

Sygn. akt: KIO 2316/13  
KIO 2318/13

**WYROK**  
z dnia 10 października 2013 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**  
**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 9 października 2013 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 27 września 2013 r. przez **wykonawcę Netia Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13**
- B. w dniu 27 września 2013 r. przez **wykonawcę Exatel Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Perkuna 47**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Centrum Informatyki Statystycznej z siedzibą w Warszawie, al. Niepodległości 208**

przy udziale **wykonawcy GTS Poland spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 15** zgłaszającego swój udział w sprawach sygn. akt KIO 2316/13, KIO 2318/13 po stronie odwołującego

**orzeka:**

**1a. uwzględnia odwołanie wykonawcy Netia Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13 i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami w taki sposób, aby terminy: uzyskania gotowości do świadczenia usługi, odbioru testów oraz rozpoczęcia świadczenia usługi nie naruszały art. 29 ust. 2 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy,**

**1b. uwzględnia odwołanie wykonawcy Exatel Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Perkuna 47 i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami w postanowieniach dotyczących określenia możliwości dokonania zmiany postanowień przyszłej umowy w zakresie zmian liczby lokalizacji bądź siedziby jednostek statystyki**

**publicznej w sposób określający jednoznacznie i wyczerpująco warunki takiej zmiany zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy,**

**2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Centrum Informatyki Statystycznej z siedzibą w Warszawie, al. Niepodległości 208 i**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: wykonawcę Netia Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13, wykonawcę Exatel Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Perkuna 47, tytułem wpisów od odwołań,**

**2.2. zasądza od Skarbu Państwa – Centrum Informatyki Statystycznej z siedzibą w Warszawie, al. Niepodległości 208 kwotę 33 600 zł. 00 gr. (słownie: trzydzieści trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz :**

**a) wykonawcy Netia Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13 kwoty 18 600zł. 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów uiszczonego wpisu oraz zastępstwa prawnego**

**b) wykonawcy Exatel Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Perkuna 47 kwoty 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 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 2316/13**

..... **KIO 2318/13**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług operatora korporacyjnej sieci statystyki publicznej WAN-GUS zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa Centrum Informatyki Statystycznej z siedzibą w Warszawie, al. Niepodległości 208 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 września 2013r. za numerem 2013/S 180-311075. W tym samym dniu zamawiający opublikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz)

### **Sygn. akt KIO 2316/13**

W dniu 27 września 2013r. pisemne odwołanie wniósł wykonawca Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 września 2013r. 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 drogą elektroniczną w dniu 27 września 2013r.

Odwołujący Netia zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy. Ustawa Prawo zamówień publicznych 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. 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.

Zdaniem odwołującego ma to miejsce w następującym postanowieniu:

Wskazanie terminu wykonania zamówienia, w tym terminu uzyskania gotowości do świadczenia usług oraz terminu przeprowadzenia testów odbiorczych datą kalendarzową — rozdział I. pkt 4 SIWZ oraz § 3 projektu umowy

Żądanie odwołującego Netia to zmiana postanowień pkt 4 w rozdziale I SIWZ oraz § 3 projektu umowy na następujący:

1. uzyskanie gotowości do świadczenia usług w terminie: do 120 dni od dnia zawarcia umowy z zamawiającym
2. przeprowadzenie testów odbiorczych potwierdzających stan gotowości w terminie do 128 dni od dnia zawarcia umowy z zamawiającym
3. rozpoczęcie świadczenia usług w terminie do 130 dni od dnia zawarcia umowy z zamawiającym
4. świadczenie usług przez okres 48 miesięcy

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia. Czynności zamawiającego naruszają przepisy ustawy, uniemożliwiając odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego. Tym samym odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że ustalenie przez zamawiającego terminu rozpoczęcia świadczenia usług poprzez wskazanie na konkretną datę kalendarzową w istotny sposób narusza wyrażoną w art. 7 i 29 ust. 2 ustawy zasadę uczciwej konkurencji. Zgodnie z treścią punktu 4 w rozdziale I siwz oraz § 3 projektu umowy rozpoczęcie świadczenia usługi ma nastąpić 1 marca 2014 roku, a zakończenie 28 lutego 2018 roku. Także datą kalendarzową wskazany został termin uzyskania gotowości do świadczenia usług (do 20 lutego 2014r.) oraz termin przeprowadzenia testów odbiorczych potwierdzających stan gotowości (do 28 lutego 2014 r.).

Wskazywanie konkretnej, kalendarzowej daty rozpoczęcia realizacji umowy, bez wiedzy uczestników postępowania na temat faktycznego terminu zakończenia postępowania i tym samym bez wiedzy na temat terminu podpisania umowy, jest, zdaniem odwołującego, niedopuszczalne. Takie działanie zamawiającego pozbawia wykonawców wiedzy na temat okresu, jakim będą dysponować na przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia usług (nie jest znany termin podpisania umowy). Działanie to naraża wykonawców na ryzyko

zapłaty kar umownych (ewentualnie odszkodowania) wskutek zbyt krótkiego czasu na wykonanie czynności związanych z uruchomieniem usług. Zamawiający wyraźnie w § 9 ust. 3 projektu umowy przewiduje kary umowne w przypadku przekroczenia terminu uruchomienia usługi i uzyskania gotowości świadczenia usług, (za każdy dzień zwłoki naliczana będzie kara umowna w wysokości 0,3 % wartości brutto całkowitego wynagrodzenia). Dodatkowo przewiduje możliwość żądania odszkodowania uzupełniającego w wysokości przewyższającej karę umowną.

Z siwz więc wynika, że do 20 lutego 2014 r. wykonawca ma mieć gotową sieć telekomunikacyjną w 70 lokalizacjach położonych na terenie całego kraju. O ile data końcowa jest znana, to nikt obecnie nie jest w stanie stwierdzić, kiedy wykonawca będzie mógł rozpocząć budowę sieci IP VPN/MPLS. A nie rozpocznie budowy dopóki nie zawrze z zamawiającym umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Znany jest jedynie termin składania ofert (24 października 2013 r.), ale nie jest wykluczone, że termin ten może ulec przesunięciu, jeżeli którykolwiek z wykonawców skorzysta ze środków ochrony prawnej poprzez wystąpienie o wyjaśnienie treści SIWZ czy złożenie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Dodatkowo, procedura oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty również może być czasochłonna, z uwagi chociażby na możliwość wystąpienia zamawiającego z żądaniem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny czy też z uwagi na możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawców.

Dlatego określenie terminu datą kalendarzową przenosi wyłącznie na wykonawcę ryzyko przedłużenia czasu trwania postępowania o udzielenie zamówienia, na który największy wpływ ma sam zamawiający.

Nie bez znaczenia jest tu skala przedsięwzięcia i jego zakres. Wykonawca ma świadczyć usługę w 70 lokalizacjach położonych na terenie całego kraju. Zanim to nastąpi wykonać będzie musiał następujące czynności:

1. Zaprojektowanie rozwiązania - wykonanie projektu sieci

Zamawiający przewidział na tą czynność 30 dni licząc od dnia podpisania umowy (pkt 3.7, rozdział I SIWZ). Projekt sieci ma zawierać harmonogram podłączenia sieci zamawiającego do sieci wykonawcy i opis prowadzenia prac przy budowie sieci

2. Zaprojektowanie prac budowlanych i uzyskanie niezbędnych pozwoleń

Konieczność uzyskania pozwoleń zamawiający przerzuca na wykonawcę, co wynika z pkt 18 rozdziału II siwz. Przede wszystkim chodzi tu o pozwolenia na budowę, ale także pozwolenia na używanie urządzeń radiowych. Pozwolenia te wydawane są w formie decyzji administracyjnej. Termin wydania takich pozwoleń wynika wprost z przepisów prawa, więc powinien być znany także zamawiającemu.

3. Wykonanie inwestycji

To najbardziej kluczowy i pracochłonny etap polegający na fizycznej budowie sieci czy to kablowej czy radiowej. Warto zwrócić uwagę, że okres wykonywania sieci będzie przypadał na okres zimowy, co oznaczać może, że mogą wystąpić trudności w uzyskaniu pozwoleń na prowadzenie prac ziemnych w okresie zimowym.

Wszystkie wyżej czynności wykonawca miałby wykonać w terminie, którego początkowa data nie jest znana, a przecież wszystkie wyżej wskazane etapy będą mogły być realizowane najwcześniej w dniu zawarcia z zamawiającym umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Data zawarcia umowy nie jest znana i nie będzie znana przed terminem złożenia ofert.

Każde, zatem przedłużenie postępowania skróci wykonawcy termin na wykonanie przedmiotu zamówienia. Przy obecnych zapisach siwz nie ma możliwości precyzyjnego zaplanowania wykonania inwestycji. Jedynie wykonawca, który obecnie świadczy usługi będzie w stanie dotrzymać każdego terminu. Skoro już posiada łącza dowiązane do lokalizacji zamawiającego, to znaczna i najbardziej czasochłonna część prac, jaką jest zestawienie łączy nie będzie musiała być wykonana przez ten podmiot. Tym samym wprowadzone do SIWZ postanowienie dotyczące terminu realizacji faworyzuje obecnego dostawcę usługi, który w każdym czasie będzie gotowy do jej dostawy.

Odwołujący wnosi więc o to, aby termin realizacji przedmiotu zamówienia był jednakowy dla wszystkich wykonawców i znany wszystkim wykonawcom jeszcze przed złożeniem ofert. Zdaniem odwołującego, realny termin wykonania zamówienia wynosi 120 dni, ale tylko w przypadku gdy dotrzymanie tego terminu będzie zależało wyłącznie od wykonawcy. Oznacza to, że wszelkie postanowienia które mogą wpływać na skrócenie okresu na przygotowanie usługi do aktywacji powinny być usunięte z SIWZ, gdyż naruszają zasady uczciwej konkurencji.

Podnoszone wyżej kwestie znalazły swoje odzwierciedlenie w licznych i jednoznacznym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej Zespołu Arbitrów przy Prezesie UZP zgodnie, z którym wprowadzanie tego typu postanowień prowadzi do naruszenia wskazanych wyżej przepisów ustawy. Dla przykładu odwołujący wskazał : wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 707/08, wyrok z dnia 25 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1123/10, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 54/10, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1246/10, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 1876/13 oraz KIO 2135/13. Odwołujący podkreślił, że brak przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców może ograniczyć liczbę ofert, którą złożyć mogą potencjalni wykonawcy. Działanie polegające na wyznaczeniu zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi, poprzez wykluczenie swobodnej konkurencji, uniemożliwi w praktyce zamawiającemu obniżenie kosztów zawieranej umowy (zamawiający faktycznie ogranicza ilość ofert, które zostaną złożone w tym postępowaniu). Działania takie są niekorzystne dla

zamawiającego, który ograniczając konkurencję zmniejsza swoje szanse na optymalizację wykorzystania środków budżetowych na realizację przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Zarazem art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych stanowi, iż naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający informację o wniesieniu odwołania zamieścił na stronie internetowej w dniu 30 września 2013r. oraz przesłał drogą elektroniczną znanym mu wykonawcom w dniu 1 października 2013r.

W dniu 3 października 2013r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego swój udział zgłosił wykonawca GTS Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 15. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż bierze udział w przedmiotowym postępowaniu, a niejednoznaczne i naruszające uczciwą konkurencję postanowienia w ogłoszeniu i siwz uniemożliwiają mu złożenie oferty. Wniósł o uwzględnienie zarzutów odwołania w całości. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana w dniu 3 października 2013r. zamawiającemu i odwołującemu drogą elektroniczną.

### **Sygn. akt KIO 2318/13**

W dniu 27 września 2013r. drogą elektroniczną odwołanie wniósł wykonawca EXATEL Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Perkuna 47.

Odwołanie zostało podpisane podpisem cyfrowym weryfikowanym ważnym certyfikatem przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 kwietnia 2013r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji w dacie udzielenia pełnomocnictwa, zgodnie z odpisem pełnym w KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 27 września 2013r.

Odwołujący Exatel zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy w sposób mogący mieć wpływ na wynik postępowania, tj. w szczególności:

a. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust 2 poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez uprzywilejowanie pozycji jednego z potencjalnych wykonawców.

b. naruszenie art. 29 ust 1 poprzez nieprecyzyjne i niedokładne opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający bądź uniemożliwiający złożenia prawidłowo skalkulowanej oferty

Wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści siwz w sposób usuwający niezgodności kwestionowanych zapisów z ustawą, zgodnie z żądaniami zawartymi w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny w wniesieniu odwołania, albowiem jest podmiotem o potencjale i możliwościach umożliwiających mu realizację przedmiotu zamówienia. Umieszczenie w siwz kwestionowanych zapisów utrudnia lub uniemożliwia mu prawidłową kalkulację i złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz stawia w niekorzystnej pozycji konkurencyjnej względem innego wykonawcy, a tym samym powoduje możliwość powstania szkody po stronie odwołującego, poprzez niemożność pozyskania zamówienia.

W uzasadnieniu podniósł, że siwz opisująca m.in. przedmiot zamówienia opatrzona jest tytułem „Świadczenia usług operatora sieci rozległej WAN-GUS”. Takie sformułowanie sugerowałoby, iż przedmiotem postępowania jest usługa stricte operatorska - tzn. nadzór, rozpoznawania i usuwanie nieprawidłowości bieżące prace związane z rekonfiguracją i tym podobne czysto administracyjne prace. Jednak jak wynika z Rozdziału II SIWZ, który ma się stać jednocześnie załącznikiem nr 1 do umowy, prace powierzone wykonawcy obejmują swoim zakresem nie tylko administrowanie gotową, funkcjonującą produkcyjnie siecią WAN, ale również wykonanie takiej sieci. Zakres zadania obejmuje połączenie siecią rozległą 70 placówek zamawiającego. Przedmiot zamówienia obejmuje również wykonanie czynności projektowych, dostarczenie urządzeń (routerów) w liczbie 51 sztuk, oraz usługi utrzymaniowe, serwisowe i gwarancyjne.

Rozpatrując zagadnienia będące przedmiotem niniejszego odwołania odwołujący zwrócił uwagę na okoliczności nieopisane w dokumentacji przetargowej, a mające istotne znaczenie dla postępowania. Istotne znaczenie ma fakt, iż podmiotem dotychczas świadczącym usługi na rzecz zamawiającego jest Telekomunikacja Polska S.A. Jest, więc rzeczą oczywistą, że podmiot ten z racji posiadania gotowej już infrastruktury i świadczący już usługi takie jak będące przedmiotem omawianego postępowania, posiada pozycję uprzywilejowaną. Odwołujący nie kwestionuje oczywiście tego stanu faktycznego, ani nie domaga się jego zmiany. Pozycja i możliwości Telekomunikacji Polskiej S.A. są po prostu uwarunkowaniami, które każdy wykonawca musi wziąć pod uwagę. Jednakże takie kształtowanie zapisów siwz które wzmacnia pozycję Telekomunikacji Polskiej S.A. i polega na wskazaniu jej przewag

konkurencyjnych jako wymagań, które muszą być spełnione przez wszystkich innych wykonawców, jest w ocenie odwołującego niedopuszczalne i niezgodne z fundamentalną dyrektywą neutralności postępowania oraz zachowania zasad uczciwej konkurencji. Należy podkreślić, że w postępowaniu, w którym jeden z podmiotów znajduje się w lepszej sytuacji faktycznej, niż inne, zamawiający powinien szczególnie ostrożnie kształtować opis przedmiotu zamówienia, aby nie dopuścić do naruszenia zasad wyrażonych w art. 7 ustawy i nie stworzyć nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej jednego podmiotu, eliminując tym samym realną konkurencję. W ocenie odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający obowiązku tego nie dochował.

W zakresie szczegółowych zarzutów i żądań odwołujący podniósł:

1. W pkt 17 Rozdziału II siwz „Opis Przedmiotu Zamówienia oraz Sposobu Jego Realizacji” zamawiający postawił wymaganie następującej treści: „W lokalizacjach typu A, B, D (zgodnie z Tabelą 1.) zamawiający dopuszcza możliwość zbudowania łączy dostępowych z wykorzystaniem technologii przewodowej. W lokalizacjach typu C (Zgodnie z Tabelą 1.) zamawiający dopuszcza możliwość zbudowania łączy dostępowych z wykorzystaniem technologii przewodowej lub łączy radiowych w paśmie koncesjonowanym. Obecnie we wszystkich miejscach jest połączenie przewodowe.” W ten sposób zamawiający postawił wyraźne wymaganie, by w części lokalizacji wykonawcy zapewnili dostęp z wykorzystaniem łączy kablowych. Odwołujący stwierdził, że wymaganie takie wyraźnie faworyzuje Telekomunikację Polską S.A., która posiada w tych lokalizacjach infrastrukturę kablową. Jednocześnie nie została dla tych lokalizacji dopuszczona technologia radiowa jako alternatywa dla wymaganego rozwiązania. Technologia radiowa, w szczególności radiolinie punkt-punkt pracujące w paśmie koncesjonowanym są bezspornie medium transmisyjnym równoważnym do łączy przewodowych. Wynika to w szczególności z praktyki rynkowej odwołującego, który jako operator telekomunikacyjny zawiera umowy gwarantujące dostępność łączy jego klientom i dostępność ta jest dla radiolinii podobna jak dla łączy przewodowych światłowodowych oraz lepsza niż w przypadku łączy przewodowych miedzianych. Potwierdzona praktyką jest również podobna awaryjność tych alternatywnych technologii, a co istotniejsze z punktu widzenia działania usługi telekomunikacyjnej, czas usuwania awarii jest istotnie niższy dla radiolinii niż w przypadku łączy kablowych. Wynika to z faktu, iż łatwiej jest zlokalizować miejsce awarii łączy radiowego, a także z faktu, iż specyfika naprawy tego typu infrastruktury jest znacznie mniej czasochłonna. W przypadku linii kablowej, już samo zlokalizowanie miejsca wystąpienia awarii może nastręczyć trudności. Jak widać z powyższego, nie ma obiektywnych przesłanek technologicznych które uzasadniałyby wykluczenie technologii radiowej jako sposobu świadczenia usługi, co oznacza, że postawienie warunku zapewnienia łączności drogą kablową w lokalizacjach typu A, B i D jest nadmierowe i dyskryminacyjne.

Odwołujący podkreślił, że zjawisko wykluczania radiolinii jako sposobu świadczenia usługi było wielokrotnym przedmiotem postępowań orzecznictwa zarówno KIO jak i Sądów Okręgowych. Przykładowo wskazał na wyrok sygn. akt KIO 442/08, wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 09.11.2005 r., sygn. akt: II Ca 587/05 (niepubl.)

Odwołujący zwrócił przy tym uwagę na fakt, iż nie domaga się on likwidacji możliwości zapewnienia dostępu drogą kablową, lecz jedynie wprowadzenia we wszystkich lokalizacjach (podobnie, jak to zostało dopuszczone w odniesieniu do typu C) alternatywnej możliwości realizacji dostępu drogą radiową. 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. Żądania odwołującego zmierzają jedynie do umożliwienia wykonawcom realnej możliwości konkurowania z Telekomunikacją Polską S.A., przy jednoczesnym braku jakichkolwiek negatywnych następstw dla zamawiającego.

Odwołujący domaga się dopuszczenia we wszystkich lokalizacjach zamawiającego możliwości realizacji dostępu drogą radiową i nakazania zamawiającemu usunięcia z zapisów siwz wymagań, które eliminują możliwość realizacji przedmiotu zamówienia (zapewnienia łączy) za pomocą technologii radiowych.

2. Zgodnie z pkt 1 Rozdziału II - Opis Przedmiotu Zamówienia i Sposobu Jego Realizacji (zwany dalej OPZ), „Wykonawca zapewni Zamawiającemu dostęp do usługi IP VPN MPLS przez okres 48 miesięcy od 1 marca 2014”. Wymóg ten został powtórzony następnie w pkt 3 OPZ, gdzie zamawiający stwierdził, że „Wykonawca zapewni Zamawiającemu dostęp do usługi IR VPN oraz dostarczy dodatkowe dwa łącza (podstawowe i zapasowe) do przesyłania danych pomiędzy lokalizacjami przez okres 48 miesięcy od 1 marca 2014” oraz w zapisach Rozdziału III - Wzór Umów, to jest w §3 ust 3 w brzmieniu: „Świadczenie usługi będzie realizowane przez 48 m-cy od 1 marca 2014 r do 28 lutego 2018” z tą uwagą że § 1 wprowadza dodatkowe skrócenie terminu dla wykonawcy w ten sposób że zgodnie „Uzyskanie gotowości do świadczenia usługi nastąpi w terminie do 20 lutego 2014 r” ,

Tak sformułowanie warunków przetargu, w ocenie odwołującego, rażąco narusza normę przewidzianą w art. 7 ust 1 ustawy w związku z art. 29 ust 2 ustawy, poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi oraz poprzez wprowadzenie konstrukcji, która powoduje, że wykonawcy składając ofertę nie mają wiedzy, co do rzeczywistego czasu jaki będą mieli na przygotowanie się do świadczenia usługi. Równocześnie, takie sformułowanie wymagań w zakresie terminu realizacji zamówienia jest kolejną okolicznością w nieuzasadniony sposób faworyzującą pozycję Telekomunikacji Polskiej S.A., która we wszystkich lokalizacjach zamawiającego posiada infrastrukturę kablową, co oznacza, że ryzyka związane z wymaganym czasem zapewnienia dostępu do usługi, są dla tego wykonawcy znacząco niższe. Tymczasem dla wszystkich innych

wykonawców, ustanowienie przez zamawiającego daty dziennej rozpoczęcia świadczenia usługi, oznacza nieznaną zakres ryzyka związany z koniecznością zbudowania sieci do dnia rozpoczęcia świadczenia usługi. Wykonawcy nie są w stanie przewidzieć, ile czasu trwać będzie przedmiotowe postępowanie i jaki będzie termin zawarcia umowy. Tym samym czas pomiędzy zawarciem umowy a dniem 1 marca 2014 r. nie jest znany i istnieje znaczące ryzyko, że będzie zbyt krótki na wykonanie przewidzianych w siwz czynności niezbędnych do świadczenia usługi, co wynika m.in. z faktu, że czynności te (w tym ewentualne inwestycje w infrastrukturę jak np. budowa masztów radiowych) przypadają na okres zimowy, a więc na czas kiedy w niektórych miastach obowiązuje zakaz prowadzenia prac ziemnych (okres ten obejmuje miesiące pomiędzy listopadem a marcem). Abstrahując jednak od pory roku, nawet przy sprzyjających warunkach atmosferycznych realizacja inwestycji w nieznanym z góry terminie byłaby obciążona poważnym ryzykiem jego niedotrzymania. Należy pamiętać że wykonanie prac budowlanych wiąże się z szeregiem prac projektowych i przedwdrożeniowych oraz również i przede wszystkim uzyskaniem pozwoleń od uprawnionych organów. Posługując się przykładem - Ustalenie Lokalizacji Inwestycji Celu Publicznego jest wydawane przez Biuro Naczelnego Architekta Miasta na wniosek inwestora przy braku Planu Zagospodarowania Przestrzennego i zajmuje to 4 tygodnie lub nawet do 8-miu, przy sprawach charakteryzujących się wyższym poziomem złożoności. Wydanie opinii przez Zespół Uzgodnień Dokumentacji Projektowej (ZUDP) - powołany przez Prezydenta/Burmistrza miasta, zajmuje od 2 do 4 tygodni, uzgodnienia branżowe (energetyka, gazownictwo zarządca terenów zielonych, konserwator zabytków etc.) wymagają 3 do 4 tygodni, decyzja Zarządu Dróg Miejskich w sprawie dysponowania nieruchomością dla celów budowlanych - 4 tygodnie, przy czym jak wskazuje praktyka termin ten jest rzadko dotrzymywany, często przekraczając 12 tygodni. Uzyskanie pozwolenia na budowę zajmuje co najmniej 3 do 4 tygodni oraz do tego okresu należy doliczyć 3 tygodniowy czas na uprawomocnienie się tej decyzji. Tak więc z praktycznego punktu widzenia przygotowanie inwestycji poprzez uzyskanie stosownych decyzji organów administracji państwowej i samorządowej może zająć okres od 24 do nawet 40 tygodni, a więc dłuższy niż liczony od daty wszczęcia przedmiotowego postępowania do daty wymaganej przez Zamawiającego na rozpoczęcie świadczenia usługi. Należy również pamiętać że przytaczane przykłady nie uwzględniały ewentualnych uzgodnień z właścicielami terenów prywatnych, którzy mogą zgodzić się na wykorzystanie posiadanej przez nich nieruchomości w dłuższej perspektywie czasowej albo wcale, powodując konieczność zmian w projekcie całego rozwiązania. Oznacza to w ocenie odwołującego, że zamawiający -formułując kwestionowane wymagania co do terminu wykonania sieci - naruszył zasadę określoności przedmiotu zamówienia wyrażoną w art. 29 ust. 1 pzp, a także

naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, z uwagi na fakt, iż nieprecyzyjne i restrykcyjne wymagania co do terminu faworyzują Telekomunikację Polską.

Zagadnienie daty sztywnej i nieokreślonego czasu na przygotowanie inwestycji było również przedmiotem orzecznictwa KIO. Odwołujący przytoczył przykładowo wyrok z dnia 24 lipca 2008 Sygn. akt: KIO/UZP 707 /08, wyrok z dnia 12.02.2010 sygn. akt KIO/1756/10.

Odwołujący domaga się usunięcia naruszeń ustawy poprzez nakazanie zamawiającemu dokonania zmian we wszystkich zapisach siwz, które obecnie wprowadzają datę dzienną rozpoczęcia świadczenia usług, i wprowadzenia zasady, iż rozpoczęcie świadczenia usługi nastąpi w terminie co najmniej 9 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie realizacji przedmiotowego postępowania.

3. W Rozdziale III - Wzór Umowy, zamawiający wprowadził następujące zapisy: §1 ust 5 w brzmieniu: „Ilość zmian liczby lokalizacji bądź siedzib jednostek statystyki publicznej, objętych świadczeniem usług, w trakcie trwania umowy nie przekroczy 15% liczby wszystkich lokalizacji/” Oraz §2 ust. 6 w brzmieniu: W przypadku zmiany lokalizacji siedziby jednostki statystyki publicznej, Wykonawca nie będzie naliczał żadnych dodatkowych opłat.

W odniesieniu do powyższych zapisów, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust 1 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący przy użyciu niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń.

Z punktu widzenia możliwości rzetelnej kalkulacji ceny oferty w przedmiotowym postępowaniu powyższe zapisy ustanawiające możliwość dowolnego przenoszenia lokalizacji zamawiającego, bez uiszczania na rzecz wykonawców dodatkowego wynagrodzenia, wprowadzają znaczącą niepewność kontraktową. Ograniczenie do 15% ogólnej liczby tych jednostek w nieznacznym tylko stopniu ogranicza ryzyko, bowiem nie wiadomo jakich rodzajów lokalizacji przeniesienie będzie dotyczyć, natomiast jednostkowy koszt przenoszenia może być bardzo różny, w zależności od konkretnych uwarunkowań pierwotnej i docelowej lokalizacji. Niepewność ta oznacza w praktyce nieuzasadnione ryzyko po stronie wykonawcy w zakresie konieczności poniesionych kosztów w przedziale pomiędzy 50.000 a nawet 1.000.000 PLN. Zamawiający nie zawarł również w siwz zapisów dotyczących czasów wykonania nowych lub przeniesienia instalacji, powodując u odwołującego obawę, czy zamawiający dla tej procedury nie będzie stosował zapisów z pkt 12 OPZ mówiącego o 30 dniowym terminie, co może być terminem trudnym lub niemożliwym do dotrzymania, chyba że w nowej lokalizacji wykonawca dysponować będzie już odpowiednią infrastrukturą. Wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 września 2005 r. sygn. akt V Ca 1110/04. Niewątpliwie przedmiotowy stan faktyczny uniemożliwia sporządzenie oferty i zaplanowanie sprzedaży na określonym poziomie bowiem Wykonawca nie ma bowiem wiedzy o możliwych obciążeniach inwestycyjnych.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający - mając na względzie swoje uzasadnione potrzeby - może posłużyć się istniejącymi w systemie prawa zamówień publicznych instytucjami, to jest możliwością wprowadzenia prawa opcji lub zamówień uzupełniających, co - w odróżnieniu od zakwestionowanych mechanizmów - nie pociągałoby za sobą przerzucenia na wykonawców ryzyka kontraktowego wynikającego ze zmian okoliczności leżących po stronie zamawiającego.

Odwołujący domaga się nakazania zamawiającemu usunięcia wskazanych powyżej zapisów siwz.

Żądania odwołującego sformułowane w odwołaniu obejmują również wprowadzeń odpowiednich modyfikacji w siwz we wszystkich zapisach dotyczących kwestii opisanych poszczególnych zarzutach i żądania zmierzają do usunięcia z siwz postanowień o charakterze dyskryminacyjnym oraz naruszających zasady opisu przedmiotu zamówienia wyrażone w art. 29 ust. 1 ustawy.

Zamawiający informację o wniesieniu odwołania zamieścił na stronie internetowej w dniu 30 września 2013r. oraz przesłał drogą elektroniczną znanym mu wykonawcom w dniu 1 października 2013r.

W dniu 3 października 2013r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego swój udział zgłosił wykonawca GTS Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 15. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż bierze udział w przedmiotowym postępowaniu, a niejednoznaczne i naruszające uczciwą konkurencję postanowienia w ogłoszeniu i siwz uniemożliwiają mu złożenie oferty. Wniósł o uwzględnienie zarzutów odwołania w całości. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana w dniu 3 października 2013r. zamawiającemu i odwołującemu drogą elektroniczną.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, modyfikacji siwz z dnia 8 października 2013r. wraz z odpowiedziami na pytania 2-40 oraz odpowiedź na pytanie nr 41 i dowody złożone przez odwołujących na rozprawie.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że

W ogłoszeniu o zamówieniu w zakresie spornym zamawiający zawarł następujące postanowienia:

W sekcji II.1.5 Krótki opis zamówienia lub zakupu zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług operatora korporacyjnej sieci statystyki publicznej WAN-GUS. Wykonawca miał zapewnić zamawiającemu dostęp do usługi IP VPN oraz dostarczyć dodatkowe dwa łącza (podstawowe i zapasowe) do przesyłania danych pomiędzy dwoma lokalizacjami przez okres 48 miesięcy od 1 marca 2014.

W sekcji II.3 Czas trwania zamówienia lub termin realizacji wskazano na rozpoczęcie 1.3.2014 i zakończenie 28.2.2018

W sekcji III.2 zamawiający określił warunki udziału, w tym w sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne podał informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów:

Posiadanie wiedzy i doświadczenie należy udokumentować w formie wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów:

Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał lub wykonuje minimum 2 zamówienia polegające na świadczeniu usługi transmisji danych w technologii MPLS VPN, przy czym każda z usług obejmowała lub obejmuje minimum 50 lokalizacji, w 16 województwach, była świadczona nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy, a roczna wartość umowy wynosiła co najmniej 2 000 000 PLN brutto.

Zamawiający ma dokonać oceny spełnienia tego warunku na podstawie wykazu zamówień wg formuły spełnia/nie spełnia.

W przypadku, gdy wykonawcą jest podmiot, który powstał w wyniku połączenia, zamawiający oświadczył, że uznaje spełnienie warunku określonego w tym punkcie, jeżeli zostanie wykazane wykonanie zamówień w wymaganym czasie, przez co najmniej jeden z połączonych podmiotów.

Wykonawca, który realizował zamówienia obejmujące zakres szerszy niż przedmiot zamówienia określony w SIWZ, winien w wykazie podać tylko wartość części zamówienia odpowiadającej przedmiotowi zamówienia

W sekcji IV.3 Informacje dodatkowe zamawiający przewidział możliwość wprowadzenia zmian do umowy w następujących okolicznościach:

1) w przypadku zmiany stawki podatku VAT,

2) w przypadkach określonych w § 1 ust. 3–5 wzoru umowy, tj. dopuszcza się zmiany przepustowości na zestawionych łączach dostępowych i parametrów świadczenia usług lub zmianę liczby bądź siedzib jednostek statystyki objętych świadczeniem usług, które będą wykonywane zgodnie ze zgłoszeniami zamawiającego, wynikającymi ze zmian organizacyjnych i zmieniających się potrzeb w zakresie eksploatacji sieci korporacyjnej WAN-GUS, podwyższenie przepustowości łączy może nastąpić w następujących wysokościach: dla lokalizacji typu A o 200 Mbps na obu łączach, dla lokalizacji typu B o 20 Mbps, dla lokalizacji typu C o 10 Mbps, dla połączenia D o 80 Mbps, ilość zmian liczby lokalizacji bądź siedzib jednostek statystyki publicznej, objętych świadczeniem usług, w trakcie trwania umowy nie przekroczy 15 % liczby wszystkich lokalizacji

3) w przypadku modernizacji, w tym również zmiany technologii, świadczenia usług telekomunikacyjnych, przy uzyskaniu lepszych parametrów technicznych przy nie gorszych warunkach ekonomicznych lub przy lepszych warunkach ekonomicznych przy nie gorszych parametrach technicznych

W siwz w rozdziale I pkt 3 zamawiający zawarł następujące postanowienia:

W pkt 3.1. - Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług operatora korporacyjnej sieci statystyki publicznej WAN-GUS.

W pkt 3.2. - Wykonawca zapewni zamawiającemu dostęp do usługi IP VPN oraz dostarczy dodatkowe dwa łącza (podstawowe i zapasowe) do przesyłania danych pomiędzy dwoma lokalizacjami przez okres 48 miesięcy od 1 marca 2014.

W pkt 3.3. - Wykonawca będzie świadczył usługę transmisji danych IP VPN / MPLS w oparciu o standard RFC 2547 BGP/MPLS na bazie:

3.3.1. własnych lub pozyskanych łączy dostępowych bez punktu styku z siecią Internet na całej długości

3.3.2. urządzeń CE i CPE zainstalowanych w miejscach wskazanych przez zamawiającego

3.3.3. sieci szkieletowej MPLS wykonawcy

W pkt 3.4. - W celu zapewnienia prywatności i odpowiedniego bezpieczeństwa transmisji danych główne łącza IP VPN MPLS nie mogą być budowane z wykorzystaniem:

3.4.1. infrastruktury znajdującej się poza terytorium RP;

3.4.2. zasobów publicznej sieci Internet;

3.4.3. łączy asymetrycznych w technologii xDSL;

3.4.4. łączy satelitarnych;

3.4.5. łączy technologii radiowych w paśmie nie podlegającym koncesjonowaniu;

3.4.6. komutowanych łączy telefonicznych;

3.4.7. technologii WiFi;

3.4.8. w oparciu o sieci komórkowe, tj. w szczególności technologii GPRS, EDGE, UMTS, HSPA, HSDPA, CDMA.

W pkt 3.5. - W ramach świadczenia usługi, wykonawca zainstaluje routery CE, przeprowadzi ich konfigurację oraz będzie odpowiadał za ich utrzymanie (zarządzanie, usuwanie awarii, wprowadzanie zmian konfiguracyjnych) przez okres obowiązywania umowy.

W pkt 3.6. - W lokalizacjach typu C (zgodnie z tabelą 1) wykonawca jest zobowiązany w ramach umowy dostarczyć routery CPE o parametrach pozwalających na świadczenie usługi zgodnie z wymaganiami siwz. Usuwanie awarii sprzętowych leży po stronie wykonawcy, natomiast bieżąca administracja będzie w gestii zamawiającego.

Wszystkie koszty związane z udostępnieniem routerów wykonawca powinien uwzględnić w miesięcznych opłatach abonamentowych.

W pkt 3.7. - W terminie 30 dni od podpisania umowy wykonawca przedstawi projekt techniczny zawierający co najmniej:

3.7.1. Opis prowadzenia prac zapewniający minimalizację utrudnień w pracy sieci WAN zamawiającego. Niedostępność lokalizacji związana z przełączeniem nie może być dłuższa niż 4 godziny.

3.7.2. Harmonogram podłączenia sieci zamawiającego do sieci wykonawcy.

3.7.3. Przykładową konfigurację routera CE.

W pkt 3.8. - Szczegółowy opis zamówienia i sposób jego realizacji określony jest w Rozdziale II SIWZ.

W pkt 3.9. - Sieć korporacyjna statystyki publicznej WAN-GUS obejmuje 70 lokalizacji w jednostkach organizacyjnych służb statystyki publicznej we wszystkich województwach.

W pkt 4 zamawiający opisał termin wykonania zamówienia, w tym:

- uzyskanie gotowości do świadczenia usług w terminie do 20 lutego 2014 r.

- przeprowadzenie testów odbiorczych potwierdzających stan gotowości w terminie do 28 lutego 2014 r.

- świadczenie usług przez okres 48 miesięcy od 1 marca 2014 r. do 28 lutego 2018 r.

W pkt 5 zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełnienia tych warunków i wskazał, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 i 2 oraz spełniają niżej wymienione warunki sformułowane w oparciu o art. 22 ust. 1 ustawy, w tym

w pkt 5.2. Posiadanie wiedzy i doświadczenia

5.2.1. Posiadanie wiedzy i doświadczenie należy udokumentować w formie wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

5.2.1.1. Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał lub wykonuje minimum 2 zamówienia polegające na świadczeniu usługi transmisji danych w technologii MPLS VPN, przy czym każda z usług obejmowała lub obejmuje minimum 50 lokalizacji, w 16 województwach, była świadczona nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy, a roczna wartość umowy wynosiła co najmniej 2 000 000 złotych brutto.

5.2.1.2. Doświadczenie wykonawcy winno być udokumentowane w formie wykazu określonego w pkt. 6.12.

5.2.1.3. W przypadku, gdy wykonawcą jest podmiot, który powstał w wyniku połączenia, zamawiający uzna spełnienie warunku określonego w tym punkcie, jeżeli zostanie wykazane wykonanie zamówień w wymaganym czasie, przez co najmniej jeden z połączonych podmiotów.

5.2.1.4. Wykonawca, który realizował zamówienia obejmujące zakres szerszy niż przedmiot zamówienia określony w siwz, winien podać tylko wartość części zamówienia odpowiadającej przedmiotowi zamówienia.

W rozdziale II siwz zamawiający szczegółowo opisał przedmiot zamówienia powtarzając i uszczegóławiając wymagania opisane w pkt. 3 rozdziału I siwz:

9. Wymagania dotyczące Routera CPE.

a) Router CPE jest własnością Wykonawcy.

b) Wykonawca dostarczy łącznie 51 szt. Routerów CPE, tj. po jednym dla każdej Lokalizacji typu C, obsługujących łącze IP VPN MPLS. Zamawiający wymaga, aby wykonawca dostarczył jako Routery CPE routery IP, dostarczone wraz z niezbędnym okablowaniem, osprzętem i oprogramowaniem umożliwiającym realizowanie założonych funkcjonalności. Zamawiający wymaga aby na dostarczonych routerach była możliwa realizacja aktualnych funkcjonalności, w szczególności aby były możliwe: routing EIGRP, szyfrowanie, implementacja QOS. Ze względu na poufność informacji obecna konfiguracja routerów CPE zostanie przesłana oferentowi na jego żądanie i nie będzie publikowana na stronach internetowych.

c) Router CPE nie może być wykorzystywany do świadczenia przez wykonawcę jakichkolwiek innych usług niż wymagane umową.

12. Usługa VPN powinna być skalowalna, tzn. zamawiający ma prawo dla lokalizacji CIS Radom (połączenie typu B) podwyższenie przepustowości do 100MBit/s. a dla pozostałych lokalizacji do żądania 100% zwiększenia przepustowości przy zachowaniu pozostałych parametrów jakościowych, dla każdej z lokalizacji, wykonawca jest zobowiązany przeprowadzić zmianę w ciągu 30 dni od daty zgłoszenia potrzeby przez zamawiającego.

13. W sieci IP VPN wykonawcy musi istnieć możliwość komunikacji na zasadzie „każdy z każdym”, tak aby połączenia były nawiązywane bezpośrednio pomiędzy lokalizacjami zamawiającego.

14. W lokalizacji kategorii A, łącze dostępne zostanie zrealizowane w konfiguracji „2CE-2PE”.

Zakłada ona instalację dwóch routerów dostępowych CE, które są połączone z dwoma różnymi routerami szkieletowymi wykonawca (PE) za pomocą dwóch łączy o rozłącznych trasach (patrz *Rysunek 1*). Wykonawca zainstaluje łącze zapasowe o takich samych parametrach, co łącze główne. Obecnie w lokalizacji jest połączenie przewodowe.

15. W lokalizacjach należących do kategorii B i C, łącze dostępne zostanie zrealizowane w konfiguracji „1CE-1PE”, która zakłada podłączenie routera końcowego CE do routera szkieletowego (PE)

16. W lokalizacji kategorii D, łącza dostępne zostaną zrealizowane w konfiguracji punkt-punkt (CIS Warszawa – CIS Zakład w Radomiu) oparta o łącze przewodowe podstawowe i zapasowe w technologii Ethernet.. Instalację będzie wykonana za pomocą dwóch łączy o rozłącznych trasach (patrz *Rysunek 13*) (podstawowego i zapasowego). Wykonawca zainstaluje łącze zapasowe o takich samych parametrach, co łącze główne. Obecnie we obu lokalizacjach jest połączenie przewodowe.

7. W lokalizacjach typu A, B, D (zgodnie z Tabelą 1.) zamawiający dopuszcza możliwość zbudowania łączy dostępowych z wykorzystaniem technologii przewodowej. W lokalizacjach typu C (zgodnie z Tabelą 1.) zamawiający dopuszcza możliwość zbudowania łączy dostępowych z wykorzystaniem technologii przewodowej lub łączy radiowych w paśmie koncesjonowanym. Obecnie we wszystkich lokalizacjach jest połączenie przewodowe.

18. W przypadku konieczności wykonania inwestycji związanej z realizacją umowy, uzyskanie wszelkich niezbędnych pozwoleń leży w gestii wykonawcy.

19. Wykonawca, w ramach złożonej oferty cenowej (bez dodatkowych opłat), wykona zlecone przez Zamawiającego zmiany w konfiguracji routerów CE. Zamawiający zleci nie więcej, niż jedną zmianę każdego routera CE w miesiącu, z wyjątkiem zmian w konfiguracji QOS, którą mogą wystąpić częściej. Zlecone przez zamawiającego zmiany w konfiguracji routerów CE wykonawca wprowadzi w ciągu 48 godzin od uzgodnienia zmian pomiędzy osobami technicznymi, wyznaczonymi przez wykonawcę i zamawiającego. Wykonanie zmiany konfiguracji przez wykonawcę uważa się za zakończone po potwierdzeniu prawidłowego działania przez zamawiającego.

31. W przypadku opóźnienia w uzyskaniu gotowości do świadczenia usług stwierdzonego Protokołem Odbioru, wykonawca zobowiązany jest do zapłacenia zamawiającemu kary umownej w wysokości 0,3% wartości całego przedmiotu umowy za każdy dzień zwłoki, ale nie więcej niż 10% wartości całego przedmiotu umowy brutto.

32. Wykonawca zapłaci kary umowne z tytułu niedotrzymania parametrów SLA:

- Bonifikatę, naliczaną w cyklach miesięcznych, z tytułu niedotrzymania Gwarantowanego Czasu Usunięcia Awarii ustala się na podstawie określonego wzoru:

- Bonifikatę z tytułu niedotrzymania Gwarantowanej dostępności Usługi IP VPN ustala się na podstawie określonego wzoru:

33. W tabeli 1. wymieniono odbiorców oraz lokalizacje i adresy jednostek statystyki publicznej wraz z ich oddziałami, w których będą instalowane i wdrażane do eksploatacji połączenia

Litery A, B, C, D oznaczają przepustowość łącza

A- 200 Mbps, B- 20 Mbps, C- 10 Mbps, D- 70 Mbps oraz typ połączenia. W tabeli podano również typ aktualnie zainstalowanego routera CPE.

W siwz w rozdziale III w § 1 wzoru umowy zamawiający wskazał, że dopuszcza się zmiany przepustowości na zestawionych łączach dostępowych i parametrów świadczenia usług lub zmianę liczby bądź siedzib jednostek statystyki objętych świadczeniem usług, które będą wykonywane zgodnie ze zgłoszeniami zamawiającego, wynikającymi ze zmian organizacyjnych i zmieniających się potrzeb w zakresie eksploatacji sieci korporacyjnej WAN-GUS (ust. 3). Podwyższenie przepustowości łącza może nastąpić w następujących wysokościach: dla lokalizacji typu A o 200 Mbps na obu łączach, dla lokalizacji typu B o 20 Mbps, dla lokalizacji typu C o 10 Mbps, dla połączenia D o 80 Mbps (ust. 4). Ilość zmian liczby lokalizacji bądź siedzib jednostek statystyki publicznej, objętych świadczeniem usług, w trakcie trwania umowy nie przekroczy 15% liczby wszystkich lokalizacji (ust.5).

W § 2 w ust. 3 wzoru umowy dopuszcza się możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia określonego w ust. 1 i 2, w wyniku zmian, o których mowa w § 1 w ustępach 3 do 5.

W § 2 ust. 4 wzoru umowy, zamawiający oświadczył, że w przypadku zmiany przepustowości łącza, wynagrodzenie miesięczne, określone w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do umowy, powiększone lub pomniejszone będzie o iloczyn liczby Mbps dodanej lub zmniejszonej przepustowości i średniej ceny za 1 Mbps, dla zmienianej lokalizacji. W ust. 5 wskazał, że może przenosić udostępnione mu pasmo pomiędzy lokalizacjami, zwiększając przepustowość w jednej lokalizacji jednocześnie zmniejszając w innej, bez żadnych opłat. W ust 6 zamawiający przewidział, że w przypadku zmiany lokalizacji siedziby jednostki statystyki publicznej, wykonawca nie będzie naliczał żadnych dodatkowych opłat, a w ust. 7, że w przypadku utworzenia nowej lokalizacji, wynagrodzenie miesięcznie obliczone będzie na podstawie formularza cenowego jak dla analogicznego typu lokalizacji.

W § 3 wzoru umowy zamawiający określił terminy i okres realizacji umowy wskazując, że :

1. uzyskanie gotowości do świadczenia usług nastąpi w terminie do 20 lutego 2014 r.

2. przeprowadzenie testów odbiorczych potwierdzających stan gotowości nastąpi w terminie do 28 lutego 2014 r.

3. świadczenie usług będzie realizowane przez okres 48 miesięcy od 1 marca 2014 r. do 28 lutego 2018 r.

W § 4 wzoru umowy zamawiający opisał sposób potwierdzenia realizacji umowy

1. Uzyskanie gotowości do świadczenia usług i przeprowadzenia testów odbiorczych, będzie potwierdzone pisemnym zgłoszeniem wykonawcy w terminie określonym w § 3 ust. 1.

2. Przeprowadzenie testów potwierdzających stan gotowości zostanie wykonane, z udziałem przedstawicieli zamawiającego, w terminie określonym w § 3 ust. 2. Testy te będą polegały na stwierdzeniu zgodności parametrów technicznych i funkcjonalnych z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do umowy oraz stwierdzeniu poprawności działania łączy i całej sieci. Testy będą przeprowadzone dla każdego łącza i potwierdzone protokołem odbioru ilościowo - jakościowym łącznie dla wszystkich lokalizacji, stanowiącym załącznik nr 3 do umowy.

W § 7 wzoru umowy zamawiający opisał warunki świadczenia usług, w tym

1. Wykonawca zapewnia, że w okresie trwania umowy usługi będą świadczone na warunkach technicznych i jakościowych określonych w opisie przedmiotu zamówienia.

2. Wykonawca ponosi wyłączne ryzyko związane z poprawnym funkcjonowaniem sieci.

3. W przypadku awarii łącza lub przerwy w funkcjonowaniu połączenia wykonawca udziela bonifikat cenowych na warunkach określonych w opisie przedmiotu zamówienia.

4. Realizacja zamówienia nie może być warunkowana wykonaniem jakiegokolwiek czynności zamawiającego ani innej jednostki organizacyjnej statystyki publicznej w odniesieniu do innego podmiotu (lub jego zasobów), niż wykonawca. Uzgodnienie dostępu do budynków i ewentualnych prac instalacyjnych pozostaje w gestii wykonawcy. Listę podmiotów zarządzających obiektami siedzib zawiera tabela w załączniku nr 1 do umowy.

5. Po upływie terminu realizacji umowy, wykonawca zobowiązany jest do odinstalowania dostarczonych w ramach umowy urządzeń, modułów i akcesoriów niezbędnych do świadczenia usług, co będzie potwierdzone protokołem, zgodnie z załącznikiem nr 3 do umowy sporządzonym dla każdej lokalizacji w której świadczone będą usługi.

W § 9 zamawiający określił należności z tytułu kar umownych

1. Kary umowne będą naliczane przez zamawiającego zgodnie z zapisami w opisie przedmiotu zamówienia i warunkami określonymi w niniejszej umowie.

2. Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 10% wartości całego przedmiotu umowy brutto w przypadku odstąpienia wykonawcy od umowy z przyczyn, za które zamawiający nie odpowiada.

3. W przypadku przekroczenia terminu uruchomienia usługi i uzyskania gotowości do świadczenia usług, określonego w § 3 ust. 1, wykonawca zobowiązany jest do zapłaty

zamawiającemu kary umownej w wysokości 0,3% wartości brutto całkowitego wynagrodzenia przedmiotu umowy za każdy dzień zwłoki. Całkowita suma kar umownych naliczonych z tytułu przekroczenia terminu uzyskania gotowości do świadczenia usług, nie przekroczy 10% wartości łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 2 ust. 1 umowy.

4. Bonifikaty oraz kary umowne, o których mowa w ust. 2 - 3, podlegają sumowaniu.

5. Jeżeli kara umowna nie pokrywa poniesionej szkody, zamawiający może dochodzić odszkodowania uzupełniającego w wysokości przewyższającej karę umowną.

6. W przypadku odstąpienia zamawiającego od umowy z powodów określonych w art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca może żądać jedynie wynagrodzenia należnego mu z tytułu wykonania części umowy.

7. Strony umowy będą zwolnione z odpowiedzialności za niewypełnienie swoich zobowiązań wynikających z umowy z powodu siły wyższej, jeżeli okoliczności zaistnienia siły wyższej będą stanowiły wyłączną przeszkodę w ich wypełnieniu.

8. Zamawiający zastrzega sobie prawo wypowiedzenia umowy, jeżeli przerwa w funkcjonowaniu połączenia w lokalizacji centralnej (A) będzie trwała nieprzerwanie dłużej niż przez siedem dni, od chwili zawiadomienia wykonawcy przez zamawiającego.

W § 11 wzoru umowy zamawiający opisał warunki zmiany umowy:

Dopuszcza się możliwość wprowadzenia zmian do umowy w następujących okolicznościach:

1) w przypadku zmiany stawki podatku VAT,

2) w przypadkach określonych w § 1 ust. 3 – 5,

3) w przypadku modernizacji, w tym również zmiany technologii, świadczenia usług telekomunikacyjnych, przy uzyskaniu lepszych parametrów technicznych przy nie gorszych warunkach ekonomicznych lub przy lepszych warunkach ekonomicznych przy nie gorszych parametrach technicznych.

Udzielona przez zamawiającego odpowiedź na pytanie wykonawców nr 1 ani dokonana modyfikacja nie wiązały się bezpośrednio z żadnym z przedstawionych zarzutów.

W dniu 8 października 2013r. zamawiający udzielił dalszych wyjaśnień treści siwz oraz ją zmodyfikował w zakresie spornym w następujący sposób:

Pkt 3.2., Rozdział I, SIWZ otrzymał brzmienie: Wykonawca zapewni Zamawiającemu dostęp do usługi IP VPN oraz dostarczy dodatkowe dwa łącza (podstawowe i zapasowe) do przesyłania danych pomiędzy dwoma lokalizacjami od 1 marca 2014

Pkt 4, Rozdział I, SIWZ otrzymał brzmienie: Umowa zostaje zawarta na okres 48 miesięcy od daty podpisania. Uzyskanie gotowości do świadczenia usług w terminie do 20 lutego 2014 r.

Przeprowadzenie testów odbiorczych potwierdzających stan gotowości w terminie do 28 lutego 2014 r. Świadczenie usług od 1 marca 2014 r.

Pkt 1, Rozdział II, SIWZ otrzymał brzmienie: Wykonawca zapewni Zamawiającemu dostęp do usługi IP VPN oraz dostarczy dodatkowe dwa łącza (podstawowe i zapasowe) do przesyłania danych pomiędzy dwoma lokalizacjami od 1 marca 2014. Dla lokalizacji typu B, dopuszcza się 6 miesięczny okres przejściowy, w trakcie którego, w przypadku łączy głównych, dla których została przewidziana technologia światłowodowa, usługi transmisji danych mogą być świadczone przy wykorzystaniu technologii radiowej w paśmie koncesjonowanym.

Pkt 16, Rozdział II, SIWZ otrzymał brzmienie: W lokalizacji kategorii D, łącza dostępne zostaną zrealizowane w konfiguracji punkt-punkt (CIS Warszawa - CIS Zakład w Radomiu) w technologii Ethernet. Instalacja będzie wykonana za pomocą dwóch łączy o rozłącznych trasach (patrz Rysunek 13) (podstawowego i zapasowego). Zamawiający wymaga realizacji łącza podstawowego w technologii przewodowej a łącza zapasowego w technologii przewodowej lub radiowej w paśmie koncesjonowanym. Wykonawca zainstaluje łącze zapasowe o takich samych parametrach, co łącze główne. Obecnie we obu lokalizacjach jest połączenie przewodowe.

Pkt 17, Rozdział II, SIWZ otrzymał brzmienie: W lokalizacjach typu A, B, D (zgodnie z Tabelą 1.) zamawiający dopuszcza możliwość zbudowania łączy dostępowych z wykorzystaniem technologii przewodowej. W lokalizacjach typu C (zgodnie z Tabelą 1.) zamawiający dopuszcza możliwość zbudowania łączy dostępowych z wykorzystaniem technologii przewodowej lub łączy radiowych w paśmie koncesjonowanym. W lokalizacjach typu B Zamawiający dopuszcza, na okres przejściowy 6 miesięcy od dnia przeprowadzenia testów odbiorczych, realizację połączenia przy pomocy łączy radiowych w paśmie koncesjonowanym. Obecnie we wszystkich lokalizacjach jest połączenie przewodowe.

Pkt 19, Rozdział II, SIWZ otrzymał brzmienie: Wykonawca, w ramach złożonej oferty cenowej (bez dodatkowych opłat), wykona zleczone przez Zamawiającego zmiany w konfiguracji routerów CE. Zamawiający w okresie trwania umowy zleci nie więcej niż 1000 zmian konfiguracji routerów CE lub w konfiguracji QOS. Zmiany konfiguracji mogą dotyczyć wszystkich urządzeń. Zleczone przez Zamawiającego zmiany w konfiguracji routerów CE Wykonawca wprowadzi w terminie 3 dni od uzgodnienia zmian pomiędzy osobami upoważnionymi do współdziałania przy realizacji umowy, wyznaczonymi przez Wykonawcę i Zamawiającego. Wykonanie zmiany konfiguracji przez Wykonawcę uważa się za zakończone po potwierdzeniu prawidłowego działania przez Zamawiającego.

§ 1 ust. 3, Rozdział III, SIWZ otrzymał brzmienie: Dopuszcza się zmiany przepustowości na zestawionych łączach dostępowych i parametrów świadczenia usług lub zmianę liczby bądź siedzib jednostek statystyki objętych świadczeniem usług, które będą wykonywane zgodnie ze zgłoszeniami Zamawiającego, wynikającymi ze zmian organizacyjnych i zmieniających się

potrzeb w zakresie eksploatacji sieci korporacyjnej WAN-GUS. Z zastrzeżeniem, że ilość likwidowanych lokalizacji nie przekroczy 15% a ilość nowych instalacji nie przekroczy 5% lokalizacji i dotyczyć będzie jedynie oddziałów US (lokalizacje typu C wg tabeli 1). Wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia zmiany w terminie 60 dni od dnia zgłoszenia zmiany

§ 1 ust. 4, Rozdział III, SIWZ otrzymał brzmienie: Podwyższenie przepustowości łączy może nastąpić w następujących wysokościach: dla lokalizacji typu A o 200 Mbps na obu łączach, dla lokalizacji typu B o 20 Mbps, dla lokalizacji typu C o 10 Mbps, dla połączenia D o 70 Mbps, na obu łączach.

§ 2 ust. 5, Rozdział III, SIWZ otrzymał brzmienie: Zamawiający może przenosić udostępnione mu pasmo pomiędzy lokalizacjami, zwiększając przepustowość w jednej lokalizacji jednocześnie zmniejszając w innej, bez żadnych opłat z zastrzeżeniem zachowania wartości maksymalnych podanych w §1 ust. 4, oraz wymagań w Rozdziale II punkt 12.

§3, Rozdział III, SIWZ otrzymał brzmienie: 1. Umowa zostaje zawarta na okres 48 miesięcy od daty podpisania.

2. Uzyskanie gotowości do świadczenia usług nastąpi w terminie do 20 lutego 2014 r.
3. Przeprowadzenie testów odbiorczych potwierdzających stan gotowości nastąpi w terminie do 28 lutego 2014 r.
4. Świadczenie usług będzie realizowane od 1 marca 2014 r. Dla lokalizacji typu B, dopuszcza się 6 miesięczny okres przejściowy, w trakcie którego, w przypadku łączy głównych, dla których została przewidziana technologia światłowodowa, usługi transmisji danych mogą być świadczone przy wykorzystaniu technologii radiowej w paśmie koncesjonowanym.

#### Pytanie 4

W załączniku nr 2 do SIWZ, w punkcie 17, Zamawiający pisze: „W lokalizacjach typu A,B,D (zgodnie z Tabelą 1.) zamawiający dopuszcza możliwość zbudowania łączy dostępowych z wykorzystaniem technologii przewodowej,” Jednocześnie, w załączniku nr 2 do SIWZ, w punkcie 16, Zamawiający pisze: „W lokalizacji kategorii D, łącze dostępowe zostanie zrealizowane w konfiguracji punkt punkt (CIS Warszawa - CIS Zakład w Radomiu) oparta o łącze przewodowe podstawowe i zapasowe w technologii Ethernet,” Zwracamy się z prośbą, o taką modyfikację zapisów SIWZ aby jedno łącze do lokalizacji kategorii D musiało być doprowadzone w technologii przewodowej zaś drugie w technologii bezprzewodowej. Takie rozwiązanie zapewni Zamawiającemu znacznie wyższą dostępność usługi w lokalizacjach kategorii D niż rozwiązanie bazujące na dwóch łączach przewodowych.

#### Odpowiedź 4

Zamawiający zmodyfikował SIWZ w tym zakresie.

#### Pytanie 6

W paragrafie 1, ust. 5 wzoru umowy, Zamawiający pisze: „Ilość zmian liczby lokalizacji bądź siedzib Jednostek statystyki publicznej, objętych świadczeniem usług, w trakcie trwania umowy nie przekroczy 15% liczby wszystkich lokalizacji”. Czy limit 15% dotyczy wszelkich zmian liczby lub siedzib, tj. zarówno ich tworzenia, likwidacji i przenoszenia?

#### Odpowiedź 6

Zamawiający zmodyfikował SIWZ w tym zakresie.

#### Pytanie 7

We wzorze umowy nie uregulowano trybu wdrażania zmian, czy Zamawiający wyraża zgodę na dodanie w paragrafie 1 wzoru umowy, ust. 6? Poniżej znajduje się treść proponowana przez Wykonawcę:

„6. Wykonawca dokona zmian o których mowa w ust. 3, na warunkach określonych poniżej:

a. Zamawiający złoży do Wykonawcy pisemne zgłoszenie, w którym określi wszystkie niezbędne do realizacji zmiany dane., w szczególności rodzaj, zakres zmian i lokalizację, której zmiana dotyczy,

b. Wykonawca w terminie 30 dni od otrzymania kompletnego zgłoszenia dokonuje weryfikacji technicznej zgłoszenia i potwierdza możliwość jego realizacji określając warunki szczegółowe albo odmawia realizacji zgłoszenia w przypadku braku możliwości realizacji zgłoszenia lub w przypadku przekroczenia limitu, o którym mowa w ust. 5,

c. W przypadku pozytywnej weryfikacji zgłoszenia Strony podpiszą aneks do umowy określający warunki zmiany,

#### Odpowiedź 7

Zamawiający podtrzymuje wymagania zawarte w SIWZ.

#### Pytanie 21

W § 1 wzoru umowy, zamieszczonego w rozdz. III SIWZ, zawarto następujące postanowienia dotyczące zmian świadczonej usługi:

„3. Dopuszcza się zmiany przepustowości na zestawionych łączach dostępowych i parametrów świadczenia usług lub zmianę liczby bądź siedzib jednostek statystyki objętych świadczeniem usług, które będą wykonywane zgodnie ze zgłoszeniami Zamawiającego, wynikającymi ze zmian organizacyjnych i zmieniających się potrzeb w zakresie eksploatacji sieci korporacyjne WAN-GUS.

4. Podwyższenie przepustowości łączy może nastąpić w następujących wysokościach: dla lokalizacji typu A o 200 Mbps na obu łączach, dla lokalizacji typu B o 20 Mbps, dla lokalizacji typu C o 10 Mbps, dla połączenia D o 80 Mbps.

5. Ilość zmian liczby lokalizacji bądź siedzib jednostek statystyki publicznej, objętych świadczeniem usług, w trakcie trwania umowy nie przekroczy 15% liczby wszystkich lokalizacji."

Postanowienie § 1 ust. 3 wzoru umowy związane jest z koniecznością uruchomienia usługi w ok 10 nowych lokalizacjach, niezależnie od tego czy wykonawca dysponuje w tych lokalizacjach jakąkolwiek infrastrukturą. Z żądaniem uruchomienia usługi w nowych lokalizacjach, może wiązać się konieczność budowy infrastruktury teleinformatycznej (studzienki, kanały, kable itp.). Zakres takich inwestycji jest niemożliwy do przewidzenia na etapie przygotowywania oferty, a ich koszt może wielokrotnie przewyższać wartość wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi w danej lokalizacji.

Analogiczne ryzyka wiążą się z postanowieniem dotyczącym możliwości podwyższenia przepływności wszystkich łączy. Podniesienie przepływności łączy, może wiązać się nakładami inwestycyjnymi takimi jak wymiana urządzeń końcowych (routerów), lub skrajnych wypadkach zmianą medium transmisyjnego. Istotne jest przy tym, że Zamawiający nie określił wymagań sprzętowych odnoszących się do routerów CE oraz CPE, które umożliwiłyby podwyższanie przepływności zgodnie z postanowieniem § 1 ust; 4 wzoru umowy. Ponadto zgodnie z § 12 OPZ zmiana przepływności łączy musi nastąpić w terminie 30 dni, co jest terminem zbyt krótkim, jeżeli założyć, że infrastruktura wykonawcy nie jest od razu przygotowana na podwyższenie przepływności.

W związku z powyższym wnosimy o wprowadzenie przez Zamawiającego modyfikacji do SIWZ w ten sposób, że:

zmiana lokalizacji, w której świadczona jest usługa, bądź uruchomienie usługi w nowej lokalizacji uzależniona będzie od posiadania przez Wykonawcę pozytywnych warunków technicznych w danej lokalizacji, a w wypadku braku takich warunków, uruchomienie nowych łączy, może nastąpić w trybie zamówienia uzupełniającego,

opisanie wymagań odnoszących się do sprzętu (routery CE, CPE), który ma zostać zainstalowany dla poszczególnych łączy, w taki sposób, aby umożliwiły realizację usługi z docelowymi (podwyższonymi) przepływnościami, zgodnie z wymogiem § 1 ust. 4 wzoru umowy.

Jednocześnie zwracamy uwagę Zamawiającego na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2013 r. (sygn. akt 2135/13, 2136/13, 2163/13), s. 35-36, wraz z powołanym tam orzecnictwem, dot. budowy sieci WAN, w którym Izba nakazała modyfikację SIWZ w sposób analogiczny do propozycji wskazanej w lit. a).

Odpowiedź 21

Zamawiający zmodyfikował SIWZ w tym zakresie.

Pytanie 22

Zwracamy uwagę, że zapisy z § 1 ust. 4 wzoru umowy, oraz SIWZ rozdz. II pkt 12 są ze

sobą w sprzeczności w zakresie maksymalnej możliwości podwyższenia przepływności dla lokalizacji typu B CIS Radom.

Prosimy o usunięcie sprzeczności pomiędzy § 1 ust. 4 wzoru umowy oraz SIWZ rozdz. II pkt 12.

Odpowiedź 22

Zamawiający zmodyfikował SIWZ w tym zakresie.

Pytanie 23

Zamawiający w § 1 ust. 4 wzoru umowy zawarł zobowiązania, które wiążą się § 1 ust. 5, zgodnie z którym „Zamawiający może przenosić udostępnione mu pasmo pomiędzy lokalizacjami, zwiększając przepustowość w jednej lokalizacji jednocześnie zmniejszając w innej, bez żadnych opłat.”

Zamawiający formułując to postanowienie nie określił, że przeniesienie pasma pomiędzy lokalizacjami, odbywa się w granicach określonych w § 1 ust. 4 wzoru umowy. Oznacza to, że korzystając z tego postanowienia Zamawiający może zażądać przeniesienia pasma z lokalizacji typu A (200 Mbps) do lokalizacji typu C (10 Mbps). Tego typu zmiana wiązać się może z koniecznością inwestycji w infrastrukturę sieciową (zmiana medium transmisyjnego) oraz wymianą urządzeń (routerów).

Zwracamy się z prośbą o zastrzeżenie przez Zamawiającego, że przenoszenie pasma pomiędzy lokalizacjami, o którym mowa w § 2 ust. 5 wzoru umowy, nie spowoduje podwyższenia przepływności w danej lokalizacji ponad wartości wskazane w § 1 ust. 4 wzoru umowy.

Odpowiedź 23

Zamawiający zmodyfikował SIWZ w tym zakresie.

Pytanie 30

W SIWZ Rozdział II pkt 3, oraz Rozdział I pkt 3.2 Zamawiający wymaga od Wykonawcy by zapewnił Zamawiającemu dostęp do usługi IP VPN oraz dostarczył dodatkowe dwa łącza (podstawowe i zapasowe) do przesyłania danych pomiędzy dwoma lokalizacjami przez okres 48 miesięcy od 1 marca 2014.

Prosimy o potwierdzenie, że pojęcie "dwie lokalizacje" użyte w tym zapisie odnosi się do relacji CIS Warszawa - CIS Radom o przepływności 70Mbps?

Odpowiedź 30

Tak.

Pytanie 33

W SIWZ rozdz. II pkt. 19 Zamawiający wymaga od Wykonawcy, w ramach złożonej oferty cenowej (bez dodatkowych opłat), wykona zlecone przez Zamawiającego zmiany w konfiguracji routerów CE. Zamawiający zleci nie więcej, niż jedną zmianę każdego routera CE w miesiącu, z wyjątkiem zmian w konfiguracji QOS, którą mogą wystąpić częściej.

Zlecone przez Zamawiającego zmiany w konfiguracji routerów CE Wykonawca wprowadzi w ciągu 48 godzin od uzgodnienia zmian pomiędzy osobami technicznymi, wyznaczonymi przez Wykonawcę i Zamawiającego".

Powyższy zapis nie precyzuje maksymalnej ilości zleconych zmian w konfiguracji QOS oraz nie określa zakresu merytorycznego zmian, co powoduje:

brak możliwości wyceny nakładów poniesionych przez Wykonawcę związanych z kosztami jakie wiążą się ze zmianą konfiguracji.

brak pewności, że termin wskazany przez Zamawiającego (48 godz.) jest wystarczający na realizację zleconych zmian konfiguracji.

c) brakiem pewności, że zmiana konfiguracji nie będzie powodować konieczności wymiany lub doposażenia routerów CE, co ma bezpośredni wpływ na wartość przygotowywanej oferty.

W związku z tym wnosimy o modyfikacje postanowienia rozdz. II pkt 19 poprzez:

wydłużenie terminu dokonania zmiany konfiguracji do 3 dni i określenie, że w ciągu jednego tygodnia nie może być zleconych więcej niż 10 zmian konfiguracji QoS.

określenie zakresu merytorycznego zmian, które Zamawiający zamierza zlecać do wykonania, lub wykluczenia, że zmiany konfiguracji nie będą się wiązały ze zmianą urządzenia CE lub jego wyposażenia.

Odpowiedź 33

Zamawiający zmodyfikował SIWZ w tym zakresie.

Pytanie 36

W SIWZ rozdz. II pkt. 17 w lokalizacjach typu C Zamawiający dopuszcza możliwość zbudowania łączy dostępowych z wykorzystaniem technologii przewodowej lub łączy radiowych w paśmie koncesjonowanym.

Czy dobrze rozumiemy, że w przypadku gdy warunki techniczne na świadczenie usługi drogą kablową będą negatywne Zamawiający dopuszcza możliwość realizacji usługi jedynie z wykorzystaniem radiolinii typu punkt - punkt w paśmie koncesjonowanym?

Odpowiedź 36

Zamawiający zmodyfikował SIWZ w tym zakresie.

Pytanie 41

Czy Zamawiający dopuszcza aby okres świadczenia usługi wynosił 44 miesiące od daty zestawienia łączy?

Odpowiedź 41

Pkt 4 Rozdział I SIWZ otrzymuje brzmienie:

„ Umowa zostaje zawarta na okres nie dłuższy niż 48 miesięcy od daty podpisania, w tym 44 miesiące świadczenia usługi.

Uzyskanie gotowości do świadczenia usług w terminie do 20 lutego 2014 r.

Przeprowadzenie testów odbiorczych potwierdzających stan gotowości w terminie do 28 lutego 2014 r.

Świadczenie usług od 1 marca 2014 r. "

§ 3 ust 1 Rozdział III SIWZ otrzymuje brzmienie:

„ Umowa zostaje zawarta na okres nie dłuższy niż 48 miesięcy od daty podpisania, w tym 44 miesiące świadczenia usługi.

Uzyskanie gotowości do świadczenia usług w terminie do 20 lutego 2014 r.

Przeprowadzenie testów odbiorczych potwierdzających stan gotowości w terminie do 28 lutego 2014 r.

Świadczenie usług od 1 marca 2014 r.

Dla lokalizacji typu B, dopuszcza się 6 miesięczny okres przejściowy, w trakcie którego, w przypadku łączy głównych, dla których została przewidziana technologia światłowodowa, usługi transmisji danych mogą być świadczone przy wykorzystaniu technologii radiowej w paśmie koncesjonowanym ".

Izba uznała, że przebieg postępowania, procedury, który powinien uwzględnić Zamawiający przy określaniu terminu realizacji zamówienia to stanowisko strony Odwołującego Netia Spółka Akcyjna, a nie dowód w sprawie. Analogiczna sytuacja dotyczy dokumentu pn. „Górnośląska Spółka Gazownictwa”. Za stanowisko własne Exatel Spółka Akcyjna Izba uznała dokument nazwany Miesięczne Czasy Usuwania Awarii Exatel Spółka Akcyjna i uznała, że nie jest to dowód w sprawie, o którym mowa w paragrafie 23 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Izba stwierdza, że nie ma konieczności udostępnienia go Zamawiającemu oraz uczestnikowi GTS Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z uwagi na to, że stanowisko wynikające z tego dokumentu zostało zreferowane na rozprawie. Izba postanowiła, w trybie paragrafu 23, nie udostępnić Przystępującemu GTS Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością pisma dotyczącego zamówienia na usługę pn. „Krajowe Łącza Dzierżawione” uznając, że dotyczy ona zamówień realizowanych przez Netia Spółka Akcyjna dla podmiotów prywatnych i w wyniku weryfikacji technicznej dla tych konkretnych podmiotów.

Z decyzji nr 975/N/13 z dnia 20 maja 2013r. wynika, że wniosek z dnia 15 kwietnia 2013r. o wydanie pozwolenia na montaż systemu radiolinii na dachu budynku Pałacu Działyńskich został rozpoznany negatywnie i wydano decyzję odmawiającą pozwolenia.

Z decyzji nr 1787/N/13 z dnia 16 sierpnia 2013r. wynika, że wniosek z dnia 15 lipca 2013r. o wydanie pozwolenia na montaż systemu radiolinii na dachu budynku Biblioteki Działyńskich Został rozpoznany pozytywnie i wydano decyzję zezwalającą na montaż systemu radiolinii.

Z pisma Urzędu Miasta Zduńska Wola do Netia SA z dnia 7 lutego 2013r. wynika, że w związku z planowaną budową rurociągu kablowego pod światłowód w ul. Zielonej w Zduńskiej Woli wynika, że prowadzenie prac w okresie zimowym możliwe będzie w okresie i warunkach pogodowych umożliwiających prawidłowe odtworzenie pasa drogowego, brak jest możliwości podania terminu, w którym będzie możliwe wykonanie prac.

Z warunków technicznych prowadzenia robót w pasie drogowym dróg powiatowych w zakresie wejścia na teren, realizacji robót oraz odtworzenia nawierzchni z pkt Warunki specjalne w okresie zimowym wynika, że w okresie zimowym od 1 listopada do 30 marca zarządca drogi nie wyraża zgody na prowadzenie robót w pasie drogowym, w zarządca dopuszcza takie prowadzenie robót tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i po warunkiem zapewnienia spełnienia trzech wymagań.

Z pisma na temat zamówienie na usługę łącza dzierżawione wynika, że wynik weryfikacji technicznej może powodować, że termin realizacji usługi będzie wynosił 6 miesięcy i wymagał zrealizowanie szczegółowo rozwiązania alternatywnego.

Z ogłoszenia o zamówieniu nr 2009/S 192 – 276133 z dnia 6 października 2009r. wynika, że zamawiający określił termin świadczenia usługi od 1 marca 2010r. znak COIS-19/2009

Z rozstrzygnięcia przez zamawiającego protestu dnia 28 października 2009r. wynika, że zamawiający oddalił protest na określenie zbyt krótkiego terminu rozpoczęcia świadczenia przedmiotu zamówienia, określonego w powołanym wyżej ogłoszeniu znak COIS-19/2009.

Z protokołu sesji otwarcia oferty w postępowaniu COIS-19/2009 wynika, że w tym postępowaniu ofertę złożyła wyłącznie Telekomunikacja Polska SA.

Z gwarancji jakości świadczonych usług Exatel pkt. 1.5.1 wynika, że miesięczna dostępność usługi w zależności od miejsca dostarczenia usługi wynosi w lokalizacji abonenta – łącze dostępowe radiowe/światłowodowe – 99,7%

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że brak jest podstaw określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

Izba oceniła, że odwołujący mają interes w uzyskaniu zamówienia, są to bowiem podmioty, które świadczą usługi związane z przedmiotem zamówienia, pobrały siwz i mają zamiar złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu, jednocześnie ich odwołania zmierzają do usunięcia istniejących według odwołujących barier w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz, które

uniemożliwiają im złożenie konkurencyjnych ofert. Zatem w przypadku uwzględnienia odwołań odwołujący uzyskają szansę na złożenie ofert i tym samym zapewnią sobie możliwość uzyskania zamówienia. Mogą ponieść szkodę w postaci utraty korzyści, jakie mogliby osiągnąć, gdyby ich oferty zostały wybrane. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

### **Sygn. akt KIO 2316/13**

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy przez wskazanie terminu wykonania zamówienia, w tym terminu uzyskania gotowości do świadczenia usług oraz terminu przeprowadzenia testów odbiorczych datą kalendarzową — rozdział I. pkt 4 SIWZ oraz § 3 projektu umowy

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący kwestionuje możliwość uzyskania gotowości do świadczenia usługi oraz terminu przeprowadzenia testów odbiorczych datami kalendarzowymi, w sytuacji, gdy termin zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym, a terminem realnym dla odwołującego jest uzyskanie gotowości do świadczenia usługi w terminie 120 dni od daty podpisania umowy i odpowiednio terminu przeprowadzenia testów w terminie 128 dni od daty podpisania umowy, a także rozpoczęcia świadczenia usługi w terminie 130 dni od daty podpisania umowy. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzenie tego postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, zaś art. 29 ust. 2 ustawy stanowi, że przedmiot zamówienia nie może być przez zamawiającego opisany w sposób utrudniający konkurencję. Pomiędzy stronami nie było sporne, iż jednym z elementów essentialia negotii przyszłej umowy, a zatem elementem przedmiotu zamówienia jest termin rozpoczęcia realizacji usługi określony przez zamawiającego w siwz na dzień 1 marca 2014r. Bezsporny był także fakt, że rozpoczęcie świadczenia tej usługi wymaga określonych przygotowań ze strony wykonawców różnych w zależności od przyjętej przez wykonawcę koncepcji świadczenia usługi czy to w oparciu o łącza dzierżawione, czy budowę własnej infrastruktury czy zestawienie łącz radiowych, tam gdzie zamawiający taką możliwość dopuszczał. Z treści art. 29 ust. 2 ustawy wynika, że zakazane jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób który utrudnia uczciwą konkurencję, ale także zakazane jest opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, co do którego jedynie zachodzi możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji. Pomiędzy stronami nie było sporu, co do tego, że jedynym wykonawcą, który w chwili obecnej może świadczyć usługę z uwagi na przygotowaną (i obecnie eksploatowaną przez zamawiającego) infrastrukturę jest Telekomunikacja Polska SA. Dla tego wykonawcy realne jest dotrzymanie terminu tak gotowości do świadczenia usługi, jak i rozpoczęcia jego

świadczenia. Natomiast sporne pomiędzy stronami było to, czy tak ukształtowane terminy gotowości do świadczenia, odbioru testów i wreszcie rozpoczęcia realizacji zamówienia nie utrudniają udziału innym wykonawcom, którzy w lokalizacjach zamawiającego nie mają lub mają jedynie częściowo infrastrukturę odpowiadającą wymaganiom opisu przedmiotu zamówienia. Izba stoi na stanowisku, że skoro w art. 29 ust. 2 ustawy ustawodawca zakazał takiego opisu przedmiotu zamówienia, który jedynie może utrudniać uczciwą konkurencję, to przy stawianiu zarzutu opartego o tę podstawę prawną nie jest konieczne udowodnienie zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy, że dane istotne postanowienie opisu przedmiotu zamówienia rzeczywiście utrudnia taką konkurencję, ale wystarczające jest uprawdopodobnienie tego faktu. W ocenie Izby temu ciężarowi odwołujący Netia podolał. Odwołujący bowiem pokazał różne zagrożenia dla realności zachowania terminów określonych przez zamawiającego takie jak :

- trwanie postępowań administracyjnych dla uzyskania określonych pozwoleń na montaż radiolinii, co wykazał przedłożonymi przez siebie decyzjami administracyjnymi wydawanymi przez Stołecznego Konserwatora Zabytków,
- zakaz prowadzenia prac w pasie drogowym w okresie od 1 listopada do 30 marca danego roku, lub odmowę zajęcia pasa drogowego w takim okresie zimowym, co wykazał pismem Urzędu Miasta Zduńska Wola oraz warunkami technicznymi (...),
- określeniem dłuższych niż wynikające z umów ramowych terminów udostępnienia usługi dzierżawienia łącza krajowego przez Telekomunikację Polską, co wykazał przedłożonymi pismami na temat zamówień na usługę krajowe łącza dzierżawione,

Odwołujący uprawdopodobnił również, że przy określonym w analogiczny sposób terminie rozpoczęcia realizacji usługi w postępowaniu przed tym samym zamawiającym w sprawie znak COIS-19/2009 została złożona oferta wyłącznie przez Telekomunikację Polską SA.

Również zamawiający w toku rozprawy przez Izbę stwierdził, że „Zamawiający szacował czas na przygotowanie świadczenia usług na 4 miesiące. Obecnie czas uległ skróceniu w zw. ze zmianą terminu składania ofert, ale Zamawiający dopuścił 6 miesięczny okres przejściowy dla lokalizacji B.”

W ocenie Izby powyższe dowody uprawdopodobniają twierdzenie odwołującego Netia, że zamawiający określając terminy: uzyskania gotowości do świadczenia usługi, odbioru testów i rozpoczęcia świadczenia usługi, datami kalendarzowymi mógł utrudnić uczciwą konkurencję w niniejszym postępowaniu, czym dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy. Izba podziela wprawdzie pogląd zamawiającego, że sam fakt określenia terminu rozpoczęcia lub zakończenia poszczególnych etapów realizacji zamówienia może być określony datą kalendarzową i ten fakt sam w sobie nie stanowi naruszenia przepisów ustawy. Jednak Izba uważa, że skoro sam zamawiający za realny na przygotowanie świadczenia usługi uznawał termin 4 miesięczny (a więc zgodny z

oczekiwaniem odwołującego Netia – 120 dniowy), a jednocześnie tak wszczął postępowanie (17 września 2013r.), że już w dacie jego wszczęcia przy uwzględnieniu ustawowych terminów tj. 14 dniowego terminu na składanie ofert – art. 43 ust.1 ustawy i 10 dniowego stand still - art.94 ust. 1 pkt 1 ustawy dawało zamawiającemu jedynie 20 dni na udzielanie wyjaśnień i modyfikacji treści siwz oraz badanie i ocenę ofert, przy założeniu, że wykonawcy nie będą korzystać z ustawowo przysługujących im środków ochrony prawnej. W ocenie Izby nie stanowi uzasadnionej przyczyny dla utrudnienia wykonawcom dostępu do zamówienia fakt i ograniczenia konkurencyjności postępowania, fakt, że bieżąca umowa rozwiązuje się z dniem 28 lutego 2013r. Okoliczność ta była bowiem wiadoma zamawiającemu wcześniej i zamawiający nie wykazał żadnych obiektywnych okoliczności wskazujących na brak możliwości wcześniejszego wszczęcia postępowania w taki sposób, aby udzielić wykonawcom jednakowego terminu 4 miesięcznego na przygotowanie świadczenia usługi, który jak przyznał sam zamawiający uważał za realny. Trudna sytuacja zamawiającego w związku z zakończeniem umowy bieżącej nie stanowi na gruncie ustawy usprawiedliwionej przyczyn dla odstąpienia od stosowania wymogów wynikających z art. 29 ust. 2 ustawy. Art. 29 ust. 2 ustawy nie przewiduje okoliczności pozwalających zamawiającemu na niezastosowanie się do zakazu opisu przedmiotu zamówienia, w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Izba zatem uznając, że zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez określenie terminów : uzyskania gotowości do świadczenia usługi, odbioru testów oraz rozpoczęcia świadczenia usługi w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie i nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami w taki sposób, aby terminy: uzyskania gotowości do świadczenia usługi, odbioru testów oraz rozpoczęcia świadczenia usługi nie naruszały art. 29 ust. 2 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit b i § 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając zamawiającego kosztami uiszczanego przez odwołującego Netia wpisu oraz kosztami zastępstwa prawnego poniesionymi przez odwołującego w związku z uzasadnioną potrzebą obrony.

## Sygn. akt KIO 2318/13

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust 2 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez uprzywilejowanie pozycji jednego z potencjalnych wykonawców.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W zakresie tego zarzutu odwołujący Exatel odniósł się do dwóch zagadnień tj. niedopuszczenia przez zamawiającego w lokalizacjach A, B i D w jego ocenie równoważnej technologii realizacji przedmiotowego zamówienia tj. technologii radiowej na paśmie koncesjonowanym oraz określenia terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia datą kalendarzową tj. na dzień 1 marca 2014r.

W zakresie pierwszego z zagadnień Izba uznała, że bezsporne jest pomiędzy stronami to, że wykonawcą, który posiada w chwili obecnej infrastrukturę odpowiadającą wymaganiom zamawiającego określonym w siwz w lokalizacjach wskazanych przez zamawiającego jest Telekomunikacja Polska i że jest to infrastruktura oparta o technologię przewodową, która została przez zamawiającego dopuszczona we wszystkich lokalizacjach, w tym także dla łączy zapasowych w lokalizacjach A i D. Bezsporne jest pomiędzy stronami także to, że zamawiający preferuje technologię przewodową. Zamawiający okoliczność tę usprawiedliwia faktem, że jego systemy informatyczne mają krytyczne znaczenie dla strategii państwa, jak również to, że z danych przez niego gromadzonych korzystają instytucje publiczne o krytycznym znaczeniu dla państwa, stąd najistotniejsze dla niego jest uzyskanie jak najlepszej jakości świadczonej usługi wyrażonej przede wszystkim w parametrze SLA odnoszącym się do dostępności usługi zamawianej. Zamawiający w toku rozprawy wskazał, że ma wieloletnie doświadczenie w korzystaniu z usług będących przedmiotem zamówienia w oparciu o różne technologie, w tym technologię radiową i technologię przewodową i z jego doświadczenia wynika, że technologie te nie są równoważne, a w szczególności technologia radiowa charakteryzuje się niższym wskaźnikiem SLA. Odwołujący natomiast swoje stanowisko procesowe oparł na twierdzeniu, że technologie te są równoważne. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzenie tego postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, zaś art. 29 ust. 2 ustawy stanowi, że przedmiot zamówienia nie może być przez zamawiającego opisany w sposób utrudniający konkurencję. Izba stoi na stanowisku, że skoro w art. 29 ust. 2 ustawy ustawodawca zakazał takiego opisu przedmiotu zamówienia, który jedynie może utrudniać uczciwą konkurencję, to przy stawianiu zarzutu opartego o tę podstawę prawną nie jest konieczne udowodnienie zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy, że dane istotne postanowienie opisu przedmiotu zamówienia rzeczywiście utrudnia

taką konkurencję, ale wystarczające jest uprawdopodobnienie tego faktu. W ocenie Izby odwołujący Exatel temu obowiązkowi nie podołał. Odwołujący bowiem twierdzenia o równoważności nie wykazał, a dopiero wykazanie, że dana technologia, której zamawiający nie preferuje jest w rzeczywistości równoważną do technologii preferowanej prowadzi do otwarcia się możliwości wykazania, że pominięcie jednej z dwóch (lub więcej) technologii równoważnych prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji przez ograniczenie kręgu potencjalnych podmiotów mogących zamawiającemu zaoferować przedmiot zamówienia spełniający cechy równoważne. Tym samym Izba stoi na stanowisku, że ograniczenie poziomu dowodzenia w świetle art. 29 ust. 2 ustawy wyłącznie do uprawdopodobnienia, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku wykazania okoliczności uprawdopodobniających określone twierdzenie. W przypadku bowiem, gdyby okazało się, że technologie te nie są równoważne (jak twierdzi zamawiający), to nie byłoby możliwe uprawdopodobnienie, że pominięcie jednej z technologii (nierównoważnej) utrudnia uczciwą konkurencję. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy ciężar dowodowy spoczywa na twierdzącym, który z danego twierdzenia wywodzi skutek prawny. W przedmiotowej sprawie to odwołujący twierdził, że technologie radiowa i przewodowa są równoważne i wywodził z nich skutek prawny w postaci naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy przez opis przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, stąd to na nim spoczywał obowiązek wykazania, że technologie są równoważne. Odwołujący w odwołaniu stwierdził, że fakt ten jest oczywisty, jednak z obowiązku dowodzenia, zgodnie z art. 190 ust. 5 ustawy zwalnia odwołującego jedynie fakt powszechnie znany oraz fakt znany z urzędu, a także przyznany przez stronę przeciwną, ale pod warunkiem, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. W przedmiotowej sprawie żadna z tych okoliczności nie zaistniała, oczywistość bowiem, o której wspomniał w odwołaniu odwołujący, nie jest faktem powszechnie znanym, a nadto zaprzeczonym przez zamawiającego. Odwołujący w celu wykazania równoważności obu technologii odwołał się do swojego stanowiska, co do czasów usuwania awarii w obu technologiach i ich porównywalności oraz przedstawił załącznik – gwarancja jakości świadczonych usług, z którego wynika, że odwołujący gwarantuje dostępność usługi dla łącza światłowodowego i radiowego na tym samym poziomie 99,7%. W ocenie Izby dowody te nie pozwalają jednak w sposób bezsporny i jednoznacznie obiektywny przyjąć, że technologie są równoważne. Zarówno stanowisko odwołującego jak i przedłożony przez niego załącznik odnoszą się do jego sposobu postrzegania i oceny obu technologii, brak jest natomiast dowodu wskazującego, że taki sposób postrzegania i oceny technologii jest obiektywny. W ocenie Izby odwołujący Exatel zatem nie uprawdopodobnił, że zamawiający preferując technologię przewodową utrudnił uczciwą konkurencję, eliminując wykonawców oferujących równoważną technologię radiową. Izba dodatkowo zauważa, że sam odwołujący na rozprawie stwierdził, że „Exatel Spółka Akcyjna nie wyklucza

zastosowania żadnej z technologii i może się okazać, że w niektórych lokalizacjach technologia radiowa będzie niemożliwa, np. z uwagi ukształtowania terenu.”, co oznacza, że odwołujący stosuje w swojej działalności gospodarczej obie technologie.

W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy.

W zakresie zarzutu dotyczącego preferencyjnego dla Telekomunikacji Polskiej SA określenia terminu uzyskania gotowości świadczenia usługi oraz terminu rozpoczęcia świadczenia usług, to Izba podtrzymuje w całości swoje wywody, co do treści i interpretacji art. 29 ust. 2, art. 7 ust. 1 ustawy i rozkładu ciężaru dowodowego oraz charakteru postępowania odwoławczego jako postępowania kontradyktoryjnego poczynione w uzasadnieniu pierwszego z zarzutów Exatel. Co do uprawdopodobnienia utrudnienia uczciwej konkurencji przez zamawiającego przez określenie nie realnych terminów na uzyskanie gotowości świadczenia usługi oraz terminu rozpoczęcia świadczenia usługi, to również w tym przypadku odwołujący Exatel poprzestał wyłącznie na swoich twierdzeniach wskazując na w jego ocenie rzeczywiste czasy trwania procedur administracyjnych związanych z uzyskaniem wymaganych zgód i pozwoleń, na trudności związane z realizacją przedmiotu zamówienia w okresie zimowym, na brak współpracy zamawiającego przy uzyskiwaniu zgód właścicieli lokalizacji i z tych twierdzeń wywodził, że terminy określone datami kalendarzowymi są niemożliwe do dotrzymania. Izba zwraca uwagę wykonawców, że fakt połączenia spraw do wspólnego rozpoznania nie oznacza pozbawienia stron prawa do rozstrzygnięcia ich sporu w indywidualny sposób, zależy od okoliczności faktycznych i prawnych danej sprawy. Odwołujący Exatel podzielił i przyjął za własną argumentację odwołującego Netia, ale z zastrzeżeniem, że jego żądanie co do rozstrzygnięcia nie pokrywa się z żądaniem odwołującego Netia, nadto nie wnosił, aby zaliczyć materiał dowodowy zgromadzony w sprawie sygn. akt KIO 2316/13 w poczet materiału dowodowego w sprawie sygn. akt KIO 2318/13. Izba zwraca uwagę na to, że obowiązek dowodowy z mocy art. 190 ust. 1 ustawy przede wszystkim ciąży na stronach i uczestnikach postępowania, a art. 190 ust. 2 ustawy stanowi wyjątek od tej zasady i nie może zastępować inicjatywy dowodowej stron. Mając to na uwadze, Izba uznała, że nie zostało wykazane, że wskazanie terminów w sposób podany w siwz utrudnia wykonawcom innym niż Telekomunikacja Polska dostęp do przedmiotowego zamówienia i uczciwą konkurencję. Izba nie podziela także stanowiska odwołującego, że sam fakt podania daty kalendarzowej przy wskazywaniu etapów realizacji zamówienia jest niezgodny z ustawą. Samo wskazanie daty kalendarzowej jest na gruncie ustawy dopuszczalne, dopiero takie wskazanie, co do którego zostanie uprawdopodobnione utrudnienie uczciwej konkurencji może być przez Izbę uznane za naruszające zasadę uczciwej konkurencji. Izba wskazuje także, że nie stanowi dowodu na zasadność twierdzeń odwołującego, ani nie zwalnia stron z obowiązku dowodowego okoliczność wydania przez

Izbę czy sąd powszechny orzeczenia z podobnym stanie faktycznym i prawnym. Każdorazowo bowiem Izba ma obowiązek dokonać oceny wiarygodności i mocy dowodowej zgromadzonych w postępowaniu materiałów oraz dokonać ustalenia na ich podstawie stanu faktycznego i jego subsumpcji pod określoną normę prawną. W sytuacji, gdy zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala rozstrzygnąć o faktach, o których twierdzi odwołujący, odwołanie nie może być uwzględnione. Stanowisko doktryny i orzecznictwa stanowi bowiem nie element ustaleń stanu faktycznego, ale wskazanie linii czy kierunków interpretacji przepisów prawa, co może mieć znaczenie przy wyrokowaniu dopiero po wywiedzeniu faktów ze zgromadzonych dowodów. Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust 1 ustawy przez nieprecyzyjne i niedokładne opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający bądź uniemożliwiający złożenia prawidłowo skalkulowanej oferty

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący Exatel wskazał na dopuszczenie przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz zmian umowy o zamówienie publiczne w sytuacji zmiany przepustowości na zestawionych łączach lub parametrów świadczenia usług lub zmiany liczby bądź siedzib jednostek statystyki objętych świadczeniem usług, które będą wykonywane zgodnie ze zgłoszeniami zamawiającego, wynikającymi ze zmian organizacyjnych i zmieniających się potrzeb w zakresie eksploatacji sieci korporacyjnej WAN GUS. Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że tak określona zmiana umowy nie określa warunków dokonania zmiany, nie wiadomo jakich lokalizacji dotyczyć będą zmiany, jaki czas będzie miał wykonawca na przeprowadzenie zmian, ani czy w danej lokalizacji zmiany te będą możliwe. Izba Oceniając zasadność zarzutu oparła się o treść art. 190 ust. 5 ustawy, który stanowi o tym, że nie wymaga się przeprowadzenia dowodu w sytuacji, gdy zamawiający (strona przeciwna) przyzna fakt w toku postępowania, a przyznanie to nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem prawnym. Izba uznała, że w przedmiotowym zarzucie zachodzi wypełnienie normy art. 190 ust. 5 ustawy. W ocenie Izby w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji IV.3 pkt 2 zamawiający co do lokalizacji podał tylko jedną informację dotyczącą warunków wprowadzenia tej zmiany tj. że ilość zmian liczby lokalizacji bądź siedzib jednostek statystyki publicznej nie przekroczy 15 % liczby wszystkich lokalizacji, analogicznie stanowił o tym §1 ust. 3 i ust. 5 wzoru umowy rozdziału III do siwz. Izba stwierdziła, że rację ma odwołujący Exatel, że w powołanych wyżej postanowieniach nie wynika jakie zmiany liczby lokalizacji bądź siedzib jednostek statystyki publicznej zamawiający planuje, czy odnoszą się one do każdego z typów lokalizacji i na jakich zasadach wykonawca zobowiązany jest do wykonania takich zmian i w jakim czasie i czy

przysługuje mu z tego tytułu dodatkowe wynagrodzenie czy też nie. Jedynie w przypadku zmiany lokalizacji zamawiający określił w § 2 ust. 6 wzoru umowy, że wykonawca ma wykonać to nieodpłatnie, zaś w § 2 ust. 7 wzoru umowy, że w przypadku utworzenia nowej lokalizacji ma prawo do wynagrodzenia miesięcznego obliczonego jak dla analogicznego typu lokalizacji. Zamawiający przyznał częściowo zasadność twierdzeń odwołującego Exatel dokonując modyfikacji §1 ust. 3 wzoru umowy i dookreślając, że ilość zlikwidowanych lokalizacji nie przekroczy 15%, a ilość nowych lokalizacji nie przekroczy 5% lokalizacji i dotyczyć będzie jedynie oddziałów US ( lokalizacje typu C według tabeli nr 1), oraz, że wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia zmiany w terminie 60 dni od dnia zgłoszenia zmiany. Zamawiający dokonując przedmiotowej modyfikacji z dnia 8 października 2013r. przyznał zatem rację odwołującemu Exatel, że kwestionowane przez niego postanowienia nie były określone w sposób jednoznaczny i wyczerpujący z podaniem wszystkich okoliczności mających wpływ na kalkulację oferty. Izba uznała, że to przyznanie nie budzi wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy i uznała zarzut za udowodniony. Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy przez opisanie sposobu wprowadzenia zmian przedmiotu zamówienia do przyszłej umowy w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący nie uwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Izba uznała jednocześnie, że stwierdzone naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż może prowadzić do różnej oceny skali przedmiotu zamówienia powierzonego wykonawcom do wykonania, a w konsekwencji do złożenia ofert nieporównywalnych. Izba uznała także, że dokonana modyfikacja nie usunęła naruszenia zamawiającego, w taki sposób, że nie ma ono w dacie wyrokowania wpływu na wynik postępowania, albowiem, w ocenie Izby zamawiający przyznając rację odwołującemu Exatel nie dokonał modyfikacji w sposób usuwający zarzucaną mu niejednoznaczność i brak wyczerpującego charakteru opisu. Izba nie oceniając zgodności z przepisami ustawy przedmiotowej modyfikacji § 1 ust. 3 w brzmieniu po modyfikacji wskazuje na zmiany polegające na likwidacji lub powstaniu nowych lokalizacji, zaś § 2 ust. 6 reguluje kwestię wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany lokalizacji siedziby, która nie jest objęta treścią § 1 ust. 3. W tej sytuacji nie było podstaw do zastosowania art. 192 ust. 2 ustawy i Izba uwzględniła odwołanie nakazując zamawiającemu dokonanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami w postanowieniach dotyczących określenia możliwości dokonania zmiany postanowień przyszłej umowy w zakresie zmian liczby lokalizacji bądź siedziby jednostek statystyki publicznej w sposób określający jednoznacznie i wyczerpująco warunki takiej zmiany zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i § 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając zamawiającego kosztami uiszczonych przez odwołującego Exatel wpisu.

**Przewodniczący:** .....