

Warszawa, dnia 29 maja 2017 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa

**Zamawiający:**

**Instytut Pamięci Narodowej** - Komisja  
Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu  
ul. Wołoska 7  
02-675 Warszawa  
Tel.: +48 (22) 581 88 92  
Faks: +48 (22) 581 88 14  
e-mail: [wzp@ipn.gov.pl](mailto:wzp@ipn.gov.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](mailto:agnieszka.skibinska@netia.pl)  
reprezentowany przez:  
Panią Agnieszkę Skibińską

**Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę transmisji danych dla sieci rozległej Instytutu Pamięci Narodowej; numer referencyjny: BAG-33/17 (dalej jako „Postępowanie” lub „Zamówienie”)**

**ODWOŁANIE**

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 29.01.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm., dalej zwaną „ustawą” lub „PZP”), niniejszym składam odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w toku Postępowania w postaci sformułowania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”).

W związku z powyższym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. naruszenie **art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 1 PZP** poprzez niejednoznaczny, niespójny i niekompatybilny opis przedmiotu zamówienia (zawarty w treści Rozdziału III lit. H pkt 4 *Załącznika nr 4 do SIWZ* oraz Rozdziału III lit. H pkt 6 *Załącznika nr 4 do SIWZ*, a także tabeli zamieszczonej w Rozdziale IV *Załącznika nr 4 do SIWZ*), polegający na braku jednoznacznego wskazania w jaki sposób świadczona ma być usługa transmisji danych dla sieci rozległej Instytutu Pamięci Narodowej we wszystkich lokalizacjach **od dnia uruchomienia usługi do dnia 7 stycznia 2018 r.**, co uniemożliwia jednoznaczne ustalenie sposobu realizacji umowy, oceny ryzyk kontraktowych i skalkulowanie oferty, a tym samym ogranicza uczciwą konkurencję w postępowaniu
2. naruszenie **art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. wyznaczenie **w pkt IV SIWZ** oraz w § 1 ust. 2 *Załącznika nr 5 do SIWZ – wzór umowy*, zbyt krótkiego terminu na uruchomienie usługi transmisji danych dla sieci rozległej Instytutu Pamięci Narodowej (**8 sierpnia 2017 r.**), co powoduje znaczące uprzywilejowanie dotychczasowego dostawcy usługi Zamawiającego: tj. T-Mobile S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako T-Mobile), posiadającego już pełną i skonfigurowaną infrastrukturę niezbędną do uruchomienia usługi.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący domaga się uwzględnienia Odwołania i nakazania Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ poprzez zmianę jego zapisów w następujący sposób:

1. doprecyzowanie, czy usługa transmisji danych dla sieci rozległej Instytutu Pamięci Narodowej ma być świadczona w technologii światłowodowej we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego w całym okresie obowiązywania Umowy o zamówienie publiczne, czy jedynie od dnia 8.01.2018 r.;
2. określenie technologii, w jakiej może być świadczona usługa transmisji danych dla sieci rozległej Instytutu Pamięci Narodowej we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego w okresie do dnia 7.01.2018 r.;
3. wydłużenie terminu na uruchomienie usługi transmisji danych dla sieci rozległej Instytutu Pamięci Narodowej, o jakim mowa w pkt IV SIWZ oraz § 1 ust. 2 *Załącznika nr 5 do SIWZ – wzór umowy*, do **minimum 120 dni od dnia zawarcia Umowy** o zamówienie publiczne, jeżeli usługa transmisji danych dla sieci rozległej

Instytutu Pamięci Narodowej ma być świadczona w technologii światłowodowej we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego w całym okresie obowiązywania Umowy o zamówienie publiczne;

4. wydłużenie terminu na uruchomienie usługi transmisji danych dla sieci rozległej Instytutu Pamięci Narodowej, o jakim mowa w pkt IV SIWZ oraz § 1 ust. 2 Załącznika nr 5 do SIWZ – wzór umowy, **do minimum 60 dni od dnia zawarcia Umowy** o zamówienie publiczne, jeżeli usługa transmisji danych dla sieci rozległej Instytutu Pamięci Narodowej może być świadczona w technologii innej niż światłowodowa we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego w okresie do dnia 7.01.2018 r.

Ponadto, Odwołujący wskazuje, co następuje:

1. przedmiotem zamówienia są usługi o wartości szacunkowej przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP;
2. numer Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej i numer ogłoszenia: 2017/S 095-186891;
3. ogłoszenie ukazało się na stronie internetowej: <http://bip.ipn.gov.pl/bip/zamowienia-publiczne/2336,Ogloszenie-o-zamowieniu-na-uslugę-transmisji-danych-dla-sieci-rozleglej-Instytut.html>

## UZASADNIENIE

### I. WARUNKI FORMALNE ODWOŁANIA

Wartość Zamówienia przekracza wartość, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Ogłoszenie o Zamówieniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie, ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18.05.2017 r. (ogłoszenie nr 2017/S 095-186891). Treść SIWZ została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 18.05.2017 r. Stosownie do treści art. 182 ust. 2 pkt. 1 PZP, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia od dnia publikacji ogłoszenia w

Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. Nadto, w świetle art. 185 ust. 8 PZP, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy.

Odwołanie zostało złożone w dniu 29.05.2016 r., w związku z czym termin 10 dni został przez Odwołującego zachowany (28.05.2016r. przypadał w niedzielę). Odwołujący przekazał treść odwołania Zamawiającemu (dowód w załączeniu).

Interes prawny Odwołującego w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych w PZP przejawia się w tym, że czynności Zamawiającego naruszające przepisy PZP mogą uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty w Postępowaniu. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia. Z drugiej strony w przypadku złożenia oferty i zawarcia umowy o zamówienie publiczne przez Odwołującego, niekorzystne i sprzeczne z prawem zapisy SIWZ mogą narazić go na szkodę.

## **II. WSTĘP - ZARZUTY**

Przedmiotem niniejszego postępowania jest wykonywanie usługi transmisji danych dla sieci rozległej Instytutu Pamięi Narodowej. Usługi będące przedmiotem zamówienia mają być świadczone na zasadach i przy zachowaniu parametrów opisanych w Załączniku nr 4 do SIWZ – Warunki techniczne na świadczenie usług transmisji danych dla Instytutu Pamięi Narodowej. Co więcej, usługi te wykonywane mają być w 32 lokalizacjach Zamawiającego wymienionych we wskazanym powyżej załączniku do SIWZ.

Należy zauważyć zatem, iż przedmiot zamówienia obejmuje dostarczenie łączy telekomunikacyjnych do kilkudziesięciu lokalizacji na terenie całego kraju. Nadto, zamówienie charakteryzuje się znacznym stopniem skomplikowania.

Zgodnie z rozdziałem II lit. C Załączniku nr 4 do SIWZ – Warunki techniczne na świadczenie usług transmisji danych dla Instytutu Pamięi Narodowej (Opis Przedmiotu Zamówienia), przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług transmisji danych na potrzeby sieci WAN w następującym zakresie:

- 1. Zapewnienie połączeń teleinformatycznych w sieci WAN w oparciu o transmisję protokołu IP.*

2. *Skonfigurowanie parametrów urządzeń zakończenia łączy dostarczanych w ramach usługi dla potrzeb integracji z routerami Zamawiającego, zgodnie z jego wytycznymi. Wykonawca powinien współpracować z administratorami sieci w lokalizacjach.*
3. *Eksploatacja łączy teletransmisyjnych w okresie obowiązywania umowy.*
4. *Zapewnienie bezpieczeństwa łączy teletransmisyjnych (patrz pkt. III.F).*
5. *Zapewnienie parametrów niezawodnościowych usług sieci (patrz pkt. III.G).*

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia wadliwe i niejednoznaczne postanowienia SIWZ odnoszące się do sposobu realizacji usługi transmisji danych dla sieci rozległej Instytutu Pamięi Narodowej, a także ustanowienie zbyt krótkiego i obiektywnie niemożliwego do dotrzymania terminu na uruchomienie tej usługi w odniesieniu do niemal wszystkich lokalizacji, w szczególności z punktu widzenia aktualnych możliwości i zasobów technologicznych, utrudniają lub też uniemożliwiają złożenie oferty przez podmioty zainteresowane realizacją zamówienia i zdolne do jego wykonania. Należy podkreślić, iż dokumentacja postępowania zawiera zasadnicze błędy uniemożliwiające sporządzenie oferty, w tym należyte oszacowanie wynagrodzenia. Wymogi SIWZ zostały skonstruowane w taki sposób, który znacząco utrudnia, a w niektórych wypadkach uniemożliwia złożenie oferty przez niemal wszystkich doświadczonych operatorów telekomunikacyjnych – za wyjątkiem T-Mobile jako dotychczasowego dostawcy usługi dla Zamawiającego.

Wobec tego zauważyć należy, iż Zamawiając całkowicie ignoruje istniejące realia rynkowe usług telekomunikacyjnych, nie bierze pod uwagę jego specyficznych uwarunkowań i właściwości. W konsekwencji zapisy SIWZ dotyczące różnych aspektów realizacji przedmiotu zamówienia, w tym dotyczące terminu uruchomienia usług oraz wymagań dotyczących sposobu realizacji zamówienia, są skonstruowane w taki sposób, by finalnie przedmiotowe zamówienie pozyskał T-Mobile.

### **III. NIEJEDNOZNACZNY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA**

Zgodnie z 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. Przedmiot zamówienia powinien być określony w sposób precyzyjny i jednoznaczny. Tym samym, opis przedmiotu zamówienia musi być jasny, zrozumiały oraz

zawierać wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty przetargowej.

Niemniej, w niniejszym Postępowaniu Zamawiający nie uczynił zadość ciężącemu na nim obowiązkowi w zakresie jednoznacznego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż w świetle Rozdziału III lit. H pkt 4 Załącznika nr 4 do SIWZ, Wykonawca będzie świadczył usługę transmisji danych IP z wykorzystaniem:

- a) własnej ogólnopolskiej światłowodowej sieci szkieletowej,
- b) własnych lub pozyskanych światłowodowych łączy dostępowych bez punktu styku z siecią Internet na całej długości,
- c) własnych urządzeń PE połączonych z końcowymi urządzeniami CE Zamawiającego,
- d) oddzielnych urządzeń PE w swojej lub Zamawiającego infrastrukturze telekomunikacyjnej obsługujących i przełączających odpowiednio łącze podstawowe i zapasowe, wyszczególnione w tabeli 1, pkt 1, pkt IV.

Wobec powyższego, wydaje się, iż Wykonawca od początku do końca realizacji zamówienia zobowiązany jest do świadczenia usług transmisji danych w oparciu o technologię światłowodową. Wskazane postanowienie opisu przedmiotu zamówienia nie wiąże bowiem obowiązku wykorzystywania technologii światłowodowej z określonym przedziałem czasowym wykonywania usług, czy też wyszczególnionymi lokalizacjami. Twierdzenie to wzmacnia postanowienie Rozdziału III lit. H pkt 6 Załącznika nr 4 do SIWZ, zgodnie z którym, Dla połączenia zapasowego w Centrali tabela 1, pkt 1 w pkt IV Zamawiający dopuszcza wykorzystanie technologii radiowej. Wydaje się, iż w myśl tego postanowienia zastosowanie innej technologii niż światłowodowa (tj. radiowej) możliwe jest tylko w odniesieniu do Centrali IPN przy ul. Wołoskiej 7 w Warszawie i to wyłącznie w zakresie łącza zapasowego.

Jednakże stosownie do postanowienia Rozdziału III lit. H pkt 5 Załącznika nr 4 do SIWZ, Zamawiający wymaga, aby łącza wyszczególnione w tabeli 1, pkt IV pozycje 1, 2, 3, 4 między Centralą a lokalizacjami w Warszawie były realizowane z pełną przepustowością za pomocą łączy światłowodowych na całej długości od 8.08.2017 r. do końca trwania umowy. Dla pozostałych lokalizacji, zgodnie z tabelą 1, pkt IV, docelowa przepustowość łączy realizowana będzie za pomocą łączy światłowodowych na całej długości od 8.01.2018 r. do końca trwania umowy.

Powyższe postanowienie wprowadza zatem obowiązek realizacji usługi przy wykorzystaniu światłowodów w odniesieniu do pewnych lokalizacji już w momencie uruchomienia usługi, zaś w przypadku innych lokalizacji dopiero od 8 stycznia 2018 r., określając swoisty okres przejściowy, w trakcie którego wykonawca może świadczyć usługi transmisji danych w oparciu o **inne technologie niż światłowody, niesprecyzowane w opisie przedmiotu zamówienia.**

Z kolei z opisu tabeli przywołanej w cytowanym postanowieniu wynika, iż w odniesieniu do wszystkich lokalizacji konieczność wykonywania usługi transmisji danych w technologii światłowodowej wiąże się z nadejściem terminu wyznaczonego na dzień 8 stycznia 2018 r.:

L.p.	Lokalizacja	Połączenie z	Minimalna gwarantowana przepustowość łącza świadczona będzie od 8.08.2017r. do 7.01.2018r.	Minimalna gwarantowana przepustowość łącza, świadczona będzie od 8.01.2018r. do końca trwania umowy łącza światłowodowe
------	-------------	--------------	--	---

Wydaje się zatem, iż powyższe zapisy można interpretować w taki sposób, że Zamawiający dopuszcza stosowanie dowolnej technologii na potrzeby świadczenia usługi do dnia 7 stycznia 2018 r., natomiast od dnia 8 stycznia 2018 r. wymaga stosowania technologii światłowodowej.

**Wobec powyższego należy zauważyć, iż wskazane zapisy SIWZ dotyczące sposobu świadczenia usług transmisji danych (wymaganej technologii) zostały sformułowane w sposób nieprecyzyjny i niejasny.** Zamawiający nie opisał zatem przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 PZP, który nakłada na Zamawiającego obowiązek opisanie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą określeń przedmiot zamówienia w taki sposób, aby umożliwić wykonawcom sporządzenie oferty.

Przedstawiony opis jest na tyle niespójny, że nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności istotnych dla Wykonawcy, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Bez precyzyjnego wskazania technologii, w oparciu o którą ma być świadczona usługa od początku realizacji, uniemożliwia się Wykonawcom dokonania realnej i prawidłowej wyceny przedmiotu Zamówienia. Oczywiście jest bowiem, iż koszty wykonania usługi w

oparciu o konkretną technologię (np. światłowodową), z wykorzystaniem infrastruktury własnej, dzierżawionej lub nowobudowanej różnią się diametralnie, przy czym korzystanie z istniejącej własnej lub obcej infrastruktury jest znacznie tańsze i mniej czasochłonne niż konieczność wybudowania nowych łączy telekomunikacyjnych.

Podkreślić należy, iż w doktrynie jasno przyjmuje się, iż opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią (M. Stachowiak. Komentarz do art. 29 - Prawo Zamówień Publicznych [w] LEX.). Wskazuje się również, iż opis ten musi być na tyle oczywisty i niebudzący jakichkolwiek wątpliwości, by mógł stanowić podstawę do złożenia przez potencjalnych wykonawców ważnych i porównywalnych ofert (m.in. E. Norek. Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd.4 [w] Komentarze LexisNexis. W-wa 2009, str.105 i następ.).

Opis przedmiotu zamówienia powinien być tak skonstruowany, aby umożliwić Wykonawcy dokonanie prawidłowej wyceny zamówienia oraz oceny ryzyk związanych z jego realizacją. Prawidłowa wycena musi pozwolić Wykonawcy bowiem na dokonanie kluczowych ustaleń, a mianowicie: dopuszczalności stosowania określonej technologii, możliwości realizacji zamówienia, w tym w szczególności możliwości zachowania terminów uruchomienia usługi, możliwości wykorzystania własnych łączy, infrastruktury obcej, konieczności wybudowania nowych łączy, konieczności wystąpienia o stosowne pozwolenia itp. W chwili obecnej Wykonawca nie jest w stanie ocenić realnych możliwości wykonania zamówienia oraz wiążących się z nim ryzyk. Nie ulega wątpliwości, iż w przypadku konieczności świadczenia usługi w oparciu o technologię światłowodową pojawia się wymóg wybudowania nowej infrastruktury, zaś w przypadku wykorzystywania technologii radiowej – wymóg pozyskania pozwolenia od Prezesa UKE. Wymogi te wiążą się z istotnym ryzykiem przekroczenia wyjątkowo krótkiego terminu realizacji (uruchomienia usługi) i w konsekwencji z ryzykiem nałożenia na Wykonawcę wysokich kar umownych.

Odwołujący wykazuje natomiast, że podczas przygotowania oferty niezwykle istotne jest przeprowadzenie dokładnej i drobiazgowej kalkulacji przez wykonawców, w tym Odwołującego oraz możliwość oceny możliwych ryzyk. W wyniku niejasnego i nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia Odwołujący nie ma możliwości sporządzenia takiej kalkulacji oraz przygotowania w oparciu o nią swojej oferty. W chwili obecnej Wykonawca nie jest w stanie określić, jaka technologia wykonywania usług



transmisji danych jest przez Zamawiającego wymagana, w jakich terminach i jakich lokalizacjach. Zapisy SIWZ nie pozwalają ocenić, czy przez cały okres świadczenia usługi (tj. także w okresie od uruchomienia usługi do 7 stycznia 2018 r.) wykorzystywana ma być wyłącznie technologia światłowodowa, czy wymóg ten dotyczy wszystkich lokalizacji, a jeżeli nie, to jaką technologię można wówczas stosować alternatywnie.

Podsumowując, art. 29 ust. 1 PZP nakłada na Zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający powinien skonstruować opis przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby Wykonawcy składający ofertę byli świadomi rzeczywistego zakresu zamówienia, jego warunków oraz okoliczności wpływających na jego realizację, także w zakresie wymagań wiążących się ze świadczeniem usługi, w tym obowiązku wykorzystywania określonej technologii. Na podstawie opisu przedmiotu zamówienia Wykonawcy dokonują bowiem obliczenia ceny za wykonanie zamówienia oraz określają realne możliwości jego terminowego i należytego wykonania.

**Konstruując opis przedmiotu zamówienia w niniejszym Postępowaniu Zamawiający niewątpliwie naruszył zasadę jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym art. 29 ust. 1 PZP.**

**Wobec powyższego, Odwołujący domaga się doprecyzowania przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, czy usługa transmisji danych dla sieci rozległej Instytutu Pamięi Narodowej ma być świadczona w technologii światłowodowej we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego w całym okresie obowiązywania Umowy o zamówienie publiczne, czy jedynie od dnia 8.01.2018 r. Nadto, jeżeli przedmiotowa usługa może być świadczona we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego w okresie od dnia jej uruchomienia do dnia 7.01.2018 r. również w innej technologii niż światłowodowa, Odwołujący domaga się określenia w dokumentach zamówienia technologii, w jakiej usługa ta może być wykonywana.**

#### **IV.TERMIN ROZPOCZĘCIA ŚWIADCZENIA USŁUG TELEKOMUNIKACYJNYCH**

Co do zasady w przypadku usług telekomunikacyjnych jedną z kluczowych decyzji Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia jest wyznaczenie

odpowiedniego terminu na rozpoczęcie wykonywania świadczeń. Regułą jest, że wykonawcy najpierw ponoszą zasadnicze koszty przygotowania się do świadczenia usługi (okres projektowania i budowania nowej infrastruktury lub pozyskanie istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej od obcych operatorów), a następnie przystępują do wykonywania „właściwych” usług telekomunikacyjnych. Warunkiem złożenia oferty w postępowaniu jest zatem pewność, iż przedsiębiorca telekomunikacyjny będzie dysponował niezbędnym, minimalnym czasem na wybudowanie własnej infrastruktury lub pozyskanie jej od innych operatorów. Wykonawcy przygotowując ofertę muszą w sposób jednoznaczny ocenić, w jakim czasie (liczonym w dniach od zawarcia umowy) będą mogli przygotować się do wykonywania świadczeń na rzecz Zamawiającego.

Tymczasem w niniejszym postępowaniu termin uruchomienia usługi dla niemal wszystkich zamawianych usług określony został w sposób rażąco krótki. W myśl pkt IV SIWZ, termin wykonania zamówienia to okres od dnia 8 sierpnia 2017 r. do dnia 31 sierpnia 2019 r. Co więcej, w świetle § 1 ust. 2 Załącznika nr 5 do SIWZ – wzór umowy, *Wykonawca zobowiązuje się wykonywać usługę, będącą przedmiotem niniejszej umowy, w sposób ciągły w okresie: od dnia 8 sierpnia 2017 r. do 31 sierpnia 2019 r., z zastrzeżeniem, że dla lokalizacji wskazanej w pkt 20 cz. IV (tabela 1) Załącznika nr 1 do niniejszej umowy świadczenie usługi rozpocznie się 1 września 2017 r.* Wyznaczenie takiego terminu w sposób rażący preferuje T-Mobile – obecnego dostawcę usług dla Zamawiającego i stawia go w pozycji uprzywilejowanej względem pozostałych wykonawców.

Odwołujący podnosi, iż zachowanie tego terminu jest obiektywnie niemożliwe dla żadnego innego Wykonawcy niż T-Mobile, niezależnie od tego, w jaki sposób usługa transmisji danych ma być realizowana w początkowej fazie (tj. od dnia uruchomienia do 7 stycznia 2018 r.). Odwołujący wskazuje bowiem, iż termin ten jest rażąco krótki zarówno w przypadku uruchomienia usługi transmisji danych w oparciu o technologię światłowodową, jak i w razie uruchomienia tej usługi w oparciu o technologię inną niż światłowodowa (w tym technologię radiową).

Na wstępie warto wskazać, iż termin składania ofert w niniejszym Postępowaniu wyznaczony został na dzień 26.06.2017 r. (niemniej, termin ten może ulec przesunięciu z uwagi na złożenie przedmiotowego odwołania). Dodatkowo, termin związania ofertą wynosi 60 dni i może zostać przedłużony o kolejne 60 dni.

W ocenie Odwołującego, mają na uwadze przewidywaną długość trwania procedury udzielenia zamówienia (nawet w jej „najszybszym” wariantcie), czas jaki pozostanie wykonawcom od dnia zawarcia Umowy do dnia uruchomienia usługi jest niewystarczający dla uruchomienia usługi.

Należy wszakże zauważyć, iż po dniu złożenia ofert (26.06.2017r.), Zamawiający musi przystąpić do badania ofert, co implikuje konieczność podjęcia określonych ustawą pzp działań.

W pierwszym rzędzie należy zauważyć, iż w toku badania ofert może zaistnieć konieczność wezwania Wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert (zgodnie z art. 87 ust. 1 PZP) lub rażąco niskiej ceny (zgodnie z art. 90 ust. 1 PZP), lub też poprawienia błędów w ofertach (na podstawie art. 87 PZP). We wszystkich tych przypadkach Zamawiający zobowiązany będzie do wystosowania wezwań, wyznaczenia odpowiedniego (racjonalnego) terminu i zapoznania się z wyjaśnieniami wykonawców. Ponadto, w myśl art. 26 ust. 3a PZP, jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wzywa do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Powyższe okoliczności jednoznacznie wskazują na spowodowane przyczynami obiektywnymi wydłużanie czasu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nadto, w myśl art. 26 ust. 1 PZP, zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, **nie krótszym niż 10 dni**, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP. Na Zamawiającym ciąży zatem obowiązek wezwania do przedłożenia oświadczeń lub dokumentów. Realizacja obowiązku Zamawiającego również wymaga upływu odpowiedniego czasu.

Co więcej, zgodnie z art. 26 ust. 3 PZP, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez

siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Także w tym wypadku wyznaczony przez Zamawiającego termin na uzupełnienie dokumentów lub udzielenie wyjaśnień musi być racjonalny.

Ponadto, zgodnie z art. 94 ust. 1 pkt 1 PZP, zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, **w terminie nie krótszym niż 10 dni** od dnia przestania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo **15 dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób** - w przypadku zamówień, których wartość przekracza progi unijne. Z powyższego wynika, iż co do zasady zamawiający nie może zawrzeć umowy z wybranym wykonawcą bezpośrednio po dokonaniu jej wyboru. Zgodnie ze stanowiskiem KIO, wyrażonym w wyroku z dnia 2.11.2012 r., sygn. akt KIO/KD 85/12, *„przywoływany przepis ustanawia instytucję minimalnego okresu, jaki musi upłynąć między poinformowaniem wykonawców o wynikach postępowania (przez przesłanie im zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej) a zawarciem umowy. Okres ten, nazywany jest "okresem zawieszenia typu standstill".*

Nie można również wykluczyć, iż po wyborze oferty złożone zostanie odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na czynności oceny i wyboru oferty, co dodatkowo przesunie w czasie podpisanie umowy.

Wszystkie wskazane powyżej okoliczności prowadzą do wniosku, iż rozpoczęcie świadczenia usługi będzie musiało co najmniej bezpośrednio po uzyskaniu zamówienia. Umowa w sprawie niniejszego zamówienia najprawdopodobniej zostanie zawarta nie wcześniej niż na początku sierpnia 2017 r. Tym samym, **Wykonawca wybrany, związany ofertą przez 60 dni, będzie zobligowany do zawarcia Umowy i rozpoczęcia świadczenia usług natychmiast po jej zawarciu.**

Nadto, w świetle § 2 wzoru umowy jeszcze przed rozpoczęciem świadczenia usług, *Wykonawca zobowiązany jest do podjęcia działań niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy, w użytkowanych przez IPN nieruchomościach wskazanych w załączniku nr 1 do umowy, w szczególności do: opracowania stosownej dokumentacji technicznej, dokonania uzgodnień z zarządcą/właścicielem budynku oraz zawarcia stosownych umów dzierżawy kanalizacji kablowych, bądź części wspólnych nieruchomości.* Zważając na powyższe, podkreślić należy, iż w przypadku zawarcia umowy na początku sierpnia 2017

**r. Wykonawca nie będzie miał praktycznych możliwości dopełnienia powyższych obowiązków przed rozpoczęciem świadczenia usług. Co więcej, starając się ich dopełnić, narazi się na ryzyko popadnięcia w zwłokę już w momencie zawarcia umowy.**

**Nie budzi zatem żadnych wątpliwości fakt, iż przedmiotowe terminy są rażąco krótkie i nie pozwalają Wykonawcy na jakiekolwiek przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia usług.**

Zauważyć należy, iż usługa transmisji danych niemal we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego, których dotyczy przedmiotowe zamówienie publiczne, wykonywana jest obecnie przez T-Mobile. Wykonawca ten jako jedyny operator telekomunikacyjny jest w stanie świadczyć Zamawiającemu usługi niezwłocznie po zawarciu umowy. Każdy inny operator telekomunikacyjny zmuszony jest do zawarcia umowy dostępu do łączy telekomunikacyjnych lub wybudowania własnych łączy (sieci światłowodowych, miedzianych lub innych), umożliwiających świadczenie usługi na rzecz Zamawiającego bądź też uzyskania stosownych pozwoleń telekomunikacyjnych. We wszystkich przedstawionych wyżej wariantach Wykonawca potrzebuje odpowiedniego czasu na przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia usług.

Dlatego też, mając w szczególności na uwadze rozmiar i złożoność przedmiotowego zamówienia, przygotowanie się Wykonawcy do rozpoczęcia świadczenia usług dla Zamawiającego trwać musi albo **minimum 120 od dnia podpisania umowy w przypadku świadczenia usługi w oparciu o technologię światłowodową od dnia zawarcia umowy, albo minimum 60 dni od dnia podpisania umowy w przypadku świadczenia usługi w oparciu o technologię inną niż światłowodową.**

Należy podkreślić, iż różnica w terminie rozpoczęcia świadczenia usługi w zależności od wyboru technologii, w jakiej ma być świadczona usługa transmisji danych w początkowej fazie, tj. od dnia uruchomienia usługi do dnia 7 stycznia 2018 r., wynika z faktu, iż oparcie realizacji usługi od dnia jej uruchomienia na technologii światłowodowej wymaga podjęcia ze strony Wykonawcy większej ilości czasochłonnych i skomplikowanych działań związanych z możliwością zastosowania tej technologii niż w przypadku innych sposobów realizacji przedmiotowych usług. Dotyczy to w szczególności przygotowania i przeprowadzenia całego procesu inwestycyjnego zmierzającego do wybudowania łączy światłowodowych. Proces inwestycyjny poprzedzający uruchomienie usług

telekomunikacyjnych wymaga między innymi zaprojektowania linii telekomunikacyjnych, pozyskania niezbędnych zgód, zezwoleń i decyzji administracyjnych, przeprowadzenia ustaleń z podmiotami dysponującymi infrastrukturą istniejącą, wybudowanie nowych łączy, zakup niezbędnego sprzętu telekomunikacyjnego, czy zestawienie urządzeń.

W przypadku wykorzystania innej technologii – np. łączy radiowych w paśmie licencjonowanym (technologia, w oparciu o którą usługę świadczy obecnie T-Mobile) niezbędne do uruchomienia usług jest uwzględnienie czasu wymaganego na uzyskanie pozwolenia radiowego wydawanego przez Prezesa UKE w drodze decyzji (tj. zgodnie z art. 143 Prawa Telekomunikacyjnego, ok. 6 tygodni od dnia złożenia wniosku), a także czasu instalacji urządzeń oraz samych łączy, przeprowadzenia niezbędnych testów usług itp.

Należy zauważyć, iż w poprzednio prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na przedmiotowe usługi czas uruchomienia usługi był odpowiednio dłuższy, wynosząc około 70 dni w 2014 r. oraz około 50 dni w 2015 r.. Powyższe dowodnie wynika z dokumentów prowadzonych postępowań udostępnionych na stronie internetowej Zamawiającego.

#### **Dowód:**

- 1) W odniesieniu do postępowania z 2014 r.: <http://bip.ipn.gov.pl/bip/zamowienia-publiczne/1823,Ogloszenie-o-przetargu-na-usluge-transmisji-danych-dla-sieci-rozleglej-IPN.html>
- 2) W odniesieniu do postępowania z 2015 r.: <http://bip.ipn.gov.pl/bip/zamowienia-publiczne/1997,Ogloszenie-o-przetargu-na-usluge-transmisji-danych-dla-sieci-rozleglej-Instytutu.html>

Powyższe dowodnie świadczy o tym, iż Zamawiający zdaje sobie sprawę z długości trwania określonych procedur i procesów budowlanych związanych z realizacją łączy telekomunikacyjnych oraz rozpoczęciem świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Należy przypomnieć, iż to Zamawiający jest dysponentem niniejszego Postępowania, a zatem to od niego zależało, kiedy zostało ono wszczęte i czy wykonawcy będą mieli zabezpieczony niezbędny czas na przygotowanie się do wykonywania świadczeń. Zbyt późne wszczęcie postępowania nie zwalania Zamawiającego z obowiązku określenia odpowiedniego czasu, jaki wykonawca będzie miał na uruchomienie usługi od daty

zawarcia umowy. Zamawiający nie może żądać spełnienia świadczenia niemożliwego do realizacji dla każdego innego wykonawcy niż obecny dostawca usług telekomunikacyjnych.

Odwołujący podnosi, iż w świetle art. 29 ust. 2 PZP, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Natomiast stosownie do treści 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.

Przepis art. 29 ust. 2 PZP, stanowiąc uszczegółowienie zasady uczciwej konkurencji, jako reguły o charakterze fundamentalnym dla reżimu zamówień publicznych, wprowadza zakaz określania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Jak wskazano powyżej, opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. W doktrynie wskazuje się, iż opis przedmiotu zamówienia nie spełniający ww. warunków może utrudniać uczciwą konkurencję, albowiem czynni oferty nieporównywalnymi, a zatem dopuszcza dowolną "interpretację" warunków SIWZ przez potencjalnych Wykonawców, w ważnych i kluczowych zakresach ich obowiązków\_(M. Filipek artykuł [w] Zam. Pub. Dor., podaje za LEX: „Wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji”).

Odwołujący podnosi, iż zgodnie z orzecznictwem KIO, art. 29 ust. 2 PZP „wprowadza zakaz określania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to **konieczność eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób czy konkretnego wykonawcę**”. W tym miejscu podnieść należy, iż w przypadku usług, opis przedmiotu zamówienia obejmuje również istotne cechy tego świadczenia, w tym termin rozpoczęcia jej świadczenia.

W ocenie Odwołującego ustanowienie tak rażąco krótkiego terminu uruchomienia usług transmisji danych bezzasadnie uprzywilejowuje obecnego dostawcę usługi Zamawiającego. Obecny dostawca usług - T-Mobile posiada bowiem już pełną,

skonfigurowaną infrastrukturę niezbędną do uruchomienia usługi, a także dysponuje niezbędnymi zgodami administracyjnymi. Tym samym, określenie przez Zamawiającego w SIWZ terminu na uruchomienie usługi na dzień 8 sierpnia 2017 r. tworzy swoisty monopol T-Mobile w zakresie możliwości realizacji zamówienia. Nie budzi wątpliwości nadto fakt, iż T-Mobile - mając zdecydowanie większą wiedzę dotyczącą przedmiotu zamówienia - ma również większe szanse w zakresie prawidłowego i dokładnego skalkulowania ceny oferty oraz oszacowania wszelkich ryzyk co do możliwości wykonania zamówienia. Wobec powyższego, jedynym wykonawcą, który jest w stanie zrealizować zamówienie zgodnie z obecnymi zapisami SIWZ jest T-Mobile.

Przypomnieć należy natomiast, iż na Zamawiającym spoczywa zapewnienie uczciwej konkurencji w toku całego postępowania. Zasada równego traktowania wykonawców wyrażona w art. 7 ust.1 PZP oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców. Szczególnie istotny jest w tym wypadku opis przedmiotu zamówienia. Obok przygotowania postępowania (ustalenia warunków udziału) jest to w praktyce najistotniejszy element postępowania, od którego zależy możliwość ubiegania się o zamówienie oraz możliwość złożenia oferty.

W tym zakresie należy zwrócić uwagę na bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące zasad wyznaczania terminów uruchomienia usług telekomunikacyjnych. Przykładowo w wyroku KIO z dnia 24 lipca 2008 r. dotyczącym analogicznej sytuacji (sygn. akt: KIO/UZP 707/08) Izba nakazała zmianę terminu na rozpoczęcie wykonywania świadczeń w sposób uwzględniający wielkość i zakres wymaganej infrastruktury telekomunikacyjnej: **„Wyznaczenie terminu rozpoczęcia usługi po zawarciu umowy, a więc w sposób umożliwiający wybranemu wykonawcy podjęcie działań na rzecz realizacji zamówienia, z zaangażowaniem finansowym i organizacyjnym włącznie, winien być tak określony, aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotom, które dotychczas świadczyły tego rodzaju usługi telekomunikacyjne (w tym na rzecz Zamawiającego) i posiadają pełną lub częściową infrastrukturę sieciową, jak i tym podmiotom, które dla realizacji zamówienia muszą zawierać umowy dzierżawy łączny od firm, będących ich właścicielami czy dysponentami. W przeciwnym bowiem wypadku zostałby naruszony art. 7 ust. 1 Pzp, gwarantujący równe traktowanie wykonawców z przestrzeganiem zasad uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia.”**



Warto także przytoczyć wyrok Izby z dnia 12 lipca 2010 roku (sygn. KIO/UZP 1246/10): „W konsekwencji Izba stoi na stanowisku, że zamawiający naruszył art. 7 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy, **gdyż w zasadzie uniemożliwił innym wykonawcom, niż obecny usługodawca, zaoferowanie realizacji zamówienia we wskazanym przez zamawiającego terminie.** Wyznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług powinien być tak określony, aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotom, które dotychczas świadczyły tego rodzaju usługi telekomunikacyjne na rzecz zamawiającego i posiadają pełną infrastrukturę sieciową, jak i tym wykonawcom, którzy w celu realizacji umowy muszą zawrzeć umowy dzierżawy łączy z ich właścicielami bądź chcieliby zainstalować własną infrastrukturę. Zasadnym jest więc, aby wykonawcy dysponowali 90 dniami na uruchomienie świadczenia usług.” Na znaczenie odpowiednio wyznaczonego terminu na uruchomienie łączy wskazała także Izba w wyroku z dnia 16 sierpnia 2013 roku (sygn. akt: KIO 1869/13, 1876/13): „W przypadku niniejszego przedmiotu zamówienia istotne jest, aby przed podjęciem świadczenia właściwej usługi - świadczenia usługi transmisji danych - 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 (zgodnie z pkt 10.1 i 10.2 Opisu przedmiotu zamówienia), które to czynności wymagają odpowiedniego skonfigurowania łączy i urządzeń do transmisji danych, przede wszystkim w oparciu o infrastrukturę, która aktualnie należy do dotychczasowego wykonawcy tej usługi dla Zamawiającego, tj. TP S.A. W zakres tych czynności wchodzi także niewątpliwie konieczność uzyskania określonych wymaganych prawem decyzji i zezwoleń związanych z uruchomieniem infrastruktury do świadczenia usługi, jak i z samą usługą transmisji danych.” Jak słusznie dodano w wyroku Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 27.02.2006 roku (sygn. UZP/ZO/0-533/06): „Określenie terminu rozpoczęcia realizacji usług powinno uwzględniać skalę przedsięwzięcia oraz uwarunkowania techniczne i organizacyjne świadczenia usługi. Zbyt krótki termin nie może stanowić bariery uniemożliwiającej złożenie oferty konkurencyjnej wobec dotychczasowego wykonawcy, ponieważ stanowiłoby to naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.”

Warto w tym miejscu wskazać również na **wysokie kary umowne** zastrzeżone przez Zamawiającego w § 8 ust. 2 wzoru umowy na wypadek niedotrzymania terminu

rozpoczęcia świadczenia usług w terminie. Zamawiający zastrzegł bowiem, iż Wykonawca zobowiązany jest zapłacić Zamawiającemu karę umowną w wysokości: 0,20% wynagrodzenia brutto, określonego w § 4 ust. 1, za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy. Jedynym podmiotem, który może dokonać uruchomienia usługi w dniu zawarcia Umowy jest dotychczasowy dostawca usługi dla Zamawiającego. Podmiot ten nie musi dokonywać żadnych dodatkowych czynności i nakładów celem kontynuowania świadczenia usługi transmisji danych dla Zamawiającego. W konsekwencji zatem wyznaczenie terminu uruchomienia usługi na dzień zawarcia Umowy jest jednoznaczne z uprzywilejowaniem tego podmiotu względem pozostałych wykonawców. Każdy inny wykonawca, jakie zdecyduje się na zawarcie Umowy z Zamawiającym nie będzie w stanie wywiązać się z przedmiotowego terminu, co narazi go na konieczność zapłaty wysokich kar umownych. Zastrzeżenie powyższej kary umownej wzmacnia zatem pozycję dotychczasowego dostawcy usług, stanowiąc instrument potęgujący naruszenie uczciwej konkurencji w niniejszym Postępowaniu. Należy zauważyć bowiem, iż zastrzeżenie powyższej kary umownej w sytuacji, gdy żaden Wykonawca, oprócz dotychczasowego dostawcy usług, nie jest w stanie rozpocząć realizacji umowy od dnia jej zawarcia w sposób znaczny **uniemożliwia realną konkurencję w postępowaniu.**

Podsumowując, każdy Wykonawca z wyjątkiem dotychczasowego dostawcy usług musi się liczyć z faktem, iż w razie wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej – nie mogąc sprostać zobowiązaniu rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych bezpośrednio po zawarciu umowy – będzie zmuszony do opłacenia wysokiej kary umownej, a zatem powinien z góry uwzględnić koszt jej poniesienia w swojej cenie ofertowej. To z kolei powoduje, iż nie jest w stanie konkurować cenowo z dotychczasowym dostawcą usługi.

**Omówione powyżej wady opisu przedmiotu zamówienia prowadzą do niezasadnej przewagi konkurencyjnej dla obecnego dostawcy usług Zamawiającego, tworząc swoisty monopol tego wykonawcy w zakresie możliwości realizacji świadczeń objętych przedmiotem zamówienia.**

W Postępowaniu konieczne jest zatem takie określenie terminu, by każdy z wykonawców mógł alternatywnie (wedle swojego wyboru) albo wybudować swoją infrastrukturę telekomunikacyjną albo pozyskać infrastrukturę istniejącą od podmiotów trzecich (warto dodać, iż nie zawsze pozyskanie istniejącej infrastruktury jest możliwe). Wyznaczenie

odpowiedniego terminu na rozpoczęcie wykonywania świadczeń telekomunikacyjnych jest podstawowym warunkiem otwarcia się Zamawiającego na konkurencję. Termin na uruchomienie usług wyznaczony przez Zamawiającego powinien być proporcjonalny do stopnia skomplikowania zamówienia, z uwzględnieniem ilości lokalizacji wskazanych w SIWZ oraz z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający powinien uwzględnić realia rynkowe realizowanego zamówienia oraz wszelkie uwarunkowania prawne i faktyczne mające wpływ na możliwość zachowania terminów rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych.

**Odwołujący podnosi, iż w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2009 roku (sygn. akt KIO/UZP 874/09) Izba przychyliła się do zarzutu odwołującego, iż wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi telekomunikacyjnej jest naruszeniem art. 29 ustawy Pzp.**

W przywołanym postępowaniu stwierdzono, iż nawet przy świadczeniu usług poprzez dzierżawę łączy od innego operatora (a nie budowę własnych), czas niezbędny na wykonanie niektórych tylko czynności prowadzących do dzierżawy, musi być uwzględniony przez Zamawiającego. Warto zwrócić uwagę na fakt, że kwestia ustalania realnych terminów wykonania zamówienia była już w 2006 roku przedmiotem wyroku Zespołu Arbitrów UZP z dnia 27.02.2006 roku (znak: UZP/ZO/0-533/06 – źródło: LEX nr 181920): *„Określenie terminu rozpoczęcia realizacji usług powinno uwzględniać skalę przedsięwzięcia oraz uwarunkowania techniczne i organizacyjne świadczenia usługi.”* Okolicznością mającą szczególne znaczenie jest to, iż ww. wyrok wydany został w sprawie dotyczącej zamówienia, którego przedmiotem były usługi telekomunikacyjne. W sprawie cytowanej powyżej przeprowadzona została przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrola udzielanego zamówienia. Stwierdzono wady polegające na niewłaściwym wyznaczeniu terminu realizacji zamówienia. Postępowanie obarczone wadą unieważniono. Rozpatrując odwołanie arbitrzy szczegółowo rozważali kwestię odpowiedniego terminu wykonania zamówienia, posiłkowali się również opinią Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Przeprowadzona analiza doprowadziła do konkluzji, że termin rozpoczęcia realizacji usług jest istotnym elementem postępowania, nie może być dowolny, a jak wskazuje stan faktyczny cytowanego orzeczenia, niewłaściwe określenie tegoż terminu może prowadzić do unieważnienia postępowania.

Niezależnie od powyższego, Wykonawca wskazuje, iż określenie terminu na uruchomienie usług **datą kalendarzową** w sytuacji, w której zarówno zamawiający jak i wykonawcy

nie znają czasu trwania postępowania, jest rażącym utrudnieniem w możliwości właściwego oszacowania wartości oferty. Co do zasady można powtórzyć za orzecznictwem (wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2013 roku, sygn. KIO 1126/13): „Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych można stwierdzić także w zakresie określenia terminu rozpoczęcia realizacji usługi, który jest niezwykle istotny dla wykonawcy. Zamawiający w powyższym postanowieniu nie uwzględnił specyfiki i rozmiaru usługi, a więc, iż wykonawca będzie musiał się do świadczenia tej usługi przygotować (...). Z argumentacji Zamawiającego przedstawionej podczas rozprawy wynika, iż nie ma on żadnej realnej koncepcji, jak tę usługę w szybki sposób wdrożyć. Kwestia ta jest jednak istotna dla opisanego, a następnie realizacji zamówienia i jest elementem, który wykonawca musi móc skalkulować w swojej ofercie (choćby (...) wysokość grożących kar umownych)”. Należy się zgodzić się z bogatym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej odnoszącym się do problematyki sposobu wyznaczania terminu na uruchomienie usługi telekomunikacyjnej (wyrok z dnia 24 lipca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 707/08): „Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że wskazanie na etapie postępowania przetargowego, konkretnej daty 19.10.2008 r. rozpoczęcia usługi nie daje pewności, że przed tym terminem zostanie dokonany wybór oferty i zawarta umowa z wykonawcą, umożliwiającą rozpoczęcie usługi w wymienionej dacie.(...) Z tych względów skład orzekający Izby nakazał dokonanie modyfikacji w rozdziale III pkt 1.5 i 1.6.1 oraz w rozdziale VII SIWZ i w odnośnych postanowieniach wzoru umowy, przez oznaczenie rozpoczęcia świadczenia usługi w terminie 9 tygodni od dnia podpisania umowy.” W wyroku z dnia 12 lutego 2010 roku (sygn. akt KIO/1756/10) Izba obszernie uzasadniła tezę o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji w przypadku wyznaczania terminu na rozpoczęcie wykonywania świadczeń telekomunikacyjnych: „Izba wskazuje, że uwagi na okoliczność, iż nie jest możliwe przewidzenie dokładnego harmonogramu postępowania, choćby ze względu na wnoszenie środków ochrony prawnej (...) Zamawiający ani wykonawcy nie mają pewności, ile czasu będą posiadać na przygotowanie się do świadczenia usług. (...) Odnosząc powyższe ustalenia faktyczne do ustawy Pzp, a w szczególności art. 7 i art. 29 ust. 2 Pzp, należy stwierdzić, iż zarzut naruszenia przywołanych przepisów na gruncie analizowanej sprawy znalazł potwierdzenie. Ustawodawca zobowiązał Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, czemu dał wyraz wprost w art. 7 ustawy Pzp. Konkretyzacja tych zasad znalazła odzwierciedlenie m.in. w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp *expressis verbis* zakazującym opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Izba podzieliła argumentację Odwołującego,

*że w okolicznościach niniejszej sprawy, postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu, które wymagają od wykonawcy, aby rozpoczął świadczenie usług w terminie od 1 stycznia 2011 r. prowadzą do naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający na obecnym etapie nie jest w stanie określić, kiedy postępowanie się zakończy i jakim czasem będą dysponować wykonawcy na przygotowanie się do świadczenia usług. Może się bowiem okazać, iż czas ten będzie bardzo krótki."*

Podobnie tezy zawarto w wyroku Izby z dnia 25 czerwca 2010 roku (sygn. KIO/UZP 1123/10) uwzględniającym zarzut wadliwego wyznaczenia terminu kalendarzowego w postępowaniu na zakup usług telekomunikacyjnych: *„Skład orzekający Izby stwierdza, że przewidzenie zbyt krótkiego, a w dodatku nieokreślonego okresu przeznaczanego na przygotowanie wykonawcy do rozpoczęcia spełniania świadczenia, gdy konieczne jest dosyć skomplikowane przygotowanie wykonawcy do spełniania świadczenia, nie może być uznane jako właściwe stosowanie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. (...) W przypadku zbyt późnego zakończenia postępowania, a precyzyjny termin jego zakończenia nie jest możliwy do przewidzenia, chociażby ze względu na wnoszenie środków ochrony prawnej, może się okazać, że planowane do sporządzenia ceny ofertowej czynniki zbyt dalece zmieniają się i świadczenie przedmiotu zamówienia stanie się nieopłacalne dla wykonawcy. W związku z tym, przewidujący wykonawca będzie musiał zwiększyć koszty obliczane do oferty, co może wpłynąć na brak konkurencyjności jego oferty w stosunku do usługodawcy obecnie świadczącego zamawianą usługę."* Tezę dotyczącą wadliwości wyznaczenia terminu kalendarzowego skutkującego koniecznością unieważnienia postępowania postawiono także w wyroku Izby z dnia 9 lutego 2010 roku (sygn. KIO/UZP 54/10): *„Reasumując, wyznaczenie niejednoznacznego (bo obecnie nieznanego) terminu jakim wykonawcy będą dysponować na uruchomienie łączy narusza art. 29 ustawy Pzp (niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia). Biorąc pod uwagę powyższe domagamy się określenia w SIWZ minimalnego terminu na uruchomienie usług, liczonego w dniach / tygodniach / miesiącach od daty zgłoszenia gotowości po stronie zamawiającego do uruchomienia usług w danej lokalizacji."*

Wyznaczając termin uruchomienia usług Zamawiający powinien zatem brać pod uwagę możliwości wszystkich potencjalnych wykonawców (a nie wyłącznie możliwości T-Mobile jako swojego dotychczasowego dostawcy usługi) oraz wszystkie istotne elementy, które mogą wpływać na termin uruchomienia usługi, a więc przede wszystkim okoliczność, iż wykonawcy mogą nie dysponować zakończeniem sieci we wszystkich jego lokalizacjach.

Zamawiający powinien zatem przewidzieć odpowiedni czas na umożliwienie wykonawcom przygotowanie się do świadczenia usług, w tym doprowadzenia łączy do lokalizacji. Działanie takie może wiązać się z koniecznością wybudowania fragmentów łączy lub też potrzebą pozyskania odpowiednich zgód administracyjnych. Termin powinien zatem uwzględniać czasochłonność ewentualnego procesu inwestycyjnego, lokalizacje, w których zamierza korzystać z usługi, możliwe do wykorzystania przez wykonawcę i dopuszczone SIWZ technologie. Sama budowa łączy jest procesem czasochłonnym i wiąże się z podjęciem przez wyspecjalizowanych pracowników wykonawcy szeregu działań. Tam gdzie wykonawca zamierza wybudować łącza telekomunikacyjne muszą być brane pod uwagę także takie czynniki jak warunki atmosferyczne czy ukształtowanie terenu. Nadto, nawet gdy wykonawca posiada już łącza w odnośnej lokalizacji to i tak dla uruchomienia usługi może okazać się niezbędne jego odpowiednie zestawienie i skonfigurowanie.

Dlatego też, mając na uwadze rozmiar i złożoność przedmiotu zamówienia, czas niezbędny na uruchomienie usług powinien (w zależności od technologii, w jakiej ma być świadczona usługa) być nie krótszy niż **120 od dnia podpisania umowy** w przypadku świadczenia usługi w oparciu o technologię światłowodową, albo nie krótszy niż **60 dni od dnia podpisania umowy** w przypadku świadczenia usługi w oparciu o technologię inną niż światłowodowa.

**Nie budzi zatem wątpliwości fakt, iż zaskarżone zapisy SIWZ rażąco naruszają art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i ust. 2 PZP.**

**Wobec powyższego, Odwołujący domaga się określenia w dokumentacji postępowania terminu na uruchomienie usług zgodnie z żądaniem zawartym w petitum niniejszego Odwołania w zależności od określenia przez Zamawiającego wymaganej dla świadczenia usług technologii.**

## **V. CIĘŻAR DOWODU**

Reasumując powyższe zarzuty należy dodać, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w sposób omówiony powyżej naruszył zasadę uczciwej konkurencji uniemożliwiając (lub też zasadniczo utrudniając) złożenie oferty wykonawcom gotowym i należycie przygotowanym do wykonywania świadczeń objętych przedmiotem niniejszego postępowania. Podsumowując powyższe rozważania należy także zauważyć, iż dla

skuteczności zarzutu dotyczącego naruszenia konkurencji w postępowaniu odwoławczym wystarczające jest jedynie jego **uprawdopodobnienie**, jak bowiem zauważa Izba<sup>1</sup>: „Odwołujący na gruncie art. 29 ust. 2 ustawy **nie ma obowiązku wykazania, a więc udowodnienia ponad wszelką wątpliwość, że opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez zamawiającego utrudnia uczciwą konkurencję**. Taki bowiem dowód mógłby być albo bardzo trudny do przeprowadzenia, albo wręcz niemożliwy. (...) ustawodawca przewidział, że wystarczające będzie **uprawdopodobnienie** przez wykonawcę powołującego zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy, że czynności zamawiającego utrudniają uczciwą konkurencję. To uprawdopodobnienie sprowadza się do wykazania (a więc udowodnienia), jedynie tego, że to odwołujący nie może złożyć oferty na warunkach uczciwej konkurencji w skutek dokonanego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Obowiązek dowodowy obciążający odwołującego został zatem w tym przypadku znacznie zawężony i ograniczony jedynie do dowodów, które są Odwołującemu znane i dla niego bez trudności dostępne. Dopiero takie uprawdopodobnienie otwiera drogę do **przeniesienia na Zamawiającego ciężaru dowodu przeciwnego**, że nie utrudnił uczciwej konkurencji poprzez opis przedmiotu zamówienia, gdyż ofertę jest w stanie złożyć więcej niż jeden wykonawca, którego Odwołujący wskazuje jako preferowanego.”

Nie budzi wątpliwości fakt, iż szerokie wywody zaprezentowany w niniejszym odwołaniu dotyczące zapisów SIWZ **co najmniej należyście uprawdopodobniają** fakt naruszenia przez Zamawiającego uczciwej konkurencji w postępowaniu.

W tym stanie rzeczy, wobec zasadności zarzutów odwołania, Odwołujący wnosi i wywodzi jak w petitum Odwołania.

*Argumente Słabejsho*  
(podpis Odwołującego)

NEVA SA  
ul. Polezki 13  
02-822 Warszawa  
NIP: 526-02-05-575  
REGON: 011566374

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
2. dowód przesłania faksem kopii odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu,
3. odpis z KRS Odwołującego,
4. pełnomocnictwo
5. ogłoszenie o zamówieniu na usługę transmisji danych (2014r.);
6. ogłoszenie o zamówieniu na usługę transmisji danych (2015r.);

<sup>1</sup> Wyrok KIO z dnia 21 marca 2011 r. Sygn. akt: KIO 470/11