

Sygn. akt: KIO 2411/13

KIO 2434/13

WYROK
z dnia 4 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2013 r. w Warszawie odwołań
wniesionych

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 11 października 2013 r. przez wykonawcę **NETIA S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13** (sygn. akt: KIO 2411/13)
- B. w dniu 15 października 2013 r. wykonawcę **Telekomunikacja Polska S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18** (sygn. akt: KIO 2434/13)

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Warszawa – Straż Miejską Miasta Stołecznego Warszawy, 01-170 Warszawa, ul. Młynarska 43/45**

przy udziale:

- 1) wykonawcy **GTS Poland Sp. z o. o., 02-674 Warszawa, ul. Marynarska 15** oraz wykonawcy **„TK Telekom” Sp. z o. o., 03-743 Warszawa, ul. Kijowska 10/12A** zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego: KIO 2411/13 po stronie Odwołującego,
- 2) wykonawcy **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13**, oraz wykonawcy **GTS Poland Sp. z o. o., 02-674 Warszawa, ul. Marynarska 15**, zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego: KIO 2434/13 po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu, tj. Gminie Miasto Warszawa – Straży Miejskiej Miasta Stołecznego Warszawy, dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:
 - 1.1. zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie terminu wykonania umowy, w taki sposób, aby wprowadzić dla wykonawców termin na uruchomienie usługi liczony od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na poziomie nie krótszym niż 90 dni;
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Warszawa – Straż Miejską Miasta Stołecznego Warszawy, 01-170 Warszawa, ul. Młynarska 43/45** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców: **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13** oraz **Telekomunikacja Polska S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18** tytułem należnych wpisów od odwołań,
 - 2.2 zasądza od **Gminy Miasto Warszawa – Straż Miejska Miasta Stołecznego Warszawy, 01-170 Warszawa, ul. Młynarska 43/45** na rzecz: **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13** kwotę: **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.3 zasądza od **Gminy Miasto Warszawa – Straż Miejska Miasta Stołecznego Warszawy, 01-170 Warszawa, ul. Młynarska 43/45** na rzecz: **Telekomunikacji Polskiej S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18** kwotę: **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2411/13
KIO 2434/13

Uzasadnienie

KIO 2411/13

Zamawiający, Gmina Miasto Warszawa – Straż Miejska Miasta Stołecznego Warszawy prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest świadczenie usług telekomunikacyjnych dla Straży Miejskiej.

W dniu 5 października 2013 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 194-334625 opublikowano ogłoszenie o zamówieniu. W tym samym dniu zamawiający udostępnił na swojej stronie specyfikację istotnych warunków zamówienia [dalej także, jako „SIWZ”].

W dniu 11 października 2013 r., wobec treści ogłoszenia oraz postanowień SIWZ odwołanie wniósł wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie zarzucając zamawiającemu, iż ustalenie przez zamawiającego terminu rozpoczęcia świadczenia usług poprzez wskazanie na konkretną datę kalendarzową narusza art. 7 i 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907), [dalej także, jako „Pzp”]. Odwołujący podnosił, iż 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, jego zdaniem 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. Odwołujący wskazywał, że o ile znana jest data końcowa świadczenia usług to nikt obecnie nie jest w stanie stwierdzić, kiedy wykonawca będzie mógł rozpocząć budowę sieci IP VPN/MPLS. Odwołujący wskazywał również na skalę przedsięwzięcia i jego zakres oraz konieczność wykonania szeregu czynności przygotowawczych przed rozpoczęciem świadczenia usług, w tym przedstawienia harmonogramu prac i przedstawienia projektu technicznego. Podnosił również, iż najbardziej kluczowy i pracochłonny etap to fizyczna budowa sieci kablowej czy radiowej i związana z tym konieczność uzyskania stosownych pozwoleń w drodze decyzji administracyjnych. W ocenie odwołującego powyższe czynności wykonawca miałby wykonać w terminie, którego początkowa data nie jest znana, a przecież

wszystkie wyżej wskazane czynności będą mogły być realizowane najwcześniej w dniu zawarcia z zamawiającym umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazywał, iż 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 łączy dowiązane do lokalizacji zamawiającego świadczy już usługi, 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 realizacji. Odwołujący wnosil, o zmianę pkt 5 w części II SIWZ oraz § 3 projektu umowy na następujący: „Rozpoczęcie świadczenia usług w terminie 90 dni od dnia zawarcia umowy z Zamawiającym.”

Stawiając wskazane na wstępie zarzuty naruszenia art. 7 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp odwołujący wskazywał również na nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1 zawarty w załączniku nr 8.1. do SIWZ. Odwołujący podnosił, iż zamawiający wymaga świadczenia usługi udostępnienia sieci teletransmisyjnej do przesyłu danych. Dopuszcza tu, jak wskazuje pkt 1 załącznika 8.1., korzystanie z wydzielonej operatorskiej sieci IP MPLS i/lub dedykowanych przewodowych łączy światłowodowych. Jednak, jak wynika z analizy postanowień tego załącznika, wprowadzają one wykluczające się nawzajem wymagania, a także pomijają istotne dla świadczenia usług elementy. Odwołujący wskazywał, iż w pkt 3 załącznika wymagane jest połączenie lokalizacji Straży Miejskiej łączy w technologii punkt - punkt. Tymczasem w pkt 13 załącznika zamawiający przedstawia 19 lokalizacji bez wskazania, w jakich relacjach mają być one połączone. Tabela przedstawiona w pkt 13 wskazuje na sposób połączenia lokalizacji typu full-mesh, a nie typu punkt – punkt, jak wymaga to pkt 3 załącznika. Ponadto, żądanie świadczenia usługi w technologii punkt - punkt wymaga wskazania przepływności łączy na odcinku między dwoma punktami. Natomiast tabela w pkt 13 wskazuje przepływność nie dla danego łączy, tylko dla portu w danej lokalizacji. Tego typu wskazanie jest charakterystyczne dla topologii sieci full-mesh. Zdaniem odwołującego także w opisie warstwy technicznej wykonania przedmiotu zamówienia zamawiający wprowadza wykluczające się wymagania. Ma to miejsce w pkt 6 i 7 załącznika. Odwołujący wskazywał, iż „(...) Zamawiający w pkt 1 załącznika dopuścił wykonanie przedmiotu zamówienia na bazie sieci IP MPLS, tj. w warstwie 3 (tzw. sieciowej). Dopuszczył także wykonanie tego przedmiotu za pomocą łączy światłowodowych, tj. w warstwie 2 (tzw. łączy danych). Wydawać by się mogło, że dopuścił alternatywne sposoby wykonania przedmiotu zamówienia. Jednakże już pkt 6 ogranicza to wymaganie tylko do warstwy 2, a w pkt 7 wymaga, aby każde łączy punkt – punkt umożliwilo transmisję ruchu sieciowego za pomocą czterech technologii stosowanych przez Zamawiającego. Wszystkie te technologie

wskazane w pkt 7 ppkt a)-d) są technologiami charakterystycznymi dla warstwy 2. Z tego względu wykonanie przedmiotu zamówienia w sieci IP MPLS (warstwa 3) nie będzie spełniało wymagań Zamawiającego.” Mając na względzie powyższe odwołujący żądał wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1 Załącznik nr 8.1. do SIWZ jednoznacznych, dokładnych i niesprzecznych wymagań dotyczących świadczenia usługi sieci teletransmisyjnej.

KIO 2434/13

W dniu 15 października 2013 r., również wobec treści ogłoszenia oraz postanowień SIWZ odwołanie wniósł wykonawca Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7, art. 29 ust. 1, w związku z art. 34 ust.5 ustawy, poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający przygotowanie oferty, polegający na zastrzeżeniu prawa opcji, polegającego na uruchamianiu usług w nowych lokalizacjach, bez uwzględniania technicznych możliwości takich zmian, oraz kosztów, jakie z tego tytułu poniesie wykonawca;
- 2) art. 7 oraz art. 29 ust. 1 ustawy, poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia. Uniemożliwiający przygotowanie oferty, polegający na:
 - a) alternatywnym określeniu lokalizacji świadczenia usług;
 - b) wskazaniu terminu realizacji zamówienia w sposób uniemożliwiający realizację zamówienia, a jednocześnie uniemożliwiający określenie czasu, jaki wykonawca będzie potrzebował na uruchomienie usługi;
 - c) nieprawidłowym wskazaniu wymagań dotyczących sposobu świadczenia usług sieci teleinformatycznej w zakresie topologii sieci, oraz warstw modelu OSI.

W uzasadnieniu, odwołujący powołując się na postanowienia części SIWZ, pkt 2 w zakresie zadania 1 jak i analogiczne postanowienia w zakresie zadania nr 3, wskazywał, iż ze względu nieprecyzyjne określenie prawa opcji przez zamawiającego, nie jest możliwe nawet szacunkowe określenie kosztów ewentualnych prac. Ponieważ zakres takich inwestycji jest niemożliwy do przewidzenia na etapie przygotowania oferty, a ich koszt może przewyższać wartość wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi w danej lokalizacji, wskazywane postanowienia, uniemożliwiają należytą kalkulację oferty i obciążają wykonawców niemożliwym do oszacowania ryzykiem. Tym samym w ocenie odwołującego nie jest możliwa wycena „przeniesienia łącza” do innej lokalizacji. W związku z powyższym

odwołujący wnosilo nakazanie modyfikacji postanowień SIWZ dotyczących prawa opcji zarówno dla Zadania nr 1 jak dla Zadania nr 3.

Odnosnie alternatywnego określenia przez zamawiającego lokalizacji świadczenia usług, odwołujący podnosił, iż tak sformułowany opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia przygotowanie oferty i jest wewnętrznie sprzeczny z innymi postanowieniami specyfikacji w szczególności z cz. II ust. 5 SIWZ, dotyczącym terminu świadczenia usług. Jeśli bowiem zamawiający planuje, dopiero, w ramach zamówienia, którego dotyczy odwołanie, wykonać przeniesienie wskazanych lokalizacji do nowych miejsc ich świadczenia to błędna jest data przeniesienia, skoro świadczenie usług zgodnie z SIWZ ma się rozpocząć dopiero w dniu 1 stycznia 2014 r. Jeśli natomiast postanowienia te odnoszą się do obecnej infrastruktury zamawiającego, są one niezgodne z art. 29 ust. 1 Pzp ponieważ, nie uwzględniają wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty.

Wobec powyższego odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu modyfikacji załącznika nr 8.3 do SIWZ zawierającego opis przedmiotu zamówienia dla Zadania nr 3 w następujący sposób:

„ - jeśli przeniesienie ma nastąpić na podstawie umowy, będącej przedmiotem zamówienia, Odwołujący wnosi o wskazanie terminu, w którym Zamawiający może zwrócić się o przeniesienie wskazanych lokalizacji, czasu realizacji przeniesienia lokalizacji do nowego miejsca świadczenia usług, ewentualnie określenia, że przeniesienie lokalizacji ma zostać dokonane w ciągu 90 dni od złożenia oświadczenia przez Zamawiającego, jak również wskazanie zakresu przenoszonych usług, tj. konfiguracji lokalizacji, które mają zostać przeniesione;

- jeśli przeniesienie planowane jest na podstawie obecnie trwającej umowy, Odwołujący wnosi o wskazanie, czy przeniesienie jest planowane, czy też potwierdzone i dojdzie do niego na pewno, a także, o wskazanie, które lokalizacje ma przyjąć dla przygotowania oferty (które będą wykorzystywane przez Zamawiającego, w okresie realizacji umowy)”.

W zakresie wskazania terminu realizacji zamówienia w sposób uniemożliwiający realizację zamówienia oraz w sposób uniemożliwiający określenie czasu, jaki wykonawca będzie miał na uruchomienie usługi odwołujący podnosił, iż postanowienie cz. II ust. 5 pkt 2 SIWZ nie uwzględnia wszystkich okoliczności niezbędnych do przygotowania oferty. Odwołujący wskazywał, iż wykonawca nie jest w stanie określić czasu, jakim będzie dysponował na uruchomienie świadczenia usług. W zależności od czasu trwania postępowania i możliwości zawarcia umowy, zmienia się czas na przygotowanie do świadczenia usług. Odwołujący podnosił, że nawet gdyby wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił w dniu składania ofert, co wydaje się prawie niemożliwe, to uwzględniając okres „*stand still*” wykonawca miałby niecałe 40 dni na przygotowanie infrastruktury do świadczenia

usług, co jest nierealne biorąc pod uwagę rozmiar przedsięwzięcia. Dodatkowo odwołujący wskazywał również, że w sytuacji zawarcia umowy po 1 stycznia 2014 r., postanowienia, co do terminu rozpoczęcia świadczenia usług staną się wzajemnie sprzeczne.

Wobec powyższego odwołujący wnosił o zmianę postanowień SIWZ w zakresie terminu rozpoczęcia świadczenia usług poprzez zastrzeżenie, że ich rozpoczęcie nastąpi w terminie 90 dni od dnia podpisania umowy.

Odnosnie nieprawidłowego wskazania wymagań dotyczących sposobu świadczenia usług sieci teleinformatycznych w zakresie topologii sieci oraz warstw modelu OSI odwołujący podnosił, iż „(...) Zamawiający w Załączniku nr 8.1 do SIWZ, wymaga świadczenia usługi udostępnienia sieci teletransmisyjnej do przesyłu danych. Dopuszcza tu, jak wskazuje punkt 1 załącznika 8.1, korzystanie z wydzielonej operatorskiej sieci IP MPLS i/lub dedykowanych przewodowych łączy światłowodowych. Jednakże dalsze postanowienia tego załącznika wprowadzają wykluczające się nawzajem wymagania.

W pkt 3 załącznika, Zamawiający wymaga realizacji połączenia lokalizacji Straży Miejskiej m.st. Warszawy, wysokowydajnymi łączami w technologii punkt-punkt, tymczasem w tabeli przedstawionej w punkcie 13, Zamawiający przedstawia 19 lokalizacji bez wskazania, w jakich relacjach mają być one połączone. Tabela przedstawiona w punkcie 13 wskazuje na sposób połączenia lokalizacji w topologii typu full-mesh, a nie typu punkt-punkt, jak jest to wymagane w punkcie 3 załącznika. Ponadto, żądanie świadczenia usługi w topologii punkt-punkt wymaga wskazania przepływności łącza na odcinku między dwoma punktami. Natomiast tabela w punkcie 13 wskazuje przepływność nie dla danego łącza, tylko dla portu w danej lokalizacji. Ten zapis wskazuje na zastosowanie topologii typu full-mesh.

W Załączniku nr 8.1 do SIWZ, Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wprowadził wykluczające się wymagania w zakresie warstwy technicznej. Zamawiający w punkcie 1 załącznika dopuścił wykonanie przedmiotu zamówienia na bazie sieci IP MPLS, tj. w warstwie 3 modelu OSI i/lub dedykowanych przewodowych łączach światłowodowych, odseparowanych od sieci Internet, tj. w warstwie 2 modelu OSI. Jednakże w punkcie 6, Zamawiający wymaga realizacji wszystkich łączy bez ograniczeń w warstwie 2, a ponadto w punkcie 7 wskazuje na dostarczenie przez Wykonawcę usługi sieci teletransmisyjnej do przesyłu danych za pomocą VPLS (Virtual Private LAN Service), czyli budowy sieci VPN w warstwie drugiej. W związku z czym, realizacja przedmiotu zamówienia w oparciu o sieć IP MPLS nie będzie spełniała wymagań Zamawiającego.”

Mając na względzie powyższe, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu postanowień SIWZ poprzez zawarcie w opisie przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1 - Załącznik nr 8.1 SIWZ - jednoznacznych, dokładnych, i wzajemnie niesprzecznych wymagań dotyczących świadczenia usługi sieci teletransmisyjnej.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający Straż Miejska miasta stołecznego Warszawy prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest świadczenie usług telekomunikacyjnych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 października 2013 r., pod numerem 2013/S 194-334625.

Zgodnie z częścią II pkt. 1 ppkt 1 SIWZ przedmiotem zamówienia jest świadczenie na rzecz zamawiającego usług telekomunikacyjnych, a w szczególności: najem łączy bezpośrednich analogowych, teletransmisja danych, dostępu do teletransmisyjnej publicznej sieci rozległej „Internet” oraz kierowanie wywołań numeru alarmowego AUS 986. Zgodnie z ppkt 3 zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych w związku z czym przedmiot zamówienia został podzielony na cztery zadania:

- 1) Zadanie 1 – Usługa sieci teletransmisyjnej. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 8.1 do SIWZ. Ponadto w ramach przedmiotu zamówienia w zakresie zadania nr 1 zamawiający dopuścił opcję (możliwość) zwiększenia do 6 przeniesień łączy, usług oraz sprzętu telekomunikacyjnego w technologii zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia, w zakresie istniejącej infrastruktury, do innych lokalizacji.
- 2) Zadanie 2 – Dostęp do sieci teletransmisyjnej Internet. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 8.2 do SIWZ,
- 3) Zadanie 3 – Świadczenie usługi telefonicznej, faksowej na łączach analogowych i cyfrowych. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 8.3 do SIWZ. Ponadto w ramach przedmiotu zamówienia w zakresie zadania nr 3 zamawiający dopuścił opcję (możliwość) zwiększenia do 6 przeniesień polegających na wyposażeniu łączy telekomunikacyjnych do innych lokalizacji. Opcjonalne zwiększenie przedmiotu zamówienia zostanie zastosowane pod warunkiem zmian w strukturach organizacyjnych zamawiającego.
- 4) Zadanie 4 – Obsługa numeru alarmowego AUS 986 oraz najem analogowych linii bezpośrednich. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 8.4 do SIWZ,.

Zgodnie z pkt 5 części II SIWZ zamawiający wskazał:

- 1) „Wymagany termin realizacji zamówienia od dnia zawarcia umowy do 31 grudnia 2016 roku lub do wyczerpania kwoty umowy (bez opcji lub z uwzględnieniem opcji).
- 2) Rozpoczęcie świadczenia usługi nastąpi od dnia zawarcia umowy, ale nie wcześniej niż od 1 stycznia 2014 r.

- 3) Od daty zawarcia umowy Wykonawca jest zobowiązany do podjęcia wszelkich działań i procedur umożliwiających rozpoczęcie świadczenia usług z dniem 1 stycznia 2014 r.”

Analogiczne zapisy dotyczące obowiązywania umowy, terminu rozpoczęcia świadczenia usług zawarte zostały we wzorach umów dla każdej z części. Ponadto w § 8 ust. 1 wzoru umowy zamawiający przewidział, iż w razie opóźnienia w wykonaniu przedmiotu zamówienia, a w szczególności z tytułu niedotrzymania terminu rozpoczęcia świadczenia usługi z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca jest zobowiązany do zapłacenia Zamawiającemu kary umownej w wysokości 0,2% wartości brutto umowy za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia. Modyfikacją z dnia 21 października 2013 r., zamawiający uzupełnił powyższy zapis o zdanie: „Wykonawca może zwolnić się z obowiązku zapłaty kary umownej, o której mowa w zdaniu poprzedzającym, jeżeli wykaże iż nie ponosi winy za naruszenie zobowiązań umownych, które stanowiły podstawę nałożenia kary.” Zapis taki zawarty został we wzorach umów dla każdej z części. Zgodnie z ust. 2 § 8 wzoru umowy zamawiający zastrzegł, że jeżeli opóźnienie w realizacji całości lub części przedmiotu zamówienia, wynikające z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, przekroczy 7 dni, Zamawiający ma prawo jednostronnie rozwiązać umowę ze skutkiem natychmiastowym, bądź po upływie okresu wypowiedzenia wskazanego w oświadczeniu o rozwiązaniu umowy.

Zgodnie z treścią załącznika nr 8.1 do SIWZ (pkt 1) w brzmieniu nadanym mu modyfikacją z dnia 21 października 2013 r., przedmiotem zamówienia objętego Zadaniem nr 1, jest „usługa udostępnienia sieci teletransmisyjnej do przesyłu danych zbudowanej na bazie wydzielonej operatorskiej sieci IP MPLS i /lub dedykowanych przewodowych łączach światłowodowych, odseparowanej od sieci Internet pomiędzy siedzibą główną zamawiającego wymienioną w pkt. 12 pozycja nr 1 w tabeli a pozostałymi lokalizacjami Zamawiającego wymienionymi w pkt. 12 pozycja nr 2-19 w tabeli”. W pkt od 5 do 8 w/w załącznika do SIWZ zamawiający postawił następujące wymagania:

„5. W przypadku realizacji Umowy w oparciu o dedykowane łącza, łącza te nie mogą posiadać ograniczeń w warstwie drugiej (L2), dotyczy to m.in. ilości adresów MAC, obsługi ramek typu Jumbo (pow. 9000 bajtów) oraz protokołów.

6. Zamawiający dopuszcza wykonanie przedmiotu umowy w oparciu o łącza umożliwiające transmisję ruchu za pomocą poniższych technologii:

- a) Carrier Supporting Carrier (CSC)
- b) MPLS, MPLS VPN (usługi w L2 i L3), VPLS;
- c) IEEE 802.1Q;
- d) IEEE 802.1AD.

7. Zamawiający będzie monitorował cały ruch na poszczególnych łączach za pomocą następujących technologii i protokołów: NetFlow oraz SNMP.

8. Poszczególne łącza muszą spełniać wymaganie funkcjonalne w warstwie 3 (L3):

- a) średni czas odpowiedzi [ang. round-trip time (RTT)] poniżej 10 ms;
- b) średnia wariancja opóźnienia pakietu IP - jitter (ang. IP Packet Delay Variation) nie może wynosić więcej niż 5 ms;
- c) współczynnik utraty pakietów (ang. IP Packet Loss Ratio) poniżej 0,1%.”

Ponadto zamawiający wskazał, iż usługa teletransmisji danych może się odbywać poprzez łącza kablowe światłowodowe lub zastosowanie technologii radiowej. Dodatkowo zamawiający opisał ramowe warunki wdrożenia i uruchomienia usług teletransmisji wskazując, iż prace winny obejmować m.in. następujące etapy:

- 1) Przedstawienie harmonogramu prac i zaakceptowanie go przez Zamawiającego,
- 2) Opracowanie projektu technicznego obejmującego szczegóły implementacyjne rozwiązań, w porozumieniu z Zamawiającym,
- 3) Instalacja i uruchomienia poszczególnych łącz,
- 4) Przeprowadzenie testów akceptacyjnych - walidacja rozwiązania (audyt konfiguracji względem opracowanego projektu implementacji),
- 5) Przełączenie ruchu produkcyjnego na nową infrastrukturę,
- 6) Opracowanie dokumentacji powykonawczej,
- 7) Zamawiający wymaga, aby w projekcie powykonawczym (części technicznej) całego systemu, znalazły się wszelkie składniki systemu, w tym także elementy, które były rekonfigurowane w celu poprawnej pracy całości rozwiązania,
- 8) Zamawiający dopuszcza prowadzenie prac wdrożeniowych w dni wolne od pracy po wcześniejszym uzgodnieniu terminu,
- 9) Zamawiający wspólnie z wykonawcą dokona przełączenia wszystkich dotychczasowych łącz na usługę świadczoną przez wykonawcę.

Zgodnie z treścią załącznika nr 8.3 do SIWZ (pkt 1) w brzmieniu nadanym mu modyfikacją z dnia 21 października 2013 r., przedmiotem zamówienia objętego Zadaniem nr 3, jest świadczenie usług telekomunikacyjnych w celu inicjowania i odbierania połączeń lokalnych i strefowych, międzymiastowych, międzynarodowych, do i z sieci komórkowych oraz uzyskania dostępu do służb ustawowo powołanych do niesienia pomocy za pomocą numerów ustalonych w krajowym i międzynarodowym planie numeracji telefonicznej. Ponadto zamawiający określił ramowe warunki wdrożenia i uruchomienia usług telefonicznych wskazując, iż prace winny obejmować m.in. następujące etapy:

- 1) Przedstawienie harmonogramu prac i zaakceptowanie go przez Zamawiającego,

- 2) Opracowanie projektu technicznego obejmującego szczegóły implementacyjne rozwiązań, w porozumieniu z Zamawiającym,
- 3) Instalacje i uruchomienie poszczególnych łącz,
- 4) Przeprowadzenie testów akceptacyjnych - walidacja rozwiązania (audyt konfiguracji względem opracowanego projektu implementacji),
- 5) Przełączenie ruchu produkcyjnego na nową infrastrukturę,
- 6) Opracowanie dokumentacji powykonawczej,
- 7) Zamawiający wymaga, aby w projekcie powykonawczym (części technicznej) całego systemu, znalazły się wszelkie składniki systemu, w tym także elementy, które były rekonfigurowane w celu poprawnej pracy całości rozwiązania,
- 8) Zamawiający dopuszcza prowadzenie prac wdrożeniowych w dni wolne od pracy po wcześniejszym uzgodnieniu terminu,
- 9) Zamawiający wspólnie z wykonawcą dokona przełączenia wszystkich dotychczasowych łącz na usługę świadczoną przez wykonawcę.

Treść postanowień ogłoszenia o zamówieniu jak i sformułowanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu leżą u podstaw zarówno odwołania wniesionego przez wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie jak i odwołania wniesionego przez wykonawcę Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.

Powyższe ustalenia Izba uznaje za wiążące odpowiednio w zakresie postępowania o sygn. akt KIO 2411/13 jak i postępowania o sygn. akt KIO 2434/13.

Izba ustaliła również, iż zamawiający w dniu 14 października 2013 r. wezwał wykonawców do zgłaszania przystąpień do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym przez wykonawcę Netia S.A. (KIO 2411/13). W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy: GTS Poland Sp. z o. o. oraz TK Telekom Sp. z o. o. stając się uczestnikami przedmiotowego postępowania odwoławczego.

W dniu 17 października 2013 r., zamawiający wezwał wykonawców do zgłaszania przystąpień do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym przez wykonawcę Telekomunikacja Polska S.A. (KIO 2434/13). W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy: GTS Poland Sp. z o. o. oraz Netia S.A. stając się uczestnikami przedmiotowego postępowania odwoławczego.

W dniu 21 października 2013 r., zamawiający złożył do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie wniesione przez wykonawcę Netia S.A. (KIO 2411/13) wnosząc o jego oddalenie w całości. W odpowiedzi zamawiający podnosił, iż nigdzie w treści SIWZ nie określił sztywnej daty rozpoczęcia świadczenia usług. Powołując się na zapisy SIWZ zamawiający wskazywał, iż określił wymagany termin realizacji umowy oraz termin świadczenia usług od dnia zawarcia umowy, z zastrzeżeniem, iż świadczenie usług nie może nastąpić wcześniej niż od 1 stycznia 2014 r. Zamawiający wskazywał również, iż 1 stycznia 2014 r., to data, od której winny obowiązywać nowe umowy na świadczenie tych usług, bowiem nie może on sobie pozwolić na okres bezumownego korzystania z usług lub braku zapewnienia teletransmisji i telekomunikacji w swojej jednostce, która jest instytucją o strategicznym znaczeniu, stojącą na straży porządku i bezpieczeństwa publicznego. Zamawiający podnosił, iż biorąc pod uwagę termin składania ofert oraz terminy wynikające z ustawy Pzp, możliwe jest zawarcie umów już w pierwszym tygodniu grudnia 2013 r., a tym samym rozpoczęcie świadczenia usług od 1 stycznia 2014 r. Dalej zamawiający wywodził, iż przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług telekomunikacyjnych, a nie budowa jakiegokolwiek sieci, a skoro w tych samych lokalizacjach obecnie świadczone są analogiczne usługi to wynika z tego że sieć telekomunikacyjna istnieje i nie ma potrzeby jej budowania. Powołując się przepisy Prawa telekomunikacyjnego oraz m.in. rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych, które to dają możliwość korzystania z infrastruktury Telekomunikacji Polskiej oraz innych operatorów telekomunikacyjnych, wskazywał, że nie ma potrzeby budowania własnej infrastruktury, ani też uzyskiwania decyzji administracyjnych związanych z jej budową. Natomiast zestawienie łączny oraz przełączenie numerów od innego operatora w rzeczywistości trwa zaledwie kilka dni. W zakresie twierdzeń odwołującego Netia S.A., iż przed rozpoczęciem świadczenia usług będzie musiał przygotować harmonogram prac i projekt techniczny, zamawiający wskazywał, że zgodnie z § 12 ust. 3 wzoru umowy dokumentację techniczną wykonawca będzie musiał dostarczyć w terminie 30 dni od daty rozpoczęcia świadczenia usług.

W dniu 30 października 2013 r. na posiedzeniu, odwołujący Netia S.A. wobec modyfikacji przez zamawiającego treści SIWZ cofnął zarzut nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1 – załącznik nr 8.1. do SIWZ opisany w pkt II odwołania, podtrzymując w toku rozprawy odwołanie w pozostałym zakresie.

W dniu 30 października 2013 r. na posiedzeniu, odwołujący Telekomunikacja Polska S.A. wobec modyfikacji przez zamawiającego treści SIWZ cofnął zarzut naruszenia:

- 1) art. 7, art. 29 ust. 1, w związku z art. 34 ust.5 ustawy Pzp, poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający przygotowanie oferty, polegający na

zastrzeżeniu prawa opcji, polegającego na uruchamianiu usług w nowych lokalizacjach, bez uwzględniania technicznych możliwości takich zmian, oraz kosztów, jakie z tego tytułu poniesie wykonawca;

- 2) art. 7 oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia. Uniemożliwiający przygotowanie oferty, polegający na: (...) alternatywnym określeniu lokalizacji świadczenia usług
- podtrzymując w toku rozprawy odwołanie w pozostałym zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestników postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, zważyła co następuje:

Rozpoznając odwołania w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu i podtrzymanych do zamknięcia rozprawy, uznała, że odwołania zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołań oraz, że obydwaj Odwołujący mają interes w złożeniu swoich odwołań. Odwołujący, podnosząc zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia i sposobu realizacji zamówienia, wykazali swój uszczerbek w interesie, polegający na pozbawieniu ich potencjalnej możliwości ubiegania się i uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Powyższe stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego w obydwu odwołaniach a dotyczącego kwestii wskazania terminu rozpoczęcia świadczenia usług na dzień 1 stycznia 2014 r. tj. bez uwzględnienia czasu, jaki wykonawca będzie potrzebował na ich uruchomienie, Izba podzieliła stanowisko odwołujących. W ocenie Izby, ustalony przez zamawiającego w konkretnej dacie termin na uruchomienie usług, bez określenia odpowiedniego okresu liczonego od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na podjęcie działań ze strony wykonawcy wybranego do realizacji przedmiotu zamówienia, zmierzających do uruchomienia usług, narusza art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Należy wskazać, iż w przypadku niniejszego przedmiotu zamówienia istotne jest, aby przed podjęciem świadczenia właściwych usług objętych przedmiotowym zamówieniem, wykonawca wybrany

do wykonania zamówienia podjął szereg działań o charakterze przygotowawczym, które wymagają określonego czasu dla wykonawcy. Wśród tych czynności o charakterze przygotowawczym należy wymienić choćby takie działania, jak: przygotowanie projektu technicznego usługi transmisji danych dla Zamawiającego, czy samo uruchomienie transmisji, które to czynności wymagają odpowiedniego skonfigurowania łącz i urządzeń do transmisji danych, a na które to czynności wskazuje również zamawiający w treści SIWZ. Nie można również zapominać, iż zamawiający nie ograniczył możliwości świadczenia usługi transmisji danych wyłącznie do jednej technologii dopuszczając możliwość transmisji z wykorzystaniem łącza kablowego światłowodowego jak i z wykorzystaniem łącza realizowanego w technologii radiowej, co również wiąże się koniecznością zapewnienia odpowiedniego czasu na zbudowanie np. infrastruktury radiowej i uzyskanie stosownych zezwoleń. Uwzględniając argumentację zamawiającego o możliwości wykorzystania łącza dotychczasowego operatora należy wskazać, że również w tym przypadku niezbędny jest czas liczony od dnia zawarcia umowy do dnia rozpoczęcia świadczenia usług konieczny choćby na uzgodnienie warunków dzierżawy łącz. Czas ten może być wykorzystany dopiero po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranym w postępowaniu wykonawcą. Izba wskazuje, że tylko wykonawca, który ma pewność, że będzie faktycznie realizował dane zamówienie może przedsięwziąć określone działania, ponosząc w tym zakresie określone nakłady, z tytułu których nie otrzyma odrębnego wynagrodzenia, a które to działania mają przygotować właściwe świadczenie usług i muszą być uwzględnione w wycenie oferty. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający nie przewidział żadnego terminu na przygotowanie się do świadczenia usług, zakładając bezkrytycznie zakończenie postępowania przed datą 1 stycznia 2014 r. i uznając że skoro zawarcie umów może nastąpić w pierwszym tygodniu grudnia to wyłoniony wykonawca będzie miał jakiś (nie wiadomo jaki), czas na przygotowanie się do świadczenia usług. Należy podkreślić, iż zgodnie z wymogami zamawiającego wyłoniony wykonawca zobowiązany jest m.in. do opracowania projektu technicznego w porozumieniu z zamawiającym, przeprowadzenia testów akceptacyjnych, przełączenia ruchu na nową infrastrukturę. Niewątpliwie są to czynności, poprzedzające rozpoczęcie świadczenia usług, dla których wykonania zamawiający nie przewidział żadnego terminu licząc od dnia zawarcia umowy. Mając na względzie powyższe należy wskazać, iż pomimo szeregu działań, które wykonawca zmuszony jest podjąć przed rozpoczęciem świadczenia właściwej usługi, a które sam zamawiający przewiduje, w żaden sposób nie określił on minimalnego nawet czasu, w którym wykonawca będzie w stanie w sposób należyty przygotować się do świadczenia usług. Choć można zakładać, że zakończenie postępowania nastąpi jeszcze przed 1 stycznia 2014 r., to nie jest to pewne ani w żaden

sposób określone kiedy i nie wiadomo czy i ile dni wykonawcy zostanie na przygotowanie się do świadczenia usług. Czas na przygotowanie się do świadczenia usług uzależniony jest bowiem od zdarzenia przyszłego i niepewnego, tj. zakończenia postępowania o zamówienie publiczne i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Naturalną rzeczą jest, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego może toczyć się w różnym czasie. Mogą to być terminy minimalne określone w ustawie Pzp, ale i terminy nieporównanie dłuższe związane ze składaniem i rozpoznawaniem środków ochrony prawnej, jak również uzależnione od działań zamawiającego, czy też od innych czynników wpływających na przedłużenie się procedury udzielenia zamówienia publicznego. Tym samym wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne nie mają pewności, kiedy będą mogli rozpocząć przygotowania do świadczenia usługi, a co najistotniejsze, nie mają pewności, ile będą mieli czasu na podjęcie tych przygotowawczych czynności. Nie mogą zatem wycenić tych prac i związanego z nimi ryzyka, w szczególności także uzależnienia od powyższego kar umownych przewidzianych przez zamawiającego z tytułu nierozpoczęcia świadczenia usług w określonym terminie. Z tych też względów Zamawiający powinien określić czas niezbędny na przygotowanie do świadczenia usługi liczony od momentu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba uwzględniła w tym zakresie żądanie zgłoszone przez odwołujących, uznając, że okres 90 dni, jest swoistego rodzaju kompromisem pomiędzy maksymalnym a minimalnym czasem wskazywanym przez odwołujących i będzie wystarczającym na podjęcie niezbędnych działań przygotowawczych. Powyższe w ocenie Izby stanowić będzie wystarczające zabezpieczenie interesów wykonawców z punktu widzenia jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia. Stanowisko zamawiającego, iż czas ten jest nieadekwatny nie zostało poparte żadnymi dowodami, a zamawiający ograniczył się w tym zakresie jedynie do przywołania „złego” doświadczenia z uprzednio prowadzonego postępowania.

Odnosząc się do zarzutu zgłoszonego przez odwołującego Telekomunikację Polską S.A., a dotyczącego nieprawidłowego wskazania wymagań dotyczących sposobu świadczenia usług sieci teleinformatycznej w zakresie topologii sieci, oraz warstw modelu OSI Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez odwołującego. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż przywoływane przez odwołującego postanowienia SIWZ nie są niejednoznaczne. Izba, dokonując oceny przywołanych postanowień SIWZ stwierdziła, że skoro Zamawiający określił parametry dla niego istotne a wynikające z przyjętej przez wykonawcę technologii, jednocześnie zastrzegając, że dedykowane łącza nie mogą posiadać ograniczeń w warstwie drugiej (L2) dotyczy to m.in. ilości adresów MAC, obsługi ramek typu Jumbo (pow. 9000 bajtów) oraz protokołów to tym samym, jak wskazywał zamawiający wymaga maksymalnej ilości adresów MAC wynikającej z przyjętej przez

wykonawcę technologii czy też obsługi wszystkich protokołów wynikających z przyjętej technologii. Oczekiwanie odwołującego, aby zamawiający bardziej szczegółowo opisał wymagany przez siebie poziom świadczenia usługi teletransmisji danych w ocenie Izby nie znajduje uzasadnienia i wynika zdaniem Izby wyłącznie z chęci ograniczenia zakresu świadczenia do niezbędnego minimum, co niewątpliwie nie leży w interesie zamawiającego. Skoro zamawiający określił najistotniejsze dla siebie wymogi a w pozostałym zakresie oczekuje usługi na maksymalnym poziomie dostępnym w danej technologii to tym samym można uznać, iż taki opis przedmiotu zamówienia daje wykonawcom realną możliwość przygotowania i skalkulowania oferty zgodnie z wymogami zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, a także ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: