

Warszawa, 01 lipca 2024 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający: Komenda Wojewódzka Policji z siedzibą w Radomiu
ul. 11 Listopada 37/59
26-600 Radom
Sekcja Zamówień Publicznych KWP z siedzibą w Radomiu
nr tel.: 47 701 31 03
Adres poczty elektronicznej: zamowienia.kwp@ra.policja.gov.pl
Adres strony internetowej prowadzonego postępowania:
https://platformazakupowa.pl/pn/kwp_radom

Odwołujący: Netia S.A.
ul. Poleczki 13,
02-822 Warszawa
KRS: 0000041649
Nr tel.: 600 353 710
e-mail: agnieszka.skibinska@netia.pl
reprezentowany przez: Agnieszkę Skibińską

Przedmiot zamówienia: „Dzierżawa elementów infrastruktury telekomunikacyjnej oraz najmu urządzeń telekomunikacyjnych niezbędnych dla sprawnego funkcjonowania jednostek organizacyjnych Policji podległych KWP zs. w Radomiu (dzierżawa cyfrowych i analogowych łączy telekomunikacyjnych) - z podziałem na Zadanie nr 1, 2, 3, 4, 5” nr ref: 31/24 (zwane dalej „**Postępowaniem**”)

Nr ogłoszenia: Numer publikacji ogłoszenia: 361741-2024, Numer wydania: Dz.U. S:118/2024, publikacja w dniu 19 czerwca 2024 r.

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 513 w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 nr 1605) – zwanej dalej „**Ustawą**”, Odwołujący wnosi odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu i zarzuca naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 99 ust. 1 oraz art. 16 i 17 ust. 1 pkt 1) i 2) Ustawy, poprzez określenie terminu realizacji zamówienia, o którym mowa w rozdziale VI SWZ oraz w § 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ (termin uruchomienia usługi) w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, i faktycznie uniemożliwiający realizację przedmiotu zamówienia w wyznaczonym terminie, a także w sposób godzący w zasadę efektywności i proporcjonalności Postępowania;

2. Art. 99 ust. 4 oraz art. 16 pkt 1 Ustawy poprzez określenie terminu realizacji zamówienia, o którym mowa w rozdziale VI SWZ oraz w § 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ (termin uruchomienia usługi) w sposób faworyzujący jednego z wykonawców i utrudniający uczciwą konkurencję;
3. art. 99 ust. 1 i 2 Ustawy oraz art. 436 pkt 1 Ustawy w związku z art. 16 pkt 1 poprzez określenie terminu realizacji zamówienia, o którym mowa w rozdziale VI SWZ oraz w § 4 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ (termin uruchomienia usługi) datą sztywną (kalendarzową), od której liczony jest termin końcowy podczas, gdy brak jest obiektywnych przyczyn uzasadniających zaniechanie określenia tych terminów w inny sposób niż liczonego w dniach lub miesiącach od daty zawarcia umowy a także w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia, jako terminów zbyt krótkich i ponownie, w sposób oczywisty faworyzujący jednego z wykonawców;
4. art. 487 § 2 w zw. z art. 353¹ i art. 5 oraz Kodeksu cywilnego oraz art. 16 Ustawy poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę, naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia sposób nieproporcjonalny i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów, utrudniający uczciwą konkurencję, a także naruszenie art. 433 pkt 4) Ustawy, poprzez zaniechania wskazania określenia minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron w przypadku ograniczenia zakresu zamówienia, w zakresie w jakim Zamawiający:
 - a) przewidział w § 4 ust. 1 zd. 2 wzoru umowy, możliwość wypowiedzenia umowy bez podania przyczyny, z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia.

Wniosek co do rozstrzygnięcia:

W imieniu Odwołującego wnoszę o uwzględnienie odwołania i zasądzenie kosztów Postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, wg norm przypisanych oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ i pozostałej dokumentacji Postępowania poprzez nakazanie Zamawiającemu:

1. określenie terminu realizacji zamówienia, o którym mowa w rozdziale VI SWZ oraz w § 4 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ (termin uruchomienia usługi) na 180 dni od daty zawarcia umowy;
2. wykreślenie z § 4 ust. 1 wzoru umowy zdania drugiego tj.

„Zamawiający może wypowiedzieć umowę przed upływem okresu jej realizacji o którym mowa w zdaniu poprzednim w każdym czasie z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia”.

Termin:

Specyfikacja Warunków Zamówienia została opublikowana w dniu 19 czerwca 2024 r. Wartość Postępowania jest wyższa niż progi unijne określone w art. 3 Ustawy. Dziesięciodniowy termin wskazany w art. 515 ust. 2 pkt 1) upływa w dniu 1 lipca 2024 r.

Interes:

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Wskazane w odwołaniu okoliczności uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej konkurencyjnej oferty w Postępowaniu. W konsekwencji, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia.

Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, że Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 Ustawy.

UZASADNIENIE

1. Zarzuty opisane w pkt 1 petitum odwołania

Zgodnie z treścią Rozdziału IV SWZ, przedmiotem zamówienia jest dzierżawa elementów infrastruktury telekomunikacyjnej oraz najmu urządzeń telekomunikacyjnych niezbędnych dla sprawnego funkcjonowania jednostek organizacyjnych Policji podległych KWP zs. w Radomiu (dzierżawa cyfrowych i analogowych łączy telekomunikacyjnych).

Usługi mają zostać zapewnione łącznie w 116 lokalizacjach na terenie województwa mazowieckiego (105 łączy typu punkt, 4 łącza typu wielopunkt i 7 łączy analogowych).

Zgodnie z rozdziałem VI SWZ oraz w § 4 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ, termin aktywacji (uruchomienia usługi) we wszystkich jednostkach policji został określony na dzień 2 października 2024 r. Co więcej, zgodnie z § 4 ust. 3 wzoru umowy, „Wykonawca przekaże Zamawiającemu łącza nowo uruchamiane (wraz z urządzeniami transmisyjnymi stanowiącymi zakończenie łączy) na minimum 7 dni przed terminem rozpoczęcia dzierżawy, w celu ich sprawdzenia i przygotowania do podłączenia urządzeń Zamawiającego, zgodnie z wymaganiami OPZ”.

Oznacza to, że faktyczny termin uruchomienia usługi we wszystkich lokalizacjach upływa 25 września 2024 r.

Mając na uwadze znaczne prawdopodobieństwo złożenia środków ochrony prawnej w Postępowaniu (niniejsze odwołanie, następnie odwołania złożone po wyborze oferty, należy przyjąć, iż podpisanie umowy nastąpi nie wcześniej niż pod koniec sierpnia 2024 r. Przy takim założeniu, wykonawcy mają jedynie około 30 dni na uruchomienie usługi.

Odwołujący wskazuje, że przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług transmisji danych, co dla każdego Wykonawcy, który nie świadczy obecnie usług dla Zamawiającego, wiąże się z koniecznością budowy łączy w lokalizacjach Zamawiającego. Budowa łączy jest procesem długotrwałym, w którym muszą zostać uwzględnione czynniki atmosferyczne, ukształtowanie terenu, konieczność uzyskania pozwoleń na zajęcie pasa drogowego, koniecznością pozyskania pozwoleń z UKE itp. Powszechnie wiadomym jest fakt, że samo uzyskanie decyzji administracyjnej jest procesem trwającym do kilku miesięcy.

Możliwość rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych warunkowane jest koniecznością wykonania szeregu czynności przygotowawczych. Regułą jest, że wykonawcy najpierw podejmują czynności mające na celu przygotowanie się do świadczenia usługi, obejmujące zaprojektowanie i wybudowanie nowej infrastruktury lub pozyskanie istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej od podmiotów trzecich, a następnie przystępują do wykonywania „właściwych” usług telekomunikacyjnych. W zależności od warunków technicznych istniejących w danej lokalizacji Zamawiającego, Wykonawca może albo skorzystać z własnych łączy dostępowych (o ile je posiada),

względnie je wybudować, ewentualnie wydzierżawić od innego operatora telekomunikacyjnego. Jednocześnie, w każdym scenariuszu musi dokonać wizji lokalnej we wszystkich lokalizacjach, przygotować projekt podłączenia, zamówić, dostarczyć, skonfigurować i zestawić odpowiednie urządzenia, przy czym regułą jest, że sama dostawa urządzeń dedykowanych do zapewnienia świadczenia usług obejmuje okres około 13 tygodni.

Warto podkreślić, że zgodnie z Rozdział IV pkt 3 SWZ, Zamawiający przed złożeniem oferty zaleca wykonanie wizji lokalnej.

Wykonawcy przygotowując ofertę muszą zatem w sposób jednoznaczny ocenić w jakim czasie będą mogli przygotować się do rozpoczęcia wykonywania usług na rzecz Zamawiającego.

Odwołujący podnosi, iż na wykonanie czynności przygotowawczych, o których mowa powyżej, wykonawcy powinni mieć zagwarantowane co najmniej 180 dni od dnia zawarcia Umowy. Tylko taki termin umożliwi wykonawcy, który nie posiada własnych łączy dostępowych we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego, należyte przygotowanie się do świadczenia usługi telekomunikacyjnej.

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie Zamówienia, w którym termin uruchomienia jest zbyt krótki, mają zasadniczo dwie możliwości: (i) nie składać oferty w Postępowaniu z uwagi na zbyt wysokie ryzyko przekroczenia terminu z przyczyn od nich niezależnych (ii) utworzyć znaczną rezerwę w budżecie na grożące wykonawcy kary umowne. Nie wymaga uzasadnienia stwierdzenie, że żadne z tych rozwiązań nie stworzy konkurencyjnych warunków w Postępowaniu.

Warto pokreślić, że zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 2) wzoru umowy, Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty Zamawiającemu kar umownych w wysokości 5% wartości brutto określonej w ofercie Wykonawcy dla danego łącza, za każdy dzień zwłoki Wykonawcy w przekazaniu Zamawiającemu łącza lub przekazania go w stanie uniemożliwiającym korzystanie zgodnie z warunkami umowy, stwierdzonym w protokole odbioru łącza.

Minimalny czas niezbędny na wdrożenie usługi wynosi 180 dni. Jest to czas niezbędny dla przeprowadzenia wszystkich czynności koniecznych dla faktycznego doprowadzenia infrastruktury do wszystkich lokalizacji. Podkreślenia wymaga fakt, iż usługi należy dostarczyć do 116 lokalizacji na terenie województwa mazowieckiego.

Wskazany powyżej okres determinowany jest koniecznością wystąpienia do dysponentów istniejącej infrastruktury o warunki dzierżawy kanalizacji teletechnicznych (minimum 14 dni), przeprowadzenia niezbędnych prac projektowych, poprzedzonych wizją lokalną w poszczególnych lokalizacjach i uzgodnieniami z Zamawiającym (minimum 14 dni), zawarcia z dysponentem kanalizacji odpowiedniej umowy dzierżawy (do 90 dni), zamówienia materiałów i urządzeń (nawet do 180 dni), wykonania prac budowlanych (minimum 28 do 90 dni) oraz, w razie potrzeby, uzyskania wymaganych zgód, decyzji administracyjnych, w tym zezwoleń na zajęcie pasa drogowego, czy na zlokalizowanie w pasie drogowym obiektów budowlanych lub urządzeń, ustanowienia odpowiednich służebności.

Powyższe terminy zostały wskazane w oparciu o szczegółowy harmonogram realizacji zamówienia stworzony przez Odwołującego na potrzeby Postępowania. Odwołujący nie załącza go do odwołania z uwagi na fakt, że harmonogram stanowi on tajemnicę przedsiębiorstwa Netia S.A. Odwołujący zamierza przedstawić harmonogram podczas rozprawy (z zastrzeżeniem jego poufności).

Wyjaśnienia również wymaga, że zrealizowanie usługi przy wykorzystaniu łączy innych operatorów jest również procesem czasochłonnym a czasami niemożliwym.

Wskazać również należy, że w zbliżonym postępowaniu ogłoszonym przez Komendę Wojewódzką Policji we Wrocławiu na „Najem cyfrowych oraz analogowych łączy telekomunikacyjnych dla jednostek Policji woj. Dolnośląskiego” znak: PU-2380-002-047-002/2022/ML Zamawiający nie określił terminu uruchomienia usług, a na skutek złożonego w dniu 07.02.2022r. odwołania do KIO przez Netia S.A. oraz wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, ustalił termin realizacji zamówienia na 120 dni od dnia podpisania umowy. Warto dodać, że postępowanie prowadzone było w podziale na 88 części, z czego części od nr 1 do nr 83 obejmowały łączy cyfrowe a części od nr 84 do nr 88 obejmowały łączy analogowe.

dowód: Wyjaśnienie i zmiana SWZ z dnia 10.02.2022r. KWP Wrocław

Innym przykładem jest postępowanie na „świadczenie usług telekomunikacyjnych w podziale na 40 części” ogłoszone przez Polską Agencję Żeglugi Powietrznej (PAŻP) nr 75/PAŻP/2024/AZP, którego zakres usług obejmuje 37 lokalizacji, przy czym warto nadmienić, że są to duże miasta na terenie całego kraju, gdzie dostęp do infrastruktury telekomunikacyjnej jest wszechobecny. Inaczej niż w postępowaniu ogłoszonym przez Zamawiającego, gdzie lokalizacje objęte zamówieniem to małe miejscowości położone w województwie kujawsko-pomorskim. Termin realizacji wyznaczony przez PAŻP na uruchomienie usług wynosi do 3 miesięcy od dnia podpisania Umowy, dla usług świadczonych z wykorzystaniem medium radiolinia oraz radiolinia lub światłowód, oraz do 10 miesięcy od dnia podpisania Umowy, dla usług świadczonych z wykorzystaniem światłowodu.

Dowód: Fragment SWZ_PAŻP

Dodatkowo jako przykłady postępowań na usługi telekomunikacyjne, gdzie praktyką staje się, aby termin realizacji wyznaczać jako ilość dni od dnia podpisania umowy są:

- postępowanie na „Zakup usług telekomunikacyjnych MPLS i usług internetowych w ramach projektu „Pomorskie e-Zdrowie” o numerze DAZ-Z.272.11.2024 prowadzonym przez Województwo Pomorskie, gdzie termin wykonania zamówienia został określony na: „36 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, przy czym zestawienie łączy dostępowych oraz rozpoczęcie świadczenia usług nastąpi w terminie 150 dni od dnia zawarcia Umowy lub 120 dni od dnia zawarcia Umowy, jeśli Wykonawca zaoferuje w ofercie skrócenie czasu rozpoczęcia (...)” Warto dodać, że to zamówienie obejmowało realizację zamówienia jedynie w 15 lokalizacjach na terenie Gdańska i województwa pomorskiego

dowód: wyciąg ze wzoru umowy z Postępowania o numerze DAZ-Z.272.11.2024 prowadzonego przez Województwo Pomorskie

- postępowanie na „Dostawę infrastruktury teleinformatycznej Data Center wraz z kolokacją urządzeń oraz budowa i utrzymanie sieci WAN w ramach projektu E-zdrowie dla Mazowsza 2” o numerze CG-PIII.ZP.D.272.29.2022.MK prowadzonym przez Województwo Mazowieckie, gdzie przygotowanie do świadczenia usług zostało podzielone na 4 etapy, z czego etap III obejmował wykonanie sieci WAN oraz przeprowadzenie testów działania sieci WAN w terminie 110 dni, a po modyfikacjach wydłużone do 180 dni od dnia podpisania umowy. Warto dodać, że to zamówienie obejmowało realizację jedynie w 22 lokalizacjach na terenie Warszawy i województwa mazowieckiego.

dowód: wyciąg ze wzoru umowy z postępowania o numerze CG-P-III.ZP.D.272.29.2022.MK prowadzonym przez Województwo Mazowieckie

Odwołujący wskazuje na przykładowe orzeczenie Krajowej izby Odwoławczej, z których wynika, iż termin realizacji zamówienia powinien uwzględniać specyfikę przedmiotu zamówienia, okoliczności jego wykonania oraz przebieg procedury związanej z jego udzieleniem:

„Określenie w SIWZ terminów realizacji zamówienia stanowi jeden z istotnych elementów składających się na opis przedmiotu zamówienia. Również w tym zakresie wymagania zamawiającego muszą być adekwatne do potrzeb, w szczególności nie mogą być zbyt wysokie, gdyż postępowanie takie mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję. Muszą być one ustalone z jednej strony odpowiednio do własnych, obiektywnych i uzasadnionych potrzeb oraz celu danego postępowania, z drugiej zaś brać pod uwagę uwarunkowania panujące na danym rynku oraz np. związane z technologią wykonywania robót budowlanych”¹

Na koniec warto podkreślić, że w analogicznym postępowaniu prowadzonym przez Komendę Wojewódzką w Bydgoszcy odwołanie wniesione przez Netię S.A. dotyczące terminu uruchomienia usługi na dzień 2 listopada 2024 r. zostało w całości uwzględnione.

Dowód: odwołanie i pismo Komendy Wojewódzkiej w Bydgoszcy uwzględniające w całości odwołanie

2. Zarzuty opisane w pkt 2 petitum odwołania

Wykonawcą, który wdrożył i utrzymuje sieć telekomunikacyjną u Zamawiającego jest Orange Polska S.A. („Orange”). Warto podkreślić, że Orange (wcześniej jako Telekomunikacja Polska) świadczy usługi na rzecz Zamawiającego od wielu lat. Przykładowo już w postępowaniu z 2013r. pn: Dzierżawa telekomunikacyjnych łączy cyfrowych i analogowych dla potrzeb jednostek podległych KWP zs. w Radomiu” Numer sprawy 73/2013, przedmiot zamówienia zawierał 82 lokalizacje ze 115 wymienionych w zał. 10 Tabela 1 niniejszego postępowania.

W kolejnych postępowaniach z 2015 r., 2018 r. i 2021r. terminy uruchomienia usług ustalone były na początek października, ale znamienne jest to, że jedynym podmiotem, który składał ofertę w tych postępowaniach był Orange (sam lub w konsorcjum z Integrated Solutions z o.o.). Wynika to z faktu, że Orange, od wielu lat posiadał w lokalizacjach Zamawiającego własną infrastrukturę, niezależnie od technologii, w której świadczone były usługi, którą to sukcesywnie rozbudowywał w kolejnych latach. W konsekwencji, jedynie Orange nie jest zmuszony do budowy infrastruktury od samego początku.

Przy tak określonym terminie uruchomienia usług, wszyscy inni wykonawcy nie mają żadnej możliwości złożenia oferty w Postępowaniu.

Z tych względów, oczywistym jest fakt, że wiedza Orange co do infrastruktury Zamawiającego w zakresie objętym Postępowaniem jest nieporównywalnie większa aniżeli wszystkich innych wykonawców biorących udział w Postępowaniu. Orange jest w stanie, jako jedyny wykonawca, wdrożyć usługi w terminach określonych w SWZ, bowiem posiadając szczegółowe informacje dotyczące infrastruktury Zamawiającego oraz wybudowane już łącza, ma możliwość wcześniejszego przygotowania odpowiednich zasobów w tym zakresie. Co więcej, jedynie Orange nie musi przeprowadzać wizji lokalnej we wszystkich lokalizacjach.

Z powyższego wynika, że Orange ma nieporównywalnie większe szanse złożenia ważnej, konkurencyjnej oferty w Postępowaniu aniżeli pozostali wykonawcy, co jest sprzeczne m.in. z treścią art. 99 ust. 4 i art. 16 pkt 1 Ustawy. Celem tych przepisów jest to, aby każdy z wykonawców, na każdym etapie postępowania miał zagwarantowane identyczne szanse w dostępie do zamówienia i możliwość jednoznacznej identyfikacji swoich obowiązków tak aby dokonać wyceny przedmiotu zamówienia w sposób gwarantujący w tym przypadku rzeczywistą i uczciwą konkurencję.

3. Zarzuty opisane w pkt 3 petitum odwołania

¹ wyrok z dnia 13 listopada 2018 r. KIO 2177/18

Termin uruchomienia usługi, o którym mowa w rozdziale VI SWZ oraz w § 4 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ, został określony na dzień 2 października 2024 r. co pozostaje w sprzeczności z art. 436 pkt 1 Ustawy.

Zgodnie z tym przepisem: Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności (...) planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną".

Przepis ten nakazuje zatem określenie tych terminów co do zasady w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach.

W Komentarzu do Ustawy dostępnym na stronie uzp.gov.pl, wskazano, że „Regulacja ma na celu zapewnienie, by wszyscy wykonawcy mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia. Ma to zapobiec sytuacji, gdy każdy wykonawca odrębnie, na podstawie własnego doświadczenia i wiedzy, estymował najpierw spodziewany termin zawarcia umowy (mimo że nie miał wpływu na tę datę), a następnie próbował wyliczyć pozostały mu czas na realizację zamówienia. Powyższe zmuszało wykonawców do uwzględniania związanych z tym ryzyk kontraktowych i kosztów. Wyjątki od powyższej zasady stanowią sytuacje, w których określenie terminu za pomocą konkretnej daty jest obiektywnie uzasadnione, np. w przypadku projektów o ograniczonym okresie finansowania”.

Celem przepisu jest również zapobieganie w przyszłości sytuacjom, gdy po przeprowadzeniu dłuższego, niż zakładano, postępowania o udzielenie zamówienia termin realizacji umowy stawał się nierealny. Tymczasem, Zamawiający nie wskazał żadnej uzasadnionej obiektywnej przyczyny dla wskazania daty wykonania umowy. Należy podkreślić, że nie jest to pierwsze postępowanie prowadzone przez Zamawiającego, którego przedmiotem jest usługa stanowiąca przedmiot zamówienia.

Zamawiający mógł przewidzieć czas trwania postępowania i w przypadku konieczności uruchomienia usługi w październiku 2024 r. przygotować to Postępowanie wcześniej.

4. Zarzuty opisane w pkt 4 petitum odwołania

Zgodnie z § 4 ust. 1 zd. 2 wzoru umowy „Zamawiający może wypowiedzieć umowę przed upływem okresu jej realizacji o którym mowa w zdaniu poprzednim w każdym czasie z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia”.

Tak skonstruowane postanowienie uniemożliwia wycenę oferty przez Wykonawcę. Należy zauważyć, że podejmując decyzję o ubieganiu się o udzielenie zamówienia wykonawca musi mieć pewność, że wykonując zamówienie zgodnie z zawartą umową, otrzyma wynagrodzenie. Odwołujący wskazuje, że co do zasady umowy w sprawach zamówień publicznych zawierane są na czas oznaczony, a cechą takich umów jest ich trwałość rozumiana w ten sposób, że przepisy Ustawy nie przewidują możliwości dowolnego rozwiązywania takich umów w całości lub w części zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawcę. Jeżeli taka umowa jest wykonywana należycie, to powinna obowiązywać do upływu terminu jej wykonywania.

W wyroku z dnia 13 września 2005 r., sygn. Akt V Ca 1110/04, Sąd Okręgowy w Warszawie zwrócił uwagę, że „Wykonawcy, przystępując do postępowania przetargowego, dokonują analizy kosztów, która wpływa następnie na wysokość ceny, a ta z kolei jest jednym z podstawowych kryteriów oceny ofert. W zależności od wielkości zamówienia dostawca może wprowadzić określone rabaty. Musi mieć zatem pewność, że zrealizuje w przyszłości (...) zamówienie w pewnym minimalnym zakresie. Dlatego też sąd uznał, że zapisy projektu umowy winny być zmodyfikowane w taki sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie, miał pewność, że zawarta umowa pozwoli mu sprzedać, co najmniej określoną część zamówionej ilości towaru”.

Z kolei w wyroku z dnia 22 stycznia 2014 r., KIO 24/14 (wprawdzie na gruncie starej ustawy, ale zachowując w pełni aktualność), Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Cechą tego stosunku zobowiązaniowego jest trwałość, rozumiana w ten sposób, że ustawa nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania tego stosunku przez żadną ze stron. Jest to całkowicie zrozumiałe, biorąc pod uwagę, iż 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 odcinek czasu strony umowy pozostaną nią związane.”

Należy podkreślić, że umowa nie przewiduje opłat jednorazowych za uruchomienie usług w poszczególnych lokalizacjach. Zgodnie bowiem z § 3 ust. 2 i 3 wzoru Umowy, miesięczna wartość świadczenia przedmiotu umowy brutto (z podatkiem VAT) jest sumą opłat za każde łącze za jeden miesiąc (brutto), zaś wynagrodzenie to obejmuje wszystkie zobowiązania pieniężne Zamawiającego wobec Wykonawcy powstałe na tle umowy, zgodnie z cenami jednostkowymi podanymi w ofercie Wykonawcy, w tym koszty uruchomienia usługi.

W konsekwencji, Wykonawca wlicza koszt podłączenia usługi w lokalizacjach w miesięczne wynagrodzenie za łącza.

W przypadku wypowiedzenia umowy przed okresem, na który została zawarta, na Wykonawcę zostaje przeniesione ryzyko poniesienia wszelkich kosztów związanych z uruchomieniem usług, co stanowi około 40% całości wynagrodzenia.

Należy również zwrócić uwagę, że tak skonstruowane postanowienie § 4 ust. 1 zd. 2 wzoru Umowy pozostaje w sprzeczności z art. 433 pkt 4) Ustawy, zgodnie z którym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać (...) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, przy czym w świetle podglądów doktryny i orzecnictwa ta minimalna wartość lub wielkość świadczenia nie może być nadmierna.

W świetle powyższego, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Z poważaniem,

Załączniki:

1. Odpis KRS Odwołującego,
2. pełnomocnictwo dla Agnieszki Skibińskiej
3. Dowód uiszczenia wpisu,
4. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
5. odwołanie i pismo Komendy Wojewódzkiej w Bydgoszczy uwzględniające w całości odwołanie.
6. Wyjaśnienie i zmiana SWZ z dnia 10.02.2022r._KWP Wrocław,
7. Fragment SWZ PAŻP,
8. Wyciąg z wzoru umowy_woj. Mazowieckie,
9. Wyciąg z wzoru umowy_woj. Pomorskie