

**Sygn. akt: KIO 1869/13**

**KIO 1876/13**

**WYROK**

**z dnia 16 sierpnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2013 r. przez:

A. wykonawcę **TTcomm S.A., Al. Jerozolimskie 65/79, 00-697 Warszawa**  
(sygn. akt: KIO 1869/13)

B. wykonawcę **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa**  
(sygn. akt: KIO 1877/13)

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Straży Granicznej, ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa**

przy udziale:

- 1) wykonawcy **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego: KIO 1869/13 po stronie Odwołującego,
- 2) wykonawcy **EmiTel Sp. z o.o., ul. Kamienna 21, 31-403 Kraków**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego: KIO 1876/13 po stronie Odwołującego,
- 3) wykonawcy **GTS Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego: KIO 1876/13 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu, tj. Komendzie Głównej Straży Granicznej dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:
  - 1.1. zamianę opisu przedmiotu zamówienia w zakresie parametrów technicznych wskazanych w pkt 5.5. Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do specyfikacji) poprzez podwyższenie parametru dopuszczonego opóźnienia transmisji mierzonego pomiędzy routerami Zamawiającego w trzeciej warstwie modelu ISO/OSI, w taki sposób, aby istniała faktyczna możliwość wykorzystania przez wykonawców technologii łączności satelitarnej przy realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie łącza awaryjnego dla WK;
  - 1.2. zmianę postanowień Projektu umowy (załącznik nr 4 do specyfikacji) w zakresie terminu wykonania umowy, w taki sposób, aby wprowadzić dla wykonawców termin na uruchomienie usługi liczony od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na poziomie nie krótszym niż 4 miesiące;
2. kosztami postępowania obciąża Komendę Główną Straży Granicznej, ul. Podchorążych 38, 00-463 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: **TTcomm S.A., Al. Jerozolimskie 65/79, 00-697 Warszawa** oraz **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** tytułem należnych wpisów od odwołań,
  - 2.2 zasądza od **Komendy Głównej Straży Granicznej, ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa** na rzecz: **TTcomm S.A., Al. Jerozolimskie 65/79, 00-697 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,
  - 2.3 zasądza od **Komendy Głównej Straży Granicznej, ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa** na rzecz: **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** kwotę: **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907) 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:** .....

**Sygn. akt: KIO 1869/13**  
**KIO 1876/13**

### **Uzasadnienie**

Komenda Główna Straży Granicznej w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Uruchomienie oraz utrzymanie usługi transmisji danych dla Straży Granicznej*”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907.), zwanej dalej: „*ustawa Pzp*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 24 lipca 2013 r. pod nr 2013/S 142-247560.

W postępowaniu tym w dniu 2 sierpnia 2013 r. wykonawca TTcomm S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 1869/13) (zwany dalej: „*Odwołującym TTcomm*”) oraz wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 1876/13) (zwany dalej: „*Odwołującym Netia*”) złożyli odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopie odwołań zostały przekazane Zamawiającemu w tej samej dacie. Złożone odwołania dotyczą treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „*:SIWZ*”), która została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 24 lipca 2013 r.

Zamawiający w dniu 5 sierpnia 2013 r. skierował wezwanie do przyłączenia się do postępowania odwoławczego, zamieszczając kopię odwołania na stronie internetowej.

Do Prezesa Izby wpłynęły przystąpienia do toczących się postępowań odwoławczych, zgłoszone w dniu:

- 1) 8 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „*Przystępujący Netia*”), złożone do postępowania odwoławczego: KIO 1869/13 po stronie Odwołującego,
- 2) 6 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę EmiTel Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „*Przystępujący EmiTel*”), złożone do postępowania odwoławczego: KIO 1876/13 po stronie Odwołującego,
- 3) 7 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „*Przystępujący GTS*”), złożone do postępowania odwoławczego: KIO 1876/13 po stronie Odwołującego.

Kopie przystąpień zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalno prawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 14 sierpnia 2013 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron i uczestników postępowań odwoławczych:

**Sygn. akt: KIO 1869/13**

Odwołujący TTcomm w swoim odwołaniu zarzucił, że Zamawiający swoim postępowaniem polegającym na niezgodnym z prawem określeniu przedmiotu zamówienia (wskazanym w Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym załącznik do SIWZ, w pkt 3.2., 5.2. i 5.5.) uchybił art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący TTcomm wniósł o uwzględnienie odwołania i powtórzenie czynności opisu przedmiotu zamówienia i nakazanie Zamawiającemu zmiany sposobu opisu przedmiotu zamówienia w zakresie parametrów technicznych wskazanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia w pkt 3.2., 5.2 i 5.5 w taki sposób, aby możliwa była realizacja zamówienia również poprzez wykorzystanie technologii łączności satelitarnej, która zapewnia opóźnienia transmisji poniżej 600 ms mierzone pomiędzy routerami.

Jednocześnie wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

W uzasadnieniu odwołania wskazał, że w załączniku Nr 1 do SIWZ (Opisie Przedmiotu Zamówienia) w pkt 3.2. Zamawiający wskazał, że *„Kluczowe jest zapewnienie jak najwyższego poziomu niezawodności dla łączności relacji CWT - OSG”*. Następnie jednak w pkt 5.5. Zamawiający wskazał, że *„(...) technologia łącza musi zapewniać opóźnienie transmisji poniżej 300 ms mierzone pomiędzy routerami Zamawiającego.”* W ocenie Odwołującego TTcomm zastosowanie parametru opóźnienia poniżej 300 ms eliminuje w tym zakresie możliwość wykorzystania technologii satelitarnej dla realizacji zamówienia, a jednocześnie parametr ten nie ma wpływu na jakość połączenia czy inne cele realizowane przez sieć transmisji danych. Dodatkowo wskazał, że w przypadku realizacji

zamówienia z wykluczeniem technologii satelitarnej nie będzie możliwe zapewnienie najwyższego, oczekiwanego przez Zamawiającego, poziomu niezawodności dla łączności CWT - OSG, gdyż tylko w oparciu o technologię satelitarną można zbudować połączenie awaryjne, które w pełni zabezpieczy łącze podstawowe, także w przypadku awarii tego ostatniego w każdej z warstw komunikacji, w szczególności w warstwie fizycznej. Podkreślił, że stosując odpowiednią organizację ruchu - w tym wydajne kodeki np.: G729 (zalecany przez CISCO), mechanizmy QoS oraz rozsądne algorytmy szyfrujące w połączeniu ze stosowaniem kompresji możliwe jest przesyłanie danych wrażliwych na opóźnienia również przez satelitę, a więc z opóźnieniem transmisji do 600 ms mierzonym między routerami Zamawiającego w trzeciej warstwie modelu ISO/OSI. Wskazał też, że powszechnie wiadomym jest, że transmisja danych (niezależnie szyfrowanych czy nie) nie jest podatna/wrażliwa na opóźnienia, a wynika to z faktu, że normalnym mechanizmem w protokole TCP/IP jest retransmisja danych w przypadku braku potwierdzenia ze strony odbiorcy, stąd też występują naturalne opóźnienia po stronie odbiorcy wynikające z konieczności zebrania wszystkich niezbędnych pakietów i ich odpowiedniego uporządkowania. W szczególności – jego zdaniem - parametr ten nie ma związku z możliwością zapewnienia enkrypcji przesyłanych danych. Podkreślił, że w przypadku ruchu VoIP, wideo pakiety muszą docierać w takiej kolejności w jakiej zostały wysłane (protokół UDP).

Podkreślił, że w przeciwieństwie do pakietów danych są to zazwyczaj małe pakiety o powtarzalnych nagłówkach, stąd też w przypadku łączności satelitarnej stosowane są techniki zapewniające kompresję nagłówków, co w połączeniu z zastosowaniem wydajnych kodeków zapewnia efektywne przesyłanie danych wrażliwych na opóźnienia, a niwelowanie utraty pakietów dla protokołu TCP/IP następuje dzięki technice zapewniającej potwierdzenie odbioru pakietów już po stronie nadawczej. Taki sposób – według Odwołującego TTcomm - zapewnia osiągnięcie lepszych parametrów niż wymagane przez Zamawiającego. Stosowanie technik kompresji danych oraz mechanizmów priorytetyzacji ruchu (QoS) w połączeniu z wydajnymi protokołami routingu takimi jak MPLS VPN oraz przy zastosowaniu odpowiedniego pasma transmisyjnego – jego zdaniem - sprawia, że obecnie można wydajnie przysyłać zarówno dane szyfrowane, jak i dane wrażliwe na opóźnienia (VoIP, wideo) również w sieciach satelitarnych. Dodatkowo, zastosowanie łączności satelitarnej jako łączności awaryjnych dla WK – według Odwołującego TTcomm - spowoduje powstanie sieci łączności awaryjnych zapewniających protekcję sieci podstawowej także w pierwszej warstwie (fizycznej) modelu ISO/OSI, co przy warunkach przetargu nie jest możliwe przy zastosowaniu innych technologii.

Podsumowując podkreślił wskazał, iż wymóg zawarty w pkt 5.5. w zakresie opóźnienia poniżej 300 ms nie jest spójny z wymogiem zapewnienia jak największego poziomu niezawodności dla łączności relacji CWT - OSG zawartego w pkt 3.2. Wprowadzenie wymogu opóźnienia poniżej 300 ms sprowadza się – według niego - *de facto* do nieuzasadnionego wykluczenia możliwości realizacji zamówienia w oparciu o technologię satelitarną, przy czym Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, aby takie określenie tego parametru było uzasadnione samym przedmiotem zamówienia. Co więcej – podkreślił, że Opis Przedmiotu Zamówienia zawiera wewnętrzne rozbieżności w tym zakresie, gdyż w pkt 5.5. zostało wskazane, że technologia łączna musi zapewnić opóźnienie transmisji poniżej 300 ms mierzone pomiędzy routerami, jednakże w pkt 5.2. parametr ten został określony na zupełnie innym poziomie (odpowiednio: dla Data – 150 ms, dla Premium Data – 150 ms, dla Multimedia – 100 ms, dla Voice – 60 ms). Ponadto, mając na uwadze aktualnie określone przez Zamawiającego wymagania oraz możliwości potencjalnych wykonawców, realizacja zamówienia – jego zdaniem - wiązałaby się z koniecznością budowy sieci wyłącznie w oparciu o łączność naziemną, która w przeciwieństwie do łączności satelitarnej nie zapewnia alternatywnego połączenia w przypadku awarii fizycznej warstwy sieci - co wymagałoby budowy dodatkowego, równoległego połączenia kablowego.

Powołując się na orzecznictwo KIO (KIO/UZP 285/09) wskazał, że utrudnieniem uczciwej konkurencji lub możliwością takiego utrudnienia jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który eliminuje z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego niemal wszystkich potencjalnych producentów. W okolicznościach niniejszej sprawy zaś – jego zdaniem - doszło właśnie do wyeliminowania z udziału w postępowaniu niemal wszystkich potencjalnych usługodawców albowiem, biorąc pod uwagę termin realizacji oraz wskazane wyżej ograniczenie opóźnienia do 300 ms, realizacja zamówienia możliwa jest tylko poprzez wykorzystanie już zbudowanej infrastruktury naziemnej, podczas gdy dopuszczenie opóźnienia do 600 ms pozwoliłoby na realizację zamówienia z wykorzystaniem technologii łączności satelitarnej - bez uszczerbku dla jakości transmisji oraz z korzyścią dla poziomu niezawodności. Powołując się również na orzecznictwo KIO (KIO/UZP 547/09 i KIO/UZP 1502/08) wskazał m.in., że sformułowany w niniejszym odwołaniu zarzut byłby bezpodstawny, gdyby potrzeba Zamawiającego do korzystania z sieci zapewniającej opóźnienie poniżej 300 ms była zobiektywizowana, tymczasem budowa sieci dopuszczająca opóźnienie poniżej 600 ms – jego zdaniem - realizuje te same cele co połączenia z opóźnieniem poniżej 300 ms, a dodatkowo pozwala na zapewnianie awaryjnej sieci połączeń alternatywnych.

W toku rozprawy Odwołujący TTcomm podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie, wnosząc o uwzględnienie odwołania. Dodatkowo podkreślił, że gdyby Zamawiający w SIWZ wprowadził odesłanie do normy G114, z której wynika parametr opóźnienia na poziomie 400 ms, wtedy ryzyko wykonawców byłoby mniejsze, a jakość łącza spełniałaby powyższą normę i w takiej sytuacji z pewnością wykonawcy nie podnosiliby zarzutów wobec postanowień opisu przedmiotu zamówienia. Podniósł, że skoro Zamawiający do tej pory dopuszczał połączenie stacjonarne przy realizacji tego typu usług, również satysfakcjonujące powinno być dla niego użycie łącza satelitarnego z opóźnieniem 400 ms. W toku rozprawy złożył również wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu telekomunikacji na okoliczność:

- 1) Potwierdzenia lub niepotwierdzenia, że zastosowanie parametru opóźnienia na poziomie 600 ms – w świetle wymogów zawartych w SIWZ odnośnie przedmiotu zamówienia – nie wpłynie lub wpłynie na ciągłość i wiarygodność łączy awaryjnych, jak i na cele realizowane przez sieć transmisji danych”
- 2) Potwierdzenia lub niepotwierdzenia, że zastosowanie parametru opóźnienia poniżej 300 ms eliminuje możliwość wykorzystania przez potencjalnych wykonawców przedmiotu zamówienia technologii satelitarnej, ergo uniemożliwia Zamawiającemu zapewnienie najwyższego poziomu niezawodności dla łączności CWT-OSG?

Po stronie Odwołującego TTcomm swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego złożył wykonawca Netia, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

### **KIO 1876/13**

Odwołujący Netia złożył odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ. W tym zakresie zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 3) art. 5 k.c. w zw. z art. 139 Pzp w zakresie dotyczącym kar umownych;



- 4) art. 395 § 1 k.c. w zw. z art. 139 Pzp poprzez wadliwe określenie przesłanek odstąpienia od umowy.

Wniósł o uwzględnienie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiedniej modyfikacji postanowień SIWZ oraz ogłoszenia w zakresie opisanych w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu zaś wskazał na szczegółowe zarzuty odwołania:

- 1) Zarzut wadliwego wyznaczenia terminu na rozpoczęcie wykonywania świadczeń.

Podkreślił, że przedmiotem niniejszego postępowania jest zamówienie obejmujące świadczenie telekomunikacyjnej usługi sieciowej w technologii MPLS dla około 200 jednostek organizacyjnych Straży Granicznej na terenie całego kraju. W związku z powyższym podkreślił, że zamówienie to charakteryzuje się szczególnym stopniem skomplikowania zarówno ze względu na wielość lokalizacji, w których wykonywane będą świadczenia, jak i ze względu na wysokie wymagania Zamawiającego w zakresie sposobu wykonywania świadczeń. Wskazał, że zgodnie z treścią dokumentacji postępowania usługi objęte umową będą wykonywane w okresie 60 miesięcy od momentu podpisania protokołu uruchomienia, poza usługami IP VPN dla Urzędu ds. Cudzoziemców wykonywanymi w okresie 24 miesięcy od momentu podpisania odpowiedniego protokołu, przy czym jednak Zamawiający w § 2 wzorca umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) zamieścił postanowienie odnoszące się do terminu wykonania umowy o realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia w następujących etapach:

1. uruchomienie usługi zostanie zrealizowane nie później niż do dnia 28 lutego 2014 roku,
2. świadczenie usługi transmisji danych dla Straży Granicznej rozpocznie się od dnia 1 marca 2014 roku i będzie realizowane przez 60 miesięcy.

W ocenie Odwołującego takie postanowienie opisu przedmiotu zamówienia rażąco narusza art. 7 oraz 29 ustawy Pzp, gdyż pozbawia wykonawców wiedzy na temat podstawowej okoliczności niezbędnej dla przygotowania oferty - informacji na temat czasu, jakim będzie dysponował wykonawca na rozpoczęcie wykonywania świadczeń po dacie zawarcia umowy. Zwrócił uwagę na okoliczność, iż ani wykonawcy, ani Zamawiający nie mają wiedzy na temat tego kiedy zakończy się niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia. Tym samym jego zdaniem obecna treść dokumentacji postępowania wprowadza element niepewności, mogący skutkować w skrajnym przypadku brakiem możliwości wykonywania świadczeń w wymaganym terminie (z powodu przedłużającej się procedury przetargowej). Przywołane postanowienie – jego zdaniem - narażają wykonawców na ryzyko zapłaty odszkodowania (ew. kar umownych) wskutek zbyt krótkiego czasu na wykonanie czynności związanych z uruchomieniem usług. Podkreślił, że wyznaczenie odpowiedniego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi jest jedną z kluczowych decyzji

Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia na usługi telekomunikacyjne. Na poparcie swojego stanowisk powołał się w tym zakresie na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące zasad wyznaczania takich terminów (sygn. akt: KIO/UZP 707/08, KIO/1756/10, KIO/UZP 1123/10, KIO/UZP 54/10, KIO/UZP 1246/10) a także Zespołów Arbitrów (sygn. UZP/ZO/0-533/06).

Podkreślił, że wyznaczenie odpowiedniego terminu na rozpoczęcie wykonywania świadczeń telekomunikacyjnych jest podstawowym warunkiem otwarcia się Zamawiającego na konkurencję. Specyfika świadczeń telekomunikacyjnych (gdy z reguły jeden z wykonawców posiada już swoją infrastrukturę telekomunikacyjną doprowadzoną do lokalizacji zamawiającego) wymaga zapewnienia przedsiębiorcom należytego okresu na pozyskanie istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej lub też na wybudowanie swojej infrastruktury. Według Odwołującego Netia termin ten powinien być zatem proporcjonalny do stopnia skomplikowania zamówienia w szczególności z uwzględnieniem ilości lokalizacji wskazanych przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący Netia domagał się w odwołaniu określenia w dokumentacji postępowania terminu na uruchomienie usług nie krótszego niż 120 dni od daty zawarcia umowy.

## 2) Zarzut dotyczący kar umownych.

Odwołujący zwrócił uwagę na przywołane postanowienia § 2 wzorca umowy odnoszące się do zasad rozpoczęcia wykonywania świadczeń. Podkreślił też, że Zamawiający w § 10 ustanowił zasady odnoszące się do kar umownych uiszczanych przez wykonawcę:

1. W razie opóźnienia w wykonywaniu prac wchodzących w skład przedmiotu umowy w zakresie określonym w § 2 ust. 1 wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umową w wysokości 0,1% wartości całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 8 ust. 1 niniejszej umowy, za każde rozpoczęte 24 godziny opóźnienia.
3. W przypadku nieterminowego rozpoczęcia realizowania świadczenia usługi transmisji danych opisanego w § 2 ust. 2 wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umową w wysokości 0,5% wartości wynagrodzenia brutto określonego w § 8 ust. 1 niniejszej umowy, za każde rozpoczęte 24 godziny opóźnienia.

Biorąc pod uwagę treść § 2 oraz § 10 wzorca umowy Odwołujący Netia zauważył, iż faktycznie oba postanowienia w § 10 ust. 1 i 3 odnoszą się do tych samych okoliczności. Tym samym – jego zdaniem - wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty równocześnie dwóch kar umownych z tego samego tytułu, co godzi w uzasadnione interesy wykonawców. Nie bez znaczenie – w jego ocenie - pozostaje również wysokość przywołanych kar umownych. Wskazał, że przy założeniu, iż wartość umowy będzie wynosiła 30 mln zł, przekroczenie terminu skutkować będzie naliczeniem kary w wysokości 180 tys. zł za każde 24 h. Podkreślił, iż - jakkolwiek pozycja Zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest

silniejsza - powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy swojego kontrahenta i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były jak najbardziej zrównoważone. Odwołujący zakwestionował także poprawność treści §10 wzorca umowy w zakresie obciążenia wykonawców karami za opóźnienie w wykonywaniu świadczeń. Jego zdaniem umowa nie precyzuje zakresu rozszerzonej odpowiedzialności wykonawcy w odniesieniu do opóźnienia w realizacji świadczeń, co czyni umowę niejednoznaczna w zakresie określenia obowiązków wykonawcy uniemożliwiając sporządzenie poprawnej oferty. Na poparcie swojego stanowiska powoła się na orzecznictwo KIO (sygn. akt: KIO 78/12).

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wniósł o modyfikację postanowień odnoszących się do kar umownych poprzez:

- usunięcie w § 10 pkt. 3,
- zastąpienie sformułowania „opóźnienia” sformułowaniem „zwłoki”,
- zmniejszenie wysokości kar umownych określonych w § 10 pkt 1 do poziomu 0,05% wartości kontraktu za każde rozpoczęte 24 godziny opóźnienia.

3) Zarzut dotyczący wadliwości wymagań technicznych (niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia)

Odwołujący Netia podkreślił, że Zamawiający w punkcie 5.5 podpunkt a) opisu przedmiotu zamówienia dopuścił przy realizacji łączy awaryjnych wykorzystanie rozwiązań opartych o Radiokomunikację Satelitarną, jednakże następnie w dalszej części tego opisu dokonał określenia szczegółowych wymaganych parametrów takiego łącza, które faktycznie wykluczają dopuszczone wcześniej rozwiązanie techniczne. W jego ocenie opis przedmiotu zamówienia nie jest tym samym jednoznaczny, ani dostatecznie dokładny i wyczerpujący co stanowi naruszenie cytowanego powyżej art. 29 ustawy Pzp.

Podkreślił, że Zamawiający wymaga, aby zastosowana technologia łącza rezerwowego zapewniła opóźnienie transmisji poniżej 300 ms mierzone pomiędzy routerami Zamawiającego (co również – według niego - wskazuje na technologię satelitarną). Powołał się na przeprowadzane pomiarów wykorzystywane przez dostawcę łączy satelitarnych w wymaganej przez Zamawiającego konfiguracji i stwierdził, iż nie jest możliwe zagwarantowanie przez wykonawcę w danym cyklu rozliczenia wymaganego opóźnienia na poziomie 300 ms. Wskazał na wyniki tych pomiarów opóźnienia dla pakietu 100 bajtów:

- Przebieg pakietu w jedną stronę (One way): średni 370 ms, max 551 ms, min 298 ms
- jitter średni: 21 ms, max 44 ms, min 9 ms

oraz wyniki pomiaru opóźnienia dla pakietu 1500 bajtów:

- Przebieg pakietu w jedną stronę (One way): średni 565 ms, max 661 ms, min 425 ms
- jitter średni: 21 ms, max 46 ms, min 9 ms.

Na podstawie tych wyników – jego zdaniem - można zaobserwować, że wielkość pakietu ma ogromny wpływ na jego opóźnienie, Zamawiający zaś nie specyfikuje w tym przypadku wielkości pakietu dla jakiego ma być zachowane wymagane opóźnienie. Dodatkowo załączył wyniki uśrednionych pomiarów dla łączy satelitarnych prezentowanych przez jednego z wiodących międzynarodowych operatorów, które są dostępne są na stronie internetowej: <http://www.verizonenterprise.com/au/about/network/latency/#vsat>.

Podkreślił, że zgodnie z informacją prezentowaną przez dostawcę technologii, gwarantowany przez operatora czas przebiegu pakietu tam i z powrotem RTD (round trip delay) wynosi 800 ms, czyli gwarantowany czas przesłania pakietu w jedną stronę One Way wymagany przez Zamawiającego w postępowaniu wyniesie 400 ms. W związku z powyższym, według niego, opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie pozostaje wadliwy, niespójny co uniemożliwia wykonawcom sporządzenie oferty.

Odwołujący tym samym wniósł o odpowiednią modyfikację parametru „opóźnienie” na możliwą do zagwarantowania tzn. 400 ms dla transmisji pakietu o wielkości 100 bajtów pomiędzy urządzeniami Zamawiającego z przebiegiem w jedną stronę (One way).

4) Zarzut dotyczący niedookreślonego opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący Netia wskazał na postanowienia § 6 wzorca umowy, gdzie Zamawiający zamieścił wskazał, że:

6. W trakcie świadczenia usługi strony dopuszczają przenoszenie wielkości przepustowości pomiędzy poszczególnymi węzłami (...)
9. Wyłączenie eksploatowanego węzła nastąpi po pisemnym poinformowaniu Wykonawcy z sześciomiesięcznym wyprzedzeniem. W takim przypadku ogólna ilość przepustowości systemu teletransmisyjnego nie ulegnie zmianie a dostępne pasmo zostanie przeniesione do innych węzłów.

Powyższe postanowienie - w ocenie Odwołującego Netia - czyni opis przedmiotu zamówienia niejednoznacznym co stanowi naruszenie art. 29 ustawy Pzp. Wskazał też, że specyfika niniejszego zamówienia realizowanego w około 200 lokalizacjach na terenie całego kraju nie pozwala na pełną elastyczność w zakresie zmian oferowanego przesyłu. Tymczasem dostarczenie do wskazanej lokalizacji usługi przykładowo o przepustowości 4 Mbit, a następnie na wniosek Zamawiającego zwiększenie przepustowości do np. 6 Mbit może wiązać się – w jego ocenie - z koniecznością zmiany medium dostępowego, zmiany infrastruktury telekomunikacyjnej doprowadzonej do danej lokalizacji, zmiany urządzeń itp., a zmiana taka ma zasadniczy wpływ na koszty ponoszone przez wykonawców. Według niego brak informacji w SIWZ, w których lokalizacjach Zamawiający będzie chciał zwiększyć przepustowość (nie w każdej będzie to możliwe lub będzie związane z poniesieniem bardzo dużych kosztów inwestycyjnych) oraz ile takich zmian może mieć miejsce, uniemożliwia

wykonawcy przygotowanie rzetelnej oferty. Zwrócił też uwagę na postanowienia pkt 6, który odwołuje się do uzgodnień w zakresie możliwości technicznych, jednak nie definiuje co uzna za możliwość, a jaka sytuacja świadczyć będzie o jej braku. Podkreślił, iż uzgodnień w zakresie możliwości dokonania zmian, w pkt 9 jednak Zamawiający nie przewidział, co w istotny sposób obrazuje, iż wykonawca z takimi zapisami umowy zgodzić się nie może. Na poparcie swojej argumentacji przywołał orzecznictwo KIO (KIO/1756/10 oraz KIO/UZP 1372/08).

W ocenie Odwołującego Netia nie jest zasadnym przenoszenie w tym zakresie całego, niedookreślonego ryzyka na wykonawców. Odwołujący zażądał usunięcia wskazanych postanowień lub wprowadzenia zapisu w pkt 6 i 9, iż przenoszenie przepustowości możliwe będzie po potwierdzeniu możliwości technicznych przez wykonawcę, rozumianych jako możliwość zmiany bez kosztowej, gdyż obecne postanowienia wzorca umowy naruszają zasady wyrażone w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

5) Zarzut dotyczący prawa odstąpienia od umowy.

Odwołujący Netia wskazał na zapisy § 11 wzorca umowy, gdzie Zamawiający zawarł postanowienia odnoszące się do umownego prawa odstąpienia od umowy, przy czym w ust. 2-4 Zamawiający nie określił terminu na wykonanie tego prawa. W tym zakresie Odwołujący powołał się na stanowisko zawarte w wyroku Sądu Najwyższego (II CK 261/03), wskazującego na to, że przesłanką umownego zastrzeżenia odstąpienia od umowy jest określenie terminu, w którym może to nastąpić, co stosuje się do każdego wypadku takiego zastrzeżenia, a więc także takiego, w którym odstąpienie od umowy uzależniono od zdarzenia przyszłego (w tym niewykonania określonego obowiązku). Powołał się również na orzecznictwo KIO (KIO/UZP 1070/09).

W toku rozprawy Odwołujący Netia podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Dodatkowo złożył oświadczenie o niepodtrzymywaniu zarzutu dotyczącego prawa odstąpienia od umowy uznając, że Zamawiający, w wyniku złożonego odwołania, zmodyfikował w tym zakresie zapisy SIWZ.

Jako dowód w sprawie złożył on również do akt sprawy wydruk ze strony internetowej Cisco Systems, wskazując, że firma Cisco ma doświadczenie we wdrożeniu technologii IP. Podkreślił, że w tym folderze wskazuje się, iż sprzęt, który stosuje w niniejszym postępowaniu Zamawiający, jest w stanie z tym sobie poradzić, tym samym – w jego ocenie - nie ma żadnego technologicznego uzasadnienia do ograniczenia wymogu opóźnienia na poziomie 300 ms. Podkreślił też, że Zamawiający przy połączeniach zapasowych nie przewiduje odpowiedniego podziału pasma, co wskazuje na to, że nie przewiduje ruchu

głosowego przy łączach zapasowych. Wskazał też na możliwości osiągnięcia wskazanego w SIWZ parametru opóźnień teoretycznie w warunkach laboratoryjnych, który to wynik nie uwzględnia wykorzystania dodatkowych urządzeń i warunków atmosferycznych, przy których osiągnięcie tego parametru na poziomie 300 ms nie jest możliwe. Złożył do akt sprawy przykładowe dokumenty wskazujące na realizację podobnej usługi co objęta niniejszym przedmiotem zamówienia, które to postępowanie zostało wszczęte 17 października 2012 r., a umowę w tym postępowaniu podpisano 22 maja 2013 r., przy czym zauważył, że dokumenty te dotyczą postępowania mniej skomplikowanego, niż aktualnie prowadzone przez Zamawiającego. Wskazał też na szereg czynności, które wykonawca będzie musiał podjąć przed rozpoczęciem wykonywania usługi, w szczególności wskazując na postępowania administracyjne, trwające nawet 3 miesiące. Wskazał, że istotnym jest tutaj także uzyskanie dostępu do infrastruktury Telekomunikacji Polskiej, a cza niezbędny na powyższe, to, z doświadczeń Odwołującego Netia wynika, że jest to okres kilku miesięcy. Jako dowody w sprawie potwierdzające tę okoliczność przedłożył – objęte tajemnicą przedsiębiorstwa – przykładową korespondencję z TP wskazującą na cztero-, pięcio- i ośmiomiesięczne terminy udostępniania tej infrastruktury. Wskazał też, że nadmierne wygórowanie kar umownych prowadzi *de facto* do ograniczenia konkurencji, bowiem niektórych wykonawców powyższe może odstraszać w ogóle od złożenia oferty albo powodować podwyższenie w sposób znaczący wynagrodzenia umownego, biorąc pod uwagę ryzyko wykonawcy. Podkreślił również, że przenoszenie wielkości przepustowości, czy wyłączenie eksploatowanego węzła może wiązać się z koniecznością wymiany sprzętu (routery), wymianą kabla, a także kosztami administracyjnymi związanymi z opłatami za prawo do dysponowania częstotliwością, co z kolei wiąże się z koniecznością dodatkowych kosztów na poziomie od 300 do 500 zł w zależności od przepustowości w każdym z indywidualnych przypadków. Wskazał też, że dopuszczalnym i satysfakcjonującym dla niego byłoby wprowadzenie zapisu w SIWZ o dacie rozpoczęcia świadczenia usługi od 1 marca 2014 r. z zaznaczeniem, iż wykonawcy na rozpoczęcie świadczenia usługi mają termin nie mniejszy niż 120 dni od podpisania umowy.

Po stronie Odwołującego Netia swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego złożył wykonawca EmiTel oraz GTS, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Przystępujący EmiTel poparł w całości stanowisko Odwołującego. Przedłożył do akt sprawy pismo dowodowe, wnosząc o włączenie w poczet materiału dowodowego na okoliczność wykazania czasochłonności prac niezbędnych do rozpoczęcia świadczenia usługi w oparciu o wiedzę i doświadczenie Przystępującego. Wskazał, że jest to okres około

19-20 tygodni. Podkreślił też, że doświadczenie i ekonomia wskazują na to, że nie praktykuje się inwestowania w budowę odrębnej infrastruktury rezerwowej w sytuacji możliwości jej wykorzystania w wyjątkowych sytuacjach na kilka minut czy godzin w skali roku.

Przystępujący GTS poparł w całości stanowisko Odwołującego. Podkreślił, że zaproponowane rozwiązanie co do terminu rozpoczęcia świadczenia przez Odwołującego Netia jest dla niego również satysfakcjonujące i powinno być satysfakcjonujące także dla Zamawiającego. Wskazał też, że kary umowne określone przez Zamawiającego nie wskazują na równe traktowanie wykonawców, bowiem preferują jednego wykonawcę TP S.A. Kary te są bowiem związane i zależne od budowy sieci od początku, a tego nie musi wykonywać TP S.A. tylko pozostali wykonawcy zainteresowani wejściem na rynek świadczenia usług u Zamawiającego. Podkreślił, że wszystkie podane w ramach zarzutów odwołania okoliczności wskazują na to, że Zamawiający preferuje jednego z wykonawców na rynku, który może ubiegać się o to zamówienie i który aktualnie świadczy usługi na rzecz Zamawiającego, tj. TP S.A. Powyższe prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przywołał przykłady analogicznych postępowań o zamówienie publiczne prowadzonych przez Ministerstwo Finansów, które przewidziało na przygotowanie do świadczenia usługi okres 12 miesięcy, zaś Ministerstwo Sprawiedliwości 5 miesięcy liczone od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający w piśmie z dnia 13 sierpnia 2013 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie obydwu złożonych odwołań. Odniósł się do poszczególnych zarzutów podniesionych przez obydwu odwołujących się wykonawców.

1) Zarzut wadliwego wyznaczenia terminu na rozpoczęcie wykonywania świadczeń.

Podkreślił, że u Zamawiającego usługa transmisji danych jest podstawowym medium, przez które realizowana jest komunikacja telefoniczna oraz połączenie jednostek organizacyjnych z systemami centralnymi. W oparciu o przedmiotową sieć realizowane są ustawowe zadania Straży Granicznej związane z ochroną granicy państwowej, kontrolą ruchu granicznego oraz rozpoznawaniem, zapobieganiem i wykrywaniem przestępstw w zakresie właściwości Straży Granicznej w każdej jednostce organizacyjnej. Zwrócił uwagę na to, że w szczególności sieć transmisyjną wykorzystuje się dla realizacji sprawdzeń osób, czy pojazdów w systemie SIS II, zgodnie z regulacjami UE, a w chwili obecnej Straż Graniczna dokonuje ponad 40% wszystkich zapytań do SIS II w ramach całej UE i około 93 % zapytań w skali kraju. Zwrócił uwagę na to, że podany w umowie wymagany termin rozpoczęcia

świadczenia usługi jest ściśle powiązany z końcowym terminem obecnie realizowanej umowy i jego zmiana nie jest możliwa, ponieważ może skutkować to przerwą w świadczeniu usług teletransmisji i w konsekwencji uniemożliwić realizację ustawowych zadań przez Straż Graniczną, a co za tym idzie wypełnianie przez Polskę wymogów Schengen. Podkreślił, że w celu zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców rozpoczął odpowiednio wcześniej procedurę przetargową, umożliwiającą realizację umowy w podanym w Opisie przedmiotu zamówienia terminie. Z tych też względów termin wskazany w umowie 28 lutego 2014 r. jest ostateczny.

### 2) Zarzut dotyczący kar umownych.

W ocenie Zamawiającego zarzut w zakresie zapisów § 10 projektu umowy jest całkowicie bezzasadny. Podkreślił, że zapisy § 10 ust. 1 i 3 umowy odnoszą się do różnych zdarzeń będących podstawą naliczenia przez Zamawiającego kar umownych - w przypadku zaistnienia sytuacji określonej w § 10 ust. 1 i 3 Zamawiający naliczy karę umowną w zależności o tego, który z warunków naliczenia kar umownych wystąpi. Wobec powyższego – jego zdaniem - brak jest podstaw do modyfikacji zapisów przedmiotowego paragrafu. Ponadto, w jego ocenie, żądanie modyfikacji zapisów projektu umowy poprzez zastąpienie zwrotu „opóźnienie” zwrotem „zwłoka” jest niezasadne z uwagi na to, iż Zamawiający w sposób prawidłowy określił w §12 projektu umowy sytuację, w których wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie swoich zobowiązań. Jednocześnie też Zamawiający poinformował o modyfikacji zapisów § 10 ust. 3 projektu umowy poprzez zmianę wysokości kary umownej z obecnego poziomu 0,5% wartości wynagrodzenia brutto, do poziomu 0,1 % wartości wynagrodzenia brutto.

### 3) Zarzut dotyczący wymagań technicznych.

Zamawiający wyjaśnił, że w pkt 5.5 Opisu przedmiotu zamówienia jednoznacznie i wyczerpująco opisał wymagania dla łączy awaryjnych, pozostawiając wykonawcy dowolność w zakresie przyjętego rozwiązania. Rozwiązanie to jednak musi spełnić wszystkie wymagania Zamawiającego, w szczególności wymaganie związane z czasami opóźnienia transmisji poniżej 300 ms. Podkreślił, że celem zakupu łączy awaryjnych dla węzła końcowego (WK) jest zapewnienie działania jednostek organizacyjnych w przypadku awarii łączy podstawowego, a ciągłość realizacji ustawowych zadań Straży Granicznej związanych z ochroną granicy państwowej, kontrolą ruchu granicznego oraz rozpoznawaniem, zapobieganiem i wykrywaniem przestępstw w zakresie właściwości Straży Granicznej w każdej jednostce organizacyjnej, jest podstawowym zadaniem tej umowy.

Podkreślił, że określając minimalne wymagania dla łączy awaryjnych uwzględnił następujące elementy: potrzeby użytkowników końcowych w zakresie dostępu do systemów centralnych Straży Granicznej, wymagania na systemy komunikacji oraz obecnie posiadaną



infrastrukturę sprzętowo-systemową oraz jej ograniczenia. Wyjaśnił też, że obecnie w większości komunikacja telefonii stacjonarnej w Straży Granicznej opiera się o rozwiązanie VOIP, które wykorzystuje, jako medium transmisyjne sieć MPLS będącą przedmiotem postępowania. Zauważył, że w tym systemie zarejestrowanych jest około 11 000 telefonów i średnio w ciągu godziny wykonywanych jest około 10 000 rozmów, a komunikacja telefoniczna jest podstawowym elementem pracy służb operacyjnych w każdej jednostce organizacyjnej Straży Granicznej. Ponadto podkreślił, że w placówkach Straży Granicznej wykorzystywanych jest szereg systemów centralnych związanych z działalnością operacyjną, odprawą graniczną oraz planowaniem służb. Podniósł, że krytyczne znaczenie ma zwłaszcza odprawa graniczna, w trakcie której systemy centralne są odpytywane wielokrotnie i każde wydłużenie czasu transmisji pojedynczego zapytania spowoduje wydłużenie czasu odprawy pojedynczej osoby, co może w konsekwencji doprowadzić do wydłużenia czasu oczekiwania na przejściach granicznych.

Uwzględniając możliwości posiadanej przez Straż Graniczną infrastruktury sieciowej narzucone ograniczenie czasu opóźnienia do 300 ms jest - w ocenie Zamawiającego - kluczowym wymaganiem stawianym dla łącza awaryjnego, a spełnienie tego warunku zapewni ciągłość działania jednostek organizacyjnych Straży Granicznej w przypadku awarii łącza podstawowego.

4) Zarzut dotyczący niedookreślonego opisu przedmiotu zamówienia.

Według Zamawiającego w Opisie przedmiotu zamówienia jednoznacznie i wyczerpująco opisał on wymagania dla łączy poszczególnych węzłów i wykonawca winien zbudować taką infrastrukturę, która spełni te wymagania. Jego intencją w przedmiotowych zapisach, było zapewnienie możliwości zmian w przepustowości sieci dla jednostek organizacyjnych Straży Granicznej w zależności od potrzeby służby. Zamawiający podkreślił, że uwzględnił możliwość wystąpienia braku możliwości technicznych do realizacji przedmiotowej zmiany, a ocena możliwości technicznych jest uzgadniana pomiędzy wykonawcą i Zamawiającym, w związku z powyższym żadna ze zmian przepustowości nie może zostać zrealizowana bez uzgodnienia z wykonawcą.

5) Zarzut dotyczący prawa odstąpienia od umowy.

Zamawiający poinformował, iż zmodyfikował zapisy SIWZ poprzez dodanie w § 11 projektu umowy po ust. 4 kolejnego ustępu o następującej treści:

*„5. W przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w ust. 2-4 Zamawiający poinformują pisemnie Wykonawcę o skorzystaniu z prawa odstąpienia od umowy w terminie 30 dni od powzięcia informacji o zaistnieniu powyższych okoliczności.”*

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, wnosząc o oddalenie obydwu odwołań.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestników postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołań.

W drugiej kolejności Izba ustaliła również, że obydwaj Odwołujący mają interes w złożeniu swoich odwołań. Odwołujący, podnosząc zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia i sposobu realizacji zamówienia, wykazali swój uszczerbek w interesie, polegający na pozbawieniu ich potencjalnej możliwości uzyskania przedmiotowe zamówienia publicznego poprzez ograniczenie dostępu do niego. Powyższe stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba po weryfikacji warunków formalnych związanych ze zgłoszeniami przystąpień do postępowań odwoławczych określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp stwierdziła skuteczność zgłoszeń przystąpień do obydwu postępowań odwoławczych, tj.: Przystępującego Netia, EmiTel oraz GTS.

Izba jako materiał dowodowy w sprawie przyjęła dokumentację z postępowania o zamówienie publiczne przesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem oraz dokumenty złożone przez strony postępowań odwoławczych oraz ich uczestników złożone w toku rozprawy bądź wraz z pismami przedłożonymi w sprawie, jak również stanowiska i oświadczenia stron i uczestników postępowań odwoławczych złożone w toku tego postępowania.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu i potrzymanych do zamknięcia rozprawy, uznała, że odwołania zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w obydwu odwołaniach a dotyczących kwestii nieprawidłowości przy opisie przedmiotu zamówienia co do pkt 5.5. opisu przedmiotu zamówienia Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się.

Izba ustaliła, że Zamawiający w postanowieniach dotyczących Opisu przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ) – pkt 5.5 SIWZ określił wymagania dotyczące łącza awaryjnego dla WK. Wskazał tam, że wymaga od wykonawców, aby zapewnili połączenia awaryjne dla sieci IP VPN realizowane niezależnie od łączy podstawowych. Podał tam parametr techniczny, wskazujący na to, że technologia łącza musi zapewniać opóźnienie transmisji poniżej 300 ms mierzone pomiędzy routerami Zamawiającego w trzeciej warstwie modelu ISO/OSI. Wskazał też, że łącza awaryjne muszą być w tej samej sieci IPVPN co łącza podstawowe. Określił też określone ograniczenia dotyczące łączy rezerwowych m.in. wskazując w lit. a) na zakaz stosowania technik radiowych z wykorzystaniem pasma częstotliwości ISM, w szczególności podał, że nie dopuszcza się wszystkich przypadków wymienionych w rozporządzeniu Ministra Transportu z dnia 3 lipca 2007 r. „w sprawach urządzeń radiowych nadawczych lub nadawczo-odbiorczych, które mogą być używane bez pozwolenia radiowego”, wskazując też na wyjątek od tej zasady, tj. za wyjątkiem wymienionych w załączniku nr 2 do tego rozporządzenia.

Odwołujący oraz Przystępujący do postępowań odwoławczych po stronie odwołujących się wykonawców wykazywali, że wprowadzony do SIWZ wymóg techniczny - zapewnienie opóźnienia transmisji poniżej 300 ms mierzone pomiędzy routerami Zamawiającego w trzeciej warstwie modelu ISO/OSI narusza uczciwą konkurencję, ograniczając możliwość zastawiania technologii satelitarnej w niniejszym zamówieniu, jak również jest sprzeczny z innymi postanowieniami SIWZ, które tę technologie dopuszczają.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że przywołany wymóg techniczny w postanowieniach SIWZ prowadzi do utrudnienia konkurencji w przedmiotowym zamówieniu. Po pierwsze wskazać należy, że przywołany wymóg dotyczy wyłącznie łącza awaryjnego, wymaganego w postępowaniu niezależnie od pozostałych łączy, w ramach których ma być świadczona dla Zamawiającego usługa transmisji danych. Po drugie podkreślenia wymaga, że Zamawiający nigdzie w postanowieniach SIWZ nie ograniczył wprost możliwości stosowania we wskazanym zakresie technologii satelitarnej. Okoliczność ta była niesporna pomiędzy stronami postępowania odwoławczego i jego uczestnikami. Na powyższe zresztą wprost wskazuje przywołanie w pkt 5.5. lit. a) Opisu Przedmiotu zamówienia załącznika nr 2

do rozporządzenia Ministra Transportu z dnia 3 lipca 2007 r. w sprawie urządzeń radiowych i nadawczo-odbiorczych, które mogą być używane bez pozwolenia radiowego (Dz. U. Nr 138, poz. 972). W załączniku tym wprost jest bowiem mowa o technologii satelitarnej („Rodzaje naziemnych stacji satelitarnych, których używanie nie wymaga uzyskania pozwolenia”). Co więcej w toku rozprawy przed Izłą Zamawiający wprost oświadczył, że nie ograniczał zastosowania tej technologii. Ograniczenie stosowania tej technologii w ramach łącza awaryjnego zostało jednak przez Zamawiającego wprowadzone do postanowień SIWZ pośrednio, poprzez wprowadzenie parametru technicznego - opóźnienia transmisji poniżej 300 ms mierzonych pomiędzy routerami Zamawiającego w trzeciej warstwie modelu ISO/OSI. Zamawiający – zdaniem Izby – nie wykazał uzasadnienia dla swojej potrzeby ukształtowania tego parametru na tym właśnie poziomie, w sytuacji gdy wykonawcy wykazywali w sposób wiarygodny, że dla wypełnienia oczekiwań Zamawiającego zasadnym byłoby ukształtowanie tego parametru na poziomie 600 ms lub 400 ms. Zamawiający wskazywał jedynie na opóźnienia, które mogą powstawać w trakcie odpraw na przejściach granicznych, co miałyby być wynikiem przyjęcia opóźnienia na wyższym poziomie. Zdaniem Izby ta argumentacja Zamawiającego nie jest uzasadniona i logiczna, skoro bowiem wskazany wymóg odnosi się wyłącznie do łącza awaryjnego, a nie podstawowego, stosowanego, zastępczo jako łącze zapasowe w przypadku awarii łącza podstawowego, co wprost wynika postanowień pkt 5.5. Opisu przedmiotu zamówienia. Żadnych innych potrzeb w tym zakresie Zamawiający nie wykazywał. Z tych też względów Izba uznała, że przywołany wymóg opisu przedmiotu zamówienia, aby opóźnienia transmisji kształtowały się na poziomie poniżej 300 ms mierzonych pomiędzy routerami Zamawiającego w trzeciej warstwie modelu ISO/OSI, nie znajduje oparcia w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego, a z drugiej strony prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu, eliminując z niego podmioty świadczące swoje usługi telekomunikacyjne przy pomocy technologii satelitarnej, a tym samym preferując też podmioty, które korzystają z technologii tradycyjnej (kabel).

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła w tym względzie naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, uznając jednocześnie, że naruszono też art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, tworząc wewnętrznie sprzeczne ze sobą postanowienia SIWZ odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia. Powyższe również oznacza, że Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w postępowaniu, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba oddaliła w tym przedmiocie zgłoszony przez Odwołującego TTcomm wniosek o powołanie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego uznając – stosownie do art. 190 ust. 6 ustawy Pzp - że przeprowadzenie tego dowodu prowadziłoby do zbędnej zwłoki w

postępowaniu, a istnieje obiektywna możliwość wydania rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie w oparciu o inne dowody, w tym przede wszystkim dokumentację z postępowania o zamówienie publiczne.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu Odwołującego Netia Izba uznała, że jeszcze jeden z nich potwierdził się. Izba stwierdziła mianowicie, że potwierdził się zarzut dotyczący terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi.

Izba ustaliła, że Zamawiający w § 2 projektu umowy (Załącznik nr 4 do SIWZ) określił postanowienia dotyczące terminu wykonania umowy. Określił tam, że usługa będącym przedmiotem zamówienia będzie realizowana przez wykonawcę zgodnie z Harmonogramem realizacji opisanym w Opisie przedmiotu zamówienia w następujących etapach:

1. uruchomienie usługi zrealizowane nie później niż do dnia 28 lutego 2014 r.
2. świadczenie usługi transmisji danych dla Zamawiającego, które rozpocznie się od dnia 1 marca 2014 r.

Odwołujący Netia i Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawcy wywodzili, że ustalony przez Zamawiającego termin w konkretnej dacie termin na uruchomienie usługi, bez określenia odpowiedniego okresu liczonego od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na podjęcie działań ze strony wykonawcy wybranego do realizacji przedmiotu zamówienia, zmierzających do uruchomienia usługi, narusza art. 29 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że w przypadku niniejszego przedmiotu zamówienia istotne jest, aby przed podjęciem świadczenia właściwej usługi – świadczenia usługi transmisji danych – wykonawca wybrany do wykonania zamówienia podjął szereg działań o charakterze przygotowawczym, które wymagają określonego czasu dla wykonawcy. Wśród tych czynności o charakterze przygotowawczym należy wymienić choćby takie działania, jak: przygotowanie projektu technicznego usługi transmisji danych dla Zamawiającego, czy samo uruchomienie transmisji (zgodnie z pkt 10.1 i 10.2 Opisu przedmiotu zamówienia), które to czynności wymagają odpowiedniego skonfigurowania łącz i urządzeń do transmisji danych, przede wszystkim w oparciu o infrastrukturę, która aktualnie należy do dotychczasowego wykonawcy tej usługi dla Zamawiającego, tj. TP S.A. W zakres tych czynności wchodzi także niewątpliwie konieczność uzyskania określonych wymaganych prawem decyzji i zezwoleń związanych z uruchomieniem infrastruktury do świadczenia usługi, jak i z samą usługą transmisji danych. Czas ten może być wykorzystany dopiero po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranym w postępowaniu

wykonawcą. Tylko bowiem wykonawca, który ma pewność, że będzie faktycznie realizował dane zamówienie może przedsięwziąć określone działania, ponosząc w tym zakresie określone nakłady, z tytułu których nie otrzyma odrębnego wynagrodzenia, które to działania mają przygotować właściwe świadczenie usługi. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie przewidział żadnego terminu na przygotowanie się do świadczenia usługi. Termin na przygotowanie do świadczenia usługi został bowiem przez Zamawiającego określony na dzień 28 lutego 2014 r., zaś świadczenie usługi transmisji danych rozpoczyna się z dniem 1 marca 2014 r. Pomimo szeregu działań, które wykonawca zmuszony jest podjąć przed rozpoczęciem świadczenia właściwej usługi Zamawiający w żaden sposób nie określił minimalnego nawet czasu, w którym wykonawca będzie w stanie w sposób należyty przygotować się do świadczenia tej usługi. Co prawda mogłoby się okazać, że ten czas w przedmiotowym postępowaniu będzie faktycznie realny do wykorzystania, uwzględniając szybkie zakończenie procedury wyboru oferty najkorzystniejszej. Powyższe nie jest jednak w żaden sposób określone i pewne. Czas na przygotowanie się do świadczenia usługi uzależniony jest bowiem od zdarzenia przyszłego i niepewnego, tj. zakończenia postępowania o zamówienie publiczne i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Naturalną rzeczą jest, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego może toczyć się w różnym czasie. Mogą to być terminy minimalne określone w ustawie Pzp, ale i terminy nieporównanie dłuższe związane ze składaniem i rozpoznawaniem środków ochrony prawnej, jak również uzależnione od opieszałości Zamawiającego, czy też od innych czynników wpływających na przedłużenie się procedury udzielenia zamówienia publicznego. Tym samym zatem wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne nie mają pewności, kiedy będą mogli rozpocząć przygotowania do świadczenia usługi, a co najistotniejsze, nie mają pewności, ile będą mieli czasu na podjęcie tych przygotowawczych czynności. Nie mogą zatem wycenić tych prac i związanego z nimi ryzyka, w szczególności także uzależnienia od powyższego kar umownych przewidzianych przez Zamawiającego. Z tych też względów Zamawiający powinien określić czas niezbędny na przygotowanie do świadczenia usługi liczony od momentu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba uwzględniła w tym zakresie żądanie zgłoszone przez Odwołującego, uznając, że okres czterech miesięcy, które odpowiadają 120 dniom, będzie wystarczającym na podjęcie tych działań. Zamawiający, dokonując w tym względzie modyfikacji SIWZ może oczywiście uwzględnić czas na świadczenie właściwej usługi (od 1 marca 2014 r.), wynikający z daty zakończenia dotychczasowej umowy, jednakże niezależnie od powyższego powinien określić dla wykonawców czas na podjęcie działań przygotowawczych przed rozpoczęciem świadczenia usługi. Powyższe ma stanowić wystarczające

zabezpieczenie interesów wykonawców z punktu widzenia jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia. W sytuacji, gdyby postępowanie o zamówienie publiczne uległo przedłużeniu dla wykonawcy pozostaje zatem zabezpieczony odpowiedni okres na podjęcie działań przygotowawczych dla należytego wykonywania usługi, zaś w ręku Zamawiającego pozostają inne, ustawowe instrumenty pozwalające mu na zabezpieczenie świadczenia usługi do czasu zakończenia postępowania o zamówienie publiczne.

Z tych też względów Izba uznała, że zarzut się potwierdził i doszło w tym przypadku do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kar umownych Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że kwestionowane przez Odwołującego kary umowne zostały przez Zamawiającego opisane w § 10 ust. 1 i 3 projektu umowy (Załącznik nr 4 do SIWZ). Zamawiający wskazał tam, że:

- „1. *W razie opóźnienia w wykonywaniu prac wchodzących w skład przedmiotu umowy w zakresie określonym w § 2 ust. 1 wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umową w wysokości 0,1% wartości całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 8 ust. 1 niniejszej umowy, za każde rozpoczęte 24 godziny opóźnienia.*”
- „3. *W przypadku nieterminowego rozpoczęcia realizowania świadczenia usługi transmisji danych opisanego w § 2 ust. 2 wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umową w wysokości 0,5% wartości wynagrodzenia brutto określonego w § 8 ust. 1 niniejszej umowy, za każde rozpoczęte 24 godziny opóźnienia.*”

Zamawiający poinformował w toku postępowania odwoławczego o modyfikacji zapisów SIWZ dotyczących określenia kar umownych.

Odwołujący w swoim odwołaniu, jak i Przystępujący do postępowania odwoławczego kwestionowali ustalone przez Zamawiającego kary, wskazując na ich wygórowany charakter oraz na okoliczność, iż kary te uzależnione są od terminów określonych w § 2 wzoru umowy regulującym kwestie terminów wykonania zamówienia, w tym terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że podniesione zarzuty podlegają oddaleniu z racji tego, że Odwołujący, kwestionując określone przez Zamawiającego kary umowne, nie wskazał na naruszenie przepisów ustawy Pzp. Formułując swój zarzut Odwołujący nie oparł go na naruszeniu przepisów ustawy Pzp, a jedynie na naruszeniu przepisu Kodeksu cywilnego, wskazując dodatkowo przepis odsyłający ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał ani w odwołaniu, ani w toku postępowania odwoławczego, że

poprzez wskazane zapisy odnośnie kar umownych zostały naruszone przepisy materialne ustawy Pzp, tymczasem Izba – zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp – dokonuje oceny złożonego odwołania pod kątem oceny legalności czynności bądź zaniechań zamawiającego, ograniczonej do przepisów ustawy Pzp.

Na marginesie Izba zwraca uwagę na okoliczność, na którą zresztą w toku rozprawy przed Izbą wskazywał sam Odwołujący Netia, że ewentualne rażąco wysokie i naliczone przez Zamawiającego kary będą przedmiotem oceny przez sąd powszechny na etapie realizacji przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niedookreślonego opisu przedmiotu zamówienia Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że zaskarżone przez Odwołującego Netia zapisy SIWZ dotyczą postanowień § 6 ust. 6 i 9 wzoru umowy (Załącznik nr 4 do SIWZ). Zamawiający wskazał tam, że:

„6. *W trakcie świadczenia usługi strony dopuszczają przenoszenie wielkości przepustowości pomiędzy poszczególnymi węzłami z zastrzeżeniem ogólnej puli dostarczonej przepustowości w ramach zamówienia. Przedmiotowe zamówienia będą realizowane przez Wykonawcę na wniosek Zamawiającego, po wcześniejszym uzgodnieniu możliwości technicznych w terminie 30 dni od dnia zgłoszenia.*”

„9. *Wyłączenie eksploatowanego węzła nastąpi po pisemnym poinformowaniu Wykonawcy z sześciomiesięcznym wyprzedzeniem. W takim przypadku ogólna ilość przepustowości systemu teletransmisyjnego nie ulegnie zmianie, a dostępne pasmo zostanie przeniesione do innych węzłów.*”

Odwołujący w swoim odwołaniu wykazywał, że przywołane postanowienia umowne jako niejednoznaczne bowiem nieograniczone ani ilościowo ani wartościowo, uniemożliwiają wykonawcom prawidłowe przygotowanie oferty wraz z jej wyceną.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że przywołane postanowienia SIWZ nie są niejednoznaczne. Izba, dokonując oceny przywołanych postanowień SIWZ stwierdziła, że Zamawiający ma prawo zabezpieczyć sobie realizację usługi poprzez zastrzeżenie możliwości wprowadzania w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia określonych zmian, co zresztą samo w sobie nie było kwestionowane przez Odwołującego. Zdaniem Izby zastrzeżona przez Zamawiającego możliwość wprowadzenia zmian co do przeniesienia wielkości przepustowości, czy też wyłączenie eksploatowanego węzła w sposób właściwy zabezpieczają interesy wykonawcy, jeśli chodzi o jednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia oraz w tym kontekście możliwość wyceny ryzyka po stronie wykonawcy co do



zakresu realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający w przypadku kwestionowanych postanowień ograniczył ilość zmian przewidzianych w ramach świadczenia usługi do wielkości ogólnej puli dostarczonej przepustowości w ramach tego zamówienia. Ponadto Zamawiający zakłada, że przedmiotowe zmiany będą realizowane na wniosek Zamawiającego po wcześniejszym uzgodnieniu możliwości technicznych z wykonawcą. Zamawiający zatem zastrzegł, że proponowane przez niego zmiany będą możliwe do wprowadzenia, jeśli będzie to możliwe z punktu widzenia technicznego, uwzględniając także przygotowany w tym zakresie projekt techniczny i w granicach ogólnej wielkości przepustowości przewidzianej dla tego zamówienia. W przypadku wyłączenia eksploatowanego węzła także ogólna ilość przepustowości systemu nie ulegnie zmianie. Z tych też względów – zdaniem Izby – możliwe jest dokonanie wyceny oferty przez wykonawców na wskazany przedmiot zamówienia z uwzględnieniem ograniczenia wprowadzania zmian w systemie w określonych przez Zamawiającego sytuacjach i po podjętych w tym zakresie uzgodnieniach z wykonawcą. Co do ewentualnych dodatkowych kosztów, które wykonawca będzie musiał – zdaniem Odwołującego Netia – ponieść przy wskazywanych przez Zamawiającego zmianach, Izba stwierdziła, że Odwołujący Netia nie wykazał, czy w takim przypadku – przy ograniczeniach możliwych zmian wprowadzonych do zapisów SIWZ – będzie musiał ponieść dodatkowe koszty i jakiej wysokości. W tym zakresie Odwołujący Netia nie przedstawił żadnych dowodów.

Izba nie rozpoznawała zarzutu dotyczącego prawa odstąpienia od umowy wobec złożenia przez Odwołującego Netia w toku rozprawy przed Izbą oświadczenia o niepodtrzymywaniu tego zarzutu.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, a także ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) –  
koszty wpisu uiszczanego przez odwołujących się wykonawców w łącznej kwocie 40 000 zł.

**Przewodniczący:** .....