

Sygn. akt: KIO 471/15

Sygn. akt: KIO 472/15

WYROK

z dnia 26 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 marca 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 9 marca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum - GTS Poland Sp. z o. o., T-Mobile Polska S. A., T-Systems Polska Sp. z o. o. ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa**
- B. w dniu 9 marca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Orange Polska S. A., Integrated Solutions Sp. z o. o. Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego Centrala Al. Niepodległości 190, 00-608 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum - Netia S.A., Comarch S. A. ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 471/15 i KIO 472/15 po stronie odwołującego;

- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum - Orange Polska S. A., Integrated Solutions Sp. z o. o. Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 471/15 po stronie zamawiającego;
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum - GTS Poland Sp. z o.o., T- Mobile Polska S. A., T-Systems Polska Sp. z o.o. ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 472/15 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. oddała odwołania o sygn. akt: KIO 471/15 oraz o sygn. akt: KIO 472/15;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum - GTS Poland Sp. z o. o., T - Mobile Polska S. A., T-Systems Polska Sp. z o. o. ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum - Orange Polska S. A., Integrated Solutions Sp. z o. o. Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: GTS Poland Sp. z o. o., T-Mobile Polska S. A., T- Systems Polska Sp. z o. o. ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa** i **Konsorcjum: Orange Polska S. A., Integrated Solutions Sp. z o. o. Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 471/15

Sygn. akt: KIO 472/15

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego Centrala z siedzibą w Warszawie na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp], w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem są „Usługi operatorskie sieci WAN.” Odwołania zostały wniesione do postanowień - przesłanej drogą elektroniczną dnia 27 lutego 2015 r. - specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz] oraz jej załączników przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- 1) Konsorcjum - GTS Poland sp. z o.o. – Lider oraz T-Mobile Polska S.A. i T-Systeras Polska sp. z o.o. z Warszawy [Odwołujący GTS] – sygn. akt: KIO 471/15;
- 2) Konsorcjum – Orange Polska S.A. (Lider) oraz Integrated Solutions Sp. z o. o. z Warszawy [Odwołujący Orange] - sygn. akt: KIO 472/15;

Sygn. akt: KIO 472/15

Odwołujący GTS wskazał na naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także w sposób nieuwzględniający wszystkich okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga, aby:
 - a. realizacja Etapu I została zakończona przed upływem 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy;
 - b. wykonawca zapewnił połączenie sieci WAN z siecią s -TESTA zarządzaną przez MSW;
 - c. Węzeł Centralny był zlokalizowany w granicach administracyjnych miasta Warszawy;
 - d. wszystkie urządzenia, za wyjątkiem infrastruktury DWDM, dostarczone w ramach realizacji umowy były wyprodukowane nie wcześniej niż w drugiej połowie 2014 r.;
 - e. wykonawca w terminie 14 dni od daty otrzymania wniosku o sprawdzenie możliwości świadczenia Usługi w nowej lokalizacji, potwierdził gotowość do świadczenia Usługi w nowej lokalizacji, bez prawa żądania przez wykonawcę wynagrodzenia i bez doprecyzowania, iż wykonawca ma możliwość w terminie 14 dni od daty otrzymania wniosku o sprawdzenie

możliwości świadczenia Usługi w nowej lokalizacji negatywnego zaopiniowania tego wniosku i stwierdzenia braku możliwości świadczenia Usługi w nowej lokalizacji;

f. wykonawca przed podpisaniem umowy złożył Zamawiającemu dodatkowe oświadczenie na okoliczność udziału w realizacji zamówienia podwykonawców, stwierdzające, że Wykonawca zawarł umowę z wymienionymi w ofercie podwykonawcami, a podwykonawcy zobowiązali się do wykonania powierzonej im części zamówienia;

2. art. 353 (1) w. zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie załącznika nr 2 do SIWZ stanowiącego Istotne Postanowienia Umowy (IPU), w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim:

a. Zamawiający ustala wysokość kar umownych, jako procent liczony od „całkowitego maksymalnego wynagrodzenia”;

b. Zamawiający przewiduje w art. 9 ust. 1, ust. 2, ust. 3, ust. 6 i ust. 7 IPU naliczanie kar umownych za opóźnienie, niezależnie od zaistnienia przesłanki winy Wykonawcy;

c. nie określono maksymalnej wysokości kar umownych, do których zapłaty zobowiązany może być Wykonawca;

d. Zamawiającemu w art. 15 ust. 3 IPU, przysługuje prawo do odstąpienia od umowy z winy Wykonawcy w trybie natychmiastowym, bez wypłacenia wykonawcy wynagrodzenia, w przypadku, gdy dojdzie do opóźnienia wykonania Etapu 1 o więcej niż 7 dni roboczych;

3. art. 353 (1) w. zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 ust. 1, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 36a ust. 1 i ust. 2 pkt 1 Pzp z uwagi na:

a. zastrzeżenie do osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia w zakresie dotyczącym dysponowania przez wykonawcę siecią szkieletową MPLS wykorzystywaną na potrzeby realizacji Usługi;

b. ustanowienie daleko posuniętej ingerencji Zamawiającego w stosunki między wykonawcą a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami w szczególności poprzez wymaganie: uzyskania zgody Zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcą i jej zmianę, akceptacji przez Zamawiającego treści umowy z podwykonawcą, uzyskania zgody Zamawiającego na zmianę podwykonawców i zakresu powierzonych im do realizacji zadań, uzależnienia wypłaty wynagrodzenia Wykonawcy od uregulowania jego należności wobec podwykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami w następujący sposób:

1. zmianę terminu realizacji Etapu I poprzez określenie, iż realizacja zestawienia i uruchomienia usługi DWDM musi być zakończona przed upływem 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, zaś realizacja pozostałych zadań w ramach Etapu I - przed upływem 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy;
2. usunięcie wymagania zapewnienia przez wykonawcę połączenia z siecią s-TESTA;
3. wskazanie, iż Węzeł Centralny musi znajdować się w promieniu (linii prostej) od danego punktu lub powinien zapewnić odpowiednie parametry techniczne (takie jak np. opóźnienie, utratę pakietów, jitter) niezależnie od odległości od danego punktu;
4. ujednoczenie wymagań i określenie, iż wszystkie urządzenia dostarczone w ramach realizacji umowy będą wyprodukowane nie wcześniej niż w drugiej połowie 2014 r.;
5. doprecyzowanie zasad przenoszenia lokalizacji i dodanie postanowienia, iż wykonawca w terminie 14 dni od złożenia przez Zamawiającego wniosku o sprawdzenie możliwości świadczenia Usług w nowej lokalizacji, w uzasadnionych przypadkach, może złożyć pisemną odpowiedź na wniosek Zamawiającego i odmówić przeniesienia lokalizacji lub może potwierdzić gotowość świadczenia Usług w nowej lokalizacji wraz z żądaniem od Zamawiającego dodatkowego wynagrodzenia - w takich przypadkach postanowienia pkt 10 Załącznika nr 3 do umowy — Zasady przenoszenia lokalizacji, nie stosuje się, tj. w takim przypadku wystąpienie przez Zamawiającego z wnioskiem o przeniesienie lokalizacji nie skutkuje powstaniem wiążącego dla wykonawcy zobowiązania do prawidłowego i terminowego wykonania Usługi przeniesienia lub tymczasowego przeniesienia lokalizacji;
6. usunięcie obowiązku złożenia Zamawiającemu przed podpisaniem umowy dodatkowego oświadczenia na okoliczność udziału w realizacji zamówienia podwykonawców (pkt 17.3 SIWZ);
7. modyfikację art. 9 ust. 1, 2, 3, 4, 5 IPU poprzez ustalenie, wysokości kar umownych, jako procentu liczonego nie od „całkowitego maksymalnego wynagrodzenia⁵”, ale od kwoty obliczonej, jako iloczyn ceny brutto ryczałtowego wynagrodzenia miesięcznego i liczby 43 miesięcy;
8. modyfikację art. 9 ust. 1, ust. 2, ust. 3, ust. 6 i ust. 7 IPU poprzez wskazanie, iż kary naliczane będą za zwłokę, a za opóźnienie po stronie wykonawcy;
9. usunięcie art. 15 ust. 3 IPU lub jego modyfikację, poprzez wskazanie, iż prawo odstąpienia przysługuje jedynie w przypadku, gdy do opóźnienia wykonania Etapu I doszło w wyniku okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność oraz doprecyzowanie, iż w przypadku odstąpienia wykonawcy przysługuje zwrot świadczenia, które wykonał do momentu odstąpienia;
10. usunięcie wymagania osobistego wykonania przez Wykonawcę części zamówienia w zakresie dotyczącym dysponowania przez Wykonawcę siecią szkieletową MPLS wykorzystywaną na potrzeby realizacji Usługi;

11. usunięcie art. 8 ust. 3 zdanie drugie IPU oraz art. 17 ust. 2, ust. 3, ust. 5 -13, ust. 15 - 18 IPU.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż jest wykonawcą zaproszonym do złożenia oferty w postępowaniu, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia może okazać się niemożliwy. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionego przez Zamawiającego nadmiernie rygorystycznego i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Objęta odwołaniem czynność Zamawiającego prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty i ubiegania się o zamówienie i uzyskaniu zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów, powołując się na orzecznictwo, w szczególności stwierdził, że zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W myśl art. 7 tej ustawy, czynności Zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Zgodnie z kolei z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z treści cytowanego przepisu wynika dla Zamawiającego zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie. Formułując wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający winien kierować się celem, jakim zamawiane produkty mają służyć. Każde wymaganie ma znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Podniósł także, że zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353' Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 kc., wynikającymi z art. 58 i art. 353 (1) kc. Podniósł ponadto, że treść postanowień umownych

jest również istotna ze względu na interes wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia oraz, że postanowienia kontraktowe mogą mieć istotny wpływ na zakres świadczeń, jakie będzie zobowiązany ponieść wykonawca z tytułu realizacji umowy i mogą one prowadzić do uszczerbku w mieniu wykonawcy. Reasumując stwierdził, że w tym postępowaniu Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia oraz formułując postanowienia IPU dopuścił się naruszenia wskazanych przepisów. Postawione przez Zamawiającego wymogi, jakie muszą spełniać oferowane usługi utrudniają uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, zaś wskazane postanowienia umowne naruszają zasady współżycia społecznego i ekwiwalentności świadczeń stron, gdyż są lub mogą być interpretowane w sposób nadmiernie obciążający Wykonawcę.

Odnosnie wymaganego terminu realizacji Etapu I (1) wskazał na pkt 3.1.2.1 siwz zgodnie z którym realizacja Etapu I musi zostać zakończona przed upływem 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Zdaniem wykonawcy jest to okres zbyt krótki, zważywszy, iż Etap I obejmuje zestawienie i uruchomienie wszystkich łączy podstawowych i zapasowych, tj. ponad 550 łączy. Niezależnie od technologii świadczenia usługi, operator telekomunikacyjny potrzebuje okresu przygotowawczego w celu realizacji prac niezbędnych do świadczenia usługi. Dalej podał, że (...) Budowa łączy telekomunikacyjnych i uruchomienie Usługi jest procesem czasochłonnym i wiąże się z podjęciem przez wyspecjalizowanych pracowników wykonawcy szeregu działań, w tym wydzierżawienia lub zestawienia łączy. Przy czym, nie można wymagać od wykonawcy, aby podjął te działania przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy tak dużej skali przedsięwzięcia, czas potrzebny na skoordynowanie i zestawienie wszystkich lokalizacji dodatkowo się wydłuża”. Wskazał ponadto, że w przypadku innych postępowań okres na przygotowanie do świadczenia usług był relatywnie dłuższy, biorąc pod uwagę liczbę lokalizacji nimi objętych, przykładowo: Ministerstwo Sprawiedliwości - 511 lokalizacji - około 6 miesięcy; Gaz System -65 lokalizacji - około 6 miesięcy; GDDK i A - 139 lokalizacji - 150 dni od dnia zawarcia umowy; Polska Spółka Gazownictwa -197 lokalizacji - od 120 do 210 dni (4 etapy); Ministerstwo Finansów - 719 lokalizacji -12 miesięcy; ZUS - 343 lokalizacje — 6 miesięcy. Także zdaniem Odwołującego, (...) określenie zbyt krótkiego okresu na zestawienie łączy przy tak dużej skali zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez operatora alternatywnego i preferuje wykonawcę, który obecnie świadczy usługi dla Zamawiającego. Takie określenie terminu uruchomienia usługi preferuje bowiem tych spośród dostawców usług, którzy już świadczą usługi we wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach. Jednocześnie zwrócił uwagę, iż Zamawiający nie jest uprawniony do powoływania się na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, gdyż wykonawcy nie mogą ponieść konsekwencji zbyt późnego wszczęcia postępowania przez zamawiającego”. Zwrócił również uwagę na wysokie kary umowne, jakie

przewidział Zamawiający w przypadku jakiegokolwiek opóźnienia w zakończeniu Etapu I po stronie Wykonawcy. Podkreślił, że dokonując opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający powinien uwzględnić istniejące realia rynkowe oraz potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu tak, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której dochodzi do zawężenia kręgu wykonawców poprzez nieuzasadnione w obiektywny sposób postanowienia specyfikacji oraz, żeby to nie opis przedmiotu zamówienia, a zaoferowane w postępowaniu ceny i treść ofert, zdecydowały o udzieleniu zamówienia. W konkluzji stwierdził, że w jego ocenie, minimalny czas, jaki należy przeznaczyć na realizację Etapu I to 5 miesięcy od zawarcia umowy, przy czym, w zakresie prac związanych z przygotowaniem i uruchomieniem usługi DWDM, powinien być to okres minimum 6 miesięcy, ze względu na zakres przewidywanej inwestycji - Zamawiający wymaga, bowiem, aby wykonawca świadczył usługę DWDM z wykorzystaniem 4 niezależnych łączy światłowodowych (Część III OPZ). Przeprowadzenie takiej inwestycji dla lokalizacji wskazanej przez Zamawiającego jest szczególnie czasochłonne, zatem konieczna jest stosowna modyfikacja postanowień SIWZ i wydłużenie czasu na realizację Etapu I oraz w ramach tego Etapu, zapewnienie dodatkowego miesiąca na zestawienie łączy DWDM.

Odnosnie wymaganego połączenia z siecią s – TESTA podniósł, że usługa ma obejmować połączenie sieci WAN Zamawiającego z siecią s -TESTA zarządzaną przez MSW i zdaniem Odwołującego nałożenie na wykonawcę (...) obowiązku zapewnienia takiego połączenia jest nadmierne i ogranicza w sposób rażący konkurencję - żaden operator, ewentualnie za wyjątkiem operatora, który dostarczył sieć na potrzeby MSW, nie ma możliwości przyłączenia się do tej sieci, gdyż nie jest ona ogólnodostępna. Świadczenie takie jest zatem niemożliwe do zrealizowania przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji (...). Ponadto (...) Wykonawca może zobowiązać się do dostarczenia urządzeń zgodnie ze specyfikacją Zamawiającego, które umożliwią takie przyłączenie, natomiast nie może być odpowiedzialny za zestawienie łączy do sieci s -TESTA

Odnosnie wymaganej lokalizacji Węzła Centralnego wskazał, że (...) Zgodnie z pkt V ppkt 1 OPZ Zamawiający wymaga, aby Węzeł Centralny, rozumiany jako kolokacja, zlokalizowany był w granicach administracyjnych miasta Warszawy. Wymaganie takie jest nieuzasadnione i narusza uczciwą konkurencję, gdyż w takiej sytuacji, spełnienie wymagań Zamawiającego uzależnione jest nie od przesłanek obiektywnych, np. odległości, ale od tego, jak przebiega granica administracyjna miasta Warszawy w obszarze, w którym Wykonawca dysponuje odpowiednią infrastrukturą. Wymaganie Zamawiającego nie znajduje obiektywnego uzasadnienia, dlatego zasadne jest jego zastąpienie wymaganiami, aby kolokacja znajdowała się w Wskazanie, iż Węzeł Centralny musi znajdować się w promieniu (linii prostej) od

danego punktu lub powinien zapewnić odpowiednie parametry techniczne (takie jak np. opóźnienie, utratę pakietów, jitter) niezależnie od odległości od danego punktu.

W zakresie postanowień dotyczących podwykonawstwa Odwołujący stwierdził, że formułując postanowienia siwz oraz jej załączników, (...) Zamawiający określił liczne wymagania naruszające nie tylko przepisy Pzp w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, ale również zasady swobody umów i postanowienia art. 36a ust. 1 i 2 Pzp, które ustanawiają jako zasadę swobodę Wykonawcy w korzystaniu z usług podwykonawców i nie dają Zamawiającemu udzielającemu zamówienia na świadczenie usług, możliwości ingerencji w kształtowanie stosunków między Wykonawcą a podwykonawcami, w szczególności, w sytuacji w której podwykonawcami nie są podmioty, na których zasoby Wykonawca powoływał się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu”. Dalej podał, że (...) Określona w art. 36a ust. 2 Pzp możliwość zastrzeżenia kluczowej części zamówienia do osobistego wykonania przez Wykonawcę, z wyłączeniem możliwości powierzenia tej części podwykonawcom, ma charakter wyjątku i wymaga od Zamawiającego obiektywnego uzasadnienia takiego zastrzeżenia. W szczególności, zastrzeżenie takie nie może być dopuszczalne w sytuacji, w której prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencyjności postępowania i utrudnia spełnienie wymagań przez wykonawców, którzy w innym przypadku byłiby zdolni do wykonania zamówienia. Postawione przez Zamawiającego ograniczenie możliwości korzystania z usług podwykonawców przy takiej skali zamówienia na świadczenie usług sieci WAN jest w żaden sposób nieuzasadnione i niespotykane w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia oraz preferuje dotychczasowego operatora świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego”. Stwierdził również, że (...) Zamawiający określił liczne postanowienia daleko ingerujące w stosunki między Wykonawcą a podwykonawcami, co stanowi wymóg nadmiernie ograniczający swobodę Wykonawcy do kształtowania własnych stosunków umownych, jak również nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Przedmiotem postępowania nie są roboty budowlane, ale usługi, za których prawidłową realizację, zarówno w zakresie wykonywanym osobiście, jak i powierzonym podwykonawcom, całkowitą odpowiedzialność ponosi Wykonawca. Brak zatem uzasadnienia dla uzależniania od zgody Zamawiającego nie tylko wyboru i zmiany podwykonawcy, ale również warunków zawartych między Wykonawcą a jego podwykonawcami umów”. Także zdaniem Odwołującego (...) W zakresie, w jakim Zamawiający nie wyłączył możliwości korzystania z usług podwykonawców, nie jest również uzasadnione i dopuszczalne ograniczenie możliwości zmiany zakresu zadań, jakie na etapie realizacji umowy Wykonawca powierzy podwykonawcom. Narusza to nie tylko interes Wykonawcy i jego swobodę w doborze optymalnej metody świadczenia usługi spełniającej wymagania Zamawiającego, ale również - interes samego Zamawiającego, gdyż w toku

realizacji zamówienia, może zająć konieczność zmiany zakresu podwykonawstwa w stosunku do tego, który został przewidziany w złożonej przez Wykonawcę ofercie. Takie działanie Wykonawcy nie będzie naruszać przepisów ustawy Pzp, co zostało potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (....).

W zakresie wymagania dotyczącego daty produkcji urządzeń wskazał na pkt XI OPZ - Wymagania uzupełniające dla urządzeń sieciowych i Systemów, w którym w jego ppkt 3 Zamawiający wymaga, aby wykonawca zapewnił, że wszystkie urządzenia, za wyjątkiem infrastruktury DWDM, dostarczone w ramach umowy będą wyprodukowane nie wcześniej niż w drugiej połowie 2014 r. Tak określone wymaganie wskazuje na arbitralność Zamawiającego w kształtowaniu wymagań opisu przedmiotu zamówienia, bez uzasadnienia ich obiektywnymi potrzebami. Działaniem zgodnym z art. 29 ust. 2 Pzp, byłoby ujednoczenie postawionych wymagań, co do daty produkcji urządzeń i określenie, iż wszystkie (włącznie z infrastrukturą DWDM) urządzenia dostarczone w ramach umowy, mają być wyprodukowane nie wcześniej niż w drugiej połowie 2014 r.

W zakresie zasad przenoszenia lokalizacji stwierdził, że zasady przenoszenia lokalizacji opisane przez Zamawiającego w Załączniku nr 3 do umowy zostały określone w sposób nieprecyzyjny, który może prowadzić do nadmiernego i nieuzasadnionego obciążenia Wykonawcy, jak również uniemożliwia prawidłowe sporządzenie i wycenę składanej oferty. Stwierdził również, że z postanowień załącznika nr 3 do umowy, szczególnie z analizy literalnego brzmienia pkt 5, 9 i 10, wynika, iż w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego o sprawdzenie możliwości świadczenia Usług w nowej lokalizacji, Wykonawca dysponuje jedynie prawem do potwierdzenia gotowości świadczenia usług w nowej lokalizacji, bez prawa żądania od Zamawiającego dodatkowego wynagrodzenia. Zgodnie z pkt 10, brak potwierdzenia w terminie gotowości do świadczenia Usługi, uprawnia Zamawiającego do wystąpienia z wnioskiem o przeniesienie lokalizacji, który jest dla Wykonawcy wiążący pod rygorem naliczenia kar umownych. Zdanie Odwołującego, w opisanych zasadach, brak uprawnienia wykonawcy do złożenia negatywnej odpowiedzi na wniosek o sprawdzenie możliwości świadczenia Usług w nowej lokalizacji, szczególnie jeśli wykonawca nie jest uprawniony do żądania za tę usługę dodatkowego wynagrodzenia, zaś Zamawiający może wskazać dowolną lokalizację na terenie całego kraju. Ponadto podał, że (...) Charakter usług telekomunikacyjnych sprawia, iż nie dla każdej lokalizacji świadczenie usługi na dowolnie określonych przez Zamawiającego warunkach jest możliwe, zarówno ze względów technologicznych lub też - ze względu na nieproporcjonalnie duże koszty związane z umożliwieniem świadczenia Usług. Zasady przenoszenia lokalizacji opracowane przez Zamawiającego, w zakresie, w jakim przyznają Zamawiającemu prawo dowolnego

przeniesienia 25 lokalizacji, bez przyznania Wykonawcy prawa do odmowy świadczenia Usługi z uzasadnionych powodów lub żądania od Zamawiającego dodatkowego wynagrodzenia, naruszają równość stron umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia, jak również - utrudniają prawidłowe sporządzenie oferty”

W zakresie kar umownych oraz prawa Zamawiającego do natychmiastowego odstąpienia od umowy wskazał, że art. 9 IPU określa wysokość kar umownych w odniesieniu do „całkowitego maksymalnego wynagrodzenia*¹. Pojęcie to nie zostało dokładnie określone i wymaga sprecyzowania, czy kwota, która zostanie wpisana w art. 2 ust. 1 umowy, ma być taka sama, jak cena brutto za realizację zamówienia podana w pkt 1 Formularza ofertowego. Dalej podał, że (...) Naliczanie kar umownych od kwoty równej lub wyższej niż cena brutto za realizację zamówienia podana w pkt I Formularza ofertowego stanowi nadmierne obciążenie Wykonawcy i narusza zasady współżycia społecznego. Cena brutto zostaje bowiem, zgodnie z podanym w Formularzu ofertowym wzorem, obliczona z uwzględnieniem wykorzystania przez Zamawiającego w maksymalnym, co do okresu i wysokości, stopniu możliwości zwiększenia przepustowości. Kwota wyliczona w ten sposób nie stanowi wynagrodzenia, które zostanie realnie wypłacone Wykonawcy, a jedynie - kwotę możliwą do uzyskania przez cały okres realizacji umowy. Tym samym, nie jest zasadne naliczanie kar umownych jako ułamka maksymalnego wynagrodzenia, w szczególności, gdy wysokość wszystkich kar umownych, została i tak określona na bardzo wysokim i uciążliwym dla Wykonawcy poziomie (szczególnie biorąc pod uwagę krótkie terminy realizacji zamówienia)”. Podniósł także, że (...) Zamawiający ustalił wysokość kar umownych, zarówno tych naliczanych procentowo, jak i kwotowo, na bardzo wysokim poziomie, nie określając przy tym żadnej procedury reklamacyjnej, którą należałoby przeprowadzić przed obciążeniem Wykonawcy obowiązkiem zapłaty kar oraz stawiając bardzo rygorystyczne przesłanki, co do okoliczności uprawniających do ich nałożenia. Ponadto, charakter sankcji finansowych wobec Wykonawcy odpowiadający karom umownym, mają również odrębnie uregulowane bonifikaty za niedotrzymanie parametrów jakościowych usługi. Dlatego też, ze względu na zachowanie równowagi stron umowy, zasadne wysokości kar umownych, do których zapłacenia zobowiązany może być Wykonawca na podstawie niniejszej umowy”. Zdaniem Odwołującego (...) Kary umowne powinny przysługiwać Zamawiającemu wyłącznie w przypadku, gdy nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z winy wykonawcy. Powyższe stanowisko nie budzi wątpliwości w orzecznictwie Sądu Najwyższego, zgodnie z którym Jeżeli wykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 kc), kary umownej nie nalicza się”) - wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1968 r. (sygn. Akt II CR 419/67). Zamawiający w IPU przewidział kary umowne, które będą obciążać wykonawcę

nawet w przypadku, gdy nie ponosi on winy za zaistniałe zdarzenie, gdyż w art. 9 ust. 1, ust. 2, ust. 3, ust. 6 i ust. 7 IPU wskazał, iż Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kar w przypadku opóźnień w realizacji obowiązków umownych - zasadne jest uzależnienie możliwości nałożenia kar od zwłoki po stronie Wykonawcy, tj. ograniczenia naliczania kar umownych jedynie do sytuacji, w których do opóźnienia doszło z powodów, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca”.

Odwołujący wskazał także na art. 15 ust. 3 IPU, którym (...) Zamawiający przyznał sobie prawo natychmiastowego odstąpienia od umowy w przypadku opóźnienia wykonania Etapu I o więcej niż 7 dni roboczych”. Zdaniem wykonawcy jest to postanowienie, które nadmiernie obciąża wykonawcę i narusza zasady współżycia społecznego. Zwrócił również uwagę, że to uprawnienie nie zostało uzależnione od winy wykonawcy w zaistnieniu opóźnienia w realizacji, jak również - (podobnie zresztą jak w przypadku kar umownych) - uprawnienie to nie zostało poprzedzone jakąkolwiek procedurą reklamacyjną lub wyjaśniającą. Na uwadze należy mieć również wyjątkowo krótkie terminy realizacji Etapu I przewidziane przez Zamawiającego. Wskazał, że (...) Wątpliwości budzi również zastrzeżenie, iż w takim przypadku. Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie. Zastrzeżenie takie jest niedopuszczalne, w zakresie, w jakim prowadzi do naruszenia art. 395 §2 Kodeksu cywilnego, który w przypadku odstąpienia od umowy, zastrzega obowiązek zwrotu tego, co strony wzajemnie sobie świadczyły oraz wypłaty odpowiedniego wynagrodzenia należnego za świadczone usługi i korzystanie z rzeczy. Podsumowując Odwołujący stwierdził, że argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia niniejszego odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie tej przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum - Netia S.A. oraz Comarch S.A. z Warszawy, wnosząc o uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutów z punktu 1a) i d) oraz pkt 2 od a) do d) odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum - Orange Polska S. A. oraz Integrated Solutions Sp. z o. o. z Warszawy w zakresie zarzutu z punktu 1 d) odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i wskazał, co następuje:

Odnosnie żądanej zmiany terminu realizacji Etapu I podniósł, że dokonał zmiany załącznika 2 do siwz (IPU) w jego rozdziale 4 ust. 2 oraz w załączniku 4 do umowy w rozdziale -

Wdrożenie - ramowy harmonogram pkt 1.1) i 1.2) (str. 30) w ten sposób, że zestawienie łączy, dostarczenie urządzeń i uruchomienie usługi DWDM pomiędzy Ośrodkiem Zapasowym (BDC) a Węzłem Centralnym (WC) oraz zestawienie i uruchomienie łączy zapasowych do wszystkich lokalizacji PTR i PT (razem 256 łączy) zostały przeniesione do Etapu II umowy, do zrealizowania w okresie 6 miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy (a więc częściowo w okresie dłuższym niż żąda tego Odwołujący). W zakresie tego żądania podał również, że do realizacji w ramach Etapu I pozostanie zatem mniej niż 300 łączy (ok. połowy łącznej ich ilości). W ocenie Zamawiającego obecna (po zmianie SIWZ) liczba łączy jest możliwa do zrealizowania przez profesjonalnego wykonawcę w określonym w siwz terminie bez większych przeszkód (a zatem zarzut ograniczenia w ten sposób konkurencji czy też preferowania konkretnego wykonawcy jest bezzasadny). Reasumując podniósł, że fundamentalną zasadą zamówień publicznych jest prawo Zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia (w szczególności terminu jego realizacji), w sposób umożliwiający spełnienie jego aktualnych potrzeb i spełnienie zakładanych obecnie celów biznesowych. W przedmiotowym postępowaniu, które jest postępowaniem dwustopniowym, w drugim etapie postępowania biorą udział wykonawcy należący bezsprzecznie do grupy operatorów telekomunikacyjnych o największym w Polsce zasobach i potencjale, których możliwości - według oceny Zamawiającego – pozwalają na wykonanie około 270 lokalizacji w okresie 90 dni. Ocenę możliwości wykonania Zamawiający opiera nie tylko na wiedzy własnej, ale również na treści uzasadnienia do wyroku w wyroku KIO 1987/14, 2000/14, 2002/14 dotyczącego zbliżonego postępowania na usługi sieci WAN dla Poczty Polskiej - zamawiający (Poczta Polska S.A.) wskazał tam, że przeprowadzone przez niego w sierpniu 2011r. badanie rynku wykazało, że możliwe jest wykonanie instalacji w 30-40 lokalizacjach dziennie. Sam zamawiający oczekiwał wykonania podłączenia ok. 25 lokalizacji dziennie. Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła tę argumentację i odrzuciła odwołanie w tym zakresie. W tej sytuacji, nawet uwzględniając różnice pomiędzy wymaganiami i technologiami użytymi w niniejszym postępowaniu oraz tymi, możliwymi do zastosowania w przedsięwzięciu, o którym była mowa w przywołanym orzeczeniu, wymagania postawione przez Zamawiającego, tj. wymaganie przeprowadzenia instalacji w nie więcej niż średnio 3 lokalizacjach dziennie, są istotnie niższe i, zdaniem Zamawiającego, bezsprzecznie możliwe do spełnienia przez profesjonalnego wykonawcę. Jego zdaniem, Zamawiający pomimo tego, przychylił się częściowo do wniosku wykonawcy, modyfikując wymagania. W aktualnej wersji SIWZ wymaga w tym okresie zestawienia i instalacji tylko łączy podstawowych w zdecydowanej większości, bo w 256 lokalizacjach. Łącza zapasowe w tych lokalizacjach będą odbierane dopiero na zakończenie Etapu 2, czyli po 6~ciu miesiącach. Dalej podał, że powoływanie się przez Odwołującego na czas przeznaczony przez zamawiających na realizację analogicznych prac w innych przetargach jest niezasadne, gdyż terminy realizacji

zamówienia niekoniecznie wynikać muszą z uwarunkowań technicznych i organizacyjnych po stronie wykonawców, lecz również mogą wynikać z określonej sytuacji czy też potrzeb zamawiających. Dane pozyskane w badaniu rynku, o którym mowa w uzasadnieniu przywołanego powyżej wyroku KIO [i opierając się także na informacjach uzyskanych od przedsiębiorców] wskazują faktycznie możliwą do osiągnięcia „wydajność” procesu instalacji po stronie wykonawców (oraz wskazują jak znacząco niższe, a więc niedyskryminujące, ani niefaworyzujące żadnego wykonawcy są wymagania Zamawiającego w niniejszym postępowaniu). Podał także, że nie jest (...) intencją Zamawiającego, jak twierdzi Odwołujący, „preferowanie Wykonawcy, który obecnie świadczy usługi dla Zamawiającego”. W SIWZ podano wymóg dostarczenia sprzętu, wyprodukowanego nie wcześniej niż drugiej połowie 2014.r. (wyjątek - sprzęt DWDM, co do którego szczegółowy wywód znajduje się w dalszej części Odpowiedzi), co powoduje, że wszyscy wykonawcy zmuszeni będą dokonać zakupu nowego sprzętu. Zatem inwestycje, które musi zrealizować obecny Wykonawca są tożsame do inwestycji, jakie wykonać będą musieli również inni potencjalni Wykonawcy. Nie będzie bowiem mógł wykorzystać sprzętu obecnie zainstalowanego u Zamawiającego - nie jest więc w żaden sposób faworyzowany. Istotnie różni się ponadto kształt i funkcjonalność obecnej sieci WAN KRUS, od tej, której budowa jest elementem SIWZ (zasadniczo wyższe poziomy przepustowości, istotnie większa ilość telefonów IP, większy zakres funkcjonalny sieci), co powoduje, że aby zrealizować postanowienia SIWZ każdy operator będzie musiał wykonać projekt techniczny wraz z dokumentacją niezbędną do realizacji zadania, dostarczyć, zainstalować i uruchomić sprzęt niezbędny do realizacji usług i zestawić łącza o parametrach wymaganych przez Zamawiającego. Niemniej istotnym elementem jest również możliwość stosowania technologii radiowych, z których obecny wykonawca nie mógł korzystać, a które obecnie będą mogły być wykorzystywane”. W konkluzji stwierdził, że z uwagi na wskazane okoliczności podnoszona przez Odwołującego „przewaga konkurencyjna obecnego wykonawcy de facto nie istnieje”. Zamawiający zwrócił również uwagę, że (...) Odwołujący zawarł umowę na usługi operatorskie sieci WAN z Poczta Polską, w ramach której musi uruchomić ok 4700 lokalizacji (z „wydajnością” ok. 25 lokalizacji dziennie) oraz, że okres tego wdrożenia pokrywa się częściowo z okresem realizacji umowy, która ma zostać zawarta w niniejszym postępowaniu. Odwołujący może więc mieć interes w wydłużeniu okresu na realizację Etapu I w przedmiotowym postępowaniu”. Podkreślił ponadto, że (...) w takim przypadku nie może się to odbywać kosztem interesu Zamawiającego, który jest uprawniony do indywidualnego określenia swoich potrzeb (te zaś związane są z terminem zakończenia obecnie obowiązującej umowy) w sposób obiektywnie nieograniczający konkurencji (co wykazano powyżej). Odwołujący, zdaniem Zamawiającego będzie w stanie dotrzymać wskazanego w SIWZ terminu realizacji, pod warunkiem zapewnienia właściwej organizacji pracy oraz odpowiednich zasobów ludzkich i

technicznych, niezbędnych do realizacji przedsięwzięcia. Jeżeli w danej chwili Odwołujący nie ma takich zdolności nie może żądać od Zamawiającego, aby ten, kosztem swoich interesów, „zaczekał” do momentu kiedy Odwołujący taką zdolność uzyska”.

Odnosnie żądania usunięcia wymogu zapewnienia przez wykonawcę połączenia z siecią s -TESTA podał, że przyłączenie do sieci s -TESTA (Secure Trans European Services for Telematics between Administrations) było podane w zakresie zamówienia już w ogłoszeniu (rozdz. II.2.1) I. Zakres zamówienia pkt 1). Obecne odwołanie jest więc spóźnione i, jako takie nie może być uwzględnione. Niezależnie od powyższego stwierdził w szczególności, że Zamawiający ma prawo określać wymagania bazując na realnych potrzebach biznesowych, a ta usługa jest mu niezbędna do wymiany danych z instytucjami ubezpieczeniowymi państw członkowskich UE, w oparciu o zawarte porozumienia międzynarodowe oraz, że wykonanie przyłączenia do sieci s -TESTA jest (w określonym zakresie) możliwe przez każdego operatora, wymóg nie preferuje więc w żaden sposób jednego wykonawcy. Odwołujący najwyraźniej nie zapoznał się w pełni z zasadami podłączania do sieci s -TESTA.

W odniesieniu do żądania związanego z lokalizacją węzła centralnego podał, że to wymaganie [Węzeł Centralny ma być zlokalizowany w granicach administracyjnych Warszawy był podany już w ogłoszeniu (str. 5, rozdz. 11.2.1) II. Dodatkowe uwarunkowania, pkt. 3.1). Obecne odwołanie jest więc spóźnione i nie może zostać uwzględnione. Dodał, że Odwołujący nie wykazał, aby takie określenie lokalizacji Węzła Centralnego w jakikolwiek sposób ograniczało konkurencję, czy powodowało szczególne utrudnienia dla wszystkich lub niektórych wykonawców.

W odniesieniu do żądania dopuszczenia „starszego” sprzętu DWDM wskazał, że (...) wyłączając z warunku dotyczącego daty produkcji sprzętu, infrastrukturę DWDM (wykorzystującą tzw. gęste zwielokrotnienie falowe, tj. technikę multipleksacji wielu sygnałów optycznych w jednym łączy światłowodowym) wyszedł naprzeciw interesom wykonawców. Zamawiający ma świadomość, że urządzenia te używane są głównie przez operatorów telekomunikacyjnych oraz, że ich typ i parametry bywają ściśle związane z architekturą ich własnej sieci, a także, że (po stronie operatora) mogą służyć świadczeniu usług na rzecz różnych klientów. Zamawiający uznał, że narzucanie w SIWZ wymogu dokonania zakupu takich nowych urządzeń wyłącznie dla potrzeb realizacji umowy z Zamawiającym, nie tylko naraża wykonawców na nieuzasadnione wydatki (rzędu kilkudziesięciu tys. zł), co wpływać będzie negatywnie na cenę tych łączy (zwiększy zatem całkowite wynagrodzenie), ale może też powodować zbędne komplikacje techniczne. Specyfika infrastruktury DWDM powoduje też, że Zamawiający nie obawia się konsekwencji wykorzystania dla jego potrzeb urządzeń

używanych, zwykle będących w dyspozycji operatorów, zarazem Zamawiający w żaden sposób nie wyklucza zakupu i dostarczenia przez Wykonawców nowych urządzeń”.

Odnosnie żądania dodatkowego wynagrodzenia za zmianę lokalizacji oraz brak możliwości odmowy zmiany lokalizacji z powodu braku możliwości świadczenia usług Zamawiający podniósł, że dokonał zmiany SIWZ w ten sposób, że wskazał w załączniku 3 do Umowy (Zasady przenoszenia lokalizacji), pkt. 1.11, że pula zmian lokalizacji obejmuje tylko lokalizacje typu OR, PTR i PT oraz określił maksymalną ilość przeniesień - pkt. 1.11 ograniczając do 25. Podał także, że terminy określone w załączniku 3 są terminami minimalnymi, a z danych historycznych wynika, że w zdecydowanej większości przypadków faktyczne terminy zgłaszania oraz planowane daty przeniesienia są dłuższe - w rezultacie wykonawca ma więc typowo więcej czasu na realizację przeniesienia niż wynikałoby to z litery umowy. Zdaniem Zamawiającego, wykonawca nad interpretuje postanowienia załącznika 3 dotyczące przenoszenia lokalizacji, podnosząc, że „Zamawiający może wskazać dowolną lokalizację na terenie całego kraju” - jednostki organizacyjne KRUS są w zdecydowanej większości ulokowane w miastach o statusie co najmniej powiatu, czyli lokalizacjach gdzie istnieje podstawowa infrastruktura telekomunikacyjna, a nie na obszarach leśnych, czy niezaludnionych, co wymagałoby realizacji trudnych do oszacowania inwestycji. Zatem nawet przeniesienie, będzie mogło najczęściej dotyczyć tej samej miejscowości. W dotychczasowej ponad dwudziestoletniej historii KRUS nie zdarzyły się przeniesienia fizycznej lokalizacji do innej miejscowości. Podkreślił, że (...) Wykonawca w ramach Etapu I umowy, w ciągu kilku miesięcy ma podłączyć prawie 300 lokalizacji. W tym kontekście niezrozumiałe wydaje się kwestionowanie możliwości przeniesienia jednej czy nawet kilku lokalizacji w porównywalnym czasie”. Podał również, że (...) Zamawiający, w ramach bieżących potrzeb, ma oczywisty interes w przenoszeniu lokalizacji, bowiem duża część lokalizacji Zamawiającego to budynki niebędące własnością Zamawiającego. W sytuacjach, gdy Zamawiający ma możliwość zmiany lokalizacji i obniżenia kosztów najmu, po przeanalizowaniu innych równie istotnych aspektów biznesowych, podejmuje decyzję o zmianie lokalizacji. Bez takiego mechanizmu jaki zapisano w SiWZ Zamawiający miałby zdecydowanie słabszą pozycję w stosunku do Wykonawcy, poprzez bardzo ograniczone możliwości wyegzekwowania od Wykonawcy przeniesienia danej lokalizacji w określonym terminie. Wykonawca mógłby np. przedłużać terminy w nieskończoność lub podawać zaporowe ceny. De facto mechanizm przyjęty przez Zamawiającego jest korzystny dla Wykonawcy, bo przewiduje pulę przeniesień, za które Zamawiający zapłaci w formie ryczałtowej, a która nie musi zostać wykorzystana. Jest to zatem kwestia rozłożenia ryzyka pomiędzy Wykonawcę, który wyceni zmianę lokalizacji (i uwzględni tę wycenę w wysokości ryczałtu) oraz Zamawiającego, który może nie skorzystać z pełnej puli, a mimo to zapłaci

pełną kwotę”. Wskazał również, że (...) dopuścił stosowanie technologii radiowych, co istotnie ułatwia Wykonawcom realizację przedsięwzięcia, skracając czas realizacji i koszty potencjalnej inwestycji”.

W odniesieniu do żądania związanego z podwykonawcami wskazując na orzecznictwo [wyrok KIO 1987/14, 2000/14, 2002/14 str. 75] stwierdził, że (...) Zamawiający ma prawo określenia w SIWZ warunków zlecenia podwykonawstwa. Ograniczeniem dla Zamawiającego w tym zakresie są przepisy kodeksu cywilnego i gdyby, teoretycznie, Zamawiający próbował w złej wierze w sposób rażący i uporczywy uniemożliwić udział podwykonawców w realizacji umowy, narażałby się na roszczenia ze strony Wykonawcy oraz na możliwość zwolnienia się Wykonawcy z odpowiedzialności.

Co do sposobu ustalenia wysokości kar umownych Zamawiający podał, że dokonał zmiany treści formularza ofertowego, aby uściślić, co rozumie pod pojęciem „całkowitego maksymalnego wynagrodzenia z podatkiem VAT.” Podał także, że zastosował taki sposób naliczania kar jedynie w IPU, w odniesieniu do kar w szczególności za opóźnienia w realizacji poszczególnych etapów oraz, że ich wysokości w formie bonifikat określone są w wartościach bezwzględnych. Jego zdaniem, określenie wysokości kar, jako procentu od określonej wartości bazowej, jest powszechnie przyjętą i stosowaną praktyką i wskazanie tej, czy innej wartości bazowej jest de facto tylko czynnością techniczną - to jest parametr przyjętej metody do wyliczenia kary według określonego (prostego) wzoru matematycznego. Podkreślił, że (...) Kluczową kwestią nie jest przyjęta metoda i ta, czy inna wartość bazowa, a wysokość kar. W zależności od wybranej wartości bazowej określa się wartość parametru procentowego. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wskazał jako wartość bazową - „całkowite maksymalne wynagrodzenie z podatkiem VAT” (równe, co wydaje się oczywiste cenie brutto za realizację zamówienia podaną w pkt 1 Formularza ofertowego) i wziął pod uwagę szacunkową wartość zamówienia do określenia wysokości kar umownych, które zdaniem Zamawiającego są na odpowiednim poziomie dla tego konkretnego zamówienia i znaczenia biznesowego, jakie dla Zamawiającego mają zamawiane usługi (bez sprawnie funkcjonującej sieci WAN, KRUS nie jest w stanie realizować swoich zadań statutowych w zakresie m.in. obsługi ubezpieczeń i wypłaty świadczeń emerytalno-rentowych dla rolników i ich rodzin). De facto powiązanie wysokości kar z całkowitym maksymalnym wynagrodzeniem, biorąc jako punkt wyjścia szacunkową wartość zamówienia jest korzystne dla Wykonawców. Można bowiem przyjąć, że w toku postępowania konkurencyjnego wartość oferty wygrywającej będzie niższa niż szacunkowa wartość zamówienia, a więc faktyczna wysokość kar również będzie niższa”. Zwrócił również uwagę, że (...) Wykonawca de facto nie kwestionuje samej wysokości kar, a jedynie model ich naliczania. Zamawiający

podkreśla, że jest gospodarzem postępowania i może warunki umowy kształtować dowolnie w ramach swobody umowy, również restrykcyjnie dla potencjalnego wykonawcy, pod warunkiem, iż o takie postanowienia nie naruszają prawa powszechnie obowiązującego. Zastosowany model naliczania kar umownych prawa nie narusza. Orzecznictwo KIO potwierdzające prawo Zamawiającego do takiego ukształtowania modelu naliczania kar umownych jest bogate, zaś przepisy kodeksu cywilnego stanowią gwarancję ochrony Wykonawcy przez nadużyciem prawa przez Zamawiającego (możliwość miarkowania kar umownych etc.)". Podkreślił, że (...) zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia i to jemu przysługuje prawo swobodnego kształtowania postanowień przyszłego stosunku zobowiązaniowego - umowy z wykonawcą, który przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia, składając ofertę godzi się realizować przedmiotowe zamówienie w sposób i na zasadach określonych przez zamawiającego. Oczywistym przy tym jest, iż postanowienia te winny być zgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych". Także w tym postępowaniu, w zakresie kwestionowanych przez odwołującego postanowień wzoru umowy, nie nastąpiło - zdaniem Zamawiającego - naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych przywoływanych w treści odwołania. Podkreślił, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasada równości stron stosunku cywilnoprawnego doznaje znacznego ograniczenia i o ile działania zamawiającego nie będą naruszać postanowień przepisów Pzp to nawet najbardziej restrykcyjne sformułowanie postanowień umownych, obciążenie wykonawcy wysokimi karami umownymi, czy też nałożenie na wykonawców szeregu obowiązków nie może prowadzić do uznania za zasadne stanowiska odwołującego."

Odnosnie zastrzeżonego prawa Zamawiającego do odstąpienia od umowy podkreślił, że (...) sieć WAN jest zasobem niezbędnym Zamawiającemu do realizacji zadań statutowych w zakresie m.in. obsługi ubezpieczeń i wypłaty świadczeń emerytalno-rentowych dla rolników i ich rodzin. Zamawiający nie może sobie pozwolić na „dłuższy” okres niedostępności sieci WAN, bo groziłoby to niewypełnieniem w/w obowiązków, w określonych ustawowo terminach, co mogłoby mieć trudne do przewidzenia konsekwencje formalno-prawne, finansowe oraz te, natury społecznej. Okres 7 dni opóźnienia uruchomienia usługi jest maksymalnym okresem, który Zamawiający uznał za możliwy do wprowadzenia”. Zauważył ponadto, że (...) odstąpienie od umowy nie jest automatyczne - to tylko prawo Zamawiającego, które w określonym stanie faktycznym może nie być wyegzekwowane. De facto z uwagi na ryzyka związane z niedostępnością sieci Zamawiający jeszcze przed zaistnieniem opóźnienia będzie musiał podjąć działania zmierzające do zapewnienia możliwości rozwiązania zastępczego, które z oczywistych względów będzie mógł wykonać wyłącznie obecny operator sieci WAN KRUS, a które w przypadku odstąpienia od umowy

musiałoby być stosowane do czasu rozstrzygnięcia nowego postępowania. Niewątpliwie byłoby to rozwiązanie bardzo kosztowne dla Zamawiającego, dlatego też w przypadku jeśli z całokształtu wdrożenia nowego rozwiązania wynikałoby, że opóźnienie dotyczy niewielkiej części lokalizacji lub istnieje szansa na szybkie uruchomienie sieci, Zamawiający z pewnością uwzględni możliwość kontynuowania umowy. Jednak w przypadku, gdy w ocenie Zamawiającego nie będzie takiej szansy (przykładowo, gdy nie zostanie uruchomiona znaczna część łączy dostępowych czy, nie będzie funkcjonować sieć szkieletowa, jakość wdrożonego rozwiązania będzie nie akceptowalna, etc), Zamawiający musi mieć możliwość szybkiego zakończenia realizacji umowy i wdrożenia nowego postępowania. Scenariusz taki nie jest w interesie Zamawiającego, ale musi go uwzględniać, natomiast zagrożenie dla Wykonawcy z tego tytułu stanowi, w ocenie Zamawiającego, silny czynnik motywujący”. Podkreślił także, że wykonawca (...) decydując się na dostarczenie usługi o określonych parametrach i jakości w określonym czasie, bierze na siebie ryzyko z tym związane. Jeśli uznaje, że ryzyko to jest na poziomie nie akceptowalnym, ma pełne prawo nie przystąpić do realizacji zlecenia. W przedmiotowym postępowaniu zarówno parametry, jakość i czas dostarczenia produktu są wyraźnie określone oraz niedyskryminujące, co pozwala Wykonawcom na oszacowanie ryzyka i podjęcie decyzji biznesowej. Żadne przepisy prawa nie wymuszają na Wykonawcach podejmowania się zobowiązań, które w ich ocenie są zbyt ryzykowne i mogą nie przynieść oczekiwanych rezultatów biznesowych”. Powołując się na orzecznictwo (KIO 330/12), stwierdził, że nawet najbardziej restrykcyjne sformułowanie postanowień umownych, obciążenie wykonawcy wysokimi karami umownymi, czy też nałożenie na wykonawców szeregu obowiązków jest dopuszczalne, o ile nie zostały naruszone przepisy Pzp.

Odnosnie podwykonawców podał, że na podstawie art. 36a Pzp miał prawo do ograniczenia podwykonawstwa w odniesieniu do wykonania sieci szkieletowej MPLS, gdyż zadanie to, ponad wszelką wątpliwość, jest kluczowym elementem (częścią) świadczonej przez Wykonawcę usług oraz, że informacja, że Zamawiający nie dopuszcza realizacji zamówienia w zakresie MPLS przez podwykonawców, była zawarta w ogłoszeniu (str 5, rozdz. 11.2.1) II. Dodatkowe uwarunkowania, pkt. 1); Obecne odwołanie w tym zakresie jest więc spóźnione. Stwierdził również, że (...) Zamawiający ma prawo określenia w SIWZ warunków zlecenia podwykonawstwa. Ograniczeniem dla Zamawiającego w tym zakresie są przepisy kodeksu cywilnego i gdyby, teoretycznie, Zamawiający próbował w złej wierze w sposób rażący i uporczywy uniemożliwić udział podwykonawców w realizacji umowy, narażałby się na roszczenia ze strony Wykonawcy oraz na możliwość zwolnienia się Wykonawcy z odpowiedzialności. Tak też w niezwykle zbliżonej sprawie orzekła Izba w wyroku KIO z dnia 24 października 21014r. KIO 1987/14, 2000/14, 2002/14 str. 75”.

Sygn. akt: KIO 472/15

Odwołujący Orange podniósł naruszenie w tym postępowaniu:

1. art. 29 ust. 1 Pzp – z uwagi na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na:

a) zastrzeżenie możliwości zmiany przepływności, ograniczonej jedynie łączną pulą na zmiany przepływności w wysokości 1000 Mbit/s, co uniemożliwia wykonawcy określenie w jakiej technologii będzie musiał dostarczyć usługi będące przedmiotem zamówienia, a w konsekwencji uniemożliwia określenie kosztów dostarczenia usług będących przedmiotem zamówienia i skalkulowanie ceny oferty,

b) zastrzeżenie możliwości przeniesienia lokalizacji świadczenia usług, niezależnie od możliwości technicznych wykonawcy, co uniemożliwia wykonawcy określenie kosztów dostarczenia usług będących przedmiotem zamówienia;

c) niejednoznaczny opis usługi w zakresie transmisji Video z uwagi na wymaganie, aby wykonawca zapewnił jedynie cztery klasy ruchu (Data 1, Data 2, Data 3, oraz Voice), bez dodatkowego kanału dla transmisji Video, co uniemożliwia świadczenie transmisji Video;

d) niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia w zakresie ubezpieczenia sprzętu niezbędnego do świadczenia usług, który zostanie zamontowany w lokalizacjach Zamawiającego;

e) niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia w zakresie dostarczanych urządzeń.

2. art. 36 ust. 2 pkt 10) Pzp - poprzez zawarcie wewnętrznie sprzecznej informacji w zakresie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawców kluczowych części zamówienia;

3. art. 143 b) oraz art. 143 c) Pzp – z uwagi na zastosowanie szczególnej regulacji ustawowej, która ogranicza swobodę umów pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą w zamówieniach publicznych na roboty budowlane, do zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi;

4. art. 14 Pzp w zw. z art. 483 § 1 kc – z uwagi zastrzeżenie kary umownej za wykonane prawidłowo usługi, z uwagi na naliczanie kary umownej za niedostępność wszystkich lokalizacji, w przypadku niedostępności łącza między Węzłem Centralnym, a Centralą KRUS, bądź między Węzłem Centralnym a Ośrodkiem Zapasowym.

Wskazując na powyższe wniosł o nakazanie zmiany specyfikacji, w tym elementów opisu przedmiotu zamówienia, oraz Wzoru Umowy zgodnie z żądaniami zawartymi w treści uzasadnienia odwołania.

W uzasadnieniu podał, że treść postanowień specyfikacji należy uznać za niezgodną z ustawą z następujących względów:

1. zarzut 1 - niezgodność opisu przedmiotu zamówienia z art. 29 ust. 1 Pzp.

Opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowi bowiem podstawowy element specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz) jest niezbędny do prawidłowego oszacowania wartości zamówienia. Sporządzona przez Zamawiającego specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie odpowiada wymogom określonym w art. 29 ust. 1 ustawy w zakresie zawartego w niej opisu przedmiotu zamówienia. Został on sformułowany w sposób niejasny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań oraz okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty, co przejawia się w niżej wskazanych postanowieniach:

a) w załączniku nr 11 do Istotnych Postanowień Umowy (dalej IPU lub Umowa) Zamawiający zastrzegł prawo do zmiany przepustowości łączy w poszczególnych lokalizacjach typu PT, PTR, OR. Zamawiający przewidział ograniczenie tego uprawnienia poprzez określenie maksymalnej puli zmiany przepustowości w wysokości 1000 Mbit/s. Zgodnie z II.2. Założenia podstawowe dla Usług operatorskich sieci WAN KRUS pkt 21 OPZ „Zamawiającemu zostanie przyznana dodatkowa pula przepustowości 1000 MB/s, którą będzie mógł dodatkowo wykorzystać na zwiększenie przepływności łącza podstawowego i/lub zapasowego zgodnie z procedurą zwiększania i zmniejszania przepustowości szczegółowo opisanej w załączniku nr 11 do umowy. Zamawiający nie określił jednak maksymalnych przepustowości w poszczególnych lokalizacjach, a nawet typach lokalizacji. Uzyskanie określonej przepustowości łącza, przy zachowaniu wymaganych parametrów tej usługi, uzależnione jest od zastosowanej technologii, ta zaś jest zależna jest od lokalizacji, gdyż nie we wszystkich lokalizacjach możliwe jest stosowanie każdej technologii. Wobec powyższego, należy stwierdzić, że opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty. Od maksymalnych przepływności jakie mogą być wymagane w poszczególnych lokalizacjach, zależy dobór technologii, a w konsekwencji skalkulowanie ceny oferty. Podniesienie przepływności łącza może wiązać się zatem z nakładami inwestycyjnymi takimi jak wymiana urządzeń końcowych (routerów), lub w skrajnych wypadkach zmianą medium transmisyjnego, jeśli niezbędna technologia nie jest dostępna w danej lokalizacji. Bez wiedzy na temat maksymalnej przepływności planowanej przez Zamawiającego dla danego łącza wykonawca nie ma

możliwości oszacowania nakładów na ewentualne inwestycje w budowę sieci kablowej (kable światłowodowe bądź kabli miedzianych - dobór infrastruktury oraz jej ilość np. ilość par w kablu miedzianym, jest uzależniona od uruchamianej przepustowości łącza na łączu), co uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie oferty. Z uwagi na brak ograniczenia przepustowości maksymalnej w poszczególnych lokalizacjach, wykonawca pozbawiony został możliwości określenia jakie rozwiązania techniczne będą konieczne do jej zapewnienia i w efekcie wykonawca nie jest w stanie skalkulować maksymalnych kosztów. Uniemożliwia to prawidłowe sporządzenie oferty, z uwzględnieniem wszystkich wymagań Zamawiającego. W przypadku znacznego podniesienia przepływności, koszt budowy łącza dla podstawowej przepływności nie będzie pozostawał w korelacji z kosztami budowy łącza o wyższej kategorii. Prawo Zamawiającego do zażądania instalacji łącza odmiennej kategorii (wyższej bądź niższej) niż określona w Wykazie lokalizacji, z którego to prawa Zamawiający może skorzystać już po fakcie złożenia oferty skutkuje zatem brakiem możliwości rzetelnego oszacowania wartości oferty. W przypadku, gdy Zamawiający zażąda łącza wyższej kategorii może okazać się, że wynagrodzenie należne wykonawcy nie pokryje kosztów niezbędnych do świadczenia usługi, gdyż zaistnieje konieczność poniesienia wydatków na dodatkową infrastrukturę, której koszt - z uwagi na brak koniecznych i niezbędnych informacji - nie został wliczony w cenę oferty. Ponadto, wykonawca musi dokonać właściwego doboru sprzętu CE (dobór sprzętu dokonuje się pod konkretną przepustowość oraz usługi dodatkowe np. ilość VRFów, jakie mają zostać uruchomione na urządzeniu CE). Wartym zaznaczenia jest fakt, iż różnica w koszcie zakupu 1 sztuki urządzenia obsługującego przykładowo przepustowość 50Mb/s od kosztu zakupu urządzenia dla przepustowości rzędu 6/1 Mb/s może sięgać kilkuset procent. Dodatkowo wykonawca mając na uwadze zakres rozwiązania, jaki musi dostarczyć w wymaganym przez Zamawiającego czasie dokona oszacowania nakładów na wdrożenie usługi. Dysponując oszacowanymi kosztami, jak również czasem trwania realizacji usługi, wykonawca skalkuluje poziom opłaty abonamentowej. W konkluzji wykonawca stwierdził, że – wobec podnoszonych okoliczności - przewidziany w Roz. II.2. - Założenia podstawowe dla Usług operatorskich sieci WAN KRUS pkt 21 OPZ - limit zmian nie przystaje do charakteru usługi będącej przedmiotem zamówienia. Nie jest to bowiem prosta transmisja danych za pomocą sieci GSM, w której można zastosować limit ilościowy zmian. Ograniczenie zastosowane przez Zamawiającego jest bezużyteczne z punktu widzenia kalkulacji oferty, gdyż nie uwzględnia najistotniejszych dla wykonawców czynników. Należy mieć przy tym na względzie, że w dotychczasowej umowie na świadczenie usług operatorskich sieci WAN, którą realizuje Odwołujący, brak jest tego rodzaju zastrzeżeń. Przewidziana została procedura, która w toku realizacji zamówienia okazała się wystarczająca. Wykonawca wskazał ponadto, że w poprzednim postępowaniu Zamawiający zamówił łącza do lokalizacji o parametrach: dla OR - 6 Mbit/s; dla PTR - 4 Mbit/s; dla PT - 1

Mbit/s. Określił jednocześnie maksymalną przepływność jaką może mieć łącze podstawowe i zapasowe: dla OR i PTR - 6 Mbit/s oraz dla PT - 2 Mbit/s. W aktualnie prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma takiego ograniczenia, przez co wykonawca nie jest w stanie zwymiarować sieci. Mając na względzie powyższe wniosł o nakazanie Zamawiającemu zmiany siwz i wskazanie przepływności lub maksymalnej przepływności, jaką przewiduje po podwyższeniu w każdej lokalizacji, co umożliwi wykonawcom dobór technologii świadczenia usługi, a tym samym skalkulowanie ceny oferty, wraz z zastrzeżeniem, że w przypadku, gdy zwiększenie przepływności w stosunku do zdefiniowanej w załączniku nr 2 do siwz, wymagać będzie rozbudowy lub modernizacji infrastruktury sieciowej, zostanie ono dokonane w formie zamówienia uzupełniającego. Dodatkowo, Odwołujący wniosł o nakazanie zmiany siwz w ten sposób, że termin dwóch alternatywnie - czterech miesięcy na zwiększenie przepływności odnosi się jedynie do przypadków, w których wykonawca ma warunki techniczne do odpowiedniego zwiększenia przepływności;

b) w załączniku nr 2 do siwz - Zamawiający przewidział prawo do przeniesienia maksymalnie 25 lokalizacji niezależnie od możliwości technicznych wykonawcy. Z kolei w pkt 11 zał. nr 3 do siwz [Zasady przenoszenia lokalizacji] - zastrzegł możliwość przeniesienia maksymalnie 25 lokalizacji niezależnie od możliwości technicznych wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, wymagania te oznaczają konieczność uruchomienia usługi w nowych lokalizacjach, niezależnie od tego czy Wykonawca dysponuje w tych lokalizacjach jakakolwiek infrastrukturą i możliwościami technicznymi świadczenia tych usług. Brak po stronie wykonawcy możliwości technicznych świadczenia usługi może się wiązać z koniecznością poniesienia bardzo dużych nakładów inwestycyjnych. Zakres i wartość takich inwestycji są niemożliwe do przewidzenia bez wskazania przez Zamawiającego na etapie przygotowywania oferty dokładnych adresów lokalizacji, w których mają być świadczone usługi i parametrów usługi dla tych lokalizacji. Ich koszt może przewyższać wartość wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi w danej lokalizacji. Koszty dla Wykonawcy mogą się wiązać, a w niektórych przypadkach będą się wiązać na pewno m.in. z koniecznością budowy lub rozbudowy infrastruktury teleinformatycznej (studzienki, kanały, kable itp.), rozbudowy infrastruktury sprzętowej, niezbędnej do świadczenia usługi w określonej technologii dostępowej, doboru i zakupu routera odpowiedniego dla tej technologii. Zamawiający może zatem oczekiwać zestawienia łącza w lokalizacji, w której wykonawca nie będzie dysponował niezbędną infrastrukturą. Tymczasem wykonawca winien dysponować infrastrukturą pozwalającą na wykonanie łącza w danej lokalizacji, bądź też posiadać warunki techniczne dla wykonania w tej lokalizacji łącza. Należy przy tym mieć na względzie krótki termin na zmianę lokalizacji jaki przewidział Zamawiający na przeniesienie łącza do innej lokalizacji, oraz rygorystyczne wymagania określone dla łączy jakie określił

Zamawiający w Umowie. Zamawiający wyłączył również możliwość stosowania rozwiązań tymczasowych, w przypadku gdy dostarczenie usługi do nowej lokalizacji jest związane z koniecznością rozbudowy lub modyfikacji infrastruktury. Dodatkowo zwrócił uwagę na sankcje, jakie Zamawiający nałożył na Wykonawcę w przypadku niedotrzymania terminu wykonania łącza - wysokie kary umowne oraz, że w ramach obecnej umowy kwestia przeniesienia lokalizacji została uregulowana w następujący sposób „Wykonawca w terminie 14 dni od daty otrzymania kompletnego, zawierającego wszystkie elementy określone w pkt III niniejszego załącznika wniosku, poinformuje KRUS o możliwościach świadczenia Usług we wskazanych przez KRUS lokalizacjach. W razie stwierdzenia, że w danym przypadku termin przeniesienia lokalizacji wskazany we wniosku jako preferowana data przeniesienia lub czas trwania przeniesienia tymczasowego nie jest możliwy do zachowania, Wykonawca określi nowe terminy.” Zatem w przypadku braku możliwości przeniesienia lokalizacji we wskazanym we wniosku terminie wykonawca mógł określić nowe terminy. Teraz brak jest takiej możliwości. W ciągu 4 miesięcy od złożenia wniosku wykonawca musi przenieść lokalizację. W obecnej umowie brak jest też kar za nieterminowe przeniesienie lokalizacji, teraz pojawia się kara w wysokości 5 000 zł za każdy dzień. Mając na względzie powyższe wykonawca w konkluzji żąda nakazania Zamawiającemu dodania zastrzeżenia do postanowień dotyczących zmiany lokalizacji, że w przypadku, gdy zmiana lokalizacji będzie wymagała rozbudowy, bądź modyfikacji infrastruktury zostanie ona dokonana w formie zamówienia uzupełniającego (co zresztą Zamawiający sam przewidział w siwz), a także, że termin 2 miesięcy na przeniesienie lokalizacji jest wiążący jedynie w przypadku, gdy są warunki techniczne do świadczenia usług w lokalizacji, do której zostało przeniesione łącze;

c) w załączniku nr do siwz opis przedmiotu zamówienia jest wewnętrznie sprzeczny. W tym przypadku wskazał na postanowienie ogólne dla II.2.2 - Założenia podstawowe dla Usług operatorskich sieci WAN KRUS – jego punkt 5 (strona 8), które jego zdaniem jest niespójne z wymaganiami zawartymi w XVI.4 „System konferencji Audio/Video/Web,” a w szczególności XVI.4.1 - Wymagania funkcjonalne na rozszerzenie funkcjonalności platformy Telefonii IP o system obsługi konferencji Audio/Video/Web (CKA/VC_MK1)”. Wymagania te wskazują, że tytuł XVI.4, XVI.4.1 oraz zawarte w XVI.4.1 określenie powinno brzmieć „audio/web” a nie „audio/video/web’. Komunikacja wideo jest wyspecyfikowana dla systemu telefonii IP, na co wyraźnie wskazują zapisy w punkcie V. Wymagania ogólne dla usługi Telefonii IP pkt 3. (str. 16). W związku z tym Odwołujący uważa, że sieć - prócz kolejki priorytetów dla voice, powinna zawierać jeszcze kolejkę priorytetów dla video, czego Zamawiający nie przewidział formułując w IV Wymagania ogólne dla usługi sieci WAN/LAN pkt 11. „Usługa WAN musi zapewniać mechanizmy QoS na poziomie 4 klas ruchu: a. trzech QoS dla transmisji danych (Data1, Data2, Data3), b. klasy usługowej dedykowanej dla transmisji głosu (Voice)”. W systemach IP przypisuje się dedykowaną kolejkę, aby zapewnić

prawidłowe działanie wideo. Pozostawienie 4 klas ruchu zmusza do przypisania systemu wideo do kolejki Voice lub Data. W przypadku wykorzystania kolejki Voice jakość połączeń głosowych nie może być gwarantowana. W przypadku wykorzystania kolejki Data, system wideo może ją całkowicie zmonopolizować. Mając na względzie powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie usunięcia wymogu transmisji video, albo nakazanie dodania w wymaganiach technicznych mechanizmów na poziomie 5 klas ruchu: a) trzech QoS dla transmisji danych, b) klasy usługowej dedykowanej dla transmisji głosu, oraz c) klasy usługowej dedykowanej dla transmisji obrazu; Zamawiający zastrzega w rozdziale 7 ust. 8 lit. d) umowy, aby wykonawca ubezpieczył urządzenia udostępnione Zamawiającemu od wskazanych w tym postanowieniu ryzyk, w tym zagrożeń terrorystycznych, co ma na celu zdjęcie z Zamawiającego odpowiedzialności za skutki wystąpienia zdarzeń objętych ubezpieczeniem. Zdaniem wykonawcy, w istocie Zamawiający wymaga od wykonawcy trzech polis. Polisy OC, której kwota ubezpieczenia odpowiada wartości brutto złożonej oferty, ubezpieczenia majątkowego mienia wykonawcy obejmującego urządzenia udostępnione Zamawiającemu, oraz dodatkowego ubezpieczenia mienia wykonawcy na wypadek zdarzeń o charakterze terrorystycznym, które ze względu na swoją specyfikę jest traktowane jako odrębne od innych ubezpieczeń majątkowych. Polisa OC ma za zadanie chronić odpowiedzialność cywilną podmiotu posiadającego taką polisę. Zgodnie z Kodeksem Cywilnym, każdy kto wyrządził winę jest obowiązany do jej naprawienia. Firma, posiadając majątek (mienie) i prowadząc działalność gospodarczą, jest narażona na różne zdarzenia, które mogą powodować zaistnienie odpowiedzialności naprawienia wyrządzonej szkody. Polisa OC służy przeniesieniu tego ryzyka (w ramach wynegocjowanego zakresu) na Towarzystwo Ubezpieczeniowe za cenę składki ubezpieczeniowej. Podał przykłady zastosowania polisy OC: [Pracownik wykonawcy udaje się na serwis serwera w placówce KRUS i podczas wykonywania prac zaprósza ogień w pomieszczeniu w wyniku czego uszkodzeniu ulegają inne sprzęty KRUS-u. Podczas instalacji sprzętu przez pracownika wykonawcy, źle zostaje podpięte, okablowanie w wyniku czego dochodzi przepięcia i powstania pożaru w lokalizacji KRUS. Jeżeli instalacja sprzętu wiąże się z ingerencją w ściany, to może zostać np. uszkodzona przez pracownika wykonawcy sieć wodociągowa w wyniku czego dojdzie do zalania pomieszczeń KRUS]. Dalej stwierdził, że (...) Polisa majątkowa jest ubezpieczeniem urządzeń należących do wykonawcy a udostępnionych Zamawiającemu w ramach realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia, co najmniej od następujących ryzyk: zalanie, pożar, kradzież, akty terroryzmu, uszkodzenia sieci energetycznej, katastrofa budowlana, klęski żywiołowe i katastrofy naturalne. Zakres ubezpieczenia zawierałby oprócz ryzyk zewnętrznych - pożaru, zalania, kradzieży itp. takie ryzyka jak np. szkody z powodu niewłaściwej obsługi, tj. zaniedbania, nieostrożności, błędu operatora; upuszczenia, ponadto szkody wewnętrzne np. zmiany parametrów napięcia w

sieci instalacji elektrycznej oraz przepięcia, skutki pośredniego uderzenia pioruna)”. Zaznaczył, że (...) wymaganie Zamawiającego w tym zakresie zostało sformułowane w sposób niejasny. Z brzmienia przytoczonego wyżej postanowienia umowy nie wynika wprost, kto ma być ubezpieczonym i od jakich działań, a w szczególności, czy ma być to ubezpieczenie od działań zawinionych, czy niezawinionych. Niezbędne jest doprecyzowanie brzmienia wymagań postawionych przez Zamawiającego w świetle właściwej intencji tego postanowienia. Rodzą się w tym miejscu pytania o zakres ochrony ubezpieczeniowej: Czy jest nią zrzeczenie się przez OPL prawa regresu z polisy majątkowej. Jeżeli tak, wskazane jest uzgodnienie zabezpieczeń/procedur/dobrych praktyk, których będzie przestrzegał Zamawiający, aby zmniejszyć ryzyko jakichkolwiek szkód w sprzęcie. Zapis ten mówi o zdjęciu odpowiedzialności z Zamawiającego za szkody objęte polisa ubezpieczeniową. Należałoby doprecyzować kto będzie odpowiedzialny za szkody, których polisy mogą nie obejmować, takie jak np.: pierwotnie istniejące wady materiałowe, błędy konstrukcyjne i/lub wadliwe wykonanie, wojna, energia jądrowa, działanie wirusów komputerowych”. Odwołujący podkreślił, że (...) powszechną praktyką jest udostępnianie przez operatorów telekomunikacyjnych urządzeń klientom na rzecz których świadczone są usługi telekomunikacyjne, stąd operatorzy telekomunikacyjni z reguły posiadają ubezpieczenia majątkowe, których przedmiotem jest mienie udostępniane odbiorcom usług. Udostępnienie urządzeń odbiorcom usług wiąże się z ryzykiem pożaru zalania itp. i to ryzyko ponoszą wykonawcy i od takiego ubezpieczenia posiadają stosowne polisy, lub też nie. Przy tym decyzja, w jaki sposób zarządzane będzie tego rodzaju ryzyko, pozostaje w gestii wykonawcy. Wobec powyższego za nadmiarowe należy uznać wymaganie odrębnego ubezpieczenia majątkowego dla urządzeń dostarczonych w ramach realizacji zamówienia dla Zamawiającego, w przypadku, gdy są one już ubezpieczeniem takim objęte. Z drugiej strony, należy zauważyć, że nie można zapewnić polisy zapewniającej ochronę ubezpieczeniową, która by całkowicie zdejmowała z Zamawiającego odpowiedzialność za uszkodzenie, czy zniszczenie udostępnionych urządzeń. Żadna umowa ubezpieczenia nie będzie obejmowała bowiem zniszczeń dokonanych z winy umyślnej Zamawiającego. Wykonawca nie jest w stanie ubezpieczyć urządzeń, w taki sposób, by Zamawiający nie ponosił odpowiedzialności za swoje działania i zaniechania. Przykładowo: zaniedbanie przeglądu klimatyzacji, który doprowadzi do wycieku w serwerowni, czy też luki w procedurach bezpieczeństwa, które umożliwią kradzież urządzeń”. W konkluzji stwierdził, że (...) Wobec powyższego, wymaganie odnośnie ubezpieczenia mienia w postaci udostępnionych Zamawiającemu urządzeń, należy uznać w pierwszej kolejności za niejednoznacznie sformułowane, a także nadmiarowe (zwłaszcza, że do tej pory nie było konieczne dla prawidłowej realizacji umowy)”. Mając powyższe na względzie Odwołujący

wniósł o nakazanie zmiany postanowienia rozdziału 7 ust. 5 IPU (a także odpowiadających mu innych postanowień w specyfikacji) poprzez jego wykreślenie.

d) zgodnie z rozdziałem XI ust. 3 z załącznik nr 4 do siwz pn. „Wymagania uzupełniające dla urządzeń sieciowych i Systemów”, Zamawiający zastrzega, że „Wykonawca zapewni, że urządzenia (nie dotyczy infrastruktury DWDM) dostarczone w ramach realizacji umowy będą wyprodukowane nie wcześniej niż w drugiej połowie 2014 r. Odwołujący stwierdził, że (...) Zamawiający nie podaje w żadnym miejscu definicji słownikowej co kryje się pod pojęciem „urządzenie”. Z uwagi na niejednoznaczności wyrażenia „urządzenie”, wykonawca nie jest w stanie określić, jakiego rodzaju sprzęt musi być wyprodukowany we wskazanym okresie (nowy. Ma to istotne znaczenia dla kalkulacji ceny oferty. W sposób pośredni wykonawca może jedynie przyjąć, że wtedy kiedy Zamawiający używa sformułowania „urządzenie” w treści SIWZ, należy to traktować jako nowe urządzenie”. Wykonawca wniósł o nakazanie:

1) wyłączenia spod wymogu, dostarczenia urządzeń w ramach realizacji umowy będą wyprodukowane nie wcześniej niż w drugiej połowie 2014r., elementów zamówienia wskazanych w Załączniku nr 4, XXI. S -TESTA str. 188. „Urządzenia wymagane przez MSW do realizacji połączenia z siecią s -TESTA” - urządzenia stosowane do realizacji tego typu połączeń są elementem części liniowej łączy i jest to zakończenie operatorskie podobnie jak zakończenie sieciowe DWDM i modemy dla pozostałych łączy dostarczanych w ramach zamówienia. Urządzenia tego typu są serwisowane przez cały okres trwania umowy analogicznie jak w przypadku innych urządzeń, np. stosowanych w usłudze BVPN. W przypadku awarii podlegają serwisowaniu i wymianie na inne;

2) jednoznacznego wskazania, że urządzenia dostarczone w ramach realizacji umowy będą wyprodukowane nie wcześniej niż w drugiej połowie 2014 r. to: 1) Routery wraz z modułami i kartami; 2) Switcha wraz z modułami i kartami; 3) Serwery; 4) Telefony IP; 5) Bramki analogowe; 6) Firewall; 7) Sprzęt IPS; 8) Sprzęt DLP; 9) Koncentratory VPN; 10) Sprzęt do akceleracji.

2. zarzut 2 - naruszenie art. 36 ust. 2 pkt 10) Pzp z uwagi na zawarcie wewnętrznie sprzecznej informacji w zakresie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawców kluczowych części zamówienia. Zamawiający dopuścił posłużenie się podwykonawcami w realizacji zamówienia z wyjątkiem sieci szkieletowej MPLS, o którym to wyjątku mowa w Roz. 8.4 IPU. Jednakże w Roz. 17 ust. 3 Umowy Zamawiający zastrzegł, że „Wykonawca jest zobowiązany do uzyskania zgody Zamawiającego na zawarcie Umowy o pod wykonawstwo”. Prowadzi to do wewnętrznie sprzecznej sytuacji, w której z jednej strony wykonawca może posłużyć się podwykonawcą, z drugiej natomiast musi uzyskać na zawarcie umowy o pod wykonawstwo zgody Zamawiającego. W konsekwencji, Zamawiający może skutecznie blokować zawieranie umów z podwykonawcami przez wykonawcę i w praktyce uniemożliwić

skorzystanie z podwykonawstwa przy realizacji zamówienia. Należy mieć na względzie, że takie ograniczenie swobody umów przez Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy.

Mając na względzie powyższe wniósł o nakazanie wykreślenia postanowienia pkt 17.3 IPU i odpowiednich postanowień w innych częściach specyfikacji, zastrzegających obowiązek uzyskania zgody Zamawiającego na zawarcie przez wykonawcę umowy o podwykonawstwo.

3. zarzut nr 3 - naruszenie art. 143b oraz art. 143c Pzp z uwagi na zastosowanie szczególnej regulacji ustawowej, która ogranicza swobodę umów pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą w zamówieniach publicznych na roboty budowlane, do zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi. Zamawiający w postanowieniach rozdziału 17.3 - 17.13, oraz rozdziału 17.15 - 17.18 IWU zawarł zastrzeżenia odpowiadające treści art. 143b oraz art. 143c ustawy Pzp. W przepisach tych ustawodawca szczególne ograniczenia swobody umów w zakresie umów o podwykonawstwo. Ustawodawca wyraźnie ograniczył jednak stosowanie tych ograniczeń do zamówień, których przedmiotem są roboty budowlane. Ograniczenia te należy traktować jako wyjątek od wyrażonej w art. 353 (1) Kodeksu cywilnego zasady swobody umów. Wyjątki nie mogą natomiast być interpretowane w sposób rozszerzający. Wobec powyższego należy uznać, że przewidziane przez Zamawiającego dodatkowe ograniczenia, co do umów o podwykonawstwo nie znajdują oparcia w przepisach prawa.

Odwołujący wniósł o nakazanie wykreślenia postanowień rozdziału 17.3 - 17.13, oraz 17.15 - 17.18 IWU, a także wszelkich innych odpowiadających im postanowień zawartych w pozostałych częściach specyfikacji.

4. zarzut nr 4 - naruszenie art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 483 § 1 kc. z uwagi na zastrzeżenie kary umownej za wykonane prawidłowo usługi.

Zgodnie z pkt. 2.4.1 załącznika nr 5 do IPU „przerwa w transmisji danych pomiędzy Węzłem Centralnym, a Centralą KRUS lub Węzłem Centralnym, a Ośrodkiem Zapasowym, będzie traktowana jako niedostępność wszystkich usług we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego”. Oznacza to, że (...) Zamawiający zastrzegł karę umowną od prawidłowo wykonanej usługi. Wynika to z następujących względów: Przerwa transmisji danych pomiędzy Węzłem Centralnym a Centralą KRUS nie powoduje niedostępności Centrali KRUS, ponieważ będzie ona dostępna przez Ośrodek Zapasowy podłączony do Węzła Centralnego. Wszystkie usługi objęte zamówieniem będą dostępne. Również przerwa

transmisji danych pomiędzy Węzłem Centralnym a Ośrodkiem Zapasowym nie powoduje niedostępności Ośrodka Zapasowego, ponieważ będzie on dostępny przez Centralę KRUS podłączoną do Węzła Centralnego. Także i w tym przypadku wszystkie usługi objęte zamówieniem będą dostępne. Nawet przy założeniu całkowitej niedostępności Centrali nie powoduje to niedostępności wszystkich usług wymienionych w pkt. 1.1 załącznika 5 do SIWZ. Podobnie, nawet przy założeniu całkowitej niedostępności Ośrodka Zapasowego nie powoduje to niedostępności wszystkich usług wymienionych w pkt. 1.1 załącznika 5. Co więcej, nawet przy założeniu całkowitej niedostępności Centrali KRUS i Ośrodka Zapasowego nie powoduje to niedostępności wszystkich usług wymienionych w pkt. 1.1 załącznika 5. Oznacza to, że nie ma żadnego związku między dostępnością usług we wszystkich lokalizacjach, a przerwą w transmisji danych między Centralą a Węzłem Centralnym, lub między Centralą a Ośrodkiem Zapasowym. Nie można zatem ze sobą utożsamiać sytuacji braku usług między Centralą a Węzłem Centralnym, lub między Centralą a Ośrodkiem Zapasowym z sytuacją, w której usługa nie jest świadczona w żadnej lokalizacji. Prowadziłoby to bowiem do sytuacji, w której wykonawca płaciłby kary umowne za wykonywane prawidłowo usługi”. Wykonawca podkreślił, że (...) Możliwość zastrzeżenia kary umownej jako ekwiwalentu odszkodowania uwarunkowana jest niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania pieniężnego przez dłużnika (tu: wykonawcę). Skoro zatem w okolicznościach wskazanych przez Zamawiającego nie dochodzi do niewykonania zobowiązania, zaś ewentualne nienależyte wykonanie zobowiązania dotyczy niewielkiej części zakresu świadczonych przez wykonawcę usług, sankcja przewidziana przez Zamawiającego jest nieuzasadniona i nadmierna”. Zwrócił także uwagę, że (...) kary umowne byłyby rażąco wygórowane w stosunku do ewentualnej szkody poniesionej przez Zamawiającego i w przypadku sporu sądowego mogłyby być miarkowane przez Sąd na podstawie art. 485 § 2 Kodeksu Cywilnego. Odwołujący wniósł o wykreślenia postanowienia pkt 2.4.1 załącznika nr 5 do IPU.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: Netia S.A. oraz Comarch S.A. z Warszawy, wnosząc o uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutów z punktu 1a) i b) oraz GTS Poland sp. z o.o. oraz T- Mobile Polska S.A. i T- Systems Polska Sp. z o.o. z Warszawy w zakresie zarzutów z punktu 1a) i b) i d) oraz pkt 2, 3 i 4 odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie, podnosząc, co następuje:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp z uwagi na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący a także nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, stwierdził, co następuje:

W odniesieniu do niezasadnego zastrzeżenia możliwości zmiany przepływności, ograniczonej jedynie łączną pulą na zmiany przepływności w wysokości 1000 Mb/s, czym uniemożliwia wykonawcy określenie w jakiej technologii będzie musiał dostarczyć usługi będące przedmiotem zamówienia, a w konsekwencji uniemożliwia określenie kosztów dostarczenia usług będących przedmiotem zamówienia i skalkulowanie ceny oferty, a także zastrzeżenia możliwości przeniesienia lokalizacji świadczenia usług, niezależnie od możliwości technicznych wykonawcy, co także uniemożliwia wykonawcy określenie kosztów dostarczenia usług będących przedmiotem zamówienia [zarzut 1a i 1 b] podał, że (...) dokonał zmiany SIWZ w ten sposób, że w Załączniku 11 do Umowy - Zasady podwyższania i obniżania przepustowości sieci WAN, określił maksymalne przepustowości dla lokalizacji typu PT, PTR i OR oraz wskazał w Załączniku 3 do Umowy (Zasady przenoszenia lokalizacji), że pula zmian obejmuje tylko lokalizacje typu OR, PTR i PT (uwzględnił więc częściowo żądanie Wykonawcy), co powinno znacząco zmniejszyć ryzyko Wykonawcy z tym związane; Wskutek ograniczenia maksymalnych przepustowości Wykonawca ma możliwość przewidzenia ewentualnych uwarunkowań technologicznych i oszacowania kosztów związanych ze zmianą przepustowości (...). Podał ponadto, że (...) nie ma możliwości precyzyjnego określenia, poza ogólnym rozmiarem „puli zmian” czy, w jakiej lokalizacji i kiedy konieczna okaże się zmiana przepustowości. Decyzje w tym zakresie związane są m.in. z planowanym wdrażaniem rozwiązań w dziedzinie IT, ewentualnymi zmianami organizacyjnymi etc. Wymaganie sformułowane przez Zamawiającego sprowadza się do konieczności oszacowania przez Wykonawcę kosztu zmiany przepustowości dla określonego typu lokalizacji (w granicach wynikających z postanowień SIWZ) i uwzględnienia tej wyceny i potencjalnej puli zmian w wysokości wynagrodzenia”. W tym przypadku zwrócił uwagę, że pewne ryzyko obciąża również Zamawiającego, który może nie wykorzystać puli na zmianę przepustowości, a pomimo to zapłaci wyższe miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe, gdyż wykonawcy przeniosą część kosztów zmiany przepustowości do tegoż wynagrodzenia, chcąc zdyskontować koszty wynikające z ryzyka wykorzystania przez Zamawiającego pełnej wysokości puli na zmianę przepustowości. Stwierdził również, że powoływanie się przez Wykonawcę na warunki aktualnie obowiązującej umowy jest nieuprawnione. Fundamentalną zasadą jest bowiem prawo Zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający spełnienie aktualnych (a nie tych sprzed

kilku lat) potrzeb Zamawiającego i spełnienie zakładanych obecnie celów biznesowych. Także kwestie związane z wprowadzeniem kar umownych etc. nie mogą być przedmiotem skutecznego zarzutu, mają bowiem charakter biznesowy oraz mogą być uwzględnione w wycenie usługi i ofercie cenowej.

Co do zamówień uzupełniających podał, że żądane przez wykonawcę skorzystanie z zamówień uzupełniających jest nie akceptowalne, gdyż udzielenie takiego zamówienia uzależnione jest od zgody wykonawcy. Zamawiający nie może uzależniać wprowadzenia niezbędnych zmian w sieci WAN od zgody Wykonawcy umowy. Podobnie nie akceptowalne jest - żądane przez wykonawcę ograniczenie zmian do przypadków, gdy wykonawca „ma warunki techniczne”. Zamawiający oczekuje uwzględnienia ewentualności, że możliwości techniczne wykonawcy w danej lokalizacji wymagać mogą dostosowania do potrzeb Zamawiającego - w cenie usługi (zarazem granice tego dostosowania wyznacza wprowadzona modyfikacja SIWZ).

Odnosnie niejednoznacznego opisu usługi w zakresie transmisji Video z uwagi na wymaganie, aby wykonawca zapewnił jedynie cztery klasy ruchu (Data 1, Data 2, Data 3, oraz Voice), bez dodatkowego kanału dla transmisji Video, co uniemożliwia świadczenie transmisji Video [zarzut 1c] wskazał na dokonane zmiany w załączniku 4 do IPU [Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia], rozdział IV pkt. 11, rozdział XV.4.1 pkt. 2, rozdział XVI.4.2), w ten sposób, że została dodana do klas/kolejek QoS klasa / kolejka „video”, dedykowana dla transmisji obrazu. Tym samym zarzut jest bezprzedmiotowy.

Odnosnie niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie ubezpieczenia sprzętu niezbędnego do świadczenia usług, który zostanie zamontowany w lokalizacjach Zamawiającego [zarzut 1d] wskazał również na wprowadzone zmiany w załączniku 2 IPU – w art. 7 ust. 8 lit. d) w ten sposób, że usunął wymóg ubezpieczenia od ryzyka „aktów terroryzmu”, a ponadto oczekuje od wykonawcy „objęcia ubezpieczeniem” urządzeń udostępnionych Zamawiającemu, co oznacza, że wykonawca, jako ubezpieczony, może w tym zakresie wylegitymować się posiadaną polisą ubezpieczenia majątkowego. Żądanie zostało więc, częściowo uwzględnione (Zamawiający nie wyraża zgody na całkowitą rezygnację z ubezpieczenia majątku wykonawcy znajdującego się w lokalizacjach Zamawiającego). Zaznaczył że Zamawiający wskazał ryzyka związane ze zdarzeniami, które mogą mieć miejsce w lokalizacjach Zamawiającego, co w sposób jasny wskazuje na intencję Zamawiającego tj. transfer ryzyka. Z kolei kwestie związane z ewentualną odpowiedzialnością za zdarzenia zaistniałe z „winy umyślnej” – jego zdaniem - są

wystarczająco precyzyjnie regulowane przez Kodeks cywilny. Nie powinno być zatem w tym zakresie wątpliwości.

Odnosnie niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie dostarczanych urządzeń [zarzut 1e] podał, że także dokonał zmiany w załącznik 4 - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – w rozdziale XI pkt 3) w ten sposób, że doprecyzował wyodrębnienie infrastruktury DWDM z zakresu sprzętu, którego data produkcji powinna przypadać na okres nie wcześniejszy niż druga połowa 2014 r. Ponadto wyjaśnił, że w odniesieniu do pozostałego sprzętu nawet kosztem zwiększenia wartości zamówienia chce zapewnić równe traktowanie wykonawców na maksymalnym, możliwym poziomie, nie preferując w żadnym stopniu obecnego wykonawcy. Jeśli takie preferencje nawet występują, to są one obiektywne i niezależne od Zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 36 ust. 2 pkt 10) Pzp [zawarcie wewnątrznie sprzecznej informacji w zakresie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawców kluczowych części zamówienia] oraz naruszenia art. 143b i art. 143c Pzp [zastosowanie szczególnej regulacji ustawowej, która ogranicza swobodę umów pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą w zamówieniach publicznych na roboty budowlane, do zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi] – Zamawiający wyjaśnił, że w opisie Przedmiotu Zamówienia nie ma żadnej sprzeczności; Zamawiający na podstawie art. 36a Pzp miał prawo do ograniczenia podwykonawstwa w odniesieniu do wykonania sieci szkieletowej MPLS, gdyż zadanie to, ponad wszelką wątpliwość, jest kluczowym elementem (częścią) świadczonej przez Wykonawcę usługi. Podał również, że informacja, że Zamawiający nie dopuszcza realizacji zamówienia w zakresie MPLS przez podwykonawców, była zawarta w ogłoszeniu (str. 5, rozdz. II.2.1) - II. Dodatkowe uwarunkowania, pkt 1). Obecne odwołanie w tym zakresie jest więc spóźnione.

Odnosnie zarzutu naruszenia swobody umów między wykonawcą a podwykonawcą stwierdził, że zamawiający ma prawo określenia w SIWZ warunków zlecenia podwykonawstwa. Ograniczeniem dla Zamawiającego w tym zakresie są przepisy kodeksu cywilnego i gdyby, teoretycznie, Zamawiający próbował w złej wierze w sposób rażący i uporczywy uniemożliwić udział podwykonawców w realizacji umowy, narażałby się na roszczenia ze strony wykonawcy oraz na możliwość zwolnienia się wykonawcy z odpowiedzialności, na co w niezwykle zbliżonej sprawie orzekła Izba [wyrok KIO 1987/14, 2000/14, 2002/14 str. 75].

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 14 Pzp w zw. z art. 483 § 1 KC [zastrzeżenie kary umownej za wykonane prawidłowo usługi, z uwagi na naliczanie kary umownej za niedostępność wszystkich lokalizacji, w przypadku niedostępności łącza między Węzłem Centralnym a Centralą KRUS, bądź między Węzłem Centralnym a Ośrodkiem Zapasowym] wskazał na zmianę w Załączniku nr 5 do Umowy (SLA i procedury obsługi technicznej) w pkt. 2.4.1) zgodnie z którą zamiast spójnika „lub” wprowadził określenie „i jednocześnie”, w rezultacie czego niedostępność usług zachodzić będzie, gdy wystąpi jednocześnie przerwa w transmisji danych pomiędzy Węzłem Centralnym a Centralą KRUS oraz pomiędzy Węzłem Centralnym i Ośrodkiem Zapasowym. Zamawiający wyjaśnił ponadto, że w ośrodku podstawowym (w Centrali KRUS) oraz w Ośrodku Zapasowym, już są i będą w czasie obowiązywania umowy (w jeszcze szerszym zakresie) zlokalizowane zasoby kluczowych systemów informatycznych KRUS, w których przetwarzanie odbywa się centralnie i bez których nie jest możliwa realizacja zadań statutowych Kasy. Niedostępność obu tych ośrodków jednocześnie z tego punktu widzenia jest traktowana jako niedostępność sieci WAN.

Rozpoznając odwołania Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania podlegają oddaleniu.

Postępowanie, w którym zostały wniesione odwołania jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp] w trybie przetargu ograniczonego, o którym ogłoszenie zostało opublikowane w Dz. U. UE w dniu 13 września 2014 r., a specyfikacja istotnych warunków zamówienia [siwz] wraz z jej załącznikami wykonawcom zaproszonym do złożenia oferty została przekazana drogą elektroniczną dnia 27 lutego 2015 r. Odwołania w tym postępowaniu zostały wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum - GTS Poland sp. z o.o. oraz T- Mobile Polska S.A. i T- Systeras Polska sp. z o.o. z Warszawy [Odwołujący GTS] – sygn. akt: KIO 471/15 oraz Konsorcjum – Orange Polska S.A. i Integrated Solutions Sp. z o. o. z Warszawy [Odwołujący Orange] - sygn. akt: KIO 472/15. Zamawiający w piśmie z dnia 20 marca 2015 r. zmienił treść specyfikacji i jej załączników, o czym powiadomił w tym samym dniu wykonawców, także tych, którzy wnieśli odwołanie.

Zarzuty podnoszone w odwołaniu o sygn. akt: KIO 471/15 dotyczą naruszenia: (1) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a

także w sposób nieuwzględniający wszystkich okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga, aby: a) realizacja Etapu I została zakończona przed upływem 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy; b) wykonawca zapewnił połączenie sieci WAN z siecią s - TESTA zarządzaną przez MSW; c) Węzeł Centralny był zlokalizowany w granicach administracyjnych miasta Warszawy; d) wszystkie urządzenia, za wyjątkiem infrastruktury DWDM, dostarczone w ramach realizacji umowy były wyprodukowane nie wcześniej niż w drugiej połowie 2014 r.; e) wykonawca w terminie 14 dni od daty otrzymania wniosku o sprawdzenie możliwości świadczenia Usługi w nowej lokalizacji, potwierdził gotowość do świadczenia Usługi w nowej lokalizacji, bez prawa żądania przez wykonawcę wynagrodzenia i bez doprecyzowania, iż wykonawca ma możliwość w terminie 14 dni od daty otrzymania wniosku o sprawdzenie możliwości świadczenia usługi w nowej lokalizacji negatywnego zaopiniowania tego wniosku i stwierdzenia braku możliwości świadczenia Usługi w nowej lokalizacji; f) wykonawca przed podpisaniem umowy złożył Zamawiającemu dodatkowe oświadczenie na okoliczność udziału w realizacji zamówienia podwykonawców, stwierdzające, że wykonawca zawarł umowę z wymienionymi w ofercie podwykonawcami, a podwykonawcy zobowiązali się do wykonania powierzonej im części zamówienia; (2) art. 353 (1) w. zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp z uwagi na sporządzenie załącznika nr 2 do siwz, stanowiącego Istotne Postanowienia Umowy (IPU), w sposób naruszający zasady współzycia społecznego oraz niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim: a) Zamawiający ustala wysokość kar umownych jako procent liczony od „całkowitego maksymalnego wynagrodzenia”; b) Zamawiający przewiduje w art. 9 ust. 1, ust. 2, ust. 3, ust. 6 i ust. 7 IPU naliczanie kar umownych za opóźnienie, niezależnie od zaistnienia przesłanki winy wykonawcy; c) nie określono maksymalnej wysokości kar umownych, do których zapłaty zobowiązany może być wykonawca; d) Zamawiającemu w art. 15 ust. 3 IPU, przysługuje prawo do odstąpienia od umowy z winy wykonawcy w trybie natychmiastowym, bez wypłacenia wykonawcy wynagrodzenia, w przypadku, gdy dojdzie do opóźnienia wykonania Etapu I o więcej niż 7 dni roboczych; oraz (3) art. 353 (1) w. zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 ust. 1, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 36a ust. 1 i ust. 2 pkt 1 Pzp z uwagi na: a) zastrzeżenie do osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia w zakresie dotyczącym dysponowania przez wykonawcę siecią szkieletową MPLS wykorzystywaną na potrzeby realizacji usługi; b) ustanowienie daleko posuniętej ingerencji Zamawiającego w stosunki między wykonawcą a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami w szczególności z uwagi na wymaganie: uzyskania zgody Zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcą i jej zmianę, akceptacji przez Zamawiającego treści umowy z podwykonawcą, uzyskania zgody Zamawiającego na zmianę

podwykonawców i zakresu powierzonych im do realizacji zadań, uzależnienia wypłaty wynagrodzenia wykonawcy od uregulowania jego należności wobec podwykonawców.

Z kolei zarzuty podnoszone w odwołaniu sygn. akt: KIO 472/15 dotyczą naruszenia (1) art. 29 ust. 1 Pzp z uwagi na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w zakresie, w jakim Zamawiający: zastrzega możliwość a) zmiany przepływności, ograniczonej jedynie łączną pulą na zmiany przepływności w wysokości 1000 Mbit/s, co uniemożliwia wykonawcy określenie w jakiej technologii będzie musiał dostarczyć usługi będące przedmiotem zamówienia, a w konsekwencji uniemożliwia określenie kosztów dostarczenia usług będących przedmiotem zamówienia i skalkulowanie ceny oferty; b) przeniesienia lokalizacji świadczenia usług, niezależnie od możliwości technicznych wykonawcy, co uniemożliwia wykonawcy określenie kosztów dostarczenia usług będących przedmiotem zamówienia; oraz niejednoznacznie opisuje c) usługę w zakresie transmisji Video z uwagi na wymaganie, aby wykonawca zapewnił jedynie cztery klasy ruchu (Data 1, Data 2, Data 3, oraz Voice), bez dodatkowego kanału dla transmisji Video, co uniemożliwia świadczenie transmisji Video; oraz d) przedmiot zamówienia w zakresie ubezpieczenia sprzętu niezbędnego do świadczenia usług, który zostanie zamontowany w lokalizacjach Zamawiającego; oraz d) przedmiot zamówienia w zakresie dostarczanych urządzeń; a także (2) art. 36 ust. 2 pkt 10) Pzp z uwagi na zawarcie wewnątrznie sprzecznej informacji w zakresie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawców kluczowych części zamówienia; (3) art. 143 b) oraz art. 143 c) Pzp z uwagi na zastosowanie szczególnej regulacji ustawowej, która ogranicza swobodę umów pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą w zamówieniach publicznych na roboty budowlane, do zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi; oraz (4) art. 14 Pzp w zw. z art. 483 § 1 kc. z uwagi na zastrzeżenie kary umownej za wykonane prawidłowo usługi, z uwagi na naliczanie kary umownej za niedostępność wszystkich lokalizacji, w przypadku niedostępności łącza między Węzłem Centralnym, a Centralą KRUS, bądź między Węzłem Centralnym a Ośrodkiem Zapasowym.

Wykonawca GTS na posiedzeniu, cofnął zarzut dotyczący zapewnienia połączenia sieci WAN z siecią s -TESTA zarządzaną przez MSW z uwagi na usunięcie tego wymagania przez Zamawiającego i tym samym rozpoznanie odwołania o sygn. akt: KIO 471/15 następowало w zakresie podtrzymanym przez Odwołującego.

Izba stwierdziła, że wymaganie dotyczące lokalizacji Węzła Centralnego w granicach administracyjnych Warszawy zostało podane w dniu 13.09.2014 r. w Ogłoszeniu o

zamówieniu w Sekcji II jego punkcie II.2.1, a zatem termin na wniesienie odwołania upływał z dniem 23 września 2014 r. i tym samym zarzut z odwołania wykonawcy GTS został w związku z odpowiednim zastosowaniem art. 189 ust.2 pkt 3 Pzp pozostawiony bez rozpoznania. Także bez rozpoznania w związku z art. 189 ust.2 pkt 3 Pzp został pozostawiony zarzut dotyczący zakazu powierzenia podwykonawcy kluczowej części zamówienia, albowiem obowiązek osobistej realizacji przez wykonawcę sieci szkieletowej MPL został zawarty w dniu 13.09.2015 r. w Ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji II jego punkcie II.2.1. Tym samym zarzut z odwołania wykonawcy GTS oraz z odwołania wykonawcy Orange w takim zakresie – jak wskazano powyżej - jest spóźniony.

Rozpoznając zarzuty w pozostałym zakresie Izba miała na uwadze wytyczną z art. 190 ust.1 ustawy Pzp zgodnie z którą strona lub uczestnik postępowania dla wykazania zasadności zarzutów jest zobowiązany powołać dowody na ich potwierdzenie, a nie odnosząc argumentacji i żądań do nadmiernie uciążliwych dla danego wykonawcy wymagań, nie wykazując jednocześnie, że nie jest obiektywnie możliwe opracowanie i złożenie oferty, w oparciu o kwestionowane wymagania. Izba zwraca także uwagę, że zgłaszający przystąpienie wykonawcy ograniczyli przystąpienia tylko do wybranych przez nich zarzutów z odwołań, co może sugerować, że nie wszystkie zarzuty i żądania z tych odwołań zostały obiektywnie sformułowane w kontekście możliwości spełniania warunków przez wszystkich trzech zaproszonych wykonawców.

Sygn. akt: KIO 471/15

Zarzut braku możliwości realizacji Etapu I - wykonawca GTS oparł w szczególności na twierdzeniu, że nie jest możliwa realizacja tego Etapu w wymaganym trzymiesięcznym okresie, albowiem ten Etap zgodnie z pkt 3.1.2.1 siwz obejmuje zestawienie i uruchomienie ponad 550 łączy podstawowych i zapasowych oraz, że niezależnie od technologii świadczenia usługi, operator telekomunikacyjny potrzebuje okresu przygotowawczego w celu realizacji prac niezbędnych do świadczenia usługi. Wskazał także na inne postępowania o podobnych zamówieniach, gdzie okres realizacji wynosił od 4 do 12 miesięcy. W konkluzji stwierdził, że minimalny czas, jaki należy przeznaczyć na realizację Etapu I to 5 miesięcy od zawarcia umowy, przy czym, w zakresie prac związanych z przygotowaniem i uruchomieniem usługi DWDM, powinien być to okres minimum 6 miesięcy, ze względu na zakres przewidywanej inwestycji oraz, że przeprowadzenie takiej inwestycji dla lokalizacji wskazanych jest szczególnie czasochłonne, i przy tak dużej skali przedsięwzięcia, czas potrzebny na skoordynowanie i zestawienie wszystkich lokalizacji dodatkowo się wydłuża. Zamawiający zmodyfikował w dniu 20.03.2015 r. kwestionowane wymagania, wskazując w

aktualnej wersji specyfikacji, że wymaga w okresie 3.miesiący w ramach Etapu I zestawienia i instalacji tylko łączy podstawowych w 294 lokalizacjach. Z kolei łączy zapasowe w tych lokalizacjach będą odbierane dopiero na zakończenie Etapu 2 - po 6. miesiącach. To oznacza, że uwzględniając argumentację wykonawcy z odwołania i dokonaną modyfikację specyfikacji Zamawiający pozytywnie odpowiedział na żądanie wykonawcy GTS i odpowiednio zmodyfikował postanowienie z Istotnych Postanowień Umowy [IPU] w zakresie rozdziału 4 ust.2 załącznika nr 2 oraz w załączniku 4 do IPU w rozdziale - Wdrażanie – Ramowy harmonogram w punkcie 1.1) i 1.2), przenosząc do Etapu II realizację 256 łączy spośród wymaganych 550. Zdaniem Izby, odwoływanie się do nawet podobnych postępowań – których podobieństwo nie zostało nota bene udowodnione - nie może służyć, jako dowód bezpośredni, potwierdzający zasadność żądań wydłużenia terminu realizacji Etapu I do 6 miesięcy. Izba w tym przypadku podzieliła pogląd Zamawiającego, że terminy realizacji zamówienia niekoniecznie wynikać muszą z uwarunkowań technicznych i organizacyjnych wykonawcy, lecz również mogą wynikać z określonej sytuacji, czy też potrzeb zamawiających. W tym przypadku Odwołujący, podobnie, jak przystępujący po jego stronie wykonawcy, nie przedstawili danych z rynku, które pozwoliłyby uznać, że nie jest faktycznie możliwa do osiągnięcia „wydajność” procesu instalacji po stronie wykonawców z wyjątkiem dotychczasowego operatora, co uzasadniałoby uznanie, że ten warunek dyskryminuje wykonawców, a faworyzuje dotychczasowego operatora, także zaproszonego do złożenia oferty. Izba zwraca uwagę, że przedłożona ekspertyza jako dokument prywatny wykonawcy dla potwierdzenia jego stanowiska stanowi, że przewidziany przez Zamawiającego czas 3 miesięcy (...) może być zbyt krótki na realizację i m.in. z powodu takich wątpliwości wnioskowane jest wydłużenie terminu, do 6 miesięcy, pomimo wskazywanej jednocześnie możliwej realizacji już w okresie 4 miesięcy.

Odnosnie zarzutu, dotyczącego daty produkcji urządzeń [z wyłączeniem infrastruktury DWDM], Izba stwierdza, że także w tym przypadku Zamawiający w dniu 20. 03. 2015 r. dokonał modyfikacji siwz, zgodnie z którą w załączniku nr 4 do IPU w rozdziale - Wymagania uzupełniające dla urządzeń sieciowych i Systemów – pkt 3 – doprecyzowano czasokres dla produkcji urządzeń [nie wcześniej niż w drugiej połowie 2014 r.] odnosząc powyższe do urządzeń wyspecyfikowanych w tym rozdziale od XV.2 do XXI. W zakresie tego zarzutu wnoszący odwołanie także nie udowodnił, że tylko wykonawcy inni niż dotychczasowy operator Orange zmuszeni będą dokonać zakupu nowych urządzeń w całości. Odwołujący nie udowodnił również, że dla inwestycji, które wykonać będą musieli potencjalni wykonawcy, dotychczasowy operator będzie mógł wykorzystać sprzęt obecnie zainstalowany u Zamawiającego i to w 100%. Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego do twierdzeń Zamawiającego [nie kwestionował w toku rozprawy tego stanowiska], że zamówienie

wskazywane przez wykonawcę istotnie różni się, - co do: kształtu i funkcjonalności obecnej sieci WAN KRUS, od tej, której budowa jest elementem tej siwz, zasadniczo wyższych poziomów przepustowości, istotnie większej ilości telefonów IP, większego zakresu funkcjonalnego sieci - co z kolei powoduje, że aby zrealizować wymagania dla sieci tego postępowania każdy operator będzie musiał wykonać projekt techniczny wraz z dokumentacją niezbędną do realizacji zadania, dostarczyć, zainstalować i uruchomić sprzęt niezbędny do realizacji usług i zestawić łącza o parametrach wymaganych przez Zamawiającego. Niewątpliwie Zamawiający jest uprawniony do indywidualnego określenia swoich potrzeb (te zaś związane są z terminem zakończenia obecnie obowiązującej umowy) w sposób obiektywnie nieograniczający konkurencji (co wykazano powyżej), a nie w dostosowaniu do interesów wykonawcy, który z kolei jest w stanie dotrzymać wymaganego terminu realizacji, pod warunkiem zapewnienia przez tego wykonawcę właściwej organizacji pracy oraz odpowiednich zasobów ludzkich i technicznych, niezbędnych do realizacji przedsięwzięcia, ponosząc niewątpliwie związane z tym koszty, które są możliwe do uwzględnienia w cenie oferty. W konkluzji Izba stwierdza, że wykonawca nie wykazał, aby to wymaganie było działaniem naruszającym art. 29 ust. 2 Pzp i tym samym żądanie ujednolicenia wymagań, co do daty produkcji urządzeń włącznie z infrastrukturą DWDM nie podlega uwzględnieniu.

W zakresie zasad przenoszenia lokalizacji - Izba stwierdziła, że w wyniku modyfikacji Zamawiający dokonał zmiany specyfikacji w ten sposób, że w załączniku 3 do IPU (Zasady przenoszenia lokalizacji) w punkcie 1.11. wskazał na pulę zmian lokalizacji [po zmianach pula zmian obejmuje tylko lokalizacje typu OR, PTR i PT], podtrzymując maksymalną ilość przeniesień, ograniczoną do 25. Podał także, że terminy określone w załączniku 3 są terminami minimalnymi, a z danych historycznych wynika, że w zdecydowanej większości przypadków faktyczne terminy zgłaszania oraz planowane daty przeniesienia są dłuższe. Zdaniem Izby, wykonawca – w tym stanie faktycznym - nadinterpretuje postanowienia załącznika 3, dotyczące przenoszenia lokalizacji, stwierdzając, że Zamawiający może wskazać dowolną lokalizację na terenie całego kraju, podczas, gdy – jak zauważył Zamawiający - jednostki organizacyjne KRUS są w zdecydowanej większości ulokowane w miastach o statusie co najmniej powiatu, czyli lokalizacjach gdzie istnieje podstawowa infrastruktura telekomunikacyjna, a nie na obszarach leśnych, czy niezaludnionych, co wymagałoby realizacji trudnych do oszacowania inwestycji. Zamawiający niewątpliwie, w ramach bieżących potrzeb, może mieć interes w przenoszeniu lokalizacji, w ramach jednej miejscowości, bowiem duża część lokalizacji Zamawiającego, to budynki niebędące jego własnością i tym samym powinien mieć możliwość, z uwagi chociażby na istotny aspekt biznesowy, zmiany lokalizacji i obniżenia kosztów najmu. W takim przypadku powinien mieć

z kolei zagwarantowaną możliwość wyegzekwowania od wykonawcy przeniesienia danej lokalizacji w określonym terminie bez ponoszenia dodatkowych – czasem może nadmiernych - kosztów. De facto, jak zauważył Zamawiający, taki przyjęty mechanizm może okazać się korzystny także dla wykonawcy, albowiem przewiduje on pulę przeniesień, za które Zamawiający zapłaci w formie ryczałtowej, a która nie musi zostać wykorzystana. Jest to zatem kwestia rozłożenia ryzyka pomiędzy wykonawcę, który wyceni zmianę lokalizacji (i uwzględni tę wycenę w wysokości ryczałtu) oraz Zamawiającego, który może nie skorzystać z pełnej puli, a mimo to zapłaci pełną kwotę. Także możliwość stosowania technologii radiowych, co do zasady może istotnie ułatwić wykonawcom realizację przedsięwzięcia, skracając czas realizacji i koszty potencjalnej inwestycji. Izba zauważa, że okolicznościami tym wykonawca nie przeczył w toku rozprawy, a w odwołaniu wskazywano tylko na utrudnienia w sporządzeniu oferty.

W zakresie kar umownych oraz prawa Zamawiającego do natychmiastowego odstąpienia od umowy, wnoszący odwołanie wykonawca wskazał, że w art. 9 IPU wysokość kar umownych została określona w odniesieniu do „całkowitego maksymalnego wynagrodzenia*“, które to pojęcie nie zostało dokładnie określone i wymaga sprecyzowania, czy kwota, która zostanie wpisana w art. 2 ust. 1 IPU, ma być taka sama, jak cena brutto za realizację zamówienia podana w pkt 1 Formularza ofertowego. Dalej wskazał na nadmierne obciążenie wykonawcy, co jego zdaniem narusza zasady współżycia społecznego. Wskazał także, na brak procedury reklamacyjnej, którą należałoby przeprowadzić przed obciążeniem wykonawcy obowiązkiem zapłaty kar oraz stawiając bardzo rygorystyczne przesłanki, co do okoliczności uprawniających do ich nałożenia oraz na charakter sankcji finansowych wobec wykonawcy odpowiadający karom umownym, które mają również odrębnie uregulowane bonifikaty za niedotrzymanie parametrów jakościowych usługi. Także kary umowne powinny przysługiwać Zamawiającemu wyłącznie w przypadku, gdy nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z winy wykonawcy. Odnośnie art. 15 ust. 3 IPU, wykonawca stwierdził, że to postanowienie także nadmierne obciąża wykonawcę i narusza zasady współżycia społecznego, albowiem to uprawnienie nie zostało uzależnione od winy wykonawcy w zaistnieniu opóźnienia w realizacji, jak również - (podobnie zresztą jak w przypadku kar umownych) - uprawnienie to nie zostało poprzedzone jakąkolwiek procedurą reklamacyjną lub wyjaśniającą oraz, że pozbawia wykonawcy wypłaty odpowiedniego wynagrodzenia należnego za świadczone usługi i korzystanie z rzeczy. Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że Zamawiający modyfikacją z dnia 20.03.2015 r. - zgodnie z żądaniem sposobu ustalenia wysokości kar umownych - dokonał zmiany treści formularza ofertowego, uściślił, co rozumie pod pojęciem „całkowitego maksymalnego wynagrodzenia z podatkiem VAT oraz zastosował taki sposób naliczania kar jedynie w IPU, w odniesieniu do kar, w szczególności za opóźnienia w

realizacji poszczególnych etapów, a ich wysokość w formie bonifikat określona została w wartościach bezwzględnych. Wykonawca de facto nie kwestionuje wysokości kar, a jedynie model ich naliczania. Zdaniem Izby, zastosowany model naliczania kar umownych nie narusza prawa i chociażby z tego powodu zarzut nie jest zasadny, albowiem trudno byłoby uznać, że przyjęty model naliczania narusza wymaganie z art. 29 ustawy Pzp. Izba zwraca uwagę, że ustawa Pzp, w ramach zasady swobody umów, przyznaje zamawiającemu prawo swobodnego kształtowania postanowień przyszłego stosunku zobowiązaniowego [umowy z wykonawcą, który przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia, [składając ofertę] godzi się realizować przedmiotowe zamówienie w sposób i na zasadach określonych przez zamawiającego], które to postanowienia mogą być postrzegane jako restrykcyjne dla danego wykonawcy. Jednakże takie wymagania, o ile nie naruszają prawa powszechnie obowiązującego, nie mogą być skutecznie kwestionowane. Izba dodatkowo podkreśla, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasada równości stron stosunku cywilnoprawnego doznaje znacznego ograniczenia i, o ile działania zamawiającego nie będą naruszać postanowień przepisów Pzp, to nawet restrykcyjne sformułowanie postanowień umownych, obciążenie wykonawcy wysokimi karami umownymi, czy też nałożenie na wykonawców szeregu obowiązków nie może prowadzić, zdaniem Izby, do ich arbitralnej zmiany. Odnośnie zastrzeżonego prawa do odstąpienia od umowy, Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że niewątpliwie sieć WAN jest zasobem niezbędnym do realizacji jego zadań statutowych w zakresie m.in. obsługi ubezpieczeń i wypłaty świadczeń emerytalno-rentowych dla rolników i ich rodzin oraz, że Zamawiający nie może pozwolić na „dłuższy” okres niedostępności sieci WAN, albowiem zagrażałoby to wypełnianiu jego obowiązków, w określonych ustawowo terminach, co z kolei mogłoby mieć trudne do przewidzenia konsekwencje formalno-prawne, finansowe oraz te natury społecznej. Tak jak zauważył Zamawiający, odstąpienie od umowy będzie wywołane działaniem wykonawcy, i nie jest automatyczne, albowiem tylko w określonym stanie faktycznym, brakiem możliwości wdrożenia systemu, Zamawiający zmuszony takimi okolicznościami będzie mógł z tego prawa skorzystać. Także 7. dniowy termin, z uwagi na obowiązujące w tym postępowaniu terminy, nie jest nadmiernie krótki, naruszający przepisy prawa, w tym wskazywane w odwołaniu,. Niewątpliwie wykonawca, decydując się na dostarczenie usługi o określonych parametrach i jakości w określonym czasie, musi uwzględniać ryzyko związane z negatywnymi konsekwencjami opóźnienia świadczenia usługi.

W zakresie postanowień dotyczących podwykonawstwa - oprócz zgłoszonego jak wskazano powyżej zarzutu po terminie - Odwołujący stwierdził również, że Zamawiający określił liczne postanowienia daleko ingerujące w stosunki między wykonawcą a podwykonawcami, co

stanowi wymóg nadmiernie ograniczający swobodę wykonawcy do kształtowania jego stosunków umownych, jak również nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Przede wszystkim z uwagi na fakt, że przedmiotem zamówienia są usługi, [a nie roboty budowlane] za których prawidłową realizację, zarówno w zakresie wykonywanym osobiście, jak i powierzonym podwykonawcom, całkowitą odpowiedzialność ponosi wykonawca, brak jest uzasadnienia dla uzależniania od zgody Zamawiającego nie tylko wyboru i zmiany podwykonawcy, ale również warunków zawartych między wykonawcą a jego podwykonawcami. Także w zakresie, w jakim Zamawiający nie wyłączył możliwości korzystania z usług podwykonawców, nie jest również uzasadnione i dopuszczalne ograniczenie możliwości zmiany zakresu zadań, jakie na etapie realizacji umowy wykonawca powierzy podwykonawcom. Zdaniem Izby, wnoszący odwołanie wykonawca, nie wykazał, że te postanowienia obiektywnie naruszają interes wykonawcy, jak i jego swobody, w zakresie oferowanym, w doborze optymalnej metody świadczenia usługi spełniającej wymagania Zamawiającego. W ofercie wykonawca był zobowiązany podać zakres prac, jaki zamierza powierzyć podwykonawcom i Zamawiający w projekcie umowy [IPU] określił warunki zmiany. Zamawiający, zdaniem Izby, ma prawo do określenia w specyfikacji zakresu zmian warunków zlecenia podwykonawstwa, uwzględniając oczywiście ograniczenia wynikające z przepisów kodeksu cywilnego. Jednocześnie Izba stwierdza, że próby zamawiającego w złej wierze, które w sposób rażący oraz uporczywy uniemożliwiałyby udział podwykonawców w realizacji umowy, naraziłyby go na roszczenia ze strony wykonawcy oraz na możliwość zwolnienia się wykonawcy z odpowiedzialności. Izba dodatkowo, mając na względzie dyrektywę z art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zwraca uwagę, że żądanie wykreślenia wymagania z punktu 17.3 specyfikacji [jej części ogólnej] wykonawca oparł na twierdzeniu, że liczne postanowienia daleko ingerują w stosunki pomiędzy wykonawcą, a podwykonawcami podczas, gdy to postanowienie dotyczy złożenia oświadczenia, na okoliczność m.in. udziału w realizacji zamówienia podwykonawców wymienionych w ofercie, a jednocześnie nie ma miejsca w ofercie na podanie firm podwykonawców, jednakże taka okoliczność nie została w odwołaniu podniesiona. Brak jest także w innych postanowieniach specyfikacji żądania podania firm wykonawców, co byłoby możliwe w okolicznościach wskazanych w art. 36b, który dotyczy podwykonawców na zasoby których powołuje się wykonawca zgodnie z przepisem art. 26 ust.2b ustawy Pzp. To wskazuje, zdaniem Izby, na pewną sprzeczność postanowień tej specyfikacji, jednakże w taki sposób zarzut w odwołaniu nie został sformułowany, a tym samym wobec dyrektywy z art. 192 ust.7 Pzp omówiona okoliczność nie może być przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę.

W tym miejscu Izba podkreśla, że do upływu terminu składania ofert każdy zamawiający ma możliwość naprawienia wszystkich wadliwości, nawet tych, co do których upłynął termin na wniesienie odwołania, a które mogą potencjalnie wywoływać spór na etapie oceny ofert.

Sygn. akt: KIO 472/15

W odniesieniu do zarzutu niezasadnego zastrzeżenia możliwości zmiany przepływności, ograniczonej jedynie łączną pulą na zmiany przepływności w wysokości 1000 Mb/s, a także zarzutu zastrzeżenia możliwości przeniesienia lokalizacji świadczenia usług, niezależnie od możliwości technicznych wykonawcy, Odwołujący stwierdził, że powyższe uniemożliwia mu określenie kosztów dostarczenia usług będących przedmiotem zamówienia. Zamawiający jak wynika ze zmian z dnia 20.03.2015 r. do specyfikacji i jej załączników, które zostały powołane także w sprawie o sygn. akt: KIO 471/15 - dokonał zmiany siwz w ten sposób, że w załączniku 11 do IPU [Zasady podwyższania i obniżania przepustowości sieci WAN] określił maksymalne przepustowości dla lokalizacji typu PT, PTR i OR oraz wskazał w załączniku 3 do IPU [Zasady przenoszenia lokalizacji], że pula zmian obejmuje tylko lokalizacje typu OR, PTR i PT, czym uwzględnił częściowo żądanie wykonawcy, a co z kolei powinno istotnie zmniejszyć ryzyko wykonawcy z kalkulacją kosztów. Także zdaniem Izby, wskutek ograniczenia maksymalnych przepustowości wykonawca ma możliwość oszacować [o przewidywane ewentualne uwarunkowania technologiczne] koszty związane ze zmianą przepustowości. Ponadto, jak wyjaśnił Zamawiający, decyzje w tym zakresie związane są m.in. z planowanym wdrażaniem rozwiązań w dziedzinie IT, czy ewentualnymi zmianami organizacyjnymi, a zatem sformułowane wymaganie sprowadza się do konieczności oszacowania przez wykonawcę kosztu zmiany przepustowości dla określonego typu lokalizacji (w granicach wynikających z postanowień siwz) i uwzględnienia tej wyceny oraz potencjalnej puli zmian w wysokości wynagrodzenia. Także Izba zauważa, że ryzyko takiej wyceny obciąża również Zamawiającego, który może nie wykorzystać puli na zmianę przepustowości, a pomimo to zapłaci wyższe miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe, gdyż wykonawcy przeniosą część kosztów zmiany przepustowości do tego wynagrodzenia, chcąc zdyskontować koszty wynikające z ryzyka wykorzystania przez Zamawiającego pełnej wysokości puli na zmianę przepustowości. Powoływanie się przez wykonawcę na warunki aktualnie obowiązującej umowy nie jest dowodem na naruszenie art. 29 ust.1 Pzp, który przede wszystkim uprawnia zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem jego aktualnych potrzeb i zakładanych celów biznesowych. Także kwestie związane z wprowadzeniem kar umownych nie mogą być przedmiotem skutecznego zarzutu, albowiem mają również charakter biznesowy oraz mogą być uwzględnione w wycenie usługi i ofercie cenowej. Ponadto udzielenie zamówienia uzupełniającego ustawa uzależnia od spełnienia określonych przesłanek, a żądane skorzystanie przez Zamawiającego z zamówień uzupełniających uzależnione byłoby niewątpliwie od zgody wykonawcy, podyktowanej subiektywną oceną możliwych warunków technicznych, co w konsekwencji

prowadziłoby do zrealizowania celów biznesowych wykonawcy, w miejsce wymagania dostosowanego do potrzeb Zamawiającego.

Odnosnie zarzutu, dotyczącego usługi w zakresie transmisji Video [z uwagi na wymaganie, aby wykonawca zapewnił jedynie cztery klasy ruchu (Data 1, Data 2, Data 3, oraz Voice), bez dodatkowego kanału dla transmisji Video, co uniemożliwia świadczenie transmisji Video] – Zamawiający dokonał zmiany w załączniku 4 do IPU [Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia], rozdział IV pkt. 11, rozdział XV.4.1 pkt. 2, rozdział XVI.4.2), w ten sposób, że została dodana do klas/kolejek QoS klasa / kolejka „video”, dedykowana dla transmisji obrazu. Co oznacza, że zarzut ten został uwzględniony w całości. Dodanie nowych funkcjonalności modyfikacją z 20.03.2015 r. [dostępność dla konferencji webowych] wiąże się oczywiście z określeniem wymagania jakości dla tej funkcjonalności. Jednakże w takim zakresie zarzut nie podlega rozpoznaniu przez Izbę, albowiem, tak jak przyznał wykonawca ta nowa funkcjonalność nie była przewidziana w siwz udostępnionej wykonawcom w dniu 27.02.2015 r. i nie mogła być obiektywnie przedmiotem zarzutu i tym samym w związku z dyrektywą z art. 192 ust.7 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutu, które nie był zawarty w odwołaniu. Jednakże Zamawiający, co Izba podkreślała, celem uniknięcia sporów na etapie oceny ofert, powinien przed upływem terminu do ich złożenia usunąć pojawiające się wątpliwości wskutek dokonanych modyfikacji w trybie wyjaśnień, bądź zmian w dokumentach przekazanych wykonawcom.

Odnosnie wymagań w zakresie ubezpieczenia sprzętu niezbędnego do świadczenia usług, który zostanie zamontowany w lokalizacjach Zamawiającego, w wyniku modyfikacji z dnia 20.03.2015 r. wprowadzone zostały zmiany w art. 7 ust. 8 lit. d) załącznika 2 IPU w ten sposób, że Zamawiający usunął wymóg ubezpieczenia od ryzyka „aktów terroryzmu”, a ponadto oczekuje od wykonawcy „objęcia ubezpieczeniem” urządzeń udostępnionych Zamawiającemu, co oznacza, że wykonawca, jako ubezpieczony, powinien w tym zakresie wylegitymować się posiadaną polisą ubezpieczenia majątkowego. Zatem żądanie zostało częściowo uwzględnione, a Izba, podobnie jak Zamawiający, nie widzi podstaw do całkowitej rezygnacji z ubezpieczenia majątku wykonawcy znajdującego się w lokalizacjach administrowanych przez Zamawiającego. Zdaniem Izby, Zamawiający jednoznacznie wskazał ryzyka związane ze zdarzeniami, które mogą mieć miejsce w opisanych lokalizacjach, a to z kolei wprost wskazuje na intencję Zamawiającego, a mianowicie transfer ryzyka. Także ewentualna odpowiedzialność za zdarzenia zaistniałe z „winy umyślnej” są dostatecznie precyzyjnie regulowane przez przepisy, w tym kodeksu cywilnego, co w przypadku tej sprawy nie powinno powodować wątpliwości. Izba jednocześnie stwierdza, że podnoszony w toku rozprawy zarzut ograniczenia żądania dla potwierdzenia faktu

wymaganego ubezpieczenia tylko do polis nie podlega rozpoznaniu. Taki zarzut nie został sformułowany w odwołaniu. Powoływanie się ogólne przez wykonawcę na wykreślenie całego rozdziału nie może być odczytane przez Izbę, jako zarzut do danego postanowienia specyfikacji, czy projektu umowy. W tym przypadku Izba uznała, że zarzut zasadniczy związany z żądaniem ubezpieczenia, z opcją transferu ryzyka na wykonawcę, nie podlega uwzględnieniu i w to miejsce nie może być rozpatrywany zarzut, dotyczący dokumentacji ubezpieczeniowej, którą musi się legitymować wykonawca. Jest niezasadny. Rozpoznawanie żądań Odwołującego w takim zakresie skutkowałoby w konsekwencji, wbrew dyrektywie z art. 192 ust.7 Pzp, nieuprawnionym wykroczeniem poza zarzuty tego odwołania.

Odnosnie wymagań z powołanego rozdziału XI ust.3 załącznika nr 4 do IPU – jak wskazano powyżej - Zamawiający modyfikacją z dnia 20.03.2015 r. dokonał zmiany w załączniku 4 w ten sposób, że doprecyzował wyodrębnienie infrastruktury DWDM z zakresu sprzętu, którego data produkcji powinna przypadać na okres nie wcześniejszy niż druga połowa 2014 r. W odniesieniu do pozostałego sprzętu, tylko z uwagi na żądanie dotychczasowego operatora sprzętu, nie był zobowiązany do szerszego jego wyodrębnienia. Wyłączenia zostały podane jednoznacznie i zarzut opisanego przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 29 ustawy Pzp nie został, zdaniem Izby, poparty żadnym dowodem, nawet, co do podnoszonej na rozprawie okoliczności zaniechania produkcji jednego z urządzeń opisanych w pkt XXI załącznika nr 4 do IPU. Jednakże, zdaniem Izby, zaistnienie takiej okoliczności, jak zaniechanie produkcji urządzenia podanego w specyfikacji i brak możliwości zastosowania w jego miejsce innego urządzenia powoduje, że ta okoliczność – zauważona przed upływem terminu do składania ofert - nie powinna być w ocenach Zamawiającego pominięta, albowiem na etapie oceny ofert może prowadzić do sporów, skutkujących w ostateczności nawet koniecznością unieważnienia postępowania.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 36 ust. 2 pkt 10) Pzp oraz art. 143b i art. 143c Pzp wykonawca nie wykazał, zdaniem Izby, na czym miałyby polegać sprzeczności z tymi przepisami. Mając na uwadze wskazany już powyżej art. 189 ust.2 pkt 3 Pzp, Izba na marginesie stwierdza, że Zamawiający miał prawo na podstawie art. 36a Pzp do ograniczenia podwykonawstwa w odniesieniu do wykonania sieci szkieletowej MPLS, gdyż zadanie to, jest kluczowym elementem świadczonej przez wykonawcę usługi. Odnosnie zarzutu naruszenia swobody umów między wykonawcą a podwykonawcą, Izba zwraca uwagę na argumentację w sprawie KIO 471/15, podkreślając, że ograniczenia w spornym zakresie mogą wynikać z przepisów kodeksu cywilnego. Także dobrowolne zastosowanie przez Zamawiającego standardów dla usług odpowiednio z art. 143b i art. 143c Pzp, zastrzeżonych ustawą Pzp dla robót budowlanych, nie może być postrzegane jako

naruszenie przepisów prawa. Zdaniem Izby, podwykonawca usługi – zgodnie z kompetencją Zamawiającego - ma prawo korzystać z analogicznej ochrony, jak podwykonawca robót budowlanych, któremu to tylko wykonawcy ustawa Pzp niewątpliwie przyznaje obligatoryjnie ochronę.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 14 Pzp w zw. z art. 483 § 1 KC [zastrzeżenie kary umownej za wykonane prawidłowo usługi, z uwagi na naliczanie kary umownej za niedostępność wszystkich lokalizacji, w przypadku niedostępności łącza między Węzłem Centralnym a Centralą KRUS, bądź między Węzłem Centralnym a Ośrodkiem Zapasowym] Zamawiający modyfikacją z dnia 20.03. 2015 r. dokonał zmiany w załączniku nr 5 do IPU (SLA i procedury obsługi technicznej) w pkt. 2.4.1), zgodnie z którą zamiast spójnika „lub” wprowadził określenie „i jednocześnie”, w rezultacie czego niedostępność usług zachodzić będzie, gdy wystąpi jednocześnie przerwa w transmisji danych pomiędzy Węzłem Centralnym a Centralą KRUS oraz pomiędzy Węzłem Centralnym i Ośrodkiem Zapasowym. Tak jak wyjaśnił Zamawiający, w Ośrodku Podstawowym (w Centrali KRUS) oraz w Ośrodku Zapasowym, będą w czasie obowiązywania umowy zlokalizowane zasoby kluczowych systemów informatycznych KRUS, w których przetwarzanie odbywa się centralnie i bez których nie jest możliwa realizacja zadań statutowych Kasy. Niedostępność obu tych ośrodków jednocześnie może być traktowana jako niedostępność sieci WAN i powodować obciążanie wykonawcy karami. Tak jak słusznie zauważył sam wykonawca, kary umowne rażąco wygórowane w stosunku do ewentualnej szkody poniesionej przez Zamawiającego, w przypadku sporu sądowego mogą być miarkowane przez właściwy sąd, chociażby na podstawie art. 485 § 2 kodeksu cywilnego.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania

wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....