

Sygn. akt KIO 479/16

Sygn. akt KIO 480/16

WYROK

z dnia 25 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 14 i 18 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2016 r. przez wykonawców:

- 1. Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa;**
- 2. T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Usług Wspólnych IGB, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

- 1. T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa – sygn. akt KIO 479/16;**
- 2. Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa – sygn. akt KIO 480/16;**

orzeka:

- 1. oddala odwołania;**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców: 1. Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa; 2. T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: 1. Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa; 2. T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa – tytułem wpisów od odwołań,**
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa na rzecz zamawiającego: Centrum Usług Wspólnych IGB, ul. Powsińska 69/71, 02-903**

Warszawa kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3. zasądza od wykonawcy: T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa na rzecz zamawiającego: Centrum Usług Wspólnych IGB, ul. Powińska 69/71, 02-903 Warszawa kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 479/16

Sygn. akt KIO 480/16

Uzasadnienie

I. Zamawiający – Centrum Usług Wspólnych IGB z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa telefonii stacjonarnej dla Jednostek Administracji Państwowej”, numer 2016/3, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp”, „Pzp” lub „ustawą”.

Ogłoszenie o zamówieniu (usługi) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 marca 2016 r., pod numerem 2016/S 057-096421.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, zwana dalej „SIWZ”, została udostępniona na stronie internetowej zamawiającego od dnia 22 marca 2016 r.

W dniu 1 kwietnia 2016 r. wykonawcy: Netia S.A. i T-Mobile Polska S.A. – z siedzibami w Warszawie, zwani dalej „odwołującymi”, wnieśli odwołania wobec postanowień SIWZ (Netia S.A.) i wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ (T-Mobile Polska S.A.).

Zamawiający zmienił postanowienia SIWZ w dniach 13 i 18 kwietnia 2016 r. Odwołujący cofnęli zarzuty, żądania i odpowiednie części uzasadnień odwołań.

Odwołujący: Netia S.A. – sygn. akt KIO 479/16 (*zarzuty i żądania podtrzymane na rozprawie – numeracja jak w odwołaniu*).

Zarzuty. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2 przez określenie w rozdziale II pkt II SIWZ terminu uruchomienia usługi w sposób niejasny i nieprecyzyjny, a dodatkowo rażąco naruszający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców przez uprzywilejowanie dotychczasowego dostawcy usług;
2. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2 przez zastrzeżenie w § 3 pkt 4 umowy (załącznik nr 5 do SIWZ), terminu na przedłożenie harmonogramu prac uruchomieniowych oraz dokumentacji formalno-technicznej uruchomienia łączy, w sposób niejasny i nieprecyzyjny, a dodatkowo rażąco naruszający uczciwą konkurencję przez uprzywilejowanie dotychczasowego dostawcy usług;
4. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 przez określenie w rozdziale VIII pkt III ppkt 2 SIWZ maksymalnego czasu na usunięcie usterki oraz ustalenie zasad oceny ofert wg kryterium – Czasu usunięcia usterek/awarii – w sposób naruszający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji powodujący uprzywilejowanie dotychczasowego dostawcy usług;

5. art. 29 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 przez zastrzeżenie w rozdziale II pkt I ppkt 4 SIWZ oraz § 3 pkt 3 umowy, możliwości zmniejszenia i zwiększenia ilości poszczególnych usług, w tym zmiany ilości łączy, co uniemożliwia wykonawcom należytą wycenę zamówienia;
8. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 przez określenie w pkt 11 załącznika nr 6 do SIWZ, że świadczenie usług telekomunikacyjnych ma nastąpić wyłącznie przy wykorzystaniu istniejącej (dotychczas wykorzystywanej) infrastruktury, co powoduje uprzywilejowanie dotychczasowego dostawcy usług.

Żądania. Odwołujący wniósł o uwzględnienia odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ przez zmianę jej opisów w następujący sposób:

1. określenie w rozdziale II pkt II SIWZ terminu uruchomienia usług wynoszącego 4 miesiące od dnia zawarcia umowy oraz usunięcie lub doprecyzowanie przesłanek uprawniających Zamawiającego do przesunięcia terminu świadczenia usług wraz ze wskazaniem maksymalnego czasu o jaki świadczenie usług może być przesunięte oraz zastrzeżeniem odpowiedniego terminu (wynoszącego co najmniej 60 dni od dnia powiadomienia o nowym terminie świadczenia usług) na zestawienie łączy;
2. zastrzeżenie w § 3 pkt 4 umowy (załącznik nr 5 do SIWZ), terminu na przedłożenie Zamawiającemu harmonogramu prac uruchomieniowych oraz dokumentacji formalno-technicznej uruchomienia przyłączy wynoszącego 21 dni od dnia podpisania umowy, przy założeniu, że termin uruchomienia łączy wyniesienie 4 miesiące od dnia podpisania umowy;
4. określenie w rozdziale VIII pkt III ppkt 2 SIWZ zasad oceny ofert wg ustalonego kryterium – Czasu usunięcia usterek/awarii w następujący sposób:
 - > za zadeklarowane usunięcie usterek/awarii w czasie do 26 godzin – 4 pkt,
 - > za zadeklarowane usunięcie usterek/awarii w czasie powyżej 26 godzin – 0 pkt;
5. doprecyzowania w rozdziale II pkt I ppkt 4 SIWZ oraz § 3 pkt 3 umowy, zasad zmniejszenia i zwiększania wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ilościowej usług stanowiących przedmiot zamówienia, z uwzględnieniem zapłaty stosownego wynagrodzenia za zwiększenie zakresu świadczonych usług przez wykonawcę;
8. usunięcia treści pkt 11 z załącznika nr 6 do SIWZ.

Uzasadnienie.

II. Wstęp – zarzuty. W postępowaniu o udzielenie zamówienia wadliwe i niejednoznaczne postanowienia SIWZ utrudniają lub też uniemożliwiają złożenie oferty przez podmioty zainteresowane realizacją zamówienia i zdolne do jego wykonania. Dokumentacja postępowania zawiera zasadnicze błędy uniemożliwiające sporządzenie oferty, w tym należyte oszacowanie wynagrodzenia. Wiele wymogów SIWZ zostało skonstruowanych w taki sposób, który znacząco utrudnia, a w niektórych wypadkach uniemożliwia złożenie oferty przez niemal wszystkich doświadczonych operatorów

telekomunikacyjnych – za wyjątkiem dotychczasowego dostawcy usług telekomunikacyjnych na rzecz Zamawiającego.

Zamawiający całkowicie ignoruje istniejące realia rynkowe usług telekomunikacyjnych, nie bierze pod uwagę jego specyficznych uwarunkowań i właściwości. W konsekwencji szereg opisów SIWZ dotyczących różnych aspektów realizacji przedmiotu zamówienia, począwszy od przyjętych kryteriów oceny ofert, terminu uruchomienia usług, wymagań dotyczących sposobu realizacji zamówienia, a skończywszy na szczególnych funkcjonalnościach zamawianych usług, jest skonstruowanych w taki sposób, by finalnie przedmiotowe zamówienie pozyskał wyłącznie obecny usługodawca Zamawiającego.

Większość zarzutów podniesionych w odwołaniu stanowiła przedmiot odwołania w sprawie sygn. akt KIO 471/14, które zostało w całości uznane przez Zamawiającego – dowód: akta sprawy KIO 471/14 (odwołanie NETIA S.A. z dnia 10 marca 2014 r., pismo Zamawiającego z dnia 19 marca 2014 r., postanowienie KIO z dnia 20 marca 2014 r.).

III. Termin rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Przedmiotem postępowania jest wykonywanie usług telekomunikacyjnych dla 86 jednostek administracji rządowej. Przedmiot zamówienia obejmuje dostarczenie łączy telekomunikacyjnych do kilkuset lokalizacji na terenie całego kraju. Zamówienie charakteryzuje się wyjątkowym rozmiarem i stopniem skomplikowania (poza wielością lokalizacji, cechuje je także różnorodność wykorzystywanych typów łączy transmisyjnych).

Co do zasady, w przypadku usług telekomunikacyjnych jedną z kluczowych decyzji Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, jest wyznaczenie odpowiedniego terminu na rozpoczęcie wykonywania świadczeń. Regułą jest, że wykonawcy najpierw ponoszą zasadnicze koszty przygotowania się do świadczenia usługi (okres projektowania i budowania nowej infrastruktury lub pozyskanie istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej od obcych operatorów), a następnie przystępują do wykonywania „właściwych” usług telekomunikacyjnych. Warunkiem złożenia oferty postępowaniu jest pewność, że przedsiębiorca telekomunikacyjny będzie dysponował niezbędnym, minimalnym czasem na wybudowanie własnej infrastruktury lub pozyskanie jej od innych operatorów. Wykonawcy przygotowując ofertę muszą w sposób jednoznaczny ocenić w jakim czasie (liczonym w dniach od zawarcia umowy) będą mogli przygotować się do wykonywania świadczeń na rzecz Zamawiającego.

W tym postępowaniu termin uruchomienia usługi został oznaczony nieprecyzyjnie i niejednoznacznie, co uniemożliwia wykonawcom należyte skalkulowanie usługi. Dodatkowo termin ten dla większości zamawianych usług jest rażąco krótki, a zatem niemożliwy do zachowania. Jego wyznaczenie preferuje obecnego usługodawcę i stawia go w pozycji uprzywilejowanej względem pozostałych wykonawców.

Zgodnie z rozdziałem II pkt II SIWZ zamówienie będzie realizowane w okresie od dnia zawarcia umowy do dnia 30 listopada 2017 r. z zastrzeżeniem, że realizacja usługi na podstawie zawartej umowy nastąpi nie wcześniej niż po wygaśnięciu aktualnie zaciągniętych przez Jednostki zobowiązań.

Terminy wygaśnięcia obowiązujących umów dla różnych lokalizacji objętych umową zawiera załącznik nr 7 do SIWZ. Zdecydowana większość terminów wygaśnięcia dotychczasowych umów to dzień 31.05.2016 r., co oznacza, że Zamawiający planuje rozpoczęcie usług w odniesieniu do większości lokalizacji z dniem 01.06.2016 r.

Zachowanie tego terminu jest obiektywnie niemożliwe. Termin składania ofert wyznaczony został na dzień 12.04.2016 r. (termin ten najpewniej ulegnie przesunięciu z uwagi na złożenie przedmiotowego odwołania). Dodatkowo, termin związania ofertą wynosi 60 dni i może zostać przedłużony o kolejne 60 dni. Jednocześnie nie można wykluczyć, że po wyborze oferty zostanie złożone odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na czynności oceny i wyboru oferty, co dodatkowo przesunie w czasie podpisanie umowy. Wydaje się zatem wysoce nieprawdopodobnym, by zawarcie umowy mogło nastąpić przed dniem 01.06.2016 r.

Powyższe oznacza, że wykonawca będzie zobligowany do rozpoczęcia świadczenia usług natychmiast po zawarciu umowy.

W pkt III ppkt 15 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 6 do SIWZ), Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek przedstawienia i uzgodnienia w terminie 14 dni przed planowanym terminem uruchomienia usługi: (i) pisemnego harmonogramu prac uruchomieniowych, (ii) dokumentacji formalno-technicznej uruchomienia przyłączy oraz (iii) informacji na temat stanu zaawansowania wdrożenia usług.

Skoro terminem uruchomienia usługi w przypadku przeważającej części lokalizacji jest dzień 01.06.2016 r., to termin na złożenie harmonogramu, dokumentacji formalno-technicznej oraz informacji na temat stanu zaawansowania wdrożenia usług, przypada na dzień 18 maja 2016 r. W przypadku zawarcia umowy po tej dacie (co jest wysoce prawdopodobne), wykonawca pozostanie w zwłoce już w momencie zawarcia umowy.

Zatem przedmiotowe terminy są rażąco krótkie i nie pozwalają wykonawcy na jakiegokolwiek przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia usług.

Mając w szczególności na uwadze rozmiar i złożoność przedmiotowego zamówienia, przygotowanie się wykonawcy do rozpoczęcia świadczenia usług dla Zamawiającego trwać musi minimum 4 miesiące od dnia podpisania umowy.

Niemal wszystkie łącza (ok. 95%) na jakich świadczona jest obecnie usługa, należą do dotychczasowego usługodawcy – Orange Polska S.A. Wykonawca ten, jako jedyny operator telekomunikacyjny jest w stanie świadczyć usługi niezwłocznie po zawarciu umowy. Każdy inny operator telekomunikacyjny zmuszony jest do zawarcia umowy dostępu do łącz

telekomunikacyjnych (od Orange Polska S.A.) lub wybudowania własnych łączy (sieci światłowodowych, miedzianych lub innych), umożliwiających świadczenie usługi na rzecz Zamawiającego.

W obu przedstawionych wariantach, wykonawca potrzebuje jednak odpowiedniego czasu na przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia usług.

Proces inwestycyjny poprzedzający uruchomienie usług telekomunikacyjnych wymaga między innymi zaprojektowania linii telekomunikacyjnych, pozyskania niezbędnych zgód, zezwoleń i decyzji administracyjnych, przeprowadzenia ustaleń z podmiotami dysponującymi infrastrukturą istniejącą, wybudowanie nowych łączy, zakup niezbędnego sprzętu telekomunikacyjnego, czy zestawienie urządzeń. Dodatkowo wykonawca zobligowany jest do uzgodnienia wykorzystywanej techniki transmisyjnej z każdą przyłączoną jednostką indywidualnie (pkt III, 12 Załącznika nr 6 do SIWZ).

Zgodnie z brzmieniem pkt 23 Załącznika nr 6 do SIWZ: *„Czas podłączenia nowych łączy lub/i traktów lub/i numerów telefonicznych rozumiany jako czas od momentu przyjęcia zgłoszenia do uruchomienia pełnej funkcjonalności, wynosi nie dłużej niż 4 miesiące.”* Powyższe świadczy o tym, że Zamawiający zdaje sobie sprawę z długości trwania określonych procedur i procesów budowlanych związanych z realizacją nowych łączy telekomunikacyjnych.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Z.A. dotyczące zasad wyznaczania terminów uruchomienia usług telekomunikacyjnych – wyroki KIO: z dnia 24 lipca 2008 r. dotyczący analogicznej sytuacji (sygn. akt KIO/UZP 707/08); z dnia 12 lipca 2010 r., sygn. KIO/UZP 1246/10; z dnia 16 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1869/13 i 1876/13; Zespołu Arbitrów z dnia 27.02.2006 r., sygn. UZP/ZO/0-533/06.

Zamawiający mając zawarte umowy terminowe jest zainteresowany przejęciem wykonywania usług w dacie zakończenia trwających umów. Zamawiający jest dysponentem postępowania o udzielenie zamówienia, to od niego zależało kiedy zostało ono wszczęte i czy wykonawcy będą mieli zabezpieczony niezbędny czas na przygotowanie się do wykonywania świadczeń. Zbyt późne wszczęcie postępowania nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku określenia odpowiedniego czasu, jaki wykonawca będzie miał na uruchomienie łączy od daty zawarcia umowy. Zamawiający nie może żądać spełnienia świadczenia niemożliwego (przyłączenie do sieci w nierealistycznym terminie), nie może też pozostawiać niepewności jakim czasem będzie dysponował wykonawca.

Odwołujący wskazał na rażąco wysokie kary umowne zastrzeżone przez Zamawiającego w § 9 ust. 1 umowy na wypadek niedotrzymania terminu rozpoczęcia świadczenia usług w terminie: każdy dzień opóźnienia będzie uprawniał zamawiającego do naliczenia kary w wysokości 10% (po zmianie SIWZ 5%) wartości wynagrodzenia brutto wykonawcy.

Powyższe oznacza, że nawet kilkudniowe opóźnienie w uruchomieniu usługi nie tylko pozbawi wykonawcę całego skalkulowanego zysku, ale również narazi go na rażącą stratę.

Omówione wady opisu przedmiotu zamówienia tworzą niezasadną przewagę konkurencyjną dla jednego z wykonawców – Orange Polska S.A. Brak określenia w SIWZ właściwych terminów na uruchomienie łączy tworzy swoisty monopol tego jednego wykonawcy w zakresie możliwości realizacji świadczeń objętych przedmiotem zamówienia. Koniecznym jest takie określenie terminu, by każdy z wykonawców mógł alternatywnie (wedle swojego wyboru) albo wybudować swoją infrastrukturę telekomunikacyjną albo pozyskać infrastrukturę istniejącą od podmiotów trzecich (warto dodać, iż nie zawsze pozyskanie istniejącej infrastruktury jest możliwe). Wyznaczenie odpowiedniego terminu na rozpoczęcie wykonywania świadczeń telekomunikacyjnych jest podstawowym warunkiem otwarcia się Zamawiającego na konkurencję.

Reasumując, termin na uruchomienie łączy wyznaczony przez Zamawiającego powinien być proporcjonalny do stopnia skomplikowania zamówienia, z uwzględnieniem ilości lokalizacji wskazanych w SIWZ oraz z poszanowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający powinien uwzględnić realia rynkowe realizowanego zamówienia oraz wszelkie uwarunkowania prawne i faktyczne mające wpływ na możliwość zachowania terminów rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Zgodnie z rozdziałem II pkt 2 akapit 2 SIWZ, Zamawiający dopuszcza przesunięcie terminów rozpoczęcia świadczenia usług z przyczyn zaistniałych po stronie Zamawiającego. Katalog przyczyn jest otwarty, a opis nie precyzuje o ile może nastąpić przesunięcie rozpoczęcia świadczenia usług. Powyższe powoduje znaczne utrudnienia w szacowaniu wartości oferty. Bez względu na termin rozpoczęcia świadczenia usług, umowa wygasa z dniem 30 listopada 2017 r. Znaczne przesunięcie terminów świadczenia usług w wielu lokalizacjach może znacznie zmniejszyć wolumen świadczonych na rzecz Zamawiającego usług bez formalnej zmiany umowy lub uprawnionego odstąpienia/wypowiedzenia umowy o świadczenie usług. Przesunięcie terminu rozpoczęcia świadczenia usług jest zatem tożsame z ograniczeniem zakresu zleczanych usług. Tymczasem wielkość zamawianego wolumenu usług telekomunikacyjnych ma kluczowe znaczenie dla ich wyceny. W szczególności uśrednione miesięczne koszty świadczenia usługi są tym niższe, im dłuższy jest czas obowiązywania umowy.

W przypadku przesunięcia terminu rozpoczęcia świadczenia usług, wykonawca winien mieć zarezerwowany odpowiedni czas na zestawienie łączy. Zamawiający winien uprzedzić wykonawcę o nowym terminie z odpowiednim, co najmniej 60 dniowym wyprzedzeniem.

Określenie terminu na uruchomienie usług datą kalendarzową w sytuacji, w której zarówno zamawiający jak i wykonawcy nie znają czasu trwania postępowania, jest rażącym

utrudnieniem możliwości złożenia oferty – wyroki KIO: z dnia 4 czerwca 2013 r., sygn. KIO 1126/13; z dnia 24 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 707/08; z dnia 12 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/1756/10. Podobne tezy zawarto w wyroku z dnia 25 czerwca 2010 r., sygn. KIO/UZP 1123/10, uwzględniającym zarzut wadliwego wyznaczenia terminu kalendarzowego w postępowaniu na zakup usług telekomunikacyjnych. Zaskarżone opisy SIWZ rażąco naruszają art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp.

Odwołujący domaga się określenia w dokumentacji postępowania terminu na uruchomienie usług nie krótszego niż 4 miesiące od dnia planowanego przyłączenia danej lokalizacji do sieci wykonawcy. (...)

V. Niejednoznaczny zakres zamówienia.

W rozdziale II pkt 4 SIWZ zawarto następujące postanowienie: *„W ramach niniejszego zamówienia każdej Jednostce przysługuje prawo do zwiększania lub zmniejszania ilości poszczególnych usług (w tym również prawo do zmiany ilości łączy o nie więcej niż +/- 10% z zastrzeżeniem, że ilości ułamkowe będą podlegały zaokrągleniu w górę), pod warunkiem nie przekroczenia wartości umowy. Wykonawcy nie przysługuje prawo do roszczeń z tego tytułu.”*

W ocenie Odwołującego, takie postanowienie narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakładającej obowiązek sporządzenia jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia.

Niedoprecyzowane uprawnienie do „zwiększenia usług” (bez dodatkowych roszczeń) przysługuje każdej Jednostce, zatem polegać ono może przykładowo na żądaniu zapewnienia dodatkowego łącza telekomunikacyjnego w lokalizacji zamawiającego niewskazanej w dokumentacji postępowania. Dla wykonawcy oznacza to obowiązek poniesienia dodatkowych, nieznanych obecnie kosztów. Jedyne zmiana ilości łączy limitowana jest ograniczeniem 10% ich pierwotnej ilości. Oznaczać to może możliwość żądania przez jednostki zamawiające dowolnego kształtowania zakresu wykonywanych usług bez obowiązku ponoszenia dodatkowego wynagrodzenia („nie przysługuje prawo do roszczeń”). Tak niejednoznaczne określenie obowiązków wykonawcy utrudnia sporządzenie oferty i tworzyć będzie ryzyka sporów pomiędzy stronami na etapie wykonywania umowy. Nawet pozornie niewielka zmiana charakteru wykonywanej usługi może się wiązać z obowiązkiem poniesienia dodatkowych, istotnych kosztów zakupu lub dobudowania infrastruktury telekomunikacyjnej.

Dodatkowo w § 3 ust. 3 umowy zawarto następujące zastrzeżenie: *„Zamawiający zastrzega sobie prawo do zwiększenia lub zmniejszania ilości poszczególnych usług (w tym również prawo do zmiany ilości łączy o nie więcej niż +/- 10% z zastrzeżeniem, że ilości ułamkowe będą podlegały zaokrągleniu w górę), z zachowaniem trzydziestodniowego terminu wypowiedzenia. Zmiana liczby usług nie będzie większa niż +/- 10% w stosunku do ilości wskazanych w załączniku nr 4 do Umowy. Zmiana liczby usług dotyczy tylko*

następujących sytuacji: >likwidacja Zamawiającego; >powiększenie liczby łączy w zależności od potrzeb Zamawiającego i możliwości technicznych Zamawiającego; >likwidacja liczby łączy w wypadku zmiany lokalizacji Zamawiającego.”

Wskazany opis nie jest kompatybilny z opisem zawartym w rozdziale V pkt 4 SIWZ, który nie limitował możliwości powiększenia lub ograniczenia usług do 10%. Dodatkowo, opis ten odwołuje się do załącznika nr 4, który stanowi wzór Listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej. Niewątpliwie odesłanie to jest błędne. Powyższe opisy budzą bardzo poważne wątpliwości interpretacyjne.

Odnosząc się do regulacji § 3 ust. 3 umowy, zauważyć należy, że sama możliwość częściowego wypowiedzenia umowy o świadczenie usług z uwagi na istotny interes Zamawiającego wydaje się dopuszczalna, jednakże regulacja taka wymaga doprecyzowania w zakresie sposobu rozliczenia stron za usługi niewykonane. Zamawiający nie wskazał jednoznacznie, czy częściowe wypowiedzenie umowy wiąże się ze stosunkowym zmniejszeniem wynagrodzenia oraz jak miałyby być ono wyliczone w oparciu o dane zawarte w formularzu oferty.

Dodatkowo Zamawiający nie uregulował kwestii związanych ze zwiększeniem zakresu zlecenia (do +10% w górę). W szczególności, wbrew literalnemu brzmieniu ww. opisu, wypowiedzenie umowy nie może prowadzić do zwiększenia zakresu zamówienia.

Z cyt. wyżej opisów wynika, że zwiększenie zakresu zamówienia dotyczyć będzie dodatkowych łączy. Wykonawcy nie będzie jednak przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie za świadczenie usług telekomunikacyjnych na dodatkowych łączach. Nie jest jednak jasne czy łącza te mogą pojawić się w innych lokalizacjach niż te objęte przedmiotem zamówienia oraz czy będą wymagały od Wykonawcy nakładów inwestycyjnych. Powyższe znacząco utrudnia należytą wycenę przedmiotowego zamówienia i utrudnia wykonawcom złożenia oferty.

Reasumując, powyższe postanowienie narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakładającej obowiązek sporządzenia jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia.

Ze względu na specyfikę zamówienia publicznego zawarcie umowy w sprawie jego realizacji poprzedzone być winno jednoznacznym określeniem przedmiotu zamówienia. Wszelkie jego zmiany powinny następować z daleko posuniętą ostrożnością, w szczególności z wykorzystaniem instytucji zamówień uzupełniających czy prawa opcji.

Niedookreślenie przedmiotu zamówienia wraz z pozbawieniem wykonawcy prawa do dodatkowych roszczeń z tego tytułu, godzi w zasady wyrażone w art. 29 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 140 ust. 1 Pzp wykonawca jest zobowiązany do świadczenia w zakresie tożsamym z jego zobowiązaniem ofertowym. Próba przerwania na wykonawcę obowiązku wykonania usług wykraczających poza zakres świadczenia wynikającego z oferty (i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia) powinna być traktowana jako

niedopuszczalna faktyczna zmiana umowy podlegająca unieważnieniu (art. 140 ust. 3 Pzp). Słusznie zwraca się uwagę w orzecznictwie, że obowiązkiem Zamawiającego jest podanie wszelkich niezbędnych danych, umożliwiających rzetelne oszacowanie przez wykonawców kosztów realizacji zamówienia i zapewniających porównywalność ofert (wyrok KIO z dnia 11 lutego 2013 r., sygn. KIO 159/13).

W orzecznictwie już przykładowo w odniesieniu do obowiązku zmiany lokalizacji świadczenia usług telekomunikacyjnych wskazuje się na obowiązki zamawiającego doprecyzowania przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2013 r., sygn. KIO 113/13).

Reasumując, Netia domaga się wykreślenia lub też doprecyzowania przedmiotowych postanowień przez określenie dopuszczalnych okoliczności i maksymalnego zakresu ingerencji w przedmiot zamówienia.

VI. Kryterium oceny ofert.

Określenie w rozdziale VIII pkt III ppkt 2 SIWZ maksymalnego czasu na usunięcie usterek oraz zasad oceny ofert wg ustalonego kryterium – Czasu usunięcia usterek/awarii w sposób rażąco narusza uczciwą konkurencję i powoduje uprzywilejowanie dotychczasowego dostawcy usług Zamawiającego. W konsekwencji zaskarżone postanowienia SIWZ naruszają art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp.

Odwołujący podniósł, że ustalone w kryteriach oceny ofert terminy usuwania usterek wynoszące od maksymalnie 1 godziny do maksymalnie 5 godzin są możliwe do zachowania wyłącznie przez aktualnego dostawcę usług dla Zamawiającego.

Stosownie do treści pkt III 11 załącznika nr 6 do SIWZ, Zamawiający wymaga aby wszystkie przyłącza telekomunikacyjnej były zrealizowane za pomocą istniejącej infrastruktury. Na powyższe wskazują również wyśrubowane terminy uruchomienia usługi, które wykluczają możliwość świadczenia usługi na własnej, nowopowstałej infrastrukturze. Powyższe obliuguje wykonawców zainteresowanych zawarciem umowy o zamówienie publiczne pozyskania odpowiedniej infrastruktury od podmiotu, który dysponuje nimi w poszczególnych lokalizacjach. Tzw. umowa dostępu telekomunikacyjnego, regulowana postanowieniami Prawa telekomunikacyjnego, zawierana jest (między innymi) na podstawie oferty ramowej operatora o znaczącej pozycji rynkowej (Orange Polska S.A.). Oferta ramowa jest zatwierdzana przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Obecna umowa ramowa (Superoferta Ramowa Orange Polska w zakresie sieci stacjonarnej określająca ramowe warunki dostępu telekomunikacyjnego) dostępna jest na stronach internetowych Orange. Została ona zatwierdzona decyzjami Prezesa UKE i określa w sposób szczegółowy prawa i obowiązki stron umowy – dowód: Oferta ramowa na stronie Orange Polska S.A. wraz z decyzjami Prezesa UKE http://www.hurt-orange.pl/sor_new.phtml;

Powyższe oznacza, że każdy wykonawca ubiegający się o dostęp telekomunikacyjny do infrastruktury Orange Polska S.A. może zawrzeć umowę wyłącznie na warunkach zawartych w ofercie ramowej. Jednocześnie, oczywistym jest, że wykonawca niebędący właścicielem infrastruktury, z której korzysta i niemający wpływu przynajmniej na część zaistniałych awarii, zmuszony jest zgłaszać powstanie awarii i usterek właścicielowi infrastruktury (np. Orange Polska Sp. z o.o.). Wykonawca nie zawsze ma realny wpływ na terminy usuwania wad i usterek zaistniałych w okresie realizacji umowy. Tymczasem właściciel infrastruktury usuwa awarie w terminach wskazanych w umowie o dostępie telekomunikacyjnym. W przypadku Orange Polska S.A. oferta ramowa na umowę o dostępie telekomunikacyjnym wskazuje wyraźnie, że dla usług WRL (właściwych w tym wypadku) termin usuwania usterek wynosi 26 godzin (str. 45 SOR, pkt 1.12.4 pkt 6 b SOR).

Reasumując, wykonawcy składający oferty w postępowaniu nie mogą zagwarantować Zamawiającemu terminu usuwania usterek krótszego niż ten wynikający z oferty ramowej.

Określenie jako kryterium oceny ofert, terminu usuwania usterek i przyjęcie, że punktowanym czasem będzie czas poniżej 4 godzin (a najwyżej punktowanym czas wynoszący do 1 godziny) powoduje, że żaden z wykonawców nie będzie w stanie realnie konkurować w zakresie tego kryterium ofert z obecnym dostawcą usług. Dodatkowo, określenie maksymalnego dopuszczalnego czasu na usunięcie usterek wynoszącego 5 h, przy jednoczesnym zastrzeżeniu wysokiej kary umownej za przekroczenie tego terminu (każdej rozpoczętej godziny), w zasadzie uniemożliwia wykonawcom złożenie oferty.

Powyższe oznacza, że w istniejących realiach rynkowych usług telekomunikacyjnych przedmiotowe kryterium jest wyłącznie fasadowe – nie prowadzi do realnej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Wręcz przeciwnie, kryterium to rażąco ogranicza konkurencję i powoduje uprzywilejowanie wyłącznie obecnego dostawcy usług. (...)

VIII. Obowiązek wykorzystania istniejącej infrastruktury.

W załączniku nr 6 do SIWZ (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, pkt 11) zawarto następujące postanowienie: *„Jednostka wymaga, aby wszystkie przyłącza telekomunikacyjne określone w załączniku nr 7 do SIWZ tj. Wykazie zasobów telekomunikacyjnych Jednostek, były zrealizowane za pomocą istniejącej (dotychczas wykorzystywanej) infrastruktury telekomunikacyjnej, w szczególności z wykorzystaniem (...).”*

Odwołujący ponownie odwołał się do charakteru świadczeń będących przedmiotem zamówienia. Przedsiębiorca telekomunikacyjny po zawarciu umowy buduje własną infrastrukturę telekomunikacyjną lub też pozyskuje od dotychczasowego wykonawcy usług jego infrastrukturę za odrębnym wynagrodzeniem ustalonym pomiędzy przedsiębiorcami. Nie jest jednak możliwe w postępowaniu (ze względu na ilość lokalizacji, brak informacji o terminach kolejnych przyłączeń, a także ze względu na procedury pozyskiwania łączny)

ustalenie wszystkich warunków wykonywania usług przed terminem złożenia oferty. Wykonawca winien mieć swobodę co do możliwości świadczenia usług Zamawiającego z wykorzystaniem cudzej infrastruktury lub pozyskania własnej.

Zamawiający nie może wymagać od wykonawcy opierania się na infrastrukturze podmiotów trzecich, gdyż takie rozwiązanie stawia dotychczasowego dostawcę usług w pozycji monopolistycznej. Nie jest sytuacją wyjątkową, gdy przykładowo Orange Polska S.A. odmawia innym wykonawcom dostępu do własnej infrastruktury telekomunikacyjnej ze względu na własne zapotrzebowanie (wyrok KIO z dnia 12 lipca 2010 r., sygn. KIO/UZP 1246/10). Gwarancją zachowania konkurencyjności postępowania jest właśnie zostawienie wykonawcy alternatywy: pozyskanie infrastruktury istniejącej lub wybudowanie własnej (o ile nie można jej pozyskać lub też warunki jej pozyskania nie są finansowo atrakcyjne). Zmuszanie wykonawcy do wykonywania usług za pomocą „istniejącej (dotychczas wykorzystywanej) infrastruktury telekomunikacyjnej” nie znajduje uzasadnienia. Cytowane postanowienie narusza zasadę uczciwej konkurencji, gdyż stawia w pozycji uprzywilejowanej wykonawcę już posiadającego znaczącą infrastrukturę wykorzystywaną obecnie przez jednostki organizacyjne będące stroną zamawiającą.

Zamawiający starał się złagodzić wymaganie zamieszczając w punkcie 13 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia następujące postanowienie: *„W przypadku braku możliwości technicznych wykorzystania istniejących zasobów fizycznych sieci w poszczególnych obiektach, Zamawiający dopuszcza inną, uzgodnioną bezpośrednio z Jednostką technikę transmisyjną wykonywania usług telekomunikacyjnych będących przedmiotem niniejszego zamówienia (np. kabel światłowodowy lub radiolinia lub kabel miedziany).”*

Przesłanką zastosowania tego postanowienia jest jedynie *„brak możliwości technicznych wykorzystania istniejących zasobów.”* Zatem, przykładowo brak porozumienia wykonawcy z podmiotem trzecim w aspekcie kosztów pozyskania zasobu nie będzie pozwalał na zastosowanie przedmiotowego postanowienia. Ponadto, brak pozyskania zasobu nie tyle otwiera drogę do zastąpienia zasobów cudzych zasobami własnymi, a jedynie możliwości zmiany (za zgodą jednostki) techniki transmisji.

Ustawa Prawo telekomunikacyjne w żaden sposób nie różnicuje sposobów świadczenia usług telekomunikacyjnych. Nakazuje jedynie operatorowi telekomunikacyjnemu utrzymanie usługi o określonej jakości. Dla odbiorcy końcowego nie powinno mieć znaczenia w jaki dostępny na rynku sposób, usługa jest realizowana. Zamawiający określa wymogi, jakim ma odpowiadać efekt prawidłowego wykonania usługi, natomiast ustalenie sposobu i środków niezbędnych dla jej zrealizowania należy do przyszłego wykonawcy, gdyż czynniki te mają wpływ na przebieg i koszty jej wykonania (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 sierpnia 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1363/04). To wykonawcy prowadzący profesjonalną działalność

telekomunikacyjną są w stanie lepiej określić rodzaj rozwiązań właściwy dla potrzeb Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, odwołujący domaga się wykreślenia postawień pkt 11 Załącznika nr 6 do SIWZ.

IX. Ciężar dowodu. Reasumując powyższe zarzuty, Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w omówiony sposób naruszył zasadę uczciwej konkurencji uniemożliwiając lub też bezzasadnie utrudniając złożenie oferty wykonawcom gotowym do wykonywania świadczeń objętych przedmiotem postępowania. Podsumowując odwołujący zauważył, że rolą wykonawcy w postępowaniu odwoławczym jest uprawdopodobnienie naruszenia zasady uczciwej konkurencji (wyrok KIO z dnia 21 marca 2011 r., sygn. akt KIO 470/11).

Odwołujący Netia S.A. złożył na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2016 r. pismo oraz załączniki – dowody w sprawie:

- 1. Opinia dot. usytuowania sieci uzbrojenia terenu wydana przez Zespół Uzgadniania Dokumentacji Projektowej przy Prezydencie Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 03.01.2013 r.;*
- 2. Wniosek NETIA o wydanie zezwolenia na lokalizację w pasie drogowym infrastruktury telekomunikacyjnej z dnia 22.01.2013 r.;*
- 3. Decyzja dotycząca zezwolenia na zlokalizowanie infrastruktury w pasie drogowym wydana przez zarządcę drogi z dnia 15 lutego 2013 r.;*
- 4. Wniosek NETIA o uzgodnienie projektu budowlanego z dnia 26.04.2013 r.;*
- 5. Zgłoszenie przez NETIA budowy obiektu budowlanego z dnia 17.05.2013 r.;*
- 6. Sprzeciw Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 21 czerwca 2013 r.;*
- 7. Decyzja Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy (Stołecznego Konserwatora Zabytków) zezwalająca na budowę łącza z dnia 15 lipca 2013 r.;*
- 8. Zgłoszenie przez NETIA budowy obiektu budowlanego z dnia 25 lipca 2013 r.;*
- 9. Wniosek NETIA z dnia 26.08.2013 r. o wydanie zezwolenia na zajęcie pasa drogowego w okresie od 16.09.2013 r. do 18.09.2013 r.;*
- 10. Ogłoszenie o zamówieniu oraz ogłoszenie o zmianie ogłoszenia pn.: Uruchomienie oraz utrzymanie usługi transmisji danych dla Komendy Głównej Straży Granicznej;*
- 11. Ogłoszenie o zamówieniu oraz ogłoszenie o zmianie ogłoszenia pn.: Świadczenie usług transmisji danych IP VPN (MPLS) z dostępem do Internetu dla Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe;*
- 12. Ogłoszenie o zamówieniu oraz ogłoszenie o zmianie ogłoszenia pn.: Świadczenie usług, operatora korporacyjnej sieci rozległej (WAN) GDDKiA;*
- 13. Wyciąg z umowy o dostępie telekomunikacyjnym (SOR);*
- 14. Oferta Orange Polska S.A.;*
- 15. Symulacja kosztowa skutków awarii;*
- 16. Odwołanie Netia S.A. z dnia 10 marca 2014 r.;*
- 17. Postanowienie KIO o umorzeniu postępowania z dnia 20 marca 2014 r. sygn. 471/14 oraz dodatkowo wykres pt. „Czas usunięcia awarii usług (...).”*

Treść załączników 1-9 została zastrzeżona jako stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z oświadczeniem odwołującego, celem tego dowodu było wykazanie niezbędnego 10-miesięcznego okresu na budowę i uruchomienie infrastruktury w pasie drogowym przy ul. Czyżewskiej 10 w Warszawie; załączniki 10-12 to ogłoszenia o zamówieniach innych jednostek; wyciąg z umowy (zał. 13, str. 1, 44 i 45) – złożony dla wykazania nieprzekraczalnego czasu usunięcia awarii wskazanego w umowie SOR; oferta Orange S.A. (kopie 3. stron) złożona w poprzednim postępowaniu; Symulacja kosztowa skutków awarii – skutki finansowe 24 godzinnej awarii na podstawie aktualnej oferty Orange Polska; odwołanie obecnego odwołującego i postanowienie KIO dotyczące poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez obecnego zamawiającego w takiej samej sprawie.

Odwołujący: T-Mobile Polska S.A. – sygn. akt KIO 480/16 (*zarzuty i żądania podtrzymane na rozprawie – numeracja jak w odwołaniu*).

III. Zarzuty. Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Pzp:

1. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w zakresie, w jakim w SIWZ oraz w załączniku nr 6 do SIWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”):

a) wskazano, że zamówienie będzie realizowane w okresie od dnia zawarcia umowy do 30.11.2017 r. z zastrzeżeniem, że: realizacja usługi na podstawie zawartej umowy nastąpi nie wcześniej niż po wygaśnięciu aktualnie zaciągniętych przez Jednostkę zobowiązań, umowa ulega rozwiązaniu po wyczerpaniu maksymalnej wartości umowy określonej w umowie, przyłączenie danej lokalizacji do sieci wybranego Wykonawcy nastąpi przed terminem zakończenia obowiązujących umów, co powoduje, że nie jest możliwym oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż wykonawca nie ma pewności, przez jaki okres czasu będzie faktycznie świadczył na rzecz Jednostki usługi telefonii stacjonarnej, a w konsekwencji, w przypadku przyjęcia przez wykonawców różnych okresów faktycznego świadczenia usług może doprowadzić do nieporównywalności ofert (rozdział II pkt II, str. 6 SIWZ);

d) Jednostka wymaga, aby wszystkie przyłącza telekomunikacyjne określone w załączniku nr 7 do SIWZ, tj. Wykazie zasobów telekomunikacyjnych Jednostek, były zrealizowane za pomocą istniejącej (dotychczas wykorzystywanej) infrastruktury telekomunikacyjnej, co w nieuzasadniony sposób uprzywilejowuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego (pkt III ppkt 11 OPZ).

IV. Żądania. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ przez:

1. wprowadzenie do SIWZ i OPZ następujących zmian:

a) jednoznaczne określenie minimalnego okresu świadczenia przez wykonawcę usług telefonii stacjonarnej dla poszczególnych Jednostek Administracji Państwowej, który wykonawca będzie zobowiązany uwzględnić przy kalkulowaniu ceny oferty oraz określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług z uwzględnieniem okresu niezbędnego wykonawcy na przygotowanie do świadczenia usług nie krótszego niż 4 miesiące od dnia podpisania umowy (rozdział II pkt II, str. 6 SIWZ);

d) wykreślenie pkt III ppkt 11 OPZ.

Uzasadnienie.

I. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia – uwagi ogólne.

1. Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp 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. Orzecznictwo KIO – wyroki: z dnia 2014-09-11, KIO 1786/14; z dnia 2015-05-18, KIO 897/15.

2. Stosownie do przepisu art. 29 ust. 2 Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z treści cytowanego przepisu wynika dla Zamawiającego zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie. Formułując wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający winien kierować się celem, jakiemu zamawiane produkty mają służyć. Każde wymaganie ma znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego - Zespół Arbitrów w orzeczeniu z dnia 24 sierpnia 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1040/07 oraz UZP/ZO/0-1045/07.

3. Powyższą argumentację dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia potwierdza także orzecznictwo Krajowej izby Odwoławczej – wyroki: KIO z dnia 22 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1734/09; z dnia 18 listopada 2008r., sygn. akt KIO/UZP 1240/08.

4. Zamawiający dokonując opisu zakresu zamówienia dopuścił się naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Postawione przez Zamawiającego wymogi, jakie muszą spełniać oferowane usługi utrudniają uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Ponadto, sformułowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i niewystarczający do sporządzenia prawidłowej oferty i oszacowania jej kosztów.

5. Termin realizacji przedmiotu zamówienia. W rozdziale II, pkt II SIWZ (str. 6) wskazano, że zamówienie będzie realizowane w okresie od dnia zawarcia umowy do

30.11.2017 r. z zastrzeżeniem, że: realizacja usługi na podstawie zawartej umowy nastąpi nie wcześniej niż po wygaśnięciu aktualnie zaciągniętych przez Jednostkę zobowiązań, umowa ulega rozwiązaniu po wyczerpaniu maksymalnej wartości umowy określonej w umowie, przyłączenie danej lokalizacji do sieci wybranego Wykonawcy nastąpi przed terminem zakończenia obowiązujących umów.

Takie ukształtowanie terminu realizacji przedmiotu zamówienia powoduje, że nie jest możliwym oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż wykonawca nie ma pewności, przez jaki okres czasu będzie faktycznie świadczył usługi telefonii stacjonarnej na rzecz danej Jednostki. Długość okresu świadczenia usług wpływa na rozłożenie kosztów świadczenia usług w czasie, a w konsekwencji również wysokość opłaty abonamentowej. Przyjęcie przez wykonawców przy szacowaniu ceny oferty różnych okresów faktycznego świadczenia usług może doprowadzić do nieporównywalności ofert, gdyż każdy z wykonawców uwzględni rozłożenie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia w innym okresie czasu.

Ponadto, określony przez Zamawiającego termin realizacji zamówienia nie uwzględnia okresu niezbędnego wykonawcy na przygotowanie do świadczenia usług na rzecz Zamawiającego. Rozpoczęcie świadczenia usług wymaga podjęcia szeregu czynności, w tym np. pozyskania i zestawienia łączy, przedstawienie i uzgodnienie z Zamawiającym dokumentacji, o której mowa w § 3 ust. 4 IPU, które są czynnościami czasochłonnymi. Przy czym, nie można wymagać od wykonawcy, aby podjął te działania przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Takie ukształtowanie terminu realizacji przedmiotu zamówienia w nieuzasadniony sposób preferuje wykonawcę, który obecnie świadczy usług we wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że Zamawiający nie jest uprawniony do powoływania się na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, gdyż wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji zbyt późnego wszczęcia postępowania przez zamawiającego.

Uwzględniając powyższe stwierdził, że wskazanie, iż przyłączenie danej lokalizacji do sieci wybranego Wykonawcy nastąpi przed terminem zakończenia obowiązujących umów (z których większość kończy się w dniu 31 maja 2016 r., a część również 13 kwietnia 2016 r.) jest nieuzasadnione, gdyż nie uwzględnia specyfiki przedmiotu zamówienia (konieczności podjęcia określonych czynności zmierzających do przyłączenia danej lokalizacji do sieci wykonawcy i uruchomienia usługi) oraz czasu trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 lutego 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-533/06) oraz KIO – wyroki: z dnia 25 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1123/10; z dnia 2013-08-16, KIO 1869/13, KIO 1876/13; sygn. akt KIO 2135/13 oraz KIO 2316/13, a także KIO 2411/13 i KIO 2434/13.

8. Wymóg korzystania z istniejącej, dotychczas wykorzystywanej infrastruktury telekomunikacyjnej.

Zgodnie z pkt III ppkt 11 OPZ, Jednostka wymaga, aby wszystkie przyłącza telekomunikacyjne określone w załączniku nr 7 do SIWZ były realizowane za pomocą istniejącej (dotychczas wykorzystywanej) infrastruktury telekomunikacyjnej, w szczególności z wykorzystaniem istniejących: pętli i podpętli abonenckich, ciągów budynkowych kanalizacji telekomunikacyjnych, budynkowych sieci dostępowych wewnątrz budynków wraz ze wskazanymi miejscami zakończeń przyłączy telekomunikacyjnych i kolokacji urządzeń, istniejących masztów anten radiokomunikacyjnych, innych elementów infrastruktury telekomunikacyjnej.

Powyższy wymóg nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego i prowadzi do nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawcy dysponującego odpowiednią infrastrukturą w lokalizacjach Zamawiającego, który obecnie świadczy usługi na rzecz Zamawiającego, czyli Orange Polska S.A. Tylko ten wykonawca jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia przy użyciu dotychczas wykorzystywanej infrastruktury. Wymóg ten utrudnia zatem dostęp do realizacji zamówienia wykonawcom, którzy są w stanie zrealizować je w sposób należyty jednakże nie dysponują infrastrukturą dotychczas wykorzystywaną na potrzeby świadczenia usług na rzecz Zamawiającego.

Przedmiotowy wymóg narzuca wykonawcom sposób realizacji zamówienia i zmusza do korzystania z infrastruktury wykonawcy obecnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego. Biorąc pod uwagę, że to wykonawca ponosi odpowiedzialność za należyte wykonanie zamówienia i jakość świadczonych usług powinien mieć możliwość decydowania o sposobie realizacji przedmiotu zamówienia.

Ponadto Odwołujący zauważył, że Zamawiający narzuca wykonawcy korzystanie z istniejącej infrastruktury np. z budynkowych sieci dostępowych wewnątrz budynków wraz ze wskazanymi miejscami zakończeń przyłączy telekomunikacyjnych i kolokacją urządzeń, nie wskazując przy tym kto jest właścicielem tych sieci i kto będzie ponosił opłaty związane z korzystaniem z nich na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. Informacja ta ma natomiast istotne znaczenie z perspektywy oszacowania kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Jeżeli koszty te miałyby być ponoszone przez wykonawcę powinien on mieć możliwość uwzględnienia ich zaoferowanej cenie.

IV. Podsumowując, argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 kwietnia 2016 r. wniósł o oddalenie obu odwołań (treść ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ – zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, terminu realizacji umowy, ustalonego terminu składania ofert

oraz Istotnych postanowień umowy stanowiących załącznik do SIWZ) w całości, ze względu na bezzasadność zarzutów, przedstawiając stanowisko *(treść odnosząca się do zarzutów i żądań podtrzymanych przez odwołujących na rozprawie)*.

Ad I. Wspólne zarzuty T-Mobile S.A. (KIO 480/16) oraz Netia S.A. (KIO 479/16).

1. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – termin realizacji zamówienia.

Odwołujący T - Mobile S.A. podniósł zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, ponieważ w ocenie Odwołującego nie został dookreślony termin realizacji zamówienia. W związku z powyższym, Odwołujący T-Mobile żądał (pkt IV ppkt 1 lit. a odwołania), aby w SIWZ i OPZ dokonano zmianę poprzez: „jednoznaczne określenie minimalnego okresu świadczenia przez wykonawcę usług telefonii stacjonarnej dla poszczególnych Jednostek Administracji Państwowej, który wykonawca będzie zobowiązany uwzględnić przy kalkulowaniu ceny oferty oraz określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług z uwzględnieniem okresu niezbędnego wykonawcy na przygotowanie do świadczenia usług nie krótszego niż 4 miesiące od dnia podpisania umowy (rozdział II pkt II, str. 6 SIWZ).”

Odwołujący Netia S.A. podniósł zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez określenie w rozdziale II pkt II SIWZ terminu uruchomienia usługi w sposób niejasny i nieprecyzyjny, a dodatkowo rażąco naruszający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców poprzez uprzywilejowanie dotychczasowego dostawcę usług. W związku z powyższym zarzutem, Odwołujący Netia S.A. żądał modyfikacji SIWZ przez „*określenie w rozdziale II pkt II SIWZ terminu uruchomienia usług wynoszącego 4 miesiące od dnia zawarcia Umowy oraz usunięcie lub doprecyzowanie przesłanek uprawniających Zamawiającego do przesunięcia terminu świadczenia usług wraz ze wskazaniem maksymalnego czasu o jaki świadczenie usług może być przesunięte oraz Zastrzeżeniem odpowiedniego terminu (wynoszącego co najmniej 60 dni od dnia powiadomienia o nowym terminie świadczenia usług) na zestawienie łącza.*”

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami oraz żądaniami Odwołujących. Wskazał na modyfikację SIWZ dokonaną w dniu 13 kwietnia 2016 r., przewidującą zmianę terminu realizacji umowy. Ze względu na istotny charakter tych zmian, Zamawiający wniósł na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy Pzp o uwzględnienie wskazanej okoliczności przez Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej.

Wbrew twierdzeniom Odwołujących, obecny termin realizacji umowy jest precyzyjny i jednoznaczny, pozwalający na właściwe sporządzenie oferty, jak również przygotowanie się wykonawcy do realizacji usługi. Zamawiający w SIWZ, a dokładnie w załączniku nr 7,

wskazał na terminy, od których ma rozpocząć się realizacja usług i termin, w którym zakończy się świadczenie usługi będącej przedmiotem zamówienia, tj. 30 listopada 2017 r.

Biorąc dodatkowo pod uwagę fakt, że w dniu 13 kwietnia 2016 r. na skutek modyfikacji SIWZ termin rozpoczęcia świadczenia usług dla większości JAP – 81 Jednostek spośród 86 biorących udział został określony na dzień 1 września br., dla pozostałych w terminach późniejszych określonych również w załączniku nr 7, oraz planowane zawarcie umów w maju br., tym samym wykonawcy mają zapewniony długi okres na przygotowanie się do wykonania przedmiotowej umowy. Zamawiający wskazał, że w większości Jednostek (81 Jednostek spośród 86 biorących udział) zamówienie będzie realizowane w okresie 15 miesięcy od dnia 1 września br. Przy czym wykonawca będzie mógł rozpocząć przygotowania do realizacji zamówienia wcześniej niż daty określone w załączniku nr 7.

Dodatkowo wskazał, że w SIWZ oraz w IPU określił w jakich terminach usługa ma być uruchomiona oraz podał sytuacje, w jakich terminy te mogą ulec przesunięciu. Tym samym, nie może być mowy o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Argument Odwoływających, jakoby aktualny wykonawca był uprzywilejowany na skutek postanowień umowy jest niezasadny. Wskazał, że w żadnym postępowaniu Zamawiający nie jest w stanie zapewnić absolutnej równości wykonawców. Każdy z wykonawców znajduje się w innej sytuacji, dysponuje różnym doświadczeniem, wiedzą, potencjałem technicznym, realizuje umowy o odmiennych postanowieniach dla różnych odbiorców swoich usług. Niektóre z wymagań Zamawiającego mogą być dla danego wykonawcy łatwiejsze do zrealizowania, inne zaś mogą być wykonane przy uwzględnieniu większego ryzyka oraz trudności. Odwoływający próbują tymczasem w drodze odwołania ustalić taki kształt postanowień SIWZ, jaki będzie dla nich dogodny. Opis przedmiotu zamówienia oraz termin i sposób jego realizacji leży w gestii Zamawiającego. Postanowienia SIWZ w tym zakresie są uzależnione w głównej mierze od jego uzasadnionych potrzeb. W przypadku tego postępowania, uzasadnioną potrzebą Zamawiającego jest zapewnienie ciągłości świadczonych usług telefonii stacjonarnej, bowiem przerwa w ich realizacji może wiązać się z bardzo poważnymi, negatywnymi skutkami dla funkcjonowania Jednostek Administracji Państwowej. Zamawiającymi w postępowaniu są urzędy, ministerstwa, prokuratury, które muszą mieć stały dostęp do usług telefonii stacjonarnej, w przypadku odmiennym, nie będzie możliwe spełnianie przez nie obowiązków służbowych, określonych w ustawach oraz aktach prawnych niższego rzędu. Z powyższych powodów, Zamawiający miał prawo określić w sposób restrykcyjny wymagania w zakresie rozpoczęcia świadczenia usług oraz ich uruchomienia.

Mając na uwadze powyższe, w szczególności modyfikację SIWZ dokonaną w dniu 13 kwietnia 2016 r., Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu oraz żądania jako bezzasadnego.

2. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 i art. 140 ust. 1 ustawy Pzp – prawo opcji.

(...) Odwołujący Netia S.A. podniósł natomiast zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 ustawy przez zastrzeżenie w rozdziale II pkt I ppkt 4 SIWZ oraz § 3 ust. 3 IPU możliwości zmniejszenia i zwiększenia ilości poszczególnych usług, w tym zmiany ilości łączy, co uniemożliwia wykonawcom należytą wycenę zamówienia. W związku z powyższym zarzutem, Odwołujący wnosil o doprecyzowanie w rozdziale II pkt I ppkt 4 SIWZ oraz § 3 ust. 3 IPU zasad zmniejszania i zwiększania wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany ilościowej usług stanowiących przedmiot zamówienia, z uwzględnieniem zapłaty stosownego wynagrodzenia za zwiększenie zakresu świadczonych usług przez wykonawcę.

W zakresie żądania o doprecyzowanie postanowień SIWZ oraz IPU dotyczących prawa opcji Zamawiający wskazał, że zarzut oraz żądanie są bezprzedmiotowe w świetle zmian SIWZ, które zostały dokonane w dniu 13 kwietnia br. Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W związku z powyższym, Skład Orzekający przyjmuje do oceny wszystkie okoliczności, które wystąpiły do momentu zamknięcia rozprawy. Tym samym, jeżeli żądanie odwołującego zostało zrealizowane w drodze modyfikacji dokumentacji postępowania, zarzut oraz żądanie dezaktualizują się i stają się bezprzedmiotowe. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający stanął na stanowisku, że Skład Orzekający Izby nie powinien brać zarzutu pod uwagę.

Wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2014 r., KIO 1468/14.

Zamawiający stwierdził, że postanowienie zawarte w rozdziale II pkt I pkt 4, str. 5 SIWZ oraz § 3 ust. 3 IPU i § 4 ust. 12 IPU przewiduje możliwość zrezygnowania z poszczególnych usług w ilości do 10% zamówienia pierwotnego i uprawnienie to dotyczy wszystkich Jednostek łącznie przez cały okres obowiązywania umowy. Po stronie wykonawcy będzie leżał obowiązek kontrolowania, czy poziom prawa opcji w wysokości 10% nie został przekroczony. W przypadku przekroczenia poziomu prawa opcji, gdy Jednostka Administracji Państwowej będzie chciała zrezygnować z łączy, wykonawcy będzie przysługiwać prawo odmowy.

Postanowienie w tym zakresie zostało doprecyzowane, zaś SIWZ wraz z załącznikami zostało zmienione i opublikowane w dniu 13 kwietnia br.

Zarzut jest bezprzedmiotowy i nie powinien być brany pod uwagę przez Skład Orzekający.

4. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – zakres przedmiotu zamówienia.

Odwołujący T - Mobile S.A podniósł zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zawarcie wymagania, aby Wykonawca świadczył usługę przy wykorzystaniu istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej, co w ocenie Odwołującego uprzywilejowuje wykonawcę obecnie realizującego zamówienie na rzecz Zamawiającego (pkt III ppkt 11 OPZ). W związku z powyższym Odwołujący żąda wykreślenia przedmiotowego postanowienia.

Odwołujący Netia S.A. podniósł zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przez określenie w pkt. 11 Załącznika nr 6 do SIWZ, że świadczenie usług telekomunikacyjnych ma nastąpić wyłącznie przy wykorzystaniu istniejącej (dotychczas wykorzystywanej) infrastruktury, co miałyby powodować uprzywilejowanie dotychczasowego dostawcy usług.

Zamawiający nie zgodził z zarzutem. Wskazał, że nie ogranicza technologii jedynie do WLRa – w pkt III ppkt 12 OPZ przewidział zwolnienie Wykonawcy z obowiązku świadczenia usługi za pomocą istniejących łączy w przypadku braku możliwości technicznych, na co zresztą sam wskazuje Odwołujący Netia S.A. w uzasadnieniu swoich zarzutów. Wykonawca ma możliwość świadczenia usługi za pomocą innych dostępnych technik transmisyjnych po uzgodnieniu tego z JAP.

Wymaganie Zamawiającego, aby usługi świadczone były na dotychczas istniejącej infrastrukturze znajduje obiektywne uzasadnienie w jego potrzebach, gdyż takie założenie pomoże zmniejszyć koszty realizacji całej inwestycji, jak również przyspieszyć rozpoczęcie realizacji usługi. Jednocześnie, Zamawiający przewidział wyłom od przyjętej zasady, w związku z powyższym, nie można mówić o nieuzasadnionym ograniczeniu konkurencji w postępowaniu, bądź nierównym traktowaniu wykonawców. Zamawiający przytoczył fragment wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1344/14.

W ocenie Zamawiającego, zarzuty Odwołujących nie znajdują uzasadnienia bowiem *de facto* ich żądania zmierzają do zapewnienia sobie ułatwionego dostępu do udziału w postępowaniu kosztem uzasadnionych potrzeb JAP. W związku z powyższym, Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów oraz żądań.

Ad III. Zarzuty Netia S.A. (KIO 479/16).

1. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp – sposób realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący Netia S.A. podniósł zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp przez zastrzeżenie w § 3 pkt 4 IPU terminu na przedłożenie Zamawiającemu harmonogramu prac uruchomieniowych oraz dokumentacji formalno-technicznej uruchomienia łączy, rzekomo w sposób niejasny i nieprecyzyjny, a dodatkowo rażąco naruszający uczciwą konkurencję przez uprzywilejowanie dotychczasowego dostawcy usług. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o modyfikację terminu, tj. ustalenie terminu 21

dni od dnia podpisania Umowy na przedłożenie Zamawiającemu harmonogramu prac uruchomieniowych oraz dokumentacji formalno-technicznej uruchomienia łączy.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem i żądaniem Odwołującego. Żądanie przedłużenia terminu na przedłożenie harmonogramu prac uruchomieniowych oraz dokumentacji formalno-technicznej uruchomienia łączy do 21 dni nie znajduje uzasadnienia, bowiem obecnie obowiązujący termin 14 dni jest wystarczający. Według oceny Zamawiającego przygotowanie wymaganego harmonogramu jest możliwe nawet w 7 dni. W związku z powyższym, przewidziany termin 14 - dniowy jest jak najbardziej optymalny, pozwalający na właściwe przygotowanie się wykonawcy do świadczenia usług stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że przedłużenie terminu przewidzianego na przygotowanie harmonogramu prac uruchomieniowych oraz dokumentacji formalno-technicznej uruchomienia łączy może spowodować opóźnienie w przystąpieniu do świadczenia usług, podczas gdy Zamawiający ma uzasadnioną potrzebę terminowego rozpoczęcia usług przez wykonawcę ze względu na konieczność zapewnienia ich ciągłości. Jakikolwiek przerwanie ciągłości usług telefonii stacjonarnej w 86 Jednostkach Administracji Państwowej może się odbić negatywnie na funkcjonowaniu Jednostek, co będzie miało również wpływ na sytuację interesantów pragnących skontaktować się z Jednostkami.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wnosi o oddalenie przedmiotowego zarzutu oraz żądania jako niezasadnego.

3. Naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp – sposób realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przez określenie w rozdziale VIII pkt III ppkt 2 SIWZ maksymalnego czasu na usunięcie usterki oraz ustalenie zasad oceny ofert według kryterium – Czas usunięcia usterek/awarii – rzekomo w sposób naruszający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji powodujący uprzywilejowanie dotychczasowego dostawcę usług. W związku z powyższym, Odwołujący wnosił o modyfikację kryterium Czas usunięcia usterek/awarii przez zmianę czasu granicznego, od którego będą naliczanej punkty z 5 godzin do 26.

Zamawiający nie zgodził się z powyższym zarzutem, że określając powyższe kryterium Zamawiający narusza uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców. Zamawiający określając kryteria wyboru ofert ustanawia je adekwatnie do przedmiotu zamówienia i bierze pod uwagę elementy, które mają dla niego najważniejsze znaczenie, a w przypadku niniejszego zamówienia czas usunięcia usterki lub awarii ma znaczenie istotne. Jak wskazywał Zamawiający wyżej w odpowiedzi, Jednostki Administracji Państwowej objęte zamówieniem z racji wykonywanych czynności i charakteru pracy, nie

mogą być pozbawione dostępu do usług telefonicznych, zaś wszelkie awarie, przerwy w świadczeniu usługi, w sposób istotny mogą wpłynąć na właściwe wykonywanie obowiązków służbowych, z których znakomita większość to usługi świadczone na rzecz obywatela i dostęp telefoniczny jest w takich sytuacjach niezwykle istotny.

Ponadto, wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie ogranicza technologii jedynie do WLRa. Zgodnie z pkt III ppkt 12 OPZ, w przypadku braku możliwości technicznych wykonawca jest zwolniony z obowiązku świadczenia usługi za pomocą istniejących łączy. W przypadku świadczenia usług po WLR umowa nie jest sprzeczna z opisami superoferty ramowej Orange Polska w zakresie sieci stacjonarnej określającej ramowe warunki dostępu telekomunikacyjnego. Odwołujący nie ma również racji twierdząc, że termin usuwania każdej usterki według superoferty Orange Polska wynosi 26 godzin, gdyż SOR przewiduje nadanie dla JAP statusu priorytetowego awarii, gdzie czas naprawy wynosi 8 godzin. Należy w tym miejscu podkreślić, że jest to czas maksymalny, a zatem może być krótszy. W związku z powyższym, ze względu na swoje uzasadnione potrzeby Zamawiający przyjął czas 5 godzin. Wykonawca ma obowiązek usunięcia awarii w czasie, w którym zadeklarował w ofercie. Jednakże w przypadku, gdy usunięcie awarii nie jest możliwe z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, to wykonawca ustala z Jednostką nowy termin.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu oraz żądania jako bezzasadnego.

Złożył do akt sprawy **ujednoliconą SIWZ uwzględniającą zmiany wprowadzone w dniu 13 kwietnia 2016 r.**

Zamawiający przedstawił w piśmie z dnia 18 kwietnia 2016 r. stanowisko (*treść odnosząca się do zarzutów i żądań podtrzymanych przez odwołujących na rozprawie*).

Analiza stanowiska przedstawionego przez Odwołującego Netia S.A. na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2016 r. prowadzi Zamawiającego do wniosku, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego we wniesieniu odwołania. Ze stanowiska odwołującego Netia S.A. wynika, że wykonawca nie jest zdolny do wykonania zamówienia. Odwołujący podczas rozprawy przyznał również wprost, że nie opłaca mu się realizować przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Odnosząc się bardziej szczegółowo do zarzutów, Zamawiający wskazał:

1. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - termin realizacji zamówienia (wspólny zarzut Odwołujących Netia S.A. oraz T-Mobile S.A., KIO 479/16, KIO 480/16).

Na początku, Zamawiający odniósł się do stwierdzonego przez Odwołującego Netia S.A. braku zmiany terminu rozpoczęcia usług w stosunku do trzech JAP w załączniku nr 7 do SIWZ.

W tym zakresie Zamawiający wskazał, że w drodze modyfikacji czwartej SIWZ, dokonanej w dniu 13 kwietnia 2016 r. A dokonał zmiany terminu rozpoczęcia usługi wobec zdecydowanej większości JAP na dzień 1 września 2026 r. Tylko część JAP miała ustalone terminy rozpoczęcia usług w późniejszym terminie. W przypadku pozycji 449 w załączniku nr 7 do SIWZ w zakresie POTS, Zamawiający wskazał na termin 31 stycznia 2016 r. Podobnie, w przypadku pozycji 914 - 928 w załączniku nr 7 do SIWZ w zakresie BRA Zamawiający wskazał na termin 31 maja 2016 r. Zamawiający podniósł, że wskazane terminy zostały wpisane omyłkowo do załącznika nr 7 do SIWZ. Daty 31 stycznia 2016 r. oraz 31 maja 2016 r. stanowią oczywistą omyłkę pisarską, która została popełniona w sposób niezamierzony. W wymienionych wyżej pozycjach, Zamawiający również zamierzał dokonać zmiany terminu na późniejszy, jednakże ze względu na dużą ilość pozycji, automatyczność działania arkusza Excel, wymienione wyżej terminy zostały błędnie wpisane do dokumentu.

W związku z powyższym, Zamawiający informuje Skład Orzekający, że dokonał on zmiany załącznika nr 7 do SIWZ poprawiając oczywiste omyłki w dokumencie. Ze względu na omyłkowy charakter wpisanych danych, Zamawiający nie dokonuje zmiany Ogłoszenia o zamówieniu.

Odnosząc się zaś do stanowiska merytorycznego Odwołujących się wykonawców T-Mobile Polska S.A. oraz Netia S.A., Zamawiający wskazał, że żądania określenia 4 - miesięcznego terminu na uruchomienie usługi są niezasadne.

Po pierwsze, wbrew twierdzeniom Odwołujących, modyfikacja z dnia 13 kwietnia 2016 r. przewiduje precyzyjny i realny do wykonania termin rozpoczęcia usług. W większości JAP termin został określony na dzień 1 września 2016 r. w pozostałych zaś rozpoczęcie usługi nastąpi jeszcze później. Przy czym, Zamawiający precyzyjnie dookreślił, że okres świadczenia usługi stanowi 15 miesięcy.

W związku z powyższym, twierdzenia Odwołującego Netia S.A., jakoby nie był on w stanie przygotować się do uruchomienia usługi w terminach przewidzianych w załączniku nr 7 do SIWZ są niezasadne. W tym zakresie, Odwołujący powołuje się na konieczność budowy nowych przyłączy ze względu na brak posiadanej infrastruktury, która to inwestycja jest czasochłonna. Odwołujący na potwierdzenie swoich twierdzeń przedstawił dowody w postaci decyzji administracyjnych, obrazujących proces realizowania tego typu inwestycji.

Zamawiający wskazał, że w jego ocenie, określone terminy rozpoczęcia usług po dokonanej modyfikacji z dnia 13 kwietnia 2016 r. są na tyle wydłużone, że pozwalają w sposób wystarczający przygotować się wykonawcom do uruchomienia usługi. Powoływanie się na fakt czasochłonności inwestycji budowania nowych przyłączy jest nietrafny, skoro w Części III pkt 11 OPZ, Zamawiający wskazuje na preferowany sposób realizacji zamówienia, tj. przy wykorzystaniu istniejącej infrastruktury. Ponadto, dowody

przedstawione przez Odwołującego Netia S.A. nie mogą stanowić potwierdzenia podnoszonego stanowiska, bowiem przedstawione decyzje administracyjne dotyczyły zupełnie odmiennych stanów faktycznych. To prawda, że zdarzają się długotrwałe inwestycje budowania nowych przyłączy, jednakże nie zawsze muszą trwać 4 miesiące, mogą być dłuższe, bądź krótsze, wszystko zależy od uwarunkowań związanych z budową infrastruktury. Podane dowody dotyczą skomplikowanych inwestycji, w których wystąpiły przypadki przeszkód prawnych i faktycznych w ich realizacji. Przy czym, na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2016 r. Odwołujący Netia S.A. przyznał, że tego typu inwestycje mogą trwać nawet do 10 miesięcy, co jednoznacznie świadczy o braku zdolności wykonawcy do świadczenia przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że w Rozdziale II pkt II akapit 2 tiret 3 SIWZ oraz § 3 ust. 2 pkt 2 IPU, Zamawiający przewidział możliwość zmiany terminu rozpoczęcia świadczenia usług w przypadku wystąpienia uwarunkowań technicznych dotyczących wdrożenia usługi będącej przedmiotem zamówienia w Jednostce, niezależnych od Wykonawcy.

Tym samym, w przypadku wystąpienia trudności, np. przedłużającej się inwestycji, bądź braku porozumienia z dotychczasowym operatorem infrastruktury, termin rozpoczęcia usługi ulegnie przesunięciu.

Zamawiający nie zgodził z twierdzeniami obu Odwołujących, że termin rozpoczęcia usługi został określony w sposób sztywny.

Podobnie nie zgodził z zarzutami Odwołującego Netia S.A., który na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2016 r. powoływał się na możliwość przedłużenia się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co może doprowadzić do skrócenia się okresu przewidzianego na przygotowanie się do realizacji usługi. W tym zakresie wskazał, że przedmiotowe argumenty są hipotetyczne i w związku z powyższym, nie mogą stanowić uzasadnienia zarzutu. Przyjmując, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostanie rozstrzygnięte w terminie związania ofertą tj. do 6 lipca 2016 r., wykonawcy wciąż będą dysponować czasem pozwalającym im na uruchomienie usługi w dniu 1 września 2016 r. lub późniejszym.

Stanowisko Odwołującego T-Mobile Polska S.A., jakoby termin na rozpoczęcie usługi nie został w sposób jednoznaczny i precyzyjny określony jest zupełnie bezzasadne. Wydaje się, że Zamawiający nie mógł bardziej precyzyjnie określić terminu rozpoczęcia usługi niż przez wskazanie konkretnej daty, jednocześnie dopuszczając możliwość przesunięcia terminu, określając datę końcową trwania umowy oraz okres jej realizacji.

Żądania Odwołującego T-Mobile S.A. w tym zakresie są ze sobą wewnętrznie sprzeczne, ponieważ z jednej strony Odwołujący żąda precyzyjnego i jednoznacznego określenia terminu rozpoczęcia usług, z drugiej zaś chce uzależnić termin rozpoczęcia usługi od 4 - miesięcznego terminu na przygotowanie się wykonawcy do świadczenia usług.

Zamawiający nie może uwzględnić żądania Odwołującego, ponieważ ze względu na kończące się umowy na usługi telefonii stacjonarnej poszczególnych JAP, jest obowiązany zapewnić ciągłość ich usług od dnia 1 września 2016 r., bądź w przypadku innych Jednostek, w późniejszych terminach. Równocześnie, nie jest możliwe wprowadzenie 4 - miesięcznego terminu na przygotowanie się wykonawcy do świadczenia usługi, ponieważ takie postanowienie spowoduje przesunięcie terminu rozpoczęcia usługi, jak również uczyni ten termin nieprecyzyjnym i niejednoznacznym. Termin ten uniemożliwi również właściwą kalkulację ceny oferty i doprowadzi do nieporównywalności ofert.

2. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 i art. 140 ust. 1 ustawy Pzp – prawo opcji.

Zamawiający nie zgodził się z żądaniami oraz twierdzeniami Odwołujących. Po pierwsze, Zamawiający nie może zrezygnować z uprawnienia, o którym mowa w § 3 ust. 3 IPU, tj. możliwości zwiększenia lub zmniejszenia ilości poszczególnych usług (w tym również prawo do zmiany ilości łącz) o nie więcej niż +/- 10% liczonych dla całości zamówienia dla wszystkich Jednostek. Powyższe uprawnienie jest niezbędne dla Zamawiającego i odzwierciedla jego uzasadnione potrzeby. W trakcie trwania umowy mogą bowiem nastąpić sytuacje, w których na przykład konieczne będzie uruchomienie łącza alarmowego, bądź dodatkowej linii, tak jak w przypadku obecnego wykonawcy, który był zobowiązany do uruchomienia dodatkowej linii dla celów informacyjnych programu 500+.

Jednocześnie, Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, opis przedmiotu zamówienia stanowi uprawnienie i obowiązek Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że na skutek modyfikacji SIWZ postanowienia dotyczące prawa opcji zostały doprecyzowane w sposób wystarczający. Natomiast przyznanie się przez Odwołującego Netia S.A. podczas rozprawy w dniu 14 kwietnia 2016 r., że nie jest on w stanie podjąć się realizacji przedmiotu zamówienia w przypadku skorzystania z prawa opcji przez Zamawiającego, tj. zwiększenia ilości poszczególnych usług, jedynie potwierdza tezę Zamawiającego, że Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania.

3. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – zakres przedmiotu zamówienia (wspólny zarzut Odwołujących Netia S.A. oraz T-Mobile S.A., KIO 479/16, KIO 480/16).

Odnosząc się do zarzutów oraz żądań Odwołujących dotyczących wymagania określonego w Załączniku 6 pkt III ppkt 11 OPZ, na samym początku Zamawiający wskazał, że obaj Odwołujący w sposób błędny interpretują postanowienie SIWZ w tym zakresie i z tych przyczyn, podnoszone przez nich zarzuty dotyczące przedmiotowego postanowienia są bezzasadne. Podkreślił, że zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, to do Zamawiającego należy interpretacja postanowień SIWZ, ponieważ to on jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i on jest autorem dokumentacji.

Odnosząc się bardziej szczegółowo do twierdzeń Odwołujących, wskazał, że błędnie podnoszą jakoby Zamawiający zmuszał wykonawcę przedmiotowej umowy do korzystania jedynie z infrastruktury obecnego wykonawcy, tj. Orange Polska S.A. W Załączniku 6 pkt III ppkt 11 OPZ jest rzeczywiście mowa o wymaganiu, aby wszystkie przyłącza telekomunikacyjne określone w Załączniku nr 7 do SIWZ, były zrealizowane za pomocą istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej (Zamawiający wskazywał „dotychczas wykorzystywanej”). Powyższe postanowienie wbrew twierdzeniom Odwołujących nie stanowi jednak o tym, że wykonawca przedmiotowej umowy powinien realizować zamówienie przy pomocy infrastruktury należącej do Orange Polska S.A., lecz do infrastruktury istniejącej, dotychczas wykorzystywanej w Jednostkach. Wskazał, że w JAP istnieje obecnie infrastruktura należąca nie tylko do aktualnego wykonawcy, tj. Orange Polska S.A., ale również do innych operatorów telefonii stacjonarnej, m.in. Odwołujących. Zatem zarówno Netia S.A., jak i T-Mobile S.A. nie są uzależnieni od aktualnego wykonawcy umowy, jak podnosili na rozprawie.

Tezy Odwołujących nie potwierdza również fakt, że w Załączniku 6 pkt III ppkt 11 OPZ wymieniono elementy istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej, z których powinien korzystać wykonawca. Wskazał, że postanowienie zawiera katalog otwarty, co oznacza, że wymieniono jedynie przykładowe elementy.

Zamawiający nie zgodził ze stanowiskiem prezentowanym przez obu Odwołujących, że przedmiotowe wymaganie nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Wskazał, że Zamawiający formułując postanowienie OPZ miał na uwadze względy funkcjonalne, jego celem było uniknięcie budowy kolejnej infrastruktury w JAP, które już mają dostęp do przyłączy. Konieczne było bowiem zapewnienie porządku przyłączy i z tego względu wykorzystanie istniejącej infrastruktury było rozwiązaniem priorytetowym.

Odwołujący Netia S.A. przyznał na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2016 r., że w chwili obecnej nie posiada infrastruktury, która pozwalałaby mu na realizację zamówienia bez konieczności korzystania z przyłączy aktualnego wykonawcy. W tym stanie faktycznym Odwołujący upatruje niedozwolonego uprzywilejowania Orange Polska S.A. Jednakże Zamawiający wskazał, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nigdy nie występują warunki absolutnej równości wykonawców, zawsze dotychczasowy wykonawca znajduje się w korzystniejszej sytuacji niż pozostali uczestnicy postępowania. Zauważył, że wykonawca Orange Polska S.A. przed realizowaniem aktualnej umowy również musiał korzystać z infrastruktury innych operatorów, bądź wybudować swoje przyłącze, jeżeli nie było możliwości dzierżawienia sieci. Jeżeliby uznać argumenty Odwołującego Netii S.A. przedstawione na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2016 r. za słuszne, należałoby uznać, że Zamawiający powinien był przeprowadzić przedmiotowe postępowanie w trybie z wolnej ręki ze względu na wystąpienie przyczyn obiektywnych o technicznym charakterze, które

uniemożliwiałyby prowadzenie procedury otwartej. W takim przypadku jednak odwołanie należałoby uznać za bezprzedmiotowe, jak również przyjąć, że Odwołujący nie posiadają interesu w uzyskaniu zamówienia, ze względu na brak zdolności do jego realizacji.

Jednak w celu doprecyzowania postanowienia zawartego w Załączniku 6 pkt III ppkt 11 OPZ i dla wyjaśnienia wykładni tego postanowienia, Zamawiający dokonał jego stosownej modyfikacji, aby na etapie realizacji umowy, wymagania Zamawiającego nie budziły żadnych wątpliwości interpretacyjnych. W związku z powyższym, Zamawiający wniósł, aby na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, Skład Orzekający uwzględnił dokonaną zmianę SIWZ przy ustalaniu stanu faktycznego sprawy i oddalił przedmiotowy zarzut jako bezzasadny.

Zamawiający podkreślił, że wbrew twierdzeniom Odwołujących, nie wymaga w sposób bezwzględny korzystania z istniejącej infrastruktury, o czym świadczy postanowienie zawarte w Załączniku 6 pkt III ppkt 12 OPZ, a które to postanowienie jest konsekwentnie pomijane przez obu Odwołujących. Zgodnie ze wskazanym postanowieniem *„w przypadku braku możliwości technicznych wykorzystania istniejących zasobów fizycznych sieci w poszczególnych obiektach, Jednostka dopuszcza inną, uzgodnioną bezpośrednio z Jednostką, technikę transmisyjną wykonywania usług telekomunikacyjnych.”*

Odwołujący niesłusznie twierdzą, że wskazane postanowienie dopuszcza inne rozwiązanie niż istniejąca infrastruktura tylko w sytuacji, gdy wystąpią problemy techniczne z przyłączami, zaś w katalog tych sytuacji nie wchodzi np. przeszkoda w uzyskaniu dostępu do istniejącej infrastruktury. Taka interpretacja jest błędna, ponieważ Zamawiający posłużył się ogólnym sformułowaniem „braku możliwości technicznych”. Pod tym pojęciem Zamawiający rozumiał szeroki katalog przyczyn uniemożliwiających dostęp do istniejącej infrastruktury, nie ograniczając się jedynie do przeszkód o charakterze technologicznym, o których wspominali Odwołujący. Zamawiający wskazał, że wykładnia SIWZ należy do Zamawiającego, jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz autora dokumentacji.

Jednak w celu wyjaśnienia wątpliwości interpretacyjnych, Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie przedmiotowego postanowienia, usuwając słowo „technicznych”.

W związku z powyższym, Zamawiający wniósł, aby na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, Skład Orzekający uwzględnił dokonaną zmianę SIWZ przy ustalaniu stanu faktycznego sprawy i oddalił przedmiotowy zarzut jako bezzasadny.

4. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp – sposób realizacji przedmiotu zamówienia (zarzut Odwołującego Netia S.A. – KIO 479/16)

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zastrzeżenia w § 3 pkt 4 Umowy (Załącznik nr 5 do SIWZ), terminu na przedłożenie Zamawiającemu harmonogramu prac

uruchomieniowych oraz dokumentacji formalno-technicznej uruchomienia łączy, Zamawiający wskazał, że zarzut ten jest niezasadny i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w tym zakresie podtrzymał swoje stanowisko, że obecny termin 14 - dniowy jest wystarczający dla przedłożenia wymaganej dokumentacji. Przy czym podkreślił, że kwestionowane postanowienie mówi o obowiązku przedstawienia wymaganej dokumentacji „*przed podjęciem realizacji usług telekomunikacyjnych będących przedmiotem niniejszej umowy, jednak nie później niż na 14 dni przed planowanym terminem uruchomienia usługi w danej Jednostce*”. Z postanowienia wynika zatem wprost, że termin 14 dni jest terminem najpóźniejszym, więc wykonawca może przedłożyć wymaganą dokumentację wcześniej.

Odnosząc się zaś do twierdzeń Odwołującego (Netia S.A.) jakoby ze względu na przedłużające się postępowanie, termin 14 - dniowy należy uznać za zbyt krótki, nie pozwalający na właściwe przygotowanie wymaganej dokumentacji, Zamawiający podniósł, że są to twierdzenia hipotetyczne. Odwołujący nie może w chwili obecnej ustalić, czy przedmiotowe postępowanie się przedłuży, czy też zakończy się stosunkowo szybko. Zamawiający przypomniał, że termin związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu upłynie w dniu 6 lipca br., zatem jest to wciąż termin dłuższy niż 14 dni przed rozpoczęciem usług.

6. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 2 Pzp – kryterium oceny ofert (zarzut Odwołującego Netia S.A., KIO 479/16).

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem Odwołującego Netia S.A. dotyczącym określenia w rozdziale VIII pkt III ppkt 2 SIWZ maksymalnego czasu na usunięcie usterki oraz ustalenie zasad oceny ofert wg kryterium – Czasu usunięcia usterek /awarii i w związku z powyższym wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający podtrzymał dotychczasową argumentację i wskazał, że zgodnie z ustawą Pzp określenie przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego realizacji należy do uprawnień Zamawiającego. Tym samym, Zamawiający miał prawo określić czas usunięcia usterek/awarii na poziomie 5 godzin. Odwołujący upatrują w tym postanowieniu skutek w postaci uprzywilejowania aktualnego wykonawcy Orange Polska S.A. Teza ta nie zasługuje z kilku względów:

- Superoferta ramowa Orange Polska S.A. (SOR), której wzór przedstawił jako dowód na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2016 r. Odwołujący Netia S.A., przewiduje priorytetowy czas 8 godzin dla usuwania awarii/usterek w JAP. Przy czym czas 8 godzin ma charakter maksymalny, zatem może być on również krótszy. Ponadto, nie może być mowy o nierównym traktowaniu wykonawców, bowiem również wykonawca Orange Polska S.A. będzie zobowiązany do usunięcia usterki w ciągu 5 godzin, a zatem w czasie krótszym niż wynika z jego Superoferty ramowej;

- wykonawca przedmiotowej umowy, wbrew twierdzeniom Odwoływających, nie jest zmuszony do korzystania z infrastruktury wykonawcy Orange Polska S.A. Istnieje możliwość korzystania z przyłączy innych operatorów lub zbudowania własnej infrastruktury. W tym ostatnim przypadku, wykonawca może samodzielnie tak zorganizować obsługę infrastruktury, by w jak najkrótszym czasie usunąć występującą awarię lub usterkę;

- Odwoływający zapominają o § 6 ust. 2 IPU, zgodnie z którym „W przypadku, gdy usunięcie usterek/awarii, w tym również przerw lub zakłóceń w świadczeniu usług, będzie niemożliwe z przyczyn niezależnych od Wykonawcy w terminie wskazanym w ust. 2, Wykonawca zgłosi ten fakt Jednostce w celu uzgodnienia z nią innego możliwego terminu”. Tym samym, nie są słuszne twierdzenia Odwołującego Netia S.A., że w przypadku korzystania z infrastruktury innego operatora, wymaganie usunięcia awarii w ciągu 5 godzin świadczy o naruszeniu równego traktowania wykonawców, bowiem Zamawiający dopuszcza przedłużenie czasu usuwania usterek, jeżeli wystąpią przyczyny uniemożliwiające realizację tej usługi w wymaganym czasie.

Istnieją ponadto uzasadnione potrzeby Zamawiającego w zakresie jak najkrótszego czasu usuwania awarii lub usterek w świadczeniu usług telefonii stacjonarnej. Przedmiotowe zamówienie będzie realizowane na rzecz 86 Jednostek Administracji Państwowej, korzystających z około tysiąca numerów telefonicznych. Jakakolwiek awaria lub usterka w świadczeniu usług może się wiązać z negatywnymi skutkami, przede wszystkim z zaburzeniem funkcjonowania urzędów, które nie będą w stanie realizować swoich obowiązków służbowych.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wniósł o oddalenie obu odwołań w całości, złożył do akt sprawy **SIWZ – zmiany wprowadzone w dniu 18 kwietnia 2016 r.**

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy: 1. T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w sprawie sygn. akt KIO 479/16; 2. Netia S.A. z siedzibą w Warszawie w sprawie sygn. akt KIO 480/16 – wnosząc o uwzględnienie odwołań.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

I. Na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, Izba uznała, że wykonawcy zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego: T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w sprawie sygn. akt KIO 479/16; Netia S.A. z siedzibą w Warszawie w sprawie sygn. akt KIO 480/16, wobec spełnienia ustawowych przesłanek skutecznego przystąpienia, stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

II. Oceniając na rozprawie spełnienie przesłanek wynikających z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała, że obaj wykonawcy wnoszący odwołania – Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 479/16) i T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 480/16), z uwagi na otwarty charakter procedury postępowania o udzielenie zamówienia, są czynnie legitymowani do wniesienia odwołań – wykazane zainteresowanie uzyskaniem zamówienia i ewentualność poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

III. Wobec ustalenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołań, Izba rozpoznała odwołania na rozprawie w granicach podtrzymanych zarzutów, które zgodnie z normą art. 180 ust. 1 Pzp powinny wskazywać – wyłącznie niezgodne z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, według stanu na dzień wniesienia odwołań (art. 189 ust. 4 i 5, art. 179 ust. 1 i art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Rozpoznając zarzuty i rozstrzygając o żądaniach odwołujących (art. 192 ust. 7 Pzp i § 34 ust. 1 pkt 4 regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań), Izba miała na uwadze, że: *„Stosownie do z art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie winno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Należy zatem wskazać, że czynność lub zaniechanie zamawiającego oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania stanowią oddzielne, niezależne elementy niezbędne odwołania. Ponadto, same żądanie odwołania nie stanowi o podniesieniu zarzutu.”* (wyrok z dnia 30 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 71/14).

Orzekając, po przeprowadzeniu postępowania dowodowego z uwzględnieniem zasad wynikających z ustawy Pzp:

- kontradycyjności postępowania (art. 190 ust. 1 *„Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy”*; ust. 3 *„Dowodami są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron”*);
- art. 191 ust. 2 *„Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania”*;
- art. 192 ust. 2 *„Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”*

– Izba oddaliła odwołania z powodu braku wpływu stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, przez który należy rozumieć wybór oferty najkorzystniejszej (art. 2 pkt 7a Pzp: *„celem postępowania jest wybór oferty, umożliwiający zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego”* oraz przykładowy wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r., sygn. akt V Ca 3270/12: *„Przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty.”*), a także nie potwierdzenia części zarzutów.

Wniesienie odwołania nie powoduje zawieszenia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z ustawy nie wynika zakaz podejmowania przez zamawiającego czynności związanych z prowadzonym postępowaniem.

Jeśli skutkiem czynności zamawiającego jest zmiana okoliczności faktycznych w stosunku do przedstawionych w odwołaniu, które stanowiły podstawy zarzutów, Izba rozpoznając odwołanie ocenia zaskarżone czynności lub/czy zaniechania czynności przez zamawiającego w granicach przedstawionych w odwołaniu, jednakże wydając orzeczenie uwzględnia dokonane czynności i ich skutek, jako *„(...) brany za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.”* (art. 191 ust. 2 ustawy Pzp).

Zmiana SIWZ dokonana przez zamawiającego w dniach 13 i 18 kwietnia 2016 r., mimo tego, że w związku z odwołaniami i w granicach zaskarżenia, nie stanowi uwzględnienia zarzutów odwołania w rozpoznawanej części, w rozumieniu art. 186 ust. 2 i nast. ustawy Pzp, skutkującego rozstrzygnięciem korzystnym dla odwołujących.

Zamawiający zmienił SIWZ w związku z wniesieniem odwołań i w granicach wskazanych w odwołaniach, jednakże w odpowiedziach na odwołania i w wyjaśnieniach składanych na rozprawie, jednoznacznie oświadczył, że w przypadku niepodzielenia stanowiska odwołujących, zarzuty i żądania odwołań uznał za niezasadne, a w przypadku doprecyzowania SIWZ w związku z podtrzymanymi zarzutami i żądaniami, podniósł bezprzedmiotowość zarzutów na etapie wydania wyroku.

Izba wskazuje, że każda czynność zamawiającego podjęta w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jest nową czynnością podlegającą ocenie z możliwością korzystania ze środków ochrony prawnej, przy spełnieniu przesłanek z art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby, zmiana postanowień SIWZ wskazująca na ich doprecyzowanie na skutek wniesionych odwołań, jest potwierdzeniem, że przed zmianą (na dzień wniesienia odwołań) postanowienia SIWZ zostały sformułowane z naruszeniem ustawy Pzp, jednak na dzień orzekania zaskarżone postanowienia już nie istniały (jako obowiązujące), zatem brak było podstaw do uznania, że mogą mieć „istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”, co wobec normy art. 192 ust. 2 Pzp skutkuje niemożnością uwzględnienia odwołań, mimo zasadnego podniesienia zarzutów (orzecznictwo – przykładowe wyroki Izby:

z dnia 18 kwietnia 2016 r., sygn. akt 446/16; z dnia 24 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1104/15; z dnia 15 kwietnia 2015 r., sygn. akt 642/15; z dnia 1 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1468/14).

Ad 1. Określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług (zarzuty Netia S.A. 1 i 8, T-Mobile S.A. III 1 lit. a, lit. d).

Przedmiotem zaskarżenia w obu odwołaniach był termin realizacji usługi ustalony – „nie wcześniej niż po wygaśnięciu aktualnie zaciągniętych przez Jednostkę zobowiązań” (SIWZ rozdział II pkt II „Termin wykonania zamówienia”). W załączniku nr 7 do SIWZ pn. „Wykaz zasobów telekomunikacyjnych Jednostek” w przeważającej większości umów zawartych na czas oznaczony, wskazano datę wygaśnięcia aktualnie zaciągniętych przez Jednostkę zobowiązań – dzień 31 maja 2016 r. Wskazanie w kilku przypadkach terminów wcześniejszych, wobec wyjaśnienia zamawiającego, Izba uznała jako oczywistą omyłkę pisarską. Zatem, datą zawarcia umowy, co do zasady, była data 1 czerwca 2016 r. – słusznie uznana za termin nierealny, nie tylko w związku z postępowaniem odwoławczym.

Odwołujący podnieśli zarzuty dotyczące terminu – odpowiednio Netia S.A. i T-Mobile S.A. w pkt 1 i III 1a, żądając ustalenia terminu nie krótszego niż 4 miesiące od dnia zawarcia/podpisania umowy.

Termin 4. miesięczny od dnia zawarcia/podpisania umowy wynika z faktu założenia przez odwołujących możliwości odmiennego sposobu realizacji usługi niż opisany w załączniku nr 6 do SIWZ w pkt III ppkt 11 OPZ, w którym zamawiający, co do zasady, przyjął sposób realizacji usługi „(...) za pomocą istniejącej (dotychczas wykorzystywanej) infrastruktury telekomunikacyjnej (...)”.

W zarzutach – odpowiednio 1 i 8 oraz III 1d odwołujący wskazali, że termin i opis sposobu realizacji usługi uprzywilejowuje dotychczasowego usługodawcę.

W żądaniach – odpowiednio 1 i 8 oraz IV 1a, 1d odwołujący wnieśli o ustanowienie terminu 4. miesięcy oraz wykreślenie pkt III ppkt 11 OPZ, nie wnosząc w tym ostatnim zakresie o zamieszczenie opisu zastępczego, którego treścią byłoby dopuszczenie realizacji usługi z wykorzystaniem zbudowanej w tym celu infrastruktury. Dowody złożone przez odwołującego Netia S.A. jako załączniki do pisma z dnia 14 kwietnia 2016 r., nr 1-12, dotyczące czasu trwania procesu budowlanego polegającego na wybudowaniu własnych łączy, byłyby dowodami celowymi.

W sytuacji, gdy zamawiający ze względu na koszty, czas przygotowania realizacji usługi, w tym bezpośrednio przejęcie czynności od dotychczasowego usługodawcy oraz dysponowanie łączy z niezbędnym zakresem, nie przewidział, co do zasady, realizacji usługi z zastosowaniem nowo-wybudowanych łączy, wyznaczenie terminu rozpoczęcia realizacji usługi nie jest determinowane procesami budowlanymi, wskazanymi w odwołaniach jako niezbędnymi przy budowie własnych łączy. Stąd też nie znajduje uzasadnienia wniosek

odwołującego Netia S.A. o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia czasu niezbędnego dla wybudowania własnej infrastruktury.

Izba wskazuje, że z art. 2 pkt 41 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, definiującego pojęcie świadczenia usług telekomunikacyjnych jako „(...) wykonywanie usług za pomocą własnej sieci, z wykorzystaniem sieci innego operatora lub sprzedaż we własnym imieniu i na własny rachunek usługi telekomunikacyjnej wykonywanej przez innego dostawcę usług”, wynika prawna możliwość świadczenia usługi w jednej z przewidzianych w tym przepisie form.

Zamawiający zmienił postanowienia SIWZ ustalając termin realizacji usługi od 1 września 2016 r. do 30 listopada 2017 r. – 15 miesięcy (ogłoszenie opublikowane w Dz.U./S S74 dnia 15 kwietnia 2016 r. – czas trwania zamówienia lub termin realizacji: rozpoczęcie 1.6.2016 r., zakończenie 30.11.2017 r.). Dopuszczył realizację usługi za pomocą istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej (przez wykreślenie w opisie przedmiotu zamówienia wyrazów „dotychczas wykorzystywanej”), w której mają swoje udziały również odwołujący (fakty potwierdzone na rozprawie). W przypadku braku możliwości wykorzystania istniejących zasobów fizycznych sieci w poszczególnych obiektach, zamawiający dopuścił inną uzgodnioną bezpośrednio z Jednostką, technikę transmisyjną wykonywania usług telekomunikacyjnych (wykreślił w opisie przedmiotu zamówienia wyraz „technicznych”) – załącznik nr 6 do SIWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, pkt III ppkt 11 i 12 (zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stan na dzień 18 kwietnia 2016 r.).

Na dzień wydania wyroku nie istniał termin rozpoczęcia świadczenia usług od 1 czerwca 2016 r. Żądanie wykreślenia opisu sposobu realizacji usługi, bez wskazania preferowanego opisu, nie znajduje uzasadnienia, wobec obowiązku zamieszczenia opisu przedmiotu zamówienia (obejmującego żądany sposób realizacji zamówienia) w postanowieniach SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp).

Ad 2. Zarzut odwołującego Netia S.A. – naruszenia przepisów ustawy w związku z § 3 ust. 4 (*w odwołaniu wskazano pkt*) załącznika nr 5 do SIWZ – *Istotne postanowienia umowy*, ustalającym termin 14 dni przed planowanym terminem uruchomienia usługi na przedłożenie zamawiającemu harmonogramu prac uruchomieniowych oraz dokumentacji formalno-technicznej uruchomienia łączy, w sposób niejasny i nieprecyzyjny, a dodatkowo rażąco naruszający uczciwą konkurencję przez uprzywilejowanie dotychczasowego dostawcy usług,

– w zestawieniu z żądaniem odwołującego ustanowienia terminu wynoszącego 21 dni od dnia podpisania umowy, przy założeniu, że termin uruchomienia łączy wyniesienie 4 miesiące od dnia podpisania umowy, jest zarzutem warunkowym uzależnionym od ustanowienia żądanego terminu uruchomienia usługi 4. miesiące od dnia zawarcia umowy.

Odwołujący żądał ustanowienia 21. dniowego terminu liczonego od dnia podpisania umowy, a więc od innego zdarzenia niż przyjął zamawiający w SIWZ.

Izba uznała za zasadne stanowisko zamawiającego, że wobec możliwości złożenia wymaganych dokumentów w każdym czasie, byleby nie później niż 14 dni przed planowanym terminem uruchomienia usługi w danej Jednostce, jest to termin wystarczający na wykonanie czynności opisanych w § 3 ust. 4 załącznika nr 5 do SIWZ.

Ad 4. Zarzut naruszenia przepisów ustawy przez określenie w rozdziale VIII pkt III ppkt 2 SIWZ maksymalnego czasu na usunięcie usterki oraz ustalenie zasad oceny ofert wg kryterium – Czasu usunięcia usterek/awarii – w sposób naruszający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji powodujący uprzywilejowanie dotychczasowego dostawcy usług – nie znajduje uzasadnienia.

Zamawiający opisał kryteria oceny ofert, ich znaczenie i sposób oceny (art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp) ustanawiając: cena o znaczeniu – wadze 96% i czas usunięcia usterek/awarii, w tym również przerw w świadczeniu usług, o znaczeniu – wadze 4%. W SIWZ rozdział VIII pkt III ppkt 1, 2) zamawiający zamieścił opis: *„Czas usunięcia usterek/awarii, w tym również przerw lub zakłóceń w świadczeniu usług będących przedmiotem niniejszego zamówienia (Ua) – nie dłuższy niż 5 godzin – punktowany następująco: za zadeklarowanie usunięcia usterki/awarii w czasie do 1 godziny – 4 pkt; od 1 do 2 godzin – 3 pkt; od 2 do 3 godzin – 2 pkt; od 3 do 4 godzin – 1 pkt; od 4 godzin do 5 godzin – 0 pkt”.*

Odwołujący wywiódł zarzut z treści umowy o dostępie telekomunikacyjnym (złożył do akt sprawy 3 strony wydruku), w której w pkt 1.12.4 (punkt przyjęcia i obsługa zgłoszeń), ppkt 6 (str. 45) przedstawiony został maksymalny nieprzekraczalny czas usunięcia przyczyn awarii dla usługi WLR (lit. b) 26 godzin. W następnym podpunkcie (lit. c) dopuszczono nieprzekraczalny czas usunięcia przyczyn awarii 8 godzin, o ile zostanie nadany tej usłudze status priorytetowy. Zakładając, że w celu świadczenia usługi odwołujący będzie zmuszony zawrzeć umowę na przedstawionych warunkach w zakresie czasu usuwania przyczyn awarii, nie będzie mógł uzyskać punktów w tym kryterium, ze względu na brak możliwości zaoferowania wymaganego czasu.

Izba wskazuje, że czas usunięcia przyczyn awarii został określony jako jedno z kryteriów o niewielkim znaczeniu (ale mogącym mieć wpływ na punktację oferty), dla wszystkich wykonawców w jednakowy sposób, uzasadniony wymaganiami bezpieczeństwa przed ewentualnymi skutkami awarii telefonii stacjonarnej u bezpośrednich odbiorców usługi. Kryteria oceny, o ile nie powodują naruszenia regulacji prawnych stanowiących źródło ich kreowania, pozostają w gestii zamawiającego. Wskazane postanowienia umowne określają czas nieprzekraczalny (maksymalny) usuwania przyczyn awarii, zatem nie ulega wątpliwości, że w interesie zamawiającego jest maksymalne skrócenie czasu usunięcia awarii.

Odwołujący opisał zarzut jako dotyczący kryterium oceny ofert, gdy istotne postanowienia dotyczące usuwania przyczyn awarii w czasie nie dłuższym niż 5 godzin, stanowiące podstawę zobowiązania wykonawcy, zostały zawarte w Załączniku nr 1 do SIWZ – Formularz oferty, pkt „6. *Zobowiązujemy się do usunięcia usterek/awarii, w tym również przerw lub zakłóceń w świadczeniu usług będących przedmiotem niniejszego zamówienia w czasie do godzin (nie dłuższy niż 5 godzin).*”

Składając formularz oferty w postępowaniu, wykonawca złoży oświadczenie o zobowiązaniu się do przestrzegania czasu usuwania przyczyn awarii nie dłuższego niż 5 godzin, co rzutuje na ocenę oferty przede wszystkim w zakresie zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Treść załącznika nie została zaskarżona.

Żądanie odwołującego (pkt 4) określenia w rozdziale VIII pkt III ppkt 2 SIWZ zasad oceny ofert wg ustalonego kryterium – Czasu usunięcia usterek/awarii w następujący sposób: -za zadeklarowane usunięcie usterki/awarii w czasie do 26 godzin – 4 pkt, -za zadeklarowane usunięcie usterki/awarii w czasie powyżej 26 godzin – 0 pkt, w przedstawionych okolicznościach sprawy (czas usunięcia awarii nieprzekraczalny 26 godzin) nie znajduje uzasadnienia prawnego.

Ad 5. Wskazując naruszenie przepisów ustawy przez zastrzeżenie w rozdziale II pkt I ppkt 4 SIWZ oraz § 3 ust. 3 umowy (*w odwołaniu wskazano pkt*), możliwości zmniejszenia i zwiększenia ilości poszczególnych usług, w tym zmiany ilości łączy, co uniemożliwia wykonawcom należytą wycenę zamówienia; odwołujący żądał (pkt 5) doprecyzowania w rozdziale II pkt I ppkt 4 SIWZ oraz § 3 ust. 3 umowy, zasad zmniejszenia i zwiększania wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ilościowej usług stanowiących przedmiot zamówienia, z uwzględnieniem zapłaty stosownego wynagrodzenia za zwiększenie zakresu świadczonych usług przez wykonawcę. Zaskarżone postanowienie SIWZ rozdział II pkt I ppkt 4 zostało zmienione (zmiana z dnia 13 kwietnia 2016 r.), przez nadanie treści ograniczającej nieprzysługiwanie wykonawcy prawa do roszczeń: *„Wykonawcy nie przysługuje prawo do roszczeń z tytułu rezygnacji przez Jednostkę z usługi”*. W § 3 ust. 3 umowy określono dopuszczalność rezygnacji z usługi z zachowaniem wskazanego terminu wypowiedzenia.

Doprecyzowanie postanowień SIWZ nastąpiło w dniach 13 i 18 kwietnia 2016 r., zatem Izba wydając wyrok wzięła za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 ustawy) oraz fakt, że naruszenie przepisów nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpisy uiszczone przez odwołujących w kwocie 30 000 zł oraz zasądziła na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 7 200 zł, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: