

**WYROK
z dnia 12 lutego 2019 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Katarzyna Prowadzisz

Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2019 r. przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12; 02-674 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa, ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa

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

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę § 4 ust.1 wzoru umowy w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w następujący sposób: „Wykonawca rozpocznie świadczenie Usług w terminie 4 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Wykonawca najpóźniej do początku trzeciego dnia przed końcem ww. terminu, przewiezie sprzęt informatyczny należący do Zamawiającego z jego dotychczasowego centrum zapasowego, znajdującego się na ul. Przy Bażantarni w Warszawie do CZ. Dokładny termin przewiezienia ww. sprzętu informatycznego zostanie uzgodniony przez Zespół ds. realizacji Umowy”,

2. Kosztami postępowania obciąża Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa, ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12; 02-674 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa, ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa na rzecz wykonawcy T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12; 02-674 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 wraz ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa, ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług telekomunikacyjnych sieci rozległej WAN”, numer referencyjny: 49/2019/C.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 18 stycznia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 013-026452.

W tym samym dniu na stronie internetowej Zamawiającego zamieszczona została Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami ogłoszenia i SIWZ Odwołujący: T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12; 02-674 Warszawa w dniu 28 stycznia 2019 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujące przepisy:

1. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga, aby wykonawca rozpoczął świadczenie usług objętych przedmiotem zamówienia najpóźniej do dnia 9 maja 2019r., a w przypadku zawarcia umowy po tej dacie w ciągu 4 tygodni od daty podpisania umowy, które to terminy są zbyt krótkie biorąc pod uwagę skalę zamówienia i w nieuzasadniony sposób uprzywilejowują wykonawcę obecnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego (Pkt III SIWZ, §4 ust. 1 wzoru umowy);

2. art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy (dalej jako „wzór umowy”) wraz z załącznikami, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego oraz nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim:

a) Zamawiający nie wprowadził w § 9 wzoru umowy procedury reklamacyjnej, która umożliwiłaby wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń co do zasadności nałożenia kar umownych oraz ich wysokości, a także usunięcie naruszeń przed ich nałożeniem,

b) nie określono maksymalnej wysokości kar umownych i bonifikat, do których zapłaty zobowiązany może być Wykonawca;

c) Zamawiający w §5 ust. 1 - 3 Załącznika nr 4 do umowy wskazał, że według własnego wyboru może wypowiedzieć umowę w trybie natychmiastowym (bez okresu wypowiedzenia) lub żądać od wykonawcy, aby zapłacił Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10% całkowitej wartości brutto umowy (ust. 1 i 3) albo 30% całkowitej wartości brutto umowy (ust. 2).

Jednocześnie Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ oraz załączników do SIWZ, poprzez:

1. zmianę pkt III SIWZ w następujący sposób: „Wykonawca jest zobowiązany do wykonania przedmiotu zamówienia w terminie 36 miesięcy od dnia uruchomienia usług”;

2. zmianę § 4 ust. 1 wzoru umowy w następujący sposób „Wykonawca rozpocznie świadczenie Usług w terminie do 4 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Wykonawca, najpóźniej do początku trzeciego dnia przed końcem ww. terminu, przewiezie sprzęt informatyczny należący do Zamawiającego z jego dotychczasowego centrum zapasowego, znajdującego się na ul. Przy Bażantarni w Warszawie do CZ. Dokładny termin przewiezienia ww. sprzętu informatycznego zostanie uzgodniony przez Zespół ds. realizacji Umowy”,

3. wprowadzenie do wzoru umowy następujących zmian:

a) wprowadzenie do § 9 wzoru umowy postanowienia, zgodnie z którym każdorazowe naliczenie kar umownych przewidzianych w umowie zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz odniesienie się przez Wykonawcę do podanych przez Zamawiającego podstaw naliczenia kar umownych;

b) wprowadzenie do §9 wzoru umowy limitu kar umownych przewidzianych w umowie oraz bonifikat/kar określonych w Załączniku nr 4 do umowy do łącznej wysokości 100% wysokości wynagrodzenia netto należnego wykonawcy z tytułu realizacji umowy;

c) modyfikację § 9 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy poprzez obniżenie kar umownych przewidzianych w tym postanowieniu w ten sposób, że Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia wykonawcy kary umownej w przypadku: „niedotrzymania przez Wykonawcę terminu uruchomienia Usług określonego w 54 ust. 1 Umowy - 0,1 % całkowitej wartości Umowy brutto, określonej w 5 8 ust. 1, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, a w przypadku zwłoki powyżej 10 dni - 0,5 % całkowitej wartości Umowy brutto, określonej w § 8 ust. 1, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki”;

d) modyfikację §5 ust. 1 i 2 załącznika nr 4 do umowy w ten sposób, kary umowne przewidziane w tych postanowieniach zostaną obniżone o 50% w stosunku do obecnie określonych wartości;

e) modyfikację §5 ust. 1 - 3 Załącznika nr 4 do umowy w ten sposób, że wykreślona zostanie możliwość wyboru przez Zamawiającego wypowiedzenia umowy w trybie natychmiastowym lub żądania od wykonawcy kar umownych i wprowadzone zostanie ograniczenie uprawnień Zamawiającego przewidzianych w tych postanowieniach wyłącznie do wypowiedzenia umowy albo wyłącznie do naliczenia kar umownych (jedno z tych uprawnień).

Odwołujący w zakresie zarzutu dotyczącego terminu wykonania wdrożenia sieci WAN zwrócił uwagę, że w Rozdziale III SIWZ Zamawiający wskazał, że „Wykonawca jest zobowiązany do wykonania przedmiotu zamówienia w terminie 36 miesięcy od dnia 10.05.2019 r. lub od dnia uruchomienia usług, jeżeli nastąpi to po dniu 10.05.2019r.”.

Zauważył, że stosownie do treści §4 ust. 1 wzoru umowy: „Wykonawca rozpocznie świadczenie Usług najpóźniej dnia 9 maja 2019 r., a w przypadku zawarcia Umowy po tej dacie, uruchomienie Usług nastąpi w ciągu 4 tygodni od daty podpisania Umowy. Wykonawca, najpóźniej do początku trzeciego dnia przed końcem ww. terminu, przewiezie sprzęt informatyczny należący do Zamawiającego z jego dotychczasowego centrum zapasowego, znajdującego się na ul. Przy Bażantarni w Warszawie do CZ. Dokładny termin przewiezienia ww. sprzętu informatycznego zostanie uzgodniony przez Zespół ds. realizacji Umowy.”.

Według Odwołującego – z powołanych powyżej postanowień wynika, iż Zamawiający ustalił termin na rozpoczęcie świadczenia usług poprzez wskazanie konkretnej daty, a w przypadku, gdyby zawarcie umowy nastąpiło po ww. dacie, wykonawca powinien rozpocząć świadczenie usług w terminie 4 tygodni od zawarcia umowy, tj., terminie zbyt krótkim biorąc pod uwagę zakres zamówienia opisany w dokumentacji przetargowej.

Zdaniem Odwołującego - tak określony termin na rozpoczęcie świadczenia usług w ramach umowy narusza zasady opisu przedmiotu zamówienia, z którego wynika, że zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Wskazał, że termin rozpoczęcia świadczenia usług jest jednym z elementów opisu przedmiotu zamówienia, dlatego Zamawiający musi ten termin ustalić z uwzględnieniem wskazanych w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wymagań i okoliczności mających wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejsze zobowiązania wynikające z zawartej umowy.

Powołał się również na §1 ust. 1 wzoru umowy, zgodnie z którym przedmiotem zamówienia jest „świadczenie usług telekomunikacyjnych polegających na połączeniu siecią rozległą WAN w technologii IP VPN MPLS w topologii gwiazdy 19 lokalizacji Zamawiającego: Centrum Podstawowego (CP) zlokalizowanego w Centrali Zamawiającego, 17 Oddziałów Terenowych Zamawiającego (OT) i Centrum Zapasowego (CZ), które to centrum Wykonawca udostępni Zamawiającemu w ramach usługi kolokacji, a następnie utrzymania tych połączeń, zapewnieniu i utrzymaniu dostępu CP i CZ do sieci Internet, a także zestawieniu łącza dodatkowego 12 pomiędzy CP i CZ, w tym:

- 1) w ramach sieci rozległej WAN:
 - a) połączenie siecią rozległą WAN sieci lokalnych LAN CP, CZ i 17 OT oraz utrzymanie tego połączenia,
 - b) połączenie CP z CZ łączem pakietowej transmisji danych o przepustowości 1Gb/s oraz utrzymanie tego połączenia;
- 2) w ramach dostępu do Internetu:
 - c) zapewnienie szerokopasmowego dostępu CP i CZ do Internetu oraz utrzymanie tego dostępu;
- 3) w ramach usługi kolokacji w CZ:
 - d) uruchomienie i świadczenie usługi kolokacji w CZ,
 - e) przewiezienie sprzętu informatycznego należącego do Zamawiającego z jego dotychczasowego centrum zapasowego, znajdującego się przy ul. Przy Bażantarni w Warszawie do CZ (szczegóły zostaną ustalone przez Zespół ds. realizacji Umowy);
- 4) w ramach dostarczenia łącza 12:
 - f) zestawienie dodatkowego, niezależnego od sieci WAN i Internet, łącza 12 o przepustowości 1Gb/s pomiędzy CP i CZ zamawiającego zakończonego interfejsem Ethernet RJ45 1 Gb/s na obu końcach”.

W związku z powyższym argumentował, że przy tak dużej skali przedsięwzięcia, czas potrzebny na skoordynowanie i wykonanie wszystkich niezbędnych czynności do przeprowadzenia uruchomienia usług dodatkowo się wydłuża.

Przewidziany przez Zamawiającego okres na wdrożenie sieci WAN został określony nieprawidłowo, zarówno w zakresie w jakim Zamawiający określił go poprzez odniesienie do konkretnej daty, jak również w zakresie w jakim Zamawiający przewidział czas zaledwie 4 tygodni na uruchomienie usług przez wykonawcę.

Przede wszystkim, określenie przez Zamawiającego sztywnego terminu odnoszącego się do rozpoczęcia świadczenia usług poprzez wskazanie konkretnej daty kalendarzowej stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Przekonywał, że Wykonawca zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu nie ma wiedzy, co do tego kiedy zakończy się postępowanie, a co za tym idzie, kiedy zostanie podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego.

W opinii Odwołującego - Zamawiający powinien uwzględnić, iż na każdym etapie postępowania wykonawcom przysługuje prawo skorzystania ze środków ochrony prawnej i wydłużenie procedury udzielania zamówienia z tej przyczyny powinno być brane przez niego pod uwagę przy formułowaniu wymagań dotyczących terminów realizacji zamówienia.

Wskazał przy tym, że w obecnym brzmieniu postanowień umowy i SIWZ, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie zawarta po 9 maja 2019r. termin na rozpoczęcie świadczenia usług będzie wynosił 4 tygodnie od zawarcia umowy. Możliwa jest zatem sytuacja, w której umowa zostanie zawarta na kilka dni przed 9 maja 2019r., co będzie oznaczało, iż wykonawcy zostanie zaledwie kilka dni na przygotowanie się do świadczenia usług. Tak sformułowane postanowienia w sposób rażąco naruszają art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i uprzywilejowują wykonawcę, który obecnie świadczy usługi na rzecz Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego, podniósł, że okres 4 tygodni na przygotowanie się przez wykonawcę do świadczenia usług jest okresem zbyt krótkim, zważywszy na zakres prac jakie należy wykonać przed rozpoczęciem świadczenia usług w zakresie opisanym w dokumentacji przetargowej. Takie określenie terminu uruchomienia usług preferuje tych spośród dostawców usług, którzy już świadczą usługi na rzecz Zamawiającego.

Niezależnie od technologii świadczenia usługi, operator telekomunikacyjny – w przekonaniu Odwołującego - potrzebuje okresu przygotowawczego w celu realizacji prac niezbędnych do świadczenia wymienionych usług.

Przyznał przy tym, że Zamawiający nie wymaga świadczenia usług za pośrednictwem łączy w technologii światłowodowej, jednak deklarowana liczba połączonych lokalizacji OT KOWR z wykorzystaniem technologii kablowej - światłowodowej stanowi jedno z kryteriów oceny ofert (pkt XV. 1.2) SIWZ), które stanowi aż 40 % oceny, w związku z tym im większą liczbę lokalizacji w technologii światłowodowej wykonawca będzie w stanie zaoferować, tym więcej punktów w zakresie tego kryterium otrzyma.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z pkt 1 ppkt 7) Załącznika nr 1 do umowy Zamawiający ograniczył możliwość świadczenia usług z wykorzystaniem alternatywnych

technologii: „W celu zapewnienia odpowiedniej skalowalności infrastruktury sieciowej WAN, zachowania niezbędnych parametrów jakościowych dla Zamawiającego, bezpieczeństwa transmisji danych, zapewnienia prywatności i izolacji kanałów VPN konfigurowanych przez Wykonawcę łącza dostępowe nie mogą być budowane z wykorzystaniem:

- a) zasobów publicznej sieci Internet,
- b) infrastruktury znajdującej s/ę poza terytorium Polski,
- c) łączy asymetrycznych w technologii DSL,
- d) łączy satelitarnych,
- e) komutowanych łączy telefonicznych,
- f) łączy technologii radiowych punkt-wielopunkt w paśmie licencjonowanym oraz innych nie podlegających koncesjonowaniu przez UKE,
- g) technologii Wi-Fi, EDGE, UMTS, HSDPA, HSUPA, LTE (2G,3G,4G i 5G)”.

W związku z tym, wyłączenie ww. technologii oraz ustalone kryterium oceny ofert powodują, że wykonawca, aby mieć realną szansę uzyskania zamówienia powinien uwzględnić w ofercie łącza z wykorzystaniem technologii światłowodowej.

Wyjaśnił, że budowa łączy telekomunikacyjnych i uruchomienie usługi jest procesem czasochłonnym i wiąże się z podjęciem przez wyspecjalizowanych pracowników wykonawcy szeregu działań, w tym wydzierżawienia lub zestawienia łączy. Przed rozpoczęciem budowy niezbędnej infrastruktury wykonawca musi wystąpić o stosowne pozwolenia i zezwolenia. Wobec tego czas potrzebny wykonawcy na przygotowanie do świadczenia usług powinien uwzględniać, poza czasem przeprowadzenia prac związanych z pozyskaniem lub wybudowaniem łączy oraz instalacją infrastruktury, również czas niezbędny do uzyskania stosownych pozwoleń i zezwoleń. Budowa łącza światłowodowego jest bardzo czasochłonnym procesem, który wymaga uzyskania szeregu zgód i pozwoleń, co w efekcie powoduje, że może potrwać nawet kilka miesięcy.

Dalej wywodził, że bez względu na to, czy wykonawcy zdecydują się na wybudowanie własnej infrastruktury, czy też skorzystają z ofert dzierżawy infrastruktury od innego operatora w każdym z tych przypadków, konieczne jest zapewnienie Wykonawcy wystarczającego czasu na przygotowanie do świadczenia usług i wykonanie wszystkich związanych z tym czynności faktycznych i prawnych.

Czynności zarówno formalne, jak i praktyczne konieczne dla wybudowania infrastruktury, w szczególności punktowanej przez Zamawiającego infrastruktury w technologii światłowodowej zajmują odpowiedni czas, którego skrócenie nie jest możliwe

nawet przy odpowiednim zaangażowaniu i potencjale Wykonawców. Wykonawca nie ma np. wpływu na terminy wynikające z przepisów prawa administracyjnego, które przewidują co do zasady 30-dniowy termin, zobowiązujący do oczekiwania na odpowiedź, z możliwością jego wydłużenia.

Zdaniem Odwołującego - w celu przygotowania do świadczenia usług, konieczne jest stworzenie i uzgodnienie dokumentacji projektowej, przeprowadzenie prac budowlanych, uzyskanie pozwoleń lub zgód albo dopełnienie obowiązków w zakresie zgłoszeń, zarówno bezpośrednio dotyczących budowy, jak i powiązanych (np. uzyskanie zgody na zajęcie pasa drogowego).

Podkreślił przy tym, że nie jest możliwe podejmowanie przez Wykonawcę jakichkolwiek inwestycji przed zawarciem umowy, a zatem, wyłącznie stosowne wydłużenie terminu na przygotowanie usługi umożliwia zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

W przeciwnym wypadku, krótki maksymalny termin na wykonanie prac niezbędnych do rozpoczęcia świadczenia usług rozległej sieci WAN na zasadach opisanych w dokumentacji przetargowej staje się de facto kryterium ograniczającym, czy też eliminującym konkurencję w tym postępowaniu.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z ust. 2 §4 wzoru umowy „W terminie określonym w ust. 1 Wykonawca przeprowadzi niezbędne prace, których celem będzie uruchomienie Usług, w tym:

- 1) przygotuje dokumentację powykonawczą zawierającą schemat rozwiązania technicznego połączenia siecią rozległą WAN lokalizacji Zamawiającego, a także dostarczenia do CP i CI szerokopasmowego dostępu do Internetu, wraz z jego opisem,
- 2) przeprowadzi testy poprawności działania sieci WAN, dostępu do Internetu i przepustowości zestawionych łącz,
- 3) podejmie próbną eksploatację sieci, której celem będzie ostateczna konfiguracja zasobów sprzętowych wykorzystanych do realizacji Umowy, zapewniających działanie sieci i szerokopasmowego dostępu do Internetu zgodne z ustalonymi warunkami SLA (Załącznik nr 4 do Umowy).”.

Zaznaczył przy tym, że wdrożenie sieci WAN KOWR poza wykonaniem odpowiedniej infrastruktury we wszystkich lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego obejmuje również dokonanie odbiorów i przeprowadzenie testów odbiorczych jak również podjęcie próbnej eksploatacji sieci. Wobec tego jest to proces czasochłonny, a czas przewidziany

przez Zamawiającego na wykonanie prac niezbędnych do rozpoczęcia świadczenia wskazanych usług nie jest wystarczający.

W ocenie Odwołującego - z punktu widzenia wykonawców, którzy nie mają gotowej infrastruktury - nie są podmiotem, który dotychczas świadczy usługi na rzecz Zamawiającego, okres do 9 maja 2019r. lub - w zależności od przypadku - 4 tygodni od zawarcia umowy nie jest wystarczający do należytego wykonania wszystkich działań niezbędnych do rozpoczęcia świadczenia usług.

Jednocześnie zajął stanowisko, iż Zamawiający nie jest uprawniony do powoływania się na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, gdyż wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji zbyt późnego wszczęcia postępowania przez Zamawiającego.

Zamawiający zdecydował się na udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, który jest procedurą konkurencyjną w związku z czym, powinien prowadzić postępowanie z poszanowaniem zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców.

Ponadto, wskazał, że należy mieć na względzie wysokie kary umowne, jakie przewidział Zamawiający w przypadku jakiegokolwiek zwłoki w wykonaniu uruchomienia usług - 0,3 % całkowitej wartości umowy brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki oraz 1% całkowitej wartości dzień opóźnienia przy opóźnieniu powyżej 10 dni.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia powinien uwzględnić istniejące realia rynkowe oraz potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu tak, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której dochodzi do zawężenia kręgu wykonawców poprzez nieuzasadnione w obiektywny sposób postanowienia SIWZ. Nie można dopuścić do sytuacji, w której to opis przedmiotu zamówienia, a nie treść ofert, zdecydują komu Zamawiający udzieli zamówienia. Powyższe działanie Zamawiającego ma miejsce na etapie poprzedzającym składanie ofert, w konsekwencji czyni z opisu przedmiotu zamówienia quasi warunek udziału w postępowaniu. Cel, który zamierza osiągnąć Zamawiający przeprowadzając przedmiotowe postępowanie nie uzasadnia takiego ograniczenia.

Biorąc pod uwagę okoliczność, iż Zamawiający w sposób znaczący ograniczył sposób realizacji zamówienia poprzez wyłączenie technologii alternatywnych, a preferując rozwiązanie kablowe (miedź, światłowód), które są dostępne wykonawcy aktualnie świadczącemu usługi i dodatkowo punktowane (światłowód), nie może budzić wątpliwości

fakt, iż zasadne jest dokonanie modyfikacji treści specyfikacji w sposób zaproponowany przez Odwołującego, tj. poprzez takie określenie terminu na przygotowanie do realizacji zamówienia, który będzie realny i uwzględniający wszystkie czynności, jakie będzie należało wykonać, aby rozpocząć świadczenie usług.

Pismem z dnia 1 lutego 2019r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym ogłoszenia i SIWZ, odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 lutego 2019r, pisma procesowego Odwołującego z dnia 11 lutego 2019r. jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień i dowodów Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Na posiedzeniu przed Izbą pełnomocnik Odwołującego oświadczył, że wycofuje wszystkie zarzuty, z wyjątkiem zarzutu opisanego w pkt. 1 odwołania, a dotyczącego wydłużenia terminu do 4 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

W związku z powyższym Izba uznała, że pozostałe zarzuty odwołania nie podlegają rozpoznaniu.

Przechodząc do rozpoznania meritum sprawy, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy w ramach postępowania odwoławczego, Izba stwierdziła w działaniach Zamawiającego naruszenie przepisów art.7 ust.1 i art.29 ust.2 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do zmiany § 4 ust.1 wzoru umowy w SIWZ w sposób wnioskowany przez Odwołującego, to jest do wydłużenia okresu od którego rozpocznie się świadczenie usług do 4 miesięcy, zamiast 4 tygodni (po modyfikacji SIWZ z dnia 4 lutego 2019r. – 6 tygodni).

Według zapatrywania Izby – Zamawiający nie wyjaśnił i nie wykazał dlaczego okres 4 tygodni (po modyfikacji SIWZ – 6 tygodni) jest odpowiedni i wystarczający dla wykonawców do przygotowania się do świadczenia usługi.

Nie przekonały Izby zapewnienia Zamawiającego, że powyższy okres jest wystarczający dla wykonawców do przygotowania się do świadczenia usługi telekomunikacyjnej sieci rozległej WAN.

Powołany przez Zamawiającego dowód w postaci zawiadomienia o wyniku postępowania z dnia 23 lutego 2016r. prowadzonego przez Agencję Rynku Rolnego wraz ze zbiorczym zestawieniem oraz streszczeniem oceny i porównania ofert – zdaniem Izby - nie może przesądzać o tym, czy termin uruchomienia usługi został przez Zamawiającego ustalony prawidłowo w sposób dający wszystkim wykonawcom równy dostęp do zamówienia. Może on co najwyżej potwierdzać większe możliwości konkurenta Odwołującego i Przystępującego do wcześniejszego przygotowania sieci do świadczenia usług.

Natomiast, z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika w sposób nie budzący wątpliwości, że wykonawca, który obecnie realizuje umowę już w znacznym stopniu ma zapewnioną sieć świadczenia usług w wymaganych lokalizacjach, podczas gdy inni wykonawcy, w tym Odwołujący będą zobowiązani dopiero dokonywać tego zestawienia sieciowego, co – w przekonaniu Izby – będzie wiązało się ze zwiększonym nakładem pracy, a także z innymi ryzykami w tym związanymi z procesem inwestycyjnym – projekt, zezwolenia budowlane, zajęcie pasa drogowego, co wiąże się z koniecznością wydłużenia czasu uruchomienia usługi.

Na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, że obecny wykonawca świadczenia usług - Orange Polska S.A. ma już dokonane połączenia światłowodowe w około 88% lokalizacji objętych przedmiotem zamówienia oraz podał używając trybu przypuszczającego, że jedynie w 2 lokalizacjach z 18 raczej nie ma takich połączeń (Opole, Częstochowa).

Ten stan rzeczy – w opinii Izby - stawia zatem tego wykonawcę w lepszej sytuacji w odniesieniu do wymagań Zamawiającego oraz terminu realizacji i kryteriów oceny ofert niż wykonawców, którzy dopiero będą dokonywać nowego zestawienia połączeń sieciowych.

Dodatkowo, Izba wzięła również pod uwagę, że okoliczność braku wymagania przez Zamawiającego realizacji zamówienia w drodze jedynie technologii światłowodowej dla jakiegokolwiek lokalizacji, przy jednoczesnym ustaleniu przez Zamawiającego kryterium oceny ofert przewidującego wagę 40% za wykonanie przedmiotu zamówienia w technologii światłowodowej (rozdział XV pkt 1.2 SIWZ) ma znaczenie dla określenia terminu uruchomienia usługi.

Jeżeli chodzi o wprowadzenie powyższego kryterium oceny ofert preferującego bardziej pracochłonną technologię światłowodową, a także zwiększenie przez Zamawiającego wymagania dotyczącego przepustowości łączy, to należało przyjąć, że warunki te istotnie i obiektywnie wpływają na termin uruchomienia usługi.

Biorąc zatem pod uwagę powyższą zależność, Izba uznała za zasadne wydłużenie okresu uruchomienia łączy sieciowych dla potrzeb świadczenia usług telekomunikacyjnych sieci rozległej WAN.

Z powyższych przyczyn, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający naruszył przepis art.29 ust.2 ustawy Pzp, który stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Stanowisko to zostało wzmocnione poprzez przedłożone przez Odwołującego dowody nr 3 – 5 zawierające oświadczenia trzech podwykonawców, które uprawniają ich możliwości w zakresie terminu uruchomienia sieci, które znacznie przekraczają referowane przez Zamawiającego terminy.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, 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).

Przewodniczący:.....

.....

.....