

WYROK
z dnia 24 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2017 r. i 21 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2017 r. przez wykonawcę **T-Mobile Polska S.A. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Netia S.A. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **Orange Polska S.A. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych w pkt III.1 a odwołania, a także w pkt III.1 c odwołania co do zaniechania dopuszczenia realizacji łączy dostępowych w technologii radiowej point-to-multipoint oraz w pkt III.1 b odwołania co do zaniechania dopuszczenia świadczenia usług w oparciu o sieci komórkowe GSM/LTE przynajmniej dla łączy zapasowych w lokalizacjach A i B z powodu cofnięcia odwołania,
2. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:
 - a) modyfikację pkt 19 opisu przedmiotu zamówienia przez dopuszczenie realizacji obu łączy dostępowych w jednej lokalizacji w technologii radiowej w paśmie koncesjonowanym;
 - b) usunięcie kryterium oceny ofert „ilość łączy radiowych”;
3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

4. kosztami postępowania w części 60% obciąża **T-Mobile Polska S.A. w Warszawie**, zaś w części 40% **Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie**:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **T-Mobile Polska S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr**, poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **3.600 zł 00 gr**, poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 4.2. zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** na rzecz **T-Mobile Polska S.A. w Warszawie** kwotę **5.400 zł 00 gr** (słownie: pięciu tysięcy czterystu złotych zero groszy).

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „świadczenie usługi sieci Wan oraz dostawa urządzeń sieciowych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 czerwca 2017 r. nr 2017/S 117-235068.

Wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na opisanu przedmiotu zamówienia,
- 2) czynności zamawiającego polegającej na opisanu kryteriów oceny ofert,
- 3) czynności zamawiającego polegającej na sporządzeniu wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego,

wykonawca T-Mobile Polska S.A. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł 3 lipca 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący w pkt III odwołania zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób preferujący jednego wykonawcę (dotychczasowego dostawcę usług), w zakresie, w jakim:
 - a) zamawiający opisał wymagania dotyczące urządzeń wskazanych w pkt 5.1, 5.2 i 5.3 OPZ (TOM lii SIWZ) w sposób wskazujący na urządzenia konkretnego producenta;
 - b) zamawiający nie dopuszcza (pkt 19.6 OPZ) świadczenia usług w oparciu o sieci komórkowe GSM/LTE;
 - c) zamawiający postawił wymaganie (pkt 19 OPZ), że dopuszczalna jest wyłącznie realizacja łączy dostępowych w technologii radiowej Point-to- Point oraz że łączy radiowe nie mogą stanowić jedyne medium dla łączy dostępowych w danej lokalizacji;
 - d) zamawiający przewidział (pkt 19.1 ppkt 2 lit.b) Tom I SIWZ oraz §2 ust. 1 pkt 2 Tom EI - IPU), iż maksymalny termin na zgłoszenie gotowości do świadczenia usług operatora korporacyjnej sieci rozległej (WAN) GDDKiA wynosi do 160 dni od dnia zawarcia umowy;
- 2) art. 91 ust. 1, 2c 1 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp w zakresie w jakim zamawiający przewidział kryterium oceny ofert preferujące wykorzystywanie technologii kablowej, w sposób dyskryminujący wykorzystanie łączy radiowych oraz ustalił sposób oceny kryterium oceny ofert „Termin zgłoszenia gotowości do świadczenia usługi” w sposób preferujący operatora dotychczas świadczącego usługi na rzecz zamawiającego;

- 3) art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp przez sporządzenie Tomu II SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy (dalej: „IPU”), w sposób naruszający zasady współzycia społecznego w zakresie, w jakim w § 7 ust. 3 IPU zamawiający określił rażąco wygórowane kary umowne (0,1% wartości umowy brutto, o której mowa w §1 ust. 5 za każdy dzień zwłoki).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ przez:

1. wprowadzenie do SIWZ oraz OPZ następujących zmian:

- a) modyfikację wymagań wobec urządzeń wskazanych w pkt 5.1, 5.2, 5.3 OPZ w taki sposób, aby możliwe było zaoferowanie urządzeń również innych producentów, a nie tylko Cisco;
- b) wykreślenie pkt 19.6 OPZ i dopuszczenie do świadczenia usług w oparciu o sieć GSM/LTE, przynajmniej dla łączy zapasowych w oddziałach zamawiającego;
- c) usunięcie kryterium oceny ofert „ilość łączy radiowych”;
- d) modyfikację pkt 19 OPZ poprzez dopuszczenie realizacji łączy dostępowych w technologii radiowej Point-to-Multipoint oraz dopuszczenie realizacji obu łączy dostępowych w jednej lokalizacji (podstawowego i zapasowego) w technologii radiowej w paśmie koncesjonowanym;
- e) modyfikację pkt 19.1 ppkt 2 lit.b) Tom I SIWZ oraz §2 ust. 1 pkt 2 Tom II - IPU), przez określenie, iż maksymalny termin na zgłoszenie gotowości do świadczenia usług operatora korporacyjnej sieci rozległej (WAN) GDDKiA wynosi do 240 dni od dnia zawarcia umowy oraz modyfikację sposobu oceny ofert w kryterium „termin zgłoszenia gotowości do świadczenia usługi” w taki sposób, iż punkty zostaną przyznane wg następujących zasad:

- za zadeklarowanie, że wykonawca zgłosi zamawiającemu gotowość do świadczenia usług operatora korporacyjnej sieci rozległej (WAN) w terminie do 220 dni od dnia podpisania umowy - 10 pkt;
- za zadeklarowanie, że wykonawca zgłosi zamawiającemu gotowość do świadczenia usług operatora korporacyjnej sieci rozległej (WAN) w terminie do 200 dni od dnia podpisania umowy -15 pkt;
- za zadeklarowanie, że wykonawca zgłosi zamawiającemu gotowość do świadczenia usług operatora korporacyjnej sieci rozległej (WAN) w terminie do 180 dni od dnia podpisania umowy - 20 pkt.

2. modyfikację § 7 ust. 3 IPU i obniżenie kar umownych w taki sposób, iż zamawiający będzie miał prawo naliczenia kary w wysokości 0,01% wartości umowy brutto, o której mowa w §1 ust. 5 za każdy dzień zwłoki.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Szereg postanowień dotyczących opisu przedmiotu zamówienia zostało w postępowaniu sformułowanych przez zamawiającego w sposób nieodpowiadający przedmiotowi zamówienia, a także dodatkowo w sposób preferujący jednego wykonawcę, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Odwołujący co do zarzutu wykorzystania technologii radiowej (zarówno zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia oraz kryterium oceny ofert) podniósł, że zamawiający ukształtował postanowienia SIWZ w sposób istotnie ograniczający możliwość wykorzystania przez wykonawców technologii radiowej, do tego stopnia, iż realne szanse na uzyskanie zamówienia będą mieli wyłącznie wykonawcy korzystający z łączy kablowych. Argumentował, że po pierwsze, zamawiający zgodnie z pkt 19.6 OPZ nie dopuszcza rozwiązania, w którym zarówno łącze podstawowe jak i zapasowe w danej lokalizacji realizowane są z wykorzystaniem technologii radiowej, przy czym, dopuszczalna jest jedynie realizacja łączy dostępowych w technologii Point-to-Point (punkt-punkt), co wyklucza skorzystanie z rozwiązania określanego jako Point-to-Multipoint (punkt-wielopunkt). Brak natomiast podobnego zastrzeżenia dla technologii kablowej, tzn. łącza kablowe mogą stanowić jedyne medium dla łączy dostępowych w danej lokalizacji. Po drugie zaś - kryterium oceny ofert „ilość łączy radiowych” wprost i w sposób znaczący (waga kryterium 20%) preferuje wykonawców świadczących usługę bez wykorzystywania łączy radiowych. Tak ukształtowane postanowienia SIWZ naruszają przepisy ustawy zarówno ze względu na nieuzasadnione ograniczenie zastosowania rozwiązań technologicznych, które umożliwiają spełnienie wymagań funkcjonalnych zamawiającego i mogą być traktowane jako rozwiązania równoważne do faworyzowanej technologii kablowej, jak również - poprzez arbitralne preferowanie wykorzystywania technologii kablowej powodują naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez preferowanie jednego wykonawcy - Orange Polska S.A., który jest również operatorem obecnie świadczącym usługi sieci WAN na rzecz zamawiającego.

Odwołujący podnosił, że powyższe postanowienia naruszają również zasadę proporcjonalności wymagań w stosunku do przedmiotu zamówienia i potrzeb zamawiającego, gdyż bez merytorycznych i obiektywnych podstaw związanych z przedmiotem zamówienia, w sposób bardzo istotny ograniczają krąg potencjalnych wykonawców oraz możliwość wyboru przez wykonawców sposobu świadczenia usługi. Wykonawca, profesjonalnie świadczący usługi objęte przedmiotem zamówienia, posiada kompetencje do oceny możliwości technicznych zastosowania danej technologii, w taki sposób, aby spełnić wymagania zamawiającego. Zamawiający ma możliwość określenia w

SIWZ wymagań dotyczących dostępności usługi, jaką wykonawcy mają obowiązek zapewnić. Dobór odpowiedniej do tego technologii, w tym również podjęcie decyzji, co do możliwości wykorzystania sieci radiowej, pozostaje w gestii i w zakresie odpowiedzialności wykonawcy i nie powinien być decyzją narzuconą z góry przez zamawiającego.

Odwołujący podkreślał, że parametry SLA technologii radiowej nie odbiegają od wartości osiąganych w przypadku łączy kablowych. Prawdłowo zastosowane, łączy radiowe zapewniają dostępność usługi nie mniejszą niż pozostałe technologie, w tym preferowana przez zamawiającego technologia kablowa. Argumentował, iż wobec postawionych przez zamawiającego wymagań co do redundancji łączy podstawowych i zapasowych, rozdzielność infrastruktury zostaje zapewniona nawet w przypadku zastosowania technologii radiowej punkt-wielopunkt - w takim przypadku radiolinia dla łączy podstawowego i zapasowego kierowana jest do dwóch różnych węzłów (niezależnie czy jest to łącze punkt-punkt czy punkt- wielopunkt). W tym kontekście, ograniczenie możliwości realizacji usługi poprzez wyłączenie możliwości pełnego wykorzystania technologii radiowej przy wykonywaniu zamówienia, stanowi nieuzasadnione i nadmierne ograniczenie konkurencyjności postępowania oraz swobody wykonawców w doborze sposobu realizacji usługi.

Odwołujący wskazywał, że ograniczenie możliwości wykorzystania technologii radiowej jest nieuzasadnione w sytuacji, gdy świadczenie usługi za pomocą łączy radiowych w paśmie koncesjonowanym (zarówno punkt-punkt, jak i punkt-wielopunkt) jest równie niezawodne i bezpieczne, co droga kablowa. W szczególności, na korzyść łączy radiowego w porównaniu do łączy kablowego przemawia szybkość usuwania ewentualnych awarii oraz możliwość zapewnienia dostępu w lokalizacjach trudnodostępnych, czy to poprzez łączy kablowe podziemne czy napowietrzne. Pasma radiowe koncesjonowane są przeznaczone do profesjonalnych zastosowań telekomunikacyjnych. Korzystanie z tych pasm radiowych poza spełnieniem technicznych wymagań (w Polsce obowiązują normy ETSI) jest dodatkowo rejestrowane i koordynowane przez niezależny organ państwowy (w Polsce: Urząd Komunikacji Elektronicznej). Aby zapewnić wysoką i skalowaną niezawodność łączy, stosowane są odpowiednie rekomendacje planistyczne opracowane przez międzynarodowe organizacje i zainstalowana radiolinia może zapewnić łączy do transmisji danych, którego niezawodność osiąga wartość nawet 99,9999% w skali roku. W zakresie bezpieczeństwa danych w warstwie fizycznej (pierwsza warstwa modelu OSI) i łączy danych (druga warstwa modelu OSI), jaką bez wątplenia stanowią linie radiowe, poziom zabezpieczeń jest na tym samym poziomie co inne technologie realizacji łączy ostatniej mili. Są to rozwiązania telekomunikacyjne zaaprobowane przez międzynarodowe organizacje standaryzacyjne (ITU, ETSI, IEEE i IETF). Wskazywał, że sieć radiowa w paśmie koncesjonowanym zapewnia również odpowiedni poziom bezpieczeństwa, m.in. dzięki nadzorowi UKE. Podkreślał, iż

podobnie jak przy łączach kablowych, kluczowe znaczenie dla bezpieczeństwa przesyłania danych ma ich szyfrowanie, które odbywa się na poziomie urządzeń końcowych - również tutaj zatem brak istotnych różnic między obiema technologiami. Wywodził, że technologia kablowa i technologia radiowa są równoważne, gdyż przy ich użyciu wykonawca jest w stanie zapewnić takie same poziomy SLA, a czynniki które mogą powodować zakłócenia w transmisji danych za pomocą radiolinii mają również negatywny wpływ na świadczenie usług w technologii kablowej. Przedstawił zestawienie tabelaryczne czynników zakłócających przy obu rodzajach łączy.

Odwołujący wywiódł także, że awaryjność łączy radiowych zależy od tego, kto je zestawi (czy posiada doświadczenie w tym zakresie) oraz w jaki sposób i na jakim sprzęcie to zrobi. Nawet jeśli zamawiający posiada ewentualne negatywne doświadczenia związane z transmisją danych za pomocą sieci radiowej zestawionej przez dotychczasowego wykonawcę, nie oznacza, że sieć zestawiona przez innego wykonawcę będzie równie awaryjna. Jakość świadczenia usług jest czynnikiem właściwym dla danego wykonawcy. Odwołujący argumentował ponadto, że wyłączenie możliwości swobodnego zastosowania technologii innej niż kablowa, wyraźnie preferuje jednego wykonawcę - Orange Polska S.A. (dawniej: Telekomunikacja Polska S.A.). Operator ten posiada najszerszą infrastrukturę kablową w lokalizacjach zamawiającego, zarówno ze względu na zaszczości historyczne, jak i na fakt obecnego świadczenia usług na rzecz zamawiającego. Pozostali wykonawcy zostaną więc albo zmuszeni do znacznych inwestycji w celu budowy własnych kanałów dostępowych lub też do dzierżawy istniejącej infrastruktury od Orange Polska S.A. Ponieważ jest to podmiot jednocześnie konkurujący z pozostałymi operatorami sieci o uzyskanie zamówienia, z oczywistych względów nie będzie on zainteresowany zawarciem takiej umowy, a już na pewno nie na warunkach korzystnych dla konkurencyjnego wykonawcy. Jednocześnie może się okazać niemożliwe skorzystanie z możliwości dzierżawy istniejącej już infrastruktury ze względu na jej wcześniejsze „zarezerwowanie” przez Orange Polska S.A.

Odwołujący wywiódł, że konstrukcja obowiązujących umów dzierżawy infrastruktury utrudnia lub wręcz uniemożliwia pozostałym operatorom uzyskanie warunków i gwarancji, co do możliwości dzierżawy łączy Orange Polska S.A., w sytuacji, gdy sama ta spółka zainteresowana jest ubieganiem się o to samo zamówienie. Ponieważ Orange Polska S.A. obecnie świadczy analogiczne usługi na rzecz zamawiającego, niewątpliwie również w aktualnym postępowaniu będzie konkurować o udzielenie zamówienia - jest to dopuszczalne, pod warunkiem jednak, że udział tego operatora będzie odbywać się z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i przy równym traktowaniu pozostałych wykonawców. Aktualny stan infrastruktury kablowej oraz istnienie określonych przewag konkurencyjnych między wykonawcami funkcjonującymi na rynku powinien być uwzględniany podczas oceny zgodności z zasadami równego traktowania wykonawców i

uczciwej konkurencji. Faktem notoryjnym jest, że Orange Polska S.A. (dawniej: Telekomunikacja Polska) posiada uprzywilejowaną pozycję wynikającą z posiadanej przez ten podmiot infrastruktury, a co zatem idzie należało oczekiwać od zamawiającego, że nie będzie wprowadzał do ogłoszenia postanowień, które umożliwią Orange czy jakimkolwiek innemu wykonawcy w sposób nieuzasadniony i nadmierny wykorzystywanie swojej przewagi konkurencyjnej. Wręcz przeciwnie, należy od zamawiającego oczekiwać, że uwzględniając istniejące uwarunkowania zachowa ostrożność i nie będzie dodatkowo wzmacniał pozycji tego wykonawcy.

Ograniczenie konkurencyjności postępowania przez wyłączenie możliwości doboru przez operatorów wszystkich dostępnych i odpowiadających wymaganiom zamawiającego technologii jest widoczne w historii postępowań organizowanych przez tego samego zamawiającego:

postępowanie z 2011 r.

- dopuszczono możliwość realizacji łączy dostępowych w technologii radiowej punkt-punkt w paśmie koncesjonowanym, przy czym łącza radiowe nie mogły stanowić jedyne medium dla łączy dostępowych, za wyjątkiem maksymalnego 6-miesięcznego okresu przejściowego. W okresie przejściowym możliwa była realizacja co najwyżej 40% łączy w technologii radiowej. Docelowo co najmniej 85% łączy powinno stanowić łącza kablowe;
- ilość ofert złożonych w postępowaniu: 1 - Telekomunikacja Polska S.A. (obecnie Orange Polska S.A.)
- wartość umowy: 13 352 927 zł netto

postępowanie z 2014 r.

- dopuszczono możliwość realizacji łączy dostępowych w technologii radiowej punkt-punkt i punkt-wielopunkt w paśmie koncesjonowanym;
 - ilość ofert złożonych w postępowaniu: 3 (Netia, Orange, Konsorcjum GTS i Emitel)
 - najniższa cena: 3 467 759 zł zaoferowana przez Orange, pozostałe oferty na poziomie ok. 7,5 mln. zł.

Zdaniem odwołującego przedstawiony przykład pokazuje, że dopuszczenie możliwości realizacji przedmiotu zamówienia z zastosowaniem technologii radiowej punkt-punkt i punkt-wielopunkt w paśmie koncesjonowanym pozytywnie wpływa na konkurencję w postępowaniu i umożliwia zamawiającemu poczynienie znacznych oszczędności.

Co do zarzutu dotyczącego wykorzystania technologii GSM/LTE odwołujący podniósł, że argumentacja dotycząca konieczności umożliwienia wykonawcom wyboru dowolnej technologii zapewniającej spełnianie wymagań funkcjonalnych i jakościowych opisanych w

SIWZ odnosi się także do wyłączenia możliwości świadczenia usługi w oparciu o sieć GSM/LTE. Zamawiający w sposób nieuzasadniony całkowicie wykluczył możliwość wykorzystania tego rozwiązania, również w odniesieniu do łączy zapasowych tj. łączy o parametrach 512/512 kbps - jest to przepustowość, która jest możliwa do zapewnienia również poprzez świadczenie usługi w oparciu o sieci komórkowe.

Odwołujący wywiódł, że ograniczenie możliwości do wykorzystania rozwiązań stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców z pokrzywdzeniem tych operatorów, którzy oferują rozwiązania alternatywne dla technologii kablowej wykorzystywanej przez dotychczasowego dostawcę usług. Możliwość wykorzystania innych rozwiązań technologicznych stanowi zapewnienie pozostałym wykonawcom możliwości uczciwej rywalizacji o uzyskanie zamówienia z Orange Polska S.A., które nie musi ponosić wysokich kosztów budowy infrastruktury kablowej w lokalizacjach zamawiającego. Jak najszersze dopuszczenie technologii alternatywnych, przy określonych wymaganiach funkcjonalnych i parametrach jakościowych, otwiera wszystkim operatorom możliwości konkurencyjnego przez dobranie rozwiązań zgodnych z SIWZ, a jednocześnie optymalnych finansowo i nie zmusza operatorów alternatywnych do wliczania w cenę oferty wysokich kosztów budowy nowej infrastruktury.

Ponadto odwołujący wskazywał na niekonsekwencję zamawiającego, który wyłącza całkowicie możliwości świadczenia usług w oparciu o sieci komórkowe, a jednocześnie opisując wymagania odnośnie routerów określa obowiązek zapewnienia urządzeń obsługujących sieci GSM (3G/4G LTE). Podkreślał, że decyzja o sposobie realizacji zamówienia powinna być pozostawiona wykonawcy. To wykonawca jest profesjonalistą działającym na rynku usług telekomunikacyjnych, posiadającym potencjał technologiczny i doświadczenie w świadczeniu usług transmisji danych. Jeżeli celem zamawiającego jest uzyskanie usług o określonej jakości to powinien on wymagać określonej jakości i wprowadzić odpowiednie postanowienia umożliwiające mu egzekwowanie tej jakości. Innymi słowy, zamawiający powinien wskazać cel, czyli uzyskanie usług o określonej jakości, a nie sposób realizacji tego celu. W takim przypadku to wykonawca, profesjonalista dobierałby sposób świadczenia usług do zamierzonego celu i byłby rozliczany z jego osiągnięcia.

Co do zarzutu dotyczącego terminu wykonania zamówienia odwołujący podniósł, że określony przez zamawiającego, zarówno maksymalny termin realizacji zamówienia (zgłoszenia gotowości do świadczenia usług operatora korporacyjnej sieci rozległej (WAN)), jak i sposób oceny w ramach kryterium oceny ofert jest nadmiernie krótki, uniemożliwiający złożenie oferty i realne konkurencyjne o uzyskanie zamówienia innym operatorom, niż Orange Polska S.A. Wywiódł, że jedynie Orange Polska S.A. posiada gotową infrastrukturę w lokalizacjach zamawiającego oraz aktualną wiedzę o dostępnych warunkach i możliwościach świadczenia w nich usługi, które mają istotny wpływ na możliwość

zaoferowania termin zgłoszenia gotowości do świadczenia usług. Pozostali wykonawcy będą zobowiązani albo do wybudowania własnej infrastruktury albo też do skorzystania z ofert dzierżawy infrastruktury od Orange Polska S.A., przy czym, na obecnym etapie, nie ma możliwości weryfikacji, w których lokalizacjach dzierżawa będzie możliwa i na jakich warunkach. Informacje takie nie są powszechnie dostępne i wymagają skierowania zapytania do operatora-właściciela infrastruktury. Może się zatem okazać, iż wykonawca będzie zmuszony do wybudowania własnej infrastruktury lub też skorzystania z alternatywnego rozwiązania technicznego oferowanego przez Orange Polska S.A. w danej lokalizacji. W każdym z tych przypadków, konieczne jest zapewnienie wykonawcy wystarczającego czasu na przygotowanie do świadczenia usługi i wykonanie wszystkich związanych z tym czynności faktycznych i prawnych. Nawet jeśli wskazane okoliczności dotyczyć będą tylko pojedynczych lokalizacji, musi być to uwzględnione przy deklarowaniu oferowanego czasu gotowości do uruchomienia usługi. W okolicznościach tej sprawy powoduje to, iż wykonawcy zostają pozbawieni możliwości realnego konkurowania o uzyskanie zamówienia z obecnym operatorem, czy wręcz - możliwości złożenia oferty gwarantującej zachowanie maksymalnego wymaganego terminu realizacji.

Odwołujący argumentował, że zarówno określony termin nie więcej niż 160 dni na przygotowanie do świadczenia usługi, jak i konsekwentnie - ustalone przez zamawiającego przedziały punktowe, są terminami niemożliwymi do dotrzymania w sytuacji, w której nie będzie można skorzystać z już istniejącej infrastruktury - własnej lub dzierżawionej i konieczne będzie podjęcie stosownych inwestycji. Czynności zarówno formalne, jak i praktyczne konieczne dla wybudowania infrastruktury, w szczególności - preferowanej (czy wręcz wymaganej) przez zamawiającego infrastruktury w technologii kablowej zajmują odpowiedni czas, którego skrócenie nie jest możliwe nawet przy odpowiednim zaangażowaniu i potencjalne wykonawców. Wykonawca nie ma np. wpływu na terminy wynikające z przepisów prawa administracyjnego, które przewidują co do zasady 30-dniowy termin, zobowiązujący do oczekiwania na odpowiedź, z możliwością jego wydłużenia.

Odwołujący wywiódł, że w celu przygotowania do zgłoszenia gotowości do świadczenia usługi, konieczne jest stworzenie i uzgodnienie dokumentacji projektowej, przeprowadzenie prac budowlanych, uzyskanie pozwoleń lub zgód albo dopełnienie obowiązków w zakresie zgłoszeń, zarówno bezpośrednio dotyczących budowy, jak i powiązanych (np. uzyskanie zgody na zajęcie pasa drogowego). Ponadto, argumentował, iż w okolicznościach tego konkretnego kontraktu, biorąc pod uwagę możliwy termin zawarcia umowy, ewentualne prace przypadają będą w okresie jesienno-zimowym - dla inwestycji w budowę łączki kablowych jest to okres, w którym ze względu na pogodę i warunki gruntowe często nie jest obiektywnie możliwe prowadzenie jakichkolwiek prac. Zważywszy, że wykonawca na obecnym etapie nie ma możliwości sprecyzowania lokalizacji, gdzie

wymagane będą inwestycje, założyć musi termin zapewniający jego dotrzymanie i nienarażający go na naruszenie postanowień umowy - takim terminem w odniesieniu do liczby i charakteru łączy objętych tym postępowaniem jest termin 6-8 miesięcy (uwzględniając również, iż do podpisania umowy dojdzie już w okresie jesiennym). Stąd też modyfikacje zaproponowane przez wykonawcę w petitum odwołania.

Odwołujący podkreślał, iż nie jest możliwe podejmowanie przez wykonawcę jakichkolwiek inwestycji przed zawarciem umowy. Zatem, wyłącznie stosowne wydłużenie maksymalnego terminu na przygotowanie usługi oraz przedziałów punktowych w ramach przedmiotowego kryterium, umożliwi wyrównanie szans na udział w postępowaniu również innych operatorów niż Orange Polska S.A. W przeciwnym wypadku, termin realizacji zamówienia staje się de facto kryterium ograniczającym, czy też eliminującym konkurencję w tym postępowaniu.

Odwołujący co do zarzutu dotyczącego urządzeń objętych przedmiotem zamówienia odwołujący podniósł, że przepisy ustawy narusza również sposób, w jaki zamawiający opisał wymagania dotyczące urządzeń, których dostarczenia wymaga w celu realizacji zamówienia. Opisane przez zamawiającego zestawienie specyficznych wymagań jest możliwe do spełnienia tylko przez jednego producenta urządzeń - Cisco, podczas gdy na rynku istnieją inne równoważne rozwiązania, które można zaoferować w celu zapewnienia świadczenia usługi zgodnie z oczekiwanymi przez zamawiającego funkcjonalnościami. Podkreślał, iż mimo iż przedmiotem zamówienia są usługi sieci korporacyjnej WAN, znaczącą część opisu przedmiotu zamówienia poświęcono nie charakterystyce łączy, ale właśnie rozbudowanemu opisowi wymagań co do oczekiwanego sprzętu, który wykonawcy będą wykorzystywać w celu świadczenia usługi. Zestawienie parametrów oraz użyte przez zamawiającego pojęcia w sposób jednoznaczny wskazują na urządzenia produkowane przez Cisco, nie pozostawiając możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych.

W szczególności, ale nie wyłącznie, wskazać można chociażby na dwa z początkowych wymagań:

- w pkt 4.1 zamawiający wymaga protokołów dynamicznego routingu takich jak OSPF, EIGRP oraz RIPv2 - podczas gdy łączne spełnienie wymagania zapewniają obecnie na rynku tylko urządzenia producenta CISCO, wskazaną funkcjonalność może zapewnić równoważne rozwiązanie spełniające to wymaganie jedynie częściowo i zapewniające protokoły EIGRP lub OSPF;
- podobnie w pkt 4.2 - wskazanie protokołu HSRP jednoznacznie identyfikuje oczekiwanie przez zamawiającego urządzeń wyprodukowanych przez CISCO, podczas gdy potrzebom zamawiającego odpowiada nie tylko HSRP, ale również należałoby dopuścić protokół VRRP lub inny protokół FHRP.

Podobnie szereg innych wymagań i parametrów wskazanych w szczegółowej specyfikacji parametrów urządzeń w pkt 5.1, 5.2. i 5.3 OPZ - ich łączne spełnienie możliwe jest wyłącznie przez urządzenia produkcji CISCO. Również niektóre z pojedynczych parametrów, dla których zamawiający nie dopuścił zaoferowania rozwiązań równoważnych eliminują możliwość zaoferowania produktów konkurencyjnych do sprzętu CISCO - m.in. wymaganie z pkt 5.1.25 OPZ - musi posiadać wsparcie dla protokołów WCCP i WCCPv2. Jedynie urządzenia CISCO są w stanie spełni tak postawione wymaganie. Wywiódł, że naruszenie przepisów ustawy stanowi nie tylko posłużenie się nazwami własnymi w opisie przedmiotu zamówienia, ale również zastosowanie takich pojęć i takich wymaganych parametrów, które nie umożliwiają wykonawcom zaoferowania innego rozwiązania niż urządzenia konkretnego producenta.

Co do zarzutu dotyczącego istotnych postanowień umowy odwołujący podniósł, że zamawiający w załączonych do SIWZ istotnych postanowieniach umowy zawarł postanowienia dotyczące kary umownej, które naruszają przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 23 oraz art. 139 ust. 1 Pzp. Kara umowna ma na celu zdyscyplinowanie wykonawcy, który będzie realizował umowę w sprawie zamówienia publicznego, jednakże określenie jej na rażąco wysokim poziomie (tak jak w przypadku przedmiotowego projektu umowy) prowadzi do naruszenia zasady współzycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron umowy. Zamawiający przewidział naliczanie kary za zwłokę w zgłoszeniu gotowości w odniesieniu do chociażby jednego łącza w ten sposób, iż kara naliczana jest w wysokości 0,1 % od wartości całkowitej ceny umowy, tj. sumy abonamentów za każde łącze przez cały okres trwania umowy. Jest to sankcja rażąco nieproporcjonalna do wagi i skali naruszenia, które dotyczyć może równie dobrze tylko jednorazowej awarii pojedynczego łącza, nie wpływając istotnie na zwłokę w zakończeniu etapu przygotowawczego. Wskazana wartość, od której naliczana może być kara stanowi całkowite wynagrodzenie umowne dla wszystkich łączy przez cały okres trwania umowy - oznacza, to że 0,1% tej wartości stanowi bardzo istotną kwotę - zarówno obiektywnie, jak i porównując z ceną abonamentu miesięcznego za jedno łącze, które może stać się podstawą do naliczenia kary umownej we wskazanej wysokości. Wobec tego, zasadne jest żądanie obniżenia rażąco wygórowanej kary umownej, co najmniej do wartości 0,01% określonej w IPU kwoty, co umożliwi zachowanie z jednej strony równowagi stron umowy cywilnoprawnej, z drugiej zaś - zgodność z zasadą proporcjonalności obowiązującą w ramach zamówień publicznych (art. 7 ust. 1 Pzp).

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby cofnął odwołanie w zakresie zarzutów opisanych w pkt III.1 a odwołania, a także w pkt III.1 c odwołania co do zaniechania dopuszczenia realizacji łączy dostępowych w technologii radiowej point-to-multipoint oraz w

pkt III.1 b odwołania co do zaniechania dopuszczenia świadczenia usług w oparciu o sieci komórkowe GSM/LTE przynajmniej dla łączy zapasowych w lokalizacjach A i B.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, a także w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Netia S.A. w Warszawie. Wniósł o uwzględnienie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Orange Polska S.A. w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, modyfikacje treści SIWZ, odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie odwołującego wykonawcę Netia S.A. w Warszawie uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Orange Polska S.A. w Warszawie uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

W dalszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, opisu kryteriów oceny ofert i sporządzenia postanowień wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego, sporządzenie opisu, postanowień wzoru w taki sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję jak również w sposób, który może uniemożliwić wykonawcy złożenie oferty, prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Postępowanie odwoławcze w części podlegało umorzeniu, zaś w zakresie rozpoznanym merytorycznie zasługiwało częściowo na uwzględnienie.

Za chybiony uznano zarzut, jakoby w § 7 ust. 3 istotnych postanowień umownych (IPU) zamawiający określił rażąco wygórowane kary umowne w ten sposób, że przewidział karę w wysokości 0,1% wartości umowy brutto za każdy dzień zwłoki w potwierdzeniu stanu gotowości do świadczenia usługi operatora korporacyjnej sieci rozległej (WAN) w terminie umownym (max 170 dni).

Stwierdzono, że biorąc pod uwagę wartość obecnej umowy (około 4,2 mln zł) i zakładając znaczną, bo 20-dniową zwłokę w rozpoczęciu realizacji usługi, kara umowna naliczona według obecnego wzoru umowy wyniosłaby około 85.000 zł. Przy poziomie kary umownej postulowanym przez odwołującego, a mianowicie 0,01% wartości umowy, wysokość tej kary wyniosłaby jedynie około 8.500 zł. Powyższe szacunki dowodzą, że nawet przy znacznym, bo aż 20 dniowym przekroczeniu terminu (wobec wyznaczonego w SIWZ maksymalnego terminu 170 dni) postulowana przez odwołującego wysokość kary umownej pozostawałaby niewspółmierna wobec skali zwłoki. Kara nie spełniłaby zatem swej funkcji prewencyjnej. Wzięto pod uwagę, że kara umowna zastrzeżona w § 7 ust. 3 wzoru umowy dotyczyła jednego z głównych obowiązków umowy, a mianowicie terminu potwierdzenia gotowości do świadczenia usługi operatora, czyli de facto rozpoczęcia realizacji usługi.

Termin ten miał dla zamawiającego istotne znaczenie z punktu widzenia jego statutowych i ustawowych obowiązków. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Za chybiony uznano także zarzuty dotyczące maksymalnego terminu potwierdzenia gotowości świadczenia usługi operatora i kryterium oceny ofert dotyczącego skrócenia tego terminu.

Ustalono, że zamawiający w pkt 6.1. SIWZ (po modyfikacji z 11 lipca 2017 r.) wskazał, że zgłoszenie gotowości do świadczenia usług operatora korporacyjnej sieci rozległej (WAN) nastąpi w terminie do 170 dni od dnia zawarcia umowy lub w terminie krótszym, zgodnym z deklaracją wykonawcy zawartą w ofercie określonym na podstawie kryteriów oceny ofert. Jednocześnie w pkt 19.1 SIWZ (po modyfikacji z 11 lipca 2017 r.) zamawiający wskazał, że przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej będzie stosować m.in. kryterium „termin zgłoszenia gotowości do świadczenia usługi”. Zamawiający przewidział, że punkty zostaną przyznane wg następujących zasad:

- za zadeklarowanie, że wykonawca zgłosi zamawiającemu gotowość do świadczenia usług operatora korporacyjnej sieci rozległej (WAN) w terminie do 160 dni od dnia podpisania umowy - 10 pkt;
- za zadeklarowanie, że wykonawca zgłosi zamawiającemu gotowość do świadczenia usług operatora korporacyjnej sieci rozległej (WAN) w terminie do 150 dni od dnia podpisania umowy - 20 pkt.

W świetle modyfikacji treści SIWZ, na moment wyrokowania maksymalny termin potwierdzenia gotowości świadczenia usługi operatora wynosił 170 dni. Jak wynikało z odwołania, odwołujący domagał się wydłużenia terminu do 6 miesięcy, a także stosownej zmiany kryterium oceny ofert „termin”. W ocenie Izby, odwołujący nie sprostą obowiązkowi wykazania, że zastrzeżony maksymalny termin potwierdzenia gotowości świadczenia usługi operatora jest terminem zbyt krótkim, naruszającym zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący nie przedstawił przykładowo harmonogramu, który obrazowałby minimalne terminy poszczególnych etapów prac, chociażby dla jednej lub kilku lokalizacji. Nie wykazał, czy, a jeżeli tak, to jak długo miałyby trwać uzyskanie pozwoleń lub zgód albo dopełnienie obowiązków w zakresie zgłoszeń, zarówno bezpośrednio dotyczących budowy, jak i powiązanych (np. uzyskanie zgody na zajęcie pasa drogowego). Odwołujący nie sprostą także obowiązkowi udowodnienia, że takim odpowiednim terminem w odniesieniu do liczby i charakteru łączy objętych tym postępowaniem jest termin 6-8 miesięcy, jak to wskazano w odwołaniu.

Wzięto pod uwagę, że w postępowaniu poprzednio prowadzonym przez zamawiającego w 2014 r. termin na zgłoszenie gotowości do świadczenia usługi wynosił jedynie 150 dni, a zatem o 20 mniej, niż w obecnym postępowaniu. Wzięto pod uwagę, że w

przywołanym postępowaniu swoje oferty, przy istotnie krótszym terminie, byli w stanie złożyć nie tylko przystępujący Orange Polska, ale także przystępujący Netia oraz GTS Poland, który w 2015 r. dołączył do spółek grupy T-Mobile, a więc odwołującego. Nie wykazano także, czy, a jeżeli tak to czy w tej konkretnej sprawie, ewentualna konieczność prowadzenia prac w okresie jesiennym czy zimowym, może uniemożliwić czy choćby utrudnić rozpoczęcie realizacji usługi w terminie 170 dni. Przystępujący Orange wskazywał bowiem na istnienie technologii układania światłowodu w warunkach zimowych. Za bezzasadne zaś uznano odwoływanie się w tym zakresie do praktyki niewliczania do terminów realizacji robót okresów zimowych w przypadkach największych przetargów infrastrukturalnych. Te ograniczenia mogą być uznane za zasadne w odniesieniu do takich robót budowlanych jak kładzenie asfaltu, czy wykonywanie skomplikowanych obiektów inżynierskich. Roboty te, z uwagi na ich przedmiot, zakres i skalę, należało bowiem uznać za nieporównywalne do ewentualnych prac, jakie należy wykonać przygotowując się do świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostawały natomiast dowody w postaci fragmentów SIWZ w postępowaniach prowadzonych przez różnych zamawiających i wynikające z nich maksymalne terminy rozpoczęcia realizacji usługi. Bez dokładniejszej znajomości uwarunkowań lokalnych, charakterystyk łączy, argumenty o charakterze porównawczym nie mogą być przydatne.

Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Za zasadne uznano zarzuty odwołującego co do zakazu dopuszczenia realizacji obu łączy dostępowych w jednej lokalizacji w technologii radiowej w paśmie koncesjonowanym oraz co do kryterium oceny ofert „ilość łączy radiowych”.

Zamawiający w pkt 19 opisu przedmiotu zamówienia zastrzegł, że łącza radiowe nie mogą stanowić jedyne medium dla łączy dostępowych w danej lokalizacji. Zapis ten oznaczał, że w każdej lokalizacji dla dwóch wymaganych łączy dopuszczono konfiguracje kabel-kabel, a także kabel – radio, zamiast wykluczono konfiguracje radio – radio. Ponadto w pkt 19.1 SIWZ (po modyfikacji z 11.07.2017 r.) zamawiający zdecydował się premiować zaoferowanie przez wykonawców mniejszej liczby łączy radiowych. Zamawiający przewidział bowiem, że punkty w kryterium „ilość łączy radiowych” zostaną przyznane wg następujących zasad:

- za zadeklarowanie łączy radiowych od 0 do 45 – 20 pkt;
- za zadeklarowanie łączy radiowych od 45 do 60 – 10 pkt;
- za zadeklarowanie łączy radiowych od 61 do 70 – 5 pkt;
- za zadeklarowanie łączy radiowych powyżej 70 – 0 pkt.

Podkreślenia wymagało, że zamawiający konsekwentnie w trakcie rozprawy utrzymywał, iż obydwa łącza w danej lokalizacji będą łączami podstawowymi, aktywnymi, równoległymi. Zaprzeczał tezom odwołującego, jakoby w danej lokalizacji jedno z łączy miało być podstawowe, a drugie jedynie rezerwowe. W trakcie pierwszego terminu rozprawy zamawiający oświadczył, że *„błędne jest również stanowisko odwołującego, jakoby któreś z zamawianych łączy miało być łączem rezerwowym. Wszystkie łącza mają być łączami równoległymi”*. Skoro zatem oba łącza mają być łączami aktywnymi i równoległymi, a żadne z nich nie jest łączem rezerwowym, to za całkowicie niespójną i nielogiczną uznano argumentację zamawiającego co do motywów wykluczenia konfiguracji radio-radio. Jeżeli bowiem rzeczywiście, jak utrzymywał zamawiający, technologia radiowa nie zapewni oczekiwanego poziomu bezpieczeństwa i bezawaryjności, to niezrozumiałe jest jednoczesne dopuszczenie radia jako medium w łączach podstawowych, równoległych i aktywnych. Zamawiający w każdej lokalizacji dopuścił wszak konfigurację łącza kabel – radio. Idąc tokiem rozumowania zamawiającego, jeżeli rzeczywiście łącza radiowe charakteryzują się takimi wadami, to medium to powinno zostać całkiem wykluczone.

Dostrzeżenia wymagało również, że zamawiający uzasadniając zakaz świadczenia usług w konfiguracji radio – radio nie argumentował, że technologia radiowa nie zapewni osiągnięcia wymaganej przepustowości. O przepustowości tej była mowa w załączniku nr 3 do formularza oferty – wykaz lokalizacji. Wobec powyższego uznano, że technologia radiowa spełni oczekiwane wymogi co do przepustowości.

Jedynym uzasadnieniem, jakie przedstawił zamawiający były argumenty odwołujące się do większej awaryjności tego medium a także wymogi co do bezpieczeństwa. Ma rację odwołujący gdy twierdzi, że skoro zamawiający opisał w SIWZ wymagania co do jakości usługi, mechanizmy kontroli tej jakości, a także sankcje z tytułu jej nieosiągnięcia, to – co do zasady - środki osiągnięcia tego celu powinny być pozostawione wykonawcy czyli operatorowi. Ograniczenia, czy premiowanie tych środków, które służą osiągnięciu celu, w tym przypadku mediów, można uznać za dopuszczalne, ale tylko wtedy, gdy zostanie wykazane, że wykorzystanie medium, z określonych i udowodnionych powodów nie zapewni jakości usługi lub nie będzie odpowiadać potrzebom zamawiającego. Te okoliczności powinien w toku procesu wykazać zamawiający. W ocenie Izby zamawiający tego ciężaru nie udźwignął.

Złożony przez przystępującego Orange wykaz awarii łączy radiowych i kablowych w trakcie realizacji usługi na rzecz zamawiającego nie stanowił wystarczającego dowodu, w oparciu o który Izba mogła ustalić sporne fakty. Ma rację odwołujący utrzymując, że zestawienie to może co najwyżej stanowić dowód, iż większą awaryjność łączy radiowych względem łączy kablowych osiągnął podmiot dotychczas świadczący usługi w technologii radiowej na rzecz zamawiającego. Powyższe nie oznacza jednak, że taka sama proporcja

awaryjności musi charakteryzować łącza zestawiane przez innych wykonawców, jak odwołujący czy przystępujący Netia. Z punktu widzenia wiarygodności i mocy ten dowód należało ocenić identycznie jak dowód w postaci zestawienia awaryjności usług świadczonych przez odwołującego na rzecz innych podmiotów, czy dowód w postaci zestawienia usług świadczonych przez przystępującego Netia. Z dowodów tych wynikało, że wskaźniki awaryjności w trakcie usług realizowanych przez odwołującego i przystępującego Netia okazały się niższe, niż w zestawieniu awarii przedstawionym przez przystępującego Orange. W ocenie Izby, jakość usługi może zależeć od właściwego doboru urządzeń oraz staranności, wiedzy i doświadczenia danego operatora, a także uwarunkowań lokalnych. Wzięto pod uwagę, że awaryjność może cechować także łącza kablowe, czego dowodem były wydruki ze stron internetowych złożone przez przystępującego Netia.

Wzięto pod uwagę, że zamawiający ani przystępujący Orange nie przedstawili żadnej opinii, choćby prywatnej, w oparciu o którą Izba mogłaby wnioskować o wyższej awaryjności czy mniejszym bezpieczeństwie łączy radiowych względem kabli miedzianych. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie powołał się jedynie ogólnie na bliżej niesprecyzowaną „powszechną wiedzę techniczną”. Była to okoliczność sporna, a opinię na poparcie faktu przeciwnego złożył odwołujący. Odwołujący przedstawił bowiem ekspertyzę prywatną z 10 lipca 2017 r. pochodzącą od Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji w Warszawie. Rzeczywiście ekspertyza miała jedynie charakter dokumentu prywatnego, stanowiącego dowód tego, że osoba która go podpisała, złożyła takie właśnie oświadczenie. Tym niemniej, w przeciwieństwie do zamawiającego i przystępującego Orange, odwołujący przynajmniej podjął próbę wykazania spornej okoliczności. Wiarygodność omawianej ekspertyzy nie mogła być kwestionowana jedynie z tego powodu, że wiceprezesem Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji jest pan Cezary Albrecht, który pełni również funkcję dyrektora u Odwołującego (wydruk ze strony internetowej kigeit.org.pl, złożony przez zamawiającego). Osoba ta nie sporządzała opinii ani jej nie zatwierdzała. Opinię w imieniu Izby sporządził pan Jerzy Tworóg, zaś zatwierdził Prezes Zarządu pan Stefan Kamiński. Ponadto sporządzający i zatwierdzający ekspertyzę z ramienia KIGEiT złożyli w treści ekspertyzy deklaracje bezstronności. Oświadczyli, że nie są powiązani ze zlecającym ekspertyzę, a większość potencjalnych operatorów – konkurentów i dostawców (sprzętu i oprogramowania do świadczenia usług teleinformatycznych) to członkowie KIGEiT (s. 2 ekspertyzy).

W wyniku analizy ekspertyzy można było ustalić, że osoby ją sporządzające i zatwierdzające, będące członkami KIGEiT, wskazały na możliwość osiągnięcia równoważności technologii radiowej i technologii kabli miedzianych, w tym pod względem awaryjności i bezpieczeństwa. Przedstawiły także uargumentowane stanowisko co do możliwości osiągnięcia oczekiwanej jakości usługi o w oparciu o technologię radiową. Z

opinii wynikało bowiem, że obie technologie, a więc kablowa i radiowa, „są stosowane w budowie sieci telekomunikacyjnych i teleinformatycznych o klasie 5 dostępności. O bezpieczeństwie i niezawodności sieci decyduje właściwe korzystanie z dostępnej techniki i technologii oraz kompetencje operatora sieci i usług”. „Ciągłość transmisji zapewnia się poprzez redundancję sprzętu na stacji bazowej i projektowej odporności na najsilniejsze możliwe opady deszczu. Jest to tylko kwestia właściwego zastosowania dostępnej techniki i technologii. O wyborze technologii decyduje projekt realizujący potrzebny standard świadczenia usług oraz koszt ich realizacji różnymi technologiami. Złamanie bezpieczeństwa i dostępności sieci poprzez ingerencję fizyczną (przypadkową, zamierzoną lub/i wrogą) w sieć kablową jest równie łatwa i tańsza niż ingerencja w sieć radiową”.

Nie może stanowić podstawy do wykluczenia medium radiowego, co do którego nie wykazano jego większej awaryjności i bezpieczeństwa, okoliczność, że istotnie odwołujący i przystępujący Netia mają możliwość wydzierżawienia infrastruktury kablowej od Orange hurt, w oparciu o wzór umowy na dostęp do kanalizacji kablowej i wzór umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie świadczenia usługi dzierżawy łączy odcinków zakończeń łączy (wzory umów, złożone przez przystępującego Orange Polska). Jak już wcześniej wskazano, przy prawidłowym określeniu celu usługi i jej jakości oraz sankcji, kwestia sposobu świadczenia usługi generalnie powinna być pozostawiona wykonawcom. Ponadto korzystanie z tych rozwiązań wiązało się z niedogodnościami wskazywanymi przez odwołującego i przystępującego Netia (m.in. konieczność wydzierżawienia dłuższej trasy z uwagi na odległe punkty styku z siecią Orange Polska), które prowadziłyby do tego, że ich oferty mogły się okazać niekonkurencyjne. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostawały natomiast dowody w postaci fragmentów SIWZ w postępowaniach prowadzonych przez różnych zamawiających. Bez dokładniejszej znajomości uwarunkowań lokalnych, celów i potrzeb tych zamawiających, przepustowości zamawianych łączy, argumenty o charakterze porównawczym nie mogą być przydatne.

Z powyższych powodów zarzut podlegał uwzględnieniu.

Za chybiony uznano natomiast zarzut dotyczący zaniechania dopuszczenia do świadczenia usług w oparciu o sieć GSM/LTE, przynajmniej dla jednego łączy w lokalizacji C.

W tomie III SIWZ (OPZ) w pkt 19 zamawiający zastrzegł, że ze względu na wymagania w zakresie bezpieczeństwa, zamawiający wyklucza możliwość zbudowania łączy dostępowych w oparciu o m.in. sieci komórkowe, tj. w szczególności technologii GPRS, EDGE, UMTA, HSPA, HSDPA, CDMA.

Wzięto pod uwagę, że pierwotnie odwołujący w odwołaniu domagał się dopuszczenia do świadczenia usług w oparciu o sieć GSM/LTE, przynajmniej dla jednego łączy nie tylko w

lokalizacji C, ale we wszystkich lokalizacjach, a zatem także A i B. Na pytanie Izby, uzasadniając ograniczenie swojego zarzutu tylko do lokalizacji C odwołujący odparł, że ogranicza żądanie biorąc pod uwagę kwestię przepustowości w lokalizacjach A i B. Wskazał, że w lokalizacjach kat. C zamawiający co do zasady wymagał przepustowości na poziomie 512 kb/s w większości tych lokalizacji. Powołał się przy tym na zał. nr 3 do formularza oferty – wykaz lokalizacji. Wywiódł, że taka przepustowość, to jest 512 kb/s, jest możliwa do osiągnięcia przy pomocy tej technologii. Z powyższego wynikało, że w ocenie samego odwołującego, technologia GSM/LTE z uwagi na wymaganą przez zamawiającego przepustowość nie sprawdzi się w lokalizacjach A i B. Znamiennym było również uzasadnienie faktyczne zarzutu, jakie odwołujący przedstawił w odwołaniu. Wskazał w nim, że *„Zamawiający w sposób nieuzasadniony całkowicie wykluczył możliwość wykorzystania tego rozwiązania, również w odniesieniu do łączy zapasowych tj. łączy o parametrach 512/512 kbps - jest to przepustowość, która jest możliwa do zapewnienia również poprzez świadczenie usługi w oparciu o sieci komórkowe”*.

Po dokonaniu analizy wykazu lokalizacji (zał. nr 3 do formularza oferty) stwierdzono, że rzeczywiście w większości lokalizacji C wymagano przepustowości drugiego łącza na poziomie jedynie 512kb/s. Dostrzec jednak należy, że w niektórych lokalizacjach typu C wymagano znacząco większej przepustowości niż 512 kb/s. Przykładowo w lokalizacji Opacz Kolonia, ul. Środkowa, Kleosin ul. Zambrowska, Gutkowo, ul. Sokola, Ostróda ul. Paderewskiego wymagano przepustowości drugiego łącza na poziomie aż 10 Mb/s. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że skoro w świetle stanowiska samego odwołującego technologia GSM/LTE jest wystarczająca tylko dla przepustowości 512 kb/s, a jednocześnie zgodnie z OPZ w wielu lokalizacjach grupy C wymaga jest znacznie wyższa przepustowość, to niezasadne jest dopuszczenie możliwości świadczenia usługi w oparciu o tą technologię w lokalizacjach typu C. Wobec powyższego zarzut uznano za chybiony. Wykluczenie omawianego medium było bowiem wynikiem obiektywnych potrzeb zamawiającego, wyznaczonych w tym przypadku oczekiwaną jakością i zakresem usługi.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych w pkt III.1 a odwołania, a także w pkt III.1 c odwołania (co do zaniechania dopuszczenia realizacji łączy dostępowych w technologii radiowej point-to-multipoint) oraz w pkt III.1 b odwołania (co do zaniechania dopuszczenia świadczenia usług w oparciu o sieci komórkowe GSM/LTE przynajmniej dla łączy zapasowych w lokalizacjach A i B) odwołania, gdyż odwołujący w trakcie posiedzenia i rozprawy cofnął odwołanie w tym zakresie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje*

postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 i 3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (2, 3 sentencji) i formalnym (pkt 1, 4 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku. Nie oznacza to jednak, że postanowieniu o kosztach czy też postanowieniu umarzającemu postępowanie odwoławcze zawartemu w rozstrzygnięciu merytorycznym, jakim jest wyrok odbierany jest charakter i walor tego rozstrzygnięcia. Jak zgodnie przyjmuje się w literaturze o charakterze orzeczenia decyduje nie jego postać, lecz treść. Weryfikacja postaci orzeczenia należy do sądu, który powinien traktować orzeczenie zgodnie z jego funkcją wynikającą z treści. Jeżeli rozstrzygnięcie o pewnych kwestiach zapada w wyroku, a dla innych kwestii właściwa jest postać postanowienia (np. co do kosztów), postanowienie nie traci swego charakteru i odrębności, pomimo zamieszczenia go w wyroku (A. Góra – Błaszczkowska, *Postanowienia...*, 2002, s.10 i n.; i m. in. T. Ereciński (w:) *Kodeks postępowania cywilnego...*, t.2, red. T. Ereciński, s. 110).

Odnośnie części odwołania, która podlegała umorzeniu Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, orzekła jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji SIWZ w sposób wskazany w pkt 2 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*.

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzielenie kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica*.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – w zakresie merytorycznym częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Izba stwierdziła, że zasadne okazała się dwa zarzuty, zaś za chybione należało uznać trzy zarzuty. Odwołanie okazało się zasadne zatem w stosunku 40% (2/5) i chybione w stosunku 60% (3/5). Kosztami postępowania w wysokości 60% obciążono zatem odwołującego, a w 40% zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izba w maksymalnie dopuszczalnej wysokości 3.600 zł, a także koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł, co łącznie dawało kwotę 22.200,00 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł (15.000,00 zł tytułem wpisu i 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 13.200 zł (22.200,00 zł x 60%). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5.400,00 zł (18.600,00 – 13.200,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust. 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: