

**WYROK**

**z dnia 19 sierpnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 sierpnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2014 r.

przez wykonawcę: **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dzierżawa łączy telekomunikacyjnych w warstwie transportowej na potrzeby wojskowego systemu telekomunikacyjnego z uwzględnieniem potrzeb obronnych i bezpieczeństwa państwa* (nr postępowania 17/2/06/14)

prowadzonym przez zamawiającego: **Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **Netia S.A. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Dzierżawa łączy telekomunikacyjnych w warstwie transportowej na potrzeby wojskowego systemu telekomunikacyjnego z uwzględnieniem potrzeb obronnych i bezpieczeństwa państwa* (nr postępowania 17/2/06/14).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2014/S\_094-165308 z 16 maja 2014 r., z tym że 19 maja 2014 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.rczsiut.wp.mil.pl}, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 445.330.000,00 zł, co stanowi równowartość 105.406.045,10 euro {w tym część I i II zamówienia odpowiednio: 171.280.000,00 zł (40.540.000,60 euro) i 274.050.000,00 zł (64.865.440,60 euro), w tym wartość zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 148.440.000,00 zł, co stanowi równowartość 35.134.559,39 euro {w tym dla części I i II zamówienia odpowiednio: 57.090.000,00 zł (13.512.745,86 euro) i 91.350.000,00 zł (13.512.745,86 euro)}.

4 sierpnia 2014 r. {pismem z tej daty} do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {zwanej również dalej w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”} Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie {spółka dalej zwana również w skrócie „Orange” lub określana jako „Odwołujący”}, zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {zarzuty}:

1. Art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 83 ust. 1 – przez nieuzasadnione wyłączenie możliwości składania przez wykonawców oferty na więcej niż jedną część zamówienia, podczas gdy w treści specyfikacji brak jest podstaw uzasadniających powyższe ograniczenie.
2. Art. 29 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 i art. 144 – przez nieuwzględnienie w opisie przedmiotu zamówienia okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności w związku z: zastrzeżonym prawem Zamawiającego do zawieszenia funkcjonowania łączy lub jego wyłączenia, zmianą zakończeń łączy, brakiem podania lokalizacji,

w których będą uruchamiane odcinki doprowadzeniowe oraz terminów ich realizacji oraz brakiem podania lokalizacji punktów dostępowych – a w konsekwencji wprowadzenie do projektu umowy postanowień skutkujących istotną modyfikacją zakresu świadczenia wykonawcy w stosunku do zobowiązania zawartego w złożonej ofercie.

3. Art. 29 ust. 1 – przez nieuwzględnienie w opisie przedmiotu zamówienia okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. brak informacji na temat możliwości zainstalowania łączy w lokalizacjach, w których Zamawiający nie jest właścicielem budynku, jak również brak zobowiązania Zamawiającego do udostępnienia sieci wewnętrznej lub możliwości jej wybudowania.
4. Art. 29 ust. 1 – przez nieuwzględnienie w opisie przedmiotu zamówienia okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na zaniechanie określenia minimalnego zakresu świadczenia, jaki wykonawca zobowiązany będzie zrealizować na rzecz Zamawiającego, w związku z przewidzeniem możliwości wypowiedzenia umowy z 12-miesięcznym okresem wypowiedzenia.
5. Art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 – poprzez nieuwzględnienie w opisie przedmiotu zamówienia okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na nieprecyzyjne i podlegające rozszerzającej interpretacji przesłanki rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym, a przez to wprowadzenie do projektu umowy postanowień skutkujących istotną modyfikacją zakresu świadczenia wykonawcy w stosunku do zobowiązania zawartego w złożonej ofercie.
6. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 11 oraz art. 143a i art. 143b – przez nieuprawnione żądanie przedkładania przez wykonawcę projektów umów z podwykonawcami celem uzyskania zgody Zamawiającego, jak również nieuprawnione żądanie przedkładania przez wykonawcę dowodów zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, w sytuacji gdy przedmiotem zamówienia nie są roboty budowlane, a Zamawiający nie ponosi wraz z wykonawcą solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy;

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ w następującym zakresie {żądania}:

1. W odniesieniu do zarzutu z pkt 1 – przez dopuszczenie możliwości składania ofert na obie części przedmiotu zamówienia, ewentualnie przez wprowadzenie do SIWZ postanowień uzasadniających wyłączenie możliwości złożenia przez wykonawcę oferty na dwie części zamówienia, np. poprzez wprowadzenie wymogu wykorzystania dla każdej z warstw odrębnej infrastruktury i odrębnego podejścia.
2. W odniesieniu do zarzutów z pkt 2 - 5 – przez uzupełnienie opisu przedmiotu

zamówienia o informacje określone szczegółowo w uzasadnieniu odwołania.

3. W odniesieniu do zarzutu 6 – przez wykreślenie postanowienia § 11 ust. 3 - 11 projektu umowy.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Ad 1.

Odwołujący zrelacjonował, że przedmiot zamówienia został podzielony na dwie części: 1) dzierżawa łączy telekomunikacyjnych w warstwie transportowej na potrzeby wojskowego systemu telekomunikacyjnego z uwzględnieniem potrzeb obronnych i bezpieczeństwa państwa – warstwa I; 2) dzierżawa łączy telekomunikacyjnych w warstwie transportowej na potrzeby wojskowego systemu telekomunikacyjnego z uwzględnieniem potrzeb obronnych i bezpieczeństwa państwa – warstwa II. Zamawiający wskazał w § 4 SIWZ, że wykonawca może złożyć ofertę zawierającą cenę na jedną część zamówienia, przy tym Zamawiający dopuścił możliwość złożenia ofert wstępnych (niezawierających ceny) na obie części zamówienia.

Powyższe w ocenie Odwołującego nie znajduje uzasadnienia w opisie przedmiotu zamówienia.

Przez ofertę częściową należy rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z treścią SIWZ, wykonanie części zamówienia. Zamawiający może dopuścić składanie ofert częściowych, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny, tj. gdy zobowiązanie dotyczące przedmiotu zamówienia może być spełnione częściowo, bez zmiany jego przedmiotu lub wartości. W takim wypadku świadczenie może być również wykonane przez różnych wykonawców bez uszczerbku dla właściwości przedmiotu zamówienia. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w postępowaniu, w którym zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych, musi zawierać dokładny opis poszczególnych części zamówienia, tak jakby stanowiły one oddzielne zamówienia.

Odwołujący zarzucił, że postanowienia SIWZ, w szczególności opis przedmiotu zamówienia, nie zawierają uzasadnionych warunków ograniczenia części, na które może zostać złożona oferta. Odwołujący podkreślił brak wprowadzenia jakichkolwiek zastrzeżeń, że dla danej warstwy (warstwa I i warstwa II) wykonawca może świadczyć usługę korzystając z odrębnej infrastruktury i przy wykorzystaniu odrębnego – od kolejnej warstwy – podejścia. Oznacza to według Odwołującego, że dwóch różnych wykonawców będzie mogło korzystać z tej samej, pokrywającej się infrastruktury, na potrzeby każdej z warstw (dwóch części zamówienia). Dla Odwołującego niezrozumiałe jest w tej sytuacji wyłączenie przez Zamawiającego możliwości złożenia oferty na obie części przedmiotu zamówienia.

Co więcej, zdaniem Odwołującego takie ograniczenie i zezwolenie dwóm różnym wykonawcom na wykorzystanie tych samych zasobów, może doprowadzić do kolizji i konfliktu przy korzystaniu z tej samej infrastruktury.

Według Odwołującego brak zasadności ograniczenia co do liczby części, na które może być złożona oferta zawierająca cenę, wynika również z oczekiwań Zamawiającego co do treści (zawartości) ofert wstępnych i oferty zawierającej cenę. Do oferty (ofert) wstępnej wykonawca winien załączyć formularz określający planowaną realizację odcinków doprowadzeniowych łączy, zawierający m.in. planowana technologie realizacji łączy, planowany sposób realizacji łączy. Jest to uzasadnione, gdyż do upływu wyznaczonego terminu składania ofert wstępnych wykonawcy nie mają możliwości należytej weryfikacji warunków technicznych, tak, by móc zaoferować ostateczne rozwiązania. Nadto, po złożeniu ofert wstępnych Zamawiający będzie prowadził z wykonawcami negocjacje, stąd planowane na etapie składania oferty wstępnej rozwiązania mogą się zmienić. Tymczasem Zamawiający nie żąda od wykonawców załączenia do oferty ostatecznej – zawierającej cenę – formularza określającego oferowane docelowo rozwiązanie. Zdaniem Odwołującego dopuszcza tym samym możliwość odstępstwa od planowanych rozwiązań na etapie realizacji zamówienia. W tych okolicznościach wyłączenie przez Zamawiającego możliwości złożenia oferty na obie części przedmiotu zamówienia jest niezasadne.

Odwołujący podniósł, że uzasadnieniem ograniczenia możliwości złożenia oferty tylko na jedną część przedmiotu zamówienia winno być takie określenie wymagań co do sposobu i warunków realizacji zamówienia, by podział zamówienia na części nie był fikcją. Zamawiający w SIWZ nie określił takich wymagań – w szczególności w odniesieniu do sposobu wykorzystania infrastruktury niezbędnej do realizacji zamówienia. Odwołujący podkreślił, że brak wymogu odrębności infrastruktury i podejścia w odniesieniu do każdej z warstw, może doprowadzić do sytuacji, w której dany podmiot złoży ofertę na realizację jednej z części zamówienia samodzielnie jako wykonawca, zaś dla drugiej z części będzie występował jako podwykonawca, gdyż można wykorzystać tę samą infrastrukturę dla potrzeb wykonania każdej z części zamówienia.

Odwołujący wywiódł, że tym samym – ograniczając możliwość złożenia oferty zawierającej cenę tylko do jednej części zamówienia, przy jednoczesnym braku sformułowania w opisie przedmiotu zamówienia wymagań uzasadniających takie ograniczenie – Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazał, że art. 29 ust. 2 pzp posługuje się w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. Takie

pojęcie użyte przez ustawodawcę powoduje, że na wykonawcy ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś dowód na okoliczność, że do takiego utrudnienia nie doszło ciąży na zamawiającym {za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 19 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 749/13}.

Ad 2.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, W wyroku z 31 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 136/12), Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: *Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia, w taki sposób aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt oraz na jakich warunkach mogą zaoferować, aby spełniał on wymagania SIWZ. Niezbędne jest, aby opis przedmiotu zamówienia był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty.* Odwołujący dodał, że opis przedmiotu zamówienia stanowi podstawowy element specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jest niezbędny do prawidłowego oszacowania wartości zamówienia. Przedmiot zamówienia powinien być określony w sposób precyzyjny i jednoznaczny, a jednocześnie w sposób maksymalnie zobiektywizowany. Ustawa zobowiązuje też zamawiającego do podania wszelkich niezbędnych informacji i wymagań co do przedmiotu zamówienia, nakazując przy tym zamawiającemu używać dokładnych i zrozumiałych dla wykonawców określeń.

Odwołujący zarzucił, że powyższe reguły zostały naruszone przez Zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia.

{1.}

Odwołujący podał, że w § 3 ust. 8 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł sobie prawo do zawieszenia funkcjonowania łączu lub jego wyłączenia. Dalej, Zamawiający samodzielnie ustala terminy zawieszenia funkcjonowania łączu lub wyłączenia łączu oraz ostateczny zasób łączu dzierżawionych od wykonawcy.

Odwołujący zarzucił, że postanowienie takie jest dalece nieprecyzyjne, gdyż brak jest określenia wolumenu takich zmian, co wpływa w istotny sposób na określenia zakresu świadczenia wykonawcy w rozumieniu art. 140 ust. 1 pzp. Takie działanie należy uznać za naruszające art. 29 oraz art. 140 pzp, z uwagi na niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia i brak należytego określenia minimalnego zakresu świadczenia wykonawcy.

Co więcej, postanowienie § 3 ust. 8 wzoru umowy sformułowane zostało w ten sposób, że jego wykładnia pozwala na uznanie, że zmiana umowy może zostać wprowadzona wyłącznie na wniosek Zamawiającego, zaś wykonawca będzie zobowiązany

dostosować się do żądań Zamawiającego. Wyłączono w ten sposób warunek porozumienia i zgody obu stron umowy w przedmiocie wprowadzenia konkretnej zmiany.

Postanowienia wprowadzające możliwość dokonania zmiany pierwotnie ustalonego świadczenia wykonawcy – nieprecyzujące maksymalnego zakresu takich zmian, okoliczności uzasadniających ich wprowadzenie, jak również warunków dokonania zmian, mają ten skutek, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego jest niejednoznaczny i niewyczerpujący. Wykonawca składając ofertę nie może precyzyjnie ustalić jaki konkretny zakres prac będzie zobowiązany wykonać, a tym samym nie jest w stanie oszacować kosztów świadczenia usług. Nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia na etapie opracowania specyfikacji, niepozwalające na ustalenie obowiązków wykonawcy, ma ten skutek, że nie można oznaczyć świadczenia wykonawcy i rozmiaru tego świadczenia. Nie wiadomo wobec tego, czego może domagać się w ramach umowy Zamawiający, ani do czego zobowiązany jest wykonawca.

Postanowienia § 3 ust. 8 wzoru umowy w aktualnym brzmieniu naruszają również art. 140 ust. 1 ustawy, skutkują bowiem istotną modyfikacją zakresu świadczenia wykonawcy w stosunku do zobowiązania zawartego w złożonej ofercie. Istotą art. 140 ust. 1 pzp jest zapewnienie jedności zobowiązania umownego z zobowiązaniem ofertowym. Dla zamawiającego oznacza to, że opis przedmiotu umowy nie może odbiegać od opisu zawartego w ofercie przede wszystkim co do zakresu tej umowy. Przy czym przez pojęcie zakresu świadczenia należy rozumieć jego wymiar, wielkość. Z art. 140 ust. 1 pzp wynika, że zmian rozszerzających czy też zmieniających w inny sposób zakres umowy nie wolno wprowadzać zarówno przed podpisaniem umowy, jak i w trakcie jej realizacji.

{2.}

Odwołujący podał, że w § 3 ust. 16 wzoru umowy Zamawiający wskazał, iż: *Zasady realizacji odcinków doprowadzeniowych łączy są następujące – Szczegółowe dane dotyczące lokalizacji w których będą uruchamiane odcinki doprowadzeniowe i terminów ich realizacji zostaną określone przez Zamawiającego w trakcie obowiązywania umowy. Zamawiający wskaże Wykonawcy wykaz 12 lub 20 lokalizacji do wybudowania odcinków doprowadzeniowych w zasobach własnych Wykonawcy na co najmniej 18-m-cy przed planowanym terminem ich uruchomienia.*

Zdaniem Odwołującego brak zdefiniowanego miejsca dostarczenia urządzeń i infrastruktury (Zamawiający zamierza wskazać miejsce w terminie późniejszym) uniemożliwia przygotowanie odpowiedniego szacowania dla tego zakresu. Odwołujący zwrócił uwagę, że znajomość lokalizacji łączy jest niezbędna do weryfikacji warunków technicznych potwierdzających możliwość zestawienia danego łącza w określonej lokalizacji,

jak również do określania kosztu wykonania takiego łącza. Z uwagi na uwarunkowania terenowe, techniczne, prawne i inne, wykonanie łącza w określonym miejscu może być utrudnione, a czasem niemożliwe. Dodatkowo koszt wykonania łącza w poszczególnych lokalizacjach różni się znacznie – w jednym miejscu może to być koszt rzędu 10.000 zł, zaś w innej lokalizacji – kilkaset tysięcy złotych. Wykonawca nie może zobowiązać się do przeniesienia łącza nie znając jej lokalizacji. W żaden sposób nie jest możliwe takie oszacowanie ryzyka – w tym ryzyka finansowego – związanego z nieznaną lokalizacją by w sposób staranny uwzględnić to w cenie oferty.

Wymagania określonego przez Zamawiającego oznaczają konieczność uruchomienia usługi w nowych lokalizacjach, niezależnie od tego czy wykonawca dysponuje w tych lokalizacjach jakakolwiek infrastrukturą i możliwościami technicznymi świadczenia tych usług. Brak po stronie wykonawcy możliwości technicznych świadczenia usługi może się wiązać z koniecznością poniesienia bardzo dużych nakładów inwestycyjnych. Zakres i wartość takich inwestycji są niemożliwe do przewidzenia bez wskazania przez Zamawiającego na etapie przygotowywania oferty dokładnych adresów lokalizacji, w których mają być świadczone usługi i parametrów usługi dla tych lokalizacji. Ich koszt może przewyższać wartość wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi w danej lokalizacji. Koszty dla Wykonawcy mogą się wiązać, a w niektórych przypadkach będą się wiązać na pewno m.in. z koniecznością budowy lub rozbudowy infrastruktury teleinformatycznej (studzienki, kanały, kable itp.), rozbudowy infrastruktury sprzętowej, niezbędnej do świadczenia usługi w określonej technologii.

Odwołujący podniósł, że powyższe argumenty są adekwatne również w odniesieniu do postanowienia § 5 wzoru umowy, zgodnie z którym Zamawiający żąda od wykonawcy wybudowania *na własny koszt 25 lub 40 punktów dostępowych (PD) do swojej sieci telekomunikacyjnej w uzgodnionych przez Strony obiektach telekomunikacyjnych Wykonawcy na terenie Polski, celem stworzenia możliwości podłączania i postoju wojskowych aparatowni mobilnych. Wykazy punktów dostępowych, terminy i szczegóły realizacji inwestycji (...) określone będą w trybie wymiany korespondencji.*

Zamawiający może zatem oczekiwać zestawienia łącza w lokalizacji, w której wykonawca nie będzie dysponował niezbędną infrastrukturą. Tymczasem wykonawca winien dysponować infrastrukturą pozwalającą na wykonanie łącza w danej lokalizacji, bądź też posiadać warunki techniczne dla wykonania w tej lokalizacji łącza.

Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę na sankcje, jakie Zamawiający nałożył na wykonawcę w przypadku niedotrzymania terminu wykonania łącza – wysokie kary umowne, a nawet wypowiedzenie umowy ze skutkiem natychmiastowym.



Odwołujący stanął na stanowisku, że Zamawiający powinien wskazać możliwe miejsca instalacji. Tym bardziej, że w przypadku wskazania lokalizacji, w której brak jest warunków technicznych do wykonania odpowiednich przyłączy telekomunikacyjnych, konieczne będzie wykonanie odpowiednich inwestycji. Nie mając wiedzy, jaka to może być lokalizacja, wykonawca nie może oszacować ceny oferty.

Według Odwołującego stanowisko takie potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 14 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2172/13, KIO 2177/13). Izba stwierdziła, że zamawiający nie wskazał żadnych informacji niezbędnych do prawidłowego skalkulowania oferty, w tym adresu lokalizacji i okresu świadczenia usługi, czym naruszył przepisy ustawy. Izba podniosła, iż zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Dane odnośnie możliwych lokalizacji łączy, w tym w przypadku konieczności zmiany, są niezbędne na etapie przedofertowym do decyzji wykonawcy odnośnie architektury rozwiązania, topologii sieci, przepustowości (pasma) sieci, doboru właściwych ilości i parametrów urządzeń sieci, doboru ilości i parametrów infrastruktury sprzętowej rozwiązania. Może to mieć znaczący wpływ na koszty związane z realizacją projektu.

Odwołujący wskazał, że konieczne jest uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o informacje nt. lokalizacji i ewentualnie planowany harmonogram zmian wspomnianych lokalizacji.

{3.}

Odwołujący podał, że w § 3 ust. 9 wzoru umowy Zamawiający przewidział możliwość zmiany zakończeń łączy przez wykonawcę, nie podając konkretnych lokalizacji. Przy tym, zmiany takie mają być dokonane przez wykonawcę bezpłatnie.

Odwołujący stwierdził, że w odniesieniu do kwestionowanego postanowienia adekwatne są argumenty przywołane wyżej w punktach 1 i 2.

Ad 3.

Odwołujący podał, że w § 3 ust. 14 wzoru umowy Zamawiający określił zasady odpowiedzialności wykonawcy za wykonanie i uruchomienie łączy, wskazując m.in., że urządzenia na zakończenie łączy są uruchamiane i serwisowane na koszt wykonawcy oraz wchodzi w skład PSS (punkty styku sieci) pomiędzy sieciami stron, a wykonawca zapewni warunki prawidłowej pracy swoich urządzeń w PSS.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie określił – formułując powyższe wymagania – czy lokalizacje, w których wykonawca zobowiązany będzie uruchomić urządzenia, są

własnością Zamawiającego – a co za tym idzie, Wykonawca uzyska niezbędne zgody i pozwolenia na dostęp do budynków / pomieszczeń i wykonanie koniecznych prac. W przypadku, gdy budynek, w którym znajduje się konkretna lokalizacja, nie jest własnością Zamawiającego, do wykonania umowy niezbędna będzie zgoda właściciela lub zarządcy tego budynku. W przypadku, gdy Zamawiający wynajmuje lub dzierżawi pomieszczenia w danej lokalizacji, a właściciel lub zarządca budynku nie wyraża zgody na prace instalacyjne, uruchomieniowe czy związane z prowadzeniem inwestycji (np. argumentując, że wykonawca nie jest stroną do jakichkolwiek ustaleń z właścicielem w ww. zakresie), wykonawca bez wsparcia i udziału Zamawiającego nie jest w stanie wykonać wymaganych usług w tej lokalizacji.

W tym samym punkcie, gdy budynek jest objęty opieką konserwatora, nie będzie możliwe wykonanie łącza radiowego lub satelitarne.

Zamawiający przenosi całkowitą odpowiedzialność za wykonanie prac, w tym faktyczną możliwość ich wykonania oraz koszty prac, na wykonawcę.

Odwołujący podniósł, że konieczna jest bezpośrednia asysta Zamawiającego w procesie uzgadniania warunków z właścicielem lub zarządcą budynku, jego zaangażowanie w przygotowanie warunków do przeprowadzenia prac instalacyjnych i innych, a nade wszystko umożliwienie zbadania aktualnych warunków technicznych w poszczególnych lokalizacjach. To Zamawiający – jako użytkownik, najemca, winien być stroną zobowiązaną do uzgodnienia warunków przeprowadzenia prac instalacyjnych z właścicielami obiektów, pomieszczeń. Dalej, Zamawiający winien zwolnić wykonawcę z odpowiedzialności za niewykonanie lub nieterminowe wykonanie prac z powodu braku możliwości przeprowadzenia prac instalacyjnych lub inwestycyjnych z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi właściciel obiektu lub pomieszczenia.

Ad 4.

Odwołujący podał, że w § 13 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający przewidział prawo stron do wypowiedzenia umowy z zachowaniem 12-miesięcznego terminu wypowiedzenia, nie wprowadzając jakichkolwiek ograniczeń i przesłanek wypowiedzenia.

Odwołujący zarzucił, że samo w sobie postanowienie to utrudnia w znacznym stopniu sporządzenie oferty, gdyż wykonawca nie może określić jaki w rzeczywistości będzie rozmiar jego świadczenia. Odwołujący podkreślił, że w pierwszym etapie realizacji zamówienia wykonawca zobowiązany jest wykonać określone prace, w tym inwestycyjne, związane z uruchomieniem łącza. Wynagrodzenie za te czynności wykonawca otrzyma dopiero po uruchomieniu łącza – w postaci abonamentu za świadczenie usługi z wykorzystaniem uruchomionych łącza. Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie wskazał we wzorze umowy,

że w przypadku rozwiązania umowy przez uruchomieniem łączy wykonawca uprawniony będzie otrzymać należne mu z tego tytułu wynagrodzenie. W połączeniu z pozostałymi postanowieniami umowy może doprowadzić to do sytuacji, w której wykonawca poniesie koszty, a Zamawiający ograniczy w sposób znaczny zakres zamówienia, lub w ogóle z niego zrezygnuje. Zamawiający może bowiem skorzystać z prawa wypowiedzenia umowy w każdym czasie i wykonawca nie będzie miał z tego tytułu do niego żadnych roszczeń. Zamawiający zaniechał określenia minimalnego zakresu świadczenia, jaki wykonawca zobowiązany będzie zrealizować na rzecz Zamawiającego w związku z przewidzeniem możliwości wypowiedzenia umowy z 12-miesięcznym okresem wypowiedzenia.

Zdaniem Odwołującego takie ukształtowanie przesłanek wypowiedzenia umowy skutkuje istotną modyfikacją zakresu świadczenia wykonawcy w stosunku do zobowiązania zawartego w złożonej ofercie. Odwołujący zarzucił, że choć zamówienie publiczne jest umową, a więc zobowiązaniem dwustronnym, Zamawiający przez powyższe postanowienie usiłuje przekształcić je w zobowiązanie jednostronne, w którym do wszystkiego zobowiązany będzie wykonawca, bez żadnych skutków obligacyjnych po stronie Zamawiającego.

Z uwagi na to, że ww. postanowienie prowadzi do sytuacji, w której brak jest zobowiązania po stronie Zamawiającego do skorzystania z jakichkolwiek usług, wprowadza ono dla wykonawcy niepewność nie tyle co do rozmiaru świadczenia, co samo w sobie utrudnia sporządzenie oferty i jest niezgodne z art. 29 ust. 1 pzp, lecz przede wszystkim wprowadza niepewność, czy w ogóle jakiegokolwiek świadczenie będzie wykonywane, co należy uznać za praktyczne uniemożliwienie sporządzenia oferty i jako takie za niedopuszczalne w świetle art. 29 ust. 1 pzp.

Odwołujący wniósł o jego wykreślenie oraz analogicznych postanowień w innych częściach dokumentacji postępowania, w szczególności SIWZ.

Ad 5.

Odwołujący podał, że § 13 ust. 3 wzoru umowy przewiduje prawo Zamawiającego do wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku, gdy wykonawca nienależycie realizuje umowę, jak również w innych sytuacjach przewidzianych w umowie.

Odwołujący zarzucił, że taka sankcja jest sankcją nadmierną i nieuzasadnioną, tym bardziej, że Zamawiający nie określił katalogu naruszeń (istotnych) mogących skutkować wypowiedzeniem umowy, jak również nie wyłączył odpowiedzialności wykonawcy w sytuacjach, gdy naruszenia są wynikiem okoliczności nie leżących po stronie wykonawcy. W skrajnym przypadku niewielkie uchybienie wykonawcy, mające nieistotny wpływ na realizację zamówienia, może skutkować natychmiastowym wypowiedzeniem umowy przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego w tych okolicznościach opis przedmiotu zamówienia i warunków jego wykonania jest niejednoznaczny, niepełny. Nadto, nieprecyzyjne i podlegające rozszerzającej interpretacji ukształtowanie przesłanek rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym skutkuje istotną modyfikacją zakresu świadczenia wykonawcy w stosunku do zobowiązania zawartego w złożonej ofercie.

Odwołujący stanął na stanowisku, że Zamawiający winien dookreślić katalog przesłanek skutkujących możliwością skorzystania przez Zamawiającego z sankcji wypowiedzenia umowy w trybie natychmiastowym – przez zawężenie tych przesłanek do istotnych, rażących naruszeń i nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę o charakterze rażącym, jak również wyłączenie odpowiedzialności wykonawcy w sytuacjach, gdy naruszenia są wynikiem okoliczności nie leżących po stronie wykonawcy.

Ad 6.

Odwołujący podał, że w § 11 ust. 3 - 11 wzoru umowy Zamawiający przewidział obowiązek wykonawcy przedkładania projektów umów z podwykonawcami celem uzyskania zgody Zamawiającego, jak również obowiązek przedkładania przez wykonawcę dowodów zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotem zamówienia nie są roboty budowlane. Tymczasem regulacje zawarte w art. 143a i art. 143b ustawy pzp, których odzwierciedleniem są kwestionowane postanowienia wzoru umowy, dotyczą umowy w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane i wprowadzone zostały z uwagi na przepisy prawa nakładające na zamawiającego solidarną odpowiedzialność wraz z generalnym wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom. Natomiast przy umowie, której przedmiotem są usługi lub dostawy, zamawiający nie ponosi solidarnej odpowiedzialności wraz z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom.

Odwołujący zwrócił uwagę na brzmienie art. 36 ust. 2 pkt 11 pzp: *W przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera również: (...)*

*11) w przypadku zamówień na roboty budowlane:*

*a) wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu, jeżeli zamawiający określa takie wymagania,*

*b) informacje o umowach o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, które, z uwagi na wartość lub przedmiot tych dostaw lub usług, nie podlegają obowiązkowi przedkładania zamawiającemu, jeżeli zamawiający określa takie informacje;*

W opinii Odwołującego ustawodawca zatem jednoznacznie zastrzegł uprawnienie

zamawiającego do weryfikacji treści umów z podwykonawcami wyłącznie do umów na roboty budowlane.

Z powyższych powodów aktualne brzmienie § 11 ust. 3 - 11 wzoru umowy należy uznać za niezasadne, niepotrzebne, jak również naruszające zasadę równego traktowania wykonawców. Odwołujący stanął na stanowisku, że postanowienia te winny zostać wykreślone.

11 sierpnia 2014 r. Zamawiający przesłał do Izby odpowiedź na odwołanie {pismo z tej daty}, w której wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego z wyjątkiem zarzutów nr 5 i 6, które uwzględnił w całości.

Zamawiający w następujący sposób odniósł się do zarzutów odwołania.

Ad 1.

Zamawiający podniósł w pierwszej kolejności, że zawarty w pkt 1 odwołania zarzut jest spóźniony, gdyż powinien zostać zgłoszony na etapie ogłoszenia o zamówieniu, kiedy Odwołujący powziął informację o podziale zamówienia na części, a zatem termin na wniesienie odwołania na przedmiotowe działanie Zamawiającego już dawno upłynął.

Zamawiający – odnosząc się do postawionego w odwołaniu zarzutu – oświadczył, że miał na uwadze realne potrzeby w zakresie zabezpieczenia teleinformatycznego resortu obrony narodowej oraz dowodzenia i kierowania Siłami Zbrojnymi RP, z uwzględnieniem możliwości realizacji zamówienia z poszanowaniem przepisów prawa, a nie działanie zmierzające do utrudnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Dla uzasadnienia tego stanowiska Zamawiający podniósł, w pierwszej kolejności, że wyłączenie możliwości składania przez wykonawców oferty na więcej niż jedną część zamówienia nie jest sprzeczne z jakimkolwiek przepisem prawa, w tym przepisami ustawy pzp. Wręcz przeciwnie – zdaniem Zamawiającego – to żądanie Odwołującego jest sprzeczne z art. 26 ust. 2b pzp oraz art. 23 pzp. Zamawiający stwierdził, że zdaje sobie sprawę z pewnych negatywnych konsekwencji uwzględnienia tych przepisów w ramach prowadzonego postępowania w stosunku do swoich potrzeb, niemniej brak jest możliwości ich pominięcia. Zamawiający podniósł, że zgodnie z art. 83 ust. 2 pzp może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny – a w tym przypadku jest. A także, zgodnie z art. 83 ust. 3 pzp, określić maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca.

W drugiej kolejności Zamawiający odniósł się negatywnie do proponowanego w odwołaniu wprowadzenia wymogu wykorzystania dla każdej z warstw odrębnej infrastruktury i odrębnego podejścia. Zdaniem Zamawiającego doprowadziłoby

do następujących negatywnych następstw:

{a}}

Po pierwsze – doprowadziłoby do sytuacji, że nawet Odwołujący, będący przedsiębiorcą o znaczącej pozycji rynkowej, miałby ogromne trudności w spełnieniu takiego warunku, gdyż zmuszony byłby do wykorzystania infrastruktury, a w szczególności podejść (w tym kanalizacji teletechnicznej i kabli telekomunikacyjnych m.in. na terenach kompleksów wojskowych), będącej własnością Skarbu Państwa w trwałym zarządzie MON w około 100 lokalizacjach. Powyższe spowodowałoby to, że żaden z przedsiębiorców zakwalifikowanych do dalszej części postępowania nie byłby w stanie zrealizować zamówienia. W takiej sytuacji Zamawiający – jako instytucja odpowiedzialna za funkcjonowanie systemów dowodzenia i kierowania Siłami Zbrojnymi – nie byłby w stanie zapewnić właściwej sieci łączy telekomunikacyjnych umożliwiających realizację zadań instytucjom i jednostkom organizacyjnym MON na terenie kraju i poza nim. Zamawiający dodał, że ma również obowiązek dostosowania się do potrzeb obronności i bezpieczeństwa państwa oraz do zobowiązań sojuszniczych.

Według Zamawiającego uwzględniając powyższe – odwołanie w tym zakresie powinno być odrzucone, gdyż Odwołujący nie ma interesu prawnego w jego wniesieniu (a właściwie uwzględnieniu). W ocenie Zamawiającego uwzględnienie tego zarzutu przez Izbę spowodowałoby, że żaden wykonawca na terenie Rzeczypospolitej Polskiej nie byłby w stanie zrealizować przedmiotowej usługi samodzielnie, a zatem całe postępowanie należałoby unieważnić (wskutek braku możliwości złożenia nawet oferty wstępnej). *Ani Odwołujący, ani Zamawiający, ani nawet żaden inny potencjalny wykonawca nie może sobie na takie działanie pozwolić.* Zamawiający podniósł, że aktualnie Odwołujący realizując taką usługę na jego rzecz, w bardzo wielu przypadkach (wykaz tych lokalizacji załączono) wykorzystuje łączy (infrastrukturę) Zamawiającego. Powyższe jednoznacznie przesądza, że Odwołujący nie ma interesu prawnego w rozstrzygnięciu przedmiotowego elementu odwołania. Hipotetycznie zakładając, że odwołanie w tym zakresie zostanie uwzględnione, Odwołujący – podobnie jak inni wykonawcy zainteresowani udziałem w tym zamówieniu – będą wykluczeni z jego realizacji. Działanie takie ewidentnie pozostaje w rażącej sprzeczności z interesem Odwołującego, *a na gruncie pzp Odwołujący ten jednoznacznie i niezaprzeczalnie nie ma interesu prawnego we wniesieniu odwołania w przedmiotowym zakresie.*

Zamawiający zwrócił uwagę na rzeczywiste intencje Odwołującego, które jego zdaniem przedstawiają się następująco. Z jednej strony Odwołujący zapomina, że nie jest w stanie samodzielnie realizować przedmiotowego zamówienia w oparciu tylko i wyłącznie o

## Sygn. akt KIO 1589/14

swoją infrastrukturę, a z drugiej strony – próbuje uniemożliwić skuteczny udział w przedmiotowym zamówieniu innym wykonawcom. Zamawiający podniósł, że działanie takie nie może znaleźć uznania w świetle zasad rządzących Prawem zamówień publicznych.

{b}}

Po drugie – doprowadziłoby do wzrostu cen w ofertach przedstawionych przez operatorów biorących udział w postępowaniu i przekroczenie budżetu Zamawiającego, a w konsekwencji brak możliwości zabezpieczenia potrzeb Sił Zbrojnych w zakresie łączności telekomunikacyjnych.

{c}}

Po trzecie – naruszyłoby to art. 139 ustawy Prawo telekomunikacyjne, przez uniemożliwienie innym operatorom publicznych sieci telekomunikacyjnych dostępu do nieruchomości, w tym do budynków, oraz infrastruktury telekomunikacyjnej innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, polegający w szczególności na:

- zakładaniu, eksploatacji, nadzorze i konserwacji urządzeń telekomunikacyjnych, jeżeli wykonanie tych czynności bez uzyskania dostępu do nieruchomości i infrastruktury telekomunikacyjnej jest niemożliwe lub niecelowe z punktu widzenia planowania przestrzennego, zdrowia publicznego, ochrony środowiska lub bezpieczeństwa i porządku publicznego;
- wykorzystywaniu istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku, jeżeli powielenie takiej infrastruktury byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe;
- doprowadzeniu przyłącza telekomunikacyjnego lub wykonaniu w budynku instalacji telekomunikacyjnej budynku, o ile nie jest możliwe wykorzystanie istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku lub do budynku nie jest doprowadzone takie przyłącze lub budynek nie jest wyposażony w taką instalację.

{d}}

Po czwarte – naraziłoby Zamawiającego na zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegający na uniemożliwieniu wykorzystania infrastruktury telekomunikacyjnej innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, do czego dążył prawodawca modyfikując zapisy Prawa telekomunikacyjnego.

{e}}

Po piąte – uniemożliwiłoby operatorom telekomunikacyjnym biorącym udział w postępowaniu skorzystania z ofert Orange Polska S.A. w zakresie:

- dostępu do kanalizacji kablowej (usługa regulowana na skutek decyzji Prezesa Urzędu

## Sygn. akt KIO 1589/14

Komunikacji Elektronicznej DHRT-WORK-6082-7/11(179) z 23 listopada 2012 r.), w której Orange Polska S.A. została uznana za przedsiębiorcę o znaczącej pozycji rynkowej w zakresie udostępniania kanalizacji kablowej;

– dzierżawy łączy telekomunikacyjnych (usługa regulowana na skutek decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej Nr DHRT-WORK-6082-8/11 (124) z 27 września 2012 r.), w której Orange Polska S.A. została uznana za operatora zajmującego pozycję znaczącą na rynku usług dzierżawy łączy telekomunikacyjnych;

– dostępu do wież lub masztów i powierzchni dla stacji bazowych (*oferta została przygotowana w związku z wymogami zawartymi w art. 139 ustawy z dnia 16 lipca 2004 roku Prawo telekomunikacyjne, Dz. U. Nr 171, poz. 1800, z późn. zm., dotyczącymi obowiązku operatora publicznej sieci telekomunikacyjnej umożliwienia dostępu do budynków i infrastruktury telekomunikacyjnej innym operatorom publicznych sieci telekomunikacyjnych*).

Zdaniem Zamawiającego przywołane przez Odwołującego stanowisko orzecznictwa Izby wyrażone w sprawie o sygn. akt KIO 749/13 nie jest regułą, a Odwołujący zapomina albo nie chce pamiętać o orzeczeniu z 23 lipca 2012 r. (sygn. akt KIO 1433/12), w którym Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zasadność podniesionych zarzutów odwołania: *wzięła pod uwagę zasadę ciężaru dowodowego, który spoczywa na podmiocie, który wywodzi określone skutki prawne z faktów, na które wskazuje. Ten ciężar w przypadku postępowania odwoławczego, w którym wykonawca, podnosząc zarzuty odwołania dyskredytuje określone czynności dokonane lub zaniechane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując w tym zakresie na naruszenia przepisów ustawy Pzp, spoczywa na odwołującym się wykonawcy. Zamawiający zauważył, co uznał za bardzo istotne dla rozkładu ciężaru dowodu w niniejszej sprawie, że Odwołujący w ogóle nie uprawdopodobnił tego, że przedmiotowa decyzja Zamawiającego (zaprojektowany podział zamówienia na części) w jakikolwiek sposób utrudnia uczciwą konkurencję. Zarzut Odwołującego jednoznacznie natomiast wskazuje, że to Odwołujący usiłuje wykorzystać przedmiotowe odwołanie (i jednocześnie Izbę) do takiego ukształtowania postępowania, w którym szanse innych potencjalnych wykonawców praktycznie zostaną wyeliminowane.*

Reasumując, Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującego w zakresie stawianego zarzutu w pkt. 1 odwołania dotyczącego wyłączenia możliwości składania przez wykonawców oferty na więcej niż jedną część zamówienia.

Ad 2. i 3.

W opinii Zamawiającego odwołanie w zakresie żądań przedstawionych w pkt 2 - 3 jest przedwczesne, gdyż między innymi z powodu konieczności jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający przyjął jako tryb postępowania negocjacje z



ogłoszeniem. Zamawiający podał, że w § 3 ust. 2 i 3 SIWZ określił, że treść niniejszej specyfikacji może ulec zmianie w zakresie, który był przedmiotem negocjacji z wykonawcami, przeprowadzonymi na podstawie złożonych ofert wstępnych, zaś zmiany, przekazane zostaną wszystkim wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert zawierających cenę. Ponadto w § 7 ust. 2 SIWZ w następujący sposób określił przedmiot negocjacji: *Wykonawcy będą indywidualnie zapraszani do rozmów w sprawie doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia, a także warunków umowy w sprawie zamówienia, w szczególności związanych z warunkami świadczenia usług, płatnościami, terminami cząstkowymi oraz okolicznościami panującymi u zamawiającego, tzn. zasadami udostępnienia obiektów i własnej infrastruktury.*

Jednocześnie Zamawiający zauważył, że żądania Odwołującego przedstawione w pkt 2-3 mają charakter blankietowy, gdyż Odwołujący *wnosi o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia o informacje określone w uzasadnieniu odwołania, które nie wskazują na treść tego żądania.* Zdaniem Zamawiającego rozpatrując je łącznie z zarzutami określonymi przez Odwołującego, trudno byłoby uczynić zadość tym żądaniom. Zamawiający dodał, że to rolą Odwołującego, a nie Izby, jest formułowanie żądań w treści odwołania i wskazywanie podstaw prawnych je uzasadniających. Izba nie może za Odwołującego formułować treści oczekiwanych zmian postanowień SIWZ. Zdaniem Zamawiającego ocena zarzutów dotyczących SIWZ podniesionych w ramach odwołania dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań, co do jego nowej treści. Na poparcie powyższego należy Zamawiający powołać się na orzeczenia Izby w sprawach o sygn. akt: KIO 657/12 i KIO 402/11.

Reasumując, zdaniem Zamawiającego zarzuty przedstawione w pkt. 2-3 odwołania będą tematem negocjacji i przedstawianie ich na tym etapie jest przedwcześnie.

Zamawiający dodał, że nie podziela stanowiska Odwołującego w zakresie stawianych zarzutów w pkt 2 i 3 odwołania.

Ad 2.

Zamawiający przypomniał, że jego głównym zadaniem jest zabezpieczenie funkcjonowania Sił Zbrojnych oraz zobowiązań sojusznicznych w zakresie łączы telekomunikacyjnych. W związku z tym, że jednostki wojskowe są przenoszone, rozformowywane, modernizowane, Zamawiający musi mieć możliwość zawieszania funkcjonowania łączы lub jego wyłączenia, bądź też zmiany zakończeń łączы. Powyższe, Zamawiający zastrzegł sobie w § 11 ust. 2 pkt. 1 ppkt j) SIWZ, prosząc potencjalnych Wykonawców o uwzględnienie w cenie łączы nakładów inwestycyjnych oraz ryzyka związanego z prowadzoną działalnością.

Odnośnie zarzutu braku podania w opisie przedmiotu zamówienia lokalizacji punktów dostępowych (PD) oraz braku podania lokalizacji, w których będą uruchamiane odcinki doprowadzeniowe oraz terminów ich realizacji – Zamawiający przypomniał, że zgodnie z §5 wzoru umowy, wykonawca w ramach umowy będzie zobowiązany do wybudowania na własny koszt 25 / 40 punktów dostępowych (PD) do swojej sieci telekomunikacyjnej w uzgodnionych przez Strony obiektach telekomunikacyjnych wykonawcy. Na tym etapie postępowania Zamawiający nie zna lokalizacji, w których Wykonawca posiada swoje obiekty telekomunikacyjne, w związku z tym nie może wskazać listy lokalizacji do wybudowania punktów dostępowych przez wykonawców.

Według Zamawiającego podobna sytuacja dotyczy odcinków doprowadzeniowych łączy, gdzie Zamawiający nie może na tym etapie podać lokalizacji w których będą uruchamiane ww. odcinki doprowadzeniowe ze względu na fakt, że nieznaną jest przyszły wykonawca i tym samym Zamawiający nie wie czy ma on w danej lokalizacji odcinek doprowadzeniowy.

Termin realizacji punktów dostępowych i odcinków doprowadzeniowych został jednak określony przez Zamawiającego na co najmniej 18 miesięcy przed planowanym terminem ich uruchomienia. Szczegóły dotyczące lokalizacji i terminów zostaną określone w trakcie negocjacji.

Pomijając powyższe, Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że nie wszystkie elementy zakwestionowane przez Odwołującego będą mogły być pozytywnie rozstrzygnięte w trakcie negocjacji, gdyż pewien element niepewności zawsze pozostanie, co przy niniejszym zamówieniu jest rzeczą całkiem naturalną. Nie bez przyczyny zamówienie jest prowadzone w trybie zamówień związanych z obronnością i bezpieczeństwem państwa. Przykładowo, nie są na chwilę obecną znane wszystkie lokalizacje, w których potrzeba będzie zapewnienia łączności, jak również nie są znane lokalizacje, w których łączność dla Sił Zbrojnych RP nie będzie musiała być permanentnie dostarczana (z różnych względów operacyjnych i strategicznych). Zamawiający wyraził nadzieję, że negocjacje pozwolą bardziej zobrazować specyfikę działania Sił Zbrojnych (a właściwie potrzeby Zamawiającego względem potencjalnych wykonawców). Jednocześnie według Zamawiającego Odwołujący powinien ją znać i rozumieć jako podmiot obecnie realizujący przedmiotową usługę na rzecz Zamawiającego.

Zamawiający nie zgodził się z oceną Odwołującego, że z ww. przyczyn będzie konieczność istotnej modyfikacji zakresu świadczenia wykonawcy, gdyż Odwołujący doskonale wie, że zakres podlegający modyfikacjom jest niezmiernie wąski, co potwierdza sam fakt świadczenia przez Odwołującego usługi na rzecz Zamawiającego na podstawie

## Sygn. akt KIO 1589/14

obecnie trwającej umowy. Restrukturyzacja Sił Zbrojnych RP są kwestią oczywistą, niemniej jest też oczywiste, że na obecnym etapie rozwoju Sił Zbrojnych RP nie przewiduje się ani licznej likwidacji jednostek wojskowych (są to zaledwie sporadyczne przypadki), ani tym bardziej tworzenia jednostek wojskowych w miejscach (infrastrukturze), która dotychczas nie byłaby przez wojsko wykorzystywana.

Ad 3.

Odnosząc się do zarzutu. braku informacji na temat. możliwości zainstalowania łączy w lokalizacjach, w których Zamawiający nie jest właścicielem budynku, jak również brak zobowiązania Zamawiającego do udostępnienia sieci wewnętrznej lub możliwości jej wybudowania – Zamawiający oświadczył, że przyjął tryb postępowania negocjacji z ogłoszeniem dla doprecyzowania i uszczegółowienia w trakcie negocjacji zapisów SIWZ w tym zakresie.

Zamawiający poinformował jednak, że:

- prawa do dysponowania nieruchomościami (budynkami), w których będą uruchamiane łącza wskazane w załącznikach nr 1 i 2 do wzoru umowy, posiada resort obrony narodowej;
- sprawy dotyczące udostępnienia sieci wewnętrznej lub możliwości jej wybudowania w obiektach, w których zostaną zakończone ww. łącza określa Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 12 października 2005 r. w sprawie szczegółowych warunków wykonywania działalności telekomunikacyjnej (Dz. U. Nr 207 poz. 1736 oraz z 2014 r. poz. 373).

Ad 4.

Zamawiający oświadczył, że uznaje zarzut z pkt 4 odwołania – dotyczący zaniechania określenia minimalnego zakresu świadczenia, jaki wykonawca zobowiązany będzie zrealizować na rzecz Zamawiającego w związku z przewidzeniem możliwości wypowiedzenia umowy z 12-miesięcznym okresem wypowiedzenia.

W związku z powyższym Zamawiający poprawił zapisy § 13 ust. 1 wzoru umowy w następujący sposób:

*Każdej ze Stron przysługuje prawo do rozwiązania Umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności, z zachowaniem 12-miesięcznego okresu wypowiedzenia, ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego. Wypowiedzenie może być złożone najwcześniej dnia 01.12.2015 r.*

Ad 5.

Zamawiający oświadczył, że uznaje zarzut wyszczególniony przez Odwołującego w pkt. 5 odwołania – dotyczący nieprecyzyjnej i podlegającej rozszerzającej interpretacji przesłanki rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym.

W związku z powyższym, Zamawiający poprawił zapisy § 13 ust. 3 wzoru umowy w następujący sposób:

*Zamawiający może rozwiązać Umowę ze skutkiem natychmiastowym w przypadku istotnych i rażących naruszeń jej zapisów oraz nienależytego wykonania Umowy przez Wykonawcę o charakterze rażącym, a Wykonawca nie poprawił realizacji Umowy po dwóch pisemnych wezwaniach do jej należytego wykonania, jak również w innych sytuacjach przewidzianych w Umowie. Wykonawca nie jest odpowiedzialny względem Zamawiającego, jeżeli sytuacje wskazane w zdaniu poprzedzającym powstały z przyczyn działania siły wyższej określonej w załączniku nr 6 oraz z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.*

Zamawiający zwrócić jednak uwagę, że niemożliwe jest sformułowanie zamkniętego katalogu przesłanek, które skutkowałyby koniecznością rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym. Dla Zamawiającego oczywiste jest również, że organizując przedmiotowe postępowanie o zamówienie publiczne zainteresowany jest jak najlepszą realizacją zamówienia, a drobne uchybienia nie będą uzasadniały rozwiązywania umowy.

Ad 6.

Zamawiający oświadczył, że uznaje zarzut z pkt 6 – dotyczący żądania przedkładania przez wykonawcę projektów umów z podwykonawcami, celem uzyskania zgody Zamawiającego, jak również żądania przedkładania przez wykonawcę dowodów zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy.

W związku z powyższym Zamawiający wykreślił zapisy § 11 ust. 3 -11 wzoru umowy.

Pismem z 7 sierpnia 2014 r. Zamawiający poinformował, że 6 sierpnia 2014 r. przesłał faksem kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

8 sierpnia 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło – w formie pisemnej {pismo z 8 sierpnia 2014 r.} – zgłoszenie przez Netia S.A. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wywiódł w ww. piśmie, że jego przystąpienie do postępowania odwoławczego jest w pełni uzasadnione i konieczne w celu ochrony jego interesu, przejawiającego się w możliwości uzyskania zamówienia, gdyż: po pierwsze – Zamawiający nie uwzględnił w opisie przedmiotu zamówienia okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co potwierdzają zarzuty postawione w pkt 2 - 5 odwołania; po drugie –

Zamawiający w sposób nieuprawniony żąda przedkładania przez wykonawcę projektów umów z podwykonawcami celem uzyskania jego zgody, jak również dowodów zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, w sytuacji gdy przedmiotem zamówienia nie są roboty budowlane, a Zamawiający nie ponosi wraz z wykonawcą solidarnej odpowiedzialności za zapłatę tego wynagrodzenia.

Przystępujący podsumował, że ma interes w rozstrzygnięciu odwołania w zakresie zarzutów z pkt 2 - 6 na korzyść Orange.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Izba uznała za niezasadny wniosek Zamawiającego o

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska, z tą zmianą, że Odwołujący wycofał zarzuty 5 i 6 odwołania, potwierdzając, że Zamawiający zmienił w tym zakresie s.i.w.z. w sposób odpowiadający żądaniom Odwołującego w tym zakresie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o którego udzielenie może się ubiegać. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp mogą narażać na szkodę Odwołującego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii

poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, to jest przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu oraz s.i.w.z., a także z protokołu postępowania

Izba wzięła również pod uwagę wyjaśnienia treści s.i.w.z. oraz zmiany s.i.w.z. udzielone oraz wprowadzone przez Zamawiającego 12 sierpnia 2014 r., czyli po wniesieniu odwołania. Izba ustaliła, że zawierają one zmiany, na które powołał się Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Izba stwierdziła, że załączone do odpowiedzi na odwołanie dokumenty {*Wykaz lokalizacji, w których Orange Polska wykorzystuje infrastrukturę telekomunikacyjną Zamawiającego (kable telekomunikacyjne lub kanalizacja teletechniczna) w tym infrastruktura wraz z podejściami na terenie kompleksów wojskowych*} wraz z wnioskami o takie udostępnienie infrastruktury i odpowiedziami Zamawiającego} dotyczą bezspornej okoliczności, że Orange aktualnie świadcząc usługę stanowiącą przedmiot zamówienia na rzecz Zamawiającego, w 101 lokalizacjach wykorzystuje również infrastrukturę telekomunikacyjną Zamawiającego, w szczególności na terenie kompleksów wojskowych.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i poczynione ustalenia faktyczne w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na potwierdzenie się jednego z zarzutów.

Zawarte w odwołaniu i podtrzymane zarzuty można podzielić na dwie zasadnicze grupy: po pierwsze – zarzuty związane z wyłączeniem przez Zamawiającego możliwości składania oferty na obie części zamówienia, co zostało wprowadzone w ogłoszeniu o zamówieniu i podtrzymane w s.i.w.z., po drugie – zarzuty związane z opisem przedmiotu zamówienia zamieszczonym przez Zamawiającego w s.i.w.z.

I.

W ocenie składu orzekającego Izby odwołanie zawiera w istocie dwa alternatywne zarzuty, z którymi zostały skorelowane odmienne żądania. Po pierwsze – zarzut dotyczący wyłączenia przez Zamawiającego możliwości składania oferty na obie części zamówienia – co miałyby naruszać art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 83 ust. 1 ustawy pzp – powiązany z domaganiem się przez Odwołującego zniesienia takiego ograniczenia. Po drugie – zarzut dotyczący braku wprowadzenia wymagania odrębności infrastruktury i podejścia w odniesieniu do każdej z warstw, czyli dla każdej części zamówienia – co również miałyby naruszać art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 83 ust. 1 ustawy pzp – z jednoczesnym domaganiem się przez Odwołującego wprowadzenia takiego wymagania do opisu przedmiotu zamówienia.

Zdaniem składu orzekającego Izby oba te zarzuty mają odrębny charakter, a Odwołujący powiązał je wyłącznie z tego powodu, aby sprawić wrażenie, że skarży wyłącznie ograniczenie możliwości składania oferty na jedną część z powodu okoliczności objętych drugim zarzutem, który w istocie dotyczy wadliwego – zdaniem Odwołującego – opisu przedmiotu zamówienia.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego w takim zakresie, że uznała pierwszy z wyszczególnionych powyżej zarzutów za podniesiony z przekroczeniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1 pzp, a ponieważ odwołanie zawierające wyłącznie taki zarzut podlegałoby odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, zarzut ten należało pozostawić bez rozpoznania. Bezsporną okolicznością jest, że w ogłoszeniu o zamówieniu, które zostało opublikowane i zamieszczone w połowie maja 2014 r. {dokładne daty podano na wstępie niniejszego uzasadnienia} ujawniono zarówno podział zamówienia na części, jak i to, że oferty można składać w odniesieniu do tylko jednej części {Sekcja II. 1.8) ogłoszenia o zamówieniu dotycząca części zamówienia. Bezpodstawne są również twierdzenia Odwołującego z rozprawy, że nie wiadomo było co obejmują poszczególne części, gdyż ogłoszenie zawiera również informacje o częściach zamówienia, które nie ograniczają się tylko do podania ich nazwy {część nr 1: *Dzierżawa łączy telekomunikacyjnych w warstwie transportowej na potrzeby wojskowego systemu telekomunikacyjnego z uwzględnieniem potrzeb obronnych i bezpieczeństwa państwa – warstwa I*; część nr 2 – *Dzierżawa łączy telekomunikacyjnych w warstwie transportowej na potrzeby wojskowego systemu telekomunikacyjnego z uwzględnieniem potrzeb obronnych i bezpieczeństwa państwa – warstwa II*}, ale również zawierają krótki opis, analogiczny dla każdej z części {*Dzierżawa łączy telekomunikacyjnych w warstwie transportowej na potrzeby wojskowego systemu telekomunikacyjnego z uwzględnieniem potrzeb obronnych i bezpieczeństwa państwa oraz: 1) udostępnienie sygnału synchronizacyjnego w punktach styku sieci; 2) uruchomienie systemu monitoringu łączy; 3) wybudowanie punktów dostępowych do sieci telekomunikacyjnej wykonawcy; 4) uruchomienie odcinków doprowadzeniowych łączy.*} Odwołujący nie zakwestionował w stosownym terminie wprowadzonego przez Zamawiającego już w ogłoszeniu o zamówieniu ograniczenia możliwości składania ofert do jednej części zamówienia. Co więcej, argumentacja odwołania świadczy o tym, że Odwołujący uznawał takie ograniczenie za uzasadnione, przyjmując założenie, że każda z warstw będzie realizowana w oparciu o odrębną infrastrukturę telekomunikacyjną.

Założenie to – po otrzymaniu wraz z s.i.w.z. uszczegółowionego opisu przedmiotu zamówienia – okazało się błędne, stąd Odwołujący zawarł w odwołaniu zarzut wadliwego –

gdyż nieprzewidującego wykorzystania dla każdej z warstw odrębnej infrastruktury sprzętowej – opisu przedmiotu zamówienia, który to zarzut podlega rozpoznaniu.

W pierwszej kolejności należy odnotować, że pomimo wskazania na wstępie odwołania, że miałyby to naruszać art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 83 ust. 1 ustawy pzp, ostatni z wymienionych przepisów dotyczy możliwości dopuszczenia przez zamawiającego złożenia oferty wariantowej, jeżeli cena nie jest jedynym kryterium wyboru, co w oczywisty sposób nie ma związku z przedmiotową sprawą. Odwołującemu prawdopodobnie chodziło o art. 83 ust. 2 *{Zamawiający może dopuścić możliwość składowania oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny}* lub ust. 3 *{W przypadku, o którym mowa w ust. 2, wykonawca może złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia, chyba że zamawiający określi maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca.}* ustawy pzp, jednak odwołanie nie zawiera żadnych okoliczności wskazujących na naruszenie tych przepisów przez Zamawiającego. W szczególności należy zauważyć, że art. 83 ust. 2 pzp uzależnia dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych wyłącznie od obiektywnej okoliczności podzielności przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie twierdził, że przedmiot zamówienia w tym postępowaniu ma charakter niepodzielny. Natomiast subiektywna ocena Odwołującego, że dokonany przy takiej podzielności podział na części jest fikcją, w żaden sposób nie wskazuje na naruszenie tego przepisu. Podobnie odwołanie nie zawiera żadnych okoliczności dotyczących naruszenia art. 29 ust. 1 pzp, gdyż na podstawie uzasadnienia odwołania nie sposób stwierdzić nawet, czy brak wymagania .miałby być przejawem opisu niejednoznacznego i niewyczerpującego, bez użycia dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń lub bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W istocie uzasadnienie odwołania zawiera wyłącznie sprecyzowanie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 pzp, które jednak sprowadza się do twierdzenia, że ograniczenie możliwości złożenia oferty tylko na jedną część zamówienia, przy jednoczesnym braku sformułowania w opisie przedmiotu zamówienia wymagania realizacji każdej z tych części w oparciu o odrębną infrastrukturę i podejścia, narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Czyli *de facto* art. 7 ust. 1 pzp, gdyż art. 29 ust. 2 pzp nie odnosi się do równego traktowania wykonawców, a stanowi konkretyzację zasady uczciwej konkurencji w kontekście opisu przedmiotu zamówienia. Jednakże odwołanie ponownie nie zawiera żadnych okoliczności wskazujących na to, aby dopuszczenie realizacji każdej z warstw przez dwóch różnych wykonawców w oparciu o tę samą infrastrukturę telekomunikacyjną miało utrudniać uczciwą konkurencję. Zamiast tego odwołanie przechodzi do powołania się na to, że dla wykazania naruszenia art. 29 ust. 2 pzp wystarczające jest,



aby wykonawca uprawdopodobnił, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję. W oczywisty sposób odwołanie nie zawiera żadnego uprawdopodobnienia w tym zakresie.

Natomiast przebieg postępowania odwoławczego wskazuje na to, że to Odwołujący, aktualnie realizujący na rzecz Zamawiającego usługę, która ma być podzielona na dwie części zamówienia, zmierza do utrzymania *status quo*, zmierzając w istocie do ograniczenia konkurencji. Okoliczność, że na skutek podziału przez Zamawiającego zamówienia na części Orange utraci część aktualnego stanu posiadania, w oczywisty sposób nie wskazuje na ograniczenie, a na potencjalne zwiększenie konkurencji pomiędzy wykonawcami. Ponadto zapewni Zamawiającemu dywersyfikację operatorów telekomunikacyjnych, co może być celem samym w sobie. W toku postępowania odwoławczego Odwołujący nie zaprzeczył podnoszonej przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie okoliczności, że Orange Poland {następca prawny Telekomunikacji Polskiej S.A.} jest podmiotem o znaczącej pozycji rynkowej w różnych aspektach działalności telekomunikacyjnej. Odwołujący nie zaprzeczał również twierdzeniu Zamawiającego, że uczynienie zadość żądaniu odwołania w istocie wyłączyłoby jakąkolwiek konkurencję, gdyż nawet Orange Polska jest zmuszona korzystać w pewnym zakresie z infrastruktury telekomunikacyjnej Zamawiającego. Ponieważ Odwołujący nie przedstawił żadnych okoliczności wskazujących na to, że sam jest zdolny do realizacji obu części zamówienia w oparciu o odrębną infrastrukturę telekomunikacyjną, wydaje się, że jedynym celem Odwołującego było zniesienie podziału na części zamówienia. Jednak brak możliwości skutecznego zakwestionowania takiego podziału wprost, spowodował sformułowanie zarzutu i żądania realizacji każdej z części zamówienia w oparciu o odrębną infrastrukturę telekomunikacyjną. W praktyce wyeliminowałoby jakąkolwiek konkurencję, gdyż nawet Przystępujący wyraźnie potwierdził na rozprawie, że w zakresie zarzutu wyszczególnionego w 1 pkt odwołania nie ma interesu w popieraniu Odwołującego. Uczynienie zadość oczekiwaniom Odwołującego naraziłoby Zamawiającego na konieczność rozstrzygnięcia dylematu, czy potrzeby obronności i bezpieczeństwa uzasadniają *de facto* uchylenie stosowania przepisów Prawa telekomunikacyjnego w zakresie instytucji opisanych w odpowiedzi na odwołanie.

II.

Zdaniem składu orzekającego Izby pozostałe podtrzymane zarzuty odwołanie podlegają oddaleniu, gdyż są przedwcześnie na etapie, w którym znajduje się przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia.

Istotne znaczenie ma, że przedmiotowe postępowanie prowadzono jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem, czyli w trybie, w którym, po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu,

zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych niezawierających ceny, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert {art. 54 pzp}. Co do zasady tryb negocjacji z ogłoszeniem stosuje się w sytuacji, gdy istnieją obiektywne trudności w opisanu przedmiotu zamówienia. W postępowaniu prowadzonym w tym trybie można wyszczególnić kilka etapów. Pierwszy, którego celem jest wyłonienie wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, tj. spełniających warunki udziału w postępowaniu, a który prowadzony jest na podstawie ogłoszenia o zamówieniu {kwalifikacja podmiotowa}. Drugi, w którym zamawiający ocenia oferty wstępne złożone na jego zaproszenie przez wykonawców pozytywnie zweryfikowanych w poprzednim etapie, pod kątem zgodności z przesłaną wraz z zaproszeniem s.i.w.z. Trzeci, w którym prowadzone są negocjacje odnośnie opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu itp. Czwarty, który ma prowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez wykonawców, z którymi zamawiający uprzednio prowadził negocjacje. Co istotne, negocjacje prowadzone w trzecim etapie mogą skutkować zmianą postanowień s.i.w.z. w zakresie doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy czym zmiany te nigdy nie mogą prowadzić do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia lub pierwotnych warunków zamówienia. Ponadto zamawiający może doprecyzować lub uzupełnić s.i.w.z. wyłącznie w takim zakresie, w jakim była ona przedmiotem negocjacji. {art. 58 ust. 2 w zw. z art. 59 ust. 1 i 2 pzp}

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że Odwołujący i Przystępujący są wykonawcami, którzy pozytywnie zweryfikowani w kwalifikacji podmiotowej na pierwszym etapie postępowania i zostali zaproszeni przez Zamawiającego do składania ofert wstępnych na podstawie załączonej do zaproszenia s.i.w.z. Niesporna jest również okoliczność, że w § 3 s.i.w.z. Zamawiający podał, po pierwsze – że w oparciu o tę s.i.w.z. należy złożyć oferty wstępne, a następnie, w odpowiedzi na oddzielne zaproszenie, uwzględniające efekty negocjacji, oferty zawierające ceny {ust. 1}; po drugie – że treść tej s.i.w.z. może ulec zmianie w zakresie, który był przedmiotem negocjacji z wykonawcami, przeprowadzonymi na podstawie złożonych ofert wstępnych {ust. 2}; po trzecie – że zmiany te przekazane zostaną wszystkim wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert zawierających cenę. Natomiast z § 7 ust. 2 s.i.w.z. wynika, że rokowania będą dotyczyły doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia, a także warunków umowy w sprawie zamówienia, w szczególności związanych z warunkami świadczenia usług, płatnościami, terminami cząstkowymi oraz okolicznościami panującymi u Zamawiającego, tzn. zasad

udostępnienia obiektów i własnej infrastruktury. Zamawiający w treści przekazanej s.i.w.z. nie ograniczył zatem w żaden sposób zakresu przyszłych rokowań w stosunku do zakresu wynikającego z art. 58 ust. 2 pzp. Co więcej, Zamawiający potwierdził w odpowiedzi na odwołanie, że kwestie objęte zarzutami z pkt 2 - 4 odwołania będą przedmiotem negocjacji. Natomiast Odwołujący i Przystępujący nie przedstawili żadnych okoliczności świadczących o tym, że tak nie będzie.

Negocjacje prowadzone w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pojęcie opisu przedmiotu zamówienia należy rozumieć szeroko, tj. jako całokształt warunków składających się na przyszłe świadczenie wykonawcy, skoro w według art. 29 ust. 1 pzp zamawiający winien ująć w nim wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a więc obok sposobu wykonania zamówienia – warunki gwarancji i serwisu, wymagany termin wykonania zamówienia, warunki płatności i inne elementy, które wykonawca uwzględni, sporządzając ofertę. Oprócz przedmiotu zamówienia przedmiotem negocjacji mogą być również warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego, a więc obok podstawowych praw i obowiązków właściwych dla charakteru przyszłej umowy również inne elementy, jak np. warunki dotyczące ubezpieczenia kontraktu i zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Izba zważyła, że kwestie objęte zarzutami odwołania z pkt 2 - 4 mieszczą się w zakresie dopuszczalnych negocjacji, zarówno z punktu widzenia przywołanych powyżej przepisów ustawy pzp, jak i przywołanych powyżej postanowień s.i.w.z. Jednocześnie nie zostało wykazane, ani nawet podniesione, że zmiany opisu przedmiotu zamówienia i warunków umowy, których wprowadzenia domagali się Odwołujący i Przystępujący mogłyby prowadzić do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia lub pierwotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 59 ust. 1 pzp. W szczególności nie stanowi takiego wykazania podnoszenie przez Odwołującego, że niedokonanie zmian objętych zarzutami odwołania spowoduje naruszenie art. 140 ust. 1 lub art. 144 ust. 1 pzp. W toku postępowania odwoławczego nie podniesiono również żadnych okoliczności, które pozwalałyby na stwierdzenie, że kwestie objęte zarzutami odwołania wpływają na możliwość złożenia oferty wstępnej. Wręcz przeciwnie zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie wykazywano wyłącznie, że dokonanie zmian objętych zarzutami i żądaniami jest konieczne dla możliwości dokonania adekwatnej wyceny przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tymczasem wycena przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem ostatecznego kształtu opisu przedmiotu zamówienia i warunków umowy, jest wyłącznie elementem ofert ostatecznych, które będą składane dopiero po zakończeniu negocjacji.

## **Sygn. akt KIO 1589/14**

Z uwagi na powyższe uwarunkowania Izba stwierdziła, że na obecnym etapie zajęcie jakiegokolwiek merytorycznego stanowiska odnośnie kwestii objętych zarzutami odwołania stanowiłoby niedopuszczalną ingerencję w przyszłe negocjacje pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami, która prowadziłaby do niedopuszczalnego zawężenia ich zakresu w stosunku do art. 58 ust. 2 w zw. z art. 59 ust. 1 i 2 pzp, a także § 3 ust. 2 w zw. z § 7 ust. 2 s.i.w.z. Dopiero w razie całkowitego lub częściowego fiaska tych rokowań dla Wykonawców, a więc niewprowadzenia przez Zamawiającego postanowień satysfakcjonujących Odwołującego lub Przystępującego, zarówno oni, jak i pozostali wykonawcy będą uprawnieni do wniesienia odwołania na ostateczną treść s.i.w.z.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

**Przewodniczący: .....**