

Warszawa, dnia 16 kwietnia 2018 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej -
Państwowy Instytut Badawczy
ul. Podleśna 61
01-673 Warszawa
e-mail: grazyna.glowacka-chlopas@imgw.pl

Odwołujący:

Netia S.A.
ul. Poleczki 13
02-822 Warszawa
Tel.: +48 (22) 352 24 27
Faks: +48 (22) 338 24 27
e-mail: agnieszka.skibinska@netia.pl
reprezentowany przez Agnieszkę Skibińską

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę, wdrożenie, migrację z obecnie wykorzystywanej sieci oraz utrzymanie w pracy operacyjnej sieci WAN dla IMGW-PIB”, zwanego dalej „Postępowaniem” lub „Zamówieniem” (Nr referencyjny postępowania: AZ/6/PN/U/AI/ko/18)

O D W O Ł A N I E

Działając w imieniu spółki Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej: „Odwołującym” lub „Netia”), na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 i 4 oraz art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm., dalej zwana „PZP”), niniejszym **składam odwołanie** od czynności podjętych przez Zamawiającego w toku Postępowania w postaci sformułowania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami (dalej „SIWZ”), w tym „Opisu Przedmiotu Zamówienia Specyfikacja Techniczna” stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ (dalej jako „OPZ”).

W związku z powyższym Odwołujący **zarzuca** Zamawiającemu:

1. naruszenie **art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez przewidzenie w OPZ wymogu, by wykonawca był autoryzowanym przedstawicielem producenta urządzeń sieciowych wykorzystywanych do realizacji usługi (PU27 OPZ *in fine*), co

- nie jest konieczne dla prawidłowego wykonania usługi będącej przedmiotem Zamówienia, a w konsekwencji prowadzi do rażącego naruszenia uczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców;
2. naruszenie **art. 22 ust. 1 pkt. 2 PZP** oraz **art. 22 ust. 1a PZP** poprzez sformułowanie wymogu by wykonawca był autoryzowanym przedstawicielem producenta urządzeń sieciowych wykorzystywanych do realizacji usługi (PU27 OPZ *in fine*), a zatem warunku udziału w postępowaniu, który nie został wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu, a nadto jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.
 3. naruszenie **art. 29 ust. 1 PZP** i **art. 29 ust. 2 PZP** poprzez nałożenie na wykonawcę:
 - a) obowiązku przeniesienia 10 łączy (ok. 12% całkowitej liczby łączy) do nowych, nieznanych lokalizacji (PU20 OPZ),
 - b) obowiązku instalacji i konfiguracji w sieci WAN nieokreślonej liczby nowych łączy dostępowych dla nowych, nieznanych lokalizacji (PU30 OPZ),a zatem opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niedokładny, niepozwalający wykonawcy na ocenę możliwości realizacji zamówienia oraz jego należytej wycenę, a w konsekwencji prowadzący do nieporównywalności złożonych ofert i naruszenia zasad uczciwej konkurencji;
 4. naruszenie **art. 29 ust. 1 PZP** oraz **art. 353¹ §1 KC w zw. z art. 139 ust. 1 PZP** poprzez przyznanie Zamawiającemu prawa do jednostronnego wypowiedzenia umowy w części z zachowaniem 1-miesięcznego okresu wypowiedzenia w każdym czasie w przypadku „*wyłączenia lokalizacji z użytkowania*”, co tworzy istotne ryzyko znacznego zmniejszenia zakresu zamówienia, a zatem opisanie istotnych warunków realizacji przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niedokładny, niepozwalający wykonawcy na jego należytej wycenę, a nadto przekracza granicę swobody umów w zakresie arbitralnego wypowiedzania umów zawartych na czas oznaczony;
 5. naruszenie **art. 29 ust. 2 PZP** oraz **art. 353¹ §1 KC** i **art. 387 §1 KC w zw. z art. 139 ust. 1 PZP** poprzez przewidzenie we wzorze umowy (§1 ust 4 wzoru umowy) oraz w OPZ (PU27 OPZ) obowiązku dostarczenia Zamawiającemu w terminie 5 dni roboczych od dnia zawarcia umowy, szczegółowego harmonogramu wdrożenia przedmiotu umowy wraz z opisem realizacji, podczas gdy dla sporządzenia takiego harmonogramu wraz z opisem realizacji konieczne jest uzyskanie przez wykonawcę od Zamawiającego informacji, które mają zostać przekazane w tym samym terminie (5 dni roboczych od dnia zawarcia umowy), co skutkuje: (i) nałożeniem na wykonawcę obowiązku spełnienia świadczenia niemożliwego, (ii) kreuje zobowiązanie niezgodne z ustawą i zasadami współżycia społecznego, (iii) powoduje uprzywilejowanie dotychczasowego wykonawcy, który jako jedyny posiada informacje dotyczące architektury istniejącej sieci WAN oraz infrastruktury sieciowej.

Wobec powyższych zarzutów, Odwołujący **wnosi** o nakazanie Zamawiającemu:

1. modyfikacji SIWZ poprzez usunięcie z PU27 OPZ wymogu, by wykonawca był „*autoryzowanym przedstawicielem producenta urządzeń sieciowych wykorzystywanych do realizacji usługi*”;
2. modyfikacji SIWZ - doprecyzowanie postanowienia PU20 OPZ poprzez dookreślenie lokalizacji, do których Zamawiający będzie mógł żądać przeniesienia łączy oraz wyłączenie obowiązku przeniesienia lokalizacji w przypadku, gdy wykonawca nie posiada możliwości technicznych świadczenia usługi we wskazanej przez Zamawiającego lokalizacji docelowej, ewentualnie odrębne określenie zasad

- rozliczenia nakładów inwestycyjnych niezbędnych dla świadczenia usługi w docelowej lokalizacji wraz z ustaleniem odpowiednich terminów rozpoczęcia świadczenia usługi w lokalizacji docelowej (nie krótszych niż 3 miesiące);
3. modyfikacji SIWZ - doprecyzowanie postanowienia PU30 OPZ poprzez dookreślenie lokalizacji, w których Zamawiający będzie mógł żądać uruchomienia nowego łącza, albo wskazanie maksymalnej liczby takich nowych lokalizacji i wyłączenia obowiązku uruchomienia łącza w nowej lokalizacji w przypadku, gdy wykonawca nie posiada możliwości technicznych świadczenia w niej usługi, ewentualnie odrębne określenie zasad rozliczenia nakładów inwestycyjnych niezbędnych dla świadczenia usługi w nowej lokalizacji wraz z ustaleniem odpowiednich terminów rozpoczęcia świadczenia usługi w nowej lokalizacji (nie krótszych niż 3 miesiące);
 4. modyfikacji SIWZ poprzez usunięcie całego postanowienia §15 ust. 4 wzoru umowy (załącznika nr 10 do SIWZ) albo ograniczenie możliwości wypowiedzenia umowy do zakresu, którego wartość nie przekroczy 10 % wartości brutto umowy;
 5. modyfikacji SIWZ (§11 ust. 4 wzoru umowy oraz PU27 OPZ) poprzez zmianę terminu na dostarczenie harmonogramu wdrożenia przedmiotu umowy wraz opisem realizacji na termin „5 dni roboczych od dnia dostarczenia wykonawcy informacji na temat obecnie użytkowanej sieci Zamawiającego (zainstalowane urządzenia, topologia sieci LAN pomiędzy CE operatora oraz routerami Zamawiającego, konfiguracja protokołów routingu na maszynach Zamawiającego oraz maszynach obecnego dostawcy usługi IP VPN MPS, itd) – w szczególności w lokalizacjach kategorii 0 oraz 4”.

Ponadto, Odwołujący wskazuje, co następuje:

1. Zgodnie z SIWZ przedmiotem zamówienia są usługi o wartości szacunkowej powyżej kwoty 221.000 euro Euro;
2. Numer Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej i numer ogłoszenia: 2018/S 065-144937;
3. Ogłoszenie ukazało się nadto na stronie internetowej: <http://bip.imgw.pl/2018/04/04/dostawa-wdrozenie-migracja-z-obecnie-wykorzystywanej-sieci-oraz-utrzymanie-w-pracy-operacyjnej-sieci-wan-dla-imgw-pib/>.

UZASADNIENIE

I. WARUNKI FORMALNE ODWOŁANIA

Ogłoszenie o Zamówieniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie, ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 kwietnia 2018 r. (ogłoszenie). Wartość Zamówienia przekracza wartość od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Treść SIWZ została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 4 kwietnia 2018 r. Stosownie do treści art. 182 ust. 2 pkt. 1 PZP, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP.

Odwołanie zostało złożone w dniu 16 kwietnia 2018 r., a co za tym idzie, termin 10 dni, z uwzględnieniem art. 185 ust. 8 PZP, został przez Odwołującego zachowany. Odwołujący przekazał treść odwołania Zamawiającemu (dowód w załączeniu).

Interes prawny Odwołującego w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych w PZP przejawia się w tym, że wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów powszechnie obowiązującego prawa, w tym PZP, Odwołujący nie może złożyć oferty w niniejszym postępowaniu. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem Zamówienia. Nadto, w przypadku złożenia oferty i zawarcia umowy o zamówienie publiczne, niekorzystne i sprzeczne z prawem zapisy SIWZ mogą narazić Odwołującego na szkodę.

II. UZASADNIENIE DOTYCZĄCE POSZCZEGÓLNYCH ZARZUTÓW

1. AUTORYZOWANY PRZEDSTAWICIEL PRODUCENTA URZĄDZEŃ SIECIOWYCH

Przedmiotem niniejszego postępowania jest dostawa, wdrożenie, migracja z obecnie wykorzystywanej sieci oraz utrzymanie w pracy operacyjnej sieci WAN dla IMGW – PIB. Zakresem zamówienia objęte są zatem usługi wdrożenia sieci WAN, migracji danych oraz obsługa sieci WAN obejmująca 85 lokalizacji Zamawiającego wymienionych w załączniku nr 1 do OPZ – Spisie Lokalizacji. Termin realizacji usług telekomunikacyjnych wynosi 48 miesięcy (por. PU01 Załącznika nr 1 do SIWZ – OPZ). Zgodnie z założeniami OPZ, Wykonawca ma świadczyć usługę transmisji danych na bazie posiadanych (własnych lub pozyskanych) łączy dostępowych, zainstalowanych i skonfigurowanych urządzeń *Customer Edge* oraz sieci szkieletowych Wykonawcy (por. PU02 i PU03). Wykonawca zobowiązany jest do udostępnienia wymaganego sprzętu i łączy oraz zarządzania nimi w okresie obowiązywania umowy.

Wbrew nazwie postępowania („dostawa i wdrożenie...”), jego przedmiotem nie jest zatem dostawa sprzętu na rzecz Zamawiającego (w tym w szczególności jego sprzedaż lub dzierżawa), a jedynie świadczenie usług o określonych parametrach, przy wykorzystaniu określonego sprzętu i technologii przez wykonawcę. Powyższe potwierdza również fakt, iż w ogłoszeniu o zamówieniu wskazano, iż dotyczy ono usług o kodzie CPV: 64200000 – *Usługi telekomunikacyjne*. Na stronie tytułowej SIWZ wskazano również kod CPV 72318000 *Usługi przesyłu danych*. W konsekwencji „dostawa i wdrożenie” jest tylko elementem przygotowania się wykonawcy do świadczenia właściwych usług telekomunikacyjnych, a cała wykorzystywana infrastruktura pozostaje jego własnością i w całym okresie trwania umowy pozostaje w jego zarządzie i dyspozycji. Nadto, po zakończeniu realizacji usług telekomunikacyjnych wykorzystywany sprzęt zostaje usunięty z lokalizacji Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla formułowania wymogu, by wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia był autoryzowanym przedstawicielem producenta urządzeń sieciowych wykorzystywanych do realizacji usługi (por. PU27 *in fine* OPZ). Po pierwsze wymóg ten stanowi warunek *podmiotowy*, który mógłby co najwyżej stanowić warunek udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 1b PZP), a w konsekwencji musiałby zostać ujęty w ogłoszeniu o zamówieniu oraz

odpowiednim punkcie SIWZ, a nie w opisie przedmiotu zamówienia. Tymczasem ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ nie zawierają takiego warunku (por. sekcja III ogłoszenia i rozdział V SIWZ). Nadto, warunek taki byłby niedopuszczalny jako nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 1a PZP). Po drugie, nawet gdyby uznać go za warunek przedmiotowy, to również byłby on niedopuszczalny, albowiem zgodnie z art. 29 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust.1 PZP, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Jak już wyżej wskazano, przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług telekomunikacyjnych, a zatem wykonawcą w niniejszym postępowaniu może być wyłącznie przedsiębiorca telekomunikacyjny. Przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie zajmują się co do zasady sprzedażą urządzeń sieciowych, w tym jako autoryzowani przedstawiciele producentów tych urządzeń. Przedsiębiorcy telekomunikacyjni jedynie korzystają z tych urządzeń przy świadczeniu usług telekomunikacyjnych. Zamawiający powinien zatem weryfikować zdolności podmiotowe wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia poprzez odpowiednio wysokie wymagania dotyczące posiadanego doświadczenia i posiadanego personelu, a swoje interesy umowne zabezpieczyć poprzez odpowiednie mechanizmy umowne, np. parametry SLA zabezpieczone karami umownymi.

W istocie zatem przedmiotowy warunek zmierza do bezzasadnego ograniczenia konkurencji w postępowaniu, eliminując z możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia, wszystkich takich operatorów telekomunikacyjnych, którzy jednocześnie nie prowadzą sprzedaży urządzeń sieciowych jako autoryzowany przedstawiciel producenta. Jednocześnie warunek ten nie jest uzasadniony jakimkolwiek interesem Zamawiającego. W istocie dla Zamawiającego ważne jest tylko świadczenie na jego rzecz usług o określonych parametrach, funkcjonalnościach i standardach jakościowych. Kwestia dotycząca wykorzystywanego do tego sprzętu ma całkowicie drugorzędne znaczenie. W szczególności Zamawiający nie staje się właścicielem, czy bezpośrednim użytkownikiem używanych do świadczenia usługi urządzeń sieciowych. Zamawiający nie ma zatem żadnego interesu w tym by wykonawca był autoryzowanym przedstawicielem producenta takiego sprzętu.

Nie budzi zatem żadnych wątpliwości okoliczność, iż przedmiotowy wymóg rażąco narusza dyspozycję art. 29 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący w ramach niniejszego odwołania, domaga się usunięcia zastrzeżenia poczynionego w punkcie PU27 OPZ *in fine*, zgodnie z którym: *„Zamawiający wymaga, by Wykonawca był autoryzowanym przedstawicielem producenta urządzeń sieciowych wykorzystywanych do realizacji usługi”*.

2. OBOWIĄZEK PRZENOSZENIA ŁĄCZY I ZAPEWNIANIA ŁĄCZY DLA NOWYCH LOKALIZACJI

Zgodnie z art. 29 ust. 1 PZP Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Charakter i zakres tego obowiązku był wielokrotnie omawiany i wyjaśniany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Izba podkreśla kluczowe znaczenie właściwej realizacji tego obowiązku dla prawidłowego udzielenia zamówień

publicznych. Istota art. 29 ust. 1 PZP sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców, co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ.¹

Co wymaga podkreślenia, niepełny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty narusza art. 29 ust. 1 PZP, a także art. 29 ust. 2 i stanowi podstawę do wniesienia przez wykonawcę odwołania do KIO.² W konsekwencji bowiem, taki nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia nie tylko narusza bezpośrednio art. 29 ust. 1 PZP, ale nadto prowadzi do naruszenia art. 29 ust. 2 PZP. W sytuacji bowiem, w której wykonawcy nie są w stanie z SIWZ precyzyjnie odczytać zakresu (rozmiaru) świadczenia i okoliczności realizacji zamówienia mających lub mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z wysokim prawdopodobieństwem przyjmą różne założenia co do tych kwestii, a w konsekwencji złożą oferty, które będą nieporównywalne, zaś Zamawiający wybierając ofertę dokona wyboru pomiędzy ofertami skalkulowanymi dla różnych założeń i w istocie różnych rozmiarów/zakresów świadczeń i różnych uwarunkowań realizacji zamówienia mających wpływ na skalkulowanie oferty. W szczególności jedni wykonawcy będą mogli przyjąć na siebie większe ryzyko ze względu na posiadanie bardziej rozbudowanej sieci infrastruktury niż inni wykonawcy. Takie warunki konkurowania z całą pewnością odbiegają od warunków uczciwej konkurencji.

Biorąc powyższe pod uwagę dostrzec trzeba, że Zamawiający w OPZ nałożył na wykonawcę m.in. dwa następujące obowiązki:

- a) obowiązek przeniesienia do 10 łączy (ok. 12% całkowitej liczby łączy) do nowych lokalizacji (PU20 OPZ),
- b) obowiązek instalacji i konfiguracji w sieci WAN nieokreślonej liczby nowych łączy dostępowych dla nowo uruchamianych lokalizacji (PU30 OPZ),

Wyjaśnienia wymaga, że kluczowe znaczenie dla określenia kosztów świadczenia usługi sieci WAN będącej przedmiotem Zamówienia ma położenie danej „lokalizacji”, bowiem

¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r. KIO 897/15, zob. również: „Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt i na jakich warunkach mogą zaoferować, aby spełniał wymagania SIWZ. Niezbędne jest, aby opis przedmiotu zamówienia był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2017 r. KIO 641/17) oraz: „Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może ono być w całości przerzucane na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2014 r. KIO 24/14);

² M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018, art. 29, nb. 2. Zob. również: uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 grudnia 2011 r. Sygn. akt KIO/KD 91/11;

usługa ta wymaga posiadania odpowiedniej infrastruktury; w przypadku, gdy wykonawca w danym miejscu nie ma takiej infrastruktury konieczne jest poniesienie dodatkowych kosztów związanych z dzierżawą łączy albo wybudowanie odpowiedniej infrastruktury.

Nałożenie na wykonawcę wskazanych powyżej obowiązków prowadzi do stanu, w którym wykonawca nie jest w stanie określić w istocie dla ilu „lokalizacji” będzie musiał zapewnić łącze oraz gdzie ostatecznie te „lokalizacje” będą się znajdować. Nadmienić należy, że zgodnie z PU20 OPZ przeniesienie lokalizacji ma być objęte wynagrodzeniem wskazanym w ofercie – bez możliwości jego zmiany, w tym w szczególności podwyższenia, natomiast w odniesieniu do podłączenia nowych lokalizacji odpowiedni fragment OPZ dotyczący tej kwestii jest sformułowany bardzo niejednoznacznie, jednakże nawet przyjmując, że w przypadku podłączenia takiej nowej lokalizacji wykonawcy otrzyma dodatkowe wynagrodzenie z tego tytułu, brak jest możliwości określenia jego wysokości. Zgodnie z PU30 OPZ wykonawca ma skonfigurować w sieci WAN nowe łącza dostępne w *cenie abonamentu określoną w formularzu ofertowym, adekwatną do wymaganego pasma transmisyjnego zestawianych łączy*. Dostrzec jednakże trzeba, że formularz ofertowy przewiduje możliwość wskazania różnych wysokości abonamentu dla łączy o tej samej przepustowości w różnych lokalizacjach, w związku z czym nie będzie możliwe wskazanie, która stawka będzie miała być zastosowana do nowej lokalizacji – dla tej samej przepustowości łącza będzie mogło bowiem być wskazane 10 różnych stawek wynagrodzenia miesięcznego. Nie można również pominąć, że brak jest jakiegokolwiek mechanizmu pokrycia kosztów ewentualnych inwestycji w infrastrukturę.

Wspomnieć należy przy tym, że w OPZ brak jest jakichkolwiek dodatkowych informacji w zakresie położenia nowych „lokalizacji” (zarówno „przenoszonych”, jak i „nowych”), terminów uruchomienia tych usług i parametrów łączy (w tym w szczególności ich przepustowości) w nowych „lokalizacjach”. Tymczasem, dla wyceny „przeniesienia lokalizacji” lub uruchomienia „nowej lokalizacji” dane takie mają olbrzymie znaczenie. Przykładowo koszt uruchomienia nowej lokalizacji może się wahać między kilkuset złotych (lokalizacja z doprowadzoną infrastrukturą i niską przepustowością) do nawet kilkuset tysięcy złotych (np. trudno dostępna lokalizacja położona w górach, wysoka przepustowość). Nie da się zatem w ofercie w żaden sposób zmitygować ryzyka związanego z przeniesieniem lub uruchomieniem nowych lokalizacji, np. poprzez uśrednienie owych kosztów. Takie działanie zawsze wiązać się będzie ze znacznym niedoszacowaniem lub przeszacowaniem kosztów realizacji zamówienia.

W konsekwencji bezspornie brak jest możliwości precyzyjnego określenia zakresu i rozmiaru świadczenia, jakie w ramach zamówienia wykonawca będzie miał obowiązek spełnić na rzecz Zamawiającego.

Jednocześnie Odwołujący podnosi, iż w zakresie w jakim Zamawiający przewiduje **rozszerzenie zakresu zamówienia** (PU 30 OPZ), mamy w istocie do czynienia z tzw. prawem opcji. Pomimo braku odnośnych regulacji krajowych, prawo opcji zostało opisane w art. 72 ust.1 lit. a dyrektywy klasycznej, zgodnie z którą: *„zamówienia i umowy ramowe można modyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości pieniężnej, zostały przewidziane w pierwotnych dokumentach zamówienia w jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzulach przeglądowych, które mogą obejmować klauzule zmiany ceny, lub opcje. Tego rodzaju klauzule podają zakres i charakter możliwych modyfikacji lub opcji, a także warunki, na jakich można je stosować. Nie mogą one przewidywać modyfikacji ani opcji, które zmieniłyby ogólny charakter umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej.”* Z kolei w motywie 111 dyrektywy klasycznej prawodawca europejski

zauważa: „Instytucje zamawiające powinny mieć możliwość, w odniesieniu do poszczególnych zamówień, przewidzenia modyfikacji zamówienia w drodze klauzul przeglądowych lub **klauzul dotyczących opcji, jednak klauzule takie nie powinny dawać im nieograniczonej swobody decyzyjnej. W niniejszej dyrektywie należy zatem określić, do jakiego stopnia pierwotna umowa może przewidywać wprowadzanie modyfikacji.** Następnie należy doprecyzować, że **wystarczająco jasno sformułowane klauzule przeglądowe lub klauzule dotyczące opcji** mogą np. przewidywać indeksację cen lub zapewniać, by – przykładowo – urządzenia komunikacyjne dostarczane w trakcie danego okresu były w dalszym ciągu odpowiednie, również w przypadku zmiany protokołów komunikacyjnych lub innych zmian technologicznych.”

W doktrynie i orzecznictwie również podkreśla się konieczność sformułowania prawa opcji w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, zgodnie z ogólnymi dyrektywami dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia (art. 29 ust.1 PZP). Zgodnie ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych „Realizacja opcji może, ale nie musi nastąpić, w zależności od zapotrzebowania zamawiającego i na skutek jego dyspozycji w tym zakresie, przy czym zarówno zakres zamówienia objęty prawem opcji, jak i okoliczności, w jakich dojść może do skorzystania z tego prawa, powinny być opisane stosownie do treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.”³ Z kolei w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 września 2012 r., sygn. akt KIO 1807/12 wskazano: „Nadto, należy wskazać, że zarówno zakres objęty prawem opcji, jak i okoliczności, w jakich dojść może do skorzystania z prawa opcji, powinny być opisane zgodnie z zasadami stosowanymi przy opisie przedmiotu zamówienia, tzn. w sposób jednoznaczny, wyczerpujący oraz umożliwiający Wykonawcy złożenie oferty. (...) Dodatkowo, Izba zauważa, że prawo opcji nie może być rozwiązaniem pozwalającym na dowolne, oparte na niejasnych podstawach rozszerzenie pierwotnie określonego przedmiotu umowy”. Podobne wnioski płyną z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 773/15, KIO 775/15 : „Izba stwierdziła, że postanowienia wzoru umowy zawarte w § 3 ust. 7 pkt 1 lit. a i pkt 2 i nie stanowią wyczerpującego opisu w zakresie okoliczności, które mają wpływ na sporządzenie oferty w zakresie wyceny stawek jednorazowych wynagrodzeń związanych z lokalizacjami typu OR i BP. Zwiększenie przepustowości w lokalizacji oraz rozpoczęcie świadczenia usługi w nowej lokalizacji stanowią w ocenie Izby opcjonalny zakres zamówienia, gdyż nie wiadomo, czy i w jakim zakresie Zamawiający będzie zlecał je wykonawcy po rozpoczęciu świadczenia usługi. Skład orzekający Izby podziela stanowisko wyrażone uprzednio w uzasadnieniu wyroku Izby z 14 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2172/13, 2172/13), że skoro prawo opcji jest związane z przedmiotem zamówienia, zamawiający winien je opisać z uwzględnieniem art. 29 ust. 1 i nast. ustawy pzp, a wzór umowy powinien zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno, oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie uzależniona od decyzji zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji. Innymi słowy, opcjonalny zakres przedmiotu zamówienia powinien być opisany równie dokładnie jak podstawowy zakres przedmiotu zamówienia. Tym bardziej, że wykonawca na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, który dla obu zakresów powinien odpowiadać wymaganiom art. 29 ust. 1 pzp, ma adekwatnie wycenić swoją ofertę.”

W tym stanie rzeczy bezspornie Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób nieprecyzyjny, niejednoznaczny i niewyczerpujący, nie określając w opisie wszystkich

³<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/prawo-opcji-w-ustawie-prawo-zamowien-publicznych>

wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym naruszył art. 29 ust. 1 PZP i art. 29 ust.2. PZP.

3. PRAWO DO WYPOWIEDZENIA UMOWY PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO

Jak już wskazano powyżej, zgodnie z art. 29 ust. 1 PZP Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Dostrzec należy, że obowiązek ten może zostać naruszony na różne sposoby. Naruszenie takie stanowi w szczególności przyznanie zamawiającemu prawa do arbitralnego wypowiedzenia umowy. Skutkiem skorzystania z takiego prawa jest bowiem ograniczenie zakresu przedmiotu zamówienia, przy czym wykonawca nie może przewidzieć czy i w jakim zakresie faktycznie do tego ograniczenia dojdzie. W konsekwencji wykonawca nie jest w stanie określić, jaki będzie ostatecznie zakres świadczenia, jakie będzie zobowiązany spełnić na rzecz Zamawiającego.

Stanowisko takie prezentuje również Krajowa Izba Odwoławcza, która zwróciła uwagę, że *umowy o zamówienie publiczne zawierane na czas określony zostały przez ustawodawcę skonstruowane, jako źródło zobowiązań o charakterze trwałym, które jeżeli tylko są wykonywane należycie, to powinny istnieć aż do upływu terminu, na jaki zawarta została umowa. Niekwestionowaną zasadą jest, że umowy w sprawach zamówień publicznych zawierane są na czas oznaczony, a skoro tak, to cechą stosunku obligacyjnego zawiązanego w wyniku zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego jest jego trwałość, rozumiana w ten sposób, że **ustawa nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania tego stosunku przez żadną ze stron, co jest podyktowane faktem, że wykonawcy mogą racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem** (w tym ryzyko czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekompensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy), **jedynie wówczas, gdy mogą przewidzieć, przez jaki czas, strony umowy pozostaną nią związane.**⁴*

Izba podkreśla w tym wyroku zatem, że w przypadku zobowiązań trwałych oznaczenie okresu wykonywania umowy jest niezbędne dla ustalenia rozmiaru świadczenia. Ponadto zapewnienie realnego okresu wykonywania umowy przez wskazany w SIWZ okres jest konieczne dla zapewnienia możliwości prawidłowego skalkulowania ceny ofertowej. Tylko bowiem wówczas, gdy wykonawca wie, przez jaki okres umowa będzie realnie wykonywana i przez jaki okres będzie otrzymywał wskazane w ofercie wynagrodzenie, może racjonalnie skalkulować cenę ofertową.

W okolicznościach rozważanej sprawy dostrzec trzeba, że zgodnie z §15 ust. 4 wzoru umowy *Zamawiającemu przysługuje prawo wypowiedzenia Umowy w części z zachowaniem 1-miesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego, w przypadku wyłączenia lokalizacji z użytkowania.*

Na podstawie zastrzeżonego w tym postanowieniu prawa do wypowiedzenia umowy, wypowiedzenie takie nie będzie dotyczyło całości umowy, a jej części. Dostrzec jednak należy, że nie ma żadnego ograniczenia co do liczby lokalizacji, w stosunku do których

⁴ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2014 r. KIO 24/14.

Zamawiający będzie mógł wypowiedzieć umowę. Brak jest zatem formalnie przeszkód, by na tej podstawie Zamawiający wypowiedział umowę w odniesieniu przykładowo do 84 lokalizacji (z całkowitej liczby 85 lokalizacji objętych Zamówieniem).

Dodatkowo jedyną przesłanką skorzystania z tak ukształtowanego prawa do wypowiedzenia umowy jest „wyłączenie lokalizacji z użytkowania”. Ze względu na brak jakichkolwiek innych informacji i ograniczeń przewidzianych w treści wzoru umowy stwierdzić trzeba, że w istocie „wyłączenie lokalizacji z użytkowania” zależy wyłącznie od arbitralnej decyzji Zamawiającego. To Zamawiający decyduje o tym, czy „wyłącza lokalizację z użytkowania”. Sprawia to, że skorzystanie z prawa wypowiedzenia umowy w rzeczywistości zależy wyłącznie od decyzji Zamawiającego.

W tym stanie rzeczy bezspornie zastrzeżone w §15 ust. 4 prawo wypowiedzenia umowy stoi w sprzeczności z art. 29 ust. 1 PZP, prowadzi bowiem do całkowitej niepewności co do rozmiaru świadczenia, jakie wykonawca będzie miał spełnić na rzecz Zamawiającego.

Nie można pominąć także faktu, że dla rozpoczęcia świadczenia usługi wykonawca musi ponieść pewne niezbędne koszty związane chociażby z zakupem sprzętu, zapewnieniem infrastruktury etc. Wykonawca ma prawo następnie oczekiwać, że koszty te będzie mógł pokryć wynagrodzeniem za świadczenie usługi w kolejnych miesiącach. Tymczasem przyznanie tak szerokiego i nieograniczonego prawa do wypowiedzenia umowy dla niemalże wszystkich lokalizacji prowadzi nieuchronnie do niepewności co do długości okresu faktycznego wykonywania umowy, a w konsekwencji uniemożliwia odpowiednie skalkulowania ceny oferty.

W tym kontekście zauważyć należy, że tak daleko idące, nieograniczone i arbitralne prawo do wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego przy jednoczesnym zawarciu umowy na czas oznaczony, powinno być nadto uznane za naruszające zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego⁵ oraz sprzeczne z właściwością (naturą) stosunku prawnego. Zastrzeżenie takiego prawa jest nadto niezgodne z zasadami uczciwości i lojalności kupieckiej, a zatem z zasadami współżycia społecznego. W konsekwencji przyznanie Zamawiającemu w tym konkretnym Zamówieniu prawa wypowiedzenia umowy w tym kształcie powinno być uznane sprzeczne z art. 353¹ KC w zw. z art. 139 ust. 1 PZP.

4. TERMIN NA PRZYGOTOWANIE HARMONOGRAMU WDROŻENIA

Stosownie do brzmienia PU27 Opisu przedmiotu zamówienia: *„W terminie 5 dni roboczych od podpisania umowy Wykonawca dostarczy harmonogram wdrożenia wraz z opisem realizacji z uwzględnieniem zastosowanych technologii, informacją o parametrach zastosowanych mediach transmisyjnych”.*

Jednocześnie, zgodnie z § 3 ust. 4 Umowy, Zamawiający w terminie 5 dni roboczych od dnia zawarcia Umowy dostarczy Wykonawcy dane dotyczące architektury istniejącej u Zamawiającego sieci WAN oraz infrastruktury sieciowej, ze wskazaniem wszystkich łączy i ich parametrów oraz inne dokumenty uzgodnione z Wykonawcą. Powyższe oznacza, iż w tym samym dniu w którym Wykonawca otrzyma do Zamawiającego niezbędne dane do przygotowania harmonogramu wdrożenia i sporządzenia opisu sposobu realizacji,

⁵ Taka argumentacja podzielona została m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 października 2017 r. KIO 2170/17.

wykonawca ma obowiązek dostarczyć Zamawiającemu tak harmonogram, jak i opis realizacji.

Nie budzi wątpliwości fakt, iż dotrzymanie tego terminu przez wykonawcę jest niemożliwe. Przygotowanie harmonogramu wdrożenia wymaga co najmniej wizji lokalnej, w każdej z 85 lokalizacji Zamawiającego, przeanalizowania danych dotyczących architektury sieci WAN Zamawiającego, weryfikacji istniejącej infrastruktury sieciowej, sprawdzenia warunków technicznych, w tym występowania infrastruktury Odwołującego lub innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w poszczególnych lokalizacjach, wykonania prac koncepcyjnych dotyczących podłączania poszczególnych lokalizacji do sieci, ustalenia szczegółów technicznych dotyczących podłączenia z każdą z 85 lokalizacji, wreszcie opracowania harmonogramu wdrożenia. W ocenie Odwołującego najkrótszym możliwym terminem wykonania tych działań jest termin wynoszący 5 dni roboczych od dnia dostarczenia wykonawcy danych o jakich mowa w § 3 ust. 4 Umowy. Podobnie nie jest możliwe dotrzymanie tego terminu w odniesieniu do dostarczenia opisu realizacji uwzględniającego zastosowane technologie, informacje o parametrach i zastosowanych mediach transmisyjnych, o którym mowa zarówno w PU27 OPZ, jak i w §1 ust. 4 wzoru umowy.

W kontekście powyższego istotne jest zwrócenie uwagi, że stosownie do brzmienia art. 387 § 1 KC, umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna z mocy prawa. Przewidziana ustawą nieważność umowy o świadczenie niemożliwe wyznacza granice swobody umów, wprowadzając zakaz kontraktowania świadczeń, których nie można wykonać. Należy zatem przyjąć, że strony nie mogą skutecznie zobowiązać się do wykonania określonego zobowiązania w terminie obiektywnie zbyt krótkim, którego nikt nie jest w stanie dochować.

Jednocześnie wskazać należy, iż przedmiotowy zapis w sposób rażący prowadzi do uprzywilejowania dotychczasowego wykonawcy, który jako jedyny posiada wszelkie dane do przygotowania harmonogramu wdrożenia i opisu sposobu realizacji (dotyczące architektury dotychczasowej sieci WAN oraz infrastruktury sieciowej). W konsekwencji zatem wyłącznie ten wykonawca będzie w stanie przygotować w wyznaczonym terminie harmonogram wdrożenia i opis realizacji. Nie budzi zatem wątpliwości fakt, iż przedmiotowy zapis narusza art. 29 ust. 2 PZP nakazujący eliminację z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich takich wymogów, które naruszają uczciwą konkurencję między wykonawcami.

* * * * *

W tym stanie rzeczy, wobec zasadności podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ w sposób wnioskowany przez Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe trzeba wskazać, że niezgodność postanowień SIWZ z PZP będzie miała swoje odzwierciedlenie w wyborze wykonawcy, który niekoniecznie będzie oferował wykonanie usług wg najkorzystniejszej oferty na rynku. Część z wykonawców przy tak rozpisanych wymaganiach po prostu nie złoży swojej oferty w tym postępowaniu. Tymczasem, Zamawiający powinien brać pod uwagę, że wydatkuje środki publiczne, a co za tym idzie, zgodnie z art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o *finansach publicznych*, powinien dokonywać ich w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Zarazem zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 3 oraz ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o *odpowiedzialności za naruszenie*

dyscypliny finansów publicznych, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a nadto inne naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych jeżeli miało ono wpływ odpowiednio na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe okoliczności na uwadze, wnoszę jak na wstępie.

W imieniu Netia S.A.

Agnieszka Skibińska

Netia SA

ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa

NIP: 526-02-05-575

REGON 011566374

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
2. dowód przesłania kopii odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu,
3. odpis z KRS Odwołującego,
4. pełnomocnictwo do składania środków ochrony prawnej.

iNORD
BusinessDNB Bank Polska S.A.
ul. Postępu 15C
02-676 Warszawa**Potwierdzenie wykonanej operacji****Szczegóły transakcji przekazów pieniężnych****Dane właściciela rachunku**

Nazwa właściciela	NETIA S.A.
Adres właściciela	POLECZKI 13, 02-822 WARSZAWA
Rachunek właściciela	PL97 2190 0002 3000 0046 8013 0101

Dane beneficjenta /zleceniodawcy

/60101010100081362231000000
URZAD ZAMOWIEN PUBLICZNYCH
UL. POSTEPU 17A 02-676 WARSZAWA

Szczegóły operacji

Data księgowania	13.04.2018
Kwota	-15 000,00 PLN
Tytuł operacji	WPIS OD ODWOLANIA SIEC WAN DLA IMGW-PIB
Typ i podtyp	OP AS
Opis kodu operacji	Krajowa płatność wychodząca
Referencje klientów	VI00000021530784
Referencje banku	P180413AAUPOP12

Data wystawienia dokumentu: 13.04.2018, 8:50:10

Dokument wygenerowany elektronicznie, nie wymaga pieczęci ani podpisu.
Dokument sporządzony na podstawie art. 7 Ustawy Prawo Bankowe (Dz. U. Nr 140 z 1997 roku, poz. 939 z późniejszymi zmianami)

Nr bazy pełn. /2018

PEŁNOMOCNICTWO

Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (02-822), ul. Poleczki 13, akta przechowywane przez SR dla m.st. Warszawy w Warszawie XIII Wydział Gospodarczy KRS, numer KRS 41649, REGON 011566374, NIP 5260205575, kapitał zakładowy 335 480 971 zł, wpłacony w całości (dalej zwana „Spółką”), udziela niniejszym pełnomocnictwa dla

Pana/Pani Agnieszka Skibińska

Legitymująca się dowodem osobistym o numerze i serii AXD 155379

do podejmowania w imieniu i na rzecz Spółki wszelkich czynności związanych z udziałem Spółki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę, wdrożenie, migrację z obecnie wykorzystywanej sieci oraz utrzymanie w pracy operacyjnej sieci WAN dla IMGW – PIB, nr postępowania AZ/6/PN/U/AI/ko/18 prowadzonego przez Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy, ul. Podleśna 61; 01 – 673 Warszawa

Niniejsze pełnomocnictwo uprawnia w szczególności do:

- 1) podejmowania przez pełnomocnika wszelkich działań w zakresie korzystania ze środków ochrony prawnej, w tym do:
 - a) wnoszenia odwołań do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oraz przystępowania do postępowania odwoławczego, a także składania wszelkich oświadczeń i wniosków w toczącym się postępowaniu odwoławczym, reprezentowania w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, a także w postępowaniu przed wszelkimi organami administracji oraz sądami,
 - b) wnoszenia skarg do sądu na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz składania w postępowaniu skargowym wniosków, oświadczeń i pism procesowych zarówno wobec sądu jak i innych uczestników tego postępowania

Warszawa, dnia 12.04.2018 r.

Za Spółkę:

Iwona Pałaszewska

Prokurent

Aster Papazyan

Członek Zarządu

Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej
Państwowy Instytut Badawczy