

**WYROK**  
**z dnia 13 lipca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**  
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lipca 2018 r. przez Odwołującego – wykonawcę NETIA S.A. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Kancelarię Sejmu, przy udziale wykonawcy T-SYSTEMS POLSKA sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 2d w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp (zarzut nr 2 odwołania) wobec jego uwzględnienia przez Zamawiającego i braku wykonawcy przystępującego po jego stronie.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. 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**

Skarb Państwa – Kancelaria Sejmu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usługi informatycznej dla 460 podstawowych biur poselskich i dodatkowego stanowiska w Kancelarii Sejmu”, zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 czerwca 2018 r. pod nr 2018/S 118-268548. Tego samego dnia Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) na swojej stronie internetowej.

Postanowienia SIWZ zaskarżone zostały odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) 2 lipca 2018 r. przez wykonawcę NETIA S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez określenie w Rozdziale I pkt 9 SIWZ zbyt krótkiego i niejednoznacznie określonego terminu uruchomienia usługi (określonego datą kalendarzową, a nie terminem liczonym od dnia zawarcia umowy), co rażąco narusza uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców przez uprzywilejowanie dotychczasowego dostawcy usług;
2. art. 91 ust. 2d oraz art. 7 ust. 1 Pzp polegające na niejednoznacznym, nieprecyzyjnym i niezrozumiałym sformułowaniu kryteriów oceny ofert w Rozdziale I pkt. 7.2.2. i 7.2.3. SIWZ, uniemożliwiających ich sprawdzenie w informacjach przedstawianych przez wykonawców, a dodatkowo rażąco naruszających zasadę przejrzystości postępowania oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
3. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez nałożenie na wykonawcę, bez dodatkowego wynagrodzenia, obowiązku:
  - a) przeniesienia świadczonej usługi do innych lokalizacji biur poselskich (tj. do nowych, nieznanymi lokalizacji, w nieograniczonej liczbie) w trakcie trwania kadencji w czasie nie dłuższym niż 10 dni roboczych od daty zgłoszenia

(Rozdział II pkt IV ppkt 2.1 tiret pierwsze SIWZ, a także Rozdział IV pkt 3 ppkt 3.1 lit. a) i b) oraz ppkt 4 SIWZ);

b) przeniesienia świadczonej usługi do innych lokalizacji biur poselskich (tj. do nowych, nieznanych lokalizacji, w nieograniczonej liczbie) w przypadku zmiany kadencji w czasie nie dłuższym niż 20 dni roboczych od daty zgłoszenia (Rozdział II pkt IV ppkt 2.2 tiret drugie SIWZ, a także Rozdział IV pkt 3 ppkt 3.2 oraz ppkt 6 SIWZ),

a zatem przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niedokładny, niepozwalający wykonawcy na ocenę możliwości realizacji zamówienia oraz jego należytą wycenę, a w konsekwencji prowadzący do nieporównywalności złożonych ofert i naruszenia zasad uczciwej konkurencji;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. modyfikacji SIWZ w zakresie Rozdziału I pkt 9.1 i pkt 9.2 przez określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi jako 90 dni od dnia zawarcia umowy oraz odpowiednią zmianę okresu realizowania umowy;
2. modyfikacji Rozdziału I pkt. 7.2.2. i 7.2.3. SIWZ polegającej na szczegółowym wskazaniu sposobu przydzielania wykonawcom punktów w zależności od zadeklarowanych przez nich cech i funkcjonalności odpowiednio: (1) zdalnego systemu zarządzania usługą oraz (2) rozwiązań zapewniających odpowiedni poziom bezpieczeństwa danych, sprzętu i oprogramowania w biurach poselskich, umożliwiającego odtworzenie procesu oceny ofert i weryfikacji jego poprawności i zgodności z SIWZ, a ponadto doprecyzowania jakie konkretnie informacje mają znaleźć się w dokumentach stanowiących element oferty technicznej, tj. Opisu technicznego i organizacyjnego zdalnego zarządzania usługą przedstawionego w ofercie oraz Opisu zabezpieczeń prawidłowego funkcjonowania sprzętu, oprogramowania i sieci komputerowej o jakich mowa w pkt. 4.4 ppkt 2 i ppkt 3 SIWZ;
3. modyfikacji SIWZ w postaci doprecyzowania postanowień Rozdziału II pkt IV ppkt 2.1 tiret pierwsze SIWZ, a także Rozdziału IV pkt 3 ppkt 3.1 lit. a) i b) oraz ppkt 4 SIWZ przez wyłączenie obowiązku przeniesienia lokalizacji w przypadku, gdy wykonawca nie posiada możliwości technicznych świadczenia usługi we wskazanej przez Zamawiającego lokalizacji docelowej, ewentualnie odrębne określenie zasad rozliczenia nakładów inwestycyjnych niezbędnych dla świadczenia usługi w docelowej lokalizacji wraz z ustaleniem odpowiednich terminów rozpoczęcia świadczenia usługi w lokalizacji docelowej (nie krótszych niż 3 miesiące);

4. modyfikacji SIWZ w postaci doprecyzowania postanowienia Rozdział II pkt IV ppkt 2.2 tiret drugie SIWZ, a także Rozdział IV pkt 3 ppkt 3.2 oraz ppkt 6 SIWZ przez wyłączenie obowiązku przeniesienia lokalizacji w przypadku, gdy wykonawca nie posiada możliwości technicznych świadczenia usługi we wskazanej przez Zamawiającego lokalizacji docelowej, ewentualnie odrębne określenie zasad rozliczenia nakładów inwestycyjnych niezbędnych dla świadczenia usługi w docelowej lokalizacji wraz z ustaleniem odpowiednich terminów rozpoczęcia świadczenia usługi w lokalizacji docelowej (nie krótszych niż 3 miesiące);

Odwołujący podał, że jego interes prawny w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp przejawia się w tym, że czynności Zamawiającego naruszające przepisy Pzp mogą uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty w Postępowaniu. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia. Z drugiej strony, w przypadku złożenia oferty i zawarcia umowy o zamówienie publiczne przez Odwołującego, niekorzystne i sprzeczne z prawem zapisy SIWZ mogą narazić go na szkodę.

#### **I. Niejednoznaczne określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi naruszające zasadę uczciwej konkurencji**

Zamawiający określił termin rozpoczęcia świadczenia usługi wskazując okres, w którym będzie przypadać dzień początkowy świadczenia usługi (25 września 2018 r. – 30 września 2018 r.). Takie określenie tego terminu stanowi naruszenie Pzp z następujących przyczyn:

1. nie jest możliwe ustalenie, w jakim okresie po dniu zawarcia umowy wykonawca będzie miał obowiązek rozpocząć świadczenie usługi, przez co termin ten nie został określony w sposób jednoznaczny (naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp); ustalenie tego okresu jest kluczowe dla określenia terminów realizacji usług telekomunikacyjnych, umożliwia bowiem wykonawcom ocenę, czy będą w stanie przygotować się do świadczenia usługi w określonych lokalizacjach; czas od dnia zawarcia umowy do dnia rozpoczęcia świadczenia usługi zaliczyć zatem należy do wymagań i okoliczności mogących mieć istotny wpływ na sporządzenie oferty, a jego nieokreślenie przez Zamawiającego uniemożliwia Wykonawcy prawidłowe skalkulowanie oferty i ocenę wszystkich ryzyk;
2. powyższe stawia w uprzywilejowanej pozycji Orange Polska S.A. („Wykonawca O”) – dotychczasowego wykonawcę przedmiotowej usługi, utrudniając tym samym uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 Pzp) oraz narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp).

Odwołujący podał, że przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności stworzenie infrastruktury teleinformatycznej, w skład której wchodzi m.in. użyczony sprzęt komputerowy wraz z oprogramowaniem drukarkami i dostępem do sieci Internet o przepustowości nie niższej niż 10 Mbit/s „do” i 1 Mbit/s „od” (przy czym dostęp przez łącze radiowe jest dopuszczalny wyłącznie dla nie więcej niż 10% lokalizacji), a nadto m.in. zapewnienie kontroli świadczonej usługi w trybie *on-line*, zapewnienie asysty, doradztwa i pomocy technicznej.

Nie można nie dostrzec, że termin składania ofert w Postępowaniu wyznaczony został na dzień 30 lipca 2018 r. Dodatkowo, termin związania ofertą wynosi 60 dni. Jednocześnie nie można wykluczyć, że po wyborze oferty złożone zostanie odwołanie do KIO na czynności oceny i wyboru oferty, co dodatkowo przesunie w czasie podpisanie umowy. Biorąc pod uwagę konieczność rozstrzygnięcia odwołań jest wysoce prawdopodobne, że umowa zostanie zawarta najwcześniej w połowie września. Powyższe oznacza, że wykonawca będzie zobligowany do rozpoczęcia świadczenia usług niemalże natychmiast po zawarciu umowy.

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

Wyznaczony przez Zamawiającego termin nie jest jednak w żaden sposób powiązany z momentem podpisania umowy, w związku z czym wykonawcy nie są w stanie określić, czy po dniu zawarcia umowy będą mieli na wdrożenie i rozpoczęcie świadczenia usługi półtora miesiąca, czy cztery dni. Tymczasem, jak wskazano powyżej, dla usług telekomunikacyjnych, kluczowe znaczenie ma właśnie okres poprzedzający rozpoczęcie świadczenia usługi, niezbędny dla zaprojektowania, przygotowania i wdrożenia usługi.

Odwołujący wskazał, że określenie terminu na uruchomienie usług datą kalendarzową w sytuacji, w której zarówno zamawiający jak i wykonawcy nie znają czasu

trwania postępowania, jest rażącym utrudnieniem w możliwości właściwego oszacowania wartości oferty. Przedmiotowe terminy są niejednoznacznie określone oraz rażąco krótkie i nie pozwolą wykonawcy na prawidłowe przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia usług. Tymczasem, mając w szczególności na uwadze rozmiar i złożoność przedmiotowego zamówienia, przygotowanie się wykonawcy do rozpoczęcia świadczenia usług dla Zamawiającego trwać musi minimum 90 dni od dnia podpisania umowy.

Co więcej, takie określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi preferuje obecnego usługodawcę (Wykonawcę O) i stawia go w pozycji uprzywilejowanej względem pozostałych wykonawców. Zauważyć bowiem należy, że usługa będąca przedmiotem zamówienia będzie stanowić kontynuację usługi obecnie świadczonej przez Wykonawcę O, który jako jedyny operator telekomunikacyjny jest w stanie świadczyć Zamawiającemu usługi niezwłocznie po zawarciu umowy. Każdy inny operator telekomunikacyjny zmuszony będzie, przynajmniej w odniesieniu do części lokalizacji, do zawarcia umowy dostępu do łącz telekomunikacyjnych (od Wykonawcy O) lub wybudowania własnych łączy (sieci światłowodowych, miedzianych lub innych), umożliwiających świadczenie usługi na rzecz Zamawiającego. W obu przedstawionych wyżej wariantach, wykonawca potrzebuje jednak odpowiedniego czasu na przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia usług.

Proces inwestycyjny poprzedzający uruchomienie usług telekomunikacyjnych wymaga między innymi zaprojektowania linii telekomunikacyjnych, pozyskania niezbędnych zgód, zezwoleń i decyzji administracyjnych, przeprowadzenia ustaleń z podmiotami dysponującymi infrastrukturą istniejącą, wybudowanie nowych łączy, zakup niezbędnego sprzętu telekomunikacyjnego, czy zestawienie urządzeń.

Mając na uwadze rozmiar i złożoność przedmiotu zamówienia oraz liczbę lokalizacji, czas niezbędny na uruchomienie usług powinien być nie krótszy niż 90 dni od dnia zawarcia umowy.

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

Omówione powyżej wady opisu przedmiotu zamówienia tworzą niezasadną przewagę konkurencyjną dla Wykonawcy O. Brak określenia w SIWZ właściwych terminów na uruchomienie łączy tworzy swoisty monopol tego jednego wykonawcy w zakresie możliwości realizacji świadczeń objętych przedmiotem zamówienia.

Koniecznym jest zatem takie określenie terminu, by każdy z wykonawców mógł alternatywnie (wedle swojego wyboru) albo wybudować swoją infrastrukturę telekomunikacyjną albo pozyskać infrastrukturę istniejącą od podmiotów trzecich (warto dodać, że nie zawsze pozyskanie istniejącej infrastruktury jest możliwe). Wyznaczenie odpowiedniego terminu na rozpoczęcie wykonywania świadczeń telekomunikacyjnych jest podstawowym warunkiem otwarcia się Zamawiającego na konkurencję.

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

## **II. Niejednoznaczne i niezrozumiałe określenie kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej**

Zgodnie z pkt 7 SIWZ – „Ocena ofert. Kryteria oceny ofert”, Zamawiający przy wyborze oferty najkorzystniejszej ma kierować się kryterium ceny, której waga wynosi 60% oraz kryteriami jakościowymi: Kryterium oceny rozwiązań zapewniających zdalne zarządzania usługą (Z) o wadze 15% oraz Kryterium oceny rozwiązań zapewniających odpowiedni poziom bezpieczeństwa danych, sprzętu i oprogramowania w biurach poselskich (B) o wadze 25%.

Sposób obliczenia wartości punktowej dla kryteriów jakościowych (Z) i (B) opisane zostały w pkt 7.2.2. i 7.2.3 SIWZ.

Ocena rozwiązania zapewniającego zdalne zarządzanie usługą (Z) o wadze 15% ma zostać dokonana na podstawie Opisu technicznego i organizacyjnego zdalnego zarządzania usługą przedstawionego w ofercie. Brak jednak w SIWZ wymagań dotyczących treści tego dokumentu. Jednocześnie w pkt 7.2.2. wskazano tylko jakie cechy zdalnego zarządzania usługą „będą brane pod uwagę przy ocenie” oraz wskazano, że ocena zostanie dokonana na podstawie analizy porównawczej złożonych ofert. Maksymalna liczba punktów jakie można otrzymać w tym kryterium wynosi 15. Brak jednak jakichkolwiek informacji o tym jakie rozwiązania w zakresie zdalnego zarządzania usługą preferuje Zamawiający oraz jaką

konkretnie punktację w ramach poszczególnych rozwiązań przyzna wykonawcom Zamawiający. Wykonawcy mogą zatem otrzymać od 0 do 15 pkt, jednak sposób ich przyznawania w ogóle nie został dookreślony.

Taka sama sytuacja dotyczy kryterium dotyczącego rozwiązania zapewniającego odpowiedni poziom bezpieczeństwa danych, sprzętu i oprogramowania w biurach poselskich (B). Ocena dotycząca tego kryterium ma zostać dokonana na podstawie Opisu zabezpieczeń prawidłowego funkcjonowania sprzętu, oprogramowania i sieci komputerowej załączonego do oferty wykonawcy. SIWZ nie precyzuje jednak jaka jest obligatoryjna zawartości tej części oferty. W ramach tego kryterium możliwe jest otrzymanie maksymalnie 25 pkt, jednak Zamawiający w żadnej mierze nie wyjaśnia w jakiś sposób punkty te będą wykonawcom przyznawane.

Odwołujący podniósł, że naczelnymi zasadami zamówień publicznych są zasady (1) transparentności postępowania (2) uczciwej konkurencji i (3) równego traktowania wykonawców. Wyżej opisany sposób sformułowania kryteriów jakościowych oceny ofert narusza je wszystkie.

Po pierwsze, zasada przejrzystości winna umożliwić wykonawcy zidentyfikowanie tego w jaki sposób jego oferta zostanie oceniona i jak powinien ją przygotować żeby otrzymać maksymalną ilość punktów w ramach poszczególnych kryteriów. Element przejrzystości jest zatem immanentnie związany z zasadą uczciwej konkurencji wyrażającą się w obowiązku prowadzenia postępowania w sposób zapewniający możliwość konkurowania przez wykonawców wedle ściśle określonych i z góry ustalonych reguł. Z zasadą transparentności ściśle koreluje również zasada równego traktowania wykonawców, albowiem jej zastosowanie jest uzależnione od tego, czy przetarg oparty został o jasne i precyzyjne reguły. W tym miejscu przywołać należy motyw 90 Dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym: „Zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania. z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić – w warunkach efektywnej konkurencji - która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie. (...) Aby zagwarantować przestrzeganie zasady równego traktowania przy udzielaniu zamówień, instytucje zamawiające powinny być zobowiązane do zapewnienia niezbędnej przejrzystości. by umożliwić wszystkim oferentom otrzymywanie wystarczających informacji na temat kryteriów i warunków, które zostaną zastosowane przy podejmowaniu decyzji o udzieleniu zamówienia. Instytucje zamawiające powinny mieć zatem obowiązek wskazania kryteriów udzielenia zamówienia oraz względnej wagi przypisanej każdemu z nich”.



Wobec powyższego, Zamawiający ma obowiązek konstruować wszelkie wymogi przetargowe (w tym kryteria oceny ofert) w sposób przejrzysty, jednoznaczny, maksymalnie zobiektywizowany i wolny od wszelkich subiektywnych ocen. Powinien on zatem jasno i precyzyjnie określić za jakie konkretnie rozwiązania techniczne zadeklarowane w ofercie wykonawców przyzna określone punkty, tak by możliwa była późniejsza weryfikacja tej oceny pod kątem jej prawidłowości i zgodności z SIWZ.

Wyrazem konkretyzacji zasady transparentności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest przepis art. 91 ust. 2 d Pzp, zgodnie z którym Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. Przepis ten dodatkowo wymaga, by kryteria zostały tak opisane, by możliwa była ich weryfikacja przez Zamawiającego. Tymczasem w tej sprawie Zamawiający nie wskazał jakie konkretnie informacje mają zostać zawarte w ofercie (odpowiednio w Opisie technicznym i organizacyjnym zdalnego zarządzania usługą oraz Opisie zabezpieczeń prawidłowego funkcjonowania sprzętu, oprogramowania/sieci komputerowej, o jakich mowa w pkt 4.4 ppkt 2 i ppkt 3 SIWZ). Brak wymogów co do treści tych załączników może istotnie utrudnić lub wręcz uniemożliwić Zamawiającemu właściwą ich ocenę.

### **III. Niejednoznaczne określenie przedmiotu zamówienia utrudniające uczciwą konkurencję**

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niepełny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty narusza art. 29 ust. 1 i 2 Pzp i stanowi podstawę do wniesienia przez wykonawcę odwołania do KIO. Wszakże w sytuacji, w której wykonawcy nie są w stanie z SIWZ precyzyjnie odczytać zakresu (rozmiaru) świadczenia i okoliczności realizacji zamówienia mających lub mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z wysokim prawdopodobieństwem przyjmą różne założenia co do tych kwestii, a w konsekwencji złożą oferty, które będą nieporównywalne, zaś Zamawiający wybierając ofertę dokona wyboru pomiędzy ofertami skalkulowanymi dla różnych założeń i w istocie różnych rozmiarów/zakresów świadczeń i różnych uwarunkowań realizacji zamówienia mających wpływ na skalkulowanie oferty. W szczególności jedni wykonawcy będą mogli przyjąć na siebie większe ryzyko ze względu na posiadanie bardziej rozbudowanej sieci infrastruktury niż inni wykonawcy. Takie warunki konkurowania z całą pewnością odbiegają od warunków uczciwej konkurencji.

Biorąc powyższe pod uwagę dostrzec trzeba, że Zamawiający w OPZ nałożył na wykonawcę m.in. dwa następujące obowiązki:

- a) przeniesienia świadczonej usługi do innych lokalizacji biur poselskich (tj. do nowych, nieznanymi lokalizacji, w nieograniczonej liczbie) w trakcie trwania kadencji w czasie nie dłuższym niż 10 dni roboczych od daty zgłoszenia (Rozdział II pkt IV ppkt 2.1 tiret pierwsze SIWZ, a także Rozdział IV pkt 3 ppkt 3.1 lit. a) i b) oraz ppkt 4 SIWZ);
- b) przeniesienia świadczonej usługi do innych lokalizacji biur poselskich (tj. do nowych, nieznanymi lokalizacji, w nieograniczonej liczbie) w przypadku zmiany kadencji w czasie nie dłuższym niż 20 dni roboczych od daty zgłoszenia (Rozdział II pkt IV ppkt 2.2 tiret drugie SIWZ, a także Rozdział IV pkt 3 ppkt 3.2 oraz ppkt 6 SIWZ).

Odwołujący wyjaśnił, że kluczowe znaczenie dla określenia kosztów świadczenia usługi informatycznej będącej przedmiotem zamówienia ma położenie danej „lokalizacji”, bowiem usługa ta wymaga posiadania odpowiedniej infrastruktury; w przypadku, gdy wykonawca w danym miejscu nie posiada takiej infrastruktury, konieczne jest poniesienie dodatkowych kosztów związanych z dzierżawą łączy albo ich wybudowanie.

Nałożenie na wykonawcę wskazanych powyżej obowiązków prowadzi do stanu, w którym wykonawca nie jest w stanie określić w istocie, dla ilu „lokalizacji” będzie musiał zapewnić łącze oraz gdzie ostatecznie te „lokalizacje” będą się znajdować. Nadmienić należy, że zgodnie z postanowieniem Rozdziału IV pkt 3 ppkt 9 SIWZ (IPU) zmiana lokalizacji biur nie ma wpływu na wysokość wynagrodzenia wykonawcy. Tym samym, przeniesienie lokalizacji ma być objęte wynagrodzeniem wskazanym w ofercie – bez możliwości jego zmiany, w tym w szczególności podwyższenia. W konsekwencji Zamawiający nie przewiduje jakiegokolwiek mechanizmu pokrycia dotychczas nieprzewidzianych kosztów wykonawcy stanowiących inwestycję w nową, niezbędną dla wykonania usługi infrastrukturę.

Odwołujący dodał, że w OPZ brak jest jakichkolwiek dodatkowych informacji w zakresie położenia nowych „lokalizacji” (zarówno „przenoszonych”, jak i „nowych”). Tymczasem, dla wyceny „przeniesienia lokalizacji” lub uruchomienia „nowej lokalizacji” dane takie mają olbrzymie znaczenie. Przykładowo koszt uruchomienia nowej lokalizacji może się wahać między kilkaset złotych (lokalizacja z doprowadzoną infrastrukturą) do nawet kilkuset tysięcy złotych (np. trudno dostępna lokalizacja położona w górach). Nie da się zatem w ofercie w żaden sposób zmiętkować ryzyka związanego z przenoszeniem lub uruchomianiem nowych lokalizacji, np. poprzez uśrednienie owych kosztów. Takie działanie

zawsze wiązać się będzie ze znacznym niedoszacowaniem lub przeszacowaniem kosztów realizacji zamówienia.

W konsekwencji bezspornie brak jest możliwości precyzyjnego określenia zakresu i rozmiaru świadczenia, jakie w ramach zamówienia wykonawca będzie miał obowiązek spełnić na rzecz Zamawiającego.

Jednocześnie Odwołujący podniósł, że w zakresie w jakim Zamawiający przewiduje przeniesienie świadczonej usługi do innych lokalizacji biur (zarówno w trakcie trwania kadencji, jak i w przypadku jej zmiany), mamy w istocie do czynienia z tzw. prawem opcji. Pomimo braku odnośnych regulacji krajowych, prawo opcji zostało opisane w art. 72 ust. 1 lit. a dyrektywy klasycznej, zgodnie z którą: „zamówienia i umowy ramowe można modyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości pieniężnej zostały przewidziane w pierwotnych dokumentach zamówienia w jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzulach przeglądowych, które mogą obejmować klauzule zmiany ceny, lub opcje. Tego rodzaju klauzule podają zakres i charakter możliwych modyfikacji lub opcji, a także warunki, na jakich można je stosować. Nie mogą one przewidywać modyfikacji ani opcji, które zmieniłyby ogólny charakter umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej”. Z kolei w motywie 111 dyrektywy klasycznej prawodawca europejski zauważa: „Instytucje zamawiające powinny mieć możliwość, w odniesieniu do poszczególnych zamówień, przewidzenia modyfikacji zamówienia w drodze klauzul przeglądowych lub klauzul dotyczących opcji, jednak klauzule takie nie powinny dawać im nieograniczonej swobody decyzyjnej. W niniejszej dyrektywie należy zatem określić, do jakiego stopnia pierwotna umowa może przewidywać wprowadzanie modyfikacji. Następnie należy doprecyzować, że wystarczająco jasno sformułowane klauzule przeglądowe lub klauzule dotyczące opcji mogą np. przewidywać indeksację cen lub zapewniać, by – przykładowo – urządzenia komunikacyjne dostarczane w trakcie danego okresu były w dalszym ciągu odpowiednie, również w przypadku zmiany protokołów komunikacyjnych lub innych zmian technologicznych”.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie:

1. uwzględnił zarzut nr 2 odwołania, tj. naruszenia art. 91 ust. 2d w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez niejednoznaczne, nieprecyzyjne i niezrozumiałe sformułowanie kryteriów oceny ofert w Rozdziale I pkt 7.2.2. i 7.2.3. SIWZ, uniemożliwiające ich sprawdzenie w informacjach przedstawianych przez wykonawców, a dodatkowo rażąco naruszające zasadę przejrzystości postępowania oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

W kwestii uwzględnionego zarzutu odwołania Zamawiający poinformował o zmianie Rozdziału I pkt 7.2.2. i 7.2.3., które otrzymały brzmienie:

„7.2.2. Ocena rozwiązania zapewniającego zdalne zarządzanie usługą (Z) – waga 15% (15 pkt).

Ocena zostanie dokonana na podstawie opisu technicznego i organizacyjnego zdalnego zarządzania usługą, przedstawionego przez Wykonawców w ofercie. Wykonawca powinien przedstawić spójną koncepcję rozwiązania, zapewniającego odpowiedni poziom bezpieczeństwa zarządzania usługą i odnoszącego się do wszystkich opisanych niżej obszarów (pkt 1-3).

Przy ocenie będą brane pod uwagę następujące obszary:

- 1) proponowane protokoły zdalnego zarządzania usługą;
- 2) rodzaj i siła używanych metod zapewnienia poufności i uwierzytelnienia (dotyczy także routera);
- 3) zaproponowane procedury związane ze zdalnym zarządzaniem usługą, w tym:
  - a) jakość i czas życia haseł używanych w systemie;
  - b) metody przechowywania informacji uwierzytelniających;
  - c) kontrola dostępu do systemu zarządzania usługą.

Ocena zostanie dokonana na podstawie analizy porównawczej złożonych ofert, opracowanej przez biegłego powołanego w przedmiotowym postępowaniu (zgodnie z art. 21 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Maksymalna liczba punktów możliwych do uzyskania w poszczególnych obszarach:

- 1) proponowane protokoły zdalnego zarządzania usługą – 4 punkty;
- 2) rodzaj i siła używanych metod zapewnienia poufności i uwierzytelnienia (dotyczy także routera) – 5 punktów;
- 3) zaproponowane procedury związane ze zdalnym zarządzaniem usługą, w tym:
  - a) jakość i czas życia haseł używanych w systemie – 1 punkt;
  - b) metody przechowywania informacji uwierzytelniających – 2 punkty;
  - c) kontrola dostępu do systemu zarządzania usługą – 3 punkty.

W ramach tego kryterium Zamawiający przyzna maksymalnie 15 punktów.

Nieuwzględnienie w opisie któregośkolwiek z obszarów spowoduje przyznanie 0 punktów za ocenę tego obszaru.

7.2.3. Ocena rozwiązania zapewniającego odpowiedni poziom bezpieczeństwa danych, sprzętu i oprogramowania w biurach poselskich (B) – waga 25% (25 pkt).

Ocena zostanie dokonana na podstawie opisu zabezpieczeń prawidłowego funkcjonowania sprzętu, oprogramowania i sieci komputerowej, przedstawionego przez Wykonawców w ofercie. Wykonawca powinien przedstawić spójną koncepcję rozwiązania, zapewniającego odpowiedni poziom bezpieczeństwa sprzętu, oprogramowania i sieci komputerowej w biurach poselskich i odnoszącego się do wszystkich opisanych niżej obszarów (pkt 1-10).

Przy ocenie będą brane pod uwagę następujące obszary:

- 1) rodzaj zabezpieczeń, chroniących przed zagrożeniami pochodzącymi z sieci Internet (*firewall*, oprogramowanie antywirusowe, *antyspyware* i *antymalware*);
- 2) zasady i procedury aktualizacji zainstalowanego oprogramowania;
- 3) zasady i procedury zarządzania kontami;
- 4) polityka szyfrowania danych i zasady jej realizacji;
- 5) mechanizmy ochrony przed nieuprawnionym dostępem do sieci WLAN;
- 6) zasady i procedury tworzenia kopii bezpieczeństwa;
- 7) zastosowane rozwiązania monitorujące i wykrywające próby włamania;
- 8) sposoby podnoszenia wiedzy użytkowników o pojawiających się nowych zagrożeniach i o sposobie radzenia sobie z nimi;
- 9) zastosowane zabezpieczenia sprzętu przed kradzieżą;
- 10) zastosowane zabezpieczenia przed zakłóceniami sieci energetycznej.

Ocena zostanie dokonana na podstawie analizy porównawczej złożonych ofert, opracowanej przez biegłego powołanego w przedmiotowym postępowaniu (zgodnie z art. 21 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Maksymalna liczba punktów możliwych do uzyskania w poszczególnych obszarach:

- 1) rodzaj zabezpieczeń, chroniących przed zagrożeniami pochodzącymi z sieci Internet (*firewall*, oprogramowanie antywirusowe, *antyspyware* i *antymalware*) – 7 punktów;
- 2) zasady i procedury aktualizacji zainstalowanego oprogramowania – 1 punkt;
- 3) zasady i procedury zarządzania kontami – 1 punkt;
- 4) polityka szyfrowania danych i zasady jej realizacji – 1 punkt;
- 5) mechanizmy ochrony przed nieuprawnionym dostępem do sieci WLAN – 4 punkty;
- 6) zasady i procedury tworzenia kopii bezpieczeństwa – 3 punkty;
- 7) zastosowane rozwiązania monitorujące i wykrywające próby włamania – 3 punkty;
- 8) sposoby podnoszenia wiedzy użytkowników o pojawiających się nowych zagrożeniach i o sposobie radzenia sobie z nimi – 3 punkty;
- 9) zastosowane zabezpieczenia sprzętu przed kradzieżą – 1 punkt;
- 10) zastosowane zabezpieczenia przed zakłóceniami sieci energetycznej – 1 punkt.

W ramach tego kryterium Zamawiający przyzna maksymalnie 25 punktów.

Nieuwzględnienie w opisie któregośkolwiek z powyższych obszarów (pkt 1-10) spowoduje przyznanie 0 punktów za ocenę tego obszaru”.

Uzasadniając wniosek o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie Zamawiający podniósł na wstępie, że Odwołujący nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia, tj. nie wskazał, że nie jest w stanie złożyć ważnej oferty. Brak spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp w tym przypadku może skutkować oddaleniem odwołania. W odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty. Odwołujący nie wykazał, że postanowienia SIWZ uniemożliwiają wykonawcy złożenie ważnej oferty.

Zamawiający podał, że w ramach oceny zasadności zarzutów zawartych w odwołaniu nakierowanym na zmianę treści ogłoszenia oraz postanowień SIWZ oraz w ramach badania spełnienia przesłanek materialnych ujętych w treści art. 179 ust. 1 Pzp istotna jest również treść żądań sformułowanych w odwołaniu.

Ponadto, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał na moment wniesienia środka ochrony prawnej, że (nawet ewentualne) naruszenie przez Zamawiającego określonych przepisów Pzp spowodowało powstanie u niego szkody.

Na tym etapie Postępowania, tj. przed momentem składania ofert, gdzie nie są znane oferty innych wykonawców, Odwołujący miał również możliwość wykazania możliwości poniesienia szkody. Zamawiający wskazał, że SIWZ na analogiczny przedmiot zamówienia, w prowadzonych postępowaniach przetargowych w latach 2006, 2010 i 2014 zawierał prawie tożsame postanowienia z zaskarżonymi przez Odwołującego i, jak wykazało doświadczenie, nie stanowiły one „naruszenia uczciwej konkurencji”, gdyż pozwoliły wyłonić np. w latach 2006 i 2010 jako wykonawcę Betacom S.A., a w 2014 r. konsorcjum spółek Orange Polska S.A. i Integrated Solutions sp. z o.o. Wniesienie przez Odwołującego środka ochrony prawnej należy uznać za próbę wpływu wykonawcy na treść SIWZ, a w szczególności na opis przedmiotu zamówienia. Celem wniesienia środka ochrony prawnej w zakresie postanowień SIWZ zawierających opis przedmiotu zamówienia nie jest doprowadzenie do sytuacji, w której nastąpi niejako „dopasowanie” opisu przedmiotu zamówienia do posiadanego przez określonego wykonawcę rozwiązania technicznego lub urządzenia. Tym bardziej nie jest nim umożliwienie wykonawcy zaoferowania urządzenia najbardziej konkurencyjnego cenowo wśród urządzeń znajdujących się w jego rynkowej ofercie. Każdy z producentów posiada w swojej ofercie urządzenia niższej, jak również wyższej klasy, którymi konkuruje z dostępnymi na rynku urządzeniami oferowanymi przez innych producentów lub dystrybutorów. Odwołujący nie wykazał, że nie może złożyć oferty w Postępowaniu, lecz posłużył się jedynie pojęciem „przewagi konkurencyjnej” dotychczasowego wykonawcy.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący ma możliwość złożenia oferty, a tym samym nie może wykazać przesłanki szkody będącej skutkiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, bowiem ewentualna szkoda, którą mógłby ponieść Odwołujący nie byłaby skutkiem naruszenia tych przepisów, lecz istnieniem określonych realiów rynkowych.

Zamawiający wyjaśnił, że przez szkodę w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp nie należy rozumieć braku możliwości zaoferowania przedmiotu konkurencyjnego cenowo, lecz brak możliwości udziału danego wykonawcy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tylko sytuacja, w której wykonawca zostaje niejako z góry wyeliminowany z postępowania wpływa na możliwość wykazania, że poniósł on lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Założenia Odwołującego opierają się jedynie na domniemaniach, że opis przedmiotu zamówienia oraz ustalenie kryteriów oceny ofert mogą doprowadzić do konieczności zaoferowania przez niego rozwiązania niekonkurencyjnego cenowo lub otrzymania zbyt niskiej liczby punktów. Oznacza to, że produkt oferowany przez Odwołującego spełnia minimalne warunki techniczne określone w SIWZ.

Zamawiający stwierdził, że art. 29 ust. 2 Pzp nie zmienia generalnej zasady wyrażanej w art. 190 ust. 1 Pzp, stanowiącej, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dyspozycja art. 29 ust. 2 Pzp mówi o możliwości naruszenia konkurencji. Brak jednak w przepisie tym domniemania faktycznego lub prawnego sprowadzającego się do twierdzenia, że każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki Zamawiający nie udowodni, że jest inaczej. To na Odwołującym spoczywa ciężar dowodu a samo przytoczenie tez wyroków wydanych uprzednio w innych postępowaniach przez KIO nie realizuje tego obowiązku. Powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane.

Wobec zawartych w treści odwołania twierdzeń, że opis przedmiotu zamówienia oraz ustalone kryteria pozacenowe naruszają konkurencję oraz wskazują, że doszło do uprzywilejowania dotychczasowego wykonawcy, który jako „jedyne”, zdaniem Odwołującego, jest tym operatorem telekomunikacyjnym, który może świadczyć usługę na niezwłocznie po podpisaniu umowy Zamawiający podniósł, że w latach poprzednich na podobnych warunkach umowę, której data rozpoczęcia też była ściśle określona w SIWZ jako data dzienna, zawarł wykonawca Betacom S.A., który niewątpliwie nie należy do podmiotów dysponujących własną infrastrukturą a mimo to realizował całą usługą bez zastrzeżeń i terminowo, zgodnie z wymogami SIWZ.

W odpowiedzi na zarzut zbyt krótkiego i niejednoznacznie określonego terminu uruchomienia usługi (określonego datą kalendarzową, a nie terminem liczonym od dnia zawarcia umowy) Zamawiający stwierdził, że skoro termin ten został określony datą dzienną (25 września 2018 r.), to nie można powiedzieć, że wymaganie realizacji zamówienia w konkretnym terminie jest „niejednoznaczne” i dodatkowo jest postępowaniem niezgodnym z Pzp. Odwołujący postuluje, aby termin na wykonanie usługi wynosił np. 90 dni od zawarcia umowy, jednak nie wykazał, że krótszy termin wymagany przez Zamawiającego jest niemożliwy do spełnienia.

Wskazanie terminu rozpoczęcia świadczenia usług datą kalendarzową bez odniesienia jej do daty zawarcia umowy nie jest sprzeczne z jakimkolwiek przepisem prawa, w tym przepisami Pzp. Wyznaczając datę rozpoczęcia świadczenia usług Zamawiający uwzględnił wszystkie terminy wiążące Zamawiającego i wykonawców określone ustawą, w tym terminy wynikające ze środków ochrony prawnej. Odwołujący usiłuje sprawić wrażenie, że do spełnienia „szczególnych” wymagań Zamawiającego wynikających z przedmiotu umowy, każdy potencjalny wykonawca musi wybudować 100% niezbędnej infrastruktury. Każdy przedsiębiorca zapewniający usługi o powszechnym standardzie, takie jak te obecnie wymagane przez Zamawiającego, rozbudowuje swoją infrastrukturę sukcesywnie, bowiem jest to wymaganie rynkowe, a dodatkowo może złożyć ofertę działając wspólnie z innymi podmiotami. Zdaniem Zamawiającego żądanie określenia terminu rozpoczęcia świadczenia usługi okresami miesięcznymi od daty podpisania umowy, w skrajnych przypadkach, może tworzyć potencjalne zagrożenie sztucznego przesuwania terminu podpisania umowy a tym samym uniemożliwienie wykonania statutowych zadań Zamawiającego.

Według oceny Zamawiającego termin rozpoczęcia świadczenia usługi wyznaczony datą kalendarzową, w kontekście terminów związanych z Postępowaniem, umożliwia wykonawcom, nie tylko dotychczas świadczącym usługi, ale i innym zainteresowanym zamówieniem, wykonanie czynności niezbędnych do realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał, że w dacie bezpośrednio poprzedzającej kwestionowany termin wygasa umowa, na podstawie której obecnie są świadczone tożsame usługi dla biur poselskich. W przypadku braku możliwości zawarcia nowej umowy Zamawiający znalazłaby się w trudnej sytuacji. Alternatywą byłoby skorzystanie wówczas z trybów całkowicie niekonkurencyjnych, czego Zamawiający stara się właśnie uniknąć. Nie leży bowiem w interesie Skarbu Państwa zawieranie umów pod presją, z uwagi na nikłe szanse uzyskania korzystnych cen. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, że określony datą dzienną termin świadczenia usługi jest terminem, który stanowi barierę udziału w Postępowaniu. Tym samym Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego



przepisów art. 7 Pzp, gdyż wszyscy wykonawcy mają wiedzę o takich samych warunkach świadczenia usług, ani art. 29 ustawy Pzp, ponieważ przedmiot zamówienia został opisany w sposób pełny i wyczerpujący, przez co nie można postawić zarzutu utrudnienia uczciwej konkurencji.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 29 Pzp przez nałożenie na wykonawcę, bez dodatkowego wynagrodzenia, obowiązku przeniesienia świadczonej usługi do innych lokalizacji biur poselskich Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 199 uchwały Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 30 lipca 1992 r. – Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej (MP z 2012 r., poz. 32 ze zm.) Zamawiający wykonuje zadania organizacyjno-techniczne i doradcze związane z działalnością Sejmu i jego organów. Zamawiający stwarza posłom warunki do wykonywania mandatu poselskiego, a w szczególności przekazuje druki sejmowe oraz inne opracowania i materiały związane z pracami Sejmu, w tym teksty ujednoczone projektów ustaw; umożliwia korzystanie z opracowań fachowych, literatury i ekspertyz; stwarza posłom warunki uczestniczenia w pracach Sejmu i jego organów, a także zapewnia techniczno-organizacyjne i finansowe warunki działalności biur poselskich lub innych jednostek organizacyjnych do obsługi terenowej działalności posłów. Potrzeba świadczenia usługi informatycznej dla biur poselskich wynika z konieczności realizacji statutowych zadań Zamawiającego oraz obowiązków wynikających z ustawy z dnia 9 maja 1996 r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora (Dz.U. z 2016 r., poz. 1510 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Ustawą” i przepisów wykonawczych wydanych na jej podstawie. Zgodnie z art. 23 Ustawy „posłowie tworzą biura poselskie w celu obsługi swojej działalności w terenie”. Ustawa pozostawia parlamentarzystom daleko idącą swobodę w kwestii siedziby biura, gdyż wskazanie, że taka działalność terenowa może mieć miejsce w wybranym okręgu lub wybranych okręgach wyborczych, przesądza, że biura parlamentarzystów nie muszą się mieścić na terenie okręgu, z którego poseł uzyskał mandat. Z prawnego punktu widzenia możliwość tworzenia biur poselskich wyłącznie na ściśle określonym terenie (bez możliwości pozostawienia wyboru parlamentarzystom i „wyłączenia możliwości/obowiązku przeniesienia lokalizacji biura poselskiego w przypadku, gdy wykonawca nie posiada możliwości technicznych świadczenia usługi we wskazanej przez Zamawiającego lokalizacji docelowej”) naruszałoby konstrukcję mandatu wolnego, który zakłada, że parlamentarzysta jest reprezentantem całego zbiorowego suwerena, a nie tylko swoich wyborców. Wybór miejsca (lokalizacji), w którym będzie prowadzone biuro poselskie jest w świetle obowiązującego prawa całkowicie pozostawiony parlamentarzystom. Zamawiający nie ma żadnego wpływu na decyzję posłów, gdyż jest urzędem powołanym do obsługi posłów. Jednocześnie, ponieważ w okresie świadczenia usługi stanowiącej przedmiot zamówienia odbędą się kolejne wybory do Sejmu w związku ze zmianą kadencji, Zamawiający nie ma wiedzy, kto zostanie wybrany na

następną kadencję i jakie będą decyzje nowo wybranych posłów dotyczące lokalizacji ich biur poselskich.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący nietrafnie przywołuje – podnosząc zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp w odniesieniu do zakwestionowanych zapisów SIWZ – że stanowią one w istocie „prawo opcji”. Nie chodzi tu bowiem o rozszerzenie zamówienia podstawowego o konkretny przedmiot, nietożsamy z przedmiotem zamówienia, chociaż związany z zamówieniem podstawowym.

Na zakończenie Zamawiający podał, że dopuszczalne jest żądanie przyjęcia przez wykonawcę pewnych zobowiązań na zasadzie ryzyka. Ustalenie warunków kontraktowych na wysokim poziomie wymagań nie stanowi przekroczenia przez Zamawiającego posiadanych uprawnień.

W piśmie procesowym z 13 lipca 2018 r. Odwołujący przedstawił dodatkową argumentację mającą uzasadniać zarzuty odwołania.

W zakresie zarzutu nieprawidłowego określenia terminu rozpoczęcia świadczenia usługi Odwołujący, tytułem przykładu, przywołał postępowanie na zakup usług transmisji danych dla 389 jednostek organizacyjnych prokuratury prowadzone przez Prokuraturę Krajową, w którym zamawiający wskazał jako termin realizacji zamówienia w rozdziale IV pkt 1 SIWZ:

- a) zestawienie i uruchomienie Usługi typu A: w terminie do 150 dni od dnia podpisania umowy;
- b) zestawienie i uruchomienie Usługi typu B: w terminie do 250 dni od dnia podpisania umowy;
- c) świadczenie usług transmisji danych w okresie 48 miesięcy od dnia zestawienia i uruchomienia Usługi typu A.

Dowód O1: ogłoszenie o zamówieniu oraz fragment SIWZ w postępowaniu na zakup usług transmisji danych dla jednostek organizacyjnych prokuratury w postępowaniu prowadzonym przez Prokuraturę Krajową, rozdział IV.

Z kolei w przypadku, w którym działający zgodnie z przepisami Pzp zamawiający decyduje się na podanie daty dziennej rozpoczęcia realizacji usług, wyznacza terminy realizacji zamówienia w realny sposób, umożliwiając wykonanie wszelkich prac przygotowawczych nawet w przypadku prowadzenia długiego postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący przykładowo przywołał postępowanie na świadczenie usług transmisji danych IP VPN (MPLS) z dostępem do Internetu dla Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe i jego 449 jednostek organizacyjnych przeprowadzone przez

Dyrekcję Generalną Lasów Państwowych. SIWZ dla tego postępowania opublikowany został 30 kwietnia 2018 r., zaś termin realizacji zamówienia został ustalony dopiero na dzień 19 listopada 2019 r., co pozwala na odpowiednie przygotowanie wykonawcy do realizacji u sług.

Dowód O2: ogłoszenie o zamówieniu oraz fragment SIWZ w postępowaniu na świadczenie usług transmisji danych IP VPN (MPLS) z dostępem do Internetu dla Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, rozdział IV.

Rozwiązanie przyjęte przez Zamawiającego w tej sprawie narusza nie tylko art. 29 ust. 1 Pzp, przez brak możliwości ustalenia w jakim okresie po dniu zawarcia umowy wykonawca będzie miał obowiązek rozpocząć świadczenie usługi, przez co termin ten nie został określony w sposób jednoznaczny, ale również stawia w uprzywilejowanej pozycji Wykonawcę O – dotychczasowego wykonawcę przedmiotowej usługi, utrudniając tym samym uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 Pzp) oraz naruszając zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp).

W odniesieniu do zarzutu wadliwie sformułowanych kryteriów oceny ofert Odwołujący stwierdził, że nie ma wiedzy o zamiarach Zamawiającego, jakie związane są z takim, a nie innym sformułowaniem kryteriów oceny ofert (co wynika z niejednoznacznego sposobu sformułowania kryteriów i opisu przyznawania punktów). Sformułowanie kryteriów jest tak dalece nieprecyzyjne, że wykonawca nie posiada wiedzy nie tylko na temat sposobu przyznawania punktów w tych kryteriach, ale również na temat oczekiwanego sposobu przygotowania oferty w odniesieniu do dokumentów podlegających ocenie w ramach zaskarżonych kryteriów. Wykonawca nie jest również w stanie wydedukować z treści SIWZ intencji Zamawiającego w tym zakresie.

Odwołujący przytoczył następnie szczegółowo swoje oczekiwania względem postanowień SIWZ regulujących przedmiotową materię – Rozdział I pkt 7.2.1. i 7.2.2.

W kwestii wymogu zmian lokalizacji miejsc świadczenia usługi Odwołujący podkreślił, że dobre praktyki stosowane przez zamawiających publicznych w odniesieniu do obowiązku i rozliczenia przeniesienia świadczonej usługi do innych lokalizacji polegają m.in. na:

1. obowiązku przeniesienia świadczonej usługi do innych lokalizacji, wyłącznie gdy istnieją warunki techniczne do świadczenia usługi w nowej lokalizacji

Dowód O3: zmiana treści SIWZ z dnia 20 kwietnia 2018 r. dokonana przez zamawiającego w postępowaniu na dostawę, wdrożenie, migrację z obecnie wykorzystywanej sieci oraz utrzymanie w pracy operacyjnej sieci WAN dla IMGW-PIB (pkt 1.1., 1.4.);

Dowód O4: fragment SIWZ na świadczenie usług transmisji danych IP VPN (MPLS) z dostępem do Internetu dla Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, str. 68, § 4 ust. 4 lit. a) wzoru umowy.

2. obowiązku przeniesienia usługi do nowej lokalizacji w terminie nie dłuższym niż 6 miesięcy od daty zgłoszenia o przeniesieniu lokalizacji przez zamawiającego

Dowód O5: fragment SIWZ na świadczenie usług transmisji danych IP VPN (MPLS) z dostępem do Internetu dla Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, str. 68, § 4 ust. 4 lit. a) wzoru umowy.

3. ograniczeniu liczby przenoszonych lokalizacji do 5% wszystkich lokalizacji (wyłącznie w takim przypadku przeniesienie dokonywane było bez zmiany wynagrodzenia wykonawcy)

Dowód O6: fragment SIWZ na świadczenie usług transmisji danych IP VPN (MPLS) z dostępem do Internetu dla Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, str. 68, § 4 ust. 4 lit. a) wzoru umowy.

Do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego, przystąpienie zgłosił wykonawca T-SYSTEMS POLSKA sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, wnosząc o uwzględnienie odwołania. Izba, wobec spełnienia przez zgłoszone przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu ww. wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Odwołującego.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego I zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym Odwołującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania. Tym samym Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, zgodnie z którą Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, ponieważ kwestionowane postanowienia SIWZ nie uniemożliwiają mu złożenia oferty w Postępowaniu. Stanowisko takie jest niezasadne, ponieważ nie uwzględnia okoliczności, że przesłanki interesu należy upatrywać nie w stworzeniu sobie możliwości złożenia oferty w ogóle, a w zapewnieniu konkurencji z innymi wykonawcami w porównywalnych warunkach. Podobnie należało ocenić argumentację Zamawiającego o braku wykazania po stronie Odwołującego szkody, która na etapie kwestionowania postanowień SIWZ może mieć, zgodnie z przywołaną regulacją, charakter potencjalny i wyrażać się utratą możliwości uzyskania korzyści z realizacji zamówienia.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści: SIWZ (z uwzględnieniem jej wyjaśnień i zmiany z 12 lipca 2018 r.) oraz dokumentów przedstawionych przez Odwołującego na rozprawie. Skład orzekający stwierdził na ich podstawie, że stan faktyczny sprawy (brzmienie kwestionowanych w odwołaniu postanowień SIWZ) nie jest sporny.

Postępowanie odwoławcze, w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 2d w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, podlegało umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 4a Pzp, o czym orzeczono w pkt 1 sentencji wyroku.

Izba wyraża zapatrywanie, że ocena zgodności postanowień SIWZ dokonywana w toku postępowania odwoławczego nie może abstrahować od sformułowanych w odwołaniu żądań odnoszących się do ich treści. Zauważyć należy, że w pewnych przypadkach Izba, uwzględniając zarzuty odwołania, których zakresem jest związana (zob. art. 192 ust. 7 Pzp), nie będąc jednocześnie związana żądaniami odwołania, może orzec inaczej niż wnosił odwołujący lub nakazać zamawiającemu wykonanie/powtórzenie czynności nieobjętej w ogóle żądaniem odwołania. Sytuacje takie występują jednakże na etapie oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, przy czym kształt zapadających rozstrzygnięć przeważnie wprost wynika z przepisów obowiązującego prawa (które nakazują np. wezwanie do uzupełnienia, poprawienie, czy odrzucenie oferty, bądź wykluczenie wykonawcy, etc.). Odmienne, zdaniem składu orzekającego, jest w przypadku treści postanowień SIWZ, których dalsza kreacja poza żądaniem wskazanym w odwołaniu winna doznawać ograniczeń. Przyjęcie odmiennego zapatrywania prowadziłyby do sytuacji, w której odwołanie byłoby tylko sygnalizowaniem zarzutów i żądań, które następnie byłyby dopracowywane, czy konkretyzowane na rozprawie. Sformułowane w odwołaniu żądania muszą być na tyle precyzyjne, aby przy uwzględnieniu odwołania możliwe było nakazanie zamawiającemu dokonania konkretnej, a nie blankietowej zmiany zakwestionowanych postanowień SIWZ. Wyrok Izby nie powinien pozostawiać wątpliwości co do zakresu koniecznych w jej ocenie zmian, a nadto nie powinien rodzić wątpliwości interpretacyjnych skutkujących dowolnością w sposobie jego wykonania.

W konsekwencji, skład orzekający uznał, że dokonana przez Zamawiającego 12 lipca 2018 r. zmiana postanowień SIWZ odnoszących się do kwestii pozacenowych kryteriów oceny ofert, czyni zadość żądaniu Odwołującego, który domagał się wskazania zasad przyznawania wykonawcom punktów oraz podania informacji, które mają znaleźć się w ocenianych dokumentach. W przekonaniu Izby modyfikacja SIWZ powoduje, że opis kryteriów jest jednoznaczny i zrozumiały, a nadto pozwoli Zamawiającemu na weryfikację informacji podlegających ocenie, do czego referował Odwołujący zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 2d Pzp.

Pozostałe zarzuty odwołania Izba uznała za nieuzasadnione.

Tytułem wprowadzenia skład orzekający wskazuje, że zasady konstruowania opisu przedmiotu zamówienia określone w art. 29 ust. 1 Pzp mają na celu skonkretyzowanie potrzeb zamawiającego w taki sposób, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie mieli wątpliwości co do kształtu i zakresu oczekiwanego od nich świadczenia.

Do potrzeb zamawiającego, choć w innym ujęciu, referuje również przepis art. 29 ust. 2 Pzp. W jego świetle zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia z uwzględnieniem swoich wymagań i celów, do których osiągnięcia dąży udzielając zamówienia publicznego, a jednocześnie w taki sposób, aby opis potrzeb zamawiającego bezprawnie nie dyskryminował wykonawców. Nie oznacza to jednak, jak to wielokrotnie stwierdzano w orzecznictwie KIO, że opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać złożenie oferty przez każdego wykonawcę zainteresowanego ubieganiem się o udzielenie zamówienia, czy być w równym stopniu dogodny dla wszystkich konkurentów. Jest tak ponieważ każdy opis przedmiotu zamówienia powoduje ograniczenie konkurencji, wobec czego zapewnienie równego i nieograniczonego dostępu do zamówienia wszystkim wykonawcom działającym w danym sektorze rynku nie jest możliwe. Najlepszym przykładem jest, jak w tej sprawie, świadczenie usług o charakterze ciągłym. W takim przypadku wykonawca aktualnie realizujący zamówienie uzyskuje nad konkurentami przewagę wynikającą z doświadczenia nabytego w trakcie wykonywania umowy i jest to sytuacja, której wyeliminować nie sposób. Nie stanowi to jednak wystarczającego argumentu przemawiającego za zasadnością zarzutu opisanego przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z komentowanymi przepisami Pzp.

W zakresie określonego datą dzienną terminu rozpoczęcia świadczenia usługi Izba nie dopatrzyła się w takim jego określeniu naruszenia wskazanego w *petitum* odwołania przepisu art. 29 ust. 1 Pzp. Ocenic zatem należało, czy termin ten rzeczywiście w nieuzasadniony sposób preferuje dotychczasowego wykonawcę usług stanowiących przedmiot zamówienia.

W tej materii skład orzekający stwierdził, że argumentacja Odwołującego, wskazująca na szereg czynności przygotowawczych, niezbędnych do prawidłowego świadczenia usługi, w szczególności przywołany w odwołaniu proces inwestycyjny związany z projektowaniem i budową infrastruktury telekomunikacyjnej, pomija dwie zasadnicze, zdaniem Izby, kwestie. Po pierwsze – Zamawiający w jednym z załączników do SIWZ zamieścił listę adresową biur poselskich („Wykaz podstawowych biur poselskich” – załącznik nr 3 do SIWZ), która stanowić będzie niejako punkt wyjścia do rozpoczęcia świadczenia usługi. W konsekwencji każdy z wykonawców już na etapie przygotowania oferty ma możliwość sprawdzenia w odniesieniu do jakich lokalizacji konieczne będzie

ewentualne (nie jest to bowiem jedyny sposób zapewnienia możliwości świadczenia usługi) poniesienie przez niego nakładów inwestycyjnych oraz ustalenia ich rodzajów i wysokości, względnie – określenia w jaki inny sposób możliwe będzie świadczenie usługi (np. przez podjęcie rozmów z właścicielami istniejącej w budynkach infrastruktury telekomunikacyjnej). Wynikające z uzasadnienia odwołania stanowisko wskazuje, że Odwołujący nie podjął jeszcze starań zmierzających do ustalenia rodzaju i wysokości nakładów, jakie ewentualnie będzie musiał ponieść w związku z przygotowaniem do realizacji zamówienia, a nadto, że – w przekonaniu Odwołującego – czynności te należy podjąć dopiero po uzyskaniu zamówienia. Zdaniem Izby takie rozumowanie jest nieuprawnione, ponieważ nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby Odwołujący wykonał je przygotowując ofertę, a koszty z tym związane wkalkulował w jej cenę.

Po drugie – Odwołujący nie dostrzegł, że w drodze modyfikacji postanowień SIWZ z 12 lipca 2018 r. Zamawiający wprowadził dla wykonawców istotne ułatwienie w rozpoczęciu realizacji usługi, przewidując możliwość świadczenia jej do 31 grudnia 2018 r. nawet w całości w oparciu o łączność radiową (argument z postanowienia Rozdziału II pkt 2 ppkt 10) lit. a) SIWZ w brzmieniu uwzględniającym wspomnianą powyżej zmianę). W konsekwencji, nawet jeśli w danej lokalizacji wykonawca rzeczywiście będzie zmuszony do wybudowania własnej infrastruktury telekomunikacyjnej to czas na jej wykonanie, liczony od rozpoczęcia świadczenia usługi (najpóźniej 30 września br. – patrz Rozdział I pkt 9.2 SIWZ) do końca roku jest, w ocenie składu orzekającego, wystarczający do przeprowadzenia procesu inwestycyjnego (sporządzenia dokumentacji, wykonania robót, itp.), a nadto jest *de facto* zbieżny z oczekiwaniem Odwołującego wynikającym z żądań odwołania.

Jedynie na marginesie, w kwestii poruszonego na rozprawie około 30-dniowego terminu dostawy sprzętu niezbędnego do świadczenia usługi, Izba wskazuje, że Odwołujący swojego twierdzenia nawet nie uprawdopodobnił, nie wspominając o jego udowodnieniu. Nawet gdyby jednak przyjąć prawdziwość tego oświadczenia Odwołującego, to wskazywany przez niego termin nie jest uśrednionym czasem oczekiwania na wyprodukowanie i dostawę sprzętu, a obrazuje jedynie w jakim terminie Odwołujący może sprzęt taki pozyskać. Nie można zatem wykluczyć, że w przypadku innego wykonawcy omawiana kwestia przedstawiać się będzie zgoła odmiennie.

W zakresie nałożenia na wykonawców obowiązku przenoszenia lokalizacji Izba dała wiarę argumentacji Zamawiającego, odnoszącej się do specyficznych uwarunkowań jego funkcjonowania. Zauważyć należy, że rzeczywistymi beneficjentami usługi stanowiącej przedmiot zamówienia będą w przeważającej części (poza jednym stanowiskiem przewidzianym dla samego Zamawiającego) postowicze. Zamawiający trafnie wskazywał, że – z jednej strony – nie ma wpływu na decyzję posa o zmianie lokalizacji biura poselskiego

(miejsca, w którym ma być świadczona usługa stanowiąca przedmiot zamówienia), a tym bardziej na wybór nowej siedziby, a z drugiej – że jego powinnością jest zapewnienie posłom dostępu do usługi, co związane jest z realizacją statutowego obowiązku Zamawiającego, a to stworzenia technicznych warunków wykonywania mandatu posła. Powyższa sytuacja wpisuje się, zdaniem składu orzekającego, w wynikającą z art. 29 ust. 2 Pzp przesłankę uzasadnionych potrzeb zamawiającego, czyniąc zarzut naruszenia tego przepisu nieuzasadnionym.

Chybione było również twierdzenie o braku precyzji i dokładności (cech wymaganych od opisu przedmiotu zamówienia na mocy art. 29 ust. 1 Pzp) w sposobie skonstruowania opisywanych wymogów. W tym zakresie Izba wyraża zapatrywanie, że Zamawiający możliwie najdokładniej opisał jakie są jego oczekiwania w sytuacji zmiany lokalizacji miejsca świadczenia usługi. Dalsze uszczegółowienie tych wymogów w sposób oczekiwany przez Odwołującego skład orzekający uznał za nieuzasadnione. Oczywistym jest, że skoro ewentualne nowe lokalizacje biur poselskich nie są obecnie możliwe do przewidzenia, to może zaistnieć sytuacja, w której przeniesienie usługi napotka określone trudności w realizacji. Nie stanowi to jednak argumentu przemawiającego za rezygnacją z tego wymogu, jako że – po pierwsze – Zamawiający nie ograniczył w SIWZ sposobów zapewnienia w takich przypadkach usługi stanowiącej przedmiot zamówienia, trafnie wskazując na rozprawie, że możliwe są w tym zakresie różne rozwiązania, nie ograniczające się wyłącznie do konieczności wybudowania przez wykonawcę w nowej lokalizacji odpowiedniej infrastruktury technicznej. Po drugie – kwestionowane postanowienia SIWZ stanowią, zdaniem składu orzekającego, wyraz dopuszczalnego ryzyka, które Odwołujący, podobnie jak każdy inny wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia (nawet podmiot aktualnie świadczący usługi będące przedmiotem zamówienia nie jest w stanie przewidzieć gdzie ewentualnie będą zlokalizowane nowe siedziby biur, bowiem – jak wspomniano – jest to suwerenna decyzja każdego posła), powinien oszacować i wkalkulować w cenę oferty.

Izba nie podzieliła również wniosków Odwołującego płynących z przedstawionych na rozprawie dowodów. Przede wszystkim zauważyć należy, że nie potwierdzają one, chociażby w odniesieniu do kwestii określenia terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia (dowód O1 i O2) jakiegokolwiek ugruntowanej praktyki w tej mierze. Ponadto, dowody te potwierdzać mogą jedynie, że inni zamawiający mieli w odniesieniu do podobnych usług różne potrzeby i oczekiwania, co nie powinno być wyznacznikiem oceny potrzeb i oczekiwań Zamawiającego w tej sprawie.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła, jak w pkt 2 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 3 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy



§ 5 ust. 4 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.2018.972).

**Przewodniczący:** .....