzone naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Jeśli natomiast do naruszenia przepisów doszło, jednakże zamawiający sam „naprawił” swój błąd (np. dokonał zmiany SIWZ), to orzekanie w tym przedmiocie jest niecelowe. Zatem odwołanie winno zostać oddalone. Brak zastosowania cyt. przepisu w sytuacji uwzględnienia części zarzutów przez zamawiającego przy jednoczesnej konwalidacji wadliwej czynności - dokonaniu zmiany treści SIWZ oraz publikacji zmian przed rozprawą, przy jednoczesnym braku uwzględnienia przez Izbę któregokolwiek z pozostałych zarzutów, powoduje z jednej strony bezprzedmiotowość orzekania Izby, z drugiej zaś - sytuację, w której zamawiający „wygrywa” sprawę, ale musi zapłacić koszty postępowania przed KIO.

Na marginesie odwołujący wskazał, że aktualnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie przewidują instytucji zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku wniesienia odwołania (przepisy nie obowiązującej już ustawy o zamówieniach publicznych z 1994 r. taki skutek dla postępowania wprost przewidywały). Jedyne skutki zawieszający dla postępowania o zamówienie publiczne, jaki ma złożenie odwołania, przewidziany jest dla czynności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ogłoszenia wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze przez Izbę. Zatem każda inna czynność w postępowaniu o zamówienie publiczne poza zawarciem umowy jest możliwa do podjęcia przez zamawiającego pomimo toczącego się postępowania odwoławczego. Tak więc, jeśli w toku postępowania wykonawca zaskarży w trybie odwoławczym postanowienie SIWZ, a czas na rozstrzygnięcie tych zarzutów ulegnie przesunięciu poza pierwotnie wyznaczony przez zamawiającego termin składania ofert, zamawiający - zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp - ma prawo w dalszym ciągu prowadzić to postępowanie, oceniając zasadność zarzutów odwołania i zasadność podjęcia w tym zakresie pewnego ryzyka, że w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania dotyczących postanowień SIWZ po otwarciu ofert, koniecznym będzie unieważnienie takiego

postępowania. Zamawiający może także w takiej sytuacji przesunąć termin składania ofert do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę.

Ocena powyższych działań należy do podmiotu zamawiającego, który jest odpowiedzialny za prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z powyższym nie można czynić zamawiającemu zarzutu, że w przedmiotowej sprawie nie wstrzymał się z określonymi czynnościami w postępowaniu, tj. modyfikacją SIWZ do czasu rozstrzygnięcia merytorycznego lub formalnego w przedmiocie złożonych do Izby odwołań (tak m.in. wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1684/12).

W orzecznictwie KIO dominuje stanowisko, że wykonawca ocenia, czy ze względu na całokształt warunków zamówienia, ryzyko niewywiązania się z warunków kontraktu zachodzi, jakie jest jego prawdopodobieństwo i koszt. Może je też skalkulować w cenie oferty. Warunki w tym zakresie są identyczne dla wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie. Wykonawca może tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensacje wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia. Określenie wymagań na etapie realizacji umowy, które przedkładają się jedynie na wynagrodzenie i zwiększony nakład sił oraz środków na etapie realizacji zamówienia, nie ogranicza uczestnikom postępowania możliwości samego uczestnictwa w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Obiektywna niemożność ubiegania się danego wykonawcy o zamówienie może być zrównana z wpływem na jego wynik, materializujący się zawężeniem kręgu uczestników postępowania. Zdaniem Izby zwiększone ryzyka ekonomiczne, nie muszą pozbawiać wykonawcy możliwości sporządzenia ważnej oferty. Izba stwierdziła także, że wykonawca kwestionując postanowienia wzoru umowy nie wykazał, że zawarcie umowy na warunkach określonych we wzorze umowy i wskazywanych w tym wzorze ryzykach spowoduje zawarcie nieważnej umowy, bądź też obiektywną niemożność należytego spełnienia świadczenia. (...) Tylko bowiem ustalenie wpływu na wynik postępowania stwierdzonych naruszeń może powodować jego uwzględnienie (sygn. akt KIO 2612/13). W ramach swobody umów zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach (wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r., sygn. akt XII Ga 314/11 i wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 67/08).

W związku z powyższym, w ocenie zamawiającego, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, zatem wniośł o jego oddalenie.

Wykonawcy:

- A. T-Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,
- B. Exatel S.A. z siedzibą w Warszawie,
- C. Netia S.A. z siedzibą w Warszawie,

D. GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

- zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania na rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje.

Zarządzeniem Prezesa KIO zostały połączone do łącznego rozpoznania odwołania: sygn. akt KIO 2167/14 oraz oznaczone sygn. akt KIO 2168/14, wniesione przez GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ w dniach 28 i 31 października 2014 r.

Wykonawca GTS Poland Sp. z o.o. cofnął odwołanie w dniu 31 października 2014 r., skutkiem czego Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w dniu 3 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2168/14, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

W dniu 3 listopada 2014 r. na posiedzeniu Izby odwołujący cofnął zarzuty przedstawione w odwołaniu w pkt 1 d, e oraz w pkt 3.

Po rozpoczętym posiedzeniu Izby z udziałem stron oraz obecnych wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 2167/14 w dniu 3 listopada 2014 r. i odroczeniu posiedzenia do dnia 7 listopada 2014 r., wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, cofnął zgłoszenie przystąpienia, wnosząc pismo do Prezesa Izby w dniu 6 listopada 2014 r.

Na posiedzeniu w dniu 7 listopada 2014 r. Izba uznała, że skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego następujący wykonawcy:

A. T-Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,

B. Exatel S.A. z siedzibą w Warszawie,

D. GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

- uzyskując status uczestników postępowania odwoławczego.

Wykonawca GTS Poland Sp. z o.o., poza zgłoszeniem przystąpienia, nie brał udziału w posiedzeniach i rozprawie prowadzonych przez Izbę.

Wykonawca T-Systems Polska Sp. z o.o., obecny w dniu 7 listopada 2014 r., po przedstawieniu przez odwołującego stanowiska na rozprawie, w czasie zarządzonej przerwy, opuścił siedzibę Izby nie biorąc dalszego udziału w rozprawie.

Poza stronami, uczestniczył w całości rozprawy w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego po stronie odwołującego składając wyjaśnienia, jedynie wykonawca Exatel S.A., zwany w skrócie „przystępującym”.

Na rozprawie w dniu 7 listopada 2014 r. odwołujący cofnął zarzut przedstawiony w odwołaniu w pkt 4.

Izba rozpoznała na rozprawie zarzuty oznaczone w odwołaniu jako pkt 1 a, b, c oraz pkt 2.

W zakresie objętym rozpoznaniem odwołania, Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi *„Zakup usług transmisji danych sieci WAN na potrzeby Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej oraz monitoringu wizyjnego”*, zamawiający przeprowadził w dniach 28, 30 i 31 lipca 2014 r. dialog techniczny, o którym stanowią przepisy art. 31a ustawy Pzp.

W dialogu uczestniczyli wykonawcy: Exatel S.A., GTS Poland, Netia, Orange, Plus Polkomtel, TK Telekom.

„Dialog techniczny wpłynął na:

- dobór technologii łączy transmisji danych w odniesieniu do wymagań zamawiającego w zakresie parametrów SLA oraz QoS;*
- harmonogram realizacji umowy uwzględniający okres zimowy z przeznaczeniem na prace związane z przygotowaniem projektów technicznych oraz organizacji pracy związanej z realizacją umowy;*
- wprowadzenie do OPZ zapisów regulujących sprawy własności urządzeń oraz infrastruktury kablowej służącej do realizacji usługi;*
- wprowadzenie do OPZ zapisów regulujących zakresy odpowiedzialności wykonawcy, zamawiającego oraz inżyniera kontraktu;*
- precyzyjne zapisy dotyczące zagadnień związanych z zasilaniem w energię elektryczną urządzeń końcowych wykonawcy”*
- na podstawie druku ZP-PN, pole 6 protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego.*

Przedmiotem zamówienia jest - pkt 2. 2.1 SIWZ:

„Usługa transmisji danych IP VPN MPLS dla wskazanych w załączniku nr 1 lokalizacji zamawiającego świadczona na bazie:

- Sieci szkieletowej IP VPN MPLS wykonawcy,
- Łączy dostępowych wykonawcy (własnych lub pozyskanych),
- Urządzeń końcowych (routerów) ISP-CE.

Wymagane jest, aby sieć WAN objęła swoim zasięgiem wszystkie lokalizacje wyspecyfikowane w załączniku nr 1 tj.:

- 763 lokalizacji typu dworzec kolejowy, stacja kolejowa lub kolejowy przystanek osobowy,
- 60 lokalizacji Centrum Monitoringu,
- 2 lokalizacje stanowiące centra przetwarzania danych (podstawowe i zapasowe).

Zamawiający wymaga, aby wykonawca był gotowy do świadczenia usługi transmisji danych w pełnej funkcjonalności we wszystkich wskazanych lokalizacjach najpóźniej w okresie od 1 października 2015 r. do 31 grudnia 2018 r.”

Zmiana treści SIWZ w dniach - 28 października 2014 r.(zmiana I) i 31 października 2014 r. (zmiana II) została dokonana na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

Na rozprawie w dniu 7 listopada 2104 r. odwołujący złożył pismo datowane 6 listopada 2014 r. - Pytania i odpowiedzi część I.

Z odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ, udzielonych na podstawie art. 38 ust. 1 Pzp i udostępnionych wykonawcom na podstawie ust. 2 tego artykułu, wynika, że: zamawiający przedstawił 111 pytań zadanych przez wykonawców, z tego - jak oświadczył na rozprawie - część pytań wniesiono po upływie ustawowego terminu (7). Spośród wniesionych w terminie, zamawiający udzielił odpowiedzi na około 82 pytania, pozostałe około 22 pytania przedstawił z informacją o udzieleniu wyjaśnień w terminie późniejszym (na rozprawie wyjaśnił, że odpowiedzi zostaną udzielone najpóźniej w dniu 12 listopada 2014 r.).

W piśmie (odpowiedziach na pytania) zamawiający wskazał, że „Pozostałe zapisy SIWZ nie ulegają zmianie, a wprowadzone zmiany należy traktować jako jedynie obowiązujące.”

Jednocześnie zamawiający zamieścił w tym piśmie informację o zmianie terminu składania ofert na dzień 19.11. 2014 r. do godz. 10:00.

Oceniając materiał dowodowy Izba uznała, że odwołujący spełnia przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniające go do wniesienia odwołania, kwestionującego postanowienia SIWZ w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy - art. 39 Pzp.

Odwołanie, rozpoznane w granicach podtrzymanych zarzutów, z uwzględnieniem kontradyktoryjności prowadzonego postępowania dowodowego, podlega uwzględnieniu

w związku z uznaniem za zasadny jednego z czterech zarzutów, do których odwołujący ograniczył odwołanie - zarzutu przedstawionego w pkt 2 odwołania, dotyczącego terminu składania ofert.

Ad 1. Naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. a) nie wskazanie danych dotyczących poszczególnych lokalizacji; b) nie określenie sposobu doprowadzenia zasilania do instalacji zamawiającego; c) nie określenie odpowiedzialności za infrastrukturę od momentu jej zbudowania do momentu odbioru.

Przepis art. 29 ust. 1 Pzp stanowi: 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.

Wynikiem przeprowadzonego dialogu technicznego w celu uzyskania doradztwa lub informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania m.in. opisu przedmiotu zamówienia, opisu SIWZ oraz określenia warunków umowy, były ustalenia zamieszczone w polu 5 protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, m.in. zamieszczenie w OPZ postanowień regulujących sprawę własności urządzeń oraz infrastruktury kablowej służącej do realizacji usługi, postanowień regulujących zakresy odpowiedzialności wykonawcy, zamawiającego i inżyniera kontraktu, a także opisy dotyczące zagadnień związanych z zasilaniem w energię elektryczną urządzeń końcowych wykonawcy.

SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 8 października 2014 r. Zamawiający zmieniając dwukrotnie treść SIWZ w granicach przysługujących mu uprawnień wynikających z art. 38 ust. 4 Pzp oraz udzielając wyjaśnień na znaczną część pytań dotyczących treści SIWZ na podstawie art. 38 ust. 1 i 2 Pzp, doprecyzował i wyjaśnił kwestie podniesione w odwołaniu. Domniemanym skutkiem wskazanych czynności zamawiającego było cofnięcie odwołania przez innego wykonawcę i odstąpienie od części zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez odwołującego oraz cofnięcie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przez jednego z wykonawców i zaniechanie udziału w postępowaniu przez innych wykonawców zgłaszających przystąpienia.

Odwołujący złożył na rozprawie do akt: 9-stronnicowe opracowanie dotyczące 9 przystanków osobowych publicznych wybranych z Wykazu stanowiącego załącznik nr 1,

przedstawiające mapy satelitarne przystanków - wydruk z Internetu na podstawie satelitarnej mapy Google oraz 10-stronnicowe opracowanie w języku angielskim z 3-stronnicowym tekstem przetłumaczonym na język polski - opracowanie z września 2008 r. pod tytułem „Globalny system pozycjonowania, standardowa usługa lokalizacyjna, normy wydajności” Departamentu Obrony Stanów Zjednoczonych. Złożone dowody miały stanowić potwierdzenie, że współrzędne geograficzne podane w kolumnach 8 i 9 Wykazu lokalizacji nie wskazują dokładnie miejsca złączenia łączy. Natomiast z opracowania Departamentu Obrony Stanów Zjednoczonych wynika (str. 12 - tabela 3.4 - 1 standard doskonałości SIS), że z zastosowaniem tego urządzenia można uzyskać najlepszą dokładność pomiaru na odległość 6 m.

Zamawiający wyjaśnił, że w kolumnach 8 i 9 Wykazu lokalizacji zamieścił na wniosek wykonawców biorących udział w dialogu technicznym współrzędne geograficzne, które w niewątpliwy sposób pozwalają na rozróżnienie poszczególnych lokalizacji (jednoznaczne wskazanie lokalizacji - osi stacji kolejowej). Oznaczenie P i D wskazuje miejsce zakończenia łączy, natomiast wybór miejsca na peronie lub peronu spośród peronów oraz dworca kolejowego, należy do wykonawcy.

Izba uznała za przekonujące uzasadnienie zamawiającego, że nie wskazał dokładnego miejsca zakończenia łączy, gdyż *„(...) nie zna specyfiki działania poszczególnych urządzeń lub technologii możliwych do wykorzystania przez wykonawcę. W trakcie dialogu technicznego operatorzy stwierdzili, że będą w większości przypadków wykorzystywać technologię radiową, natomiast zamawiający nie posiada wiedzy jaki wpływ na działanie usługi transmisji danych mogą mieć instalacje znajdujące się na obiekcie (np. sieć trakcyjna) lub zjawiska występujące na sieci kolejowej np. zaburzenia radioelektryczne wytwarzane przez pojazdy trakcyjne. Zamawiający mając powyższe na uwadze wskazał, że pragnie uniknąć sytuacji mogących skutkować nie odebraniem przedmiotu zamówienia ze względu na nie dotrzymanie parametrów SLA sieci WAN. Infrastruktura jaka znajduje się w każdej lokalizacji nie ma znaczenia ponieważ wykonawca musi wykonać własną zgodnie z wymaganiami OPZ (...) Zamawiający informuje natomiast, że udostępni bezpłatnie posiadane wolne zasoby kanalizacji teletechnicznej pod warunkiem ich wykorzystania tylko i wyłącznie dla potrzeb realizacji omawianego postępowania przetargowego przez cały okres ich wykorzystania.”*

Na uwagę zasługuje też, że zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ przez nadanie nowego brzmienia przepisowi § 5 ust. 5 Wzoru umowy - określając dopuszczalność realizacji łączy dostępowych w technologii radiowej punkt-punkt lub punkt-wielopunkt (wyłącznie w paśmie koncesjonowanym, przy zastrzeżeniu spełnienia przez ww. łączy radiowe

gwarantowanej rezerwacji pasma oraz parametrów SLA określonych w załączniku nr 3 do umowy).

Zmiana § 5 Wzoru umowy przez dodanie ust. 9 wskazuje udostępnienie bezpłatnie posiadanych wolnych zasobów kanalizacji teletechnicznej pod warunkiem ich wykorzystania tylko i wyłącznie dla potrzeb realizacji mowy przez cały okres ich wykorzystania.

W dodanym w wyniku zmiany SIWZ pkt 26a OPZ zamawiający przedstawił elementy infrastruktury kolejowej objęte ochroną konserwatorską. W pkt 26b przedstawił kwestie własnościowe obiektów wskazując sposób ich udostępnienia wykonawcy.

Opisy dodane w pkt 26a i 26b wskazują, że spośród 825 lokalizacji, 682 nie jest objętych nadzorem konserwatora zabytków. Wykaz pozostałych lokalizacji został przedstawiony w załączniku nr 1a do OPZ stanowiącym uzupełnienie Wykazu lokalizacji. Zamawiający wskazał budynki i budowle wpisane do rejestru zabytków w obrębie obiektu kolejowego, z czego w 84 lokalizacjach ochroną objęte są elementy infrastruktury kolejowej takie jak nastawnie, wiaty, wieże ciśnień, tunele, parowozownie itp. Zamawiający stwierdził, że nie ingerując w sposób wykonania instalacji urządzeń i technologii przyjętej przez wykonawcę, dopuścił w przypadku wykorzystywania chronionych elementów infrastruktury, możliwość zastosowania nieinwazyjnego sposobu montażu urządzeń końcowych. Obiekty w podanych 825 lokalizacjach objętych zamówieniem, niebędące własnością zamawiającego zarządzane są przez PKP S.A., zostaną udostępnione wykonawcy na podstawie umowy pomiędzy PKP Polskie Unie Kolejowe S.A., a spółką PKP S.A.

Istotną kwestią w tym zakresie jest podkreślenie, że przedmiotem zamówienia jest usługa transmisji danych (...), świadczona na bazie infrastruktury wykonawcy własnej lub pozyskanej. Obowiązek przygotowania i dysponowania infrastrukturą służącą do wykonywania transmisji danych obciąża wykonawców. Zamawiający zalecił wykonawcom w pkt 26 SIWZ, odsyłając do tego postanowienia również w wyjaśnieniach treści SIWZ, odwiedzenie i sprawdzenie miejsca wykonania usługi oraz jego otoczenia w celu oceny, na własną odpowiedzialność, kosztów, ryzyka oraz czynników koniecznych do przygotowania ofert i podpisania umowy. Wskazał przy tym, że wizja lokalna nie będzie organizowana przez zamawiającego. W celu uzyskania zezwoleń na wejście na teren kolejowy, zobowiązał wykonawcę do zgłoszenia wizji przedstawicielowi zamawiającego, podając imiona i nazwiska dwóch osób wyznaczonych do kontaktów, wskazując ich siedziby, numery telefonów oraz adresy mailowe.

Zatem, zamawiający wskazał elementy przedstawione przez odwołującego w żądaniach dotyczących pkt 1a odwołania, w zakresie niezbędnym do przygotowania oferty, z uwzględnieniem pkt 26 SIWZ (ustalenia dokonane przez wykonawców).

Zamawiający podkreślił, że mając na uwadze złożoność przedmiotu zamówienia, przeprowadził dialog konkurencyjny z udziałem potencjalnych wykonawców, w wyniku wniesionych odwołań dokonał zmiany SIWZ, zobowiązał się do udzielenia dalszych wyjaśnień treści SIWZ, oferując wykonawcom wszelkie posiadane dane.

Niezadowolenie wykonawcy z przyjętych rozwiązań logistycznych związanych z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia w granicach decyzyjności zamawiającego, w sposób odmienny niż wnioskuje wykonawca, nie stanowi uprawnień wykonawcy do ingerencji w tym zakresie.

Przystępujący nie przedstawił stanowiska w tym zarzucie.

Reasumując, Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, iż przez nie zawarcie dokładnego opisu poszczególnych lokalizacji, nie może przygotować oferty. Uwzględniając specyfikę i złożoność przedmiotu zamówienia miał już określoną wiedzę na temat zamówienia uzyskaną w toku dialogu technicznego - był, podobnie jak przystępujący, uczestnikiem dialogu technicznego, w toku którego zamawiający przedstawił wykonawcom lokalizacje obiektów kolejowych (2200), wykonawcy zaś wnieśli o wskazanie w SIWZ współrzędnych geograficznych oraz potrzebę wyznaczenia 90 dniowego terminu na przygotowanie i złożenie ofert dla 2200 lokalizacji (okoliczności nie podważone przez odwołującego i przystępującego - uczestników dialogu technicznego). Nie zwracał się z pytaniami dotyczącymi postanowień SIWZ (wyjątek stanowi wskazane na rozprawie pytanie 69), oświadczył, że w pytaniach nie wystąpił też problem pomiaru miejsc, w którym mają być zakończone złącza.

Podniesione w odwołaniu kwestie: czy dany budynek jest zabytkiem - jeśli tak, to brak jest informacji na temat zakresu prac dopuszczonych przez konserwatora zabytków, jak również informacji, czy zamawiający jest administratorem budynku, w przypadku budynków, których administratorem nie jest zamawiający, brak jest informacji na temat wymaganych uzgodnień i pozwoleń ze strony właściciela; nadto, brak informacji, czy budynek jest objęty gwarancją inwestycyjną na prace budowlane (dachy i elewacje) - jeśli tak, czy dozwolone są prace instalacyjne bez utraty takiej gwarancji

- rzutujące, zgodnie ze stanowiskiem odwołującego, na możliwość skalkulowania ceny oferty i przede wszystkim na samą wykonalność doprowadzenia infrastruktury do poszczególnych lokalizacji, w wyniku zmiany SIWZ oraz udzielonych wyjaśnień, powinny czynić zadość żądaniom.

W ocenie Izby, zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad 1 lit. b. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, niepopartego w odwołaniu uzasadnieniem, o wewnętrznej sprzeczności postanowienia zamieszczonego w § 5 ust. 3 pkt 3.3 projektu umowy.

Przystępujący, przychylając się do stanowisko odwołującego, złożył na rozprawie do akt ofertę cenową ewentualnego podwykonawcy, utajnioną w trybie § 23 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań oraz 1-stronnicowy wykaz 5 przykładowych postępowań o udzielenie zamówień publicznych o podobnym charakterze, prowadzonych bądź przeprowadzonych w latach 2013-2014. Oferta miała stanowić potwierdzenie, że długość zasilania (kabla) ma znaczenie dla szacowania kosztów oferty.

Natomiast zestawienie innych postępowań wskazywało, według oświadczenia przystępującego, że zapewnienie zasilania w przedstawionych postępowaniach nie leżało po stronie wykonawcy, co nie ma znaczenia wobec innego opisu przedmiotu zamówienia w ocenianym postępowaniu.

Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, że z przywołanego postanowienia umownego wynika, iż linia zasilająca urządzenie ma być podłączona do sieci elektroenergetycznej w miejscu wskazanym przez zamawiającego w sposób dowolny, co może sugerować każdą odległość, nawet 20 km.

Postanowienie § 5 ust. 3 pkt 3.3 projektu umowy stanowi: *„Wymagane jest, aby Wykonawca doprowadził i udostępnił odpowiednie łącze dostępowe w każdej lokalizacji wskazanej w Załączniku nr 1 do Umowy. W szczególności Wykonawca zapewnia: (...) 3.3 Wykonanie linii zasilającej Urządzenia Końcowe od miejsca przyłączenia do sieci elektroenergetycznej wskazanego przez Zamawiającego, wraz z dostosowaniem szaf zasilająco-rozdziałczych zgodnie z przepisami w tym zakresie.”*

Izba uznała za zasadne stanowisko zamawiającego, że z treści § 5 ust. 3 pkt 3.3 wynika, iż wykonawcę obciąża obowiązek wykonania linii zasilającej urządzenia końcowe, natomiast punkt sieci elektroenergetycznej, do której może być podłączone zasilanie urządzeń końcowych, wskaże zamawiający. Treść kwestionowanego postanowienia umownego należy odczytywać łącznie z postanowieniami rozdziału 4 pkt 29 OPZ, w którym zamawiający zobowiązał się zapewnić przydział mocy w lokalizacjach - dworzec, stacja lub przystanek osobowy na zasilanie urządzeń końcowych wykonawcy w limicie 500W (dla każdej lokalizacji). W pkt 30 tego rozdziału zamawiający wskazał, że będzie ponosił koszty zużytej energii elektrycznej przez wykorzystywane urządzenia końcowe wykonawcy przyłączone do punktu poboru energii elektrycznej zamawiającego. Zatem koszt połączeń, w szczególności przedstawionych przez przystępującego przez porównanie długości kabla oraz złożony utajniony dowód, oznacza w istocie znikomą wartość w cenie oferty. Z opisu zamieszczonego w rozdziale 4 pkt 31 OPZ wynika, że projekty wykonawcze infrastruktury transmisyjnej oraz instalacji i urządzeń zasilania elektroenergetycznego, muszą być przez wykonawcę przekazywane sukcesywnie do uzgodnień do Inżyniera Kontraktu najpóźniej w ciągu 75 dni kalendarzowych od daty podpisania umowy.

W przedmiocie wskazanego na rozprawie pkt 18.4 w rozdziale 4 OPZ, treść tego punktu koresponduje z wymaganiami dotyczącymi zasilania elektroenergetycznego z tym, że wykonawca ma dowolność w zakresie umiejscowienia zakończenia łącza w poszczególnych lokalizacjach z wykorzystaniem maksymalnej długości kabla - 25 m bieżących.

Na podstawie powyższego Izba uznała niezasadność zarzutu.

Ad 1 lit. c. Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut, że z treści § 5 ust. 7 pkt 7.3 projektu umowy wynika, iż zamawiający nie określił, kto będzie odpowiedzialny za infrastrukturę niezbędną do świadczenia usług od momentu, gdy zostanie ona stworzona na terenie danej lokalizacji, do momentu jej odbioru przez zamawiającego.

Treść § 5 ust. 7 Projektu umowy brzmi - *„Do Infrastruktury Wykonawcy udostępnionej Zamawiającemu w ramach realizacji Umowy zastosowanie znajdą następujące postanowienia: (...) 7.3. Zamawiający ponosi odpowiedzialność przewidzianą przepisami prawa, za wyrządzone ze swojej winy szkody w postaci zniszczenia infrastruktury Wykonawcy od momentu jej uruchomienia produkcyjnego”*.

Powyższe wskazuje, że określono odpowiedzialność zamawiającego w zakresie Infrastruktury wykonawcy od momentu produkcyjnego uruchomienia systemu na zasadzie winy. Tym samym do czasu uruchomienia produkcyjnego odpowiedzialność za własną infrastrukturę ponosi wykonawca w pełnym zakresie. Przyjęta we wskazanym paragrafie konstrukcja odpowiedzialności za infrastrukturę, wbrew twierdzeniom odwołującego, potwierdza niezasadność zarzutu.

Ad 2. Naruszenie art. 7, art. 29 ust. 1 oraz art. 43 ust. 1 i 2 Pzp przez wskazanie zbyt krótkiego terminu składania ofert, szczególnie jeżeli uwzględni się fakt, że zamawiający nie opisał stanu infrastruktury w poszczególnych lokalizacjach.

Izba uznała za zasadne kwestionowanie terminu składania ofert ustalonego jako terminu 41-dniowego, a więc o jeden dzień dłuższego od minimalnego wynikającego z art. 43 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Zgodnie z art. 43 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty. W postępowaniach, których wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, termin składania ofert nie może być krótszy niż: 40 dni - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie (ust. 2 pkt 1).

Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu w dniu 3 października 2014 r., termin składania ofert wyznaczył na 13 listopada 2014 r., ustalając 41-dniowy termin na przygotowanie i złożenie oferty, a więc termin dłuższy niż minimalny - 40 dni, o 1 dzień.

Zamawiający odpierając zarzut podkreślił, że termin na złożenie ofert realizuje wymagania ustawowe przepisu art. 43 ustawy Pzp i w jego ocenie, już choćby z tego powodu nie jest zbyt krótki.

Dodatkowo zauważył, że odwołanie oraz drugie jakie wpłynęło w postępowaniu, pochodzi od dwóch spośród kilku wykonawców zaangażowanych w dialog techniczny, którzy to wykonawcy wskazywali jako odpowiedni do złożenia oferty termin 90 dniowy dla ponad 2200 lokalizacji podczas, gdy przedmiot zamówienia obejmuje nieznacznie ponad 700.

Zamawiający dokonał dwukrotnie zmiany treści SIWZ oraz udzielił kilkudziesięciu wyjaśnień na zapytania wykonawców, deklarując dalsze udzielanie wyjaśnień. Przedłużony termin składania ofert do dnia 19 listopada 2014 r., w wyniku zmiany dokonanej pismem z dnia 6 listopada 2014 r., w konsekwencji ustalony został jako 47 dniowy termin.

Wniosek odwołującego, przedstawiony w odwołaniu o nakazanie zamawiającemu wydłużenia terminu składania ofert do 90 dni, został zmodyfikowany na rozprawie. Odwołujący wniósł o przedłużenie terminu o 30 dni licząc od dnia rozprawy, tj. 7 listopada 2014 r. i ostatecznie wskazał termin 30 dni liczony od dnia następnego po upływie terminu składania ofert, przedłużonego do dnia 19 listopada 2014 r., a więc o nakazanie ustalenia upływu terminu składania ofert w dniu 19 grudnia 2014 r.

Mając na względzie charakter zamówienia, Izba uznała, że ustalony termin składania ofert, nie może być uznany za spełniający kryteria terminu „niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty”, w rozumieniu art. 43 ust. 1 ustawy Pzp. Zamówienie dotyczy doprowadzenia sieci WAN do 825 lokalizacji, które zgodnie z zaleceniem zamieszczonym w pkt 26.1 SIWZ, wykonawca powinien odwiedzić i sprawdzić miejsca wykonywania usługi.

W odwołaniu i na rozprawie podniesiono niezbędność przeprowadzenia oględzin stanu infrastruktury zamawiającego w jego budynkach. Odwołujący wskazał też konieczność przeprowadzenia audytu stanu swojej infrastruktury.

Zamawiający obowiązany jest w warunkach konkretnego postępowania, uwzględniać w szczególności opis przedmiotu zamówienia i jego złożoność oraz rozmiar, a także uwzględniać czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty przez każdego z wykonawców, zapewniając tym samym realną oraz uczciwą konkurencję w postępowaniu,

wymaganą art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe potwierdza również art. 38 Dyrektywy 2004/18/WE zgodnie z którym (ust. 1) podczas ustalania terminów składania ofert instytucje zamawiające uwzględniają w szczególności złożoność zamówienia oraz czas wymagany do sporządzenia ofert, z zastrzeżeniem terminów minimalnych. Zatem, uwzględniając systematykę art. 38 Dyrektywy 2004/18/WE oraz ogólny charakter wytycznych zawartych w jego ust. 1 podkreślenia wymaga, że zasadą zarówno na gruncie unijnego jak i polskiego Prawa zamówień publicznych jest ustalanie terminów składania ofert z uwzględnieniem specyfiki zamówienia, a nie terminów minimalnych lub zbliżonych do minimalnych (wyrok z dnia 27 września 2013 r., sygn. akt KIO 2188/13).

Przy uznaniu zasadności chociażby jednego zarzutu odwołania, odwołanie podlega uwzględnieniu. Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp - termin składania ofert uniemożliwiający dokonanie zmian w ofertach, może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba podkreśla, że opisanie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, warunków realizacji oraz terminów związanych z realizacją zamówienia, jest uprawnieniem zamawiającego podlegającym kontroli m.in. wykonawców w trybie zaskarżania czynności czy zaniechania w granicach środków ochrony prawnej.

Jednakże nakazanie przedłużenia terminu składania ofert na żądanie wykonawcy przez określenie konkretnej daty, jest naruszeniem tych uprawnień.

Mając powyższe na uwadze, wobec dokonanych zmian SIWZ i trwających czynności udzielania wyjaśnień treści SIWZ, Izba uwzględniła odwołanie i uznała za zasadne nakazanie zamawiającemu przedłużenia terminu składania ofert jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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), zasądzając na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Przewodniczący: