

Sygn. akt: KIO 516/22

WYROK

z dnia 16 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Członkowie: Rafał Malinowski

Ewa Sikorska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 11 marca 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2022 r. przez wykonawcę **Netia S.A., z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu **Pocztę Polską S.A., z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy **T-Mobile Polska S.A, z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Poczcie Polskiej S.A., z siedzibą w Warszawie unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Pocztę Polską S.A., z siedzibą w Warszawie i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Netia S.A., z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od zamawiającego **Poczty Polskiej S.A., z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Netia S.A., z siedzibą w Warszawie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania – wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 24 lutego 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Netia S.A. (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu – Poczcie Polskiej (dalej „Zamawiający”) naruszenie w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego pn. „Świadczenie usług operatora sieci rozległej WAN PP dla Poczty Polskiej S.A., dalej „Postępowaniem” następujących przepisów:

- 1) art. 379 Ustawy w związku z art. 142 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) i 20), Ustawy poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu OPZ oraz projektowanych postanowień umownych stanowiących integralną część SWZ, co spowodowało, że Odwołujący został pozbawiony możliwości skorzystania z uprawnień, które przyznaje Ustawa, w szczególności, skorzystania z uprawnienia do zadawania pytań do treści SWZ i otrzymania obligatoryjnej odpowiedzi Zamawiającego, która mogłaby zmodyfikować treść SWZ, a w konsekwencji naruszenie art. 16 Ustawy poprzez przygotowanie i przeprowadzanie Postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców, nieprzejrzysty i nieproporcjonalny;
- 2) art. 18 ust. 1 i 4 oraz art. 133 ust. 3 w zw. z art. 379 ust. 2 Ustawy poprzez niezagwarantowanie publicznego charakteru dokumentów, jakimi jest SWZ (wraz z OPZ i projektowanymi postanowieniami Umowy) oraz określenie w ogłoszeniu o zamówieniu wymagania dotyczącego zachowania poufnego charakteru informacji co doprowadziło do zaniechania przekazania wykonawcy OPZ i projektowanych postanowień umownych w terminie umożliwiającym skorzystanie z instytucji wyjaśnień treści SWZ, co stanowi obejście przepisów prawa w rozumieniu art. 58 Kodeksu cywilnego;
- 3) art. 99 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1) i 3) Ustawy, poprzez:
 - a) określenie w rozdziale IV pkt 6 SWZ oraz w § 2 ust. 3 w związku z §1 wzoru Umowy terminu realizacji zamówienia w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia, jako terminu zbyt krótkiego, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i faktycznie uniemożliwiający realizację przedmiotu zamówienia w wyznaczonym terminie;

- b) określenie we wzorze umowy (53 ust 3 projektu umowy) oraz w Rozdziale 3 pkt. 3.2. 2 OPZ. terminu dostarczenia Zamawiającemu Harmonogramu w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia, jako terminu zbyt krótkiego, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i faktycznie uniemożliwiający realizację przedmiotu zamówienia w wyznaczonym terminie.
- 4) art. 436 pkt 1 Ustawy w zw. z art. 16 Ustawy poprzez określenie w rozdziale IV pkt 6 SWZ oraz w §2 ust. 3 w związku z S 1 wzoru Umowy daty uruchomienia usługi datą sztywną (kalendarzową), podczas, gdy brak jest obiektywnych przyczyn uzasadniających zaniechanie określenia terminu uruchomienia usługi jako liczonego w miesiącach od daty zawarcia umowy;
- 5) art. 483 Kodeksu cywilnego, art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy oraz art. 16 Ustawy poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie w jakim Zamawiający:
- a) przewidział kary umowne w przypadkach określonych w §12 ust. 1 - 14 wzoru umowy w wysokości rażąco wysokiej względem sankcjonowanego naruszenia, oderwanej od wartości potencjalnej szkody Zamawiającego, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, co w konsekwencji wykracza poza dopuszczalne granice swobody umów;
- b) nałożył na wykonawcę obowiązek zapłaty za to samo zdarzenie zarówno bonifikaty, o których mowa w Rozdziale VI OPZ jak i kary umowne określone w §12 wzoru umowy, co stanowi nadmierną sankcję, oderwaną od wartości potencjalnej szkody Zamawiającego, prowadzącą do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, co w konsekwencji wykracza poza dopuszczalne granice swobody umów;
- 6) art. 487 §2 w zw. z art. 353 1 i art. 5 oraz Kodeksu cywilnego oraz art. 16 Ustawy poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę, a także naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia sposób nieprecyzyjny, nieproporcjonalny, niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów, opisanie cech usług w sposób

nieproporcjonalny do wartości i celów przedmiotu zamówienia, w zakresie w jakim Zamawiający:

- a) pozbawił wykonawcę opłaty instalacyjnej w sytuacji zrealizowania przez Zamawiającego prawa opcji, opisanej w §7 ust. 8 Umowy, co m.in. uniemożliwia prawidłowe oszacowanie oferty i ryzyk związanych z realizacją zamówienia;
 - b) przewidział w §8 ust. 1 pkt a) wzoru Umowy możliwość rezygnacji z 30% Lokalizacji dla wszystkich kategorii łączy od T0 do T8 w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji oraz nie więcej niż 40% Lokalizacji w każdym roku dla danej kategorii łączy w stosunku do liczby Lokalizacji dla danej kategorii, podanej w Wykazie Lokalizacji, co uniemożliwia oszacowanie oferty i ryzyk związanych z realizacją zamówienia;
 - c) przewidział w §8 ust. 1 pkt b) wzoru umowy możliwość rezygnacji z nawet 60% lokalizacji w dowolnym okresie trwania umowy oraz niezależnie od warunków opisanych w powyższych punktach co uniemożliwia oszacowanie oferty i ryzyk związanych z realizacją zamówienia.
- 7) art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia sposób nieprecyzyjny, nieproporcjonalny, niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów, opisanie cech usług w sposób nieproporcjonalny do wartości i celów przedmiotu zamówienia, a także poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę efektywności postępowania i uczciwą konkurencję w zakresie w jakim Zamawiający:
- a) w rozdziale 1.1, punkt 8, podpunkt 8.4 OPZ nie precyzuje jakiej topologii połączeń ścieżek pomiędzy lokalizacjami oczekuje, co powoduje brak możliwości oszacowania oferty;
 - b) w rozdziale 1.1, punkt 24 OPZ, Zamawiający nie precyzuje funkcjonalności, jakich oczekuje we wdrożonym rozwiązaniu, co powoduje brak możliwości oszacowania oferty;
 - c) w rozdziale 1.1, punkt 8, podpunkt 8.24 OPZ Zamawiający wymaga zapewnienia sobie dostępu do Systemu Sterowania Połączeniami w celu modyfikacji reguł Firewalli i ACLi samodzielnej konfiguracji, co skutkować będzie brakiem jasnego i jednoznacznego podziału odpowiedzialności pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą za konfigurację, utrzymanie i zapewnienie bezpieczeństwa Systemu i wiąże się z możliwością naliczenia wysokich kar umownych za zdarzenia, za których Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności;

- d) w rozdziale 1.1, punkt 25 OPZ Zamawiający wymaga zapewnienia możliwości samodzielnej modyfikacji parametrów i ustawień, które nie mają bezpośredniego wpływu na dotrzymanie SLA na łączach, co skutkować będzie brakiem jasnego i jednoznacznego podziału odpowiedzialności pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą w zakresie konfiguracji, utrzymania zapewnienia bezpieczeństwa i wiąże się z możliwością naliczenia wysokich kar umownych za zdarzenia, za których Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności;
- e) w Rozdziale 5 ustęp 5.1 punkt 6, podpunkty 6.1, 6.2, 6.3 OPZ Zamawiający określił dane, które pracownik Zamawiającego powinien przekazać przy zgłaszaniu awarii, co prowadzi do generowania znacznej ilości awarii nadmiarowych (w istocie niewystępujących), co uniemożliwia oszacowanie rzeczywistej rentowności projektu;
- f) w Rozdziale 5 ustęp 5.2 OPZ Zamawiający przewiduje możliwość uruchomienia Procedury Zarządzania Awarią Krytyczną w przypadku wystąpienia Awarii powodujących jednoczesne pozbawienie usługi dla minimum 100 Lokalizacji, co wiąże się z koniecznością zaangażowania zasobów wykonawcy ponad miarę i uniemożliwia ocenę ryzyk związanych z realizacją zamówienia i skalkulowanie oferty;
- g) w Rozdziale 7 ustęp 2 w Tabeli nr 10 pkt. 2 OPZ zdefiniował w słowniku pojęć Awarię masową jako „Wystąpienie awarii powodujących jednoczesne pozbawienie usługi dla minimum 10 Lokalizacji z tym samym problemem na danym obszarze lub w ramach podłączenia do konkretnych zasobów dostępowych, spowodowanych czynnikami leżącymi po stronie infrastruktury sieciowej Wykonawcy, zgłoszone przez Zamawiającego. Weryfikacja następuje na podstawie danych z Systemu Monitorowania”, co wiąże się z koniecznością zaangażowania zasobów wykonawcy ponad miarę i uniemożliwia ocenę ryzyk związanych z realizacją zamówienia i skalkulowanie oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zasądzenie kosztów Postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, wg norm przypisanych oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia Postępowania z uwagi na fakt, że Postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego; zaś z ostrożności procesowej, w przypadku, gdyby Wysoka Izba uznała, iż brak jest podstaw do unieważnienia Postępowania, o nakazanie Zamawiającemu:
- 2) dokonania modyfikacji SWZ, w tym OPZ i wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ poprzez:

- 1) określenie w rozdziale IV pkt 6 SWZ terminu realizacji Umowy w ten sposób, że otrzyma on brzmienie: Wykonawca będzie zobowiązany zrealizować zamówienie w następujących terminach: Prace wdrożeniowe będą realizowane przez Wykonawcę przez okres 12 miesięcy od dnia podpisania umowy, a pierwszego dnia następującego po zgłoszeniu uruchomienia usługi Wykonawca będzie świadczył usługi we wszystkich lokalizacjach. Umowa zostanie zawarta na czas oznaczony, tj. na okres 48 miesięcy od daty początkowej albo do wyczerpania kwoty, w zależności od tego, które ze zdarzeń nastąpi wcześniej”;
- 2) określenie definicji „Daty Początkowej w §1 wzoru umowy w ten sposób, że otrzyma on brzmienie: „Data Początkowa — data zwarcia Umowy. wysokości i zasad wynagrodzenia za świadczenie usług utrzymania sieci WAN;
- 3) modyfikacji § 2 ust. 3 wzoru Umowy, w ten sposób, że otrzyma on brzmienie: „Umowa zostaje zawarta na czas oznaczony. Usługi będą realizowane przez okres 48 miesięcy od Daty Początkowej albo do momentu wyczerpania kwoty określonej w §10 ust. 3 Umowy, w zależności, które z powyższych dwóch zdarzeń wystąpi wcześniej. Prace Wdrożeniowe będą realizowane przez Wykonawcę przez okres 12 miesięcy od Daty Początkowej. Wykonawca będzie świadczył Usługi we wszystkich Lokalizacjach wskazanych w Załączniku nr 2 - Wykaz Lokalizacji”.
- 4) modyfikacji zd. pierwszego w §3 ust. 3 wzoru Umowy, w ten sposób, że otrzyma ono brzmienie: W terminie do 120 dni od Daty Początkowej Wykonawca dostarczy Zamawiającemu projekt harmonogramu realizacji Prac Wdrożeniowych dalej zwany jako Harmonogram zawierający daty oraz opisy i procedury przełączania Usług dla poszczególnych Lokalizacji”.
- 5) modyfikacji §12 ust. 1-14 wzoru Umowy, w ten sposób, wysokość opisanych tam kar umownych zostanie zmniejszona o 50%;
- 6) wykreślenia §12 ust. 17 Umowy;
- 7) zmiany rozdziału VI OPZ lub §12 Umowy w ten sposób, że za to samo zdarzenie Wykonawca zostanie obciążony albo karą umowną albo bonifikatą;
- 8) zmiany §7 ust. 8 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ w ten sposób, że otrzyma on brzmienie: „W przypadku, gdy realizacja przez Zamawiającego Opcji Zmiany Przepustowości i Opcji Zmiany Kategorii nie powoduje po stronie Wykonawcy konieczności zainstalowania w danej Lokalizacji nowych łączy lub łączy wykonanych w innej technologii niż stosowana w danej Lokalizacji, Wykonawca będzie uprawniony do otrzymania Opłaty Instalacyjnej”.

9) zmiany §8 ust. 1a wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ w ten sposób, że otrzyma on brzmienie: „Zamawiający ma prawo do rezygnacji z Usług w danej Lokalizacji, co będzie równoznaczne z wypowiedzeniem Umowy w odniesieniu do tej Lokalizacji. Okres wypowiedzenia dla danej Lokalizacji wynosi 30 dni, a wypowiedzenie jest skuteczne z dniem, na który przypada koniec Okresu Rozliczeniowego. W okresie obowiązywania Umowy: Zamawiający może zrezygnować z nie więcej niż łącznie 50 Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla wszystkich kategorii łączy od T0 do T8 w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji oraz nie więcej niż 50 Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla danej kategorii łączy w stosunku do liczby Lokalizacji dla danej kategorii, podanej w Wykazie Lokalizacji.”

10) wykreślenie §8 ust. 1b wzoru umowy;

11) doprecyzowanie w rozdziale 1.1, punkt 8, podpunkt 8.4 OPZ, topologii połączeń ścieżek pomiędzy lokalizacjami, której Zamawiający oczekuje;

12) doprecyzowanie w rozdziale 1.1, punkt 24 OPZ funkcjonalności, jakich Zamawiający oczekuje we wdrożonym rozwiązaniu;

13) wykreślenie w rozdziale 1.1. punktu 8.24 OPZ wykreślenie w rozdziale 1.1. punktu 25 z OPZ;

14) modyfikację Rozdziału 5 ustęp 5.1 punkt 6, podpunkty 6.1, 6.2, 6.3 OPZ, który otrzymałby brzmienie: „Zgłaszający pracownik Zamawiającego powinien zweryfikować przed zgłoszeniem Awarii czy powodem przerwy w funkcjonowaniu usługi nie są prace własne, a następnie przekazać do Wykonawcy niezbędne dane do zdiagnozowania problemu:

6.1 opis na czym polega problem,

6.2 kontakt do Zgłaszającego i osoby, która może wesprzeć służby techniczne Wykonawcy w Lokalizacji, w szczególności zapewnić dostęp do pomieszczenia z Urządzeniem CE,

6.3 czy w Lokalizacji usługi nie występuje brak zasilania.

Brak przekazania chociażby jednej z wymienionych danych lub nieprawdziwej danej w podpunktach 6.1, 6.2, 6.3 będzie jednoznaczne z odrzuceniem zlecenia założeniem zgłoszenia awarii oraz do poprawy danych na rzeczywiste przez Zamawiającego. ”

15) modyfikację Rozdziału 5 ustęp 5.2 OPZ, który otrzymałby brzmienie: „1.Zamawiający może uruchomić Procedurę Zarządzania Awarią Krytyczną (PZAK) w celu bezpośredniego zaangażowania inżynierów po stronie Wykonawcy w przypadkach: 1.1. wystąpienia Awarii powodujących jednoczesne pozbawienie

usługi dla minimum 500 Lokalizacji z tym samym problemem lub na tym samym obszarze, lub w ramach podłączenia do tych samych zasobów dostępowych”

16) modyfikacji Rozdziału 7 ustęp 2 w Tabeli nr 10 pkt. 2, który otrzymałby brzmienie:

Wystąpienie awarii powodujących jednoczesne pozbawienie usługi dla minimum 100 Lokalizacji z tym samym problemem na danym obszarze lub w ramach podłączenia do konkretnych zasobów dostępowych, spowodowanych czynnikami leżącymi po stronie infrastruktury sieciowej Wykonawcy, zgłoszone przez Zamawiającego. Weryfikacja następuje na podstawie danych z Systemu Monitorowania.”

1. Zarzuty opisane w pkt 1) i 2) petitum odwołania

Zamawiający prowadzi Postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu ograniczonego. W dniu 14 lutego 2022r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu, zgodnie z którym „Załącznik nr 5 — OPZ, Załącznik nr 6 — Projekt umowy z załącznikami, z powodu ochrony poufnego charakteru informacji w nich zawartych nie mogą zostać udostępnione na stronie internetowej prowadzonego postępowania, wobec czego dostęp do tych dokumentów będzie możliwy poprzez przekazanie ich przez Zamawiającego za pośrednictwem Platformy. Udostępnienie, o którym mowa powyżej będzie możliwe, po uprzednim przekazaniu, najpóźniej na jeden dzień przed planowanym terminem wglądu, przez Wykonawcę na adres sekretariat.cz@poczta-polska.pl następujących dokumentów: 1) pisemnego upoważnienia dla osoby występującej o udostępnienie dokumentów w imieniu Wykonawcy; 2) podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby upoważnione do reprezentowania Wykonawcy Umowy NDA — zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ. Termin udostępnienia dokumentów zostanie potwierdzony przez Zamawiającego” (pkt VI. 3 ogłoszenia).

Jednocześnie, pierwotny termin złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu został wyznaczony na dzień 25 lutego 2022 r.

Zgodnie z rozdziałem IX pkt 4 SWZ, Zamawiający ma obowiązek udzielenia wyjaśnień treści SWZ, jeżeli wniosek o udzielenie wyjaśnień treści SWZ wpłynie nie później niż na 7 dni przed upływem terminu złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Oznacza to, że termin, o którym mowa upływał 18 lutego 2022 r. Zgodnie z pkt 5 przedłużenie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu nie wpływa na bieg terminu na złożenie wniosku, o którym mowa w rozdziale IX pkt 4 SWZ.

O udostępnienie OPZ oraz projektowanych postanowień Umowy, Odwołujący po raz pierwszy zwrócił się do Zamawiającego w dniu 15 lutego 2022 r. tj. następnego dnia po ukazaniu się ogłoszenia. Wniosek o udostępnienie spełniał wszystkie wymagania związane z ochroną ich poufnego charakteru, określone w pkt VI. 3 ogłoszenia o zamówieniu, w szczególności zawierał pisemne upoważnienie dla osoby występującej o udostępnienie dokumentów w imieniu Wykonawcy oraz podpisaną kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby upoważnione do reprezentowania Wykonawcy Umowy NDA, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ. dowód nr 1: wniosek Odwołującego.

W dniu 16 lutego 2022 r. Odwołujący ponownie, drogą telefoniczną, zwrócił się o udostępnienie dokumentacji Postępowania zgodnie ze złożonym wnioskiem. dowód nr 2: notatka służbowa z rozmowy telefonicznej z przedstawicielem Zamawiającego.

W dniu 21 lutego 2022 r. Odwołujący wysłał do Zamawiającego pismo, w którym poinformował Zamawiającego o braku możliwości uzyskania wyjaśnień do SWZ, co godzi w zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także jawności postępowania. dowód nr 3 pismo z dnia 21 lutego 2022 r.

Do dnia sporządzenia odwołania, Odwołujący nie otrzymał żadnej odpowiedzi na pismo. W dniu 22 lutego 2022 r., a zatem po upływie terminu, o którym mowa w Rozdziale IX pkt 4 SWZ, Zamawiający przekazał Odwołującemu OPZ oraz projektowane postanowienia Umowy. Zamawiający przedłużył również termin na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu na dzień 11 marca 2022 r. Należy jednak podkreślić, że zgodnie z postanowieniami SWZ oraz art. 143 ust. 3 w zw. z art. 379 Ustawy, przedłużenie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie wpływa na bieg terminu składania wniosku o wyjaśnienie treści SWZ.

Zgodnie z art. 379 ust. 2 Ustawy, Zamawiający zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania, bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub od dnia wysłania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania, nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia. W świetle art. 134 ust. 1 pkt 4) i 20), w zw. z art. 142 ust. 1 w zw. z art. 379 ust 1 Ustawy, OPZ oraz projektowane postanowienia umowne stanowią integralną część SWZ, co oznacza obowiązek ich udostępnienia w terminach umożliwiających m.in. skorzystanie z uprawnienia do zadawania pytań do treści SWZ.

Zamawiający może wprowadzić w oparciu o art. 133 ust. 3 Ustawy zaniechać udostępnienia części SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodu ochrony poufnego charakteru informacji zawartych w SWZ, ale zasady dotyczące dostępu do tych informacji oraz wymagania związane z ochroną ich poufnego charakteru opisane w ogłoszeniu nie mogą prowadzić do pozbawienia wykonawców możliwości skorzystania z instrumentów prawnych przewidzianych Ustawą.

Tymczasem, zaniechanie przekazania Odwołującemu OPZ w sposób nieodwracalny pozbawiło Odwołującego możliwości doprowadzenia do modyfikacji treści SWZ, w szczególności w zakresie warunków udziału w Postępowaniu, poprzez uzyskanie obligatoryjnej odpowiedzi Zamawiającego stanowiącej wyjaśnienia/zmianę treści SWZ.

Należy podkreślić, że specyfikacja warunków zamówienia jest podstawowym i najważniejszym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Określa ona wzajemne prawa i obowiązki stron wynikające z przystąpienia do postępowania. Wykonawca składając w przetargu ograniczonym wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu deklaruje wolę wzięcia udziału w postępowaniu prowadzonym na zasadach opisanych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz dokumentach zamówienia, w szczególności w SWZ, której integralną częścią jest OPZ oraz projektowane postanowienia umowne.

W przetargu ograniczonym ustawodawca rozróżnił wyjaśnienia treści SWZ niezbędne do przygotowania i złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz pozostałe wyjaśnienia treści SWZ. Zamawiający ma obowiązek odpowiedzi na pytania dotyczące kwestii, których wyjaśnienie warunkuje należyte przygotowanie wniosku w terminie nie późniejszym niż 4 dni w przypadku procedury przyspieszonej, o ile pytania te wpłynęły do niego nie później niż 7 dni przed terminem składania wniosków (art. 143 Ustawy). Do kwestii warunkujących należyte przygotowanie wniosku należy m.in. opis spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, co do których wykonawcy muszą złożyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu podmiotowe środki dowodowe opisane w Rozdziale VII ust. 4 pkt 2) SWZ (str. 10-12 SWZ). Odwołujący zwraca uwagę, że bez znajomości OPZ, Odwołujący nie ma np. możliwości oceny, czy dany warunek udziału w Postępowaniu narusza zasady uczciwej konkurencji oraz ogranicza dostęp do zamówienia ponad miarę, tzn. wychodzi poza niezbędny minimalny poziom zdolności wymagany dla tego zamówienia. Z uwagi na udostępnienie Odwołującemu OPZ po dacie wyznaczonej na zadawanie pytań do SWZ, Wykonawca utracił bezpowrotnie możliwość doprowadzenia do zmiany treści SWZ poprzez uzyskanie od Zamawiającego obligatoryjnej odpowiedzi na pytanie.

Pytania, które dotyczą innych elementów SWZ istotnych dla składania ofert, podlegają natomiast regułom udzielania wyjaśnień opisanym w art. 135 Ustawy zaś zmiany w art. 137 Ustawy. Tym niemniej, przyjmuje się, że Zamawiający już na pierwszym etapie postępowania ma obowiązek udzielenia odpowiedzi również na pytania dotyczące tych elementów SWZ, które nie mają bezpośredniego związku ze złożeniem wniosków, czyli nie dotyczą samej procedury ich składania. Przyjmuje się bowiem, że skoro wzięcie udziału w postępowaniu wymaga zaangażowania sił i środków po stronie wykonawcy, to może on domagać się odpowiedzi również dotyczących warunków zamówienia (np. opisu przedmiotu zamówienia, projektowanych postanowień umownych) — te bowiem przesądzają o tym, czy może on skutecznie ubiegać się o zamówienie. Takie podejście stoi w zgodzie z zasadą przejrzystości postępowania oraz stworzenia warunków uczciwej konkurencji. Odwołujący powołał się uchwałę z dnia 28 kwietnia 2017 r., KIO 14/17.

1.1. Wniosek o unieważnienie Postępowania

W ocenie Odwołującego, mając na uwadze argumenty przedstawione powyżej uznać należy, iż Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że zaniechania Zamawiającego doprowadziły do pozbawienia Odwołującego możliwości zadania pytań do SWZ w zakresie niezbędnym do przygotowania i złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i uzyskania obligatoryjnej odpowiedzi. Jest to stan nieodwracalny, w tym sensie, że Ustawa nie przewiduje żadnych instrumentów umożliwiających konwalidację tego stanu rzeczy. W świetle art. 143 ust. 3 w zw. z art. 379 Ustawy przedłużenie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu nie wpływa bowiem na bieg terminu, o którym mowa w rozdziale IX pkt 4 SWZ. Co więcej zastosowanie przez Zamawiającego instrumentu przewidzianego w art. 133 ust. 3 Ustawy doprowadziło do obejścia przez Zamawiającego przepisów Ustawy dotyczących jawności, przejrzystości postępowania oraz obowiązku niezwłocznego udostępnienia SWZ tj. art. 16, art. 18 oraz art. 379 ust. 2 Ustawy. Wada postępowania, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny. Konstrukcja przepisu art. 255 ust. 6 odsyła m.in. do art. 457 ust. 1 Ustawy, w których wymienione są wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy. Zgodnie z tym przepisem Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający (...) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia

wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.

Natura okoliczności wyróżnionych w art. 457 ust. 1 Ustawy wskazuje na ich odniesienie do istotnych elementów postępowania o udzielenie zamówienia, wpływających na przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych (jawności, przejrzystości, uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców). W analizowanym Postępowaniu nie ulega wątpliwości, iż pozbawienie Odwołującego podstawowego narzędzia, które warunkuje wykonawcom możliwość złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu jest sprzeczne z zasadami jawności, przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dyskrecjonalne podejście Zamawiającego w zakresie przekazywania wykonawcom najistotniejszego dokumentu w Postępowaniu jakim jest OPZ i projektowane postanowienia umowy prowadzi do sytuacji, w której część wykonawców uzyska dostęp do tych dokumentów w terminach umożliwiającym im otrzymanie obligatoryjnej odpowiedzi i wyjaśnień umożliwiającym złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, a część zostanie tej możliwości pozbawiona. Trudno jest zatem w takich okolicznościach mówić o możliwości zawarcia umowy w Postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji.

3. Zarzuty opisane w pkt 3) i 4) petitum odwołania

2.1. Zarzut 3 pkt a) i 4

Zgodnie z rozdziałem IV pkt 6 SWZ oraz §2 ust. 3 zw. z §1 wzoru umowy, Zamawiający oczekuje, że wykonawca wdroży i uruchomi usługi we wszystkich 4769 lokalizacjach do dnia 25 marca 2023 r. Biorąc pod uwagę fakt, że Postępowanie jest w fazie początkowej tj. termin na złożenie wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu został wyznaczony na dzień 11 marca 2022 r. należy z dużym prawdopodobieństwem przyjąć, że Postępowanie nie zakończy się prawomocnie do końca maja 2022 r. Oznacza to, że Wykonawca na wdrożenie usług będzie miał w najlepszym wypadku niespełna 10 miesięczny termin. Okres ten, w świetle argumentów przedstawionych poniżej, nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia, jest zbyt krótki, i faktycznie uniemożliwia realizację przedmiotu zamówienia. Co więcej taki sposób wyznaczenia terminu pozostaje w sprzeczności z art. art. 436 pkt 1 Ustawy, zgodnie z którym Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności (...) planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane

terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. Przepis nakazuje określenie tych terminów co do zasady w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach. W Komentarzu do Ustawy dostępnym na stronie uzp.gov.pl, wskazano, że „Regulacja ma na celu zapewnienie, by wszyscy wykonawcy mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia. Ma to zapobiec sytuacji, gdy każdy wykonawca odrębnie, na podstawie własnego doświadczenia i wiedzy, estymował najpierw spodziewany termin zawarcia umowy (mimo że nie miał wpływu na tę datę), a następnie próbował wyliczyć pozostały mu czas na realizację zamówienia. Powyższe zmuszało wykonawców do uwzględniania związanych z tym ryzyk kontraktowych i kosztów. Wyjątki od powyższej zasady stanowią sytuacje, w których określenie terminu za pomocą konkretnej daty jest obiektywnie uzasadnione, np. w przypadku projektów o ograniczonym okresie finansowania”. Celem przepisu jest również zapobieganie w przyszłości sytuacjom, gdy po przeprowadzeniu dłuższego, niż zakładano, postępowania o udzielenie zamówienia termin realizacji umowy stawał się nierealny. Tymczasem, Zamawiający nie wskazał żadnej uzasadnionej obiektywnej przyczyny dla wskazania daty wykonania umowy. Należy podkreślić, że nie jest to pierwsze postępowanie prowadzone przez Zamawiającego, którego przedmiotem jest usługa stanowiąca przedmiot zamówienia, Zamawiający mógł przewidzieć czas trwania postępowania i w przypadku konieczności uruchomienia usługi w marcu 2023 r. przygotować to Postępowanie wcześniej.

Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje nie tylko świadczenie usług transmisji danych ale również budowę łączy w lokalizacjach Zamawiającego. Budowa łączy jest procesem długotrwałym, w którym muszą zostać uwzględnione czynniki atmosferyczne, ukształtowanie terenu, konieczność uzyskania pozwoleń na zajęcie pasa drogowego. Powszechnie wiadomym jest fakt, że samo uzyskanie decyzji administracyjnej jest procesem trwającym do kilku miesięcy. Możliwość rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych warunkowane jest koniecznością wykonania szeregu czynności przygotowawczych. Regułą jest, że wykonawcy najpierw podejmują czynności mające na celu przygotowanie się do świadczenia usługi, obejmujące zaprojektowanie i wybudowanie nowej infrastruktury lub pozyskanie istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej od podmiotów trzecich, a następnie przystępują do wykonywania „właściwych” usług telekomunikacyjnych. W zależności od warunków technicznych istniejących w danej lokalizacji Zamawiającego, Wykonawca może albo skorzystać z własnych łączy dostępowych (o ile je posiada), względnie je wybudować, ewentualnie wydzierżawić od innego operatora telekomunikacyjnego. Jednocześnie, w każdym scenariuszu musi dokonać wizji lokalnej we wszystkich lokalizacjach, przygotować projekt podłączenia, zamówić, dostarczyć, skonfigurować i zestawić odpowiednie

urządzenia, przy czym regułą jest, że sama dostawa urządzeń dedykowanych do zapewnienia świadczenia usług obejmuje okres około 12 miesięcy. Wykonawcy przygotowując ofertę muszą zatem w sposób jednoznaczny ocenić w jakim czasie będą mogli przygotować się do rozpoczęcia wykonywania usług na rzecz Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, iż na wykonanie czynności przygotowawczych, o których mowa powyżej, wykonawcy powinni mieć zagwarantowane co najmniej 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Tylko taki termin umożliwi wykonawcy, który nie posiada własnych łączy dostępowych we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego, należyte przygotowanie się do świadczenia usługi telekomunikacyjnej.

Odwołujący zwrócił również uwagę na ryzyka wiążące się z COVID-19. Na dzień sporządzenia odwołania, powszechnie wiadomym jest, że funkcjonowanie zarówno administracji publicznej, jak i sektora prywatnego jest znacznie spowolnione. Nieznane są również ramy czasowe trwającej pandemii. Nie ulega jednak wątpliwości, że w procesie budowy łączy na potrzeby Postępowania należy liczyć się z opóźnieniami stanowiącymi konsekwencję COVID-19, wiążącymi się m.in. z przedłużonym czasem uzyskiwania decyzji administracyjnej, czy też opóźnionymi dostawami urządzeń. Termin 12 miesięcy jest terminem pozwalającym Odwołującemu realizację zamówienia w „zwykłych” okolicznościach, które nie uwzględniają nawet ryzyk związanych z COVID-19.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Odwołującego, wykonawcy ubiegający się o udzielenie Zamówienia, w którym termin uruchomienia jest zbyt krótki, mają zasadniczo dwie możliwości: (i) nie składać oferty w Postępowaniu z uwagi na zbyt wysokie ryzyko przekroczenia terminu z przyczyn od nich niezależnych (ii) utworzyć znaczną rezerwę w budżecie na grożące wykonawcy kary umowne. Nie wymaga uzasadnienia stwierdzenie, że żadne z tych rozwiązań nie stworzy konkurencyjnych warunków w Postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z rozdziałem §12 ust. 1 Umowy, za nieukończenie Prac Wdrożeniowych dla danej Lokalizacji w terminie określonym w §2 ust. 3 Umowy, Zamawiający może naliczyć kary umowne w wysokości od 200 zł do 36.000 zł, w zależności od kategorii łączy, za każdy dzień opóźnienia.

Minimalny czas niezbędny na wdrożenie usługi wynosi 12 miesięcy. Jest to czas niezbędny dla przeprowadzenia wszystkich czynności koniecznych dla faktycznego doprowadzenia infrastruktury do nowych lokalizacji. Podkreślenia wymaga fakt, iż usługi należy dostarczyć do 4 769 miejscowości zlokalizowanych na dużym obszarze kraju. Do większości lokalizacji należy zestawić 2 łączy jednocześnie zachowując dla części rozdzielność dróg. Wskazany

powyżej okres determinowany jest koniecznością wystąpienia do dysponentów istniejącej infrastruktury o warunki dzierżawy kanalizacji teletechnicznych (minimum 50 dni), przeprowadzenia niezbędnych prac projektowych, poprzedzonych wizją lokalną w poszczególnych lokalizacjach i uzgodnieniami z Zamawiającym (minimum 90), zawarcia z dysponentem kanalizacji odpowiedniej umowy dzierżawy (do 50dni), zamówienia materiałów i urządzeń oraz ich dostawą (minimum 3 miesiące, czas ten może się jednak wydłużyć nawet do 12 miesięcy), wykonania prac budowlanych (minimum 60 dni) oraz, w razie potrzeby, uzyskania wymaganych zgód, decyzji administracyjnych, w tym zezwoleń na zajęcie pasa drogowego, czy na zlokalizowanie w pasie drogowym obiektów budowlanych lub urządzeń, ustanowienia odpowiednich służebności.

Powyższe terminy zostały wskazane w oparciu o szczegółowy harmonogram realizacji zamówienia stworzony przez Odwołującego na potrzeby Postępowania. Odwołujący nie załącza go do odwołania z uwagi na fakt, że harmonogram stanowi on tajemnicę przedsiębiorstwa Netia S.A. Odwołujący zamierza przedstawić harmonogram podczas rozprawy (z zastrzeżeniem jego poufności).

Odwołujący wskazał na przykładowe orzeczenie Krajowej izby Odwoławczej, z których wynika, iż termin realizacji zamówienia powinien uwzględniać specyfikę przedmiotu zamówienia, okoliczności jego wykonania oraz przebieg procedury związanej z jego udzieleniem: „Określenie w SIWZ terminów realizacji zamówienia stanowi jeden z istotnych elementów składających się na opis przedmiotu zamówienia. Również w tym zakresie wymagania zamawiającego muszą być adekwatne do potrzeb, w szczególności nie mogą być zbyt wysokie, gdyż postępowanie takie mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję. Muszą być one ustalone z jednej strony odpowiednio do własnych, obiektywnych i uzasadnionych potrzeb oraz celu danego postępowania, z drugiej zaś brać pod uwagę uwarunkowania panujące na danym rynku oraz np. związane z technologią wykonywania robót budowlanych”

2.2. Zarzut 3 b)

Zgodnie z §3 ust. 3 wzoru umowy i Rozdziału 3 pkt. 3.2. 2 OPZ: „W terminie do 60 dni od Daty Początkowej Wykonawca dostarczy Zamawiającemu projekt harmonogramu realizacji Prac Wdrożeniowych dalej zwany jako Harmonogram zawierający daty oraz opisy i procedury przełączania Usług dla poszczególnych Lokalizacji. Harmonogram będzie przekazany w formie elektronicznej (pliki w formacie .pdf oraz pliki edytowalne w formacie .doc lub .xls) do Koordynatora Umowy ze strony Zamawiającego wskazanego w §16 ust. 3 lit. a). Wraz z Harmonogramem Zamawiającemu zostanie przekazany opis sieci i projekt techniczny zawierający architekturę i opis elementów funkcjonalnych, topologię logiczną z

uwzględnieniem obecnej infrastruktury, propozycję konfiguracji dla urządzeń oraz wytyczne do ich implementacji. Harmonogram nie może modyfikować założeń Umowy, zgodnie z którymi etap Prac Wdrożeniowych musi zostać zakończony w terminie, o którym mowa w §2 ust. 3.”

W ocenie Odwołującego dotrzymanie terminu dostarczenia Harmonogramu jest niemożliwe. Przygotowanie harmonogramu realizacji prac wdrożeniowych wymaga co najmniej wizji lokalnej, w każdej z 4 769 lokalizacji Zamawiającego, przeanalizowania danych dotyczących architektury sieci WAN Zamawiającego, weryfikacji istniejącej infrastruktury sieciowej, sprawdzenia warunków technicznych, w tym występowania infrastruktury Odwołującego lub innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w poszczególnych lokalizacjach, wykonania prac koncepcyjnych dotyczących podłączenia poszczególnych lokalizacji do sieci, ustalenia szczegółów technicznych dotyczących podłączenia z każdą z 4 769 lokalizacji, wreszcie opracowania harmonogramu wdrożenia. W ocenie Odwołującego najkrótszym możliwym terminem wykonania tych działań jest termin wynoszący 120 dni od Daty Początkowej. W kontekście powyższego istotne jest zwrócenie uwagi, że stosownie do brzmienia art. 387 § 1 KC, umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna z mocy prawa. Przewidziana ustawą nieważność umowy o świadczenie niemożliwe wyznacza granice swobody umów, wprowadzając zakaz kontraktowania świadczeń, których nie można wykonać. W ocenie Odwołującego, należy zatem przyjąć, że strony nie mogą skutecznie zobowiązać się do wykonania określonego zobowiązania w terminie obiektywnie zbyt krótkim, którego nikt nie jest w stanie dochować.

3. Zarzuty opisane w pkt 5) petitum odwołania

W ocenie Odwołującego poziom i sposób ukształtowania kar umownych i bonifikat, przewidzianych przez Zamawiającego w opisywanych poniżej postanowieniach OPZ i wzoru umowy, zamiast funkcji kompensacyjnej jest rodzajem represji względem wykonawcy. Tak ukształtowane kary umowne naruszają zasadę proporcjonalności, o której mowa w art. 16 Ustawy, przyjętych sankcji względem chronionych interesów Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że umowa w sprawie zamówienia publicznego, tworzy pomiędzy Zamawiającym i wykonawcą stosunek zobowiązaniowy, do którego w zakresie nieuregulowanym przepisami Ustawy, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Stanowi to punkt wyjścia do przyjęcia, iż normatywną podstawą postanowień w zakresie kar umownych stanowi art. 483 Kodeksu cywilnego. Z uwagi na specyficzny charakter umowy w sprawie zamówienia publicznego, należy zgodzić się ze stanowiskiem Prezesa UZP wyrażonym w raporcie Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczącym stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych z dnia marca 2018 r. iż „bardzo ważne jest wyważenie interesów obu stron

stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu. Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody — tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych. (...) Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego zainteresowania wykonawców ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego, co wpływa na konkurencyjność postępowań oraz niekiedy konieczność ich unieważnienia. W takim przypadku wykonawcy na etapie sformułowania warunków umownych mają pełne prawo kwestionować czynności podjęte przez zamawiających jako naruszające zasadę proporcjonalności udzielania zamówień publicznych, a przez to niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych”.

Zdaniem Odwołującego, nie można również pominąć faktu, iż zasada swobody umów, o której mowa w art. 353¹ Kodeksu cywilnego, a zgodnie z którą Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego doznaje na gruncie przepisów Ustawy istotnego ograniczenia. Wynika to z uprawnienia i obowiązku Zamawiającego, wyrażonego w art. 134 pkt 20) Ustawy, do zawarcia w Specyfikacji Warunków Zamówienia istotnych postanowień umownych. W konsekwencji, Zamawiający jest uprawniony do samodzielnie ukształtowania warunków umowy, na których treść wykonawca nie ma żadnego wpływu. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający może kształtować warunki umowy w sposób całkowicie dowolny. Zgodnie z orzecznictwem KIO, uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Jest on ograniczony w szczególności treścią art. 353 1 Kodeksu cywilnego oraz dyrektywą wynikającą z art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jak

wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. W kontekście powyższego, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że „obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą”.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego, zastrzegane w umowach o zamówienie publiczne kary umowne powinny zmierzać do zabezpieczenia należytego wykonania umowy i pozostawać w związku z zasadniczymi obowiązkami wykonawcy, wynikającymi z przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego, opisywane postanowienia wzoru umowy celu tego nie spełniają.

Kary określone w §12 ust. 1-14 są - w ocenie Odwołującego - określone w wysokości rażąco wysokiej względem sankcjonowanego naruszenia, oderwanej od wartości potencjalnej szkody Zamawiającego, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy i wykracza poza dopuszczalne granice swobody umów. Co więcej część kar umownych określona w §12 wzoru Umowy została przewidziana za te same zdarzenia, które stanowi podstawę naliczenia bonifikat, o których mowa w Rozdziale VI OPZ. Nie ulega wątpliwości, że bonifikaty stanowią w istocie karę umowną w przypadku niedotrzymania w danym okresie jakościowych warunków świadczenia usług. Tak zwane bonifikaty, bez względu na stosowaną nomenklaturę mieszają się w definicji kary umownej, o której mowa w art. 483 Kodeksu cywilnego.

4. Zarzuty opisane w pkt 6) petitum odwołania

4.1. Zarzut 6 a)

Zgodnie z §7 ust. 8 wzoru Umowy, w przypadku, gdy realizacja przez Zamawiającego Opcji Zmiany Przepustowości i Opcji Zmiany Kategorii nie powoduje po stronie Wykonawcy konieczności zainstalowania w danej Lokalizacji nowych łączy lub łączy wykonanych w innej technologii niż stosowana w danej Lokalizacji, Wykonawca nie będzie uprawniony do otrzymania Opłaty Instalacyjnej. Tak sformułowane postanowienie naraża wykonawcę na

stratę spowodowaną koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów w przypadku zrealizowania przez Zamawiającego ww. Opcji. Odwołujący zwraca uwagę, że koszt zmiany technologii łącza dostępowego to nie jest jedyny koszt jaki wykonawca będzie musiał ponieść w przypadku realizacji tej opcji. Po za ewentualną zmianą technologii zmiana ta może powodować wymianę urządzeń na inny model i /lub zakup dodatkowych licencji Kwoty te mogą się wahać między kilkoma tysiącami złotych do nawet kilkudziesięciu tysięcy złotych . Nie da się zatem w ofercie w żaden sposób ograniczyć ryzyka związanego z poniesieniem opłaty instalacyjnej. Takie działanie zawsze wiązać się będzie ze znacznym niedoszacowaniem lub przeszacowaniem kosztów realizacji zamówienia.

4.2. Zarzut 6 b) i 6c)

Zgodnie z §8 ust. 1 a) wzoru Umowy, „Zamawiający ma prawo do rezygnacji z Usług w danej Lokalizacji, co będzie równoznaczne z wypowiedzeniem Umowy w odniesieniu do tej Lokalizacji. Okres wypowiedzenia dla danej Lokalizacji wynosi 30 dni, a wypowiedzenie jest skuteczne z dniem, na który przypada koniec Okresu Rozliczeniowego. W okresie obowiązywania Umowy: Zamawiający może zrezygnować z nie więcej niż łącznie 30% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla wszystkich kategorii łączy od T0 do T8 w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji oraz nie więcej niż 40% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla danej kategorii łączy w stosunku do liczby Lokalizacji dla danej kategorii, podanej w Wykazie Lokalizacji”. Z kolei zgodnie z §8 ust. 1 b) wzoru umowy, „w przypadku, kiedy Zamawiający przestanie pełnić rolę operatora wyznaczonego Zamawiający może zrezygnować z nie więcej niż 60% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji, w dowolnym okresie trwania Umowy oraz niezależnie od warunków opisanych w powyższych punktach”.

Wprawdzie w świetle art. 433 pkt 4) Ustawy, Zamawiający ma możliwość ograniczenia zakresu zamówienia poprzez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, to w ocenie Odwołującego możliwość rezygnacji w każdym roku obowiązywania Umowy z 30% wszystkich Lokalizacji dla wszystkich kategorii oraz rezygnacji z 60% lokalizacji stanowi nadmierne ograniczenie zakresu umowy i uniemożliwia oszacowanie oferty.

Odwołujący zauważył, że podejmując decyzję o ubieganiu się o udzielenie zamówienia wykonawca musi mieć pewność, że wykonując zamówienie zgodnie z zawartą umową otrzyma wynagrodzenie. Odwołujący wskazał, że co do zasady umowy w sprawach zamówień publicznych zawierane są na czas oznaczony, a cechą takich umów jest ich

trwałość rozumiana w ten sposób, że przepisy Ustawy nie przewidują możliwości dowolnego rozwiązywania takich umów w całości lub w części zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawcę. Jeżeli taka umowa jest wykonywana należycie, to powinna obowiązywać do upływu terminu jej wykonywania. Kwestionowana klauzula zmiany umowy dotycząca ograniczenia jej zakresu może również zostać rozpatrzona w kontekście orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. W jednym z orzeczeń dotyczących właśnie możliwości zmiany umowy polegającej na znacznym ograniczeniu jej zakresu, Trybunał Sprawiedliwości wskazał:

„29. Odnośnie tego ostatniego przypadku należy podnieść, że zmiana elementów zamówienia polegająca na znacznym ograniczeniu jego przedmiotu może skutkować udostępnieniem go większej ilości podmiotów gospodarczych. Skoro bowiem ze względu na początkowe zamówienie miało taki zakres, że tylko niektóre przedsiębiorstwa mogły przedstawić swój wniosek o dopuszczenie do przetargu czy też swoją ofertę, znaczne ograniczenie przedmiotu tego zamówienia może skutkować tym, że zainteresuje ono również mniejsze podmioty gospodarcze. Ponadto, ze względu na to, że minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnych zamówień muszą, zgodnie z art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18, być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego, ograniczenie jego przedmiotu może spowodować proporcjonalne ograniczenie wymogów stawianych zainteresowanym oferentom i kandydatom”.

Z tych względów, w ocenie Odwołującego zarzut jest uzasadniony.

5. Zarzut opisany w pkt 7) petitum odwołania

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, stwierdzić, co jest przedmiotem zamówienia, jakie są elementy kosztotwórcze, jakie ryzyka powinni uwzględnić w wycenie oferty, oraz że wszystkie inne elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w opisie uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Zamawiający ma również obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, co oznacza, że jest on zobowiązany do stworzenia warunków do uczciwego konkurowania przez wykonawców o uzyskanie zamówienia, jak też do eliminowania zachowań sprzecznych z prawem lub etyką.

5.1. Zarzut 7a

Określenie topologii połączeń wpływa na wybór urządzeń, funkcjonalności i wymiarowanie sieci. Bez informacji w tym zakresie, Odwołujący nie ma możliwości oszacowania oferty w Postępowaniu. System Sterowania Połączeniami będzie budował dynamicznie i automatycznie połączenia pomiędzy lokalizacjami w zadanej topologii. Ścieżki połączeń mogą być budowane na stałe lub na żądanie. Ilość obsługiwanych aktywnych ścieżek uzależniona jest od typu sprzętu i jest ograniczona. W przypadku ścieżki na żądanie Zamawiający powinien określić, ile spodziewa się jednocześnie obsługiwanych ścieżek na żądanie per kategoria lokalizacji, w których wymagać będzie zestawiania ścieżek na żądanie. Wymagane jest określenie przez Zamawiającego pomiędzy którymi typami lokalizacji budowane powinny być na stałe połączenia w pełnej siatce każdy do każdego, a dla których typów lokalizacji tylko do lokalizacji centralnej, oraz czy i którego typu lokalizacje mają budować ścieżki na żądanie pomiędzy sobą. Na przykład: na połączenia w pełnej siatce pomiędzy lokalizacjami TO-T3 i połączenia na żądanie T4-T8 do TO oraz na żądanie pomiędzy lokalizacjami T4-T8.

5.2. Zarzut 7b

Zamawiający oczekuje udostępnienia wszystkich funkcji dostępnych we wdrożonym rozwiązaniu, bez specyfikowania o jakie funkcjonalności chodzi. W celu realizacji określonych funkcjonalności Wykonawca dobiera odpowiedni sprzęt oraz wymagane licencje. Wykonawca zapewni usługi i funkcjonalności ustalone w momencie uruchamiania usługi zgodnie z specyfikacją postępowania przetargowego. Pomimo, że dane rozwiązanie od strony technicznej jest gotowe do realizacji dodatkowej funkcjonalności, Wykonawca nie może zapewnić dostępu do wszystkich dodatkowych funkcjonalności poza zdefiniowany zakres, gdyż część z nich wymaga dodatkowych licencji lub specyficznej konfiguracji sprzętu jak na przykład dodatkowa pamięć lub dysk. Uruchomienie dodatkowych funkcjonalności nie przewidzianych w projekcie technicznym może także doprowadzić do przeciążenia urządzeń lub ich niestabilną pracę. Z tych względów, informacja w tym zakresie są niezbędne do prawidłowego oszacowania oferty w Postępowaniu.

5.3. Zarzut 7c

W kwestionowanych postanowieniach rozdziału 1.1, punkt 8, podpunkt 8.24 Opisu Przedmiotu Zamówienia Zamawiający wymaga, aby wykonawca udostępnił Zamawiającemu dostęp do Systemu Sterowania Połączeniami w celu modyfikacji reguł Firewalli i ACLi. W ocenie Odwołującego powyższe wymaganie zapewnienia dostępu do samodzielnej konfiguracji przez Zamawiającego skutkować będzie brakiem jasnego i jednoznacznego podziału odpowiedzialności pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą za konfigurację,

utrzymanie i zapewnienie bezpieczeństwa. Nieprawidłowo skonfigurowany Firewall lub ACL może zablokować możliwość pomiaru parametrów SLA, zakłócić prawidłowe działanie usługi, a także całkowicie odciąć dostęp do urządzeń co może doprowadzić do braku możliwości zapewnienia wymaganego SLA. Odwołujący zaznaczył, że odpowiedzialność za prawidłowe działanie usługi ponosi Wykonawca, który za niepoprawne działanie usługi jest zobowiązany do zapłaty wysokich kar umownych. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że może zapewnić Zamykającemu odczyt informacji w Systemie Sterowania Połączeniami, natomiast zmiany w konfiguracji Firewalli i ACL mogą być wprowadzane tylko przez Wykonawcę na podstawie zleceń rekonfiguracyjnych Zmawiającego.

5.4. Zarzut 7d

W Rozdziale 1.1. pkt 25 OPZ, Zamawiający oczekuje zapewnienia możliwości samodzielnej modyfikacji parametrów i ustawień, które nie mają bezpośredniego wpływu na dotrzymanie SLA na łączach. Wymaganie to wiąże się z możliwością ingerencji Zamawiającego w parametry i ustawienia urządzeń dostarczających usługę, a w konsekwencji, wpływania na parametry usługi. Samodzielna modyfikacja przez Zamawiającego parametrów i ustawień może pośrednio wpływać na pomiar SLA, zakłócić prawidłowe działanie usługi, a także całkowicie odciąć dostęp do urządzeń lub uniemożliwić przesyłanie danych z urządzeń do Systemu Monitorowania. Możliwość modyfikacji parametrów i ustawień przez Wykonawcę i Zamawiającego będzie oznaczała podział odpowiedzialności w zakresie konfiguracji, utrzymania i zapewnienia bezpieczeństwa. Odwołujący zwrócił uwagę, że odpowiedzialność za niepoprawne działanie usługi i niedotrzymanie parametrów SLA ponosi Wykonawca, który jest zobowiązany do zapłaty wysokich kar umownych. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że może zapewnić Zamawiającemu odczyt parametrów i ustawień, natomiast zmiany w konfiguracji mogą być wprowadzane tylko przez Wykonawcę na podstawie zleceń rekonfiguracyjnych Zmawiającego.

5.5. Zarzut 7 e)

Dane określone w Rozdziale 5 ustęp 5.1 punkt 6, podpunkty 6.1, 6.2, 6.3 przy zgłaszaniu awarii są przekazywane przez Zamawiającego bez uprzedniej weryfikacji, zwłaszcza pod kątem czy w Lokalizacji usługi nie występuje brak zasilania. Często nie jest również możliwy skuteczny kontakt z osobą podaną jako kontaktowa w lokalizacji Zamawiającego. W efekcie prowadzi to zgłaszania dużej ilości zgłoszeń awarii nadmiarowych, które w istocie nie występują (kilkaset miesięcznie), zwłaszcza poza godzinami pracy, gdy nie ma możliwości kontaktu z lokalizacją Zamawiającego oraz w sytuacjach coraz częściej występujących alertów pogodowych i możliwych przerw w dostawie prądu. W ocenie Odwołującego jest to niezwykle istotne dla rentowności projektu gdyż jest to powiązane z wysokimi

bonifikatami/karami z tytułu niedostępności usług, dlatego Odwołujący wniósł o doprecyzowanie ww. postanowień zgodnie z wnioskiem.

5.6. Zarzut 7g)

W Rozdziale 5 ustęp 5.2 OPZ Zamawiający przewiduje możliwość uruchomienia Procedury Zarządzania Awarią Krytyczną w przypadku wystąpienia Awarii powodujących jednocześnie pozbawienie usługi dla minimum 100 Lokalizacji, co wiąże się z koniecznością zaangażowania zasobów wykonawcy ponad miarę i uniemożliwia ocenę ryzyk związanych z realizacją zamówienia i skalkulowanie oferty. Proponowane postanowienia w zakresie Procedury Zarządzania Awarią Krytyczną w przypadku wystąpienia Awarii nakładają na Wykonawcę bardzo rygorystyczne standardy obsługi zgłoszeń awarii, w tym ponadstandardowe angażowanie zasobów i zespołów.

Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotem zamówienia jest uruchomienie i utrzymanie przez Wykonawcę ok. 5 000 lokalizacji (10 000 łączy), co jest związane z koniecznością zapewnienia przez Wykonawcę znacznych zasobów. Z tych względów, Odwołujący wnosi o modyfikację ww. postanowienia w ten sposób, że Zamawiający będzie mógł uruchomić Procedurę Awarii Krytycznej przy niedostępności min. 10% lokalizacji Zamawiającego, czyli wystąpienia Awarii powodujących jednocześnie pozbawienie usługi dla minimum 500 Lokalizacji z tym samym problemem lub na tym samym obszarze, lub w ramach podłączenia do tych samych zasobów dostępowych.

5.7. Zarzut 7f)

w Rozdziale 7 ustęp 2 w Tabeli nr 10 pkt. 2 OPZ zdefiniował w słowniku pojęć Awarię masową jako Wystąpienie awarii powodujących jednocześnie pozbawienie usługi dla minimum 10 Lokalizacji z tym samym problemem na danym obszarze lub w ramach podłączenia do konkretnych zasobów dostępowych, spowodowanych czynnikami leżącymi po stronie infrastruktury sieciowej Wykonawcy, zgłoszone przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest uruchomienie i utrzymanie przez Wykonawcę ok. 5 000 lokalizacji (10 000 łączy). Przy tak dużej skali projektu zdefiniowanie awarii 10 lokalizacji jako awarii masowej, biorąc pod uwagę procedury, jakie wykonawca jest zobowiązany uruchomić w celu usunięcia takiej awarii, jest w ocenie Odwołującego, nieadekwatne do celu, jak Zamawiający zamierza osiągnąć.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Świadczenie usług operatora sieci rozległej WAN_PP dla Poczty Polskiej S.A.”.

Izba ustaliła, że Zamawiającego w 2019 r. przeprowadził postępowanie o tożsamym przedmiocie zamówienia, w wyniku którego została zawarta umowa z wykonawcą Netia S.A. w dniu 25 marca 2019 r. nr K0076484. Postępowanie było przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Dokumenty zamówienia jak również umowa nie były objęte klauzulą poufności ani klauzulą tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że w dniu 14 lutego 2022 r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu, zgodnie z którym „Załącznik nr 5 — OPZ, Załącznik nr 6 — Projekt umowy z załącznikami, z powodu ochrony poufnego charakteru informacji w nich zawartych nie mogą zostać udostępnione na stronie internetowej prowadzonego postępowania, wobec czego dostęp do tych dokumentów będzie możliwy poprzez przekazanie ich przez Zamawiającego za pośrednictwem Platformy. Udostępnienie, o którym mowa powyżej będzie możliwe, po uprzednim przekazaniu, najpóźniej na jeden dzień przed planowanym terminem wglądu, przez Wykonawcę na adres sekretariat.cz@poczta-polska.pl następujących dokumentów: 1) pisemnego upoważnienia dla osoby występującej o udostępnienie dokumentów w imieniu Wykonawcy; 2) podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby upoważnione do reprezentowania Wykonawcy Umowy NDA — zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ. Termin udostępnienia dokumentów zostanie potwierdzony przez Zamawiającego” (pkt VI. 3 ogłoszenia).

Izba ustaliła, że w pkt IX ust. 4 i 5 SWZ Zamawiający wskazał: 4. Jeżeli wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynie do Zamawiającego nie później niż na 7 dni przed upływem terminu składania Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Zamawiający udzieli wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jeżeli wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynie po upływie terminu, o którym mowa powyżej, Zamawiający nie ma obowiązku udzielania wyjaśnień SWZ. Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami Zamawiający zamieści na stronie internetowej, na której udostępniono SWZ; 5. Przedłużenie terminu składania Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie wpływa na bieg terminu składania Wniosku o którym mowa w rozdz. IX ust 4 SWZ.

Izba ustaliła, że pierwotny termin złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu został wyznaczony na dzień 25 lutego 2022 r.

Izba ustaliła, że Odwołujący w dniu 15 lutego 2022 r. zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie OPZ oraz projektowanych postanowień Umowy. Jak wynika ze złożonej do akt sprawy notatki, w dniu 16 lutego 2022 r. Odwołujący ponownie, drogą telefoniczną, zwrócił się o udostępnienie dokumentacji Postępowania zgodnie ze złożonym wnioskiem. Izba ustaliła, że w dniu 21 lutego 2022 r. Odwołujący wysłał do Zamawiającego pismo, w którym poinformował Zamawiającego o braku możliwości uzyskania wyjaśnień do SWZ, co godzi w zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także jawności postępowania. (Pismo z dnia 21 lutego 2022 r.) Izba ustaliła, że Zamawiający nie udzielił odpowiedzi wykonawcy na w/w pismo.

Izba ustaliła, że w dniu 22 lutego 2022 r., a zatem po upływie terminu, o którym mowa w Rozdziale IX pkt 4 SWZ, Zamawiający przekazał Odwołującemu OPZ oraz projektowane postanowienia Umowy. Ponadto, Izba ustaliła, że Zamawiający przedłużył również termin na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu na dzień 11 marca 2022 r.

Izba ustaliła, że w dniu 22 lutego 2022 r. Zamawiający udostępnił dla wszystkich wykonawców na Platformie wzór umowy. OPZ nie zostało udostępnione przez Zamawiającego na Platformie.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zasadny okazał się zarzut dotyczący naruszenia art. 379 w zw. z art. 142 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 i 20 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 4 w zw. z art. 133 ust. 3 w zw. z art. 379 ust 2 ustawy Pzp. Zdaniem Izby naruszenie w/w przepisów stanowi podstawę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 379 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania, bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub od dnia wysłania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania, nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia. W świetle art. 134 ust. 1 pkt 4) i 20), w zw. z art. 142 ust. 1 w zw. z art. 379 ust 1 ustawy Pzp, OPZ oraz projektowane postanowienia umowne stanowią integralną część SWZ.

Stosownie do art. 133 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający nie może udostępnić części SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodu ochrony poufnego

charakteru informacji zawartych w SWZ, określa w ogłoszeniu o zamówieniu sposób dostępu do tych informacji oraz wymagania związane z ochroną ich poufnego charakteru.

Zgodnie z art. 18 ust. 2 i 4 ustawy Pzp „2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (...) 4. Zamawiający może określić w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu wymaganie dotyczące zachowania poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia” .

Zgodnie z art. 379 ust. 1 ustawy Pzp, do przetargu ograniczonego stosuje się przepisy art. 140 i art. 142 - 151 Pzp, natomiast stosownie do art. 143 ust. 1 i 2 Pzp, do wyjaśnień oraz zmian treści SWZ, w zakresie niezbędnym do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, odpowiednio stosuje się przepisy art. 135 ust. 1 i 6, art. 136 i art. 137, z uwzględnieniem ust. 2-5. Jeżeli wyjaśnienia treści SWZ są niezbędne do należytego przygotowania i złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień w tym zakresie niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania wniosku albo nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania wniosków w przypadku, o którym mowa w art. 144 ust. 2, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż na 14 dni, a w przypadku, o którym mowa w art. 144 ust. 2, na 7 dni, przed upływem terminu składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Ponadto, zgodnie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z tym przepisem ustawodawca wymaga wykazania trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje koniecznością zastosowania przepisu. Po pierwsze, musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania). Po drugie, wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. A zatem nie może to być jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie, ale wada powodująca niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. Po trzecie wada ta musi być niemożliwa do usunięcia.

Przenosząc powyższe regulacje na analizowany stan faktyczny, Izba uznała po pierwsze, że Zamawiający naruszył art. 379 ustawy w związku z art. 142 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) i 20)

ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu oraz innym wykonawcom OPZ oraz projektowanych postanowień umownych wraz ze SWZ w dniu 14 lutego 2022 r., co spowodowało, że Odwołujący został pozbawiony możliwości skorzystania z uprawnień, które przyznaje ustawa Pzp, w szczególności, skorzystania z uprawnienia do zadawania pytań do treści SWZ i otrzymania obligatoryjnej odpowiedzi Zamawiającego, która mogłaby zmodyfikować treść SWZ, a w konsekwencji naruszenie art. 16 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzanie postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców, nieprzejrzysty i nieproporcjonalny.

W ocenie Izby, stanowisko Zamawiającego, iż treści OPZ oraz wzór umowy nie są dokumentami koniecznymi do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie zasługuje na aprobatę. Po dokonaniu analizy treści SWZ udostępnionej przez Zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy mieliby decydować o tym czy złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Izba wskazuje, że dokument ten zawiera jedno zdanie dotyczące przedmiotu zamówienia. Na stronie 3 została zawarta informacja, iż przedmiotem zamówienia jest Świadczenie usług operatora sieci rozległej WAN. SWZ nie zawiera żadnych innych informacji co do zakresu, terminu czy wymaganego sposobu wykonania zamówienia. Informacje te zostały zawarte w załączniku nr 5 do SWZ – OPZ, dokumentu, do którego dostęp został w sposób niezasadny znacząco ograniczony przez Zamawiającego. Zdaniem Izby za kuriozalną uznać należy sytuację, w której profesjonalny podmiot działający na rynku właściwym podejmuje strategiczne i istotne decyzje biznesowe w oparciu o jednozdaniową informację co do przedmiotu zamówienia zawartą w SWZ. Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składany jest przez wykonawcę zainteresowanego wykonaniem zamówienia na rzecz Zamawiającego. Stanowi wstępną ocenę wymagań Zamawiającego i deklarację wykonawcy co do dalszego udziału w postępowaniu. Skoro wykonawca nie ma podstawowej wiedzy jaki jest przedmiot zamówienia, nie ma tym samym możliwości w sposób profesjonalny i staranny zweryfikować czy w ogóle wyrazić chęć uczestnictwa w postępowaniu. Nie może chociażby oceniać czy posiada odpowiednie zasoby kadrowe, sprzętowe, aby w przewidzianych przez Zamawiającego ramach czasowych wykonać przedmiot zamówienia. Zdaniem Izby, każdy odpowiedzialny wykonawca, działając poprzez swoje organy, a więc zarząd/radę nadzorczą, musi posiadać niezbędną wiedzę co do wymagań zamawiającego i przedmiotu zamówienia. Gdyby przyjąć inaczej, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu byłby składane „w ciemno”. To zdaniem Izby wypacza istotę postępowania przetargowego. Izba podkreśla, że wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Zamawiający wymaga - zgodnie z Rozdziałem VII, pkt 4.2 SWZ - złożenia wykazu osób skierowanych do realizacji

przedmiotu zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu, termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został pierwotnie wyznaczony na 25 lutego 2022 r. Treść OPZ została ostatecznie przekazana Odwołującemu przez Zamawiającego w dniu 22 lutego 2022 r. Oznacza to, że wykonawca *de facto* w ciągu 2 dni miałby dokonać rzetelnej i profesjonalnej analizy wymagań Zamawiającego, terminu wykonania i innych aspektów związanych z realizacją zamówienia. Zdaniem Izby, za irracjonalne należy uznać założenie Zamawiającego, iż wykonawca bez dostępu do pełnej treści OPZ, przystąpi do czynności związanych z spełnieniem warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oznaczałoby to bowiem, iż od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu tj. od dnia 14 lutego 2022 r., Odwołujący przystępuje do zgromadzenia odpowiednich zasobów kadrowych nie mogąc jednocześnie przekazać takim osobom informacji jaki jest *de facto* zakres zamówienia czy sposób/termin jego wykonania. Co więcej, w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca może skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego. Zamawiający wymaga złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zobowiązania podmiotu trzeciego. Sposób w jaki Zamawiający ukształtował pierwotnie terminy w postępowaniu prowadziłby do sytuacji, w której wykonawca chcący skorzystać w potencjału podmiotu trzeciego miałby *de facto* 2 dni na przekazanie takiemu podmiotowi istotnych informacji związanych z realizacją zamówienia i ewentualną finalizację zakresu i zasad udostępnienia takich zasobów. Taka sytuacja jest zdaniem Izby niedopuszczalna i prowadzi do sytuacji, w której wykonawcy nie mogą w sposób racjonalny i profesjonalny skorzystać z uprawnień przewidzianych w ustawie Pzp. Ponadto zdaniem Izby, opieszale sposób udostępniania przez Zamawiającego OPZ Odwołującemu znacznie utrudnia podjęcie chociażby decyzji czy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca złoży samodzielnie czy np. zdecyduje się na stworzenie konsorcjum z uwagi na rozmiar czy też wymagania Zamawiającego. Nie sposób wymagać, aby odpowiedzialny podmiot gospodarczy bezrefleksyjnie podejmował działania biznesowe w celu stworzenia konsorcjum nie znając szczegółowo przedmiotu zamówienia. Zarówno decyzja co do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak również decyzja co do zaangażowania określonych zasobów kadrowych, skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego czy też utworzenia konsorcjum, to decyzje biznesowe podmiotów działających na rynku. Decyzje te wymagają analizy kosztów, ryzyk i potencjalnych zysków. Zdaniem Izby, jawność postępowania, uczciwa konkurencja i równy dostęp do zamówienia jako podstawowe zasady postępowań przetargowych uzasadniają w sposób niebudzący żadnych wątpliwości Izby konieczność udostępnienia OPZ wszystkim wykonawcom, na równych zasadach, w sposób umożliwiający skorzystanie w przewidzianych ustawą Pzp uprawnień. Izba wskazuje, że Zamawiający w dniu 18 lutego 2022 r. co prawda zmieniał termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wyznaczając datę

11 marca 2022 r., ale taki sposób postępowania pozbawił wykonawców ustawowego prawa do zadawania pytań co do OPZ. Tym samym Zamawiający najpierw w sposób nierealny określa daty na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, bez udostępnienia kluczowych dokumentów na weryfikację przez wykonawców zasadności złożenia takiego wniosku, po czym jednak udostępnia kluczowe dokumenty, ale w terminie, który uniemożliwia skorzystania z ustawowego prawa do zadawania pytań wynikającego z art. 143 ust. 2 ustawy Pzp. Takie działanie Zamawiającego Izba uznaje za nieuprawnione.

Dalej Izba wskazuje, że Zamawiający nie wykazał przesłanek do zastosowania art. 133 ust. 3 ustawy Pzp. Przywołany przepis statuuje prawo zamawiającego do ograniczenia dostępu do części SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodu ochrony poufnego charakteru informacji zawartych w SWZ. Zauważyć należy, że ochrona informacji wynikająca z art. 133 ust. 3 ustawy Pzp nie ma charakteru nieograniczonego i dowolnego. Zasadą bowiem jest to, iż Zamawiający, jak Izba wskazała powyżej, zgodnie z art. 379 ust. 2 ustawy Pzp zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania, bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ, a więc również do OPZ oraz wzoru umowy. Jest to wyraz podstawowej zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. zasady jawności. Możliwość więc skorzystania z uprawnienia z art. 133 ust. 3 ustawy Pzp wymaga wykazania przez Zamawiającego, iż zastrzeżone informacje mają charakter poufny. Izba zauważa, że w analizowanym stanie faktycznym, treść OPZ oraz wzoru umowy została zastrzeżona przez Zamawiającego z uwagi na to, iż dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiającego. W przekazanej Izbie dokumentacji postępowania, oba dokumenty w nagłówkach posiadają oznaczenie „tajemnica przedsiębiorstwa”. Izba ustaliła, że w aktach postępowania nie zostało zawarte żadne uzasadnienie zastrzeżenia w/w dokumentów. Na pytanie Izby podczas rozprawy, pełnomocnik Zamawiającego wskazał, że odpowiedni departament Zamawiającego dokonał analizy treści dokumentów i decyzją zarządu zostały one zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa Zamawiającego. Zdaniem Izby, działanie Zamawiającego w sposób rażąco narusza przepis art. 133 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 379 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się w pierwszej kolejności to wzoru umowy, to zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Zamawiającego na rozprawie, wzór umowy został udostępniony wszystkim wykonawcom w dniu 22 lutego 2022 r. na platformie, na której prowadzone jest postępowanie. Zamawiający oświadczył, że zmienił zdanie co do charakteru w/w dokumentu i uznał, że nie stanowi on już tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym, zdaniem Izby, Zamawiający potwierdził zasadność zarzutu Odwołującego, iż dokument nie ten spełniał

wymagań co do jego poufnego charakteru i został bezpodstawnie zastrzeżony przez Zamawiającego jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w konsekwencji bezprawnie nieudostępniony na stronie internetowej Zamawiającego wraz z SWZ w dniu 14 lutego 2022 r. Jego udostępnienie zaś w dniu 22 lutego 2022 r. pozbawiało wykonawców możliwości skorzystania z prawa zadawania pytań wynikającego z art. 143 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się następnie do OPZ, zdaniem Izby, Zamawiający również w żaden sposób nie wykazał, że dokument ten stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiającego. Izba wskazuje, że możliwość objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności i jako taki winien być stosowany ściśle. Ograniczenie zasady jawności możliwe jest wyłączenie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę. Z takim wyjątkiem mamy do czynienia w art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Ustawodawca wskazał bowiem, że Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie, a więc również w art. 133 ust. 3 ustawy Pzp. Przy czym, zdaniem Izby, to obowiązkiem zamawiającego jest wykazanie poufnego charakteru zastrzeżonych informacji. W przedmiotowej sprawie Zamawiający, jak się wydaje, upatruje poufnego charakteru informacji zawartych w OPZ z uwagi na to, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W taki bowiem sposób oznaczył w/w dokument. Przy czym Zamawiający nie wykazał w żaden sposób poufnego charakteru zastrzeżonych informacji. Izba wskazuje, że z dokumentów złożonych do akt postępowania wynika, że Zamawiający w 2019 r. przeprowadził postępowanie na świadczenie usług operatora sieci WAN. Zarówno OPZ jak i wzór umowy w tym postępowaniu stanowiły jawne dokumenty. Porównanie OPZ z 2019 oraz OPZ w obecnie prowadzonym postępowaniu w sposób oczywisty potwierdza, że oba dokumenty mają niemal identyczną treść. Dokumenty przetargowe opisujące wymagania Zamawiającego, w szczególności parametry sieci i urządzeń, lokalizacje, sposób świadczenia usług, wymagania w zakresie SLA i obsługi urządzeń były jawne i widniały opublikowane na stronie internetowej. Co więcej, udostępnienie przez Zamawiającego wzoru umowy na platformie również ujawnia w określonym zakresie sposób realizacji zamówienia. Na pytanie Izby podczas rozprawy dotyczące poufnego charakteru dokumentacji z postępowania w 2019 r., Zamawiający oświadczył, że treść umowy z dnia 25 marca 2019 r. nie była objęta klauzulą tajemnica przedsiębiorstwa. Dokumenty te były jawne i dostępne na stronie internetowej. Tym samym, zdaniem Izby, nie została spełniona podstawowa przesłanka wynikająca z art. 133 ust. 3 ustawy, jak również z art. 11 ust. 2 UZNK, a mianowicie, poufny charakter zastrzeżonych informacji. Zastrzeżone bowiem informacje zostały publicznie udostępnione 2019 r., są więc znajdują się w domenie publicznej, a zatem nie mają charakteru poufnego. W toku rozprawy, Zamawiający oświadczył, że treść OPZ została

decyzją zarządu objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, pomimo publicznego udostępnienia OPZ w 2019. Nie zostało Izbie przedłożone żadne oficjalne stanowisko zarządu, a tym bardziej żadne uzasadnienie decyzji zarządu. W ocenie Izby, nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa informacje, które były upublicznione przez Zamawiającego, a więc informacje, które nie mają charakteru poufnego. Sama decyzja zarządu i opatrzenie dokumentu klauzula tajemnica przedsiębiorstwa nie czyni takich dokumentów poufnymi, a tym bardziej informacji w nich zawartych informacjami poufnymi. Jeśli zaś Zamawiający kierował się jakimiś innymi okolicznościami warunkującymi konieczność zachowania treści OPZ w poufności, to takie okoliczności winni znaleźć odzwierciedlenie w aktach postępowania przetargowego. Brak w tym zakresie dokumentów Zamawiającego skutkuje uznaniem przez Izbę, iż Zamawiający bezpodstawnie zastrzegł treść OPZ jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i sposób nieprawidłowy zaniechał udostępnienia spornego dokumentu wraz ze SWZ na swojej stronie internetowej w dniu 14 lutego 2022 r.

W konsekwencji powyższych naruszeń przepisów ustawy Pzp, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 143 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Należy w tym zakresie wskazać, że pierwotny termin na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został ustalony na dzień 25 lutego 2022 r. Termin zatem na zadawanie pytań dotyczących SWZ upływał w dniu 18 lutego 2022 r. Zamawiający bowiem skorzystał z procedury przyspieszonej, wynikającej z art. 379 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Na marginesie, Izba zauważa, że również w tym zakresie uzasadnienie Zamawiającego jest lakoniczne i nie zawiera opisu żadnych obiektywnych ani indywidualnych uwarunkowań uzasadniających zastosowanie procedury przyspieszonej. Jednocześnie zgodnie z Rozdziałem IX pkt 4 SWZ, przedłużenie terminu na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie wpływa na termin złożenia wniosku o wyjaśnienia treści SWZ. Jak wynika z okoliczności faktycznych sprawy, Zamawiający udostępnił Odwołującemu OPZ w dniu 22 lutego 2022 r. W tym samym dniu Zamawiający udostępnił wszystkim zainteresowanym wykonawcom na platformie treść wzoru umowy. Zdaniem Izby, taki sposób udostępnienia dokumentów pozbawił Odwołującego ustawowego prawa do zadawania pytań dotyczących SWZ, wynikającego z art. 143 ustawy Pzp. Zamawiający udostępnił bowiem w/w dokumenty po upływie ustawowego terminu na zadanie takich pytań, naruszając w ten sposób przepisy ustawy Pzp. Twierdzenie Zamawiającego, iż na obecnym etapie postępowania każdy z wykonawców może zadawać pytania dotyczące SWZ, a Zamawiający udzieli odpowiedzi są bez znaczenia dla stwierdzonych naruszeń. Ustawa Pzp uprawnia wykonawców do składania pytań dotyczących SWZ, określając terminy do dokonania takich czynności, statuując zarazem obowiązek Zamawiającego udzielenia odpowiedzi na pytania wykonawców. Brak udzielenia odpowiedzi lub udzielenie niewyczerpujących odpowiedzi legitymuje wykonawcę do

wniesienia odwołania wobec czynności czy zaniechań zamawiającego. Sposób postępowania Zamawiającego nie tylko pozbawił wykonawców dostępu do kluczowych dokumentów postępowania, ale jednocześnie uniemożliwił im zadawanie pytań co do treści tych dokumentów w zakresie niezbędnym do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w konsekwencji prawa do ewentualnego skorzystania ze środków ochrony prawnej. Dobra wola Zamawiającego czy deklaracje co do gotowości udzielenia odpowiedzi nie sanują uchybień Zamawiającego na poprzednich etapach postępowania.

Zdaniem Izby Zamawiający w sposób nieuprawniony i błędny przyjął, iż po pierwsze OPZ nie stanowi dokumentu koniecznego do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Po drugie, w sposób niezasadny i sprzeczny z ustawą uniemożliwił wykonawcom zadanie pytań do treści OPZ i wzoru umowy, pozbawiając ich uprawnienia wynikającego z art. 143 ustawy Pzp. Po trzecie, w sposób nieuprawniony zastrzegł treści OZP oraz wzoru umowy jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji zdaniem Izby, w analizowanym stanie faktycznym, zaistniały przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Po pierwsze, mamy do czynienia z naruszeniem szeregu przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania). Po drugie, wada rodzi ryzyko unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym zakresie, Izba dostrzega, że przepisy obecnie obowiązującej ustawy Pzp nie zawierają odpowiednika art. 146 ust. 6 poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, który stanowił, że Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zauważenia wymaga jednak, że w sytuacji, kiedy w postępowaniu Izba stwierdza niezgodność czynności Zamawiającego z przepisami ustawy mających istotne znaczenie dla prowadzonego postępowania, jedynym narzędziem pozwalającym na to, aby wyrok Izby usunął stan niezgodności z prawem, jest nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania, nie jest już bowiem możliwe nakazanie Zamawiającemu udzielania odpowiedzi na zapytania Zamawiającego skoro terminy te zostały określone bezwzględnie obowiązującymi przepisami w ustawie Pzp. Kontynuowanie postępowania prowadziłoby natomiast do tego, że naruszenie ustawy na jego wcześniejszym etapie miało wpływ na wynik tego postępowania. W tej sytuacji Izba uznała za zasadne wskazanie na przepis art. 457 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym przepis ust. 1 (określający w sposób enumeratywny przyczyny unieważnienia umowy) nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny. Art. 70⁵ § 1 Kc stanowi, że organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy,

inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. W ocenie Izby przepis ten mógłby być podstawą unieważnienia umowy również w sytuacji, gdy zamawiający (strona umowy) poprzez niezgodne z ustawą Pzp czynności podjęte w postępowaniu tj. naruszenie art. 143 ust. 1 w zw. z art. 379 ustawy Pzp jak również poprzez naruszenie art. 133 ust. 3 ustawy Pzp, prowadzące do ograniczenia jawności postępowania poprzez brak udostępnienia wymaganych dokumentów, wpływa na wynik tego postępowania, chociażby poprzez ograniczenie możliwości udziału w postępowaniu wykonawcom działającym na rynku na równych zasadach, co stanowi naruszenie zasady uczuciowej konkurencji. Po trzecie, stwierdzone naruszenia (wady postępowania) nie są możliwe do usunięcia. Terminy na zadawanie pytań i udzielenia odpowiedzi przez Zamawiającego nie podlegają przywróceniu. W konsekwencji, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienia postępowania. Sposób w jaki Zamawiający prowadził przedmiotowe postępowanie spowodował naruszenie wielu przepisów ustawy Pzp. Decyzje Zamawiającego, zarówno co do zastosowania procedury przyspieszonej wynikającej 397 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, jak ograniczenie dostępu wykonawcom do kluczowych dokumentów związanych z zamówieniem nie były prawidłowo uzasadnione i skutkowały naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Zdaniem Izby utrudniony dostęp do istotnych dokumentów postępowania, co do których Zamawiający nie wykazał poufnego charakteru, w sposób jaskrawy naruszył zasady otwartego dostępu do udziału w postępowania, a więc zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający w sposób arbitralny tak ukształtował harmonogram dostępu do OPZ, aby wykonawcy nie mogli skorzystać w ustawowego uprawnienia do zadawania pytań co do jego treści.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp, art. 436 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, art. 483 Kodeksu cywilnego, art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp, Izba wskazuje, że zgodnie z oświadczeniem zwanym w odwołaniu, jak również złożonym przez pełnomocnika Odwołującego na rozprawie w/w zarzuty były zarzutami ewentualnymi. Należy w tym zakresie wskazać, że to od decyzji Odwołującego zależy, jakie zarzuty podnosi w odwołaniu i w jaki sposób je formułuje. W ocenie Izby żaden przepis ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnieść zarzut główny oraz - na wypadek jego nieuwzględnienia - zarzut ewentualny. Takie postawienie zarzutów przez Odwołującego jest w pełni zasadne w analizowanym stanie faktycznym. Racjonalnie bowiem uznać należy, że w przypadku uwzględnienia zarzutu głównego – tj. unieważnienia postępowania, bezprzedmiotowe staje się rozpatrzenie zarzutów ewentualnych dotyczących opisu wymagań Zamawiającego zwartych w OPZ czy wzorze umowy. Stąd też, w/w zarzuty

ewentualne podniesione przez Odwołującego nie podlegały merytorycznemu rozpatrzeniu przez Izbę, z uwagi na uwzględnienie zarzutu głównego.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....