

**Sygn. akt: KIO 1807/12**

**WYROK**  
**z dnia 6 września 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz  
Agnieszka Bartczak-Żuraw  
Ryszard Tetzlaff

**Protokolant:** Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2012 r. przez **odwołującego:** EXATEL S.A. ul. Perkuna 47;04-164 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów ul. Samorządowa 1; 26-601 Radom

przy udziale **przystępującego:** GTS Poland sp. z o.o. ul. Marynarska 15; 02-674 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża EXATEL S.A. ul. Perkuna 47;04-164 Warszawa i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez EXATEL S.A. ul. Perkuna 47;04-164 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Radomiu.

**Przewodniczący:** .....  
.....\*  
.....\*

### Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego objęte przedmiotowym postępowaniem odwoławczym prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego i dotyczy zamówienia pn.: „Świadczenie usług transmisji danych w sieci rozległej WAN resortu finansów oraz usługi dostępu do sieci Internet” (nr referencyjny: PN/13/12/VBC).

Zostało wszczęte przez Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów, ul. Samorządowa 1; 26-601 Radom zwane dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2012/S 114-189117 z dn.16.06.2012 r.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ” została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego dn.19.06.2012 roku.

Na zapisy ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w dniach 26 i 28 czerwca 2012r. zostały wniesione odwołania przez Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18; 00-105 Warszawa oznaczone Sygn. akt: KIO 1337/12, Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa oznaczone Sygn. akt: KIO 1349/12 i EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa oznaczone Sygn. akt: KIO1353/12, które zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostały skierowane do łącznego rozpoznania.

W wyniku rozpoznania odwołań wyrokiem z dnia 16 lipca 2012r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła wniesione odwołania i nakazała zmianę postanowień Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu, z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji w nim wskazanych.

W dniu 14 sierpnia 2012r. zamawiający wykonując Wyrok KIO z dnia 16 lipca 2012r. dokonał modyfikacji SIWZ dokonując jego ogłoszenia na stronie internetowej. Sprostowane ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 18 sierpnia 2012r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2012/S 158-262997.

W dniu 24 sierpnia 2012r. dwóch wykonawców złożyło odwołania od wykonania Wyroku z dnia 16 lipca 2012r. to jest odwołujący (Sygn. akt KIO 1807/12) oraz GTS Poland Sp. z o.o., 02 – 674 Warszawa, ul. Marynarska 15 (Sygn. akt KIO 1810/12).

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania zostały skierowane do łącznego rozpoznania.

Do postępowań odwoławczych zarówno w sprawie o Sygn. akt KIO 1807/12 jak i o Sygn. akt KIO 1810/12 zgłosiła się po stronie odwołujących spółka Netia S.A., 02 – 822 Warszawa, ul. Poleczki 13.

Przy czym na posiedzeniu z udziałem stron drugi odwołujący to jest GTS Poland Sp. z o.o. wycofał odwołanie. W związku z powyższym niniejsza sprawa została umorzona.

Natomiast GTS Poland Sp. z o.o. pozostał przystępującym w postępowaniu odwoławczym Sygn. akt KIO 1807/12 po stronie odwołującego EXATEL S.A.

EXATEL wniósł odwołanie wobec następujących czynności zamawiającego: 1. wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2012 r. w zakresie: prawa opcji, sposobu obliczenia ceny oferty i związanego z nim kryterium oceny ofert oraz wprowadzenia opłat instalacyjnych z tytułu zestawienia i uruchomienia pojedynczej lokalizacji; 2. postanowień sprostowania ogłoszenia o zamówieniu oraz modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie wskazanym w treści odwołania; 3. ustalenia terminu składania ofert nie zapewniającego wykonawcom wystarczającego czasu na prawidłowe przygotowanie i skalkulowanie oferty na skutek dokonanych modyfikacji SIWZ.

Odwołujący składając odwołanie wniósł o nakazanie zamawiającemu zmodyfikowania SIWZ poprzez zmianę niektórych postanowień w sposób wskazany w treści odwołania.

Odwołujący zarzucił naruszenie: art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2, art. 91 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp” poprzez:

1. pozorne wykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2012 r., tj. w sposób nieusuwający nieprawidłowości w zakresie:
  - a) opisanie w sposób niewyczerpujący i niejednoznaczny przedmiotu zamówienia, w tym zakresu prawa opcji, w zakresie niezbędnym dla umożliwienia jego wyceny;
  - b) sposobu obliczenia ceny oferty, tj. nie uwzględnienia w cenie oferty opłat z tytułu przeniesienia lokalizacji, jak również metodologii obliczenia ceny, która nie pozwoli na wyłonienie wykonawcy oferującego najniższą cenę za przedmiot zamówienia;
  - c) ustalenia górnej granicy opłat instalacyjnych;
  - d) ograniczenia naliczenia kar umownych w przypadku zbiegu kar bez modyfikacji postanowień dotyczących obowiązku ich zapłaty przez

Wykonawcę;

- e) niejedolitego opisanie warunków likwidacji poszczególnych lokalizacji w dokumentach składających się na SIWZ;
2. wyznaczenia terminu składania ofert niepozwalającego Wykonawcom na rzetelne przygotowanie i skalkulowanie ofert.

Odwołujący przedstawił szczegółową argumentację odwołania przywołaną poniżej w uzasadnieniu ( w części Izba ustaliła i zważyła) w opisie poszczególnych zarzutów odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie pismo z dnia 4 września 2012r. przedłożone na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 5 września 2012r. wniósł o odrzucenie odwołania ewentualnie o jego oddalenie nie zgadzając się ze stanowiskiem odwołującego, że wykonanie wyroku KIO z dnia 16 lipca 2012r. ma charakter pozorny przedstawiając szczegółową argumentację przywołaną poniżej w uzasadnieniu( w części Izba ustaliła i zważyła) w opisie poszczególnych zarzutów odwołania.

Zamawiający w piśmie z dnia 4 września 2012r. w szczególności podniósł następujące uwagi co do sposobu wykonania Wyroku z dnia 16 lipca 2012r.

„Należy zauważyć, że w uzasadnieniu przedmiotowego wyroku zawarte są zarówno nakazy Izby o charakterze konkretnym, w postaci precyzyjnie sformułowanych postanowień treści SIWZ lub wzoru umowy, które muszą być przez Zamawiającego wprowadzone w brzmieniu nakazanym przez Izbę, jak i nakazy i wytyczne Izby o charakterze ogólnym, dyrektywalnym, a tym samym umożliwiającym pewną wariantowość w zakresie ich realizacji przez Zamawiającego. O ile wprowadzenie do SIWZ zmian wynikających z nakazów o charakterze konkretnym nie nastręczało Zamawiającemu trudności, o tyle wprowadzenie do SIWZ zmian wynikających z nakazów o charakterze dyrektywalnym wymagało od Zamawiającego wypracowania spójnej koncepcji ich wprowadzenia z uwzględnieniem kierunku postulowanych przez Izbę zmian SIWZ oraz celu tych zmian w kontekście eliminacji wykazanych przez Izbę naruszeń przepisów Ustawy przy jednoczesnym zachowaniu możliwości realizacji rzeczywistych potrzeb Zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji.

Zamawiający włożył dużo wysiłku w celu prawidłowego wykonania wyroku Izby i zaproponował spójną koncepcję implementacji wytycznych Izby w zakresie doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia, w tym prawa opcji oraz zaproponowanie sposobu obliczenia ceny w sposób gwarantujący porównywalność ofert z uwzględnieniem okoliczności, że jedynym kryterium oceny ofert winna pozostać cena oferty w podstawowym zakresie. Ocena

czynności Zamawiającego w zakresie zgodności modyfikacji SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu z treścią wyroku Izby z dnia 16 lipca 2012 r. powinna mieć charakter systemowy, uwzględniający stopień realizacji wytycznych Izby, a także uwzględniać cel postępowania i uzasadnione potrzeby Zamawiającego, nie zaś jak chce tego Odwołujący EXATEL charakter kazuistyczny, oparty na wyrwanych z szerszego kontekstu fragmentach SIWZ.

Zaproponowany przez Zamawiającego sposób wykonania wyroku Izby, pomimo, że nie jest zgodny z oczekiwaniami i wyobrażeniami Odwołującego EXATEL, jest zgodny z treścią wyroku KIO oraz eliminuje naruszenia przepisów Ustawy w sposób wskazany w uzasadnieniu wyroku.”

W przeciwieństwie do postępowania cywilnego, gdzie wyraźnie rozdziela się wyrok i jego uzasadnienie, a egzekucji podlegają jedynie czynności opisane w sentencji wyroku, w postępowaniu odwoławczym (tak jak w postępowaniu przed Zespołem Arbitrów), częścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej - obok sentencji - jest również jego uzasadnienie. W uzasadnieniu bowiem arbitrzy formułują wytyczne pod adresem Zamawiającego, którymi powinien on się kierować wykonując wyrok. Wytyczne te są dla Zamawiającego wiążące. (patrz wyrok sygn. akt UZP/ZO/0-570/07 z dnia 18 maja 2007). Taka konstrukcja wyroków KIO ma swoje uzasadnienie praktyczne, jednak na płaszczyźnie postępowania o udzielenie zamówienia wykonanie przez Zamawiającego wyroku KIO generuje niekiedy trudności interpretacyjne.

Należy zauważyć, że w uzasadnieniu przedmiotowego wyroku zawarte są zarówno nakazy Izby o charakterze konkretnym, w postaci precyzyjnie sformułowanych postanowień treści SIWZ lub wzoru umowy, które muszą być przez Zamawiającego wprowadzone w brzmieniu nakazanym przez Izbę, jak i nakazy i wytyczne Izby o charakterze ogólnym, dyrektywalnym, a tym samym umożliwiającym pewną wariantowość w zakresie ich realizacji przez Zamawiającego. O ile wprowadzenie do SIWZ zmian wynikających z nakazów o charakterze konkretnym nie nastroczało Zamawiającemu trudności, o tyle wprowadzenie do SIWZ zmian wynikających z nakazów o charakterze dyrektywalnym wymagało od Zamawiającego wypracowania spójnej koncepcji ich wprowadzenia z uwzględnieniem kierunku postulowanych przez Izbę zmian SIWZ oraz celu tych zmian w kontekście eliminacji wykazanych przez Izbę naruszeń przepisów Ustawy przy jednoczesnym zachowaniu możliwości realizacji rzeczywistych potrzeb Zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji.

Zamawiający włożył dużo wysiłku w celu prawidłowego wykonania wyroku Izby i zaproponował spójną koncepcję implementacji wytycznych Izby w zakresie doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia, w tym prawa opcji oraz zaproponowanie sposobu obliczenia ceny w sposób gwarantujący porównywalność ofert z uwzględnieniem okoliczności, że

jedynym kryterium oceny ofert winna pozostać cena oferty w podstawowym zakresie. Ocena czynności Zamawiającego w zakresie zgodności modyfikacji SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu z treścią wyroku Izby z dnia 16 lipca 2012 r. powinna mieć charakter systemowy, uwzględniający stopień realizacji wytycznych Izby, a także uwzględniać cel postępowania i uzasadnione potrzeby Zamawiającego, nie zaś jak chce tego Odwołujący EXATEL charakter kazuistyczny, oparty na wyrwanych z szerszego kontekstu fragmentach SIWZ.

Zaproponowany przez Zamawiającego sposób wykonania wyroku Izby, pomimo, że nie jest zgodny z oczekiwaniami i wyobrażeniami Odwołującego EXATEL, jest zgodny z treścią wyroku KIO oraz eliminuje naruszenia przepisów Ustawy w sposób wskazany w uzasadnieniu wyroku.”

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Izba na posiedzeniu z udziałem stron uwzględniła wniosek w sprawie o Sygn. akt KIO 1807/12 o nie dopuszczenie spółki Netii do postępowania.

Po rozpoznaniu Izba postanowiła nie dopuścić wykonawcy Netia do udziału w postępowaniu z uwagi na przekroczenie terminu 3 dniowego wynikającego z art. 185 ust. 2 w związku z 185 ust. 1 ustawy Pzp., ponieważ ogłoszenie o złożeniu odwołania na stronie internetowej zamawiającego zostało opublikowane w dniu 24.08.2012 r., a wniosek o przystąpieniu do KIO zostało złożone w dniu 30.08.2012 r. tj z przekroczeniem 3 dniowego terminu. Izba powyższe ustaliła na podstawie okoliczności, że w ogłoszeniu o zamówieniu podano stronę internetową zamawiającego [www.cpd.mf.gov.pl](http://www.cpd.mf.gov.pl) jako adres do kontaktów. W związku z tym dowód decydujący w sprawie stanowi wydruk ze strony internetowej zamawiającego [www.cpd.mf.gov.pl](http://www.cpd.mf.gov.pl) z dnia 24.08.2012 r. na którym zamieszczona jest informacja o wniesieniu odwołania oraz odwołanie. Reasumując zamawiający skutecznie poinformował o wniesieniu odwołania Exatel i zamieścił odwołanie na stronie internetowej wskazanej do kontaktów w ogłoszeniu o zamówieniu w dniu 24.08.2012 roku.

Izba na posiedzeniu z udziałem stron nie uwzględniła wniosków zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 2 i 5 ustawy Pzp.

Izba postanowiła oddalić wniosek o odrzucenie odwołania EXATEL.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. z uwagi na to, że przedłożone pełnomocnictwo spełnia wymogi pełnomocnictwa rodzajowego bowiem upoważnia do składania odwołań w imieniu Exatel w postępowaniu odwoławczym. Na podstawie przedłożonego pełnomocnictwa Izba nie ma podstaw wywiedzenia, że stanowi ono kopię. Poza tym w aktach o Sygn. akt KIO 1353/12 dostępnych na posiedzeniu Izby znajduje się pełnomocnictwo spełniające wymogi według oczekiwań zamawiającego to jest z podaniem nazwy zamawiającego, nazwy postępowania i numeru referencyjnego.

Co do pkt 5 również Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania bowiem z modyfikacji wynika, że znaczny zakres świadczeń w pierwotnej wersji opcji został przesunięty do przedmiotu podstawowego. Poza tym w wyroku zawarto również oprócz nakazów o charakterze konkretnym również dyrektywy ogólne co do zmian specyfikacji. Ustawa Pzp nie zna częściowego odrzucenia odwołania zaś odwołanie EXATEL dotyczy nie tylko zmian SIWZ konkretnie (literalnie) określonych w wyroku ale również modyfikacji SIWZ na podstawie ogólnych wytycznych Izby zamieszczonych w uzasadnieniu Wyroku. Powyższe wynika w szczególności z sentencji wyroku zgodnie z którym Izba nakazała zmianę postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji w sposób w nich wskazany.

Izba przyznaje odwołującemu interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy Pzp, ponieważ w przypadku wykazania naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, może odwołujący ponieść szkodę nie uzyskując zamówienia ze względu na niezgodność z prawem postanowień SIWZ.

Odwołujący przywołując wyrok KIO z dnia 16 lipca 2012 r. wskazał, że KIO nakazała Zamawiającemu dokonanie zmian ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ w zakresie: prawa opcji, kryteriów oceny ofert, zasad naliczania kar umownych, wprowadzenia opłat instalacyjnych. Natomiast w jego ocenie zamawiający wykonując Wyrok KIO, dokonał modyfikacji postanowień w SIWZ pozornie, dopuszczając się naruszeń przepisów ustawy Pzp w zakresie art. 7 ust.1, art.29 ust.1 i ust.2, art.91 ust.2 formułując poniżej przedstawione zarzuty.



Zarzut Nr 1 dotyczący opisanie w sposób niewyczerpujący i niejednoznaczny przedmiotu zamówienia, w tym zakresu prawa opcji, w zakresie niezbędnym dla umożliwienia jego wyceny (zarzut nr I a odwołania).

Izba ustaliła.

Zarzut ten Izba rozpatrywała w niniejszym postępowaniu odwoławczym mając na uwadze wytyczne zawarte w przywoływanym powyżej wyroku w sprawach skierowanych do łącznego rozpoznania oznaczonych Sygn. akt: KIO 1337/12,1349/12 i 1353/12. Izba oceniając kształt aktualnej treści SIWZ to jest jego zgodności z przepisami ustawy Pzp, po modyfikacji SIWZ ogłoszonej przez zamawiającego w dniu 14 sierpnia 2012r., w szczególności wzięła pod uwagę następujące wytyczne zawarte w treści uzasadnienia powyżej wymienionego Wyroku Izby z dnia 16 lipca 2012r.

WYROK KIO 1349/12 odwołanie Netia zarzut nr II i nr VIII zarzut prawa opcji i zamówień uzupełniających. Odnośnie zarzut II – dotyczącego § 3 projektu umowy - prawo opcji, Zamawiający oddalił niniejszy zarzut w ramach odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 06.07.2012 r.) /str. 27/. Niniejsze stanowisko podtrzymał na rozprawie wskazując na uwarunkowania towarzyszące niniejszemu postępowaniu i konieczność zagwarantowania Ministerstwu Finansów niezbędnej obsługi wraz z wejściem systemów E-Podatki oraz E-Cło. Podnosił także, że nie można zastosować zamówień uzupełniających z uwagi na przekroczenie obwarowania wynikającego z przepisów regulujących możliwość skorzystania z tego rodzaju zamówień. Nadto, wykluczył ewentualne przeprowadzenie dodatkowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym wobec wejścia wskazywanych systemów E-Podatki oraz E-Cło. Powyższym tłumaczył także zastosowanie prawa opcji w kształcie wynikającym z postanowień SIWZ (także Rozdz. I pkt 4 ppkt 4.1 do 4.7).

Izba uwzględniła zarzut, biorąc pod uwagę całość sprawy, tzn. stan rzeczy ustalony w toku postępowania, decyzją całego składu orzekającego nakazując usunięcie prawa opcji w obecnej postaci, tj. § 3 projektu umowy, a w konsekwencji także pkt 4 ppkt 4.1 do 4.7 z Rozdz. I SIWZ i wprowadzenie do postanowień SIWZ, ale także ogłoszenia o zamówieniu możliwości udzielania zamówień uzupełniających. Izba wskazuje, że docenia poziom pracy włożony przez Zamawiającego w określenie zakresu prawa opcji, jednakże nie może nawet uwzględniając aktualne i przyszłe potrzeby Zamawiającego zachować postanowienia SIWZ

w ich aktualnym kształcie. Należy podkreślić, że w toku rozprawy Zamawiający oświadczył, że zrezygnował z zamówień uzupełniających na rzecz prawa opcji, wobec wyliczeń, z których wynikało, że wartość ewentualnych zamówień uzupełniających przekroczy 50 % wartości zamówienia. Izba uznała, że mimo braku wyraźnego ograniczenia takiego jak w zamówieniach uzupełniających, nie było celem Ustawodawcy stworzenie podstawy prawnej do zaistnienia sytuacji w ramach której zamówienie podstawowe „obligatoryjne” będzie wobec zamówienia objętego prawem opcji miało charakter mniejszościowy. Powyższe potwierdza stanowisko wyrażone w Informatorze UZP nr 4 z 2011 r., czy też publikacji PARPu oraz UZP z 2011 r.: *„Przygotowanie postępowania o udzielnie zamówienia publicznego”*, wyd. I, Rozdz. 3, str. 31-33 /Pr. Opcji/ z którego wynika, że prawo opcji umożliwia Zamawiającemu wkalkulowanie w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia pewnego marginesu realizacji tegoż zamówienia (str.32). W przedmiotowym stanie faktycznym *de facto* prawo opcji jest zamówieniem podstawowym, a zamówienie podstawowe niewielką opcją w skali całego zamówienia. Izba uznała, że obecny stan rzeczy można zakwalifikować jako działanie stanowiące obejście przepisów Pzp. Nadto, należy wskazać, że zarówno zakres objęty prawem opcji, jak i okoliczności, w jakich dojść może do skorzystania z prawa opcji, powinny być opisane zgodnie z zasadami stosowanymi przy opisie przedmiotu zamówienia, tzn. w sposób jednoznaczny, wyczerpujący oraz umożliwiający Wykonawcy złożenie oferty. Izba pragnie zauważyć, że brak określenia w § 3 minimalnej liczby miejsc, w której nastąpi zmiana, tzn. zwiększenie przepustowości stanowi istotny element stanowiący czynnik, w wyniku którego całe ryzyko gospodarcze kontraktu z tym związane zostaje przerzucone na Wykonawcę. W efekcie rzetelny Wykonawca będzie musiał od samego początku zapewnić optymalną przepustowość bez względu na rodzaj zastosowanej technologii. W innym wypadku poniesie podwójne koszty na początku, jak i po zmianie przepustowości na większą. Dodatkowo, Izba zauważa, że prawo opcji nie może być rozwiązaniem pozwalającym na dowolne, oparte na niejasnych podstawach rozszerzenie pierwotnie określonego przedmiotu umowy.

Izba uznała, że w obecnym kształcie prawo opcji swoim zakresem, tj. skala względem zamówienia podstawowego przekracza poziom, który biorąc pod uwagę sposób opisanego § 3 projektu umowy umożliwia skalkulowanie ceny ofertowej (z tej przyczyny także nakaz usunięcia wzoru dojścia do ceny opcji), jak i pozostawia w niepewności (nawet przy uwzględnieniu opcjonalnego, czyli fakultatywnego charakteru prawa opcji) co do zakresu, jaki uda się zrealizować w ramach umowy.

Izba podkreśla, że nakaz usunięcia prawa opcji oraz wprowadzenia zamówień uzupełniających, dotyczy prawa opcji w jego aktualnym kształcie i skali. W ocenie Izby, nie ma przeszkód, aby zamówienie przewidywało prawo opcji, lecz jako pewny margines realizacji całego zamówienia, nie zaś jego przeważającą część. Stanowisko wyrażone w

cytowanej powyżej publikacji dopuszcza możliwość równoczesnego przewidzenia prawa opcji, ale również zamówień uzupełniających, w tym winien Zamawiający upatrywać kierunek zmian w SIWZ, które pozwolą skalkulować w sposób rzetelny cenę ofertową Wykonawcom.

Odnosnie zarzut VIII – dotyczącego Rozdz. V - opisu sposobu obliczenia ceny, tzn. wzoru matematycznego na obliczenie ceny opcji. W tym zakresie, Izba analogicznie, jak w wypadku zarzutu 1b) odwołania o sygn. akt: KIO 1337/12 uwzględniła zarzut, nakazując usunięcie wzoru matematycznego na obliczenie ceny opcji w jego obecnym kształcie. Izba dodatkowo wskazuje, że ewentualne wprowadzenie prawa opcji, lecz nie w obecnym kształcie, przy nakazie wprowadzenia zamówień uzupełniających nie musi generować konieczności formułowania wzoru matematycznego na obliczenie, czy też dojścia do ceny opcji (z uwagi na to, że w ocenie Izby prawo opcji winno stanowić pewny margines realizacji całego zamówienia). W przeciwnym wypadku, Izba zastrzega, że wzór dojścia do ceny opcji nie powinien obejmować 9 stron specyfikacji i zostać uproszczony.

WYROK KIO 1353/12 odwołanie EXATEL zarzut nr III i nr II b zarzut prawa opcji i zamówień uzupełniających

Odnosnie zarzutu III (lub też IIb) – prawa opcji. Izba częściowo uwzględniła zarzut w zakresie dotyczącym prawa opcji, w konsekwencji przywołuje argumentację przedstawioną w ramach odwołania o sygn. akt: KIO 1349/12. W ocenie Izby, brak możliwości sprecyzowania miejsca położenia nowych lokalizacji, obok możliwości skrajnej zmiany – podwyższenia – przepustowości stanowi dodatkowy element przemawiający za usunięciem postanowień SIWZ dotyczących prawa opcji w ich aktualnym brzmieniu (dotyczy tak § prawa opcji, jak i Rozdz. I pkt 4 ppkt 4.1-4.7 SIWZ). Przy czym, Izba nie przychyliła się do wniosku Odwołującego (oddalając zarzut) w zakresie przyznania odmowy realizacji zgłoszenia, w wypadku braku istnienia możliwości technicznych lub organizacyjnych wykonania usługi na warunkach określonych w umowie, Izba uznała, że niniejszy wniosek został sformułowany w szerszym kontekście, nie tylko w odniesieniu do prawa opcji, zaś Zamawiający z uwagi na specyfikę i konieczność zabezpieczenia swoich potrzeb wskazanych przykładowo na rozprawie nie może przystać na tego typu prawo Wykonawcy. Odwołujący w toku rozprawy nie zaprzeczył istniejącym możliwościom technicznym pozwalającym chociażby przejściowo na świadczenie usług przed zagwarantowaniem ich w sposób tradycyjny w miejscach trudno dostępnych. Zamawiający w swoim stanowisku jednoznacznie stwierdził, że jest gotów „zapłacić” za ryzyko i trudności związane ze świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia, przy czym nie ukrywał, że w niektórych sytuacjach (z uwagi na uwarunkowania terenowe) mogą zaistnieć trudności w jej świadczeniu, którym nie zaprzeczyli Wykonawcy,

przy czym nie wykazali, że mogą zaistnieć sytuacje zupełnie wykluczające wykonanie usługi.”

Natomiast Odwołujący w niniejszym postępowaniu generalizując zarzuty co do skutków zmian ogłoszenia o zamówieniu jak i SIWZ skonstruował je następująco „Tym samym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie jest w stanie należycie ocenić kosztów związanych z jego realizacją, w tym również ryzyka. Dodatkowo należy wskazać, iż zakres zamówienia (tak podstawowego, jak i wynikającego z prawa opcji) opisany w Rozdziale I SIWZ w porównaniu z zakresem ujętym w dokumentach zatytułowanych *Cena za maksymalny podstawowy zakres zamówienia* i *Maksymalna cena oferty* jest mniej wyczerpujący i jednoznaczny w tym sensie, iż wskazując na zmiany w zakresie liczby lokalizacji/ich przepustowości/miejsca nie określa jednocześnie kategorii tych zmian (np. utworzenia nowych lokalizacji o konkretnej kategorii SLA czy przepustowości), co uniemożliwia ich prawidłową kalkulację.”

Z powyższej konstatacji odwołującego wynika, że wykonawca nie jest w stanie prawidłowo wycenić kosztów realizacji zamówienia w tym ryzyka z nim związanego, ponieważ opis przedmiotu zamówienia zarówno podstawowy jak i w ramach opcji w zakresie zmian lokalizacji usług nie określa kategorii SLA czy przepustowości tychże zmian.

Odwołujący uzasadniając powyższe stwierdzenie wskazał na określony w SIWZ zakres możliwych zmian i tak następująco przedstawił w tym zakresie argumentację:

1. począwszy od 01.01.2014 r., wykonawca zobowiązany będzie w każdym roku świadczenia usługi, dla:
  - a) 20 usług transmisji danych (uTD) w ramach Gr. I zwiększyć przepustowość z 6 Mb/s do 10 Mb/s.
  - b) 40 uTD w ramach Gr. I zwiększyć przepustowość z 10 Mb/s do 14 Mb/s.

Odwołujący tak podanym zmianom zarzucił, że nie wskazano jednak usług której kategorii SLA (B czy C czy D) dotyczyło będzie zwiększenie, bowiem wskazane przepływności występują w każdej z ww. kategorii SLA, a ilość lokalizacji o danych parametrach usługi ma wpływ na sposób kalkulowania ceny;

2. począwszy od 01.01.2014 r., wykonawca zobowiązany będzie w każdym roku świadczenia usługi, dla:

- a) 3 uTD w ramach Gr. II zwiększyć przepustowość z 20 Mb/s do 30 mb/s;
- b) 2uTD w ramach Gr. II zwiększyć przepustowość z 30 Mb/s do 40 mb/s
- c) 1 uTD w ramach Gr. II zwiększyć przepustowość z 40 Mb/s do 50 mb/s;

Tutaj również Odwołujący jak powyżej postawił zarzut, że Zamawiający nie wskazał jednak usług której kategorii SLA (B czy C czy D) dotyczyło będzie zwiększenie, bowiem wskazane przepływności występują w każdej z ww. kategorii SLA, a ilość lokalizacji o danych parametrach usługi ma wpływ na sposób kalkulowania ceny.

- 3. w 2014 r. wykonawca zobowiązany będzie uruchomić do 20 nowych uTD w ramach Gr. I, przy czym Odwołujący ponownie postawił zarzut, że Zamawiający nie wskazał której kategorii SLA (B czy C czy D) ani jakiej przepływności dotyczyło będzie uruchomienie nowych usług, a ilość lokalizacji o danych parametrach usługi ma wpływ na sposób kalkulowania ceny;
- 4. począwszy od 01.01.2015 r., wykonawca zobowiązany będzie w każdym roku świadczenia usługi, do uruchomienia do 7 nowych uTD Gr. I, przy czym Odwołujący również postawił zarzut, że Zamawiający nie wskazał której kategorii SLA (B czy C czy D) ani jakiej przepływności dotyczyło będzie uruchomienie nowych usług, a ilość lokalizacji o danych parametrach usługi ma wpływ na sposób kalkulowania ceny;
- 5. począwszy od 2014 r. (ale bez wskazania w którym roku świadczenia usługi) wykonawca zobowiązany będzie do uruchomienia do 2 nowych uTD Gr. I o przepustowości do 50 Mb/s (dostępne przepływności 20, 30, 20, 50 Mb/s), przy czym znowu jak powyżej Odwołujący postawił zarzut, że Zamawiający nie wskazał której kategorii SLA (B czy C czy D) oraz brak wskazania, który to będzie rok usługi, dla uruchomienia nowych usług, bowiem wskazane przepływności występują w każdej z ww. kategorii SLA, a ilość lokalizacji o danych parametrach usługi ma wpływ na sposób kalkulowania ceny;
- 6. począwszy od 2014 r. (ale bez wskazania w którym roku świadczenia usługi) wykonawca zobowiązany będzie do uruchomienia max w 2 OP usługi Internet A (uIA), przy czym Zamawiający nie wskazuje przepływności uITA (dostępne przepływności 400-800 Mb/s), która to wielkość ma wpływ na cenę. Ponownie podniesiono zarzut braku wskazania w którym roku świadczenia usługi oraz nie skonkretyzowanie przepływności wobec istniejącej możliwości od 400 do 800 Mb/s ;

7. począwszy od 2014 r. (ale bez wskazania w którym roku świadczenia usługi) wykonawca zobowiązany będzie do uruchomienia w 1 IC a max w 20 dowolnych lokalizacjach usługi Internet B (uIB). Zarzut braku wskazania w którym roku świadczenia usługi;
8. w 2014 r. wykonawca zobowiązany będzie zwiększyć przepustowość uTD::
  - a) z 6 Mb/s do 10 Mb/s. w 1-196 lokalizacjach, lub
  - b) do 50 Mb/s w 32 lokalizacjach (IC i IS).

Zamawiający nie wskazał jednak usług której kategorii SLA (B czy C czy D) dotyczyło będzie zwiększenie, bowiem wskazane przepływności występują w każdej z ww. kategorii SLA, a ilość lokalizacji o danych parametrach usługi ma wpływ na sposób kalkulowania ceny. Ponownie zarzut braku wskazania kategorii SLA to jest czy B czy C czy D;

9. począwszy od 01.01.2015 r., wykonawca zobowiązany będzie w każdym roku świadczenia usługi, zwiększyć przepustowość uTD w ramach Gr. I w 1 - 60 lokalizacji o 100 % (max do 18 Mb/s); zmiana dotyczyć może każdej z 614 lokalizacji, bowiem nie wskazano usług której kategorii SLA (B czy C czy D) dotyczyło będzie zwiększenie, a ilość lokalizacji o danych parametrach usługi ma wpływ na sposób kalkulowania ceny. Zarzut braku kategorii SLA to jest czy B czy C czy D;
10. począwszy od 01.01.2014 r., wykonawca zobowiązany będzie w każdym roku świadczenia usługi, zwiększyć przepustowość uTD w ramach Gr. II w 1 - 10 lokalizacji o 100 % (max do 100 Mb/s); zmiana dotyczyć może każdej z 66 lokalizacji, bowiem nie wskazano usług, której kategorii SLA (B czy C czy D) dotyczyło będzie zwiększenie, a ilość lokalizacji o danych parametrach usługi ma wpływ na sposób kalkulowania ceny. Zarzut braku kategorii SLA to jest czy B czy C czy D;
11. począwszy od 01.01.2015 r., wykonawca zobowiązany będzie w każdym roku świadczenia usługi, zwiększyć przepustowość uTD w ramach Gr. III w OP Radom z 600 Mb/s do 700 Mb/s lub OP Radom i OP Warszawa do 1000 Mb/s.
12. począwszy od 01.01.2015 r. wykonawca zobowiązany będzie zwiększyć przepustowość dla uIA o 100 Mb/s co najmniej dla 1 OP, a maksymalnie w każdym roku świadczenia usługi dla każdej z 3 lokalizacji OP. Odwołujący zwraca uwagę, iż uruchomienie uIA dla lokalizacji typu OP objęte jest prawem opcji, bez wskazania początkowej wartości przepustowości, co znacząco utrudnia wycenę lub czyni ją zupełnie przypadkową. Odwołujący zaznacza jedynie na utrudnienie wyceny czy jej przypadkowość.

13.zmianę miejsca świadczenia uTD:

- a) dla max 65 lokalizacji Gr. I;
- b) dla max 15 lokalizacji Gr. II.

Zamawiający nie wskazał jednak ani kiedy zmiana miejsca lokalizacji może nastąpić, ani czy przeniesione lokalizacje będą miały te same parametry techniczne (SLA i przepustowość) czy też inne, a jeśli tak to jakie. Wszystkie powyższe elementy mają wpływ na sposób kalkulacji ceny. Zarzut braku terminu, parametrów technicznych. Zmianę miejsca świadczenia uTB dla 1-6 lokalizacji - przy czym zmiana dotyczyć może blisko 40 % lokalizacji, w których świadczona jest uLB, a dodatkowo Zamawiający nie wskazał kiedy zmiana miejsca lokalizacji może nastąpić. Zarzut dotyczy określenia maksymalnego procentu zmiany lokalizacji i braku terminu zmiany lokalizacji.

14. Począwszy od 01.01.2014 r. wykonawca będzie zobowiązany do zwiększenia kategorii SLA dla 1-10 uTD, przy czym Zamawiający nie wskazuje których grup (gr. I czy gr. II) zmiana będzie dotyczyła, ani które kategorie SLA będą zmieniane, co oznacza iż zmiana może dotyczyć każdej z 714 lokalizacji (biorąc pod uwagę wyłącznie dane wyjściowe). Powyższe ma wpływ na cenę oferty. Zarzut braku wskazania grupy oraz kategorii

Odwołujący podkreślił, że dla porównania należy wskazać, iż formularz przygotowany na potrzeby obliczenia ceny oferty (*Cena za maksymalny podstawowy zakres zamówienia*) wskazuje już na konkretne zmiany w usłudze (tzn. wskazuje liczbę lokalizacji o określonej kategorii SLA i przepustowości), które w toku realizacji usługi wcale nie muszą wystąpić, o czym świadczy zapis pkt. 7 Rozdziału VI SIWZ. Natomiast jeżeli opisany w Załączniku A2 do SWIZ proces ewolucji usługi oddaje planowaną koncepcję Zamawiającego w tym zakresie, opis przedmiotu zamówienia powinien być dokonany z równą precyzyjnością.

Na marginesie Odwołujący wskazuje, iż występują rozbieżności między zapisami Rozdziału I SIWZ a wzorem umowy np. w zakresie liczby lokalizacji typu OP objętych zwiększeniem przepustowości, gdy w pkt 10.10 Rozdziału I SIWZ wskazano na każdą z 3 lokalizacji OP, podczas gdy w § 3 ust. 1.5 lit. c) wzoru umowy wskazano na każdą z 43 lokalizacji OP.

Tak formułując argumentację w zakresie zarzutu Nr 1 a Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający jego wycenę, tzn. w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przez co rozumie wskazanie liczby lokalizacji objętych zmianą, ich kategorii SLA i przepustowości.

Natomiast zamawiający odnosząc się do odwołania w piśmie z dnia 4 września 2012r. wniosk o jego oddalenie i przedstawił w szczególności następującą argumentację.

W ocenie zamawiającego zarzut jest niezasadny. Zamawiający doprecyzował opis przedmiotu zamówienia w sposób wynikający z aktualnej wiedzy Zamawiającego oraz jego projektowanych potrzeb w całym okresie realizacji umowy. Zgodnie z wytycznymi Izby Zamawiający wprowadził w Rozdziale IV SIWZ zamówienia uzupełniające nie przekraczające 50 % zamówienia podstawowego oraz pozostawił prawo opcji, jednak ze znaczącym zmniejszeniem i doprecyzowaniem jego zakresu.

Zamawiający przejął na siebie znaczącą część ryzyka gospodarczego, które spoczywało uprzednio na wykonawcach. W tym celu usługi stanowiące przedmiot zamówienia przewidziane w poprzedniej wersji SIWZ część prawa opcji zostały przez zamawiającego włączone do podstawowego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wyeliminował wszystkie skomplikowane wzory matematyczne i przygotował 2 interaktywne arkusze kalkulacyjne Excel służące Wykonawcom do wyliczenia w oparciu o podane przez nich w formularzu cen jednostkowych ceny - Ceny za podstawowy maksymalny zakres zamówienia brutto oraz Maksymalnej ceny oferty brutto, obejmującej zakres zamówienia podstawowego wraz z prawem opcji. Ceny jednostkowe miesięcznych abonamentów wskazane przez Wykonawcę w Formularzu w Załączniku A1 obowiązują przez cały okres trwania umowy i służą Wykonawcy do wyliczenia Ceny za podstawowy maksymalny zakres zamówienia brutto oraz Maksymalnej ceny oferty brutto.

Cena za podstawowy maksymalny zakres zamówienia brutto jest obecnie jedynym kryterium oceny ofert. Wszyscy Wykonawcy mają wystarczające dane wejściowe do wyliczenia w zakresie zamówienia podstawowego cen poszczególnych abonamentów, a co za tym idzie Ceny za podstawowy maksymalny zakres zamówienia brutto. Wycena prawa opcji odbywa się niejako automatycznie w oparciu o ceny jednostkowe abonamentów obowiązujące dla podstawowego przedmiotu zamówienia.

Założenia do sposobu obliczenia Cena za podstawowy maksymalny zakres zamówienia brutto oraz Maksymalnej ceny oferty brutto są określone w Załączniku A2 do SIWZ.

W celu zweryfikowania proporcji wartości podstawowego maksymalnego zakresu zamówienia brutto wobec wartości Zamawiający dokonał symulacji obliczenia Ceny za podstawowy maksymalny zakres zamówienia brutto oraz Cena za podstawowy maksymalny zakres zamówienia brutto w oparciu o ceny abonamentów uzyskane od Wykonawców w toku ustalania wartości szacunkowej zamówienia. W wyniku przeprowadzonych obliczeń



Zamawiający ustalił, że wartość usług objętych prawem opcji, przy uwzględnieniu ich maksymalnego zakresu i maksymalnych parametrów usług nie przekraczają 16 % maksymalnej wartości przedmiotu umowy (maksymalnej ceny oferty). Rzeczywista wartość usług objętych prawem opcji i ich faktyczne znaczenie będzie marginalne, wobec włączenia znaczącego zakresu usług wcześniej opisanych, jako prawo opcji do zamówienia podstawowego i zdefiniowania precyzyjnych warunków i założeń ich realizacji.

Podkreślenia wymaga, że w aktualnej wersji SIWZ wszyscy Wykonawcy mają zagwarantowane te same zasady wyliczenia ceny oraz te same, przejrzyste reguły wyboru oferty najkorzystniejszej. Przechodząc do szczegółowej polemiki z uzasadnieniem zarzutu określonego w pkt 1 lit. a) odwołania zamawiający stwierdził, że żądanie odwołującego, dotyczące konieczności wskazania w przypadku zwiększeń przepustowości kategorii SLA (pkt 1-2, 8-10 uzasadnienia odwołania w pkt 1 lit. a) jest bezzasadne. Zamawiający informuje, iż w zakresie wykonania Umowy podzielił Usługę na kilka elementów, których realizacja każdorazowo będzie odbywać się za pomocą zgłoszenia. I tak Usługa rozróżnia następujące elementy:

- 1) uruchomienie nowych Usług Transmisji Danych (UTD) i/lub Usługi Internetu (UI),
- 2) zwiększenie przepustowości UTD i/lub UI,
- 3) zmianę kategorii SLA dla danej przepustowości zarówno dla UTD jak i UI,
- 4) przeniesienie UTD i /lub UI (zmiana lokalizacji) oraz
- 5) likwidację UTD i/lub UL

W związku z powyższym, Zamawiający zaznacza, że w przypadku zgłoszenia zwiększenia przepustowości dot. to tylko i wyłącznie zwiększenia przepustowości a nie zamiany kategorii SLA. Jeśli Zamawiający będzie chciał dokonać zmian w kategorii SLA zwróci się do Wykonawcy z oddzielnym zgłoszeniem.

W przypadku żądania podania w prawie opcji przepustowości oraz kategorii SLA dla nowych Usług (pkt 3-5 uzasadnienia odwołania w pkt 1 lit. a), Zamawiający informuje, iż warunek nie jest możliwy do spełnienia. Celem spornego postanowienia jest wyłącznie zagwarantowanie zamawiającemu elastyczności dotyczącej faktycznego zakresu przedmiotu umowy, który w istocie stanowi realne odzwierciedlenie władczych decyzji Ministra Finansów w zakresie kształtowania potrzeb istnienia określonych jednostek organizacyjnych administracji celnej i skarbowej oraz zadań na nie nałożonych. Przesłanką uruchomienia nowych Usług o danych parametrach będzie zatem zawsze decyzją, dotycząca powstania jednostek organizacyjnych i konkretnych zadań na nie nałożonych, podejmowana w okresie obowiązywania umowy przez Ministra Finansów/Szefa Służby Celnej. Zamawiający wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Wykonawców, podzielił Usługę Transmisji Danych na 3 grupy. Podział na grupy między którymi nie ma obecnie przejść, jak miało to miejsce w pierwszej wersji SIWZ,

pozwała na prawidłowe zaplanowanie sieci Wykonawcom. Poszczególne grupy charakteryzuje technologia, w jakiej występują dane przepustowości, na co zwracali również uwagę wykonawcy w ostatnim rozpatrywanym odwołaniu.

Ponadto wychodząc po raz kolejny naprzeciw wykonawcom zamawiający zapewnił co najmniej 6- miesięczny termin na realizację zgłoszeń w ramach uruchomienia UTD lub UI (podstawowy przedmiot zamówienia) lub 90-dniowy termin (prawo opcji), co jest przewidziane we wzorze umowy, i według doświadczenia Zamawiającego jest wystarczającym terminem na uruchomienie Usługi.

W tym miejscu należy ponownie podkreślić, iż prawo opcji w obecnym kształcie stanowi ok. 16 % wartości całości zamówienia i będzie wykorzystywane przez zamawiającego w sytuacjach, których nie dało się przewidzieć w obecnej sytuacji. Jednocześnie zamawiający zgodnie z wyrokiem KIO przewidział zamówienia uzupełniające na poziomie 50 % wartości zamówienia podstawowego. Prawo opcji stanowi obecnie akceptowalny margines zamówienia podstawowego.

Podstawowy przedmiot zamówienia i prawo opcji zostały zmodyfikowane i opisane w sposób wyczerpujący w oparciu o wyrok KIO i informacje jakie aktualnie posiada Zamawiający. Zamawiający zmodyfikował również w sposób dokładny i precyzyjny kategorie usług, opisał ilości i przewidywane terminy zwiększeń i nowych usług w ramach podstawowego zamówienia i prawa opcji. Dla przygotowania oferty Zamawiający przygotował dwa formularze w postaci arkuszy kalkulacyjnych, w których to dla przygotowania oferty przedstawił maksymalny proces ewolucji usług dla wszystkich Wykonawców tożsamą zarówno dla zamówienia podstawowego i prawa opcji. Założenia te dają możliwość przygotowania poprawnej oferty.

Ze względu na zakres realizowanych czynności służbowych przez jednostki objęte przedmiotowym postępowaniem oraz nakładane na nie obowiązki i zadania przez Ministra Finansów, zamawiający na chwilę obecną nie jest w stanie przewidzieć rzeczywistych potrzeb w zakresie transmisji danych, które będzie musiał zagwarantować w okresie obowiązywania zamówienia. Mając na uwadze powyższe i prawdopodobną dynamikę zmian w tym zakresie Zamawiający przedstawił najbardziej optymalny według swojej opinii opis przedmiotu zamówienia

Odwołujący wnosi o jeszcze bardziej precyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia, z czym zamawiający nie może się zgodzić, gdyż w ten sposób pozbawia się elastyczności w kształtowaniu parametrów usługi, co skutkuje brakiem możliwości pełnego zagwarantowania potrzeb w zakresie transmisji danych dla jednostek administracji celno-skarbowych a zatem realizacji ich statutowych działań.

Zamawiający w części określonej prawem opcji pozostawił jednak margines bezpieczeństwa na wypadek zaistnienia sytuacji, których w żaden sposób nie dało się przewidzieć na podstawie przeprowadzonych analiz. W tym zakresie nie ma możliwości bardziej precyzyjnego dookreślenia prawa opcji. Należy wziąć pod uwagę, że sposób realizacji umowy przy tak dużej skali zadań nałożonych na jednostki administracji skarbowej i celnej musi być elastyczny.

W przypadku Internet A (pkt Ia, ppkt. 6 uzasadnienia odwołania) Zamawiający dokonał odpowiedniej modyfikacji w dniu 31 sierpnia br. podając przepustowość 400 Mb/s.

W przypadku Usługi Internet B (pkt Ia, ppkt. 7 odwołania) i uruchomienia ich w 20 lokalizacjach, Zamawiający podkreśla, iż jest to usługa powszechna, której wartość rynkowa wynosi obecnie około 20 zł miesięcznie przy umowie zawieranej na okres 2 lat.

Ponadto, stwierdzenie, że Odwołujący nie jest w stanie ocenić kosztów związanych z realizacją oraz analizą ryzyka nie jest prawdziwe. Trzech spośród 4 odwołujących się w pierwszym odwołaniu Wykonawców nie wniosło odwołań i nie podnosi już zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i prawa opcji, co pozwala domniemywać, iż są w stanie przeprowadzić odpowiednią wycenę przy założeniach wskazanych przez zamawiającego w SIWZ. W tym miejscu należy wskazać, iż część obciążona pewnym ryzykiem - prawo opcji- według szacunków zamawiającego opartych na ofertach otrzymanych od kilku operatorów na etapie badania rynku, wynosi obecnie około 16% wartości całości zamówienia, co w konfrontacji z wartością około 70% w pierwszej fazie postępowania, stanowi znikomą część.

W przypadku zarzutu w zakresie przeniesień (pkt Ia, ppkt. 13 odwołania) Zamawiający uznaje za bezzasadny. Przeniesienie jest zmianą miejsca świadczenia usługi w skali 1 do 1. Ilekroć Zamawiający zgłasza potrzebę zmiany miejsca świadczenia Usług dotyczy to przeniesienia konkretnej przepustowości i przypisanej do niej kategorii SLA, z jednego adresu Lokalizacji do drugiego adresu Lokalizacji.

Zmiana kategorii SLA lub zwiększenie przepustowości stanowi odrębny element Usługi. Jeśli Zamawiający będzie planował zmianę przepustowości lub kategorii SLA, każdorazowo powiadomi o tym Wykonawcę w Zgłoszeniach.

Odnosząc się do zmian parametrów SLA (pkt Ia, ppkt. 15 odwołania) Zamawiający potwierdza, iż nie podał przepustowości, dla których zamierza zmienić kategorie SLA. Jednocześnie zwraca uwagę, iż liczba 10 zmian na przestrzeni 5 lat jest wartością znikomą. Dodatkowo, należy zauważyć, że kategoria SLA nie zależy od przepustowości, a co za tym idzie od grupy, ponieważ infrastruktura teletechniczna jest tożsama niezależnie od kategorii SLA (za wyjątkiem kategorii A, której zmiany SLA nie dotyczą). Kategorie SLA związane są z

czasami reakcji na awarie. Im jednostka jest bardziej newralgiczna (np. przejście graniczne, Izba Celna/Skarbowa) tym wyższa kategoria SLA, co w tej sytuacji przekłada się odpowiednio na obowiązek zapłacenia kar przez Wykonawcę. Niezależnie od powyższych wywodów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia w zakresie prawa opcji, zamawiający chciałby zwrócić uwagę Izby na następujące okoliczności, nie podniesione w toku poprzedniego postępowania odwoławczego, które zdaniem zamawiającego, powinny mieć istotny wpływ na ocenę sytuacji prawnej zamawiającego, a tym samym na ocenę zarzutów podnoszonych przez odwołujących.

Zamawiający podkreśla, że nie naruszył poprzez swoje działania i kwestionowane przez odwołującego postanowienia SIWZ w obecnym kształcie przepisu art. 34 ust. 5 Ustawy - jedynego przepisu w Ustawie dotyczącego prawa opcji, stanowiącego, że jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. Przepis art. 34 ust. 5 Ustawy odnosi się do szacowania wartości zamówienia, nie zaś do opisu przedmiotu zamówienia.

Dyskusja z odwołującymi w zakresie prawa opcji jest od samego początku sporów o treść SIWZ przede wszystkim dyskusją dotyczącą poglądów doktryny odnośnie instytucji prawa opcji w polskim prawie zamówień publicznych. Jest to dyskusja prowadzona w oderwaniu od rzeczywistego zakresu normowania zawartego w Ustawie.

Zgodnie z treścią opinii Urzędu Zamówień Publicznych „Prawo opcji w prawie zamówień publicznych” dostępnej na stronie internetowej UZP od adresem <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/7D;2132> „(...) *ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji legalnej pojęcia „prawo opcji”. Definicji takiej nie zawierają również dyrektywy dotyczące udzielania zamówień publicznych. Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zwana dalej „dyrektywą klasyczną”, wskazuje jedynie, że podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą, przy czym w obliczeniu takim uwzględnia się całkowitą kwotę szacunkową, obejmującą także wszelkie opcje lub wznowienia zamówienia (art. 9 ust. 1 dyrektywy klasycznej).*

*Polski ustawodawca, implementując powyższy przepis dyrektywy klasycznej w odniesieniu do instytucji prawa opcji również skupił się na zagadnieniu szacowania wartości zamówienia, wskazując w art. 34 ust. 5 ustawy Pzp, że „jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji”.*

Spór dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy w kontekście zawartego w SIWZ opisu prawa opcji toczy się niejako „poprzez” poglądy doktryny, w tym wyrażone przez Urząd Zamówień Publicznych w cytowanej opinii, w oderwaniu od zakresu normowania instytucji prawa opcji w Ustawie. Wydaje się, że nie można naruszyć jakiegokolwiek przepisu Ustawy przez analogię poprzez zastosowanie wykładni doktrynalnej.

Zamawiający uległ wizji możliwości zastosowania prawa opcji w wersji przedstawianej w poglądach doktryny, bo wydawało się, że osiągnie pożądaną przez siebie cel w postaci elastyczności w zakresie realizacji przedmiotu umowy, która jest zamawiającemu niezbędna z przyczyn szczegółowo opisanych powyżej. To co miało być źródłem rozwiązania problemów Zamawiającego stało się jego największym kłopotem. Dyskusja z odwołującymi, co jeszcze w „prawie opcji” można uszczegółowić w oparciu o wytyczne dotyczące opisu przedmiotu zamówienia zawarte w art. 29 może trwać długo, rozstrzygnięcia co do wystarczającego poziomu szczegółowości mają charakter subiektywny, a każde zawężenie możliwości zmian coraz bardziej pozbawiają sensu przedsięwzięcie, które próbuje osiągnąć zamawiający.

W ocenie zamawiającego należy spojrzeć na prawo opcji opisane przez zamawiającego w obecnym kształcie w SIWZ i umowie w sposób funkcjonalny i celowościowy jako próbę możliwie precyzyjnego opisu sposobu realizacji przedmiotu umowy na przestrzeni 6 lat.

Sieć rozległa WAN umożliwiająca komunikację i transmisję danych pomiędzy jej użytkownikami, aby spełniała swoje funkcje musi być projektem o charakterze całościowym i w pełni interoperacyjnym (co wiąże Zamawiającego z jednym Wykonawcą), ale jest też projektem dynamicznym i zmiennym. W dniu zawarcia umowy istnieje stan ilościowy i jakościowy X, po upływie 5 lat, w wyniku zmian ilościowych i jakościowych, stan ilościowy i jakościowy Y. I to jest cel, którego zabezpieczenie miały w intencji Zamawiającego zapewniać postanowienia niefortunnie nazwane przez zamawiającego „prawem opcji”.

### Izba zważyła

#### Zarzut niezasadny

Izba dokonała oceny podniesionego zarzutu w kontekście naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp to jest art. 7 ust.1, art. 29 ust.1 i ust.2, art. 91 ust.2 oraz w

kontekście treści wyroku KIO z dnia 16 lipca 2012r. o Sygn. akt: KIO 1337/12, 1349/12 i 1353/12 a w szczególności:

*(str. 32 akapit 3 uzasadnienia wyroku)*

*(...) Izba uwzględniła zarzut, biorąc pod uwagę całość sprawy, tzn. stan rzeczy ustalony w toku postępowania, decyzją całego składu orzekającego nakazując usunięcie prawa opcji w obecnej postaci, tj. § 3 projektu umowy, a w konsekwencji także pkt 4 ppkt 4.1 do 4.7 z Rozdz. I SIWZ i wprowadzenie do postanowień SIWZ, ale takie ogłoszenia o zamówieniu możliwości udzielania zamówień uzupełniających. Izba wskazuje, że docenia poziom pracy włożony przez Zamawiającego w określenie zakresu prawa opcji, jednakże nie może nawet uwzględniając aktualne i przyszłe potrzeby Zamawiającego zachować postanowienia SIWZ w ich aktualnym kształcie. Należy podkreślić, że w toku rozprawy Zamawiający oświadczył, że zrezygnował z zamówień uzupełniających na rzecz prawa opcji, wobec wyliczeń, z których wynikało, że wartość ewentualnych zamówień uzupełniających przekroczy 50 % wartości zamówienia. Izba uznała, że mimo braku wyraźnego ograniczenia takiego jak w zamówieniach uzupełniających, nie było celem Ustawodawcy stworzenie podstawy prawnej do zaistnienia sytuacji w ramach której zamówienie podstawowe „obligatoryjne” będzie wobec zamówienia objętego prawem opcji miało charakter mniejszościowy. (...)*

*(str. 33 akapit 1 uzasadnienia wyroku)*

*(...) prawo opcji umożliwia Zamawiającemu wkalkulowanie w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia pewnego marginesu realizacji tegoż zamówienia (str. 32). W przedmiotowym stanie faktycznym de facto prawo opcji jest zamówieniem podstawowym, a zamówienie podstawowe niewielką opcją w skali całego zamówienia, Izba uznała, że obecny stan rzeczy można zakwalifikować jako działanie stanowiące obejście przepisów Pzp. Nadto, należy wskazać, że zarówno zakres objęty prawem opcji, jak i okoliczności, w jakich dojść może do skorzystania z prawa opcji, powinny być opisane zgodnie z zasadami stosowanymi przy opisie przedmiotu zamówienia, tzn. w sposób jednoznaczny, wyczerpujący oraz umożliwiający Wykonawcy złożenie oferty.(...)*

*(str. 33 akapit 2 uzasadnienia wyroku)*

*(...) Izba uznała, że w obecnym kształcie prawo opcji swoim zakresem, tj. skala względem zamówienia podstawowego przekracza poziom, który biorąc pod uwagę sposób opisanie § 3 projektu umowy umożliwia skalkulowanie ceny ofertowej (z tej przyczyny także nakaz usunięcia wzoru dojścia do ceny opcji), jak i pozostawia w niepewności (nawet przy*

*uwzględnieniu opcjonalnego, czyli fakultatywnego charakteru prawa opcji) co do zakresu, jaki uda się zrealizować w ramach umowy. (...)*

*(str. 33 akapit 3 uzasadnienia wyroku)*

*(...) Izba podkreśla, że nakaz usunięcia prawa opcji oraz wprowadzenia zamówień uzupełniających, dotyczy prawa opcji w jego aktualnym kształcie i skali. W ocenie Izby, nie ma przeszkód, aby zamówienie przewidywało prawo opcji, lecz jako pewny margines realizacji całego zamówienia, nie zaś jego przeważającą część. Stanowisko wyrażone w cytowanej powyżej publikacji dopuszcza możliwość równoczesnego przewidzenia prawa opcji, ale również zamówień uzupełniających, w tym winien Zamawiający upatrywać kierunek zmian w SIWZ, które pozwolą skalkulować w sposób rzetelny cenę ofertową Wykonawcom. (...)*

*(strona 37 akapit 2 uzasadnienia wyroku)*

*(...) uwzględniła zarzut, nakazując usunięcie wzoru matematycznego na obliczenie ceny opcji w jego obecnym kształcie. Izba dodatkowo wskazuje, że ewentualne wprowadzenie prawa opcji, lecz nie w obecnym kształcie, przy nakazie wprowadzenia zamówień uzupełniających nie musi generować konieczności formułowania wzoru matematycznego na obliczenie, czy też dojścia do ceny opcji (z uwagi na to, że w ocenie Izby prawo opcji winno stanowić pewny margines realizacji całego zamówienia). W przeciwnym wypadku, Izba zastrzega, że wzór dojścia do ceny opcji nie powinien obejmować 9 stron specyfikacji i zostać uproszczony. (...).*

*Dokonując oceny modyfikacji SIWZ z dnia 14 sierpnia 2012r. Izba uznała jej prawidłowość co do kierunku wprowadzonych zmian oraz jej zgodności z przepisami ustawy Pzp w szczególności podnoszonymi w niniejszym odwołaniu. Reasumując zamawiający ma prawo posłużyć się przy opisie przedmiotu zamówienia prawem opcji co do usług, których na dzień dzisiejszy nie jest w stanie podjąć decyzji co do ich realizacji, ponieważ zależy to od decyzji nie leżących po jego stronie. Powyższe nie oznacza, że inne reguły obowiązują przy określeniu zamówień zakresu podstawowego i zamówień z prawa opcji. Niemniej okoliczność, że pewne parametry określane są w konwencji „od do” nie oznacza to, że przedmiot zamówienia nie jest określony w sposób wynikający z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. to jest w sposób jednoznaczny i wyczerpujący z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jak wynika z modyfikowanej SIWZ zamawiający określił w sposób dokładny i jednoznaczny sposób sprzedzenia oferty w tym sposób obliczenia ceny będącej jedynym kryterium oceny ofert za pomocą arkuszy kalkulacyjnych, co do których odwołujący nie wniósł żadnych zastrzeżeń.*

*Nie można zgodzić się z ogólną konstatacją odwołującego, że przedstawiony opis przedmiotu zamówienia zarówno w samym SIWZ (Rozdział I opis przedmiotu zamówienia usługi w zakresie podstawowym jak i prawa opcji) oraz załącznika C do SIWZ – Wzór umowy § 1 przedmiot umowy i § 3 prawo opcji uniemożliwiają należycie ocenić kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia w tym oceny również ryzyka związanego z kosztami realizacji przedmiotu zamówienia.*

*Zamawiający dostosowując zapisy SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu do wytycznych Wyroku KIO z dnia 16 lipca 2012r. powyżej zacytowanych zasadniczo zmienił relacje pomiędzy zakresem usług wynikających z zamówienia podstawowego i prawa opcji. W SIWZ przed modyfikacją zamówienia objęte prawem opcji przekraczały 50 % całości zamówienia. Zgodnie z nakazem wynikającym z Wyroku KIO zamawiający dostosował relacje pomiędzy zamówieniem podstawowym a prawem opcji tak aby te ostatnie stanowiły zdecydowaną mniejszość. Po modyfikacji SIWZ prawo opcji zajmuje ok.16 % całości zamówienia. Powyższe oznacza, że zamawiający osiągnął oczekiwany efekt aby zamówienia wynikające z prawa opcji stanowiły marginalną część całości zamówienia. Również zamawiający przewidział zamówienia uzupełniające*

*Podnoszone w odwołaniu zastrzeżenia co do nie dookreślenia parametrów (formuła „od do”) dla poszczególnych lokalizacji wymienionych w pkt od 1 do 15 ( od 3 do 15 z wyjątkiem pkt 11 dotyczą prawa opcji) a opisanych powyżej odnoszą się w zdecydowanej większości do usług objętych prawem opcji, pozostałe ( pkt 1,2 i 11 odnoszą się do usług podstawowych) odnoszą się tylko do zamówienia podstawowego. Przy czym zakres zamówienia z prawem opcji, jak powyżej wskazano stanowić będzie nie więcej niż 16 % wartości całego zamówienia. Również zamawiający wskazał, że nie dookreślenia (formuła od do) dotyczą SLA czyli czasu reakcji na awarie. Wyjaśnienia zamawiającego o braku możliwości określenia ostatecznej decyzji co do realizacji prawa opcji oraz zakresu jego realizacji i terminu realizacji Izba uznała w kontekście złożonych i przedstawionych powyżej wyjaśnień wynikających z pisma z dnia 4 września 2012r. za uprawnione tym bardziej w przewidywanym terminie sześcioletniej realizacji zamówienia. Bowiem po pierwsze o wystąpieniu prawa opcji decydować będą jednostki zewnętrzne w stosunku do zamawiającego, które decyzje takie będą podejmować w oparciu o zmieniające się realia gospodarcze, których na dzień sporządzenia SIWZ nie można przewidzieć co do ich wystąpienia i kształtu. Powyższa sytuacja ma charakter obiektywny, na który nie wpływu ani zamawiający, ani decydent, co do konieczności uruchomienia usług z zakresu prawa opcji. Natomiast przepisy ustawy Pzp w zakresie okresu na jaki są zawierane umowy nie znają w tym zakresie ograniczeń, co mogłoby stanowić podstawę do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia (§2 wzoru umowy Termin realizacji Umowy gdzie przewiduje się*



*uruchomienie usług od 1 stycznia 2014r i ich świadczenie przez okres 5 lat). Tak wydłużony okres świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia uprawnia zamawiającego do po pierwsze zastosowania prawa opcji jak również po drugie do wskazania parametrów usługi w sposób alternatywny a nie docelowy. Również ze względów technologicznych przewidywany czas trwania realizacji umowy i jego rozmiar należy uznać za usprawiedliwiony. Tym bardziej w takiej sytuacji należy uznać za usprawiedliwione zastosowanie prawa opcji.*

*Reasumując dokonane zmiany zarówno w SIWZ jak i stanowiącym do niej wzorze umowy wypełniają wytyczne i kierunki zmian wskazane w uzasadnieniu wyroku z dnia 16 lipca 2012r. o Sygn. akt: KIO 1337/12 , KIO 1349/12 i KIO 1353/12 poprzez modyfikacje nakazane a odnoszące się do usunięcia prawa opcji w pierwotnym zapisie § 3 wzoru umowy a także w pkt 4 ppkt 4.1 do 4.7 Rozdz. I SIWZ i wskazania wprowadzenia do postanowień SIWZ, ale także ogłoszenia o zamówieniu możliwości udzielania zamówień uzupełniających. („Izba uwzględniła zarzut, biorąc pod uwagę całość sprawy, tzn. stan rzeczy ustalony w toku postępowania, decyzją całego składu orzekającego nakazując usunięcie prawa opcji w obecnej postaci, tj. § 3 projektu umowy, a w konsekwencji także pkt 4 ppkt 4.1 do 4.7 z Rozdz. I SIWZ i wprowadzenie do postanowień SIWZ, ale także ogłoszenia o zamówieniu możliwości udzielania zamówień uzupełniających.”)*

*Tym samym Izba uznaje, że zamawiający wypełnił wytyczne Izby wprowadzając w Rozdziale IV SIWZ zamówienia uzupełniające nie przekraczające 50 % zamówienia podstawowego a prawo opcji pozostawił w nieznaczącym zakresie i z optymalnym jego doprecyzowaniem. Natomiast znaczna część usługi stanowiącej przedmiot zamówienia przewidzianej w pierwotnej wersji SIWZ jako część prawa opcji została przez zamawiającego włączona do podstawowego przedmiotu zamówienia co obrazuje w szczególności aktualne brzmienie opisu przedmiotu zamówienia opisanego w Rozdziale I SIWZ pkt-y 1-9 w porównaniu z pierwotną wersją SIWZ. Izba uważa, że zarzuty odwołującego odnoszące się do nadal nie wyczerpującego uregulowania opisu przedmiotu zamówienia objętego prawem opcji są nieusprawiedliwione w kontekście zgromadzonego w sprawie materiału to jest SIWZ po dokonanej modyfikacji w dniu 14 sierpnia 2012r. Również nieuprawniona jest konstatacja odwołującego, że wykonawca nie jest w stanie prawidłowo wycenić kosztów realizacji zamówienia w tym ryzyka z nim związanego, ponieważ opis przedmiotu zamówienia zarówno podstawowy jak i w ramach opcji w zakresie zmian lokalizacji usług nie określa kategorii SLA czy przepustowości tychże zmian.*

*Ponieważ sam odwołujący przyznaje w odwołaniu, iż formularz przygotowany na potrzeby obliczenia ceny oferty (Cena za maksymalny podstawowy zakres zamówienia) wskazuje już na konkretne zmiany w usłudze (tzn. wskazuje liczbę lokalizacji o określonej kategorii SLA i*

przepustowości). Natomiast wywodzenie z zapisu pkt. 7 Rozdziału VI SIWZ, że usługi w toku realizacji wcale nie muszą wystąpić jest nieuprawnione wobec jego następującego brzmienia " Sposób obliczenia ceny za podstawowy maksymalny zakres zamówienia brutto w oparciu o założenia określone w Załączniku A2 do SIWZ służy zapewnieniu porównywalności ofert złożonych przez Wykonawców". Natomiast według Izby nie jest również w toku postępowania odwoławczego wykazany argument odwołującego, że opisany w Załączniku A2 do SWIZ opis przedmiotu zamówienia nie jest dokonany z wymaganą precyzyjnością.

Co do podniesionej rozbieżności między zapisami Rozdziału I SIWZ a wzorem umowy np. w zakresie liczby lokalizacji typu OP objętych zwiększeniem przepustowości, gdy w pkt 10.10 Rozdziału I SIWZ wskazano na każdą z „3” lokalizacji OP, podczas gdy w § 3 ust. 1.5 lit. c) wzoru umowy wskazano na każdą z „4 3” lokalizacji OP to Izba wobec wyjaśnień złożonych na rozprawie i dokonanej po wniesieniu odwołania poprawce poprzez skreślenie cyfry „4” we wzorze umowy nie uznaje zarzutu i zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego traktuje tę rozbieżność w kategorii dopuszczalnych omyłek pisarskich z uwagi na spację pomiędzy cyframi „ 4 i 3” we wzorze umowy. Reasumując Izba nie znajduje podstaw do uwzględnienia odwołania z powodu wystąpienia takiej oczywistej rozbieżności zaliczając ją do kategorii oczywistych omyłek pisarskich.

Izba na podstawie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego na rozprawie oraz w oparciu o zmodyfikowaną SIWZ nie znajduje podstaw do uwzględnienia wniosku odwołującego nakazania zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający jego wycenę, ponieważ odwołujący nie wykazał, że w oparciu o obowiązujące formularze w pliku Excel służące do wyliczenia maksymalnej ceny oferty oraz ceny za podstawowy maksymalny zakres zamówienia nie jest w stanie wycenić przedmiotu zamówienia zarówno w jego zakresie podstawowym jak i objętym prawem opcji. Natomiast Izba przyjęła wyjaśnienia zamawiającego, którym odwołujący nie zaprzeczył na rozprawie, że do wyceny usług w zakresie prawa opcji przyjęto najwyższe parametry, które są przewidywane w SIWZ.(zamawiający na rozprawie „odnośnie zarzutu 1A podkreśla, iż zarzuty zawarte w tym punkcie 1, 2 i 12 odnoszą się do zamówienia podstawowego a reszta do opcji. Przypomina, że prawo opcji wynosi w tej chwili 16% zamówienia. Zwraca uwagę na zapisy rozdz. 1 ust. od 1 do 16 stanowią opis przedmiotu zamówienia podstawowego., natomiast w zał. nr 2 do umowy wskazuje się lokalizacje. Po wyroku w maksymalnym stopniu sprecyzowano podstawowy zakres zamówienia. Wykonawca w oparciu o modyfikacje po wyroku może przygotować ofertę. Ocena oferty i wybór najkorzystniejszej oferty następuje na podstawie wyliczenia odnoszącego się do zamówienia podstawowego. Co do cyfr 43 z wzoru umowy to określa jako błąd. Zwraca uwagę na spację. Zarówno w § 3 ust. 1.5 lit c, a

formularzu Excela podane są lokalizacje w ilości 3, czyli jest to przyjęte do sposobu obliczenia ceny.

Zaprzecza, że kategoria SLA jest trudna do skalkulowania, jest to czas reakcji, przedmiot zamówienia do skalkulowania ceny oferty został sprecyzowany. Ponownie wskazuje, że tylko jeden arkusz służy do oceny ofert i to jest zakres podstawowy. W tym miejscu prostuje, że zakres podstawowy dotyczy pkt 11 a nie 12 z pkt 1A odwołania. Uważa, że wykonano Wyrok w zakresie prawa opcji, który nie ma wpływu na cenę i wybór najkorzystniejszej oferty. Przywołuje opis sposobu obliczenia ceny z zał. A2 do SIWZ. Po odwołaniu doprecyzowano przepustowość w pkt 6 zarzutu 1A do wysokości 400 w pkt 10.10 rozdz. I SIWZ po złożeniu odwołania. W rozdz. 16 SIWZ zawarto sposób obliczenia ceny tj wzór, który będzie służył do porównania cen poszczególnych ofert za maksymalny podstawowy zakres zamówienia. Powyższe odnosi się do zarzutu 1B. w rozdz. 6 opis sposobu obliczenia ceny zakresu podstawowego łącznie z prawem opcji sporządzono dwa formularze odrębne tj zarówno dla zakresu podstawowego a także maksymalnego zakresu, który obejmuje podstawowy i prawo opcji co służy do zabezpieczenia środków na wykonanie zamówienia co wynika z § 7 umowy odnoszącego się do wynagrodzenia.”).

Podsumowując zarzut odwołującego, że w oparciu o zawarte zapisy w SIWZ nie jest w stanie dokonać wyceny usług objętych przedmiotem zamówienia zarówno w zakresie podstawowym jak i prawa opcji, nie zasługuje na uwzględnienie wobec dokonanej na podstawie Wyroku KIO z dnia 16 lipca 2012r. modyfikacji SIWZ opublikowanej w dniu 14 sierpnia 2012r. Natomiast dokonane w dniu 31 sierpnia 2012r. uściślenia w SIWZ i usunięcie niespójności w SIWZ to jest po złożeniu odwołania Izba nie ocenia jako uwzględnienie odwołania przez zamawiającego ale doprecyzowanie dokonanych zmian SIWZ w celu usunięcia wszelkich niejasności w tym podniesionych w odwołaniu, służących wykonawcom a nie mających wpływu na wynik postępowania co mogłoby warunkować uwzględnieniem odwołania w myśl art. 192 ust.2 ustawy Pzp.

Zarzut Nr 2 co do podania sposobu obliczenia ceny, który nie pozwoli na wyłonienie oferty najkorzystniejszej, ponieważ przyjęty sposób dochodzenia do jej obliczenia nie musi się pokrywać z faktycznym dynamicznym rozwojem usługi w trakcie realizacji umowy. Jak również metodologii obliczenia ceny, która nie pozwoli na wyłonienie wykonawcy

oferującego najniższą cenę za przedmiot zamówienia oraz nie uwzględnienia w cenie oferty opłat z tytułu przeniesienia lokalizacji (zarzut nr I b odwołania).

Izba ustaliła.

Odwołujący przywołując Rozdział VI SIWZ wskazał na sposób obliczenia ceny oferty rozumianej jako maksymalna cena oferty brutto, która uwzględnia podstawowy maksymalny zakres zamówienia wraz z zakresem objętym prawem opcji. Sam przyznał, że cena oferty powinna zostać obliczona przy wykorzystaniu założeń opisanych w Załączniku A2 do SIWZ i zastrzeżeń wskazanych w pkt. 2 Rozdziału VI.

Zgodnie z przywołanymi przez odwołującego regulacjami załącznika A2 do SIWZ zawiera on Założenia do obliczeń zawartych w formularzach Excel z podziałem na „Założenia dla wykonywanych obliczeń w arkuszu „Cena za podstawowy maksymalny zakres zamówienia” i „Założenia dla wykonywanych obliczeń w arkuszu „Maksymalna cena oferty”. Z kolei przywołany pkt 2 Rozdziału VI to tytuł rozdziału „Opis sposobu obliczenia ceny, rozliczenia i płatności” a pkt 2 dotyczy „ceny jednostkowe muszą obejmować wszystkie koszty w tym dokonania odbiorów, wynagrodzenia za przeniesienie praw autorskich i praw zależnych na polach eksploatacji wskazanych w Umowie, opłaty i podatki, w tym podatek od towarów i usług (VAT) oraz podatek akcyzowy. Z kolei w podpunktach punktu 2 zawarto regulacje w szczególności odnoszące się do cen jednostkowych abonamentu za jeden miesiąc korzystania w lokalizacji z Usługi Transmisji Danych z uwzględnieniem wytycznych w zależności od określonej przepustowości, od określonej kategorii SLA, cen jednostkowych abonamentu za jeden miesiąc korzystania z Internetu z uwzględnieniem wytycznych w zależności od określonej przepustowości, ceny jednostkowej opłaty instalacyjnej za uruchomienie usługi o określonej przepustowości i SLA. W ramach podpunktów znajduje się również regulacja dotycząca ceny oferty brutto stanowiącej maksymalną wartość przedmiotu zamówienia oraz ceny za podstawowy maksymalny zakres zamówienia brutto, stanowiącej podstawę do wyboru najkorzystniejszej oferty, które to ceny należy obliczyć korzystając z formularza przygotowanego w pliku Excel na podanej stronie internetowej poprzez uzupełnienie tego formularza o ceny jednostkowe wskazane przez wykonawcę w zał. A1 do SIWZ czyli miesięczne abonamenty i jednorazowe opłaty instalacyjne. W ppkt 7 znajduje się wyjaśnienie, że sposób obliczenia ceny za podstawowy maksymalny zakres zamówienia brutto w oparciu o założenia określone w zał. A2 do SIWZ służy do zapewnienia porównywalności ofert złożonych przez wykonawców.

Odwołujący wskazuje, iż w taki sposób obliczona cena oferty nie pozwoli na wyłonienie oferty najkorzystniejszej, bowiem przyjęty sposób dochodzenia do jej obliczenia nie musi się pokrywać z faktycznym dynamicznym rozwojem usługi w trakcie realizacji umowy. Przyjęte na potrzeby oceny ofert zmiany w zakresie świadczonej usługi są tylko jedną z możliwych wariacji, przy czym wykorzystującą lokalizacje o najniższych parametrach.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, iż metodologia obliczenia ceny oferty zawiera błędy, m.in. zgodnie z Rozdziałem I pkt 7, Zamawiający przewidział zmianę przepustowości dla 2 usług transmisji danych z grupy III o przepustowości 600 Mb/s (tj. OP Radom i OP Warszawa) o 100 Mb/s w każdym roku świadczenia usługi począwszy od 2015 r. Powyższe oznacza, iż od 01.01.2015 r. wykonawca zobligowany będzie zwiększyć dotychczasową przepustowość usługi transmisji danych dla OP Radom i OP Warszawa z 600 Mb/s do 700 Mb/s. W wyniku tej zmiany, nie będzie już zatem lokalizacji w Gr. III o przepustowości 600 Mb/s (pozostałe dwie lokalizacje mają przepustowość 150 Mb/s, które nie podlegają jakimkolwiek zmianom zgodnie z postanowieniami SIWZ). Tym samym, w następnych latach (2016-2018) nie będzie mogła być dokonana zmiana o 100 Mb/s bowiem nie mamy już lokalizacji o przepustowości 600 Mb/s. Tymczasem, w metodologii obliczenia ceny za podstawowy maksymalny zakres, Zamawiający konsekwentnie podwyższa przepustowość o 100 Mb/s dla lokalizacji, które początkowo miały przepustowość 600 Mb/s dochodząc do przepustowości 1000 Mb/s (zgodnie zresztą z zapisem pkt 8 Załącznika A2). Odwołujący zwraca jednak uwagę, iż takie zmiany nie zostały dla tych lokalizacji przewidziane przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, wobec czego nie oddają faktycznego zakresu usługi. Drugą niespójnością jest nieujęcie w sposobie obliczenia ceny, opłat z tytułu przeniesienia usługi transmisji danych lub usługi dostępu do Internetu do innej lokalizacji. Zgodnie z § 7 ust.3 wzoru umowy, w przypadku przeniesienia wykonawcy będzie przysługiwała opłata instalacyjna, natomiast nie została ona uwzględniona przy obliczaniu ceny oferty w Załączniku A2 dotyczącego maksymalnego zakresu zamówienia.

Na marginesie Odwołujący wskazuje ponadto, iż Zamawiający wymaga podania cen dla usług, które nigdy nie mają szansy być świadczone, np. usługa transmisji danych o przepustowościach: 4, 8, 12, 70, 90, 200-500.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu. Jako uzasadnienie wskazał, że cena za podstawowy maksymalny zakres zamówienia brutto, zgodnie z nakazem Izby nie uwzględniająca usług z zakresu prawa opcji, jest obecnie jedynym kryterium oceny ofert. Wszyscy wykonawcy mają wystarczające dane wejściowe do wyliczenia cen poszczególnych

abonamentów miesięcznych i opłat instalacyjnych w zakresie zamówienia podstawowego, a co za tym idzie ceny za podstawowy maksymalny zakres zamówienia brutto.

Zamawiający przygotował 2 interaktywne arkusze kalkulacyjne Excel służące wykonawcom do wyliczenia, w oparciu o podane przez nich w formularzu cen jednostkowych w Załączniku A 1 ceny miesięcznych abonamentów i opłat instalacyjnych, ceny za podstawowy maksymalny zakres zamówienia brutto oraz maksymalnej ceny oferty brutto (obejmującej zakres zamówienia podstawowego wraz z prawem opcji).

Założenia do sposobu obliczenia ceny za podstawowy maksymalny zakres zamówienia brutto oraz maksymalnej ceny oferty brutto są określone w Załączniku A2 do SIWZ.

Sposób obliczenia ceny za podstawowy maksymalny zakres zamówienia brutto w oparciu o założenia określone w Załączniku A2 do SIWZ ma związek z zakresem przedmiotu zamówienia i służy zapewnieniu porównywalności ofert złożonych przez wykonawców oraz jest jednakowy dla wszystkich wykonawców. Zaproponowany przez zamawiającego sposób obliczenia ceny oferty, wbrew twierdzeniom odwołującego, pozwala na porównanie cen złożonych ofert i na wybór oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryterium ceny.

Ponadto niesłuszne jest twierdzenie odwołującego, że zgodnie z zapisami zawartymi w Załączniku A2 zamawiający uwzględnił opłaty instalacyjne dla uruchamianych nowych usług jak i dla uruchomienia usługi po zmianie miejsca świadczenia usługi.

Jednocześnie zamawiający zwraca uwagę, że zapisy Rozdziału I pkt 7 są interpretowane przez odwołującego w sposób odmienny od zamysłu zamawiającego.

Wyrażone w uzasadnieniu do zarzutu określonego w pkt 1 lit. b) wątpliwości i uwagi odwołującego dotyczące metodologii obliczenia ceny nie stanowią błędów i zostały wyeliminowane przez zamawiającego poprzez doprecyzowanie postanowień zawartych w Rozdziale I SIWZ w ust. 7, ust. 10.4, ust. 10.10, ust. 10.11 oraz ust. 10.12 oraz Rozdziale VI SIWZ w ust. 2 pkt 4.

Dodatkowo zamawiający zamieścił aktualizację linków do formularzy Excel (ust. 4 i ust. 5) ze względu na zmianę szaty graficznej strony internetowej zamawiającego. W formularzach Excel nie wprowadzono żadnych zmian dotyczących matematycznych formuł, wpływających na sposób obliczenia ceny.

Zamawiający jak już wskazał powyżej uwzględnił opłaty instalacyjne w przypadku przeniesienia usługi zarówno w zapisie w Załączniku A2, gdzie podał, że są one uwzględnione zgodnie z zapisami w SIWZ jak i udostępnionych formularzach na obliczenie ceny oferty, gdzie opłaty za przeniesienia usługi występują jako czynnik, który jest sumowany z pozostałymi opłatami instalacyjnymi dla konkretnych przepustowości. W przypadku uruchomienia nowej usługi lub przeniesienia istniejącej usługi do innej lokalizacji

Zamawiający w odpowiednich dla nich komórkach arkusza kalkulacyjnego uwzględnił ilość tworzonych/przenoszonych usług i dla tej wartości uwzględnił odpowiednią ilość opłat instalacyjnych za uruchamianie/przenoszone usługi.

Nawiązując do informacji, iż część z przepustowości z wykazu cen jednostkowych nie pojawi się bezpośrednio w umowie, zamawiający nie może zgodzić się z powyższą informacją. W związku z 6 letnim okresem trwania umowy oraz planowanymi uruchomienia nowych Usług zamawiający nie może wykluczyć, iż takie przepustowości będą niezbędne jednostkom administracji skarbowej bądź celnej, w związku z powyższym musi znać ceny jednostkowe ww. przepustowości. Ponadto odwołujący nie zgłosił w tym wypadku żadnych wniosków odwoławczych, w związku z powyższym zamawiający przyjmuje, iż odwołujący zgadza się na jego uzupełnienie i nie wymaga dalszych zmian/wykreśleń.

Dodatkowo zgodnie z nakazem Izby Zamawiający wyeliminował z SIWZ wszystkie skomplikowane wzory matematyczne. Jedyny bardzo prosty wzór matematyczny znajduje się w Rozdziale XVI SIWZ w ust. 2.

*Zamawiający również wskazał na wytyczne Wyroku Izby z dnia 16 lipca 2012r. co do zbyt skomplikowanego wzoru matematycznego na zakres usług objętych prawem opcji(strona 26 ostatni akapit uzasadnienia Wyroku)*

*(...) Izba uwzględniła niniejszy zarzut, jednocześnie biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, modyfikacje żądania Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1337/12, jak i Odwołujących w sprawie o sygn. akt: KIO 1349/12 oraz KIO/4353/12 w zakresie podobnego zarzutu podczas rozprawy, nakazując usunięcie z Rozdz. Vpkt 3 SIWZ niniejszego wzoru matematycznego, w jego obecnym kształcie (9 stron SIWZ, tj. od 8 do 16). W ocenie Izby, z uwagi na jego niejednoznaczny, skomplikowany charakter jedynym kryterium oceny ofert winna pozostać cena oferty w podstawowym zakresie. Względem kwestii prawa opcji i wzoru matematycznego (jako kryterium oceny ofert) Izba odniesie się także przy rozpatrywaniu zarzutów w ramach odwołań o sygn. akt: KIO 1349/12 oraz KIO1353/12. Jednocześnie podkreśla, że usunięcie prawa opcji w jego aktualnym kształcie nie pozostało bez wpływu na decyzje Izby w zakresie przedmiotowego zarzutu. (...)*

↓

Izba zważyła

*Zarzut jest bezzasadny*

*Odwołujący nie wykazał, że podany sposób obliczenia ceny, nie pozwoli na wyłonienie oferty najkorzystniejszej, ponieważ w ocenie odwołującego przyjęty sposób dochodzenia do jej obliczenia nie musi się pokrywać z faktycznym dynamicznym rozwojem usługi w trakcie realizacji umowy.*

Jak również nie wykazał, że metodologia obliczenia ceny, nie pozwoli na wyłonienie wykonawcy oferującego najniższą cenę za przedmiot zamówienia oraz faktu nie uwzględnienia w cenie oferty opłat z tytułu przeniesienia lokalizacji (zarzut nr I b odwołania).

Natomiast złożone przez zamawiającego wyjaśnienia zwłaszcza zawarte w odpowiedzi z dnia 4 września 2012r. w oparciu o wskazane regulacje SIWZ jednoznacznie wskazują na fakt, że dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty nastąpi na postawie jednolitego obowiązującego wszystkich wykonawców sposobu obliczenia ceny na podstawie obowiązujący formularza Excel. Formularz ten służyć ma do wyliczenia ceny za podstawowy maksymalny zakres zamówienia poprzez uzupełnienie tego formularza o ceny jednostkowe wskazane przez wykonawcę. Jednocześnie tak obliczona cena stanowić będzie jedyną podstawę do wyłonienia najkorzystniejszej oferty. Z kolei wszyscy wykonawcy mają do dyspozycji te same założenia do wyliczenia ceny za podstawowy maksymalny zakres zamówienia.

Nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia postawionego zarzutu okoliczność, że usługa ma charakter dynamiczny skoro ta dynamika jest określona w SIWZ a zamawiający ma prawo w ramach zawartej umowy do odstąpienia od jej realizacji czy wypowiedzenia w warunkach określonych w umowie. Inną rzeczą jest określenie przedmiotu zamówienia i sposobu obliczenia ceny a inną rzeczą jest ryzyko jej nie zrealizowania w całości czy w części ale to jest zjawisko towarzyszące każdemu szeroko rozumianemu zamówieniu w tym zamówieniu publicznemu.

Natomiast zarzuty podniesione do poszczególnych zapisów odnoszących się do wielkości przedmiotu zamówienia zostały doprecyzowane wobec wątpliwości odwołującego w korekcie SIWZ w dniu 31 sierpnia 2012r. to jest po wniesieniu odwołania. Niemniej usunięcie wskazanych niespójności, niejasności czy nawet rozbieżności w poszczególnych zapisach SIWZ nie stanowi zmiany SIWZ zasługującej na jej zakwalifikowanie do uwzględnienia zarzutu a w konsekwencji uwzględnienia odwołania w rozumieniu art.192 ust.2 ustawy Pzp. Bowiern dokonane „zmiany” w SIWZ mają co najwyżej charakter wyjaśnień a nie zmiany SIWZ w rozumieniu ustawy Pzp.

Tym samym zarzut również nie zasługuje na uwzględnienie.



Zarzut Nr 3 co do ustalenia opłaty instalacyjnej ( zarzut nr I c odwołania).

Izba ustaliła.

Zgodnie z wytycznymi wyroku z dnia 16 lipca 2012r. w sprawach o Sygn. akt : KIO 1337/12, KIO1349/12 i KIO1353/12 zamawiający dokonując modyfikacji SIWZ w dniu 14 sierpnia 2012r., wprowadził opłaty instalacyjne z tytułu zestawienia i uruchomienia usług transmisji danych lub dostępu do Internetu. Zalecenie Izby nie określiło wysokości opłaty instalacyjnej oraz sposobu jej obliczenia. Narzucenie uregulowania w SIWZ opłaty instalacyjnej stanowiło uwzględnienie zarzutu odwołujących co do ryzyka związanego z wypowiedzeniem umowy przed upływem terminu jej realizacji i stratami w takiej sytuacji po stronie wykonawcy realizującego umowę. Zamawiający w modyfikowanym SIWZ określił górną granicę opłaty instalacyjnej w wysokości nieprzekraczającej dwukrotności miesięcznej opłaty abonamentowej z tytułu świadczenia usług w danej lokalizacji.

Ograniczenie wysokości górnej granicy opłaty eksploatacyjnej odwołujący oprotestował w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym traktując takie zachowanie zamawiającego jako wykroczenie przeciwko prawom wykonawców do kalkulacji należnego im wynagrodzenia z tytułu wykonania usługi, która powinna pokrywać koszty, jakie ponieśli w związku z jej wykonaniem. Uzasadniając sprzeciw przeciwko regulacji opłaty instalacyjnej odwołujący zauważył, że ani wyrok KIO ani żaden przepis obowiązującego prawa nie przyznaje zamawiającemu prawa do ustalania ceny za wykonanie usługi (czynności), która jest świadczona na jego rzecz. To świadczeniodawca ustala cenę na poziomie zapewniającym jemu rentowność przedsięwzięcia. Ponadto, nawet gdyby uznać, iż zamawiającemu przysługuje prawo współdecydowania o cenie, to ustalenie jej na poziomie zaproponowanym w SIWZ stanowi rażące pokrzywdzenie wykonawcy realizującego zamówienia, bowiem opłata w wysokości dwukrotności miesięcznego abonamentu nie pokrywa kosztów jakie wykonawca jest zobowiązany ponieść, aby w ogóle świadczyć usługę na rzecz zamawiającego. Dalej odwołujący podnosił, że miesięczna opłata abonamentowa pozostaje bez związku z nakładami ponoszonymi na uruchomienie usługi, dlatego też sztuczne wiązanie obydwu jest w tym zakresie nieuprawnione. Tym bardziej, iż zamawiającemu przysługuje uprawnienie do rezygnacji z usług. Wobec powyższego odwołujący wniósł w odwołaniu o wykreślenie z rozdziału VI pkt 2 ppkt 4) zastrzeżenia o maksymalnej wysokości opłaty instalacyjnej.

Zamawiający udzielając odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 4 września 2012r. wniósł o nie uwzględnienie zarzutu co do wysokości opłat instalacyjnych.

Bowiem w jego ocenie zarzut jest niezasadny. Zamawiający w Rozdziale VI SIWZ w ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4 przewidział wprowadzenie opłat instalacyjnych. Przyjęta przez Zamawiającego reguła, że cena jednostkowa opłaty instalacyjnej za uruchomienie Usługi u danego Użytkownika o określonej przepustowości i SLA nie może być wyższa niż dwukrotność miesięcznej opłaty abonamentowej za Usługę o tej przepustowości i danym SLA nie stoi w sprzeczności z treścią wyroku Izby i służy zapobieżeniu nieuzasadnionej koncentracji całego wynagrodzenia Wykonawców w początkowym okresie realizacji Usług.

Zgodnie z § 7 ust. 3 umowy opłata instalacyjna przysługuje jednorazowo za uruchomienie nowej Usługi Transmisji Danych i/lub nowej Usługi Dostępu do Sieci Internet u Użytkownika oraz jednorazowo za uruchomienie po przeniesieniu Usługi Transmisji Danych i/lub Usługi Dostępu do Sieci Internet do Użytkownika. Podstawą płatności za instalację jest protokół odbioru i uruchomienia Usługi podpisany przez Użytkownika i Wykonawcę, co jest bezsporne pomiędzy stronami.

Zamawiający również uzupełnił Załącznik A 1 - Szczegółowy formularz cenowy oraz formularz zawarty we wzorze umowy o ceny opłat instalacyjnych dla poszczególnych kategorii SLA i UTD.

W tym zakresie Izba w Wyroku z dnia 16 lipca 2012r. wypowiedziała się jak poniżej.

*fragmenty uzasadnienia wyroku z dnia 16 lipca 2012r. Sygn. akt: KIO 1337/12, KIO 1349/12 i KIO1353/12 (strona 43 akapit 3 uzasadnienia wyroku)*

*(...) Odnośnie zarzutu IX (lub też VIII) - odnośnie zastrzeżenia przez Zamawiającego możliwość wypowiedzenia umowy z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia bez prawa do odszkodowania dla wykonawcy, czy też nie przewidzenia opłat jednorazowych z tytułu zestawienia i uruchomienia usługi. Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 06.07.2012 r.) /str. 19-20/ oddalił zarzut. Powyższe stanowisko podtrzymał na rozprawie. Z kolei Odwołujący przedstawiał swoje stanowisko w tym zakresie, w szczególności odnośnie opłat instalacyjnych w szerszym kontekście innych uprawnień*

*Zamawiającego wynikających z kar umownych, czy też wypowiedzenia, tudzież odstąpienia od umowy. Negował również stanowisko cytowane przez Zamawiającego, a przedstawione w 2008 r., jako wyjęte z kontekstu (orzeczenie KIO cytowane w odpowiedzi na odwołanie z 2008 r.j. Wskazywał, że pomiędzy lokalizacjami z 2008 r, a lokalizacjami przewidzianymi w obecnym postępowaniu jest prawie dwukrotna różnica.*

*Izba uwzględniła częściowo zarzut w zakresie opłaty instalacyjnej i nakazuje modyfikację postanowień SIWZ poprzez wprowadzenie (przez wyodrębnienie z ceny za całość Usługi) przez Zamawiającego opłat instalacyjnych z tytułu zestawienia i uruchomienia usługi dla pojedynczej lokalizacji. (...)*

Wniosek o oddalenie zarzutu zamawiający uzasadniał następująco.

Przyjęta przez Zamawiającego reguła, że cena jednostkowa opłaty instalacyjnej za uruchomienie Usługi u danego Użytkownika o określonej przepustowości i SLA nie może być wyższa niż dwukrotność miesięcznej opłaty abonamentowej za Usługę o tej przepustowości i danym SLA nie stoi w sprzeczności z treścią wyroku Izby oraz nie stanowi naruszenia żadnego z wymienionych przez odwołującego EXATEL przepisów Ustawy, w szczególności art. 29 Ustawy.

Wprowadzenie tego ograniczenia służy zapobieżeniu nieuzasadnionej koncentracji całego wynagrodzenia Wykonawców w początkowym okresie realizacji Usług. Nie bez znaczenia dla wprowadzenia takiego ograniczenia przez zamawiającego jest również negatywne doświadczenie zamawiającego w zakresie ustalania przez wykonawców wysokości opłat instalacyjnych jest aktualnie realizowana przez Telekomunikacją Polską S.A. z dnia 10 września 2008 r., nr R/466/07/EI/B/1213, w której nie było ograniczeń wysokości opłaty instalacyjnej. W konsekwencji pierwsza faktura, którą zapłacił zamawiający z tytułu realizacji przedmiotu umowy wyniosła około 86% wartości całej umowy. Podobnie w umowie dotyczącej usług transmisji danych zawartej przez Ministerstwo Sprawiedliwości z GTS Poland sp. z o.o. z dnia 9 sierpnia 2011 r. w § 8 ust. 1 lit a) można zaobserwować nieuzasadniony rzeczywistymi potrzebami i kosztami wykonawcy mechanizm kumulowania wysokich opłat instalacyjnych w początkowym okresie realizacji umowy. Zamawiający wnosi o dopuszczenie dowodu z ww. umów na okoliczność potwierdzenia występowania na rynku usług objętych przedmiotem zamówienia wskazywanego przez Zamawiającego mechanizmu kumulacji zysku w pierwszym okresie świadczenia usług poprzez nieadekwatnie wysokie opłaty instalacyjne.

Stosowany przez wykonawców mechanizm jest dążeniem do nadmiernej koncentracji zysku nieproporcjonalnego do zakresu rzeczywiście wykonanych na danym etapie realizacji umowy usług. Zamawiający jest upoważniony do zapłaty wyłącznie za faktycznie uzyskiwane usługi.

Wysoka opłata instalacyjna stanowi rodzaj „zapłaty z góry” na poczet przyszłych, jeszcze nie zrealizowanych przez wykonawcę usług. W tym miejscu zamawiający podkreśla, iż kupuje usługę. Zamawiający nie będzie płacił za budowę sieci Wykonawcy, którą ten będzie także wykorzystywać w świadczeniu innych komercyjnych usług.

Zamawiający wprowadzając ograniczenie w zakresie wysokości opłaty instalacyjnej miał też na względzie, że budżetowanie środków publicznych ma charakter roczny (zasada roczności budżetu), a środki finansowe zamawiającego są każdego roku ograniczone. Zamawiający musi brać pod uwagę, że wydatkuje środki publiczne, a zgodnie z art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Wysokość opłaty za instalację usługi jest zatem także odzwierciedleniem realnych możliwości finansowych zamawiającego (przyznany budżet, dyscyplina finansów publicznych, racjonalizacja wydatków).

Zgodnie z § 7 ust. 3 opłata instalacyjna przysługuje jednorazowo za uruchomienie nowej Usługi Transmisji Danych i/lub nowej Usługi Dostępu do Sieci Internet u Użytkownika oraz jednorazowo za uruchomienie po przeniesieniu Usługi Transmisji Danych i/lub Usługi Dostępu do Sieci Internet do Użytkownika. Podstawą płatności za instalację jest protokół odbioru i uruchomienia Usługi podpisany przez Użytkownika i Wykonawcę.

Ustalenie górnej wysokości opłat instalacyjnych przez Zamawiającego do dwukrotności ceny abonamentu za usługę o danej przepustowości nie jest decyzją oderwaną od realiów rynkowych i zostało dokonane w oparciu o rozeznanie rynku (cenniki ofertowe operatorów). Zamawiający przeanalizował również potencjalny wpływ różnych kategorii SLA oraz wartości przepustowości na wysokość tej opłaty. Na podstawie cenników otrzymanych od operatorów Zamawiający ustalił, że wysokość opłat instalacyjnych nie powinna przekraczać dwukrotności ceny abonamentu za usługę o danej przepustowości.

Izba zważyła.

Zarzut jest bezzasadny.

Bezspornym w sprawie jest, że Izba nakazała co do zasady wprowadzenie opłaty instalacyjnej jako formę rekompensaty kosztów z tytułu uruchomienia nowej lub za przeniesienie lokalizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia.

Również bezspornym jest, że Izba nie określiła wysokości opłaty instalacyjnej oraz sposobu jej obliczenia.

Jako uzasadnienie wprowadzenia do SIWZ opłaty instalacyjnej Izba uznała argumentację odwołujących, którzy podnieśli zarzut prawa wypowiedzenia umowy w terminie 3 miesięcy i nie uzyskanie w takim przypadku rekompensaty z tytułu poniesionych kosztów uruchomienia lokalizacji, jeżeli zamawiający skorzystałby z takiego prawa na samym początku realizacji umowy przez wykonawcę. Taka sytuacja naraziłaby wykonawcę na nie odzyskanie kosztów uruchomienia nowych lokalizacji.

Zamawiający dokonując w dniu 14 sierpnia 2012r. modyfikacji SIWZ we wzorze umowy w jej § 11 ust.2.6 ograniczył prawo do 3 miesięcznego wypowiedzenia umowy od okoliczności ograniczenia wydatków publicznych.

Tak więc prawo jednostronnej decyzji co do zaprzestania kontynuacji umowy jest obwarowane warunkiem ograniczenia wydatków publicznych a nie swobodną decyzją zamawiającego.

Niemniej wysokość opłaty instalacyjnej jako maksymalnie dwukrotność opłaty abonamentowej nie zadawała odwołującego, który jak wyjaśnił na rozprawie nie odzyska kosztów uruchomienia lokalizacji usługi.

W ocenie Izby, co zresztą podnosił odwołujący, żaden przepis prawa w tym zakresie nie zawiera regulacji obowiązującej zamawiającego przy ustalaniu sposobu obliczenia ceny za świadczone usługi.

Funkcjonowanie opłat instalacyjnych u dostawców mediów ma charakter zwyczajowy a nie wynikający z przepisów prawa. Niemniej opłata instalacyjna jest niejako powszechnie narzucana odbiorcom mediów. Jej funkcjonowanie jest wysoce dyskusyjne, ponieważ dostawcy mediów podejmując działalność gospodarczą tym sposobem przerzucają ryzyko znalezienia klientów czy ich utraty, na przygotowaną dyspozycyjność usługi, na pojedynczych odbiorców mediów. Opłaty instalacyjne to raczej relikwyt przeszłości wobec aktualnie występującego rynku konkurencyjnego a nie monopolistycznego.

Stąd uzurpowanie sobie prawa przez odwołującego do ustalania wysokości opłaty instalacyjnej nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia prawnego poza zwyczajowym.

Izba oddaliła wniosek dowodowy zamawiającego zawarty w odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 września 2012r. co do przedstawienia umów czy to Ministerstwa Sprawiedliwości, czy to Telekomunikacji S.A. w zakresie realizowanych wysokości opłat instalacyjnych, uznając ten wniosek za bezprzedmiotowy dla rozstrzygnięcia zarzutu a jedynie opóźniający rozpoznanie sprawy.

Za bezsporne w sprawie Izba uznała, że urządzenia służące do uruchomienia lokalizacji świadczenia usługi nie przechodzą na własność zamawiającego, że mogą podlegać chociażby częściowej rozbiórce po zaprzestaniu świadczenia usług oraz działalność odwołującego ma charakter komercyjny i to w jego interesie leży znalezienie innych klientów na poniesione koszty uruchamiania lokalizacji świadczenia usługi.

Ponadto rezygnacja z świadczonych usług została obwarowana ograniczeniem wydatków publicznych a nie można również uznać ograniczania ściągania podatków i ceł za normę w Państwie gdzie ściąganie podatków i ceł stanowi podstawowy obowiązek prawny Państwa. W powyższej sytuacji Izba uznaje za bezprzedmiotowe analizowanie czy opłata instalacyjna w zastrzeżonej wysokości jest prawidłowa czy nie jest prawidłowa, ponieważ w każdym przypadku miałyby to charakter wysoce uznaniowy. Natomiast zamawiający powoływał się na wywiad ustalony u innych dysponentów tego rodzaju mediów a w żadnym wypadku odwołujący nie udowodnił, że zwyczajem jest, iż opłata instalacyjna ma pokryć koszty instalacji w stu procentach.

W związku z powyższym Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Zarzut Nr 4 co do zapisów odnoszących się do kar umownych to jest dotyczących ograniczenia naliczenia kar umownych w przypadku zbiegu kar do zapłaty kary najwyższej ( zarzut nr I d odwołania).

Izba ustaliła.

Zgodnie z wytycznymi wyroku KIO z dnia 16 lipca 2012r. w sprawach o Sygn. akt: KIO 1337/12, KIO 1339/12 i KIO 1353/12 w zakresie zasad naliczania kar umownych Izba nakazała dokonanie modyfikacji SIWZ poprzez penalizację zachowania wykonawcy najsurowszą z kar w przypadku zbiegu kilku kar.

W ocenie odwołującego zamawiający wprowadził co prawda zapis wskazany przez Izbę w uzasadnieniu wyroku KIO, jednak nie zmienił innych postanowień umownych związanych z obowiązkiem zapłaty kar umownych, niwecząc tym samym skutek jaki miał przynieść wprowadzony zapis. Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z § 8 ust. 3, 4, 5, 6 wzoru Umowy Wykonawca wciąż ma obowiązek zapłaty kar należnych z kilku tytułów, a więc kar pozostających w zbiegu z wystąpieniem różnych okoliczności, których jednak skutek jest ten sam - niedostępność usługi. Wynika to z przyjętych konstrukcji językowych we wspomnianym paragrafie wzoru Umowy, który nie

posługiwał się wyrażeniem „naliczenia kar” lecz „zapłatą kar”. Dokonując modyfikacji nakazanej przez KIO, Zamawiający zobowiązany był przeformułować postanowienia § 9 tak, by były one spójne między sobą, a nie dokonać wyłącznie technicznej czynności wprowadzenia zapisu. Odwołujący wnosi o przeformułowanie § 9 wzoru umowy w taki sposób, by nie budził wątpliwości co do zakresu uprawnień zamawiającego, a przede wszystkim co do zakresu zobowiązań finansowych wykonawcy, zgodnie z wyrokiem KIO.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu jako bezzasadnego. Zamawiający wprowadził do wzoru umowy w miejscach wskazanych przez Izbę, nakazane przez Izbę postanowienie „ *W wypadku zbiegu kilku kar umownych Zamawiający będzie naliczał jedną karę umowną o najwyższej wartości*”. Intencją i celem wprowadzonej zmiany jest, że w przypadku zbiegu kilku kar umownych zamawiający będzie naliczał jedną karę umowną o najwyższej wartości.

Każda interpretacja umowy w toku jej realizacji będzie dokonana przez zamawiającego z uwzględnieniem postanowień dotyczących zasad naliczania kar umownych w przypadku ich zbiegu. Zwrócił uwagę, że czynność zapłaty kary umownej jest zawsze czynnością następczą wobec naliczenia kary umownej. To w jego ocenie wynika z postanowień umowy, jak i zasad logiki.

Modyfikacja postanowień umowy dotycząca zapłaty kar umownych w § 8 ust. 3, 4, 5 i 6, której obecnie żąda odwołujący nie była przedmiotem poprzedniego postępowania odwoławczego i nakaz takiej zmiany nie wynika z treści Wyroku Izby. Zarzuty odwołującego w ocenie zamawiającego w tym zakresie są spóźnione.

Izba zważyła.

Zarzut jest bezzasadny

Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ według literalnego brzmienia Wyroku KIO z dnia 16 lipca 2012r. a dokonana modyfikacja nie narusza przepisów obowiązującej ustawy Pzp.

*Co do wytycznych zawartych w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 16 lipca 2012r. w sprawach o Sygn. akt: KIO 1337/12, KIO 1349/12 i KIO 1353/12 w uzasadnieniu Wyroku (strona 34 ostatni akapit uzasadnienia wyroku) znajduje się zapis o treści :*

*(...) nakazuje dodanie do § 8 ust. 3, 4 i 5 projektu umowy na końcu dodatkowego zdania; „W wypadku zbiegu kilku kar umownych Zamawiający będzie naliczał jedną karę umowną o najwyższej wartości”. Powyższa nakazana modyfikacja ma charakter nadrzędny nad ewentualnym innymi postanowieniami projektu umowy i każda interpretacja projektu umowy dokonana przez Zamawiającego musi niniejsze postanowienie uwzględniać. (...).*

Zamawiający dokonał zmiany umowy w zakresie obowiązku zapłaty najwyższej kary umownej w razie zbiegu kilku kar powodujących jeden skutek to jest niedostępność usługi, zgodnie z literalnym zaleceniem Wyroku Izby. Niemniej nawet tylko literalny obowiązek zmiany postanowień umowy w pełni zaspakaja interesy wykonawcy.

Słusznie zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 września 2012r. przywołał zasady logiki i okoliczność, iż zapłata jest następstwem naliczenia kary umownej a nie odwrotnie. Czyli nie powstanie obowiązek zapłaty kary umownej bez uprzedniego jej naliczenia.

Tym bardziej, że konieczność interpretacji zapisów umowy jest okolicznością codzienną i nagminną oraz nie do uniknięcia przy stosowaniu prawa a tym bardziej przy realizacji obowiązków umownych. Natomiast zbytnia kazuistyka regulacji w praktyce nie służy wykonywaniu umowy tylko jej przeszkadza i w przedmiotowej sprawie jest nawet niewskazana z uwagi na jednoznaczność jej zapisów.

Za ostatecznym oddaleniem podniesionego zarzutu przemawia okoliczność, że obowiązek zapłaty leży po stronie wykonawcy a obowiązek naliczenia po stronie zamawiającego i nie powstanie obowiązek zapłaty bez naliczenia kary umownej.

Tyma samym Izba uznała, że bez szkody dla jednoznaczności uprawnień i obowiązków wynikających z umowy jest pozostawienie regulacji umownej w zakresie formuły „naliczania” i „zapłaty” tak jak pozostawienie „zamawiającego” i „wykonawcy”.

Reasumując zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.



Zarzut Nr 5 co niejednolitego opisania warunków likwidacji poszczególnych lokalizacji w dokumentach składających się na SIWZ ( zarzut nr I e odwołania).

Izba ustaliła

W zakresie prawa do likwidacji lokalizacji, Izba nakazała dokonanie modyfikacji SIWZ poprzez enumeratywne wskazanie okoliczności, których wystąpienie uprawniało będzie Zamawiającego do ich likwidacji, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, iż likwidacja nie będzie dotyczyła wszystkich lokalizacji.

Odwołujący następująco sprecyzował zarzut.

Zapis mówiący o likwidacji lokalizacji znajduje się w pkt 9.15 Rozdziału I SIWZ oraz w pkt.3 ppkt. 9.15. Załącznika nr 1 do Umowy - *Szczegółowy Opis przedmiotu zamówienia*. Postanowienia mówiące o likwidacji usług znajdujące się w pkt 9.15 Rozdziału I SIWZ oraz pkt.3 ppkt. 9.15. Załącznika nr 1 do Umowy - *Szczegółowy Opis przedmiotu zamówienia* nie są tożsame, tzn. w pkt.3 ppkt. 9.15. Załącznika nr 1 znajduje się zastrzeżenie narzucone przez KIO dotyczące możliwości likwidacji usług w przypadkach wskazanych w wyroku, tj. zmiany struktury organizacyjnej jednostki, zmiany lokalizacji, likwidacji jednostki, podczas gdy w pkt 9.15 Rozdziału 1 SIWZ jest mowa wyłącznie o zmianie lokalizacji. Dodatkowo, w § 12 ust. 13 wzoru umowy, wprowadzono nowy zapis mówiący o zaprzestaniu udostępniania usługi transmisji danych lub dostępu do Internetu.

Z powyższego faktu odwołujący wywiódł co następuje.

Powyższa niespójność między poszczególnymi postanowieniami dokumentacji będzie budziła wątpliwości interpretacyjne na etapie realizacji umowy co do faktycznej intencji stron w zakresie przysługujących im uprawnień. Jeżeli natomiast działanie zamawiającego jest świadome i celowo wprowadza rozróżnienie między likwidacją lokalizacji i zaprzestaniem udostępniania usług w związku ze zmianą lokalizacji, należy wskazać, iż takie działanie stanowi działanie zmierzające do obejścia prawa - wyroku KIO, które nakazało doprecyzowanie postanowień mówiących o ograniczeniu zakresu przedmiotu zamówienia tak, by ryzyko

ekonomiczne wykonania zamówienia nie obciążało wyłącznie Wykonawcy, któremu udzielone zostanie zamówienie. Ponadto z treści umowy nie wynika, czy zaprzestanie świadczenia usługi w związku ze zmianą lokalizacji, stanowi wykonywanie umowy czy powiązane będzie z wykonaniem prawa opcji, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 1.4 wzoru umowy. Jeżeli stanowiłoby wykonywanie umowy, postanowienie należy uznać za naruszające art. 29 ust.1 ustawy Pzp, bowiem nie wskazuje na liczbę możliwych przeniesień w skali całego okresu wykonywania umowy ani na warunki uruchomienia usług w nowych lokalizacjach (przepustowości, kategoria SLA), a zatem jest niewycenialne. Wprowadzona opłata instalacyjna nie eliminuje ryzyka ekonomicznego wykonawcy, bowiem została ograniczona do wysokości 2-krotnego abonamentu miesięcznego za usługę, co przy możliwości przeniesienia usługi w drugim miesiącu świadczenia usług naraża wykonawcę na poniesienie rażącej straty w wyniku niezwrócenia się kosztów niezbędnych do uruchomienia tych usług w danych lokalizacjach.

Odwołujący wniósł o ujednoczenie zapisów mówiących o możliwości likwidacji lokalizacji, jak również opisanie warunków zaprzestania świadczenia usług, tak by można je było wycenić uwzględniając koszty ich uruchomienia oraz dokonanych zmian.

Zamawiający w piśmie z dnia 4 września 2012r. wyjaśnił w uzasadnieniu wniosku o odrzucenie odwołania, że wprowadził do SIWZ zmiany w brzmieniu i zakresie nakazanym przez Izbę. W istocie część wprowadzonych do SIWZ zmian była niedostatecznie spójna i mogła powodować wątpliwości interpretacyjne.

Zamawiający dostrzegając racjonalność argumentów Odwołującego zmodyfikował postanowienia SIWZ w ust. 9.15 w Rozdziale I SIWZ, tak aby były spójne z treści pkt 3 ppkt 9.15 Załącznika nr 1 do Umowy. W tym samym celu wprowadził zdanie wstępne do § 12 ust. 13 wzoru umowy. Wszystkie wprowadzone zmiany nie są sprzeczne z treścią wyroku Izby, a ich ujednoczenie zwiększa przejrzystość SIWZ.

Zamawiający wyjaśnia dodatkowo, że nie zna na aktualnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznych adresów lokalizacji, w których będzie likwidowana Usługa Transmisji Danych i/lub Internetu. Zamawiający przewiduje, że konieczność likwidacji nastąpi, np. w wyniku zmian siedzib izb czy urzędów. Celem spornego postanowienia jest wyłącznie zagwarantowanie Zamawiającemu elastyczności dotyczącej faktycznego zakresu przedmiotu umowy, który w istocie stanowi realne odzwierciedlenie władczych decyzji Ministra Finansów w zakresie kształtowania potrzeb istnienia określonych jednostek organizacyjnych administracji celnej i skarbowej.

O ile wprowadzone zmiany przez Zamawiającego modyfikacje będą nadal niezgodne z oczekiwaniami Odwołującego, Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu w zakresie nieobjętym zmianami wprowadzonymi przez Zamawiającego.

Izba zważyła

*Zarzut jest bezzasadny.*

*Zamawiający po wniesieniu odwołania w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym dnia 31 sierpnia 2012r. dokonał dalszej modyfikacji dodając zapisy w celu usunięcia niespójności i wątpliwości interpretacyjnych pomimo, że w dniu 14 sierpnia 2012r. literalnie dokonał zmiany SIWZ zgodnie z następującymi zaleceniami Izby:*

*Jako podstawę dokonanych zmian SIWZ zamawiający podał zacytował nakazy wynikające z uzasadnienia wyroku KIO z dnia 16 lipca 2012r. w sprawach o Sygn. akt: KIO 1337/12, KIO 1339/12 i KIO 1353/12:*

*(strona 37 akapit 1 uzasadnienia wyroku)*

*(...) nakazuje dodanie do § 12 ust. 13 projektu umowy dodatkowego zdania: „Zamawiający zastrzega, że zaprzestanie udostępniania Usługi Transmisji Danych i/lub Usługi Dostępu Do Sieci Internet będzie dotyczyło wyłącznie zmiany lokalizacji i nie może stanowić podstawy do żądania zaprzestania udostępniania całości Usługi Transmisji Danych i/lub Usługi Dostępu Do Sieci Internet objętej Umową”. (...)*

*(strona 41 akapit 2 uzasadnienia wyroku)*

*(...) Zamawiający w ramach modyfikacji postanowień SIWZ z dnia 05.07.2012 r. (str. 18) dokonał dookreślenia kiedy będzie miała miejsce likwidacja usługi - „wykonanie likwidacji usługi u Użytkowników zgodnie ze zleceniami Zamawiającego, w szczególności w przypadku zmiany struktury organizacyjnej jednostki, zmiany lokalizacji lub likwidacji jednostki”. (...)*

*(strona 41 akapit 3 uzasadnienia wyroku)*

*(...) Izba uwzględniła zarzut częściowo, uznając, że mimo modyfikacji z dnia 05.07.2012 r. i dokonaniem dookreślenia kiedy będzie miała miejsce likwidacja usługi, konieczna jest dalsza zmiana postanowień SIWZ. W pierwszej kolejności nakazując zmianę w treści pkt 3.15 ustalonej modyfikacją z 05.07.2012 r, poprzez usunięcie sformułowania: „w szczególności”. Następnie stwierdzając, że Izba uznała argumentację Zamawiającego (oddalając zarzut w tym zakresie) odnośnie braku możliwości określenia maksymalnej liczby lokalizacji, z których rezygnacji Zamawiający będzie uprawniony w toku realizacji zamówienia. Przy czym chcąc zabezpieczyć Wykonawcę przed całkowitą arbitralnością Zamawiającego i biorąc pod uwagę argumentację Odwołującego z rozprawy nakazuje dodatkowo wprowadzić dodatkowe zdanie w pkt 3.15: „Zamawiający zastrzega, że likwidacja usług u Użytkowników, nie uprawnia Zamawiającego do żądania likwidacji usług u wszystkich Użytkowników”. Izba niejako -jako „rekompensatę” wobec częściowego oddalenia zarzutu wskazuje, że w ramach ostatniego z rozpatrywanych zarzutów nakazała wprowadzenie opłat instalacyjnych. (...)*

Pomimo, że zamawiający po wniesieniu niniejszego odwołania dokonał modyfikacji zapisów SIWZ to Izba nie kwalifikuje powyższego do dokonanych zmian stanowiących o uwzględnieniu odwołania, ponieważ dokonane zmiany mają charakter uściślający i jak sam odwołujący wskazał w odwołaniu konieczne są dla usunięcia wątpliwości interpretacyjnych. Z uwagi na to, że powyższe nie ma wpływu na wynik postępowania ten zarzut Izba uznaje również za bezzasadny i nie powodujący uwzględnienia odwołania w myśl art. 192 ust.2 ustawy Pzp. Tym bardziej, że zamawiający w dniu 14 sierpnia 2012r. wprowadził zmiany do SIWZ zgodnie z literalnymi zapisami Wyroku Izby z dnia 16 lipca 2012r.

Podsumowując zgłoszone zarzuty, które nie potwierdziły się, Izba nie uwzględniła odwołania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 oraz § 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 rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. 2010r. Nr 41, poz. 238) zasądzając od odwołującego koszty postępowania odwoławczego w wysokości wniesionego wpisu w kwocie 15.000,00zł

**Przewodniczący:** .....  
.....\*  
.....\*