

Sygn. akt: KIO 677/18

WYROK
z dnia 26 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Kisiel
Magdalena Grabarczyk
Emil Kawa

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę **T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**,

przy udziale wykonawcy **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie - zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie Załącznika nr 2 Wzoru umowy, w taki sposób, iż Zamawiający dokona modyfikacji § 14 ust. 10.5 przez zastąpienie 14 dniowego terminu udzielenia przez wykonawcę odpowiedzi na reklamację terminem, co najmniej 30 dniowym.**

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu: wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający” lub „PKP”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” pn. „Świadczenie usługi transmisji danych sieci WAN”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 29 marca 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 062-138345. W tym samym dniu na stronie internetowej Zamawiającego zamieszczona została specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”).

W dniu 9 kwietnia 2017 r. wykonawca T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „T-mobile” lub „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści specyfikacji oraz treści wyjaśnień SIWZ z 9 kwietnia 2018 r.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 Pzp, przez dokonanie w załączniku nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) oraz w załącznikach do OPZ opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz sporządzenie załącznika nr 2 do SIWZ Wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego w zakresie, w jakim Zamawiający określił sztywne terminy odnoszące się do realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, że szczegółowe omówienie zarzutu zostało przedstawione w załączniku nr 1 do odwołania, który został zastrzeżony przez Odwołującego z uwagi na podpisaną z Zamawiającym umowę o poufności;
2. art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także utrudniającym uczciwą konkurencję w zakresie, w jakim w ust. 12 pkt 12 OPZ, Zamawiający wyłączył możliwość realizacji łączy z danych grup w określonej technologii. Analogicznie jak w pkt 1 Odwołujący wskazał, że szczegółowe omówienie zarzutu zostało przedstawione w załączniku nr 1 do odwołania;

3. art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp, przez sporządzenie załącznika nr 2 do SIWZ Wzór umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego w zakresie, w jakim:
- a) w § 11 ust. 9 Wzoru umowy, Zamawiający wskazał, że zwiększenie (zmniejszenie) przepustowości (zwiększenie/zmniejszenie wolumenu Usług) prowadzić będzie do proporcjonalnego zwiększenia (zmniejszenia) wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu realizacji Umowy, przy czym nie określił jednocześnie zakresu możliwych zmian, jak chociażby ilość łączy dla których może dojść do zmniejszenia przepustowości oraz zakresu zwiększenia/zmniejszenia wolumenu Usług, co uniemożliwia wykonawcom oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia i należyte uwzględnienie ich w cenie ofertowej;
 - b) w §14 ust. 10.5 Wzoru umowy wskazano, że wykonawca zobowiązany jest do udzielenia odpowiedzi na reklamację w terminie 14 dni od dnia jej złożenia przez Zamawiającego, a nieudzielenie przez wykonawcę odpowiedzi, w tym terminie uznawane jest za uznanie reklamacji w całości, co stanowi nieuzasadnione skrócenie 30-dniowego terminu na rozpatrzenie reklamacji przewidzianego dla dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych w ustawie z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (tj. z dnia 15 września 2017 r., Dz.U. z 2017 r. poz. 1907 z późn. zm.) – dalej: „Prawo telekomunikacyjne”;
 - c) wyjaśnieniami treści SIWZ (odpowiedzi na pytania od 2 do 6) z dnia 9 kwietnia 2018 r. do §14 wzoru umowy w odpowiedzi na pytanie nr 3 dodano ust. 12, zgodnie z którym z tytułu braku realizacji Wniosku o Zmianę wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1000% miesięcznego abonamentu za łącznie zgodnie z Załącznikiem nr 7 do Umowy, która jest karą rażąco wygórowaną;
 - d) Zamawiający nie wprowadził w §14 Wzoru umowy ograniczenia procentowego, co do wysokości kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w toku obowiązywania Umowy;
 - e) zgodnie z §16 ust. 10 pkt 10.2 Wzoru umowy, Zamawiający może rozwiązać umowę ze skutkiem na chwilę złożenia oświadczenia, w przypadku gdy wykonawca wprowadzi nowy regulamin usług telekomunikacyjnych w zakresie Usług będących przedmiotem Umowy o zapisach rażąco niekorzystnych dla Zamawiającego. Zamawiający nie precyzuje przy tym jakie kryteria będą stosowane do oceny, czy i w jakim zakresie postanowienia nowego regulaminu są rażąco niekorzystne dla Zamawiającego oraz kto będzie o tym decydował.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ przez:

1. zmodyfikowanie SIWZ, wzoru umowy, OPZ i załączników do OPZ w sposób wskazany w załączniku nr 1 do odwołania;
2. zmodyfikowanie ust. 12 pkt 12 OPZ w sposób wskazany w załączniku nr 1 do odwołania;
3. wprowadzenie do załącznika nr 2 do SIWZ Wzoru umowy następujących zmian:
 - a) określenie w § 11 ust. 9 Wzoru umowy, zakresu zmian jakie mogą nastąpić w związku ze zwiększeniem (zmniejszeniem) przepustowości (zwiększenie/zmniejszenie wolumenu Usług), co prowadzić będzie do proporcjonalnego zwiększenia (zmniejszenia) w całym okresie obowiązywania umowy;
 - b) modyfikacji §14 ust. 10.5 Wzoru umowy, przez zastąpienie 14 dniowego terminu przewidzianego, w tym postanowieniu wzoru umowy terminem, co najmniej 30 dniowym;
 - c) wykreślenie dodanego wyjaśnieniami z dnia 9 kwietnia 2018 r. postanowienia §14 ust. 12 Wzoru umowy;
 - d) wprowadzenie w §14 ograniczenia procentowego wysokości kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w okresie trwania Umowy nie więcej niż 30% wypłaconego wykonawcy wynagrodzenia;
 - e) wykreślenie §16 ust. 10 pkt 10.2 wzoru umowy.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca T-mobile wyjaśniał, że zgodnie z rozdziałem IV pkt 3 SIWZ dokument OPZ (załącznik nr 1 do SIWZ) jest udostępniany wyłącznie tym wykonawcom, którzy prześlą na adres Zamawiającego podpisaną umowę o zachowaniu poufności w celu udostępniania OPZ stanowiącą załącznik nr 10 do SIWZ. Odwołujący przekazał Zamawiającemu wspomnianą umowę oraz otrzymał OPZ. W §1 pkt 3 podpisanej przez Odwołującego umowy o zachowaniu poufności wskazano, że „z uwagi na rodzaj oraz zakres realizacji Przedmiotu Współpracy przez Wykonawcę, Zamawiający uważa za niezbędne utrzymanie w tajemnicy wszelkich informacji, które Wykonawca uzyska od Zamawiającego w związku z udostępnieniem Opisu Przedmiotu Zamówienia, w szczególności stanowiących tajemnicę przedsiębiorcy Zamawiającego, tzn. tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 7503 z późn. zm.) oraz tajemnicę przedsiębiorcy w

rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2016 r., poz. 1764, z późn. zm.), zwanych w dalszej części Umowy „Informacjami””. Stosownie do § 2 ust. 1 umowy o zachowaniu poufności, wykonawca zobowiązany jest do zachowania w tajemnicy informacji oraz do niewykorzystywania informacji w celach innych niż realizacja przedmiotu umowy. Obowiązek zachowania informacji w tajemnicy obejmuje w szczególności zakaz ich udostępniania osobom trzecim, z wyjątkiem osób, o których mowa w ust. 5 i § 3, bez uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego (§ 2 ust. 3 umowy o zachowaniu poufności).

Odwołujący wyjaśniał, że w związku z powyższym, odwołanie w zakresie, w jakim zawiera lub odnosi się do informacji, które zostały objęte przez Zamawiającego, ochroną, jako tajemnica przedsiębiorstwa, zostało przedstawione w załączniku nr 1, który odnosi się do zarzut w zakresie terminu realizacji przedmiotu zamówienia oraz OPZ i załączników do OPZ. Dlatego też ww. załącznik został przez Odwołującego zastrzeżony z uwagi na znajdujące się w nim informacje o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa.

Natomiast uzasadnienie zarzutów dotyczących Wzoru umowy zostały przedstawione w części jawnej uzasadnienia odwołania i zostało opisane poniżej.

Zdaniem wykonawcy T-mobile Zamawiający w załączonym do SIWZ Wzorze umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) zawarł szereg postanowień, które naruszają przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 23 oraz art. 139 ust. 1 Pzp:

a) Zwiększenie (zmniejszenie) przepustowości

Odwołujący podnosił, że w § 11 ust. 9 Wzoru umowy, Zamawiający wskazał, że zwiększenie (zmniejszenie) przepustowości (zwiększenie/zmniejszenie wolumenu Usług) prowadzić będzie do proporcjonalnego zwiększenia (zmniejszenia) wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu realizacji Umowy. Zamiana wynagrodzenia nastąpi począwszy od kolejnego Okresu Rozliczeniowego, tj. Okresu Rozliczeniowego następującego po okresie, w którym zgodnie z pkt 8 Usługa stała się skuteczna. Zamawiający nie określił zakresu możliwych zmian, jak chociażby ilość łączy dla których może dojść do zmniejszenia przepustowości i zwiększenia/zmniejszenia wolumenu Usług, co uniemożliwia wykonawcom oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia i należyte uwzględnienie ich w zaoferowanej cenie.

b) Termin na rozpatrzenie reklamacji

Odwołujący podniósł, że w § 14 ust. 10.5 Wzoru umowy wskazano, że wykonawca zobowiązany jest do udzielenia odpowiedzi na reklamację w terminie 14 dni od dnia jej złożenia przez Zamawiającego, a nie udzielenie przez wykonawcę odpowiedzi w tym terminie uznawane jest za uznanie reklamacji w całości. W omawianym zakresie wykonawca T-mobile uznał za konieczne odwołanie się do przepisu art. 106 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego.

W ocenie Odwołującego brak jest uzasadnienia dla skrócenia przez Zamawiającego terminu na rozpatrzenie reklamacji z 30 dni gwarantowanych przez Prawo telekomunikacyjne do 14 dni.

c) Kara umowna brak realizacji wniosku o zmianę

Odwołujący twierdził, że wyjaśnieniami do treści SIWZ (odpowiedzi na pytania od 2 do 6) z dnia 9 kwietnia 2018 r. do § 14 wzoru umowy w odpowiedzi na pytanie nr 3 dodano ust. 12, zgodnie z którym z tytułu braku realizacji Wniosku o Zmianę wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1000% miesięcznego abonamentu za łącznie zgodnie z Załącznikiem nr 7 do Umowy. Jednocześnie, Zamawiający wskazał, że za brak realizacji Wniosku o Zmianę przyjmuje się brak sprawdzenia warunków technicznych przez wykonawcę w terminie 14 dni kalendarzowych. Zdaniem Odwołującego kara umowna przewidziana we wprowadzonym wyjaśnieniami do SIWZ postanowieniu umowy jest rażąco wygórowana i nieuzasadniona zwłaszcza w przypadku, gdy wykonawca korzysta z infrastruktury dzierżawionej od innego operatora. W takiej sytuacji, sprawdzenie warunków technicznych wymaga podjęcia szeregu czynności, których okres trwania jest niezależny od wykonawcy. Wykonawca nie ma wpływu w jakim terminie inny operator udzieli odpowiedzi na zapytanie dotyczące warunków technicznych. Odwołujący wskazywał, że ustalenie kary na poziomie 1000% miesięcznego abonamentu za łącznie powoduje, że traci ona swój dyscyplinujący charakter, a staje się dodatkowym źródłem dochodu dla Zamawiającego.

d) Brak ograniczenia procentowego wysokości kar umownych

Odwołujący wyjaśniał, że Zamawiający w § 14 Wzoru umowy nie wprowadził ograniczenia procentowego, co do wysokości kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w toku obowiązywania Umowy. W jego ocenie brak takiego ograniczenia uniemożliwia wykonawcom oszacowanie ryzyka związanego z realizacją przedmiotu umowy i przy podejmowaniu decyzji co do ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

e) Rozwiązanie umowy - wprowadzenie nowego regulaminu

Wykonawca T-mobile wskazywał, że zgodnie z §16 ust. 10 pkt 10.2 Wzoru umowy, Zamawiający może rozwiązać umowę ze skutkiem na chwilę złożenia oświadczenia, w przypadku gdy wykonawca wprowadzi nowy regulamin usług telekomunikacyjnych w zakresie Usług będących przedmiotem Umowy o zapisach rażąco niekorzystnych dla Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego powołane postanowienie jest bardzo niejednoznaczne i nieprecyzyjne, gdyż Zamawiający nie precyzuje, jakie kryteria będą stosowane do oceny, czy i w jakim zakresie postanowienia nowego regulaminu są niekorzystne dla Zamawiającego oraz kto będzie o tym decydował. Wykonawca podkreślał, że powyższe postanowienie może być dowolnie interpretowane na etapie realizacji zamówienia oraz doprowadzić o nieuzasadnionego odstąpienia od umowy.

W dniu 23 kwietnia 2018 r. w toku posiedzenia Izby z udziałem Stron oraz wykonawcy Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, Zamawiający przedłożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

W treści uzasadnienia podał m.in.:

I. Zarzut III. 1

W treści pisma wyjaśniał, że w dniu 20 kwietnia 2018 r. podjął decyzję o modyfikacji siwz w następującym zakresie:

I. SIWZ:

1. Rozdział V - OKRES REALIZACJI ZAMÓWIENIA, pkt 2 otrzymuje brzmienie:

„Termin zakończenia — 60 miesięcy od dnia podpisania Umowy.”

II. Załącznik nr 2 do SIWZ — Wzór Umowy:

1. § 9 ODBIORY TECHNICZNE/ODBIORY FUNKCJONALNE, pkt 3 otrzymuje brzmienie:

„Zamawiający przewiduje uruchomienie produkcyjne (przyjęcie do eksploatacji) wszystkich łączów w terminie 12 miesięcy od dnia podpisania Umowy.”

2. § 11 PROCEDURA KONTROLI ZMIANY, dodany zostaje pkt 5.7:

5.7. „Zakres możliwych zmian we Wniosku o Zmianę w ramach Prawa Opcji oprócz wymienionych już w punktach 5.1, 5.2, 5.3 oraz 5.5 dotyczy również:

5.7.1. zmianę wolumenu uruchomionych Usług transmisji danych „IP Selektor”;

5.7.2. nie przewiduje się zmiany parametrów łącz w ramach Usługi „IP Selektor” określonych w OPZ w rozdziale 12;

5.7.3. nowe łącza dla usługi „IP Selektor” oraz „IP VPN SDIP” mogą być uruchamiane tylko na obszarze kolejowym i dworcach;

5.7.4. nie będą zestawiane nowe łącza oraz dokonywane zmiany parametrów w ramach Usługi łączników międzybudynkowych;

5.7.5. tylko łącze z pozycji nr 1 i 2 załącznika nr 1 do OPZ może zmienić parametry przepływności do 5000 Mb/s;

5.7.6. łącza zrealizowane w ramach Usługi „IP VPN PLK” i oznaczone jako „Grupa SLA 2” nie będą podlegały zmianom parametrów przepływności powyżej 10Mb/ s;

5.7.7. Łącza zrealizowane w ramach Usługi „IP VPN PLK” w przedziałach przepływności od 10Mb/s — do 100Mb/s mogą podlegać zmianom parametrów przepływności co najwyżej o dwie pozycje cennikowe;"

3. § 13 WARTOŚĆ UMOWY I SPOSÓB PŁATNOŚCI, pkt 4.3. otrzymuje brzmienie:

„Wysokość miesięcznych opłat abonamentowych, o których mowa w pkt. 3.3 podczas trwania Umowy będzie w oparciu o faktycznie świadczone Usługi (uruchomionych produkcyjnie, tj. od dnia rozpoczęcia świadczenia usług transmisji danych) przez Wykonawcę z uwzględnieniem cennika zgodnie z Załącznikiem nr 7 do Umowy oraz bonifikat określonych w § 14 pkt 11 Umowy. Za okres od dnia uruchomienia łącza do dnia przyjęcia łącza do eksploatacji Wykonawca nie nalicza opłaty abonamentowej."

4. § 14 KARY UMOWNE I REKLAMACJE dodany zostaje pkt 13 o treści:

„Wysokość kar umownych zostaje ograniczona do wysokości netto, o którym mowa w § 13 pkt 2 Umowy."

5. § 16 CZAS TRWANIA UMOWY, WYPOWIEDZENIE I ROZWIĄZANIE UMOWY, pkt 1 otrzymuje brzmienie:

„Umowa zostaje zawarta na czas określony wynoszący 60 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.

6. § 16 CZAS TRWANIA UMOWY, WYPOWIEDZENIE I ROZWIĄZANIE UMOWY, pkt 3 otrzymuje brzmienie:

„Usługi transmisji danych zostaną uruchomione po upływie okresu 12 miesięcy od dnia podpisania umowy potrzebnego na uruchomienie łącz w lokalizacjach wskazanych w załącznikach 1-4 do OPZ i będą świadczone przez okres 48 miesięcy"

7. § 16 CZAS TRWANIA UMOWY, WYPOWIEDZENIE I ROZWIĄZANIE UMOWY, pkt 10.2 zostaje usunięty.

8. § 17 GWARANCJA JAKOŚCI USŁUG, pkt 1 otrzymuje brzmienie:

„Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji jakości Usług na okres 48 miesięcy na warunkach określonych w OPZ liczonej od dnia uruchomienia usług transmisji danych.

Zamawiający twierdził, że podjął decyzję o wykreśleniu z treści SIWZ terminów określonych datą dzienną i zastąpieniu ich odpowiednią liczbą dni lub miesięcy. Tym samym zarzut wskazany przez Odwołującego uznawał za niezasadny, zaś odwołanie za bezprzedmiotowe, a merytoryczne rozstrzygnięcie o jego zasadności — zbędne, gdyż nie istnieją okoliczności faktyczne podniesionego zarzutu.

II. Zarzut III. 2

W ocenie Zamawiającego zarzuty dotyczące niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia nie zasługują na uwzględnienie, gdyż Zamawiający nie wprowadził do SIWZ postanowień, które powodowałyby niepewność w zakresie finansowania i realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający twierdził, że opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Za nieuzasadnione Zamawiający uznawał stwierdzenie, że może jedynie wymagać spełnienia określonych parametrów usługi, a wybór technologii należy już do wykonawcy. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą oraz poglądami doktryny naruszenie uczciwej konkurencji ma miejsce dopiero wtedy, gdy Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego producenta lub konkretny produkt, a także określa na tyle rygorystyczne wymagania co do parametrów technicznych, że nie znajdują one uzasadnienia w jego obiektywnych potrzebach oraz uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający twierdził również, że Odwołujący nie w wystarczającym stopniu wskazał w jaki sposób poszczególne postanowienia opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwiają mu oraz innym wykonawcom złożenie oferty w postępowaniu.

III. Zarzut III.3.a

W odniesieniu do powyższego zarzutu Zamawiający wskazywał, że § 11 ust. 9 wzoru umowy referuje do zmian przepustowości w ramach przewidzianego przez Zamawiającego prawa opcji, obejmującego prawo rozszerzenia zamówienia podstawowego o dodatkowe łącza bądź dodatkową usługę transmisji danych VPN. Jednocześnie Zamawiający określił maksymalny zakres prawa opcji do 5,25 % wartości wynagrodzenia brutto. Tym samym zdaniem Zamawiającego zarzut wykonawcy T-mobile nie znajduje uzasadnienia — określenie procentowe zwiększenia wynagrodzenia odpowiada skali zakładanych przez Zamawiającego dodatkowych rozszerzeń.

Podsumowując zarzut Zamawiający stwierdził, że postawiony przez Odwołującego zarzut stał się bezprzedmiotowy, a tym samym nie zasługuje na uwzględnienie. Ponadto wskazywał, że w § 11 wzoru umowy wprowadził procedurę kontroli zmiany, co w

przekonaniu Zamawiającego na tyle uszczegóławia i wprowadza zasady uruchomienia prawa opcji, że pozwala na wyszacowanie ewentualnych ryzyk po stronie uczestnika.

IV. Zarzut III.3.b

Odnosząc się do powyższego zarzutu Zamawiający wyjaśniał, że zdaniem Odwołującego w przypadku ewentualnej reklamacji zastosowanie znajdą przepisy ustawy z Prawa telekomunikacyjnego. Zdaniem Zamawiającego powyższe przepisy nie znajdą jednak zastosowania w relacji między Zamawiającym a wykonawcą, który będzie świadczyć usługi na skutek wyboru jego oferty w tym postępowaniu, brak jest bowiem podstaw do zakwalifikowania tych usług jako publicznie dostępnych. Usługi te bowiem charakteryzują się swoją specyfiką określoną w OPZ. Ponadto przepisy Prawa telekomunikacyjnego określają obowiązki dostawcy usług (nie zaś ich prawa w relacjach z odbiorcami), a ich bezpośrednim celem jest ochrona odbiorców tych usług (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2015 roku, KIO 412/15). Z uwagi na powyższe, w ocenie Zamawiającego nie ma on podstaw do zastosowania przytoczonych przez Odwołującego przepisów.

V. Zarzut III.3.c

W odniesieniu do zarzutu, dotyczącego nadmiernej wysokości zastrzeżonej kary umownej, Zamawiający wskazywał, że wspomniana kara umowna w wysokości 1000% miesięcznego abonamentu dotyczy prawa opcji. Zamawiający opublikował liczbę dotychczas zakładanych nowych lokalizacji, co pozwoliło wykonawcom dostrzec skalę prawa opcji. Jednocześnie zdaniem Zamawiającego należy wskazać, że wysokość procentowa — choć pozornie wyglądająca na wysoką — jest zależna od wysokości miesięcznego abonamentu, który będzie kształtował się na poziomie od kilkudziesięciu złotych (w przypadku usług z wykorzystaniem GSM) do kilku tysięcy złotych. Tym samym w ocenie PKP wysokość kary umownej, w szczególności w odniesieniu do szacowanej wartości zamówienia nie może być uznana za rażąco wysoką.

VI. Zarzut III.3.d

Zamawiający wskazywał, że w dniu 20 kwietnia 2018 r. zmodyfikował treść wzoru umowy, ograniczając wysokość kar umownych do wysokości wynagrodzenia przysługującego wykonawcy. W opinii PKP — z uwagi na brak okoliczności faktycznych stanowiących podstawę zarzutu powinien podlegać on oddaleniu jako bezprzedmiotowy. Rozważania przedstawione w pkt. I niniejszej odpowiedzi również pozostają aktualne.

VII. Zarzut III.3.e

W odniesieniu do ww. zarzutu Zamawiający wyjaśniał, że postanowienie przewidujące możliwość rozwiązania umowy z przypadku wprowadzenia nowego regulaminu usług telekomunikacyjnych w zakresie usług będących przedmiotem umowy o zapisach rażąco niekorzystnych dla Zamawiającego, zostało z treści wzoru umowy skreślone. W ocenie PKP — z uwagi na brak okoliczności faktycznych stanowiących podstawę zarzutu — powinien podlegać on oddaleniu jako bezprzedmiotowy. Rozważania przedstawione w pkt. I niniejszej odpowiedzi również pozostają aktualne.

W dniu 23 kwietnia 2018 r. w toku wspomnianego posiedzenia Izby z udziałem Stron oraz Przystępującego wykonawca T-mobile twierdził, że Zamawiający uwzględnił odwołanie w części i dokonał stosowanych modyfikacji siwz, dlatego też wnioskował o umorzenie o umorzenie postępowania w zakresie uwzględnionych zarzutów. Zamawiający natomiast oponował w zakresie stanowiska, jakoby uwzględnił jakiekolwiek zarzuty odwołania, podtrzymując stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Izba postanowiła nie uwzględnić wniosku Odwołującego, zasadzającego się na tym, iż Zamawiający w części uwzględnił zarzuty odwołania, wskazując, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożył w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości oświadczenie woli, że wnosi o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego. Również w toku posiedzenia Zamawiający podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania w całości, dlatego też Izba nie znalazła podstaw do podzielenia argumentacji Odwołującego, że Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w części. W nawiązaniu do ww. postanowienia Izby Odwołujący złożył oświadczenie o podtrzymaniu w całości zarzuty odwołania.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody, pisma oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia

przez zamawiającego przepisów ustawy. Izba wskazuje, że Odwołujący jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie objęte niniejszym odwołaniem. Specyfikacja, jak dowodził Odwołujący, zawiera postanowienia naruszające przepisy Pzp. Zatem zarzucane uchybienia mogą uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty konkurencyjnej w stosunku do ofert innych wykonawców. Wobec powyższego działanie Zamawiającego narusza interes Odwołującego, albowiem może doprowadzić do utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego i związanego z tym wynagrodzenia.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 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. Natomiast według art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Izba wskazuje, że zgodnie z ustaloną linią orzecniczą Izby, określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem, ale i uprawnieniem Zamawiającego, który ma prawo wziąć w tym zakresie pod uwagę swoje uzasadnione potrzeby. Jednak wymagania Zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia - ani zbyt wysokie, gdyż mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję przeszliby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia (wyrok KIO z dnia 19 lipca 2013 r. o sygn. akt KIO 1623/13). Wskazać należy, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zapewnienia możliwości realizacji zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Jednakże, dyspozycją art. 29 ust. 2 ustawy ustawodawca wprowadził zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Taka konstrukcja niniejszego zapisu służy realizacji zasady uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy Izba rozpoznając grupę zarzutów, odnoszących się do naruszenia tj. art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp, przez sporządzenie

załącznika nr 2 do SIWZ - Wzór umowy, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i stwierdziła, że zarzuty jedynie w części potwierdziły się.

Termin na rozpatrzenie reklamacji (zarzut 3 lit. b)

Z ustaleń poczynionych przez Izbę wynika, że Zamawiający w § 14 ust. 10.5 Wzoru umowy sprecyzował, że: „Wykonawca udziela odpowiedzi na złożoną reklamację w terminie 14 dni od daty złożenia reklamacji przez Zamawiającego informacje o uznaniu lub odmowie uznania reklamacji oraz podpis i dane uprawnionego pracownika reprezentującego Wykonawcę. W przypadku nie udzielenia przez Wykonawcę odpowiedzi na reklamację w terminie 14 dni od daty złożenia przyjmuje się, że Wykonawca uznaje reklamację w całości”.

Istotą sporu w rozpoznawanej kwestii jest odpowiedź na pytanie, czy powyższe wymaganie określone przez Zamawiającego w zacytowanym powyżej kształcie narusza regulacje zawarte w art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp ? Zdaniem Izby na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

Na gruncie rozpoznawanej sprawy dostrzec należy zwrócić uwagę na występowanie pewnych uwarunkowań, związanych z możliwością, a czasami wręcz z koniecznością, skorzystania przez wykonawcę z infrastruktury należącej do innego podmiotu. W związku z tym możemy mieć do czynienia z przypadkiem, gdy wykonawca ubiegający się o zamówienie będzie podejmować współpracę z innymi podmiotami, które są dysponentami określonego rodzaju infrastruktury, koniecznej do realizacji przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba doszła do przekonania, że racje ma Odwołujący, który twierdził, że ukształtowanie postanowień siwz, odnoszących się do terminu odpowiedzi na reklamację uprzywilejowuje określoną grupę wykonawców, którzy jako dysponenci jedynie własnej infrastruktury, niezbędnej do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia nie są uzależnieni od jakichkolwiek terminów zakreślonych przez inne, współpracujące z nimi podmioty. Rzecz ma się inaczej jeśli chodzi o podmioty, które w celu realizacji przedmiotu zamówienia będą zobowiązane do kooperacji z innymi podmiotami. W takiej sytuacji oczywistym jest, że uwzględnić należy dodatkowy czas na pozyskanie informacji od współpracującego podmiotu. Wobec tego Izba uznała za przekonywujące twierdzenia Odwołującego, który wyjaśniał, że nie może ponosić negatywnych konsekwencji, w postaci uznania reklamacji w związku z brakiem czasu na pozyskanie wszystkich niezbędnych informacji, wymaganych do rozpatrzenia reklamacji. Przy tym podkreślenia wymaga, że czynność uznania reklamacji w związku z brakiem odpowiedzi na złożoną reklamację w oczywisty sposób wiąże się również z ponoszeniem przez wykonawcę dodatkowych kosztów w postaci odpowiedniej bonifikaty.

W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na inny aspekt rozpoznawanego zarzutu, zasadzający się na treści przepisu art. 106 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego, który stanowi, że jeżeli reklamacja usługi telekomunikacyjnej nie zostanie rozpatrzona w terminie 30 dni od dnia jej złożenia, uważa się, że została ona uwzględniona. Przez rozpatrzenie reklamacji rozumie się wysłanie przed upływem tego terminu przez dostawcę publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych odpowiedzi o uwzględnieniu lub nieuwzględnieniu reklamacji.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, że powołany przepis nie znajduje zastosowania w ramach rozpoznawanego postępowania, ponieważ nie dotyczy usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnie dostępnym. Nie mniej jednak - w ocenie Izby - przedstawiona regulacja może stanowić dla Zamawiającego swoisty wzorzec postępowania z uwagi na podobieństwo przedmiotu regulacji. Podkreślenia wymaga, że treść powołanego przepisu zakreśla optymalny termin na rozpoznanie reklamacji nie różnicując rodzaju podmiotów, tzn. że dotyczy nie tylko dla podmiotów korzystających z własnej infrastruktury, ale również takich, które przy odpowiedzi na reklamacje muszą uwzględniać współpracę z innym podmiotem.

Biorąc pod uwagę Izba stwierdziła, że zgłoszony zarzut należy uznać za zasadny. W związku z tym Izba uwzględnił odwołanie i nakazała Zamawiającemu zmianę treści specyfikacji w zakresie Załącznika nr 2 Wzoru umowy, w taki sposób, aby Zamawiający dokonał modyfikacji § 14 ust. 10.5 przez zastąpienie 14 dniowego terminu udzielenia przez wykonawcę odpowiedzi na reklamację terminem, co najmniej 30 dniowym.

Kara umowna brak realizacji wniosku o zmianę (zarzut 3 lit. c)

Jeśli zaś chodzi o zarzut dotyczący wysokości kary umownej, w sytuacji braku realizacji Wniosku o Zmianę to Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał w sposób wystarczający zasadności zgłaszanego zarzutu.

Z ustaleń Izby wynika, że wyjaśnieniami do treści SIWZ (odpowiedzi na pytania od 2 do 6) z dnia 9 kwietnia 2018 r. do § 14 Wzoru umowy w odpowiedzi na pytanie nr 3 dodano ust. 12, który otrzymał następujące brzmienie:

„Z tytułu braku realizacji Wniosku o Zmianę Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1000% miesięcznego abonamentu za łącznie zgodnie z Załącznikiem nr 7 do Umowy. Za brak realizacji Wniosku o Zmianę przyjmuje się brak sprawdzenia warunków technicznych przez Wykonawcę w terminie 14 dni kalendarzowych”.

Izba stanęła na stanowisku, że zarówno w uzasadnieniu odwołania jak i w toku rozprawy Odwołujący jedynie gołostownie twierdził, że kara umowna przewidziana we wprowadzonym wyjaśnieniami do SIWZ postanowieniu umowy jest rażąco wygórowana i nieuzasadniona, zwłaszcza w przypadku, gdy wykonawca korzysta z infrastruktury dzierżawionej od innego operatora. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie tylko nie udowodnił,

ale nawet nie uprawdopodobnił, że postanowienia siwz w postaci § 14 pkt 12 Wzoru umowy naruszają powołane przez Odwołującego przepisy Pzp.

W kontekście argumentacji prezentowanej przez wykonawcę T-mobile na uwagę zasługuje również treść żądania zgłoszonego przez Odwołującego, który nie domagał się zmniejszenia wysokości kary umownej czy też wydłużenia 14-dniowego terminu sprawdzenia warunków technicznych a jedynie całkowitego wykreślenia treści, dodanego wyjaśnieniami z dnia 9 kwietnia 2018 r., postanowienia § 14 ust. 12 wzoru umowy. W konsekwencji powyższego Izba uznała zgłoszony zarzut za niepotwierdzony.

Odnosząc się zaś do pozostały zarzutów w ramach omawianej grupy (zarzuty 3 lit. a, d, e), tj. zarzut zwiększenia (zmniejszenia) przepustowości, zarzut braku ograniczenia procentowego wysokości kar umownych, zarzut rozwiązania umowy - wprowadzenie nowego regulaminu to wyjaśnić należy, że Zamawiający dokonał w tym zakresie stosownych modyfikacji specyfikacji, co nie uszło uwadze Odwołującego, który wnosił o umorzenie postępowania w części zarzutów, uwzględnionych przez PKP. Izba w omawianym zakresie uznała zasadność zgłoszonych zarzutów, nie mniej jednak z uwagi na dokonanie przez Zamawiającego modyfikacji specyfikacji stwierdziła brak ich wpływu na wynik postępowania, skutkiem czego jest oddalenie odwołania w rozpoznawanym zakresie.

Kolejno Izba rozpoznała zarzuty naruszenia przez Zamawiającego: art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 Pzp (zarzut nr 1 odwołania) oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp (zarzut nr 2 odwołania). Analiza materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie doprowadziła Izbę do przekonania, że zgłoszone zarzuty należy uznać za niezasadne.

Jedynie tytułem przypomnienia wskazać należy, że szczegółowe omówienie zarzutów zostało przedstawione przez Odwołującego w załączniku nr 1 do odwołania, który został zastrzeżony przez Odwołującego z uwagi na podpisaną z Zamawiającym umowę o poufności.

Co istotne w zakresie omawianych zarzutów, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie dokonał modyfikacji siwz przez wykreślenie z treści SIWZ terminów określonych datą dzienną i zastąpieniu ich odpowiednią liczbą dni lub miesięcy. Przy tym w toku rozprawy Odwołujący twierdził, że w zakresie zarzutu pierwszego Zamawiający dokonał zmian w specyfikacji, w dwóch pierwszych punktach tabeli, zgodnie z żądaniami odwołania, natomiast w dwóch pozostałych przypadkach zmiany, dokonane przez Zamawiającego, nie były satysfakcjonujące dla Odwołującego. Wykonawca T-mobile twierdził, że ustanowiony przez

Zamawiającego termin uruchomienia wszystkich łącz powinien być dłuższy, gdyż ten ustanowiony obecnie preferuje dotychczasowego wykonawcę, który świadczy te usługi. Ponadto Odwołujący twierdził, że w określonym zakresie przedmiotu zamówienia Zamawiający wyłączył możliwość realizacji łącz z danych grup w określonej technologii.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał w sposób wystarczający, że ostateczny termin uruchomienia łącz, wskazywany przez Zamawiającego, jest terminem zbyt krótkim, przywilejujący jakiegokolwiek wykonawcę, w szczególności preferującym dotychczasowego wykonawcę, który świadczy te usługi. Wobec takich zarzutów Odwołującego w tym miejscu warto przywołać wyjaśnienia Zamawiającego, który w toku rozprawy wskazywał, że do tej pory usługi w tym zakresie były świadczone przez spółkę w ramach grupy PKP, jednakże obecnie usługi te zostały uwolnione na zewnątrz, z uwagi na to, że dotychczasowa infrastruktura nie spełnia oczekiwanych parametrów. Zatem nie sposób zarzucić Zamawiającemu, że zakreślając ramy czasowe dla uruchomienia łącz preferuje, któregośkolwiek z wykonawców działających na komercyjnym rynku usług telekomunikacyjnych. Również za nieprzekonywujące Izba uznała twierdzenia Odwołującego, który podnosił, że potrzeba odpowiedniego czasu jest uwarunkowana chociażby uzyskaniem odpowiednich pozwoleń, czy też warunków atmosferycznych lub też uregulowaniem prawnej sytuacji gruntów. W braku przekonujących dowodów, powtarzając za Zamawiającego, słuszne wydaje się stwierdzenie, że „w zasadzie jest to kwestia odpowiedniej mobilizacji ze strony wykonawcy, w szczególności, że Zamawiający nie zastrzegł w specyfikacji konieczności osobistego wykonania zamówienia, więc wykonawca może skorzystać z potencjału innych podmiotów”.

Co więcej, w zakresie zarzutu dotyczącego wyłączenia technologii Izba uznała za przekonujące także wyjaśnienia Zamawiającego, który podnosił, że zastrzeżenie określonego rodzaju technologii wynika z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, związanych z dotrzymaniem wyznaczonych parametrów dla specyficznej, istotnej grupy łącz. Zaznaczenia wymaga, że w toku rozprawy Odwołujący potwierdził, że technologia, której dopuszczenia domagał się wykonawca T-mobile nie gwarantuje osiągnięcia parametrów wymaganych przez Zamawiającego, a jedynie występuje możliwość ich osiągnięcia w określonych lokalizacjach. W związku z tym Izba stwierdziła, że w rozpoznawanym stanie faktycznym Zamawiający uprawniony był do opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem własnych potrzeb, które wyłączają w określonym zakresie, tj. dla poszczególnej grupy łącz, wyłączają możliwość zastosowania technologii wskazywanej przez wykonawcę T-mobile. W związku z tym Izba uznała zgłoszone zarzuty jako niezasadne.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że opisane powyżej naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy może mieć wpływ na wyniki postępowania dlatego na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu zmianę treści specyfikacji w zakresie Załącznika nr 2 Wzoru umowy, w taki sposób, aby Zamawiający dokonał modyfikacji § 14 ust. 10.5 przez zastąpienie 14 dniowego terminu udzielenia przez wykonawcę odpowiedzi na reklamację terminem, co najmniej 30 dniowym.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....
.....
.....