

Sygn. akt: KIO 2135/13
Sygn. akt: KIO 2136/13
Sygn. akt: KIO 2163/13

WYROK
z dnia 18 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 września 2013 r.**, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **05.09.2013 r.** przez wykonawcę **EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa** (sygn. akt: KIO 2135/13)
- B. w dniu **05.09.2013 r.** przez wykonawcę **Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa** (sygn. akt: KIO 2136/13)
- C. w dniu **06.09.2013 r.** przez wykonawcę **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** (sygn. akt: KIO 2163/13)

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Dyrekcję Generalną Lasów Państwowych, ul. Bitwy Warszawskiej 1920 Roku nr 3, 02-362 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawców **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa; EmiTel Sp. z o.o., ul. Wołoska 22, 02-675 Warszawa i GTS Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2135/13** po stronie odwołującego
- B. wykonawców **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa i GTS Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2136/13** po stronie odwołującego
- C. wykonawców **EmiTel Sp. z o.o., ul. Wołoska 22, 02-675 Warszawa; GTS Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa i EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2163/13** po stronie odwołującego

orzeka:

1 A, B i C. Uwzględnia odwołania wniesione przez EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa (sygn. akt: KIO 2135/13); Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa (sygn. akt: KIO 2136/13) i Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa (sygn. akt: KIO 2163/13) i nakazuje zmianę postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” w sposób wskazany w uzasadnieniu, z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji w nim wskazanych,

2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Dyрекję Generalną Lasów Państwowych, ul. Bitwy Warszawskiej 1920 Roku nr 3, 02-362 Warszawa i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa, Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa i Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od **Skarbu Państwa - Dyrekcji Generalnej Lasów Państwowych, ul. Bitwy Warszawskiej 1920 Roku nr 3, 02-362 Warszawa** kwotę **48 600 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści osiem tysięcy sześćset złotych zero groszy)
w tym:
- A. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- B. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- C. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907) 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 2135/13

Sygn. akt: KIO 2136/13

Sygn. akt: KIO 2163/13

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Świadczenie usług transmisji danych IP VPN (MPLS) z dostępem do Internetu dla Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe” (Znak sprawy EZ-2710-14/12), zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 166-288779 z dnia 28.08.2013 r. przez Skarb Państwa – Dyrekcja Generalna Lasów Państwowych z siedzibą w Warszawie, ul. Bitwy Warszawskiej 1920 Roku nr 3, 02-362 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym”. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ” została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającym w tym samym dniu.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2135/13 – Exatel S.A.:

W dniu 05.09.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Exatel S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa zwany dalej: „Exatel S.A.” albo „Odwołującym w sprawie KIO 2135/13” wniósł na podstawie art. 180 ust.1 w zw. z art. 182 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907) zwanej dalej: „Pzp” odwołanie na postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 05.09.2013 r. (faxem). Wnosił odwołanie wobec treści SIWZ w postępowaniu na świadczenie usług transmisji danych IP VPN (MPLS) z dostępem do Internetu dla Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania, tj.:

1. art. 29 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w nieprecyzyjny sposób, utrudniający lub uniemożliwiający złożenie oraz prawidłowe skalkulowanie oferowanej ceny,
2. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w taki sposób, że w przedmiotowym postępowaniu preferowany jest jeden z potencjalnych wykonawców.

Wnosił o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ poprzez doprowadzenie jej postanowień do zgodności z ustawą, zgodnie z treścią uzasadnienia niniejszego odwołania.

Przedmiotem postępowania jest świadczenie usług transmisji danych z dostępem do Internetu dla Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, w sieci rozległej WAN Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, po uprzednim zaprojektowaniu, przetestowaniu, zestawieniu, uruchomieniu i przełączeniu łączy we wszystkich lokalizacjach

wskazanych przez Zamawiającego, z obecnej sieci do sieci Wykonawcy. Lokalizacji, w których należy zestawić łącza i uruchomić usługę jest na terenie całej Polski 468, usługa ma być świadczona przez 36 miesięcy, zaś na przygotowanie do świadczenia usługi według obecnych szacunków Zamawiającego, Wykonawcy mają czas do dnia 17.11.2014 r. Realizacja przedmiotu zamówienia jest więc przedsięwzięciem o bardzo dużej skali i nie ulega wątpliwości, że zainteresowani i realnie zdolni do jego złożenia oferty i wykonania zamówienia będą wszyscy czołowi polscy operatorzy. Konstruuąc opis przedmiotu zamówienia Zamawiający powinien więc szczególną uwagę poświęcić zarówno precyzji opisu przedmiotu zamówienia, jak i zachowaniu fundamentalnych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W niniejszym odwołaniu Odwołujący wskazuje na postanowienia SIWZ, które naruszają wskazane wyżej zasady, to jest zarówno takie, które utrudniają sformułowanie oferty poprzez niezdefiniowany zakres zobowiązań wykonawców, jak i takie, które utrudniają lub wręcz uniemożliwiają niektórym z wykonawców złożenie ofert, faworyzując jeden z podmiotów zainteresowanych realizacją zamówienia.

W tym miejscu należy wyjaśnić, że jednym z uwarunkowań faktycznych realizacji przedmiotowego zamówienia jest okoliczność, iż obecnie usługi transmisji danych dla Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe świadczone są przez Telekomunikację Polską S.A., która dysponuje również niezwykle istotną dla wykonania przedmiotowego zamówienia infrastrukturą dostępową (kablami) doprowadzoną do zdecydowanej większości lokalizacji Zamawiającego. Jest więc rzeczą naturalną, iż Telekomunikacja Polska S.A. posiada pozycję uprzywilejowaną przy ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie, przez co inni operatorzy - w tym Odwołujący - są w znacząco trudniejszej sytuacji, chcąc złożyć konkurencyjną ofertę. Oczywiście nie sposób domagać się od Zamawiającego zmiany opisanego wyżej stanu faktycznego, to jest nie można pominąć czy zniweczyć wszystkich skutków faktu, iż Telekomunikacja Polska S.A. świadczy usługi oraz posiada infrastrukturę w zakresie szerszym, niż pozostali wykonawcy. Należy jednak od Zamawiającego oczekiwać, iż nie będzie on wprowadzał do SIWZ postanowień, które pozwolą Telekomunikacji Polskiej S.A. (czy jakimkolwiek innemu podmiotowi) w sposób nieuzasadniony i nadmierny wykorzystywać swoją przewagę konkurencyjną. Wręcz przeciwnie, należy od Zamawiającego oczekiwać, by mając na uwadze istniejące uwarunkowania, prowadził postępowanie w sposób szczególnie uważny, unikając sztucznego wzmacniania pozycji tego wykonawcy i wskazywania elementów jego sytuacji faktycznej jako obligatoryjnych wymagań co do realizacji przedmiotu zamówienia. Działanie takie jest jednoznacznie dyskryminacyjne, a zatem uzasadnia wniesienie niniejszego odwołania. Jak bowiem zauważył SN w uzasadnieniu uchwały z dnia 18.09.2002 r. (III CZP 52/02), celem przepisów ustawy jest wyeliminowanie jakichkolwiek postanowień o charakterze dyskryminacyjnym, zaś postępowanie ma charakter dyskryminacyjny

wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych dostawców lub wykonawców bez uzasadnionej przyczyny.

Poniżej Odwołujący wskazuje na wymagania SIWZ, które w ewidentny sposób faworyzują Telekomunikację Polską S.A., bez jakiegokolwiek uzasadnienia w rzeczywistych potrzebach Zamawiającego, a także na postanowienia, które z innych względów utrudniają kalkulację ceny i złożenie oferty.

Wymagane warianty realizacji Dostępów. Zarzut dotyczy postanowień określających wymagane warianty zapewnienia łączności w lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego, to jest w szczególności postanowień Załącznika nr 1 do SIWZ stanowiącego jednocześnie Załącznik nr 1 do Umowy, Część II pkt 7. Zamawiający stwierdził tam (w tabeli nr 1 - „*Warianty realizacji Dostępów L1 i L2*”), iż wymaga w każdej z lokalizacji zapewnienia Dostępu podstawowego oraz awaryjnego, dopuszczając trzy warianty zapewnienia tych Dostępów. Zgodnie z definicją przyjętą przez Zamawiającego, przez „Dostęp” w pewnym uproszczeniu należy rozumieć łącze, które będzie zapewniało świadczenie usług. Jak wynika jednoznacznie z tabeli nr 1 - w każdym z dopuszczonych przez Zamawiającego wariantów, jedną z wymaganych form Dostępu jest łącze kablowe. Jak zaznaczono na wstępie, Telekomunikacja Polska S.A. jest właścicielem łączy kablowych doprowadzonych do zdecydowanej większości lokalizacji wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ. Każdy inny wykonawca będzie musiał albo zapewnić własne łącze kablowe, czyli doprowadzić kabel do wszystkich lokalizacji (wśród których znajdują się też lokalizacje bardzo trudno dostępne), albo zawrzeć z Telekomunikacją Polską S.A. umowę, której przedmiotem będzie udostępnienie jej łączy kablowych (dzierżawa łączy). Jest oczywiste, że Telekomunikacja Polska S.A., jako jeden z wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, nie musi być zainteresowana zawarciem takiej umowy, a nawet, gdyby była, to ceny tego rodzaju usług mogą być zróżnicowane dla różnych wykonawców i ich wysokość nie jest możliwa do przewidzenia. Takie wymaganie de facto uniemożliwia więc wycenę i złożenie ofert wszystkim wykonawcom, poza Telekomunikacją Polską S.A. lub poza wykonawcami, którzy z Telekomunikacją Polską S.A. zawarli umowy umożliwiające wykorzystanie posiadanych przez nią łączy kablowych. Oznacza to, że w przedmiotowym postępowaniu, przy zachowaniu wymagania, by w każdym z wariantów zapewnienia Dostępu, jedną z jego form był dostęp kablowy, podmiotem decydującym o tym kto uzyska przedmiotowe zamówienie, jest Telekomunikacja Polska S.A. Odwołujący stwierdza, że postawienie powyższego wymagania nie znajduje oparcia w rzeczywistych i uzasadnionych potrzebach Zamawiającego, a zarówno Dostęp podstawowy, jak i awaryjny, mogą z powodzeniem (i korzyścią dla Zamawiającego) być realizowane w technologii radiowej. Wynika to z faktu, iż parametry usługi świadczonej przy wykorzystaniu łącza radiowego (np. tzw. radiolinii punkt - punkt w paśmie koncesjonowanym) nie odbiegają na niekorzyść od

parametrów usługi świadczonej przy wykorzystaniu łącza kablowego, a nawet można postawić tezę, iż wykorzystanie łącza radiowego jest dla Zamawiającego korzystniejsze. Przykładowo, Exatel S.A. prowadząc działalność komercyjną w zakresie świadczenia usługi VPN MPLS udzielając gwarancji w ramach SLA (Service Level Agreement) definiując oddzielnie gwarancje dla technologii kablowej oraz łączy kablowych punkt - punkt działających w paśmie koncesjonowanym wyżej definiuje parametry niezawodnościowe dla łączy radiowych. Nie bez znaczenia dla tego konkretnego stanu faktycznego jest fakt, iż miejscem świadczenia usługi są lokalizacje znajdujące się w miejscach trudno dostępnych gdzie brak jest podziemnej infrastruktury telekomunikacyjnej. W konsekwencji wymagana przez Zamawiającego droga kablowa musiałaby być realizowana za pomocą linii napowietrznych które są narażone na awarie wynikające z działania sił natury (zerwanie kabli z przez połamane drzewa, śnieg, oblodzenie). Co prawda łącza radiowe również są wrażliwe na czynniki atmosferyczne lecz należy zwrócić uwagę iż są to chwilowe zakłócenia i ustają wraz z zanikiem czynnika który go wywołuje, natomiast w przypadku uszkodzenia traktu kablowego proces usunięcia awarii często jest czasochłonny, wystarczy wspomnieć o tym że kłopotów może nastąpić samo ustalenie miejsca uszkodzenia. Tka więc wykluczenie przez Zamawiającego scenariusza realizacji usługi w lokalizacji za pomocą dwóch niezależnych łączy radiowych nie znajduje uzasadnienia zarówno technologicznego jak i praktycznego. Należy przy tym zauważyć, że pośrednio sam Zamawiający podzielił powyższy pogląd, dopuszczając w poszczególnych wariantach także łącza radiowe w różnych standardach i to nie tylko jako Dostęp awaryjny, lecz także jako Dostęp podstawowy. Skoro sam Zamawiający dopuszcza więc świadczenie w wariantcie podstawowym usługi przy wykorzystaniu Dostępu radiowego, to nie ma żadnego powodu, by ta forma Dostępu nie mogła być wykorzystana dla Dostępu podstawowego, jak i awaryjnego. Odwołujący domaga się w związku z powyższym nakazania Zamawiającemu dopuszczenia, jako trzech kolejnych wariantów, zapewnienia Dostępu, także wariantów, w których zarówno Dostęp podstawowy, jak i Dostęp awaryjny może być realizowany przy wykorzystaniu radiolinii punkt - punkt w paśmie koncesjonowanym, lub radiolinii punkt-wielopunkt (np. LMDS, CDMA, WiMAX) w paśmie koncesjonowanym lub łącza satelitarne. Tak więc, po spełnieniu żądania Odwołującego, tabela nr 1 w pkt 7 Części 2 Załącznika 1 do SIWZ, wyglądałaby następująco:

<u>Wariant</u>	<u>Dostęp podstawowy (L1)</u>	<u>Dostęp awaryjny (L2)</u>
1.	Kabel	Kabel - rozłączna trasa względem dostępu podstawowego
2.	Kabel	Radiolinia, łącze radiowe punkt-wielopunkt (np. LMDS, CDMA, WiMAX) w paśmie koncesjonowanym lub łącze satelitarne

3.	Radiolinia punkt - punkt w paśmie koncesjonowanym	kabel
4.	Radiolinia punkt - punkt w paśmie koncesjonowanym	Radiolinia punkt - punkt w paśmie koncesjonowanym
5.	Radiolinia punkt - punkt w paśmie koncesjonowanym	Radiolinia, łącze radiowe punkt-wielopunkt (np. LMDS, CDMA, WiMAX) w paśmie koncesjonowanym lub łącze satelitarne
6.	Radiolinia, łącze radiowe punkt-wielopunkt (np. LMDS, CDMA, WiMAX) w paśmie koncesjonowanym lub łącze satelitarne	Radiolinia, łącze radiowe punkt-wielopunkt (np. LMDS, CDMA, WiMAX) w paśmie koncesjonowanym lub łącze satelitarne

Odwołujący zwrócił przy tym uwagę na fakt, iż nie domaga się on likwidacji wariantów, w których Dostęp podstawowy lub Dostęp awaryjny realizowane są za pomocą łączności kablowej. Żądanie Odwołującego nie utrudnia więc w żaden sposób złożenia oferty przez Telekomunikację Polską S.A. lub przez innego wykonawcę, który z jakichś powodów zdecydowany będzie na realizację Dostępu przy wykorzystaniu kabla. Powyżej opisane rozszerzenie wariantów zapewnienia Dostępu oznacza więc umożliwienie wykonawcom wykonawców realnej możliwości konkurencji z Telekomunikacją Polską S.A., przy jednoczesnym braku jakichkolwiek negatywnych następstw dla Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że kwestia równoważności zapewnienia łączności drogą kablową i radiową, była już przedmiotem rozpoznania i przywołuje stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 442/08: *„W odniesieniu do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust 2 Pzp, poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z wymaganiami świadczenia usług wyłącznie drogą kablową, a w przypadku lokalizacji „Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie” wyłącznie za pomocą ziemnego, światłowodowego przyłącza kablowego przy wykorzystaniu przełącznicy optycznej, tj. z wyłączeniem drogi radiowej (pkt III 5.3 i III 5.4 lit. b) SIWZ), skład orzekający Izby, uznał w/w zarzut za zasadny, uznając tym samym odwołanie za zasługujące na uwzględnienie.”*

Izba kierowała się w tym względzie fundamentalną zasadą neutralności opisu przedmiotu zamówienia, której kwintesencje stanowi art. 29 ust. 2 Pzp; zgodnie z nim przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W tym względzie, Izba przywołuje także wyrok SO w Lublinie z dnia 09.11.2005 r., sygn. akt: II Ca 587/05 (niepubl.) zgodnie z którym: *„Zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę bądź też, które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub*

powodując sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych" (...) i dalej „(...)Z dużym prawdopodobieństwem stwierdzić można, że fakt eliminacji jednej z możliwych technologii, tj. w tym przypadku „drogi radiowej” ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Powyższe narusza więc także zasadę równego traktowania wykonawców”

Termin realizacji zamówienia. Przedmiotem zarzutu jest wyznaczenie terminu realizacji zamówienia poprzez wskazanie, iż rozpoczęcie świadczenia usług transmisji danych objętych zamówieniem rozpocznie się dnia 17.11.2014 r. Zarzut dotyczy więc w szczególności postanowień części I ust. 1 SIWZ, części I Załącznika nr 1 do SIWZ oraz § 2 ust. 1 oraz § 3 Załącznika nr 4 do SIWZ (wzoru umowy), zgodnie z którymi przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług transmisji danych IP VPN (MPLS) z dostępem do Internetu dla Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, zwanych dalej „Usługami” w sieci rozległej WAN Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe - przez okres kolejno po sobie następujących 3 lat (36 miesięcy kalendarzowych) począwszy od dnia 17.11.2014 r., po uprzednim zestawieniu, uruchomieniu i przełączeniu łączy we wszystkich lokalizacjach, o których mowa w Załączniku Nr 2 do SIWZ stanowiącym Załącznik nr 2 do Umowy, z obecnej sieci IP VPN (MPLS) Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe do sieci IP VPN (MPLS) Wykonawcy, a w szczególności

- 1) przygotowanie przez Wykonawcę Projektu sieci, opisanej w Załączniku nr 1 do SIWZ stanowiącym Załącznik nr 1 do Umowy;
- 2) wykonanie czynności przygotowawczych w celu świadczenia Usług tj. instalacja routerów CE Wykonawcy, zestawienie, uruchomienie i skonfigurowanie łączy w lokalizacjach Użytkowników wskazanych w Załączniku nr 2 do SIWZ stanowiącym Załącznik nr 2 do Umowy;
- 3) świadczenie Usług transmisji danych IP VPN (MPLS) z dostępem do Internetu dla Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, o parametrach jakościowych określonych w Załączniku Nr 1 do SIWZ stanowiącym Załącznik nr 1 do Umowy;
- 4) bieżące zarządzanie, utrzymanie i wsparcie techniczne w zakresie Usług świadczonych przez Wykonawcę. Tak więc, do dnia rozpoczęcia świadczenia usługi, czyli do 17.11.2014 r., muszą zostać zakończone wszystkie czynności projektowe i przygotowawcze wskazane w pkt 1) i 2) w powyżej cytowanym zapisie części I ust. 1 SIWZ. W związku z powyższym zapisem wskazał na dwa problemy:

Po pierwsze, samo określenie terminu realizacji zamówienia datą, jest w ocenie Odwołującego niedopuszczalne, ponieważ przenosi na wykonawcę ryzyko przedłużonego czasu trwania postępowania o udzielenie zamówienia, na który największy wpływ ma sam Zamawiający. Jak zaznaczono na wstępie, przedmiotowe postępowanie nie dotyczy prostego zakupu, lecz przedsięwzięcia o dużej skali i stopniu skomplikowania. Oznacza to,

że należy się spodziewać dużego zainteresowania rynku, co może mieć wpływ na liczbę wątpliwości co do treści SIWZ i ewentualne jej zmiany, a w konsekwencji przesunięcie terminu składania ofert. Także proces oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z pewnością może być bardzo czasochłonny. Znaczące przedłużenie postępowania jest więc bardzo prawdopodobne, co oznacza, że czas jego trwania jest trudny do przewidzenia i w szczególnym przypadku zawarcie umowy z wybranym wykonawcą może nastąpić na bardzo krótki czas przed wymaganym terminem rozpoczęcia świadczenia usługi.

Po drugie, nie jest obecnie możliwe oszacowanie czasu niezbędnego do wykonania czynności projektowych i przygotowawczych, pomiędzy zawarciem umowy, a rozpoczęciem świadczenia usługi. Czynności te natomiast polegają na zaprojektowaniu, dostarczeniu i wdrożeniu bardzo dużego rozwiązania teleinformatycznego, które będzie wykorzystywana do świadczenia usług. W ramach wdrożenia konieczne będzie w szczególności zainstalowanie i uruchomienie urządzeń i łącz w 468 lokalizacjach, spośród których część znajduje się w trudno dostępnych rejonach Polski. Czynności te wymagają odpowiedniego czasu, zarówno ze względów technicznych, jak i organizacyjnych - w szczególności sam etap projektowania rozwiązania oraz weryfikacji projektu, został przez Zamawiającego oszacowany zgodnie z § 3 projektu umowy na 57 dni, czyli blisko dwa miesiące, zaś czas uzgadniania harmonogramu realizacji dalszych prac wyniesie dalszych 47 dni. Oznacza to, że zasadnicze wdrożenie (dostarczenie, instalacja i uruchomienie urządzeń i łącz), będzie poprzedzone ponad 100 - dniowym okresem projektowania i uzgadniania harmonogramu realizacji czynności przygotowawczych niezbędnych do uruchomienia usługi. Czas trwania czynności przygotowawczych nie jest przez Zamawiającego zwymiarowany w żaden sposób poza tym, że w kilku zapisach SIWZ wskazuje on konsekwentnie, iż rozpoczęcie świadczenia usługi (a więc zakończenie czynności przygotowawczych) musi nastąpić do dnia 17.11.2014 r. Tymczasem w ramach czynności przygotowawczych wykonawcy zobowiązani będą do wykonania znacznego zakresu prac, obejmującego w szczególności:

1. Zaprojektowanie rozwiązania
2. Zaprojektowanie prac budowlanych
3. Uzyskanie niezbędnych pozwoleń
4. Uzyskanie zgód właścicieli gruntów prywatnych (brak zgody skutkować będzie koniecznością przeprojektowania rozwiązania uzyskania nowych pozwoleń etc)
5. Wykonanie inwestycji
6. Przeprowadzenie testów akceptacyjnych

Szczególnie krytyczne z punktu widzenia realizacji projektu będzie etap przed inwestycyjny związany z procedurą uzyskania niezbędnych pozwoleń na budowę. Odnosząc się bezpośrednio do zadań postawionych podmiotowi który będzie realizował przedmiot zamówienia szczególnie istotny jest fakt iż z dużą dozą prawdopodobieństwa należy przyjąć,

że znaczna część decyzji administracyjnych w przedmiocie zgód na budowę dotyczyć będzie obszarów chronionych. Wobec powyższego niewykluczone są też takie zdarzenia jak brak pozytywnej decyzji uprawnionego organu, konieczność przeprojektowania rozwiązania i uzyskania następnych zgód - co skutkować będzie w konsekwencji znacznym wydłużeniem tego etapu procesu. Ponadto w wielu miastach na drodze zarządzeń nie są wydawane pozwolenia na prace ziemne pomiędzy 15 listopada, a 15 marca. Doświadczenia wyniesione z dotychczas przeprowadzanych inwestycji w tym zakresie wskazują że ten proces może się wydłużyć nawet do 9 miesięcy w skrajnych przypadkach znacznie go przekraczając. Dodatkowym czynnikiem wpływającym na sam czas projektowania jest również problematyka uzyskania zgód od właścicieli gruntów prywatnych, braku tych zgód oraz kwot związanych z ewentualnymi roszczeniami z tytułu udostępnienia nieruchomości do poprowadzenia drogi kablowej. Samo wykonanie inwestycji również obarczone jest pewnymi ograniczeniami. Przykładowo technologia instalacji łączy światłowodowych jest wykluczona w przypadku temperatur poniżej 5 st. Celsjusza co w przypadku naszej strefy klimatycznej może zdecydowanie spowolnić prace instalacyjne. W ocenie Odwołującego, czas niezbędny na wykonanie czynności projektowych i przygotowawczych poprzedzających rozpoczęcie świadczenia usług, powinien wynieść co najmniej 12 miesięcy. Jak wynika z powyższego, istnieje duże prawdopodobieństwo, iż czas pozostały wykonawcom na wykonanie czynności przygotowawczych będzie zbyt krótki, aby możliwe było uruchomienie usługi w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Jest to niewątpliwie znaczący problem dla wszystkich potencjalnych wykonawców, z wyłączeniem obecnego dostawcy usług dla Zamawiającego, czyli Telekomunikacji Polskiej S.A. Jak zostało bowiem opisane przy okazji omawiania poprzedniego zarzutu, podmiot ten dysponuje już łącami doprowadzonymi do zdecydowanej większości lokalizacji wskazanych przez Zamawiającego, a więc bardzo znacząca i najbardziej czasochłonna dla innych wykonawców część prac, jaką jest właśnie budowa łączy, nie będzie musiała przez ten podmiot zostać wykonana. Sytuacja Telekomunikacji Polskiej S.A. jest też znacząco ułatwiona z tego względu, że podmiot ten - jako dotychczasowy wykonawca usług - posiada znacząco większą wiedzę o uwarunkowaniach faktycznych realizacji zamówienia, niż inni wykonawcy. Tak więc, wprowadzenie przez Zamawiającego sztywnego terminu realizacji etapu przygotowawczego, określonego datą, jest okolicznością faworyzującą Telekomunikację Polską S.A. Inni wykonawcy muszą bowiem uwzględnić w kalkulacji ceny oferty znacząco wyższe ryzyko związane z realizacją umowy. Odwołujący zwraca uwagę, że analogiczny stan faktyczny był przedmiotem orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej i tak przykładowo w wyroku z dnia 24.07.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 707/08: *„Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że wskazanie na etapie postępowania przetargowego, konkretnej daty 19.10.2008 r. rozpoczęcia usługi nie daje pewności, że przed tym terminem zostanie dokonany wybór*

oferty i zawarta umowa z wykonawcą, umożliwiającą rozpoczęcie usługi w wymienionej dacie. W szczególności wymienione postanowienie wymaga zmian, gdy Zamawiający wyłącznie od swojej arbitralnej decyzji uzależnił przedłużenie terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi, a zwłoka zgodnie z postanowieniami wzoru mowy powoduje obowiązek zapłaty kar umownych.". Na marginesie warto zauważyć, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie przewidział zmiany terminu w ogóle co stawia Wykonawcę w gorszej sytuacji niż w przytoczonym przykładzie. Jeszcze dobitniej podsumowała podobny problem Izba w wyroku z dnia 12.02.2010, sygn. akt: KIO/1756/10, stwierdzając, iż: „ustawodawca zobowiązał Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, czemu dał wyraz wprost w art. 7 ustawy Pzp. Konkretyzacja tych zasad znalazła odzwierciedlenie m.in. w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp *expressis verbis* zakazującym opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Izba podziela argumentację Odwołującego, że w okolicznościach niniejszej sprawy, postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu, które wymagają od wykonawcy, aby rozpoczął świadczenie usług w terminie od 1 stycznia 2011 r. prowadzą do naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający na obecnym etapie nie jest w stanie określić, kiedy postępowanie się zakończy i jakim czasem będą dysponować wykonawcy na przygotowanie się do świadczenia usług. Może się bowiem okazać, iż czas ten będzie bardzo krótki."

W związku z powyższym, Odwołujący domaga się nakazania Zamawiającemu zmiany wszystkich postanowień definiujących termin rozpoczęcia świadczenia usług na dzień 17.11.2014 r., na postanowienia, zgodnie z którymi rozpoczęcie świadczenia usługi nastąpi w terminie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy z wybranym wykonawcą.

Niezdefiniowany zakres usług w razie „zmiany potrzeb Zamawiającego”.

Przedmiotem zarzutu są postanowienia § 4 ust. 4 Załącznika nr 4 do SIWZ (projektu umowy), w brzmieniu: „W związku ze zmianą potrzeb Zamawiającego, Wykonawca zobowiązuje się do świadczenia Usług w następujących przypadkach:

- i. przeniesienia Lokalizacji - Wykonawca zrealizuje przeniesienie usług do nowej Lokalizacji w terminie nie dłuższym niż 6 miesięcy od daty zgłoszenia o przeniesieniu Lokalizacji przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, co nie powoduje zmiany wynagrodzenia Wykonawcy pod warunkiem, że przeniesienie Lokalizacji będzie dotyczyło nie więcej niż 10% wszystkich Lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 2 do Umowy,
- ii. powstania nowej Lokalizacji - Wykonawca rozpocznie świadczenie Usług w nowopowstałej Lokalizacji w terminie nie dłuższym niż 6 miesięcy od daty zawiadomienia przez Zamawiającego, a Wynagrodzenie miesięczne za każdego nowego Użytkownika ustalone zostanie według cen jednostkowych określonych w Załączniku nr 3 do Umowy („Formularz

Cenowy") pod warunkiem, że liczba nowych Lokalizacji nie przekroczy 5% liczby Lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 2 do Umowy;". Jak wynika z powyższego, wykonawca powinien założyć, że przeniesienie usług oraz rozpoczęcie świadczenia usług w dodatkowych lokalizacjach, może mieć miejsce w odniesieniu do łącznie 15% liczby lokalizacji wskazanych przez Zamawiającego, co oznacza, że Wykonawca powinien skalkulować dodatkowe prace dla 70 lokalizacji. Abstrahując na razie od omówionego dalej problemu formalnego związanego z taką metodą opisu przedmiotu zamówienia, oznacza to dla wykonawców realny problem w postaci niemożności obliczenia kwoty kosztów, jaką należy przeznaczyć na realizację prac w związku z przenoszeniem lub powstawaniem nowych lokalizacji. Wskazanie przez Zamawiającego samej maksymalnej liczby lokalizacji nie jest wystarczające, ponieważ koszty wykonania takich prac dla różnych lokalizacji mogą różnić się bardzo znacząco. Inny zakres prac należy założyć w np. wypadku przenoszenia lokalizacji w ramach tej samej aglomeracji miejskiej (np. na inną ulicę lub do innego budynku przy tej samej ulicy), a inny w wypadku przenoszenia lokalizacji znajdującej się w terenie górskim, w inne miejsce pozbawione infrastruktury. Opierając się na doświadczeniu zdobytym w trakcie wieloletniego świadczenia usług telekomunikacyjnych stwierdzamy, że możliwe jest przykładowo przeniesienie lokalizacji które zamknie się w budżecie 30.000,00 złotych w przypadku gdy będzie się odbywać np. w obrębie kilku ulic w tej samej miejscowości. Z drugiej strony taka sama operacja (tj. przeniesienie miejsca świadczenia usługi przykładowo do innej miejscowości w oddaleniu np. 40 km gdzie nie ma odpowiedniej infrastruktury, może wygenerować koszty rzędu 2.000.000,00 złotych i znacząco się wydłużyć w czasie ze względów proceduralnych (uzyskanie pozwoleń, wykonanie projektu etc). Tak więc założenie przez Zamawiającego, iż wykonawcy powinni wycenić w ramach oferty tak nieprzewidywalny zakres usług, zdaniem Odwołującego narusza art. 29 ust. 1 Pzp, który nakazuje takie dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, które umożliwi wykonawcom wycenę oferty, poprzez wskazanie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Należy podkreślić, że ustawa - prawo zamówień publicznych nie przewiduje od powyżej wskazanej zasady określoności przedmiotu zamówienia żadnych wyjątków. Równocześnie ustawa przewiduje pewne instrumenty, które umożliwiają rozwiązywanie problemów związanych z niemożnością przewidzenia w momencie dokonywania opisu przedmiotu zamówienia kompletnego zakresu zamawianych dostaw lub usług. Jeżeli Zamawiający nie jest w stanie z góry przewidzieć, czy i w jakim zakresie będzie konieczne wykonanie danego zakresu prac (w przedmiotowym przypadku - czy i w jakim zakresie konieczne będzie przeniesienie lokalizacji lub uruchomienie usług w nowych lokalizacjach), może przewidzieć prawo opcji (obszernie opisane w opinii prawnej opublikowanej na oficjalnej stronie Urzędu Zamówień Publicznych), może udzielić zamówień dodatkowych lub uzupełniających (oczywiście przy spełnieniu przesłanek wskazanych w art.

67 ust. 5-7 pzp) lub wreszcie może zawrzeć umowę ramową, o której mowa w art. 99 - 101 pzp. Przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie nie jest oczywiście żadnym z powyższych rozwiązań, a w szczególności nie można powiedzieć, iż Zamawiający przewidział w ten sposób prawo opcji. Prawo to oznacza bowiem, że pewna, wyraźnie zdefiniowana część zamówienia będzie realizowana dopiero jeżeli Zamawiający wyrazi wolę skorzystania z prawa opcji. Część opcjonalna ma jednak zdefiniowany zakres i z tytułu jej realizacji przysługuje odrębne, dodatkowe wynagrodzenie. Tymczasem kwestionowane zapisy § 4 ust. 4 projektu umowy całe ryzyko związane z koniecznością wyceny nieprzewidywalnego zakresu prac przerzucają na wykonawcę, ponieważ niezależnie od tego, czy i ile prac dodatkowych wykonawca będzie miał wykonać, musi uwzględnić je w cenie oferty z tytułu realizacji całości zamówienia. Oczywiście oznacza to również, że wykonawca, który ma większą wiedzę o uwarunkowaniach faktycznych i planach Zamawiającego związanych ze świadczeniem usług w poszczególnych lokalizacjach, jest w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do wykonawców, którzy nie mają takiej wiedzy. Może on bowiem z większą pewnością szacować koszty i ryzyka związane z zakładanymi pracami dodatkowymi. W związku z powyższym, Odwołujący domaga się nakazania Zamawiającemu usunięcia z SIWZ omawianego mechanizmu zwiększania zakresu zamówienia bez zmiany wysokości wynagrodzenia i wykreślenia postanowień § 4 ust. 4 wzoru umowy.

Brak wymaganych informacji o stanie technicznym sieci. Przedmiotem zarzutu jest §4 ust 1 lit c. wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ), zgodnie z którym:

„Wykonawca oświadcza, że: (...)

c) znany jest mu stan techniczny sieci Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe używanej w chwili zawarcia Umowy oraz urządzeń się nań składających; (...)”

Wprowadzenie tego zapisu nie jest zrozumiałe, bowiem w celu realizacji przedmiotu zamówienia wykonawcy mają dostarczyć nowe urządzenia i łącza (co nie dotyczy oczywiście wykonawcy, który będzie świadczył usługę przy wykorzystaniu dotychczasowych łączy zapewnionych przez Telekomunikację Polską S.A.), w związku z czym dla większości Wykonawców stan sieci Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe jest obojętny, natomiast dla Telekomunikacji Polskiej S.A. oraz podmiotów, które ewentualnie skorzystają z jej łączy, stan ten jest znany. Równocześnie, Zamawiający wymaga złożenia takiego oświadczenia, równocześnie nie przekazując żadnych informacji, które umożliwiłyby poznanie stanu technicznego sieci. Z punktu widzenia wykonawcy omawiane wymaganie oznacza więc złożenie oświadczenia o posiadaniu wiedzy, której wykonawca nie posiada i do której nie ma dostępu. Równocześnie oświadczenie takie nie jest uzasadnione koniecznością ochrony jakichkolwiek interesów Zamawiającego, a jedyny podmiot, który może bez ryzyka je złożyć, to podmiot świadczący obecnie usługi na rzecz Zamawiającego, posiadający informacje o stanie technicznym sieci. W związku z powyższym Odwołujący

domaga się nakazania Zamawiającemu usunięcia postanowienia § 4 ust. 1 lit. c) wzoru umowy. Podsumowując, powyższe żądania zmierzają do usunięcia ze SIWZ postanowień o charakterze dyskryminacyjnym oraz naruszających zasady opisu przedmiotu zamówienia wyrażone w art. 29 ust. 1 Pzp. Niniejsze odwołanie jest więc uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie w całości.

Zamawiający w dniu 05.09.2013 r. zamieścił na stronie internetowej kopie odwołania oraz wezwanie w trybie art. 185 ust.1 Pzp do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 06.09.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Netia S.A., ul. Poleczki 47, 04-164 Warszawa zwana dalej: „*Netia S.A.*” albo „*pierwszym Przystępującym w sprawie KIO 2135/13*” albo „*Odwołującym w sprawie KIO 2163/13*” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.09.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa zwana dalej: „*TP S.A.*” albo „*drugim Przystępującym w sprawie KIO 2135/13*” albo „*Odwołującym w sprawie KIO 2136/13*” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.09.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) EmiTel Sp. z o.o., ul. Wołoska 22, 02-675 Warszawa zwana dalej: „*EmiTel Sp. z o.o.*” albo „*trzecim Przystępującym w sprawie KIO 2135/13*” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.09.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) GTS Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa zwana dalej: „*GTS Poland Sp. z o.o.*” albo „*czwartym Przystępującym w sprawie KIO 2135/13*” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 16.09.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołań (sprawy o sygn. akt: KIO 2135/13; sygn. akt: KIO 2136/13; sygn. akt: KIO 2163/13) do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołania, w której wnosił o oddalenie odwołania o sygn. akt: KIO 2135/13 oraz sygn. akt: KIO 2136/13 w całości. Względem odwołania o sygn. akt: KIO 2163/13 uwzględnił zarzut drugi, w pozostałym zakresie wносиło o oddalenie zarzutów. Kopia została przekazana

Odwołującemu. Stanowisko merytoryczne Zamawiającego odnośnie zarzutów dotyczących przedmiotowego odwołania zostanie przedstawione w dalszej części uzasadnienia w ramach ustaleń dotyczących poszczególnych zarzutów.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2136/13 - TP S.A.:

W dniu 05.09.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) TP S.A. wniosła podstawie art. 180 ust.1 w zw. z art. 179 ust.1 Pzp odwołanie na postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 05.09.2013 r. (faxem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, przez:

a) niezdefiniowanie pasm dla poszczególnych klas usług (Cz. 3 OPZ pkt 24);

b) zastrzeżenie możliwości obniżenia wynagrodzenia, co utrudnia prawidłowe skalkulowanie oferty;

c) zastrzeżenie możliwości przeniesienia istniejących Lokalizacji, oraz powstania nowych Lokalizacji (§ 4 ust. 4 Wzoru Umowy). Wnosił o nakazanie:

1. Zamawiającemu wskazania pasm dla poszczególnych klas usług (CoS) zdefiniowanych w OPZ;

2. wykreślenia postanowienia Roz. XIII ust. 4 lit. c SIWZ oraz § 10 ust. 4 lit. c Wzoru Umowy;

3. zmiany § 4 ust. 4 pkt i. Wzoru Umowy poprzez wskazanie, że przeniesienie Lokalizacji nastąpi, za dodatkowym wynagrodzeniem, o ile będą istniały warunki techniczne do świadczenia usługi w danej lokalizacji, w przypadku, gdy tych warunków nie będzie, zastrzeżenie, że przeniesienie Lokalizacji nastąpi w ramach zamówienia uzupełniającego;

4. zmiany § 4 ust. 4 pkt ii. Wzoru Umowy poprzez zastrzeżenie, że doprowadzenie łączy i świadczenie usług w przypadku powstania Lokalizacji nastąpi w drodze zamówienia uzupełniającego. Opis przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”), stanowiący integralną część SIWZ w przedmiotowym postępowaniu został sporządzony z naruszeniem art. 29 ust. 1 Pzp:

1. W treści SIWZ Załącznik nr 1. Opis przedmiotu zamówienia, Część 3. Parametry QoS i SLA punkt 24) Zamawiający definiuje wymaganie udostępnienia 6 klas CoS (CoS1 - głos, CoS2 - wideo, CoS3A - dane krytyczne, CoS3B - dane o wysokim priorytecie, CoS4 - dane o niskim priorytecie, CoS5 - Internet) oraz spełnienia minimalnych parametrów QoS dla każdej z klas.

Parametr	CoS 1	CoS 2	CoS 3A	CoS 3B	CoS 4	CoS 5
Maksymalny średni czas odpowiedzi liczony między urządzeniem CE w mierzonej lokalizacji, a urządzeniem CE w siedzibie Zamawiającego, dla 10 pakietów ICMP (lub datagramów UDP) o długości 128 bajtów, przy maksymalnie 90% obciążeniu dostępnego pasma dla danej CoS [ms].	50 ms	70 ms	100 ms	100 ms	150 ms	200 ms

Parametr	CoS 1	CoS 2	CoS 3A	CoS 3B	CoS 4	CoS 5
Maksymalny średni współczynnik utraty pakietów liczony między urządzeniem CE w mierzonej lokalizacji, a urządzeniem CE w siedzibie Zamawiającego, dla 10 pakietów ICMP (lub datagramów UDP) o długości 1024 bajtów, przy maksymalnie 90% obciążeniu dostępnego pasma dla danej CoS [%].	0,40%	0,40%	0,50%	0,50%	0,80%	1,00%
Maksymalna zmienność opóźnień transmisji (jitter) liczona między urządzeniem CE w mierzonej lokalizacji, a urządzeniem CE w siedzibie Zamawiającego, dla 10 pakietów ICMP (lub datagramów UDP) o długości 128 bajtów, przy maksymalnie 90% obciążeniu dostępnego pasma dla danej CoS [%].	20 ms	30 ms	50 ms	50 ms	100 ms	—

Zamawiający nie wskazał jednak pasm dla każdej z ww. klas usług. Zdefiniowane wymagań przez Zamawiającego, bez jednoznacznego wskazania przydziału pasma dla każdej z klas uniemożliwia Wykonawcy analizę, potwierdzenia spełnienia wymagań dotyczących parametrów QoS oraz przygotowanie oferty w tym zakresie. Wobec powyższego wnosil o: Nakazanie Zamawiającemu wskazania pasm dla poszczególnych klas

usług (CoS) zdefiniowanych w OPZ

2. Jak wynika z Roz. XIII ust. 4 lit. c (§ 10 ust. 4 lit. c Projektu Umowy), Zamawiający przewiduje, że: „w sytuacji gdy na rynku usług o takim samym charakterze dojdzie do spadku tych cen (niezależnie od przyczyn takiego spadku), nastąpi zmniejszenie cen jednostkowych określonych w „Formularzu cenowym”. Zmiany cen jednostkowych będą proporcjonalne do aktualnego poziomu cen obowiązujących na rynku usług telekomunikacyjnych”.

Postanowienie to zostało przez Zamawiającego sklasyfikowane jako przesłanka zmiany umowy, jednakże treść tego postanowienia, w szczególności zastosowanie trybu oznajmującego („nastąpi zmniejszenie cen”), wskazuje na żądanie Zamawiającego i część zobowiązania wykonawcy, nie zaś na przesłankę zmiany umowy, dla której skuteczności wymagany jest konsensus stron. Należy przy tym pamiętać, że obniżki cen usług oferowanych na rynku wyliczane są jako średnia arytmetyczna czy też mediana z różnych kontraktów, o różnych warunkach. Stwierdzenie, że ceny łączy obniżyły się średnio w okresie ostatnich 3 lat o np. 13 %, może nie mieć związku z konkretnym zamówieniem. W obliczeniach tych, z uwagi na ich uśredniony charakter, uwzględnione zostały również sytuacje w których infrastruktura już istnieje, a więc świadczenie usługi nie jest związane z inwestycjami. Lasy Państwowe są szczególnym rodzajem zamawiającego, jeśli chodzi o świadczenie usług telekomunikacyjnych, o dużym rozproszeniu lokalizacji, w tym na terenach słabo zurbanizowanych. Oznacza to konieczność zestawiania łączy w „odludnych miejscach”, co wiąże się z kosztami inwestycyjnymi itp. Ceny Inwestycji uwzględnione muszą zostać w opłacie miesięcznej - a więc w okresie trwania kontraktu. Obniżenie cen zmienia rentowność kontraktu. Powoduje to, że wykonawca nie ma możliwości prawidłowego skalkulowania oferty, gdyż musi uwzględnić przy obliczaniu ceny ofertowej nieznane mu elementy cenotwórcze (upusty związane z niezależnymi od niego okolicznościami). Wobec powyższego wnosil o: Nakazanie wykreślenia postanowienia Roz. XIII ust. 4 lit. c SIWZ oraz § 10 ust. 4 lit. c Projektu Umowy

3. Zgodnie z § 4 ust. 4 Projektu Umowy Zamawiający wymaga, aby wykonawca, w związku ze zmianą potrzeb Zamawiającego dokonał przeniesienia Lokalizacji, oraz doprowadzenia łączy i świadczenia usług w przypadku powstania nowej Lokalizacji. Zgodnie z § 4 ust. 4 pkt i. Projektu Umowy, Zamawiający przewiduje, że Wykonawca zrealizuje przeniesienie usług do nowej Lokalizacji w terminie nie dłuższym niż 6 miesięcy od daty zgłoszenia o przeniesieniu lokalizacji przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, w ramach wynagrodzenia Wykonawcy pod warunkiem, że przeniesienie Lokalizacji będzie dotyczyło nie więcej niż 10% wszystkich Lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 2 do Umowy. Takie postanowienie sprawia, że wykonawca w ciągu 6 miesięcy musi dokonać przeniesienia maksymalnie 40 lokalizacji w nowe miejsce świadczenia usług, nie wiedząc, czy ma tam warunki techniczne do świadczenia usług, czy będzie musiał ponosić nakłady

inwestycyjne, a jeśli tak, w jakim wymiarze. Innymi słowy wykonawca nie zna wszystkich okoliczności, pozwalających mu na określenie zakresu swojego świadczenia, a tym samym nie dysponuje wszystkimi Informacjami jakie są niezbędne do sporządzenia oferty. W związku z powyższym wnosił o: Nakazanie zmiany § 4 ust. 4 pkt i. Projektu Umowy poprzez wskazanie, że przeniesienie Lokalizacji nastąpi w ramach umowy, o ile będą istniały warunki techniczne do świadczenia usługi w danej (nowej) lokalizacji, w przypadku, gdy tych warunków nie będzie, o zastrzeżenie, że przeniesienie Lokalizacji nastąpi w ramach zamówienia uzupełniającego. Zgodnie z § 4 ust. 4 pkt ii. Projektu Umowy, Zamawiający przewiduje, że Wykonawca rozpocznie świadczenie Usług w nowopowstałej Lokalizacji w terminie nie dłuższym niż 6 miesięcy od daty zawiadomienia przez Zamawiającego, a Wynagrodzenie miesięczne za każdego nowego Użytkownika ustalone zostanie według cen jednostkowych określonych w Załączniku nr 3 do Umowy („Formularz Cenowy”) pod warunkiem, że liczba nowych Lokalizacji nie przekroczy 5% liczby Lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 2 do Umowy. Brzmienie ww. postanowienia Projektu Umowy prowadzi do sytuacji, w której wykonawca, nie znając położenia nowej lokalizacji, musi wskazać cenę za świadczenie usług w tej lokalizacji. Ze względu na wzmiankowaną wyżej specyfikę Zamawiającego jakim są Lasy Państwowe, nowa lokalizacji może znajdować się w miejscu nieurbanizowanym, odległym, pozbawionym jakiegokolwiek infrastruktury, wobec czego wykonawca będzie musiał ponieść znaczne nakłady inwestycyjne. W związku z powyższym, wykonawca jest zmuszony zaoferować cenę, która uwzględni koszty, których w chwili składania oferty nie jest w stanie oszacować. Wobec powyższego wnosił o: Nakazanie zmiany § 4 ust. 4 pkt ii. Projektu Umowy poprzez zastrzeżenie, że doprowadzenie łączy i świadczenie usług w przypadku powstania Lokalizacji nastąpi w drodze zamówienia uzupełniającego;

Zamawiający w dniu 06.09.2013 r. zamieścił na stronie internetowej kopie odwołania oraz wezwanie w trybie art. 185 ust.1 Pzp do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 06.09.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Netia S.A., ul. Poleczki 47, 04-164 Warszawa zwana dalej: „*Netia S.A.*” albo „*pierwszym Przystępującym w sprawie KIO 2135/13 oraz KIO 2136/13*” albo „*Odwołującym w sprawie KIO 2163/13*” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zamawiający ani Odwołujący nie złożyli oświadczenia w przedmiocie zgłoszenia opozycji (w trybie art. 185 ust. 4 Pzp) przeciwko zgłoszonemu przystąpieniu innego wykonawcy. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: Netia S.A.

W dniu 09.09.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) GTS Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa zwana dalej: „GTS Poland Sp. z o.o.” albo „czwartym Przystępującym w sprawie KIO 2135/13” albo „drugim Przystępującym w sprawie KIO 2136/13” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zamawiający ani Odwołujący nie złożyli oświadczenia w przedmiocie zgłoszenia opozycji (w trybie art. 185 ust. 4 Pzp) przeciwko zgłoszonemu przystąpieniu innego wykonawcy. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: GTS Poland Sp. z o.o.

W dniu 16.09.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołań (sprawy o sygn. akt: KIO 2135/13; sygn. akt: KIO 2136/13; sygn. akt: KIO 2163/13;) do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołania, w której wnosił o oddalenie odwołania o sygn. akt: KIO 2135/13 oraz sygn. akt: KIO 2136/13 w całości. Względem odwołania o sygn. akt: KIO 2163/13 uwzględnił zarzut drugi, w pozostałym zakresie wnosił o oddalenie zarzutów. Kopia została przekazana Odwołującemu. Stanowisko merytoryczne Zamawiającego odnośnie zarzutów dotyczących przedmiotowego odwołania zostanie przedstawione w dalszej części uzasadnienia w ramach ustaleń dotyczących poszczególnych zarzutów.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2163/13 - Netia S.A.:

W dniu 06.09.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Netia S.A. wniosła na podstawie art. 180 Pzp odwołanie na postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 06.09.2013 r. (faxem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp nakazuje, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w sposób przejrzysty. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców. Zamawiający w każdym stadium postępowania obowiązany jest stosować się do art. 7 Pzp, a przy opisie przedmiotu zamówienia uwzględniać art. 29 Pzp. Analiza SIWZ w niniejszym postępowaniu prowadzi do wniosków, że obie zasady wyrażone w Pzp nie zostały zachowane. Postanowienia SIWZ, zdaniem Odwołującego prowadzić mogą do wykluczenia konkurencyjnych wykonawców. Zgodnie z art. 7 Pzp Zamawiający ma obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przestrzeganie zasady wyrażonej w art. 7 Pzp polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Powinny być

one sprecyzowane przez zamawiającego w taki sposób, który nie eliminuje z góry pewnego kręgu podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, tzn. powinny być obiektywne, niedyskryminacyjne, nieograniczające konkurencji. Wiąże się ją ściśle z art. 29 Pzp, który powinno się interpretować w ten sposób, że opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Pozostawienie w tym zakresie dowolności stanowi naruszenie art. 29 Pzp. Zdaniem Odwołującego ma to miejsce w następujących postanowieniach:

Brak możliwości zastosowania technologii radiowej jednocześnie w obu dostępach (podstawowym i awaryjnym) - tabela 1 pkt 7 części 2 Załącznika nr 1 do SIWZ. Zamawiający wymaga, aby w każdej lokalizacji usługa świadczona była w dwóch dostępach: podstawowym i awaryjnym. Dostępny te mają być niezależne od siebie. W tym celu Zamawiający wskazuje w tabeli 1 Załącznika nr 1 do SIWZ trzy warianty, w jakich dostępny te mogą być zrealizowane. Dostęp awaryjny ma być zrealizowany w innej technologii niż dostęp podstawowy. W każdym z wariantów wymagany jest dostęp drogą kablową. Oznacza to, że Zamawiający wykluczył możliwość zastosowania wariantu, w którym zarówno dostęp podstawowy jak i dostęp awaryjny będzie realizowany w technologii radiowej. Tym samym dokonał ograniczenia konkurencji bez jakiegokolwiek uzasadnienia technologicznego. Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. - „Prawo telekomunikacyjne” (Dz. U. Nr 171, poz. 1800) nie różnicuje technologii świadczenia usług telekomunikacyjnych, a jedynie gwarantuje odbiorcy końcowemu otrzymanie usługi o określonej jakości i wyznacza dostawcy usługi określone obowiązki w razie niedotrzymania tej jakości. Dlatego dla Zamawiającego nie powinno mieć to znaczenia, w jakiej technologii są dostarczone mu usługi. Technologia radiowa nie jest gorsza od dostępu kablowego (światłowodowego, miedzianego). Licencjonowane pasma radiowe są przeznaczone do profesjonalnych zastosowań telekomunikacyjnych. Korzystanie z tych pasm radiowych poza spełnieniem technicznych wymagań (w Polsce obowiązują normy ETSI) jest dodatkowo rejestrowane i koordynowane przez niezależny organ państwowy Urząd Komunikacji Elektronicznej. Zamawiający ma możliwość opisu przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi oczekiwaniami, ale nie może w sposób arbitralny, nieuzasadniony swoimi potrzebami, dokonywać wyłączenia dopuszczalnych z technologicznego punktu widzenia, innych sposobów realizacji usługi. Co więcej, dopuszczenie wariantów alternatywnych mogłoby oznaczać dla Zamawiającego realne obniżenie kosztów świadczenia usługi przy zachowaniu tych samych parametrów. Art. 29 ust. 3 Pzp wprost nakazuje dopuścić wszelkie równoważne rozwiązania technologiczne celem zapewnienia uczciwej konkurencji. Na Zamawiającym

cięży obowiązek wykazania, iż tylko określony sposób realizacji zamówienia umożliwi mu realizację celu założonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienie publicznego (np. wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 693/05). Zamawiający może oczekiwać pozyskania przedmiotu zamówienia w najlepszej dostępnej technologii, ale nie może tego robić w taki sposób, iż narusza zasady równego traktowania wykonawców. Tym samym decydując się na konkretną technologię, powinien Zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia wskazać rozwiązania równoważne (wyrok KIO z dnia 09.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 270/08). Zamawiający winien podać, jakie wymagania stawia on w zakresie bezpieczeństwa usługi zamiast dokonywać wskazania konkretnych technologii. W wyroku z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: 442/08 KIO stwierdziła: *„Z dużym prawdopodobieństwem stwierdzić można, że fakt eliminacji jednej z możliwych technologii, tj. w tym przypadku „drogi radiowej” ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Powyższe narusza więc także fasadę, równego traktowania wykonawców. Niniejszy stan rzeczy musi budzić szczególny niepokój Izby zwłaszcza w kontekście perspektywy składania w dalszym etapie ofert oraz ich porównywalności. Stanowisko Zamawiającego, iż istnieją na rynku Wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, przygotowanym przez niego nie przesadzą jeszcze o dopuszczalności takiego opisu. Nie można, bowiem, przygotować go w taki sposób, aby stanowił on barierę, dostępu do postępowania. Należy zauważyć, iż ustawa Prawo telekomunikacyjne w żaden sposób nie różnicuje technologii świadczenia usługi. Ustawa nakazuje jedynie operatorowi telekomunikacyjnemu utrzymanie usługi o określonej jakości. Dla odbiorcy końcowego nie powinno mieć znaczenia, w jaki dostępny na rynku sposób usługa jest realizowana. Zamawiający określa wymogi, jakim ma odpowiadać efekt prawidłowego wykonania usługi, natomiast ustalenie sposobu i środków niezbędnych dla jej zrealizowania należy do przyszłego wykonawcy, gdyż czynniki te mają wpływ na przebieg i koszty jej wykonania”*. Ograniczenie realizacji usługi do 3 wariantów powoduje, że faworyzowany będzie ten dostawca usług, który posiada już sieć w technologii kablowej, a ponadto zmusza innych wykonawców albo do budowy infrastruktury kablowej albo do pozyskania od innego dostawcy tej infrastruktury. Żądanie realizacji usługi z wykorzystaniem dostępu kablowego prowadzi do wniosku, że Zamawiający przyznał celowo szczególnie korzystną pozycję jednemu z potencjalnych wykonawców — Telekomunikacji Polskiej S.A, która świadczy obecnie usługi na rzecz Zamawiającego, a także dysponuje własnymi łączami telekomunikacyjnymi dowiązаныmi do lokalizacji Zamawiającego. Zatem jedynie dla tego wykonawcy ustalone przez Zamawiającego zastrzeżenie realizacji części przedmiotu zamówienia z zastosowaniem łączy kablowych nie stanowi bariery uniemożliwiającej złożenie oferty w niniejszym postępowaniu. Warto zwrócić uwagę, że w poprzednim przetargu z 2009 r. Zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność w wykonaniu

przedmiotu zamówienia. Z kolei pozyskanie łączy kablowych od tego wykonawcy w wielu lokalizacjach może okazać się niemożliwe, bo zapewne dotychczasowy wykonawca weźmie udział w niniejszym postępowaniu i nie będzie zainteresowany wspierać wykonawców, z którymi ma konkurować. Mając na uwadze ponadto, że wiele lokalizacji Zamawiającego znajduje się na terenach zalesionych budowa infrastruktury kablowej będzie nie tylko pracochłonna, ale i kosztowna. Nie ulega wątpliwości, że instalacje radiowe są tańsze w instalacji niż kablowe, co bezpośrednio będzie wpływało na cenę oferty wykonawców. Przy czym trudno znaleźć uzasadnienie dla konieczności realizacji jednego z dostępu w technologii kablowej. Warto zwrócić uwagę, że Zamawiający dopuścił, jako łącze podstawowe dostęp radiowy. Zatem sam przez to przyznał, że nie ma różnicy między dostępem kablowym a radiowym.

Żądanie Wykonawcy: wprowadzanie do tabeli 1 pkt 7 części 2 Załącznika nr 1 do SIWZ wariantu nr 4 poprzez dopuszczenie możliwości realizacji Usługi z wykorzystaniem łączy radiowych zarówno w dostępie podstawowym jak i dostępie awaryjnym.

Wprowadzenie w § 4 ust. 5 projektu Umowy możliwości rezygnacji Zamawiającego z usługi w przypadku likwidacji lokalizacji Zamawiającego bez określenia limitu tych rezygnacji. Wprowadzenie postanowień umożliwiających Zamawiającemu rezygnację z usługi w danej lokalizacji nie pozwala wykonawcom na wystarczająco pewne określenie zakresu obejmującego przedmiot zamówienia. Zamawiający domaga się zapewnienia infrastruktury pozwalającej na świadczenie usługi na określonym poziomie, po czym zapowiada możliwość arbitralnego umniejszania wielkości zamówienia skutkującego obniżeniem wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający tym postanowieniem utrudnia określenie rentowności projektowanego przedsięwzięcia. Wykonawca winien mieć pewność, co do zakresu świadczonych przez niego usług. Trwałość stosunku prawnego powstałego wskutek przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, w wyznaczonych ramach, co do zakresu zamówienia jest wartością samoistną, rzutującą między innymi na proponowaną przez wykonawców cenę. Niepewność, co do okresu świadczenia powoduje, bowiem niepewność, co do zasad kalkulacji, a więc i wysokości jej ceny. Wiedza na temat wielkości zamówienia pozwala na dokonanie prawidłowej kalkulacji uwzględniającej zwrot poniesionych przez wykonawcę kosztów (kosztów, które wykonawcy poniosą praktycznie przed rozpoczęciem świadczenia usługi). Potwierdza to wyrok SO w Warszawie z dnia 13.09.2005 r., sygn. akt: V Ca 1110/04: *„wykonawcy, przystępując do postępowania przetargowego, dokonują analizy kosztów, która wpływa następnie na wysokość ceny, a ta z kolei jest jednym z podstawowych kryteriów oceny oferty. W zależności od wielkości zamówienia dostawca może wprowadzić określone rabaty. Musi mieć, zatem pewność, że zrealizuje w przyszłości (...) zamówienie w pewnym minimalnym zakresie. Dlatego też, uznał, że zapisy projektu umowy winny być zmodyfikowane w taki*

sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności obrotu miał możliwości Zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie.”

Postanowienie w obecnym brzmieniu może doprowadzić nawet do znacznego zmniejszenia zamówienia, a tym samym zmniejszenia wynagrodzenia wykonawcy. Przyczyną zaprzestania korzystania z usług jest likwidacja lokalizacji. Nie jest jednak wyjaśnione, na czym owa likwidacja ma polegać. A podstawą do zmniejszenia zakresu zamówienia ma być jedynie zgłoszenie likwidacji wykonawcy. Wykonawca nie ma więc żadnej możliwości aby zweryfikować czy faktycznie nastąpiła likwidacja lokalizacji czy jest to tylko pozorna czynność mająca na celu rezygnację z części usług. Jak już wyżej wskazano, likwidacja i zagwarantowane prawo Zamawiającego do obniżenia wynagrodzenia w negatywny sposób wpływa na przygotowanie oferty przez wykonawców. Każda zmiana zakresu zamówienia czy to likwidacja czy powstanie nowej lokalizacji ma duży wpływ na ostateczną ofertę. Warto tu wskazać, że w § 4 ust 4 Wzoru umowy Zamawiający zastrzegł sobie prawo do przeniesienia lokalizacji do korzystania z usług w nowej lokalizacji. Jednakże w tych przypadkach wskazał przynajmniej, że taka zmiana zakresu zamówienia dotyczyć będzie określonej liczby lokalizacji (10 % przy przeniesieniu, 5 % przy nowych). Natomiast w przypadku likwidacji lokalizacji pozostawił sobie całkowitą dowolność. Zdaniem Odwołującego takie prawo rezygnacji z usług bez określenia limitu narusza art. 29 ust. 1 pzp.

Żądanie Wykonawcy: usunięcie prawa do rezygnacji z Usługi w danej lokalizacji ewentualnie ograniczenie prawa rezygnacji z Usług do 10% w całym okresie obowiązywania umowy.

Brak wskazania terminu rozpoczęcia testów prawidłowego funkcjonowania usługi transmisji danych w etapie III oraz okresu, w jakim Zamawiający będzie przeprowadzał testy - część 1 Załącznika nr 1 do SIWZ oraz § 3 Wzoru umowy. Opisując poszczególne etapy realizacji przedmiotu zamówienia, Zamawiający w każdym z nich wskazuje określone daty, terminy, w jakich oczekuje wykonania czynności danego etapu. Nie uczynił tego natomiast, jeśli chodzi o testowanie usługi. Testy prawidłowego funkcjonowania usługi transmisji danych są w zasadzie ostatnią czynnością przed rozpoczęciem świadczenia usługi. Tyle tylko, że z SIWZ nie wynika, kiedy testy te mają się rozpocząć i jak długo będą trwały. Wiedza na temat rozpoczęcia testów jest bardzo istotna, bowiem data rozpoczęcia testów będzie datą, w której cała sieć na obydwu dostęпах powinna być gotowa. Co prawda, to wykonawca ma przygotować harmonogram budowy sieci MPLS, projekt sieci z procedurą testowania, ale harmonogram i projekt będą uzgadniane z Zamawiającym. Nie ma więc gwarancji, że data testowania usługi zostanie zaakceptowana przez Zamawiającego. Co więcej, to Zamawiający może zupełnie dowolnie ustalić datę testów, bo to wynika z opisu akceptacji projektu i harmonogramu w etapie I i II. Wskazanie daty rozpoczęcia testów niewątpliwie ułatwiłoby przygotowanie projektu sieci i harmonogramu,

ale przede wszystkim wykluczy wszelkie późniejsze spory w tej kwestii. Tak jak obecnie wykonawca ma wiedzę na temat terminu, w jakim ma przedstawić projekt sieci, harmonogram i kiedy ma rozpocząć świadczenie usługi, tak wskazanie daty rozpoczęcia i zakończenia testów pozwoli mu zaplanować budowę sieci MPLS. Przypomnieć należy, że postępowanie dotyczy ponad 400 lokalizacji i wykonawca na ten moment nawet nie wie jak Zamawiający planuje testować usługę w tych lokalizacjach. Etap testowania ma zakończyć się protokołem pomyślnego zakończenia testów, co pozwoli na rozpoczęcie świadczenia usługi. W przeciwnym przypadku wykonawca ponosić będzie sankcje za opóźnienie w uruchomieniu usług w postaci przewidzianych w umowie kar umownych. Dlatego, zdaniem Odwołującego, uzasadnione jest żądanie, aby już na etapie SIWZ Zamawiający wskazał swoje wymagania, co do daty rozpoczęcia i zakończenia testów usługi.

Żądanie Wykonawcy: określenie terminu rozpoczęcia testów prawidłowego funkcjonowania usługi transmisji danych oraz wskazanie maksymalnego okresu ich przeprowadzania przez Zamawiającego

Obowiązek złożenia oświadczenia przez Wykonawcę, że znany jest mu stan techniczny sieci Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowego oraz urządzeń wchodzących do tej sieci - § 4 ust. 1 c) Wzoru umowy. Zamawiający oczekuje, że wykonawca w ramach niniejszego postępowania przeprowadzi ocenę stanu technicznego sieci Państwowego Gospodarstwa Lasy Państwowe oraz urządzeń wchodzących do tej sieci.

W pierwszej kolejności nasuwa się wątpliwość czy chodzi tu o sieć obecnego dostawcy usług czy o sieć Zamawiającego. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług transmisji danych na sieci MPLS Wykonawcy. Zatem Wykonawca jest zobowiązany zaprojektować i zbudować własną sieć, a następnie nią zarządzać i ją serwisować. Potwierdza to też opis przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ), gdzie na rysunkach nr 1, 2 i 3 rozgraniczone są obie te sieci. Wynika z nich, że wykonawca nie odpowiada za sieć Zamawiającego i nią nie zarządza. Mimo to, Zamawiający oczekuje, że wykonawca pozna stan techniczny jego sieci w ponad 400 lokalizacjach i złoży odpowiednie oświadczenie.

Pojawiają się, więc wątpliwości, jaką sieć ma oceniać wykonawca i w jakim celu miałyby się z nią zaznajamiać. SIWZ nie zawiera żadnego opisu technicznego sieci. Aby poznać tak rozległą sieć Zamawiającego należy przeprowadzić inwentaryzację tej sieci w ponad 400 lokalizacjach, co wiązać się będzie z kolejnymi kosztami po stronie wykonawców. Jako, że wykonawca nie będzie zarządzał tą siecią przeprowadzenie takiej inwentaryzacji nie ma uzasadnienia. Przy czym trzeba tu zaakcentować, że stan sieci z pewnością jest znany dotychczasowemu dostawcy usług. On kosztów inwentaryzacji sieci ponosić nie będzie. Z analizy SIWZ nasuwa się wniosek, że Zamawiający wymagając od wykonawcy obowiązku poznania stanu sieci może chcieć przerzucić na wykonawcę ryzyko

ewentualnych problemów z uruchomieniem usługi. Bowiem uruchomienie usługi wiąże się z przełączeniem obecnej sieci na sieć nowego wykonawcy. Dlatego przymuszenie do złożenia takiego oświadczenia przez wykonawcę (w sytuacji, gdy z pewnością nie pozna tej sieci do dnia zawarcia umowy z Zamawiającym) może być wykorzystane, jako argument przeciw wykonawcy w sporze, gdy to po stronie Zamawiającego wystąpią problemy w uruchomieniu usług. Usunięcie tego postanowienia z projektu umowy wprowadzi dla obu stron umowy klarowny podział praw i obowiązków.

Zadanie Wykonawcy: usunięcie oświadczenia wskazanego w § 4 ust. 1 c) Wzoru umowy Trzeba wyraźnie podkreślić, że brak przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców może ograniczyć liczbę ofert, którą złożyć mogą potencjalni wykonawcy. Działania takie są także niekorzystne dla Zamawiającego, który ograniczając konkurencję zmniejsza swoje szanse na optymalizację wykorzystania środków budżetowych na realizację przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w dniu 06.09.2013 r. zamieścił na stronie internetowej kopie odwołania oraz wezwanie w trybie art. 185 ust.1 Pzp do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 09.09.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) EmiTel Sp. z o.o., ul. Wołoska 22, 02-675 Warszawa zwana dalej: „*EmiTel Sp. z o.o.*” albo „*pierwszym Przystępującym w sprawie KIO 2163/13*” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.09.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) GTS Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa zwana dalej: „*GTS Poland Sp. z o.o.*” albo „*drugim Przystępującym w sprawie KIO 2163/13*” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.09.2013 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Exatel S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa zwany dalej: „*Exatel S.A.*” albo „*Odwołującym w sprawie KIO 2135/13*” albo „*trzecim Przystępującym w sprawie KIO 2163/13*” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Stwierdził, że aktualne, kwestionowane przez Odwołującego zapisy SIWZ uniemożliwiają lub znacząco utrudniają złożenie oferty innym podmiotom niż TP SA

poprzez określenie wymogu realizacji zamówienia droga kablową, nie pozwalają na precyzyjne skalkulowanie ceny poprzez niejednoznaczne określenie liczby lokalizacji, które zmieniają siedzibę lub zostaną zlikwidowane, nie pozwalają na oszacowanie terminu realizacji usługi oraz wymagają oświadczenia o znajomości stanu sieci bez dołączenia załącznika z informacją na ten temat.

W dniu 16.09.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołań (sprawy o sygn. akt: KIO 2135/13; sygn. akt: KIO 2136/13; sygn. akt: KIO 2163/13;) do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołania, w której wnosił o oddalenie odwołania o sygn. akt: KIO 2135/13 oraz sygn. akt: KIO 2136/13 w całości. Względem odwołania o sygn. akt: KIO 2163/13 uwzględnił zarzut drugi, w pozostałym zakresie wnosilo o oddalenie zarzutów. Kopia została przekazana Odwołującemu. Stanowisko merytoryczne Zamawiającego odnośnie zarzutów dotyczących przedmiotowego odwołania zostanie przedstawione w dalszej części uzasadnienia w ramach ustaleń dotyczących poszczególnych zarzutów.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.09.2013 r. sprawy o sygn. akt: KIO 2135/13; sygn. akt: KIO 2136/13; sygn. akt: KIO 2163/13 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ (w tym w szczególności załącznikiem nr 1 – „Opis przedmiotu zamówienia”, czy też załącznikiem nr 4 – „Wzorem umowy”), odpowiedziami na pytania – pismo z dnia 16.09.2013 r., odwołaniami i przystąpieniami w sprawach o sygn. akt: KIO 2135/13, sygn. akt: KIO 2136/13, sygn. akt: KIO 2163/13, odpowiedzią na odwołania (pismo z dnia 16.09.2013 r.) wraz z załącznikami, dokumentem pod nazwą: *„Zestawienie średnich miesięcznych czasów usuwania awarii na usługach ze względu na typ dowiązania. CUA podane w godzinach”*, złożonym na rozprawie przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2135/13 w trybie § 23 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 Nr 48, poz. 280 i Dz. U. z 2013 r. poz. 232), kopią ramowej oferty określającej warunki zawierania przez TP S.A z innymi operatorami umów dzierżawy łączy telekomunikacyjnych, potwierdzeniem odbioru przesyłki z dnia 05.09.2013 r. odnośnie zapytania dotyczącego 48 lokalizacji, wynikających z przedmiotu zamówienia niniejszego postępowania przetargowego, przez Kancelarie TP S.A., jak i odpowiedzią TP S.A. z dnia 16.09.2013 r. złożonymi na rozprawie przez Przystępującego w sprawach o sygn. akt: KIO 2135/13, sygn. akt: KIO 2136/13, sygn.

akt: KIO 2163/13, wyciągiem z załącznika nr 8 do umowy (...) (TZ/370/36/13) – z postępowania ogłoszonego przez ZUS /2013/S 168-291846/, zestawieniem kosztów budowy łącza kablowego dla 1 lokalizacji, jak również średniego kosztu budowy łącza radiowego, wydrukiem opracowania według prezentacji "Stan realizacji projektów dotyczących budowy sieci Internetu szerokopasmowego w poszczególnych województwach wdrażanych w perspektywie finansowej 2007-2013" oraz fragmentem SIWZ Zamawiającego, obrazującym zakres przedmiotu zamówienia oraz odpowiedzialność Zamawiającego oraz Wykonawcy złożonymi na rozprawie przez Odwołującego w sprawie KIO 2163/13, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izba ustaliła, że Wykonawcy wnoszący wszystkie odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający ich do złożenia odwołań. Należy bowiem wskazać, że: *„Zgodnie z powołanym przepisem środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjmując należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.”* (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10).

Ponadto: „Treść art. 179 ust. 1 Pzp nie zawiera sformułowań pozwalających na interpretację nakazującą badanie przesłanek „interesu w uzyskaniu danego zamówienia” oraz „szkody” odrębnie w stosunku do każdego z zarzutów podniesionych przez uprawnionego wykonawcę”. (za wyrokiem KIO z dnia 06.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2044/11). Z kolei: „Pozostawienie bez rozpoznania wyłącznie zarzutów, w odniesieniu do których ziściły się przesłanki odrzucenia odwołania, urzeczywistnia zasadę zawartą w art. 7 ust. 3 Pzp, nakazującą udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, jest również zgodne z wyrażanym w orzecznictwie i piśmiennictwie postulatem szerokiej interpretacji art. 179 ust. 1 Pzp. Pogląd ten wskazuje na możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej nie tylko w celu zachowania praw wykonawcy w postępowaniu, ale również w celu zapewnienia zgodności z prawem całego postępowania o udzielenie zamówienia, tak aby umowa zawarta w jego wyniku nie była obciążona wadą uzasadniającą jej unieważnienie.”(za wyrokiem KIO z dnia 06.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2044/11). Odnośnie szerokiego szerokiej interpretacji art. 179 ust. 1 Pzp i „możliwości” w tym zakresie, należy jednakowoż, mieć na uwadze, że każdy ze stanów faktycznych jest odmienny, w tym zakresie, a postępowanie odwoławcze nie powinno zmieniać się w quasi postępowanie kontrolne, nie bez znaczenia jest także kontekst art. 192 ust. 7 Pzp.

Odnosząc się do kwestii relacji pomiędzy art. 179 ust.1 oraz art. 192 ust. 2 Pzp, Izba wskazuje za orzecznictwem; „Może też zaistnieć sytuacja, że – niezależnie od posiadania przez Odwołującego interesu z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, i uznania zarzutów za zasadne – odwołanie zostanie oddalone, a to na podstawie art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych: Izba bowiem uwzględnia odwołanie tylko w wypadku, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. (...) Ustawodawca wprowadzając przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych musiał założyć możliwość zaistnienia sytuacji, że odwołanie może okazać się słuszne i zasadne, jednak jeżeli jego uwzględnienie pozostaje bez korelacji z wynikiem postępowania, należy je oddalić – priorytetem jest szybkość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych pozostaje bez związku z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a więc istnieniem bądź nie interesu w uzyskaniu zamówienia (czy złożenia odwołania). Reasumując, ani spełnienie przesłanki z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ani zasadność zarzutów nie przesądzają jeszcze o uwzględnieniu odwołania; taka sytuacja zaistniała w niniejszym postępowaniu odwoławczym.”(za wyrokiem KIO z dnia 27.04.2011 r., sygn. akt: KIO 776/11).

Izba wskazuje również za orzecznictwem, co jest istotne z uwagi na przedmiot sporu zawarty w rozpatrywanych odwołaniach, tj. poszczególne zarzuty, że: „„Uwzględnienie

w części zarzutów odwołania przez zamawiającego należy uznać za przyznanie faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zd. 2 p.z.p., jeżeli przyznanie nie budzi wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. W takim przypadku Izba upoważniona jest do odstąpienia od przeprowadzania postępowania dowodowego ze skutkiem uznania podniesionych zarzutów za potwierdzone". Jednocześnie stwierdziła, iż: „oddalając odwołanie, Izba miała na uwadze stan faktyczny istniejący w dniu rozprawy, wynikający z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po jej modyfikacji dokonanej przez zamawiającego w dniu (...) tj. po wniesieniu przedmiotowego odwołania. Mając na uwadze treść art. 192 ust. 2 ustawy, Izba była zobowiązana ocenić wpływ stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania. Jedynie w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, Izba może uwzględnić odwołanie. W okolicznościach badanej sprawy, pomimo potwierdzenia w części zasadności zarzutów (...) Izba nie stwierdziła, aby miały one istotny wpływ na wynik postępowania. Dokonując takiego rozstrzygnięcia, Izba była zobowiązana uwzględnić okoliczność, iż zamawiający dokonał modyfikacji treści spornych postanowień SIWZ, a zatem na moment orzekania stwierdzone naruszenie pozostawało bez wpływu na wynik postępowania". (za wyrokiem z dnia 18.03.2011 r., sygn. akt: KIO 459/11). Podobnie: „W przypadku uwzględnienia w części zarzutów odwołania i powtórzenia czy wykonania czynności postulowanych przez odwołującego, czy ogólniej rzecz biorąc, zgodnych z prawem, należałoby za niezasadne uznać przyjęcie do orzekania stanu faktycznego już nieistniejącego w jego trakcie, bowiem na tę chwilę nie istniałyby kwestionowane czynności czy zaniechania zamawiającego i brak byłoby faktycznej podstawy sporu w tym zakresie - zarzuty tego typu należałoby pozostawić bez rozpoznania" (za wyrokiem KIO z dnia 6 lipca 2011 r., sygn. akt: KIO 1313/11). Nadto: „Pogląd, że uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów odwołania powoduje, że upada możliwość uwzględnienia ich w sentencji orzeczenia odnosić się może jedynie do sytuacji dokonania zmiany SIWZ zgodnie z żądaniami odwołania przed zamknięciem rozprawy. Tylko w takiej sytuacji naruszenia przepisów, których dopuścił się zamawiający nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania i nakazywanie zmian, których zamawiający już dokonał jest niecelowe". (za wyroku z dnia 1 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: KIO 89/11, sygn. akt: KIO 90/11). W tym kontekście należy także wskazać, że: „Jeżeli bowiem nawet uznać, że wobec uwzględnienia czterech z pięciu naruszeń w ramach zarzutu sformułowanego przez Odwołującego oraz cofnięcia ostatniego nieuwzględnionego zarzutu przez Odwołującego na rozprawie, brak jest przedmiotu sporu, czego Izba nie czyni, to winno się zauważyć, że brak czynności modyfikacji postanowień SIWZ, tudzież w wypadku uznaniowych kryteriów oceny także ogłoszenia o zamówieniu, skutkuje koniecznością uznania odwołania zasadnym, z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp. Tylko w razie poparcia odpowiedzi na odwołanie stosowną

modyfikacją, sformułowane naruszenia w ramach zarzutu postawionego przez Odwołującego nie miałyby wpływu na wynik postępowania i istniałaby podstawa do oddalenia odwołania.” (za wyrokiem KIO z dnia 15.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1166/11).

Kolejną istotną kwestią, którą należy wskazać w sposób ogólny przed rozpatrzeniem poszczególnych zarzutów jest sposób ich uwzględnienia w kontekście żądań zawartych w odwołaniu, czy też w kilku odwołaniach. Należy wskazać, iż co do zasady Zamawiający, w odróżnieniu od KIO jest związany żądaniami Odwołującego odnoszącymi się do poszczególnych zarzutów (art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp). Powyższe wynika przykładowo z wyroku KIO z dnia 04.11.2011 r., sygn. akt: KIO 2270/11, sygn. akt: KIO 2275/11, sygn. akt: KIO 2298/11. Jednakże sytuacja jest o wiele bardziej złożona, jeśli mamy do czynienia z kilkoma odwołaniami zawierającymi takiego samego charakteru zarzuty z różnymi żądaniami („*mniej i dalej idące*”). W takiej sytuacji Zamawiający zmuszony jest dokonać wyboru (jest to szczególnie widoczne w odniesieniu do zarzutów dotyczących postanowień SIWZ). Jeśli uzna żądanie dalej idące, to sytuacja jest czytelna np. zamiast modyfikacji zapisów SIWZ dokona wykreślenia spornego postanowienia, w skutek powyższego *de facto* spełnił żądanie także „*mniej idące*”. W sytuacji odwrotnej, gdy Odwołujący podtrzymuje zarzut wraz żądaniem pierwotnym, Izba zmuszona jest ocenić wpływ dokonanej modyfikacji na zasadność zarzutu i żądania, a w konsekwencji na wynik postępowania (tzn. jego istnienie lub brak w kontekście art. 192 ust.2 Pzp). Z kolei, gdy Zamawiający dokona modyfikacji postanowień SIWZ niezgodnie z żądaniami jakiegokolwiek Odwołującego winien z uwagi na art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp dokonać formalnego oddalenia zarzutu. W takiej sytuacji, Izba także oceni, czy modyfikacja Zamawiającego wpływa na wynik postępowania (tzn. jego istnienie lub brak w kontekście art. 192 ust. 2 Pzp). Inaczej mówiąc, czy czyni zadość, koreluje, choć nie wprost, z żądaniami Odwołujących, którzy sformułowali „*wspólne*” zarzuty. Z uwagi na fakt, że Izba nie jest związana żądaniami Odwołującego i rozstrzyga jedynie o zasadności lub niezasadności podniesionego zarzutu, możliwa jest sytuacja, w której poczyniona modyfikacja SIWZ na dzień orzekania w ocenie Izby wyczerpuje, czyni zadość żądaniam Odwołującego i odwołanie zostanie oddalone z uwagi na brak wpływu „*skonsumowanego*” żądania na wynik postępowania (za wyrokiem KIO z dnia 28.02.2012 r., sygn. akt: KIO 229/12, sygn. akt: KIO 238/12, sygn. akt: KIO 239/12, sygn. akt: KIO 242/12, sygn. akt: KIO 245/12, , sygn. akt: KIO 247/12).

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sprawie o sygn. akt: KIO 2135/13; sygn. akt: KIO 2136/13; sygn. akt: KIO 2163/13 oraz inne dokumenty wskazane powyżej jako dokumenty, z którymi Izba się zapoznała albo zostały

wymienione szczegółowo w ramach ustaleń dotyczących poszczególnych odwołań, ustalił i zważył, co następuje.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących o sygn. akt: KIO 2135/13; sygn. akt: KIO 2136/13; sygn. akt: KIO 2163/13 złożone ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2135/13 - EXATEL S.A.:

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołania (pismo z dnia 16.09.2013 r.), w tym odwołanie o sygn. akt: KIO 2135/13 wnosił o oddalenie odwołania w całości. Względem zarzutu I) Zamawiający przedstawił dane dotyczące awaryjności swojej sieci. Nadto, określił zagrożenia związane z łączami radiowymi. Wykluczył w ogóle łącza satelitarne w wariancie podstawowym, jako niezgodne z jego potrzebami, m.in. z uwagi na szeroko użytkowane systemy telefoniczne. Przywołał postanowienia Karty Równoważności oraz Oferty ramowej wiążącej TP S.A. (kopie obu zostały załączone do odpowiedzi na odwołanie, w tym ostatnim wypadku wyciąg), tudzież postanowienia SIWZ umożliwiające zastosowanie rozwiązań tymczasowych do czasu zagwarantowania łącza kablowego. Poza tym, wskazywał na konieczność zagwarantowania dwóch łączy o rozdzielnych technikach w wersji podstawowej oraz wersji zapasowej. Przy zarzucie II), uznał że Odwołujący wskazuje jedynie na własne możliwości realizacji zamówienia. Podnosił, że ustalając termin realizacji zamówienia opierał się na wiedzy dotyczącej rynku telekomunikacyjnego. Przywołał przykłady ZUS-u oraz ARiMR-u (wydruk ogłoszeń o zamówieniu w obu wypadkach zostały załączone do odpowiedzi na odwołanie), jak adekwatnych zamówień porównawczych. Odnośnie zarzutu III) – stwierdził, że postanowienia SIWZ objęte odwołaniem miały na celu zagwarantowanie Zamawiającemu w przyszłości możliwości wprowadzania zmian w ramach zamówienia podstawowego. Jednocześnie, stwierdził, że w zakresie postanowienia SIWZ dotyczącego zarzutu IV) dokonuje zmiany: „Wykonawca oświadcza, że:

c) przed przystąpieniem do świadczenia usług zapozna się ze stanem technicznym sieci Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe używanej w chwili zawarcia Umowy oraz urządzeń się na nią składających”. Podniósł także, że sprawdzenie stanu technicznego może zostać dokonane już po podpisaniu umowy.

Na posiedzeniu i rozprawie w dniu 17.09.2013 r. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2135/13 - EXATEL S.A. oświadczył, po zapoznaniu się ze stanowiskiem Zamawiającego

z odpowiedzi na odwołania i zawartymi tam wyjaśnieniami, że podtrzymuje wszystkie zarzuty odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w nieprecyzyjny sposób, utrudniający lub uniemożliwiający złożenie oraz prawidłowe skalkulowanie oferowanej ceny,
2. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w taki sposób, że w przedmiotowym postępowaniu preferowany jest jeden z potencjalnych wykonawców.

W ramach zarzutu I) Odwołujący wskazywał, że zarzut - wymaganych wariantów realizacji Dostępów - dotyczy postanowień określających wymagane warianty zapewnienia łączności w lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego, to jest w szczególności postanowień Załącznika nr 1 do SIWZ stanowiącego jednocześnie Załącznik nr 1 do Umowy, Część II pkt 7 (w tabeli nr 1 - „*Warianty realizacji Dostępów L1 i L2*”). Zamawiający wymagał w każdej z lokalizacji zapewnienia Dostępu podstawowego oraz awaryjnego, dopuszczając trzy warianty zapewnienia tych Dostępów. Jak wynika z tabeli nr 1 - w każdym z dopuszczonych przez Zamawiającego wariantów, jedną z wymaganych form Dostępu jest łącze kablowe. Telekomunikacja Polska S.A. jest właścicielem łączy kablowych doprowadzonych do zdecydowanej większości lokalizacji wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ. Każdy inny wykonawca będzie musiał albo zapewnić własne łącze kablowe, czyli doprowadzić kabel do wszystkich lokalizacji (wśród których znajdują się też lokalizacje bardzo trudno dostępne), albo zawrzeć z Telekomunikacją Polską S.A. umowę, której przedmiotem będzie udostępnienie jej łączy kablowych (dzierżawa łączy). W konsekwencji niniejszy zarzut dotyczył naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp. Odwołujący wnosił o dokonanie zmiany SIWZ poprzez dopuszczenie, jako trzech kolejnych wariantów, zapewnienia Dostępu, także wariantów, w których zarówno Dostęp podstawowy, jak i Dostęp awaryjny może być realizowany przy wykorzystaniu radiolinii punkt - punkt w paśmie koncesjonowanym, lub radiolinii punkt-wielopunkt (np. LMDS, CDMA, WiMAX) w paśmie koncesjonowanym lub łącze satelitarne /powyższe przedstawił w rozbudowanej tabeli w odwołaniu – na str. 6/.

W ramach zarzutu II) Odwołujący wskazywał, że przedmiotem zarzutu jest wyznaczenie terminu realizacji zamówienia poprzez wskazanie, iż rozpoczęcie świadczenia usług transmisji danych objętych zamówieniem rozpocznie się dnia 17.11.2014 r. Dotyczył w szczególności postanowień cz. I ust. 1 SIWZ, cz. I Załącznika nr 1 do SIWZ oraz § 2 ust. 1 oraz § 3 Załącznika nr 4 do SIWZ (Wzoru umowy). W konsekwencji niniejszy zarzut dotyczył naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp. Odwołujący domagał się nakazania Zamawiającemu zmiany wszystkich postanowień definiujących termin rozpoczęcia świadczenia usług na dzień 17.11.2014 r., na postanowienia, zgodnie z którymi rozpoczęcie świadczenia usługi nastąpi w terminie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy z wybranym wykonawcą.

W ramach zarzutu III) Odwołujący wskazywał, że zarzut postanowień § 4 ust. 4 Załącznika nr 4 do SIWZ (Wzoru umowy), w brzmieniu: „W związku ze zmianą potrzeb Zamawiającego, Wykonawca zobowiązuje się do świadczenia Usług w następujących przypadkach:

i. przeniesienia Lokalizacji - Wykonawca zrealizuje przeniesienie usług do nowej Lokalizacji w terminie nie dłuższym niż 6 miesięcy od daty zgłoszenia o przeniesieniu Lokalizacji przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, co nie powoduje zmiany wynagrodzenia Wykonawcy pod warunkiem, że przeniesienie Lokalizacji będzie dotyczyło nie więcej niż 10% wszystkich Lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 2 do Umowy,

ii. powstania nowej Lokalizacji - Wykonawca rozpocznie świadczenie Usług w nowopowstałej Lokalizacji w terminie nie dłuższym niż 6 miesięcy od daty zawiadomienia przez Zamawiającego, a Wynagrodzenie miesięczne za każdego nowego Użytkownika ustalone zostanie według cen jednostkowych określonych w Załączniku nr 3 do Umowy („Formularz Cenowy”) pod warunkiem, że liczba nowych Lokalizacji nie przekroczy 5% liczby Lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 2 do Umowy;”. W konsekwencji niniejszy zarzut dotyczył naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp z uwagi na wyznaczenie do wyceny nieprzewidywalnego zakresu usług. W związku z powyższym, Odwołujący domagał się nakazania Zamawiającemu usunięcia z SIWZ omawianego mechanizmu zwiększania zakresu zamówienia bez zmiany wysokości wynagrodzenia i wykreślenia postanowień § 4 ust. 4 Wzoru umowy.

W ramach zarzutu IV) Odwołujący wskazywał, że zarzut dotyczył braku wymaganych informacji o stanie technicznym sieci. Przedmiotem zarzutu był § 4 ust 1 lit c. Wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ), zgodnie z którym: „Wykonawca oświadcza, że: (...)

c) znany jest mu stan techniczny sieci Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe używanej w chwili zawarcia Umowy oraz urządzeń się nań składających; (...) Powyższe żądania miało charakter dyskryminacyjny oraz naruszających zasady opisu przedmiotu zamówienia wyrażone w art. 29 ust. 1 Pzp. Odwołujący domagał się nakazania Zamawiającemu usunięcia postanowienia § 4 ust. 1 lit. c) Wzoru umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu I) dotyczącego wymaganych wariantów realizacji Dostępów. Stanowisko Zamawiającego z rozprawy było niekonsekwentne i sprzeczne, z jednej strony podnosił bowiem kwestie dwóch odrębnych tras dostępu oraz dwóch odrębnych rozłącznych technik dostępu. Z drugiej zaś, nie dopuszczał techniki radiowej i satelitarnej oraz negował przydatność korzystania z dwóch różnych traktów radiowych o odmiennej częstotliwości. Przedstawiając dane dotyczące awaryjności swojej sieci, które okazały się niemiernodajne, gdyż dotyczyły tak połączeń kablowych, jak i radiowych bez osobnego wydzielenia. Nadto,

upierał się na dostępie kablowym, który nie miał waloru dwóch odrębnych rozłącznych technik dostępu. Dodatkowo uczestnicy postępowania wykazali wskazując na postanowienia pod tabelą 1 w wariantcie 1, że nawet w wypadku dostępu kablowego po „dwóch kablach” z dwoma wyjątkami, wszystkie trasy dostępu tak podstawowego, jak i awaryjnego w końcowym etapie łączą się na „jednym kablu” z jednostkami Zamawiającego. Jednocześnie, w ocenie Izby, niewątpliwie TP S.A. z uwagi na istniejące uwarunkowanie ma specyficzny status, który można realnie przełamać zmieniając dotychczasowe postanowienia SIWZ w sposób wskazany poniżej. Uczestnicy postępowania, w tym w szczególności GPT Poland Sp. z o.o. wykazali, że możliwość skorzystania z ramowej oferty określającej warunki zawierania przez TP S.A. z innymi operatorami umów dzierżawy łączy telekomunikacyjnych nie jest rzeczywistą alternatywą. W tym zakresie również wobec wymogów Zamawiającego co do maksymalnego czasu usuwania awarii (SLA) – pkt 25 załącznika nr 1 do SIWZ, a czasu wynikającego z oferty ramowej (pkt 3.5 ust.2). Powyższe dotyczy także potwierdzenia odbioru przesyłki z dnia 05.09.2013 r. odnośnie zapytania dotyczącego 48 lokalizacji, wynikających z przedmiotu zamówienia niniejszego postępowania przetargowego, przez Kancelarie TP S.A., jak i odpowiedzi TP S.A. z dnia 16.09.2013 r. Izba dopuściła także, jako dowód w zakresie niniejszego zarzutu również dokument pod nazwą: *"Zestawienie średnich miesięcznych czasów usuwania awarii na usługach ze względu na typ dowiązania. CUA podane w godzinach"*, złożonym na rozprawie przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2135/13 w trybie § 23 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 Nr 48, poz. 280 i Dz. U. z 2013 r. poz. 232), zastrzegając, że nie miał on decydującego charakteru.

Izba uwzględniła niniejszy zarzut, jednocześnie nakazując Zamawiającemu rozszerzenie dopuszczalnych wariantów o trzy dodatkowe. Przy czym, wobec związania Izby zarzutami, a nie wnioskami, a zarazem biorąc pod uwagę potrzeby Zamawiającego odnośnie łączności/sieci telefonicznej nakazując stosowną modyfikację w tabeli 1, tak jak żądał Odwołujący, z tym że w 6 wariantcie w dostępie podstawowym (zawnioskowanym przez Odwołującego) należy dokonać modyfikacji bez sformułowania „lub łącze satelitarne”. W pozostałym zakresie Zamawiający winien kierować się propozycją zawartą w żądaniu Odwołującego – w propozycji tabeli 1 /str. 6 odwołania/. Skutki powyższej modyfikacji winien uwzględnić Zamawiający, w każdym innym fragmencie tego wymagającym.

Odnośnie zarzutu II) dotyczącego terminu realizacji zamówienia.

Izba uwzględniła niniejszy zarzut. Jednocześnie, uznając za adekwatną argumentację przedstawioną w wyroku KIO z dnia 16.08.2013 r., sygn. akt: KIO 1869/13, KIO 1876/13 w podobnym stanie faktycznym: „(...) w przypadku niniejszego przedmiotu zamówienia

istotne jest, aby przed podjęciem świadczenia właściwej usługi – świadczenia usługi transmisji danych – wykonawca wybrany do wykonania zamówienia podjął szereg działań o charakterze przygotowawczym, które wymagają określonego czasu dla wykonawcy. Wśród tych czynności o charakterze przygotowawczym należy wymienić choćby takie działania, jak: przygotowanie projektu technicznego usługi transmisji danych dla Zamawiającego, czy samo uruchomienie transmisji (...), które to czynności wymagają odpowiedniego skonfigurowania łącz i urządzeń do transmisji danych, przede wszystkim w oparciu o infrastrukturę, która aktualnie należy do dotychczasowego wykonawcy tej usługi dla Zamawiającego, tj. TP S.A. W zakres tych czynności wchodzi także niewątpliwie konieczność uzyskania określonych wymaganych prawem decyzji i zezwoleń związanych z uruchomieniem infrastruktury do świadczenia usługi, jak i z samą usługą transmisji danych. Czas ten może być wykorzystany dopiero po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranym w postępowaniu wykonawcą. Tylko bowiem wykonawca, który ma pewność, że będzie faktycznie realizował dane zamówienie może przedsięwziąć określone działania, ponosząc w tym zakresie określone nakłady, z tytułu których nie otrzyma odrębnego wynagrodzenia, które to działania mają przygotować właściwe świadczenie usługi. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie przewidział żadnego terminu na przygotowanie się do świadczenia usługi. (...)

W konsekwencji, nakazując stosowną modyfikację postanowień SIWZ, w każdym fragmencie tego wymagającym, a w szczególności w cz. I ust.1 SIWZ, cz. I załącznika nr 1 do SIWZ, § 2 ust.1, czy też w § 3 załącznika nr 4 do SIWZ. W ten sposób, aby znalazło się w nich sformułowanie, że: „Uruchomienie usługi zostanie zrealizowane w terminie nie dłuższym niż 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, jednak nie wcześniej niż dnia 16.11. 2014 r. Zaś świadczenie usługi transmisji danych dla Zamawiającego rozpocznie się dnia następnego po uruchomieniu usługi we wskazanym powyżej terminie i będzie realizowane przez 36 miesięcy”.

Odnosnie zarzutu III) dotyczącego niezdefiniowanego zakres usług w razie „zmiany potrzeb Zamawiającego”, czyli naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp.

Izba uwzględniła niniejszy zarzut, biorąc pod uwagę stanowisko stron przedstawione na rozprawie, jak i całokształt okoliczności wynikających także z odwołania i rozprawy dotyczącej spawy o sygn. akt: KIO 2136/13. Nakazując następującą zmianę w § 4 ust. 4 Wzoru umowy: „W związku ze zmianą potrzeb Zamawiającego, Wykonawca zobowiązuje się do świadczenia Usług w następujących przypadkach: i. przeniesienia Lokalizacji - Wykonawca zrealizuje przeniesienie usług do nowej Lokalizacji w terminie nie dłuższym niż 6 miesięcy od daty zgłoszenia o przeniesieniu Lokalizacji przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, co nie powoduje zmiany wynagrodzenia Wykonawcy pod

warunkiem, że przeniesienie Lokalizacji będzie dotyczyło nie więcej niż 10% wszystkich Lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 2 do Umowy, z zastrzeżeniem, że przeniesienie Lokalizacji nastąpi w ramach umowy, o ile będą istniały warunki techniczne do świadczenia usługi w danej (nowej) Lokalizacji. W przypadku, gdy tych warunków nie będzie przeniesienie lokalizacji nastąpi w ramach zamówienia uzupełniającego,

ii. powstania nowej Lokalizacji – doprowadzenie łączy i świadczenie usługi nastąpi w drodze zamówienia uzupełniającego". Stosowną modyfikację postanowień SIWZ, winna zostać przeprowadzona, w każdym fragmencie tego wymagającym.

Odnosnie zarzutu IV) dotyczącego braku wymaganych informacji o stanie technicznym sieci, czyli naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp.

Izba uwzględniła niniejszy zarzut, biorąc pod uwagę stanowisko stron przedstawione na rozprawie. Nakazując usunięcie § 4 ust.1 lit. c Wzoru umowy – załącznika nr 4 do SIWZ w jego obecnym kształcie. Należy zauważyć, że mimo modyfikacji postanowień SIWZ, Zamawiający nie uznał powyższej okoliczności za podstawę do uwzględnienia w tym zakresie zarzutu, zasadnie wychodząc z założenia, że zmiana nie jest zgodna z wnioskiem Odwołującego, którym Zamawiający, w odróżnieniu od Izby jest związany. W ocenie Izby, także rozprawa potwierdziła zasadność podtrzymania zarzutu przez Odwołującego. Ze stanowiska Zamawiającego wynikało, że treść oświadczenia w jego kształcie przed, jak i po modyfikacji wynikającej z odpowiedzi na odwołania może być podstawą ewentualnych sporów toku realizacji zamówienia. Jeżeli Zamawiający zamierza usunięty fragment zastąpić innym winien jednoznacznie określić, czy chodzi o sieć MPLS, czy też także LAN. W sytuacji, gdy zamierza przedmiotem zamówienia objąć sieć LAN winien wyraźnie to wskazać i przedstawić dane z nią związane. W konsekwencji opis przedmiotu zamówienia winien być precyzyjny i jednoznaczny.

Biorąc pod uwagę uwzględnienie wszystkich czterech zarzutów odwołania, Izba uznała, że odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2135/13 podlega uwzględnieniu na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2136/13 - Telekomunikacja Polska S.A.:

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołania (pismo z dnia 16.09.2013 r.), w tym odwołanie o sygn. akt: KIO 2136/13 Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości. Względem zarzutu I) Zamawiający przedstawił szczegółowe wyjaśnienia wskazując na Cz. 2 pkt 17, Cz. 3 pkt 23 b) i 24 OPZ, czyli załącznik nr 1 do SIWZ. W zarzucie II) stwierdził, że postanowienia SIWZ objęte zakresem zarzutu stanowią przesłankę zmiany umowy, która ma charakter dobrowolny i wymaga zgody obu stron. Odnosił się także do aktualnie

obowiązującej umowy z TP S.A. W zarzucie III) – podtrzymał swoje stanowisko przedstawione, przy odwołaniu o sygn. akt: KIO 2135/13 przy zarzucie III. Na posiedzeniu i rozprawie w dniu 17.09.2013 r. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2136/12 – TP S.A. S.A. oświadczył, że nie cofa całego odwołania co do ewentualnej rezygnacji z jakiegoś zarzutu stwierdził, że przedstawi swoje stanowisko w dalszym biegu rozprawy, co uczynił cofając zarzut I.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, przez:

Zarzut I) - niezdefiniowanie pasm dla poszczególnych klas usług (Cz. 3 OPZ pkt 24 załącznika nr 1 do SIWZ);

Zarzut II) - zastrzeżenie możliwości obniżenia wynagrodzenia, co utrudnia prawidłowe skalkulowanie oferty;

Zarzut III) - zastrzeżenie możliwości przeniesienia istniejących Lokalizacji, oraz powstania nowych Lokalizacji (§ 4 ust. 4 Wzoru umowy).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu I) - dotyczącego braku wskazania pasm dla poszczególnych klas usług (CoS) zdefiniowanych w (Cz. 3 OPZ pkt 24). Odwołujący po zapoznaniu się z wyjaśnieniami zawartymi w ramach odpowiedzi na odwołania – wycofał na rozprawie zarzut.

Odnosnie zarzut II) – dotyczącego zastrzeżenie możliwości obniżenia wynagrodzenia, co utrudnia prawidłowe skalkulowanie oferty.

Izba uwzględniła zarzut, biorąc pod uwagę całość sprawy, tzn. stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Uznając zarazem, że zaproponowana przez Odwołującego na rozprawie, zmiana postanowień wzoru umowy usuwa wszelkie ewentualne wątpliwości między stronami, wobec charakteru postanowień § 10 ust. 4 lit. c Wzoru umowy, które można interpretować jako klasyczna klauzula waloryzacyjna. Nakazując następującą zmianę, tj. dodanie w § 10 ust. 4 lit. c Wzoru umowy oraz w Rozdz. XIII ust. 4 lit. c SIWZ kolejnego zdania: „*Zmiana ta ma charakter dobrowolny i wymaga zgody obu stron*”.

Odnosnie zarzut III) – dotyczącego możliwości przeniesienia istniejących Lokalizacji, oraz powstania nowych Lokalizacji (§ 4 ust. 4 Wzoru umowy).

Izba uwzględniła zarzut, biorąc pod uwagę całość sprawy, tzn. stan rzeczy ustalony w toku postępowania tak w zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 2135, KIO 2136/13, jak i KIO 2163/13. Izba wzięła pod uwagę argumentacje odnośnie kosztów budowy łącza kablowego dla 1 lokalizacji, jak również średniego kosztu budowy łącza radiowego, tudzież

argumentację dotyczącą kosztów przenoszenia radiolinii. Jednocześnie wyjaśniając Zamawiającemu, wobec jego wątpliwości, że budowa będzie czynnością przygotowawczą, a przedmiotem zamówienia będzie świadczenie usługi, stąd możliwość zastosowania zamówienia uzupełniającego. Nakaz wprowadzenia dotyczący także, choć nie tylko, zamówień uzupełniających miał również miejsce w wyroku KIO z dnia 16.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1337/12, KIO 1349/13, KIO 1353/12, tudzież został zrealizowany, co wynika z wyroku KIO z dnia 06.09.2012 r., sygn. akt: KIO 1807/12. Nakazując w konsekwencji następującą zmianę, taką samą jak przy rozpatrywaniu zarzutu III odwołania o sygn. akt: KIO 2135/13, w § 4 ust. 4 Wzoru umowy: „W związku ze zmianą potrzeb Zamawiającego, Wykonawca zobowiązuje się do świadczenia Usług w następujących przypadkach:

- i. przeniesienia Lokalizacji - Wykonawca zrealizuje przeniesienie usług do nowej Lokalizacji w terminie nie dłuższym niż 6 miesięcy od daty zgłoszenia o przeniesieniu Lokalizacji przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, co nie powoduje zmiany wynagrodzenia Wykonawcy pod warunkiem, że przeniesienie Lokalizacji będzie dotyczyło nie więcej niż 10% wszystkich Lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 2 do Umowy, z zastrzeżeniem, że przeniesienie Lokalizacji nastąpi w ramach umowy, o ile będą istniały warunki techniczne do świadczenia usługi w danej (nowej) Lokalizacji. W przypadku, gdy tych warunków nie będzie przeniesienie lokalizacji nastąpi w ramach zamówienia uzupełniającego,*
- ii. powstania nowej Lokalizacji – doprowadzenie łączy i świadczenie usługi nastąpi w drodze zamówienia uzupełniającego”.*

Stosowną modyfikację postanowień SIWZ, winna zostać przeprowadzona, w każdym fragmencie tego wymagającym.

Biorąc pod uwagę uwzględnienie zarzutu II) i III) odwołania, Izba uznała, że odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2136/13 podlega uwzględnieniu na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2163/13 - Netia S.A.:

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołania (pismo z dnia 16.09.2013 r.), w tym odwołanie o sygn. akt: KIO 2163/13 Zamawiający uwzględnił zarzut drugi, w pozostałym zakresie wnosił o oddalenie zarzutów.

. Względem zarzutu I) - Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko przedstawione, przy odwołaniu o sygn. akt: KIO 2135/13 przy zarzucie I. Podkreślając minimalizację ryzyka jednoczesnego nie działania obu łączy, tudzież wskazując na możliwość konkurencji z TP S.A. poprzez ofertę ramową na dzierżawę łączy od niniejszego operatora. W zarzucie II) - dokonał zmiany postanowień SIWZ w § 4 ust. 5 Wzoru umowy – *de facto* uwzględniając

niniejszy zarzut: „Liczba likwidowanych Lokalizacji nie przekroczy 10 % liczby Lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 2 do Umowy”. W zarzucie III) – podniósł, że w przywołanym przez Odwołującego fragmencie (cz. 1 Załącznika nr 1 do SIWZ i jednocześnie § 3 Wzoru umowy) Zamawiający wskazał, że określenie procedury testów prawidłowego funkcjonowania usług jest częścią projektu sieci, który zostanie opracowany przez Wykonawcę w pierwszym etapie realizacji umowy. „Wykonanie Projektu sieci (...), zawierającego co najmniej:

- a) szczegółowy opis techniczny i funkcjonalny sieci,
- b) opis architektury proponowanej sieci, użytych standardów,
- c) opis sposobu realizacji wymagań jakościowych (QoS),
- d) uzgodniony z Zamawiającym plan adresacji IP,
- e) opis wymiany informacji routinguowych z urządzeniami Użytkownika (C) Zamawiającego
- f) procedura testów prawidłowego funkcjonowania Usług, zwany dalej „Projektem sieci”.

W tej samej części SIWZ i Wzoru umowy wskazał, że to wykonawca określi harmonogram uruchomienia usług (tj. uruchamiania i testowania łączy) w ramach realizacji etapu drugiego: „ETAP II. Wykonanie i dostarczenie Zamawiającemu do jego siedziby harmonogramu realizacji zestawiania, uruchomienia, przełączania łączy u Użytkowników wraz z opisem i procedurą przełączania Użytkowników (...) z obecnej sieci IP VPN (MPLS) Zamawiającego do sieci IP VPN (MPLS) Wykonawcy. ” Z powyższego wynika, że zapisy wzoru Umowy nie upoważniają Zamawiającego do narzucenia Wykonawcy terminu rozpoczęcia testów, ale pozostawiają mu możliwość opracowania harmonogramu uruchomienia usług i tym samym dostosowania harmonogramu testów do jego indywidualnych uwarunkowań. Zamawiający nie mógł określić harmonogramu testów, gdyż nie zna harmonogramu uruchomienia usług, który dopiero zostanie określony przez Wykonawcę w drugim etapie realizacji umowy. Stwierdził, że Zamawiający nie wymagał, aby przed rozpoczęciem testów cała sieć była gotowa, tj. aby były uruchomione wszystkie wymagane łącza dostępne. W rozumieniu Zamawiającego, Wykonawca będzie testował każde łącze po jego uruchomieniu, co jest normalną praktyką w tego typu przedsięwzięciach. Dodatkowo, specyfikacja nie wymaga, aby w testach brał udział przedstawiciel Zamawiającego. Natomiast żądanie określenia w SIWZ maksymalnego okresu przeprowadzenia testów jest *de facto* zrealizowane, w ocenie Zamawiającego, w opisie Etapu III (Załącznik nr 1 do SIWZ oraz § 3 Wzoru umowy), którego ostatnie zdanie brzmi: „Etap III zostanie zakończony przed rozpoczęciem Etapu IV (Świadczenie Usług).” W zarzucie IV) – Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko przedstawione, przy odwołaniu o sygn. akt: KIO 2135/13 przy zarzucie IV. Na posiedzeniu i rozprawie w dniu 17.09.2013 r. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2163/13 – NETIA S.A. oświadczył, że po zapoznaniu się z odpowiedzią na odwołanie podtrzymuje w całości

złożony środek ochrony prawnej, choć nie przeczy, że w zakresie zarzutu II) Zamawiający dokonał zmiany postanowień SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp nakazuje, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w sposób przejrzysty. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców. Zamawiający w każdym stadium postępowania obowiązany jest stosować się do art. 7 Pzp, a przy opisie przedmiotu zamówienia uwzględniać art. 29 Pzp. Analiza SIWZ w niniejszym postępowaniu prowadzi do wniosków, że obie zasady wyrażone w Pzp nie zostały zachowane. Odwołujący sformułował następujące szczegółowe zarzuty:

Zarzut I) – dotyczy braku możliwości zastosowania technologii radiowej jednocześnie w obu dostępach (podstawowym i awaryjnym) - tabela 1 pkt 7 cz. 2 Załącznika nr 1 do SIWZ.

Zarzut II) – dotyczy wprowadzenie w § 4 ust. 5 Wzoru umowy możliwości rezygnacji Zamawiającego z usługi w przypadku likwidacji lokalizacji Zamawiającego bez określenia limitu tych rezygnacji.

Zarzut III) – dotyczy braku wskazania terminu rozpoczęcia testów prawidłowego funkcjonowania usługi transmisji danych w etapie III oraz okresu, w jakim Zamawiający będzie przeprowadzał testy - część 1 Załącznika nr 1 do SIWZ oraz § 3 Wzoru umowy.

Zarzut IV) – dotyczy obowiązku złożenia oświadczenia przez Wykonawcę, że znany jest mu stan techniczny sieci Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowego oraz urządzeń wchodzących do tej sieci - § 4 ust. 1 c) Wzoru umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu I) - dotyczącego braku możliwości zastosowania technologii radiowej jednocześnie w obu dostępach (podstawowym i awaryjnym) - tabela 1 pkt 7 cz. 2 Załącznika nr 1 do SIWZ.

Izba uwzględniła zarzut. Przywołując zarazem argumentację przedstawioną, przy rozpatrywaniu zarzutu I) odwołania o sygn. akt: KIO 2135/13. Dodatkowo, Izba uznała za cenne i wnoszące wiele istotnych informacji potwierdzających zasadność zarzutu: 1) wyciąg z załącznika nr 8 do umowy (...) (TZ/370/36/13) – z postępowania ogłoszonego przez ZUS /2013/S 168-291846/, 2) zestawienie kosztów budowy łącza kablowego dla 1 lokalizacji, jak również średniego kosztu budowy łącza radiowego, oraz 3) wydruk opracowania według prezentacji "Stan realizacji projektów dotyczących budowy sieci Internetu szerokopasmowego w poszczególnych województwach wdrażanych w perspektywie finansowej 2007-2013" złożone na rozprawie przez Odwołującego o sygn. akt: KIO 2163/13.

Istnieje niewątpliwie możliwość wykorzystania dwóch niezależnych łączy radiowych w częstotliwościach koncesjonowanych. Nadto, koszt budowy łączy kablowych jest jak wykazano dla jednej lokalizacji tego rzędu, że nawet przejściowe rozwiązanie /proponowane przez Zamawiającego/ do czasu zbudowania rozwiązania kablowego stawia rentowność całego kontraktu pod znakiem zapytania. Dodatkowo, należy zauważyć, że w przypadku przeniesienia Lokalizacji, koszty z tym związane będą możliwe do wyzacowania i nie będą związane ze stratami wynikającymi z pozostawianego łączy kablowego.

Przy czym, wobec związania Izby zarzutami, a nie wnioskami, a zarazem biorąc pod uwagę potrzeby Zamawiającego odnośnie łączności/sieci telefonicznej nakazując stosowna modyfikacje w tabeli 1, tak jak żądał Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2135/13, z tym że w 6 wariantach w dostępie podstawowym (zawnioskowanym przez Odwołującego) należy dokonać modyfikacji bez sformułowania „*lub łącze satelitarne*”. W pozostałym zakresie Zamawiający winien kierować się propozycją zawartą w żądaniu Odwołującego – w propozycji tabeli 1 /str. 6 odwołania o sygn. akt: KIO 2135/13/. Skutki powyższej modyfikacji winien uwzględnić Zamawiający, w każdym innym fragmencie tego wymagającym.

Odnośnie zarzutu II) - dotyczącego wprowadzenia w § 4 ust. 5 Wzoru umowy możliwości rezygnacji Zamawiającego z usługi w przypadku likwidacji lokalizacji Zamawiającego bez określenia limitu tych rezygnacji. Wobec uwzględnienia niniejszego zarzutu przez Zamawiającego i dokonania zmiany postanowień § 4 ust. 5 Wzoru umowy, jak wskazywano w odpowiedzi na odwołania. Odwołujący ostatecznie na rozprawie – wycofał przedmiotowy zarzut.

Odnośnie zarzutu III) – dotyczącego braku wskazania terminu rozpoczęcia testów prawidłowego funkcjonowania usługi transmisji danych w etapie III oraz okresu, w jakim Zamawiający będzie przeprowadzał testy - część 1 Załącznika nr 1 do SIWZ oraz § 3 Wzoru umowy.

Izba uwzględniła zarzut. Nakazując zgodnie z wnioskiem Zamawiającego wskazanie terminu rozpoczęcia testów prawidłowego funkcjonowania usługi transmisji danych w etapie III oraz okresu, w jakim Zamawiający będzie przeprowadzał testy – cz. 1. W tym zakresie nakazując wprowadzenie: „*Testy prawidłowego funkcjonowania usługi transmisji danych w etapie III rozpoczną się następnego dnia po przyjęciu harmonogramu bez zastrzeżeń, ale nie później niż w 105 dniu od dnia podpisania umowy, chyba że strony uzgodniły inny termin w ramach procedury przeprowadzenia testów określonej w Projekcie sieci.*”. Jednocześnie nakazując dodanie, że: „*Testy zostaną zakończone z uwzględnieniem następującej okoliczności, że uruchomienie usługi zostanie zrealizowane w terminie nie dłuższym niż 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, jednak nie wcześniej niż dnia 16.11.2014 r. Zaś*

świadczenie usługi transmisji danych dla Zamawiającego rozpocznie się dnia następnego po uruchomieniu usługi we wskazanym powyżej terminie i będzie realizowane przez 36 miesięcy”. Niniejszą modyfikację winien uwzględnić Zamawiający, w każdym innym niż wskazany w zarzucie, fragmencie tego wymagającym.

Odnosnie zarzutu IV) – dotyczącego obowiązku złożenia oświadczenia przez Wykonawcę, że znany jest mu stan techniczny sieci Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowego oraz urządzeń wchodzących do tej sieci - § 4 ust. 1 c) Wzoru umowy.

Izba uwzględniła zarzut. Przywołując zarazem argumentację przedstawioną, przy rozpatrywaniu zarzutu IV) odwołania o sygn. akt: KIO 2135/13. Nadto, należy podkreślić, że argumentacja przedstawiona na rozprawie przez Zamawiającego była niespójna, gdyż z jednej strony opierała się na twierdzeniu, że nie jest celem Zamawiającego, aby Wykonawca przeprowadził inwentaryzację sieci LAN Zamawiającego, z drugiej strony identyfikował sprawdzenie uwarunkowań technicznych istniejących między siecią MPLS, a LAN, jako sprawdzenie zasilania, czy też typu interfejsu, czyli wykraczający poza zakres wynikający z fragmentu SIWZ Zamawiającego obrazującego zakres przedmiotu zamówienia oraz odpowiedzialność Zamawiającego oraz Wykonawcy złożonego na rozprawie przez Odwołującego o sygn. akt: KIO 2163/13. Wykonawcy zasadnie także podnosili odnośnie uwarunkowań sieci wewnętrznej Zamawiającego, że dane które wskazywał Zamawiający, winien on zapewnić we własnym zakresie, Wykonawcy w ramach opisu przedmiotu zamówienia. W konsekwencji, nakazując usunięcie § 4 ust.1 lit. c Wzoru umowy – załącznika nr 4 do SIWZ w jego obecnym kształcie. Dalsze wskazania przywołany przy rozpatrywaniu zarzutu IV) odwołania o sygn. akt: KIO 2135/13 mają także zastosowanie.

Biorąc pod uwagę uwzględnienie zarzutu I), III) i IV) odwołania, Izba uznała, że odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2163/13 podlega uwzględnieniu na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 Nr 48, poz. 280 i Dz. U. z 2013 r. poz. 232), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 2135/13, sygn. akt: KIO 2136/13, sygn. akt: KIO 2163/13 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....