

Sygn. akt: KIO 2408/12

**WYROK**  
**z dnia 13 listopada 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 12 listopada 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2012 r. przez **wykonawcę Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 70**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji siwz poprzez wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia informacji o warunkach dokonywania prac instalacyjnych i eksploatacyjnych w lokalizacji Piaseczno, ul. Jana Pawła II 66 wynikających z umowy najmu nr 74/DOG/2005/2617 oraz nakazuje zamawiającemu wprowadzić w § 8 ust. 2 karze 1 modyfikację siwz polegającą na zastąpieniu słowa „opóźnienie” słowem „zwłoka”
2. kosztami postępowania obciąża **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 70** i :
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 70** na rzecz **wykonawcy Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13** kwotę **15 000 zł. 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług transmisji danych w technologii DWDM zostało wszczęte przez zamawiającego Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 70 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie, opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2012/S 205-337640 w dniu 24 października 2012r. W tym dniu na stronie zamawiającego [www.arimr.gov.pl](http://www.arimr.gov.pl) została zamieszczona specyfikacja istotnych warunków zamówienia (siwz).

W dniu 2 listopada 2012r. Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13 – odwołujący, wniosła wobec treści siwz odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art.7 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy). Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany postanowień ogłoszenia i siwz w zakresie i w sposób wskazany poniżej w uzasadnieniu. Odwołujący wskazał, że czynności zamawiającego naruszają przepisy ustawy uniemożliwiając odwołującemu złożenie oferty i może on ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia. W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że ustawa 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 ustawy, a przy opisie przedmiotu zamówienia uwzględniać art. 29 ustawy. W ocenie odwołującego, analiza siwz w niniejszym postępowaniu prowadzi do wniosków, że obie zasady wyrażone w ustawie nie zostały zachowane. Postanowienia siwz, zdaniem odwołującego prowadzić mogą do wykluczenia konkurencyjnych wykonawców. Zgodnie z art. 7 ustawy zamawiający ma obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a zgodnie z art. 29 ust.2 ustawy zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przestrzeganie zasady wyrażonej w art. 7 ustawy 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 ustawy, 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 ustawy.

Odwołujący skonkretyzował swoje zarzuty wskazując na:

I.

Zamawiający podaje w siwz ( Rozdział I pkt.2 oraz w projekcie umowy) lokalizacje, gdzie mają być świadczone usługi. Ponadto w par.3 pkt. 6 wzoru umowy zamawiający ustanawia specyficzne warunki do spełnienia przez wykonawcę. Zamawiający wymaga aby usługa będąca przedmiotem niniejszego zamówienia świadczona była między innymi w lokalizacji ROPD Piaseczno ul. Jana Pawła II 66. Odwołujący podniósł, że ta lokalizacja to centrum kolokacyjne przedsiębiorcy telekomunikacyjnego GTS Poland sp. z o.o., a zamawiającemu przysługują umowne uprawnienia do korzystania z lokalizacji. Spółka GTS Poland sp. z o.o. jest jednym z potencjalnych wykonawców, którzy będą konkurować w przedmiotowym postępowaniu. Na dowód prawdziwości swoich twierdzeń odwołujący przedstawił wydruk ze strony internetowej GTS Poland sp. z o.o. (adres strony <http://vxvw.gts.pl/pl/ofirnie/centrum-cknych.shtml>), na potwierdzenie, że w lokalizacji w Piasecznie znajduje się Centrum Danych GTS Poland.

We wzorze umowy załączonym do siwz zamawiający przewiduje (par. 3 pkt. 6), że właściciele lokali we wskazanych w umowie lokalizacjach mogą wymagać od usługodawcy, aby określone prace instalacyjne w budynku zostały wykonane przez właścicieli lokali oraz, że wymagane jest aby usługodawca dokonał wcześniejszych uzgodnień z właścicielem. Ponadto koszt wykonania takich prac (także prac wykonywanych przez właściciela) nie może obciążać usługobiorcy. W ocenie odwołującego stwarzanie takich warunków w niniejszym postępowaniu, zważywszy, że jest to faktycznie przerzucenie na wykonawcę konieczności dokonywania uzgodnień z potencjalnym konkurentem, narusza ustawowe wymaganie przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Istnieje, zdaniem odwołującego, bardzo prosty sposób na usunięcie opisywanego naruszenia. Po prostu w niniejszych okolicznościach warunkiem współpracy zamawiającego z potencjalnym wykonawcą, ustalonym w siwz, powinno być, że zamawiającego obciąża ustalenie uprawnienia wstępu do lokalizacji w Piasecznie bez opłat na rzecz właściciela lokalizacji. Zastrzeżenie w warunkach postępowania, że potencjalny wykonawca ma obowiązek sprostać wymaganiom właścicieli lokali, przy uwzględnieniu faktu, że lokalizacja Piaseczno Ul. Jana Pawła II 66 to centrum kolokacyjne jednego z potencjalnych wykonawców, GTS Poland sp. z o.o., jest naruszeniem art. 7 ustawy o zamówieniach publicznych. Wskazał, że postanowienia wzoru umowy

powodują, że przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób określający wszystkie okoliczności potrzebne dla kalkulacji oferty. Powołał się na wyrok KIO sygn. KIO/UZP 2350/10, wyrok KIO sygn. KIO/UZP 2729/10, wyrok KIO sygn. KIO/UZP 2608/10.

W przedmiotowym postępowaniu, zdaniem odwołującego, w uprzywilejowanej sytuacji znajduje się jeden z potencjalnych wykonawców, od niego uzależniona jest możliwość złożenia ofert przez pozostałych wykonawców, to on bowiem, przedstawi pozostałym oferentom warunki wejścia do jego lokalizacji lub nie udzieli zgody na wybudowanie niezbędnej infrastruktury. Złożenie ofert w niniejszym postępowaniu uzależnione jest więc od jednego z wykonawców, który z pewnością będzie ubiegał się o przedmiotowe zamówienie. Odwołujący żąda usunięcia ze wzoru umowy postanowienia par. 3 ust.6 oraz dodanie do umowy postanowienia stanowiącego o tym, że zamawiający ma obowiązek zapewnienia udostępnienia całej nieruchomości w lokalizacji (w tym pomieszczeń wewnątrz budynku i gruntu) wykonawcy realizującemu umowę oraz, że wykonawca nie będzie zmuszony do ponoszenia jakichkolwiek kosztów z tytułu opłat dla podmiotu, który udostępnił lokalizację zamawiającemu - ewentualnie nakazanie zamawiającemu określenia w siwz maksymalnego limitu takich kosztów.

II.

Zamawiający przewidział dla siebie, w rozdziale I pkt. 2 siwz, w § 2 ust.2 pkt.2) wzoru umowy oraz § 2 ust. 3 wzoru umowy, szczególne uprawnienia polegające na możliwości jednostronnego zlecenia zmian parametrów (przepływności) Usługi Podstawowej i Usługi Protekcji, skutkujących zwiększeniem lub zmniejszeniem ilości kanałów transmisji danych. Zmiany te mają skutkować także zmianą opłat. Jednocześnie w formularzu ofertowym (uwagi pod tabelą) zamawiający przewiduje pewne szacowane ilości kanałów, o które mogą być zmniejszone/zwiększone parametry wyjściowe usługi i przewiduje, że faktyczna wartość zleceń zmiany parametrów nie będzie większa niż wartość ceny oferty.

Ww. postanowienia, zdaniem odwołującego, nie są precyzyjne. Odwołujący uważa za konieczne ustanowienie limitów dla takich zmian. Wydaje się, że zamawiający miał zamiar, aczkolwiek niewyraźny wyraźnie w siwz ( w szczególności w projekcie umowy), aby łączna cena oferty była limitem dla owych zleconych zmian parametrów. Czyli parametry usługi mogą ulec zmianie, ale w przypadku gdy zlecone zostanie zwiększenie parametrów wywołujące zwiększenie opłat, to limitem dla takich zmian jest łączna cena oferty. Odwołujący jest zdania, że w projekcie umowy powinny być zawarte jednoznaczne postanowienia odzwierciedlające przedstawioną interpretację. Na wypadek, gdyby zamawiający uznał, że źle odczytano jego intencje, a rzeczywistym zamiarem było ustanowienie zapisów pozwalających na zmianę parametrów bez ustanowienia limitów dla takich zmian, to odwołujący uznaje takie stanowisko za sprzeczne z ustawą. Byłoby to niczym nieograniczone prawo do zmiany parametrów usługi, co może generować po stronie

wykonawcy koszty trudne do przewidzenia na etapie składania oferty i podpisywania umowy. Tego typu uprawnienia zamawiającego, zdaniem odwołującego, nie pozwalają wykonawcom na wystarczająco pewne określenie zakresu obejmującego przedmiot zamówienia. Utrudnione byłoby 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 (nakładów, które wykonawcy poniosą praktycznie przed rozpoczęciem świadczenia usługi). Zdaniem odwołującego potwierdza to wyrok Sądu Okręgowego z dnia 13 września 2005 r. (sygn. akt V Ca 1110/04). Zdaniem odwołującego takie jednostronne prawo rezygnacji z usług narusza art. 29 ust. 1 ustawy, bowiem niepewność, co do długości trwania zamówienia będzie miała wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawcę. Wskazał w tym zakresie na wyrok KIO o sygn. KIO/UZP 1087/10. Odwołujący wnosi o zmodyfikowanie siwz w taki sposób, aby w sposób wyraźny przedstawiono limit dla uprawnień zamawiającego do zmiany parametrów usługi, ewentualnie wykreślenie zapisów przyznających zamawiającemu prawo zmiany parametrów.

III.

W ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja II pkt 3) wskazano, że czas trwania zamówienia wynosi 36 miesięcy od udzielenia zamówienia. W rozdziale IV siwz oraz w zapisach par. 13 projektu umowy przewidziano, że umowa zawarta w wykonaniu udzielenia przedmiotowego zamówienia będzie obowiązywać do wyczerpania łącznej kwoty wynagrodzenia umownego, nie dłużej jednak niż do 31.12.2015 roku. Ponadto umowa przewiduje, że zamawiający mieć będzie prawo wypowiedzenia umowy bez podania przyczyn, z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia, przy czym zastrzeżono także, że wypowiedzenie umowy w całości może nastąpić najwcześniej po upływie 18 miesięcy od zawarcia umowy. Odwołujący podkreślił, że termin obowiązywania umowy jest istotnym elementem umowy, w szczególności dla wykonawcy. Wiedza na temat okresu obowiązywania przekłada się wprost na kalkulację oferty każdego wykonawcy. Obecnie, zdaniem odwołującego, nie jest możliwe dokonanie założenia, że umowa będzie obowiązywała przez okres 36 miesięcy, jak podano w ogłoszeniu. Ponadto na ocenę okresu trwania umowy wpływ mają także zapisane w umowie inne okoliczności - data podpisania umowy czy dowolne wypowiedzenie po 18 miesiącach. Na chwilę obecną nie jest jasno i precyzyjnie ustalone kiedy umowa o świadczenie usług będzie mogła być zawarta i nie można w ten sposób obliczyć faktycznego okresu obowiązywania umowy. Każdy miesiąc opóźnienia w jej zawarciu będzie skracał

szacowany przy konstruowaniu oferty okres obowiązywania umowy. Okoliczności powyższe są naruszeniem art. 29 ustawy. Na potwierdzenie przywołał wyrok KIO sygn. KIO/UZP 2018/10. Wskazał także, iż ustawę naruszono przez wprowadzenie zapisu o możliwości wypowiedzenia umowy przez zamawiającego bez podawania przyczyny. O ile można uznać, że zamawiający ma prawo wypowiedzieć umowę z winy wykonawcy, to wypowiedzenie bez podania przyczyny nie znajduje uzasadnienia. Wskazał na wyrok KIO sygn. KIO/UZP 1123/10. Wnosi o zmianę postanowień siwz poprzez pozostawienie wyłącznie określonego (36 miesięcy) okresu obowiązywania umowy liczonego od daty zawarcia umowy oraz usunięcia zapisu o uprawnieniu dowolnego wypowiedzenia umowy przez zamawiającego.

IV.

Zamawiający wprowadził nieprecyzyjne zapisy o karach umownych (par. 8 projektu umowy). Zgodnie z pkt 1 tego paragrafu kary ustalone są za niewykonanie lub nienależyte świadczenie usługi DWDM. W związku z powyższym zapis podpunktu 1, przewidujący karę za opóźnienie terminu wykonania projektu technicznego, jest wewnętrznie sprzeczny, gdyż wykonanie projektu technicznego nie jest niewykonaniem lub nienależytym świadczeniem usługi DWDM. Wykonanie projektu technicznego jest dodatkowym zobowiązaniem wykonawcy, ale nie jest to świadczenie usługi DWDM. Ponadto według odwołującego zapisy o karach umownych nie mogą stanowić sankcji za czynności, które nie są zawinione przez wykonawcę. Par. 8 ust 1. przewiduje kary za „opóźnienie”, co w znaczeniu formalnym jest pojęciem szerszym niż „zwłoka”. Opóźnienie nie zależy od winy wykonawcy. Taka konstrukcja jest niedopuszczalna - tak stwierdzono w wyroku KIO z dnia 15 lipca 2010 r. - KIO/UZP 1387/10. W postanowieniach par.8 ust 1 pkt 2) i pkt 3) zamawiający wprowadza kary umowne, które naliczane są de facto za to samo zdarzenie. Odwołujący wyjaśnił, że testy akceptacyjne to czynność zmierzająca do uruchomienia usługi. Wobec braku kryteriów dla testów akceptacyjnych nie jest zasadne przewidywanie kary za nieusunięcie w terminie nieprawidłowości wykrytych podczas testów. Testy w praktyce telekomunikacyjnej służą wzajemnemu sprawdzeniu usługi i trudno jest w tym stanie rzeczy ustalić na czym polegać będzie ich prawidłowe wykonanie. Dlatego, w ocenie odwołującego, nie jest uzasadnione postanowienie par. 3 ust. 1 pkt 3).

Projekt umowy przewiduje ponadto zbyt dotkliwe pod względem rozmiaru kary dla wykonawców. Kary mają wartości dowolnie określone przez zamawiającego i nie są adekwatne do stopnia przewinienia. Wysokość kar na poziomie 10.000 złotych za dzień lub godzinę to kary nadmiernie wygórowane. Wskazał na wyrok KIO sygn. KIO/UZP 1123/10: Wskazał, że niezgodność postanowień siwz z ustawą będzie miała swoje odzwierciedlenie w wyborze takiego wykonawcy, który niekoniecznie będzie oferował wykonanie usług wg najkorzystniejszej oferty na rynku. Część z wykonawców przy tak nieprecyzyjnie zapisanych wymaganiach specyfikacji po prostu nie złoży swojej oferty w tym postępowaniu. Powołał się

na konieczność efektywnego wydatkowania środków publicznych. Wprowadzenie wygórowanych kar umownych będzie miało odzwierciedlenie w cenie ofert wykonawców, którzy kalkulować muszą swoje ryzyko. W efekcie ryzyko kar zostanie przerzucone na zamawiającego w postaci wyższej ceny oferty. Wnosi o usunięcie zapisów o karze umownej za niedostarczenie projektu technicznego (par.8 ust.1 pkt. 1), usunięcie par. 3. ust. 1 pkt 3) oraz uzależnienie wszelkich kar umownych od zdarzeń zawinionych przez wykonawcę. Żąda też zmniejszenia wysokości kar umownych.

V.

Niemożliwe do zaakceptowania przez odwołującego jest postanowienie par. 8 pkt. 2 wzoru umowy łączące pojęcie końca braku dostępności usługi DWDM z okolicznością potwierdzenia tego stanu przez zamawiającego. Z uwagi na zapisy o karach umownych liczonych za godzinę braku dostępności, nie można uznać, że zamawiający ma mieć wpływ na element wpływający na zdarzenie uzasadniające naliczenie kary. Przy obecnych zapisach siwz wpływ zamawiającego będzie istotny; potwierdzenie zamawiającego nigdy nie będzie zbieżne z czasem poinformowania go przez wykonawcę o usunięciu awarii. Widoczne będzie to zwłaszcza w dni wolne od pracy, w godzinach nocnych lub gdy nie będzie kontaktu z zamawiającym. Żąda zmiany siwz w taki sposób aby zdarzeniem zamknięcia awarii (też koniec braku dostępności usługi) było faktyczne usunięcie awarii, czyli stan „usługa działa”, i przekazanie o tym informacji przez wykonawcę do zamawiającego.

VI.

W siwz brak jest czytelnych i obiektywnych kryteriów wykonania testów odbioru, nie jest wyspecyfikowany jasno sposób odbioru usługi transmisji danych - tzn. nie określono norm pomiarowych, którymi zamawiający będzie się kierował odbierając usługi lub je odrzucając. Z powodu braku sposobu określenia metodologii przeprowadzania testów mogą powstać w tym aspekcie wątpliwości interpretacyjne. Dlatego odwołujący żąda aby pomiary potwierdzające poprawne działanie łączy (1Gb, 10Gb 2Gb FC), oparte były o ogólnie przyjęty w telekomunikacji i najczęściej wykorzystywany w tego typu przypadkach standard metodologii pomiaru łączy transmisji ethernetowej IETF (Internet Engineering Task Force) RFC 2544.

Odwołujący żąda także poprawienia ogłoszenia o zamówieniu w zakresie odpowiadającym kwestionowanym powyżej zapisom siwz.

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 października 2012r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 2 listopada 2012r.



W dniu 5 listopada 2012r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej kopię odwołania i wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W sekcji II.1.5. ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi DWDM polegającej na:

1) świadczeniu transmisji danych w Technologii DWDM, realizowanych w Lokalizacjach (CPD Nowy Sękocin Al. Krakowska 1 i ROPD Piaseczno ul. Jana Pawła II 66) za pomocą łącza podstawowego (Usługa Podstawowa) i łącza zapasowego (Usługa Protekcji), z których każde będzie przenosić jednocześnie minimum:

- a) 11 kanałów FC o przepływności każdego z nich 2 Gbit/s;
- b) 2 kanały Gb Ethernet o przepływności każdego z nich 10 Gbit/s;
- c) 8 kanałów Gb Ethernet o przepływności każdego z nich 1 Gbit/s. Analogiczne postanowienia znalazły się w pkt. 2 rozdziału I „Opis przedmiotu zamówienia” w siwz.

W sekcji II.3 Czas trwania zamówienia lub termin realizacji wskazał na okres 36 miesięcy od udzielenia zamówienia. W sekcji VI.3 Informacje dodatkowe zamawiający podał do sekcji II.3. "Czas trwania zamówienia lub termin realizacji", że wymaga aby zamówienie było realizowane od dnia zawarcia umowy do wyczerpania łącznej maksymalnej kwoty wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 1 umowy, nie dłużej jednak niż do dnia 31.12.2015 r. z zastrzeżeniem, że faktyczne rozpoczęcie świadczenia usługi DWDM nastąpi w terminie 90 dni od daty zawarcia umowy, jednak nie wcześniej niż od dnia 1.1.2013 r. Przy czym wykonawca przygotowuje projekt techniczny, zgodnie z założeniami wskazanymi w załączniku nr 1 do umowy, w terminie nie później niż 30 dni od daty zawarcia umowy. Projekt techniczny podlega pisemnej akceptacji przez zamawiającego w terminie 7 dni.

W rozdziale IV siwz „Termin wykonania zamówienia” zamawiający postawił analogiczne wymagania jak w sekcji VI.3. ogłoszenia o zamówieniu.

W załączniku nr 4 do siwz – wzorze umowy zamawiający zawarł następujące postanowienia:  
§2 ust. 2 – Usługa DWDM polegać będzie na :

- 1) świadczeniu transmisji danych w Technologii DWDM, realizowanych w Lokalizacjach za pomocą łącza podstawowego (Usługa Podstawowa) i łącza zapasowego (Usługa Protekcji), z których każde będzie przenosić jednocześnie minimum:
  - a) 11 kanałów FC o przepływności każdego z nich 2 Gbit/s;
  - b) 2 kanały Gb Ethernet o przepływności każdego z nich 10 Gbit/s;

c) 8 kanałów Gb Ethernet o przepływności każdego z nich 1 Gbit/s.

2) realizacji Zleceń polegających na zmianie parametrów (przepływności) Usługi Podstawowej i Usługi Projektji, poprzez zamówienie zestawienia dodatkowych kanałów transmisji danych lub wypowiedzenie (rezygnację) poszczególnych kanałów transmisji danych przez Usługobiorcę,

3) świadczeniu usług dodatkowych, na które składają się : eksploatacja techniczna, administracyjna i zarządzanie DWDM, konfiguracja łączy i Urządzeń, pomiary parametrów łączy, zapewnienie bezpieczeństwa systemu teletransmisji, użyczenie Urządzeń zgodnie z zapisami § 4 Umowy oraz usługi serwisowe określone w § 10 Umowy.

§ 2 ust. 3 W okresie obowiązywania umowy usługobiorca ma prawo wystąpić do usługodawcy o zmianę parametrów (przepływności) Usługi DWDM, o których mowa w załączniku nr 1 do Umowy. Zmiana parametrów usługi DWDM następuje w drodze pisemnego zlecenia. Usługodawca będzie zobowiązany do zmiany paramterów usługi DWDM w terminie 90 dni od otrzymania zlecenia, zgodnie z wynagrodzeniem określonym w §6 ust. 3 umowy.

### § 3 Zobowiązania Usługodawcy

1. W ramach Umowy Usługodawca przygotowuje projekt techniczny, zgodnie z założeniami wskazanymi w Załączniku nr 1 do Umowy, w terminie nie później niż 30 dni od daty zawarcia Umowy. Projekt techniczny podlega pisemnej akceptacji przez Usługobiorcę w terminie 7 dni. Ewentualne uwagi do projektu technicznego będą omawiane przez Strony w trybie roboczych uzgodnień. Usługodawca zobowiązany jest uruchomić Usługę DWDM zgodnie z zaakceptowanym przez Usługobiorcę projektem technicznym, a także przy spełnieniu warunków Umowy i rozpocząć świadczenie Usługi DWDM w terminie do 90 dni od daty zawarcia Umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia 01.01.2013 r.

2. Usługodawca zobowiązany jest do świadczenia Usługi DWDM z wykorzystaniem dwóch niezależnych fizycznie i funkcjonalnie dróg światłowodowych (odrębnie dla łączy podstawowego i dla łączy zapasowego), tj. nieposiadających żadnego punktu wspólnego i biegnących odrębnymi trasami. Usługa Podstawowa ma być świadczona w jednej technologii.

3. Usługodawca, wraz z przedstawicielem Usługobiorcy, sprawdzą zgodność zestawionych cyfrowych łączy transmisji danych z projektem technicznym, o którym mowa w ust. 1 i z Załącznikiem nr 1 do Umowy oraz przeprowadzą testy akceptacyjne i po ich pozytywnym zakończeniu Strony podpiszą Protokół uruchomienia Usługi DWDM, którego wzór stanowi Załącznik nr 3a do Umowy. W przypadku negatywnego zakończenia testów akceptacyjnych Usługodawca zobowiązany jest do niezwłocznego usunięcia przyczyny i ponownego zgłoszenia Usługi DWDM do uruchomienia w terminie do 3 dni.

6. Właściciele lokali we wskazanych Lokalizacjach mogą wymagać od Usługodawcy, aby określone prace instalacyjne w budynku zostały wykonane przez właścicieli lokali, wówczas prace takie będą prowadzone po dokonaniu wcześniejszych uzgodnień przez Usługodawcę i właściciela lokalu, a koszt wykonania ewentualnych prac nie będzie obciążał Usługobiorcy. W takim przypadku Usługodawca zobowiązany jest ustalić we własnym zakresie z właścicielami lokali we wskazanych Lokalizacjach wszelkie kwestie formalne i techniczne związane ze świadczeniem Usługi DWDM na rzecz Usługobiorcy.

#### §5. Zobowiązania Usługobiorcy

1. Usługobiorca oświadcza, że posiada tytuł prawny do poszczególnych Lokalizacji, w których świadczona jest Usługa DWDM.

2. Usługobiorca zobowiązuje się do niezwłocznego udostępnienia lokali lub nieruchomości w miejscu świadczenia Usługi DWDM upoważnionym przedstawicielom Usługodawcy, w celu zainstalowania Urządzeń lub dokonania konserwacji Urządzeń oraz w przypadku Awarii i konieczności dokonania napraw Urządzeń.

3. Usługobiorca zobowiązuje się zapewnić zgodne z obowiązującymi normami zasilanie niezbędne do funkcjonowania udostępnionych przez Usługodawcę Urządzeń.

4. Usługobiorca zapewni warunki środowiskowe i parametry techniczne dla Urządzeń, zgodnie z zaakceptowanym projektem technicznym, o którym mowa w § 3 ust. 1 Umowy oraz obowiązującymi wymaganiami i normami.

#### §8. Odpowiedzialność Usługodawcy z tytułu świadczenia dzierżawy łączy dla usługi DWDM i kary umowne

1. Za niewykonanie lub nienależyte świadczenie Usługi DWDM Usługodawca zapłaci Usługobiorcy kary umowne na poniższych zasadach:

1) w wysokości 2.000,00 zł - za każdy dzień opóźnienia w dotrzymaniu przez Usługodawcę terminu wykonania projektu technicznego, o którym mowa w § 3 ust. 1 Umowy,

2) w wysokości 10.000,00 zł - za każdy dzień opóźnienia w dotrzymaniu przez Usługodawcę terminu wskazanego w § 3 ust. 1 Umowy na uruchomienie Usługi DWDM,

3) w wysokości 10.000,00 zł - za każdy dzień opóźnienia w dotrzymaniu przez Usługodawcę wskazanego w § 3 ust. 3 Umowy terminu usuwania nieprawidłowości zgłoszonych przez Usługobiorcę na etapie testów akceptacyjnych w trakcie uruchamiania Usługi DWDM,

4) w wysokości 10.000,00 zł - za każdą rozpoczętą godzinę przekraczającą w danym roku kalendarzowym maksymalny łączny czas wszystkich Awarii, dopuszczalny w ramach SLA określonego w § 9 Umowy (przy czym czas Awarii sumowany jest w skali roku kalendarzowego, natomiast kary naliczane i rozliczane są w skali miesiąca po zsumowaniu czasu Awarii od początku danego roku kalendarzowego świadczenia Usługi DWDM).

2. Brak dostępności Usługi DWDM liczony jest od momentu telefonicznego zgłoszenia przez Usługobiorcę na numer telefonu całodobowego lub mailem na adres (lub wykrycia Awarii przez Usługodawcę) do momentu pisemnie potwierdzonego przez Usługobiorcę przywrócenia dostępności do Usługi DWDM.

3. Jeżeli Usługa DWDM nie będzie świadczona lub nie będzie dostępna powyżej 48 godzin Usługobiorca może, bez wyznaczania dodatkowego terminu, odstąpić od Umowy z winy Usługodawcy (w terminie 30 dni od wystąpienia przesłanki umożliwiającej mu odstąpienie od Umowy) oraz żądać kary umownej w wysokości 10 % łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 Umowy. Kara niniejsza przysługuje niezależnie od pozostałych kar umownych należnych Usługobiorcy w określonych Umową przypadkach.

4. Jeżeli na skutek niewykonania bądź nienależytego wykonania przez Usługodawcę zobowiązań wynikających z Umowy powstanie szkoda przewyższająca zastrzeżoną karę umowną, bądź szkoda powstała z innych przyczyn aniżeli te, ze względu na które zastrzeżono kary umowne, Usługobiorcy przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych określonych w Kodeksie cywilnym.

#### § 13. Okres obowiązywania Umowy

1. Umowa obowiązuje od dnia jej zawarcia do wyczerpania łącznej maksymalnej kwoty wynagrodzenia określonego w §6 ust. 1 Umowy, nie dłużej jednak niż do dnia 31.12.2015 r. Faktyczne rozpoczęcie świadczenia Usługi DWDM nastąpi w terminie 90 dni od daty zawarcia Umowy, jednak nie wcześniej niż od dnia 01.01.2013 r.

2. Usługobiorca zastrzega sobie prawo wypowiedzenia Umowy lub jej części bez podania przyczyny z zachowaniem 3-miesięcznego (słownie: trzy miesiące) okresu wypowiedzenia, ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego. Usługobiorca jest uprawniony do wypowiedzenia Umowy w całości w powyższym trybie najwcześniej po upływie 18 (słownie: osiemnastu) miesięcy od jej zawarcia.

3. Usługobiorca zastrzega sobie prawo odstąpienia od Umowy w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie Umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia Umowy, w terminie 30 (trzydziestu) dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. W takim przypadku Usługodawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonanej części Umowy.

4. W szczególności za wystąpienie istotnej zmiany okoliczności uznaje się brak otrzymania środków finansowych z budżetu państwa w ilości umożliwiającej realizację planowanych zadań w kolejnych latach budżetowych, przekazywanych na dany rok budżetowy w formie dotacji.

W załączniku nr 1 do umowy w ramach parametrów technicznych usługi DWDM wskazywana jest lokalizacja Piaseczno ul. Jana Pawła II 66.

Zamawiający w dniu 12 października 2012r. dokonał modyfikacji treści siwz i informacje o tej zmianie zamieścił na swojej stronie internetowej, co potwierdza wydruk obrazu tej strony. W wyniku modyfikacji zamawiający dokonał w dniu rozprawy następujących zmian :

„W Załączniku nr 4 do SIWZ „Wzór umowy” dokonuje się następujących zmian:

1) § 3 ust. 6 otrzymuje brzmienie: „Właściciele lokali we wskazanych Lokalizacjach mogą wymagać od Usługodawcy, aby określone prace instalacyjne w budynku zostały wykonane przez właścicieli lokali, wówczas prace takie będą prowadzone po dokonaniu wcześniejszych uzgodnień przez Usługodawcę i właściciela lokalu, a koszt wykonania ewentualnych prac nie będzie obciążał Usługobiorcy. Usługodawca wspólnie z Usługobiorcą zobowiązani są ustalić z właścicielami lokali we wskazanych Lokalizacjach wszelkie kwestie formalne i techniczne związane ze świadczeniem Usługi DWDM na rzecz Usługobiorcy.”.

2) § 2 dodaje się ust. 8 w brzmienie: „Maksymalna ilość kanałów transmisji danych; ;jaka Usługobiorca może eksploatować w ramach Umowy, dla Usługi Podstawowej wynosi 40 oraz dla Usługi Protekcji wynosi 40, Usługobiorca zastrzega sobie prawo do wypowiedzenia (rezygnacji) maksymalnie 14 kanałów transmisji danych w ramach Usługi DWDM w trakcie trwania Umowy.”.

3) § 3 ust. 3 otrzymuje brzmienie: „Usługodawca, wraz z przedstawicielem Usługobiorcy, sprawdzą zgodność zestawionych cyfrowych łączy transmisji danych z projektem technicznym, o którym mowa w ust. 1 i z Załącznikiem nr 1 do Umowy oraz przeprowadzą testy akceptacyjne zgodnie z Załącznikiem nr 1 i po ich pozytywnym zakończeniu Strony podpiszą Protokół uruchomienia Usługi DWDM, którego wzór stanowi Załącznik nr 3a do Umowy. W przypadku negatywnego zakończenia testów akceptacyjnych Usługodawca zobowiązany jest do niezwłocznego usunięcia przyczyny i ponownego zgłoszenia Usługi DWDM do uruchomienia w terminie do 3 dni.”.

4) § 8 otrzymują brzmienie: „ 1. Usługodawca zapłaci Usługobiorcy karę umowną w wysokości 2.000,00 zł - za każdy dzień zwłoki w dotrzymaniu przez Usługodawcę terminu wykonania projektu technicznego, o którym mowa w § 3 ust. 1 Umowy.

2.Za niewykonanie lub nienależyte świadczenie Usługi DWDM Usługodawca zapłaci Usługobiorcy kary umowne na poniższych zasadach:

w wysokości 10.000,00 zł — za każdy dzień opóźnienia w dotrzymaniu przez Usługodawcę terminu wskazanego w § 3 ust. 1 Umowy na uruchomienie Usługi DWDM,

w wysokości 10.000,00 zł - za każdą rozpoczętą godzinę przekraczającą w danym roku kalendarzowym maksymalny łączny czas wszystkich Awarii, dopuszczalny w ramach SLA określonego w § 9 Umowy (przy czym czas Awarii sumowany jest w skali roku

kalendrzowego, natomiast kary naliczane i rozliczane są w skali miesiąca po zsumowaniu czasu Awarii od początku danego roku kalendarzowego świadczenia Usługi DWDM).

3. Brak dostępności Usługi DWDM liczony jest od momentu telefonicznego Usługobiorcą na numer telefonu całodobowego ..... lub mailem na adres ..... (lub wykrycia Awarii przez Usługodawcę) do momentu pisemnie potwierdzonego przez Usługobiorcę przywrócenia dostępności do Usługi DWDM.

4. Jeżeli Usługa DWDM nie będzie świadczona lub nie będzie dostępna powyżej 48 godzin Usługobiorca może, bez wyznaczania dodatkowego terminu, odstąpić od Umowy z winy Usługodawcy (w terminie 30 dni od wystąpienia przesłanki umożliwiającej mu odstąpienie od Umowy) oraz żądać kary umownej w wysokości 10 % łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 Umowy. Kara niniejsza przysługuje niezależnie od pozostałych kar umownych należnych Usługobiorcy w określonych Umową przypadkach.

5. Jeżeli na skutek niewykonania bądź nienależytego wykonania przez Usługodawcę zobowiązań wynikających z Umowy powstanie szkoda przewyższająca zastrzeżoną karę umowną, bądź szkoda powstała z innych przyczyn aniżeli te, ze względu na które zastrzeżono kary umowne. Usługobiorcy przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych określonych w Kodeksie cywilnym.

6. Usługodawca zobowiązany jest do zapłaty kar umownych w terminie 14 dni od daty otrzymania wezwania od Usługobiorcy, przy czym Usługobiorca zastrzega sobie prawo potrącania kar z wynagrodzenia należnego Usługodawcy.

7. W przypadku uzgodnienia przez Strony terminów wykonania przez Usługodawcę prac konserwacyjnych, które mogą spowodować przerwę w dostępie do Usługi DWDM, nie przysługują kary umowne za okres ustalonych przez Strony Przerw serwisowych."

§ 13 ust. 2 otrzymuje brzmienie: „Usługobiorca jest uprawniony do wypowiedzenia Umowy w całości z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem najwcześniej na dzień 2 listopada 2014 roku ze względu na terminy obowiązywania umowy najmu powierzchni ROPD zawartej przez Usługobiorcę."

W załączniku nr 1 do umowy dodaje się rozdział pt.: „Testy akceptacyjne" w brzmieniu:

„Testy akceptacyjne.

Dla kanałów typu Ethernet pomiary powinny być zgodne ze standardem RFC2544: opóźnienie maksymalne 5 ms dla pakietu 2500B i dopuszczalne straty pakietów do 1 %. Dla kanałów FC pomiary realizowane metodą BERT dla transmisji ramkowej. Dopuszczalne straty maksymalnie 1%. Czas testu pojedynczego kanału powinien wynosić minimum 4 godziny. Usługodawca zobowiązany jest do dostarczenia urządzeń pomiarowych celem przeprowadzenia testów. Usługobiorca pozostawia Usługodawcy dobór urządzeń pomiarowych do przetestowania łącza zalecanym przez producenta sprzętu realizującego Usługę DWDM. Po przeprowadzonych testach Usługodawca przedstawi Usługobiorcy wyniki

testów celem akceptacji. Warunkiem akceptacji testów jest, aby błędy podczas pomiarów nie przekroczyły wartości określonej w definicji Awarii czyli powyżej 1% utraty pakietów na poszczególnych kanałach."."

Dokumentacja powykonawcza budowy kabla kat. +6 do ARiMR w GTS ul. Jana Pawła II 66 w Piasecznie obrazuje przebieg kabla z szafy Netia do szafy ARiMR przez dwa pomieszczenia i korytarz.

Z korespondencji z 7 i 8 listopada 2012r. pomiędzy Piotrem Kraszewskim z firmy Netia S.A., a Markiem Kosińskim z firmy GTS Poland wynika, że początkowo GTS wykluczał możliwość zaoferowania włókien dla Klienta ARiMR, a następnie, że brak jest możliwości budowy infrastruktury we własnym zakresie przez Netia ale konieczne są informacje co do rodzaju włókien, interfejsu i terminu realizacji.

Załącznik nr 4 do siwz – umowa nr ..../DI/2011/2610 nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia, dotyczy innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z umowy najmu nr 74/DOG/2005/2617 wynika, że zamawiający jest najemcą serwerowni o powierzchni 150m<sup>2</sup> i pomieszczenia biurowego o powierzchni 100m<sup>2</sup> w nieruchomości oznaczonej jako Diamond Bussines Park w budynku technologiczno-biurowym położonym w Piasecznie przy ul. Jana Pawła II 66. Budynek w dacie zawarcia umowy był własnością Energis Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a obecnie wedle zgodnego oświadczenia stron właścicielem jest GTS Poland. Umowa została zawarta do 2 listopada 2014r. W §4 pkt 10 tej umowy znajduje się następujące postanowienie „W związku z przekazaniem Najemcy Lokali (zamawiającemu – przyp. autora) wraz z miejscami parkingowymi do korzystania Wynajmujący zobowiązuje się umożliwić wykonanie przez operatora telekomunikacyjnego Najemcy wszelkich prac związanych z instalacją i późniejszą eksploatacją łączy telekomunikacyjnych wymaganych przez Najemcę, bez dodatkowych opłat z tego tytułu, przy czym Najemca potwierdza, że prace takie zostaną wykonane przez operatora telekomunikacyjnego Najemcy na koszt operatora oraz, że operator ten będzie ponosił koszty eksploatacji łączy telekomunikacyjnych. Wynajmujący potwierdza ponadto, że jeżeli Wynajmujący zażąda, aby określone prace w budynku były przeprowadzone w tym zakresie bezpośrednio przez Wynajmującego bądź pod jego nadzorem, za czynności takie Wynajmujący nie będzie pobierał dodatkowych opłat.”

Z umowy nr 16/DI/2012/2610 zawartej pomiędzy zamawiającym, a Comarch S.A. na zapewnienie prawidłowego działania infrastruktury IT w okresie 36 miesięcy nie dłużej niż do 31 grudnia 2014r., wynika, że integralną część tej umowy stanowi załącznik nr 1b – Karta usługi ULW (usługa utrzymania sieci LAN/WAN). Z pkt. 2.1. tej usługi wynika, że usługa ma być świadczona w CPD (Nowy Sękocin, Al. Krakowska 1) i w RODP (Piaseczno, ul. Jana Pawła II 66) 7x 24h, zaś zgodnie z pkt. 2.3. czas realizacji - usunięcia niedostępności usługi obsługi ruchu do i z sieci WAN wynosi 1 h dla CPD i RODP.

Z pisma Netia do P..... P..... Z-cy Dyrektora Departamentu Informatyki zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2012r. wynika, że szacunkowa wysokość opłat za parametry techniczne łączy wynosi ok. 190 tys. zł. miesięcznie, zaś w przypadku większej ilości kanałów wzrośnie o 42 tys. zł./ miesięcznie.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest podmiotem działającym na rynku usług informatycznych, ma zamiar wziąć udział w przedmiotowym zamówieniu, natomiast uważa, że aktualna treść siwz uniemożliwia mu złożenie konkurencyjnej oferty. Może ponieść szkodę w postaci nie możliwości osiągnięcia zysku, jaki mógłby osiągnąć, gdyby miał możliwość złożenia konkurencyjnej oferty. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy poprzez wprowadzenie we wzorze umowy w §3 ust. 6 postanowień, że właściciele lokali we wskazanych w umowie lokalizacjach mogą wymagać od usługodawcy, aby określone prace instalacyjne w budynku zostały wykonane przez właścicieli lokali oraz, że wymagane jest aby usługodawca dokonał wcześniejszych uzgodnień z właścicielem. Ponadto koszt wykonania takich prac (także prac wykonywanych przez właściciela) nie może obciążać usługobiorcy, w sytuacji, gdy właścicielem lokali w lokalizacji w Piasecznie, ul. Jana Pawła II 66 jest konkurent odwołującego firma GTS Poland.

Izba uznała, że zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy dla stwierdzenia jego naruszenia wystarczające jest uprawdopodobnienie, że opis przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Odwołujący w ocenie Izby uprawdopodobnił, że dysponentem lokali w lokalizacji RODP – Piaseczno, ul. Jana Pawła II 66 jest GTS Poland sp. z o.o. wynika to z wydruku internetowego ze strony firmy GTS Poland, korespondencji elektronicznej pomiędzy P..... K....., a M..... K....., jak również z dokumentacji powykonawczej przedłożonej przez odwołującego. Z kolei fakt zainteresowania firmy GTS Poland sp. z o.o. przedmiotowym postępowaniem wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Tej okoliczności nie przeczył także zamawiający. Niewątpliwie sytuacja, która została opisana w § 3 ust. 6 wzoru umowy stawia w uprzywilejowanej sytuacji wykonawcę, który jest jednocześnie właścicielem lokalu



we wskazanej lokalizacji, który może uzależniać wykonanie prac instalacyjnych w swoim lokalu od własnej woli, a także proponować warunki wykonania tych prac wpływające na wysokość cen oferowanych przez jego konkurentów, którzy muszą te prace wykonać w przypadku uzyskania zamówienia. To, że mogą w takiej sytuacji występować trudności zarówno z wykonaniem takich prac, jak i wysokością opłaty za ich wykonanie odwołujący uprawdopodobnił za pomocą korespondencji elektronicznej wskazanej wyżej. Zamawiający również dostrzegł braki we wprowadzonej przez siebie regulacji, dokonując jej modyfikacji i zobowiązując się do współdziałania z wykonawcą przy ustalaniu z właścicielami lokali wszelkich kwestii formalnych i technicznych związanych ze świadczeniem usługi. W tym miejscu Izba dokona oceny zaistniałej w postępowaniu sytuacji prawnej wynikającej z dokonanej po wniesieniu odwołania modyfikacji treści siwz. W ocenie Izby modyfikacja siwz dokonana przez zamawiającego w dniu 12 listopada 2012r. nie może być przez Izbę pominięta przy orzekaniu, gdyż stanowi dowód na to, że pierwotna treść siwz wymagała wprowadzenia zmian, a zatem nie był wolna od nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, co sam zamawiający potwierdził zmieniając jej treść. Modyfikacja ta może mieć także wpływ na ocenę podstaw uwzględnienia lub oddalenia odwołania, gdyż wydając wyrok Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 ustawy) i bada czy stwierdzone przez Izbę naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy). W ocenie Izby pojęcie stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odnosi się do kwestii zawisłości sporu przed Izbą. Z chwilą wniesienia odwołania stan rzeczy odnosi się do czynności lub zaniechania zamawiającego, które jest podstawą odwołania, zatem ocenie Izby podlega właśnie ta czynność lub zaniechanie zamawiającego. Jednakże stan rzeczy nie jest niezmienny w toku procedowania przed Izbą może on ulec zmianie w skutek czynności procesowych lub faktycznych stron powodujących zmianę zakresu zawisłości sporu. Do czynności procesowych można zaliczyć cofnięcie odwołania, cofnięcie zarzutu, uznanie zarzutów odwołania, wniesienie sprzeciwu, natomiast do okoliczności faktycznych takie zdarzenia, które zachodzą w toku postępowania odwoławczego, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a które mają wpływ na istnienie sporu pomiędzy stronami. Do takich najbardziej obrazowych okoliczności faktycznych, które mogą mieć wpływ na zakres zawisłości sporu w postępowaniu odwoławczym jest np. unieważnienie postępowania z powodu ustania interesu publicznego w pozyskaniu zamówienia. Tym samym Izba z urzędu musi brać pod uwagę okoliczności, które następują w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które mogą mieć wpływ na istnienie sporu pomiędzy stronami postępowania odwoławczego. Ustawodawca nie zdecydował się na zawieszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do czasu rozpoznania odwołania przez Izbę czy sąd okręgowy, stąd czynności dokonane w toku postępowania odwoławczego w postępowaniu o udzielenie

zamówienia składają się na stan rzeczy ustalony w toku postępowania oraz podlegają ocenie Izby przy wyrokowaniu z uwzględnieniem normy art. 192 ust. 2 ustawy. Z tego powodu Izba ma legitymację prawną do oceny czynności zamawiającego dokonanych w trakcie trwania postępowania odwoławczego, przy czym ta ocena powinna być ograniczona jedynie do tego, czy w skutek sytuacji zaistniałej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spór pomiędzy stronami nadal istnieje, czy też nie i czy w przypadku stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy poprzez zaskarżoną czynność lub zaniechanie ma ono w aktualnym na datę wyrokowania stanie faktycznym wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Tym samym Izba uznała, że modyfikacja siwz z dnia 12 listopada 2012r. w zakresie dokonującym zmian w treści siwz stanowi dowód na to, że zamawiający uważał, że postanowienia pierwotnego siwz są nieprawidłowe w świetle obowiązujących przepisów ustawy i dokonał ich zmiany w celu usunięcia tej wadliwości. Niemniej jednak Izba przyznała rację odwołującemu, że dokonana przez zamawiającego modyfikacja treści siwz nie wyczerpuje żądań odwołującego, ani nie usuwa w pełni wadliwości siwz. W ocenie Izby informacje o tym, czy i z jakim kosztem wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą się liczyć w przypadku prowadzenia prac instalacyjnych w lokalizacjach stanowi okoliczność mogącą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Takie okoliczności zamawiający z mocy art. 29 ust. 1 ustawy ma obowiązek na równych zasadach ujawnić wszystkim wykonawcom ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie. Opis przedmiotu zamówienia zgodny z art. 29 ust. 1 ustawy jest bowiem obowiązkiem, a nie uprawnieniem, zamawiającego i jest to obligatoryjny element specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że z wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia jest zwolniony na skutek przyznania przez ustawodawcę wykonawcom uprawnienia do żądania wyjaśnienia treści siwz – art. 38 ust. 1 ustawy. Zamawiający bowiem na rozprawie wyraził pogląd, że brak docieklivosti ze strony wykonawcy, co do nieujawnionych w siwz, ale istniejących stanów faktycznych dotyczących zakresu i sposobu świadczenia, nie może obciążać zamawiającego. Izba nie podziela tego poglądu i uważa za nieuprawnione w świetle przepisów ustawy przenoszenie na wykonawców obowiązku ustalenia informacji istotnych dla sporządzenia oferty, a będących w posiadaniu zamawiającego, w drodze wyjaśnień treści siwz. Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy dysponując jednakowymi informacjami byli w stanie określić przedmiot zamówienia, zaoferować przedmiot mu odpowiadający i go wycenić w sposób należyty. Udostępnienie zatem na rozprawie wyłącznie odwołującemu postanowień umowy najmu dotyczącej lokalizacji Piaseczno ul. Jana Pawła II 66 nie usuwa wady w opisie przedmiotu zamówienia polegającej na braku ujawnienia okoliczności, że wynajmujący zamawiającemu tę lokalizację musi zezwolić na dokonanie prac instalacyjnych i prac

niezbędnych do eksploatacji łączy operatorowi telekomunikacyjnemu zamawiającego bez pobierania za to opłat bądź samodzielnie wykonać takie prace również bez pobierania opłat. Są to okoliczności istotne dla prawidłowej wyceny oferty i powinny być ujawnione wszystkim wykonawcom ubiegającym się o zamówienie na jednakowych zasadach poprzez zamieszczenie ich w siwz w ramach opisu przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę fakt, że stronami umowy najmu są zamawiający i wynajmujący, a nie jest operator telekomunikacyjny zamawiającego, należy uznać, że modyfikacja siwz z dnia 12 listopada 2012r. zobowiązała zamawiającego do współdziałania z wykonawcą – operatorem telekomunikacyjnym, co jest rozwiązaniem pożądanym, ale nie usuwającym w pełni wadliwości postępowania. Izba uznała, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy poprzez niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia nie ujawniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i mogący utrudniać konkurencję. Tym samym nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji siwz poprzez wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia informacji o warunkach dokonywania prac instalacyjnych i eksploatacyjnych w lokalizacji Piaseczno, ul. Jana Pawła II 66 wynikających z umowy najmu nr 74/DOG/2005/2617.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art.7 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy poprzez przewidzenie dla zamawiającego, w rozdziale I pkt. 2 siwz , w § 2 ust.2 pkt.2) wzoru umowy oraz § 2 ust. 3 wzoru umowy, szczególnych uprawnień polegających na możliwości jednostronnego zlecenia zmian parametrów (przepływności) Usługi Podstawowej i Usługi Protekcji, skutkujących zwiększeniem lub zmniejszeniem ilości kanałów transmisji danych. Zmiany te mają skutkować także zmianą opłat. Jednocześnie w formularzu ofertowym (uwagi pod tabelą) zamawiający przewiduje pewne szacowane ilości kanałów, o które mogą być zmniejszone/zwiększone parametry wyjściowe usługi i przewiduje, że faktyczna wartość zleceń zmiany parametrów nie będzie większa niż wartość ceny oferty.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Rację ma odwołujący, że informacja o zakresie przedmiotu umowy jest istotnym elementem opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający w rozdziale I pkt 1, § 2 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 wzoru umowy przewidział możliwość zmiany parametrów przepływności usługi podstawowej i łączy zapasowego polegających zarówno na zestawieniu łączy dodatkowych jak i rezygnacji z poszczególnych kanałów nie określając maksymalnej i minimalnej ilości kanałów jakie przewiduje do zrealizowania w ramach przedmiotowej umowy. Powoduje to stan niepewności co do zakresu świadczenia po stronie wykonawcy i uniemożliwia prawidłową kalkulację ceny oferty, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy. Zamawiający dostrzegł również tę wadliwość siwz i w dniu 12 listopada 2012r. dokonał modyfikacji treści siwz określając maksymalną ilość kanałów które planuje

eksploatować w ramach przedmiotowej umowy – po 40 kanałów w ramach usługi podstawowej i usługi łącza zapasowego oraz wskazał o ile maksymalnie może ulec zmniejszeniu szacowana przez niego liczba kanałów tj. 14 kanałów transmisji w ramach usługi DWDM. Odwołujący oświadczył na rozprawie, że dokonana modyfikacja wyczerpuje jego żądania. Izba uznała, że o ile rzeczywiście zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy poprzez niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, o tyle naruszenie to nie ma wpływu na wynik postępowania z uwagi na aktualną treść siwz.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art.7 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy poprzez niejednoznaczne wskazanie terminu realizacji zamówienia tj. w ogłoszeniu o zamówieniu czas trwania zamówienia wynosi 36 miesięcy od udzielenia zamówienia, w rozdziale IV siwz oraz w zapisach par. 13 projektu umowy przewidziano, że umowa zawarta w wykonaniu udzielenia przedmiotowego zamówienia będzie obowiązywać do wyczerpania łącznej kwoty wynagrodzenia umownego, nie dłużej jednak niż do 31.12.2015 roku, ponadto umowa przewiduje, że zamawiający mieć będzie prawo wypowiedzenia umowy bez podania przyczyn, z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia, przy czym zastrzeżono także, że wypowiedzenie umowy w całości może nastąpić najwcześniej po upływie 18 miesięcy od zawarcia umowy

Z postanowień art. 142 i 143 ustawy wynika, że do essentialia negoti umowy o zamówienie publiczne należy określenie terminu realizacji zamówienia. Art. 36 ust. 1 pkt 4 i art. 41 pkt 6 wskazują, że obligatoryjnym elementem tak ogłoszenia o zamówieniu publicznym jak i siwz jest termin wykonania zamówienia. Określenie tego terminu ma bezpośrednie przełożenie na kalkulację ceny oferty, ma zatem wpływ na porównywalność złożonych ofert, termin może być także elementem konkurencyjnym pomiędzy wykonawcami, w sytuacji, gdy stanowi kryterium oceny ofert. Termin wykonania zamówienia ma zatem istotne znaczenie dla sporządzenia oferty, musi być zatem określony w sposób pozwalający wykonawcom określić minimalny i maksymalny czasookres trwania przyszłej umowy w normalnym toku jej realizacji. Tym samym postanowienia dotyczące możliwości wypowiedzenia umowy o zamówienie publiczne powinny być oceniane z uwzględnieniem ich wpływu na sporządzenie oferty. Bezsporne jest, że zamawiający w § 13 ust. 2 wzoru umowy zastrzegł sobie prawo do wypowiedzenia umowy lub jej części bez podania przyczyny z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia. Do umowy o świadczenie usług zgodnie z art. 750 kc stosowanym przez art. 14 ustawy mają zastosowanie odpowiednio przepisy o zleceniu. Zgodnie z art. 746 § 1 kc dający zlecenie jak i przyjmujący zlecenie, w przedmiotowej sprawie zamawiający i wykonawca wybrany, może je wypowiedzieć w każdym czasie, przy czym nie można rzec się prawa do wypowiedzenia z ważnej przyczyny. Oznacza to, że przepis art. 746 kc ma

charakter dyspozytywny, a w świetle orzecznictwa SN Vide Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2004-09-28, IV CK 640/03 Opubl: Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2005, Nr 9, poz. 157, str. 66 również umowa zlecenia zawarta na czas oznaczony może być wypowiedziana przez każdą ze stron w każdym czasie. Izba rozważyła jednak czy przepis art. 746 kc i jego wykładnia dokonana przez SN na gruncie KC mogą być przyjęte wprost na grunt umowy o zamówienie publiczne. Zgodnie bowiem zarówno z art. 14 jak i 139 ustawy przepisy kodeksu cywilnego stosuje się w postępowaniu o udzielenie zamówienia jak o do umowy o zamówienie wprost o ile przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Ustawodawca zawarł w ustawie szczególne regulacje dotyczące możliwości dokonywania zmian umowy o zamówienie publiczne – zgodnie z art. 144 kc dokonanie zmiany istotnej postanowień umowy jest możliwe o ile przewidziano możliwość takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w siwz i określono warunki takiej zmiany. W §13 ust. 2 wzoru umowy zamawiający przewidział zatem zmianę postanowień umownych dotyczących okresu realizacji umowy lub jej części, w ocenie Izby zamawiający jednak nie określił warunków takiej zmiany. Nie można bowiem uznać, że warunkiem takiej zmiany jest brak podania przyczyny wypowiedzenia. W ocenie Izby takie działanie zamawiającego stoi w sprzeczności z art. 144 ustawy, który nie pozwala na zastosowanie wprost art. 746 kc. Jednocześnie brak jednoznaczności co do okresu obowiązywania umowy powoduje, że wykonawcy mogą w różny sposób ustalić zakres obowiązywania umowy, a tym samym złożyć oferty nieporównywalne, zakładające różne ryzyko związane ze skróceniem czasu obowiązywania umowy w całości lub w części, co w ocenie Izby stoi w sprzeczności z art. 7 ust. 1 ustawy nakazującym zamawiającemu prowadzić postępowanie o zamówienie publiczne z zastosowaniem zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający samodzielnie dostrzegł wadliwość swojego postępowania w tym zakresie i dokonał modyfikacji §13 ust. 2 wzoru umowy podając przyczynę wypowiedzenia – termin obowiązywania umowy najmu powierzchni RODP oraz minimalny okres funkcjonowania umowy tj. do 2 listopada 2012r. Powoduje to, że usunięta zostanie niepewność wykonawców co do okresu minimalnego świadczenia usługi oraz przyczyn jej wcześniejszego rozwiązania, co pozwala na uzyskanie ofert porównywalnych. Odwołujący na rozprawie złożył oświadczenie, że dokonana modyfikacja wyczerpuje jego żądania. Izba uznała, że o ile rzeczywiście zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, o tyle naruszenie to nie ma wpływu na wynik postępowania z uwagi na aktualną treść siwz.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art.7 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy poprzez nieprecyzyjne zapisy o karach umownych (par. 8 projektu umowy) tj. objęcie karą umową za nienależyte wykonanie umowy opóźnienie terminu wykonania projektu technicznego, przewidzenie kar umownych za okoliczności przez wykonawcę niezawinione, przewidzenie

kilku kar za to samo uchybienie, rażące wygórowanie kar nieadekwatne do stopnia przewinienia.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie częściowo. Rację należy przyznać odwołującemu, że zamawiający przewidział karę umowną za niewykonanie, lub nienależyte świadczenie usługi, co koresponduje z postanowieniami art. 483 kc stosowanym przez art. 14 ustawy. Zgodnie zaś z art. 471 kc odpowiedzialność odszkodowawcza dłużnika z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania dotyczy okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, a zgodnie z art. 742 kc dłużnik odpowiedzialny jest za zachowanie należytej staranności. Wprawdzie, zgodnie z art. 743 § 1 kc dłużnik może przyjąć na siebie odpowiedzialność rozszerzoną na okoliczności, za które z mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, jednak Izba podziela w tym zakresie pogląd odwołującego, że zamawiający powinien wówczas przewidzieć we wzorze umowy okoliczności, za które dłużnik odpowiada, pomimo tego, że nie ponosi za nie odpowiedzialności. Tym samym Izba stoi na stanowisku, że zamawiający przed określeniem kary za opóźnienie powinien był określić, że wykonawca za opóźnienie w realizacji określonych czynności na mocy przyszłej umowy o zamówienie publiczne będzie odpowiadał. W tej sytuacji Izba uważa, że wobec braku postanowień rozszerzających odpowiedzialność wykonawcy z tytułu przedmiotowej umowy brak było podstaw do określenia obciążenia wykonawców karą umowną za opóźnienie. W ocenie Izby rację ma odwołujący, że przy braku odmiennego od postanowień KC uregulowania pojęć niewykonania lub nienależytego wykonania umowy na gruncie umowy o zamówienie publiczne, zastrzeżenie kary umownej wykracza poza art. 483 kc. Z tego względu Izba uznała, że wykonawcy powinni ponosić odpowiedzialność w postaci ryzyka zapłaty kar umownych wyłącznie za zwłokę w realizacji określonych niepieniężnych obowiązków umownych. W ocenie Izby działanie zamawiającego narusza w tym zakresie art. 7 ust. 1 ustawy, gdy prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji poprzez niejednoznaczny zakres odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawców, co w konsekwencji może prowadzić do braku wyceny wszystkich istotnych elementów oferty, w tym ryzyk związanych z realizacją kontraktu. Z tego względu Izba uznała, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy poprzez określenie w § 8 ust. 1 pkt 1 i 3 kar umownych za opóźnienie. Wobec faktu, że w zakresie §8 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy zamawiający dokonał już modyfikacji poprzez zmianę w tym zakresie postanowień na odpowiedzialność za zwłokę, Izba nakazała dokonanie takiej zmiany jedynie w zakresie § 8 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy tj. o modyfikacji z 12 listopada 2012r. § 8 ust. 2 kary 1 wzoru umowy. W zakresie zarzutu dotyczącego objęcia odpowiedzialnością odszkodowawczą uchybień w terminie wykonania projektu przygotowawczego, Izba nie podziela stanowiska odwołującego, zgodnie z §3 ust. 1 projekt techniczny jest objęty przedmiotową umową, choć faktycznie nie jest elementem

świadczenia usługi. Rację ma jednak zamawiający, że projekt techniczny jest podstawą uruchomienia usługi, gdyż usługa ma być uruchomiona zgodnie z nim. Zatem w ocenie Izby nie stanowi naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy przewidzenie substratu odpowiedzialności odszkodowawczej za uchybienie w opracowaniu tego dokumentu, zwłaszcza, że odpowiedzialność wykonawcy obejmuje po modyfikacji wyłącznie sytuacje przez niego zawinione. Rację ma natomiast odwołujący, że kara umowna za niedotrzymanie terminu uruchomienia usługi DWDM, zawiera w sobie sytuację nie usunięcia w terminie zgłoszonych przez zamawiającego nieprawidłowości na etapie testów akceptacyjnych. Przeprowadzenie tych testów bowiem zgodnie z § 3 ust. 3 poprzedza uruchomienie usługi DWDM i jedynie pozytywne ukończenie testów pozwala na przyjęcie, że usługa DWDM została uruchomiona, tym samym nie usunięcie nieprawidłowości wykrytych podczas testów oznacza, że test nie został zakończony wynikiem pozytywnym, a tym samym usługa nie została uruchomiona. W ocenie Izby nakładanie na wykonawców kar za te same zdarzenia może prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający dostrzegł także wadliwość opracowanych przez siebie postanowień siwz i usunął § 8 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy. Tym samym w ocenie Izby mimo uwzględnienia zarzutu, stwierdzona nieprawidłowość nie ma wpływu na wynik postępowania, z uwagi na aktualne brzmienie siwz. W zakresie zarzutów związanych z rażącym wygórowaniem kar umownych, Izba uznała te zarzuty za nieudowodnione. Odwołujący oparł się wyłącznie o własne rozeznanie rynku, ale nie podał jakichkolwiek dowodów, że obciążenie karami na takim poziomie będzie przekraczało wysokość możliwej do poniesienia przez zamawiającego szkody w sposób rażący. To na odwołującym ciążył obowiązek dowodowy na mocy art. 190 ust. 1 ustawy, gdyż to on wywodzi ze swoich stwierdzeń skutki prawne. Zamawiający natomiast wykazał, że kara ta może być adekwatna do wysokości miesięcznego wynagrodzenia jakiego może domagać się w przedmiotowym postępowaniu wykonawca. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrywała się naruszenia art. 7 ust. 1 art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z powodu rażącego wygórowania kar umownych.

Izba nakazała zatem zamawiającemu wprowadzić w § 8 ust. 2 karze 1 modyfikację siwz polegającą na zastąpieniu słowa „opóźnienie” słowem „zwłoka”.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art.7 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy poprzez wprowadzenie postanowień pozwalających zamawiającemu mieć wpływ na zdarzenie uzasadniające naliczenie kary.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Rację należy przyznać zamawiającemu, że postanowienia § 8 ust. 2 wzoru umowy nie mają wpływu na naliczenie kary z § 8 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy, a taką argumentację zawarł odwołujący w uzasadnieniu zarzutu jak i

prezentował na rozprawie.. Zamawiający bowiem słusznie zauważył, że kara umowna określona w § 8 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy (po modyfikacji § 8 ust. 2 kara 2) odnoszona jest do pojęcia awarii zdefiniowanego w §1 pkt 1 wzoru umowy. Definicja awarii w żaden sposób nie wiąże się z pojęciem braku dostępności. W tej sytuacji izba uznała zarzut za niezasadny i nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art.7 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy poprzez brak jest czytelnych i obiektywnych kryteriów wykonania testów odbioru usługi transmisji danych

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający określił testy akceptacyjne jako podstawę uznania, że doszło do uruchomienia usługi. Tym samym w § 3 ust. 3 wzoru umowy zamawiający określił, że realizacja usługi będzie możliwa dopiero po pozytywnym przeprowadzeniu testów akceptacyjnych. Jednocześnie zamawiający nie określił sposobu prowadzenia testów oraz tego kiedy i na podstawie czego uzna, że test został ukończony w wyniku pozytywnym. Wykonawca nie mając pewności, co do tego czy i kiedy zamawiający uzna, że usługa jest uruchomiona, pozostaje także w stanie niepewności co do tego czy będzie musiał kalkulować ryzyko obciążenia go karami umownymi z tytułu nieuruchomienia usługi w terminie. W ocenie Izby zatem procedura prowadzenia testów ma istotne znaczenie dla sporządzenia oferty, w tym stanie rzeczy brak opisu tej procedury powoduje, że opis przedmiotu zamówienia nie jest wyczerpujący co narusza art. 29 ust.1 ustawy. Zamawiający potwierdził fakt istnienia w sporządzonej przez niego siwz takiej wadliwości dokonując w dniu 12 listopada 2012r. modyfikacji załącznika nr 1 do umowy poprzez dodanie rozdziału dotyczącego testów akceptacyjnych. Odwołujący oświadczył na rozprawie, że dokonana modyfikacja czyni zadość jego żądaniom. Izba uznała, że o ile rzeczywiście zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy, o tyle naruszenie to nie ma wpływu na wynik postępowania z uwagi na aktualną treść siwz.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego. Izba obciążyła zamawiającego obowiązkiem zwrotu odwołującemu kosztów postępowania tj. kosztów wpisu i zastępstwa na rozprawie zgodnie z § 3 ust. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15



marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zgodnie z przedłożoną przez odwołującego fakturą VAT.

**Przewodniczący:** .....