Sygn. akt: KIO 2199/18
KIO 2206/18

WYROK
z dnia 09 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aneta Mlącka
Członkowie: Ewa Sikorska
Robert Skrzeszewski
Protokolant:Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 7 i 8 listopada 2018 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 26 października 2018 r. przez wykonawcę **Orange Polska S.A., al. Jerozolimskie 160 02-326 Warszawa (KIO 2199/18),**

B.w dniu 26 października 2018 r. przez wykonawcę **T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12 02-674 Warszawa (KIO 2206/18)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Pocztę Polską S.A. (ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 00-940 Warszawa)**

przy udziale:

A.wykonawcy **Polkomtel sp. z o.o. (ul. Konstruktorska 4 02-673 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2199/18 i 2206/18 po stronie Odwołującego

B.wykonawcy **T-Mobile Polska S.A. (ul. Marynarska 12 02-674 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2199/18 po stronie Odwołującego

C.wykonawcy **Orange Polska S.A. (al. Jerozolimskie 160 02-326 Warszawa)**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2206/18 po stronie Odwołującego

orzeka:

1.**umarza postępowanie w zakresie zarzutów opisanych w punkcie 1, 2, 4, 6, 7 oraz od 10-15 odwołania o sygnaturze akt KIO 2199/18**

2.**umarza postępowanie w zakresie zarzutów opisanych w punkcie 1 a, b, c, f, h, j oraz punkcie 2b, d1, d2, e odwołania o sygnaturze akt KIO 2206/18**

3.**w pozostałym zakresie oddala odwołania,**

4.kosztami postępowania obciąża Odwołujących: wykonawców: **Orange Polska S.A (al. Jerozolimskie 160 02-326 Warszawa) w zakresie odwołania KIO 2199/18, T-Mobile Polska S.A. (ul. Marynarska 12 02-674 Warszawa) w zakresie odwołania KIO 2206/18** i

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez Odwołującego - **Orange Polska S.A (al. Jerozolimskie 160 02-326 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania KIO 2199/18,

4.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez Odwołującego **T-Mobile Polska S.A. (ul. Marynarska 12 02-674 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania KIO 2206/18.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:……...……
Członkowie: ……...……
……...……

Sygn. akt: KIO 2199/18

UZASADNIENIE

Zamawiający Poczta Polska S.A. działająca w imieniu i na rzecz zamawiających wspólnie udzielających zamówienia: Poczta Polska SA., Poczta Polska Usługi Cyfrowe Sp. z o.o., Pocztowa Agencja Usług Finansowych S.A., Pocztowe Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A., Pocztowe Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych, Centrum Rozliczania Ubezpieczeń Sp. z o.o., Postdata S.A., prowadzi postepowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest k świadczenie usług telefonii komórkowej i usług bezprzewodowej transmisji danych wraz z dostawą urządzeń i akcesoriów do ich świadczenia.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 199-452914.

Odwołujący Orange Polska S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu:

naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na określenie jednostronnie w rozdziale 4 pkt 4.2.4.1. wzoru umowy zbyt krótkiego terminu uruchomienia usług wskazanych w pkt 6.1.1. - 6.1.4. opisu przedmiotu zamówienia (5 dni roboczych od dnia złożenia zamówienia cząstkowego lub w terminie wskazanym przez Zamawiającego) oraz zastrzeżenie dla Zamawiającego możliwości zmiany po podpisaniu umowy warunków realizacji zamówienia/zamówień, przy zaniechaniu opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do zakresu i harmonogramu zamówień cząstkowych,

naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na określenie jednostronnie w rozdziale 4 pkt 4.2.4.3. wzoru umowy niejednoznacznego terminu uruchomienia usług wskazanych w pkt 6.1.7. opisu przedmiotu zamówienia (w terminie wskazanym w zamówieniu cząstkowym),

naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp - poprzez określenie jednostronnie w rozdziale 4 pkt 4.2.5 wzoru umowy zbyt krótkiego terminu wykonania usług w zakresie wystawienia interfejsu API dla Zamawiającego - Poczta Polska S.A. (nie później niż w terminie, o którym mowa w rozdziale 4 pkt 4.2.1 wzoru umowy, tj. 20 dni roboczych od dnia podpisania umowy przy konieczności odliczenia 7 dni roboczych zastrzeżonych dla zakończenia prac wdrożeniowych), który to termin jest nieadekwatny do zakresu prac związanych z wystawieniem interfejsu API w celu integracji systemu obsługi zgłoszeń Wykonawcy z systemem Zamawiającego oraz jest niewystarczający do wykonania i przetestowania prawidłowości działania takiego mechanizmu, oraz zastrzeżenie rażąco wygórowanych kar umownych z tytułu opóźnienia w realizacji zamówienia w tym zakresie, co prowadzi do nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawcy aktualnie świadczącego usługi u Zamawiającego,

naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zaniechanie wskazania lokalizacji świadczenia usług i dostaw oraz zaniechanie określenia okresów świadczenia poszczególnych ilości i rodzajów usług, jak również terminów dostawy poszczególnych ilości i rodzajów urządzeń, co wynika stąd, iż ilość i rodzaj usług do uruchomienia oraz ilość i rodzaj urządzeń będą podawane sukcesywnie w zamówieniach cząstkowych w trakcie realizacji umowy (w związku z rozdziałem 4 pkt 4.1.1., pkt 4.2.1., pkt 4.2.4. wzoru umowy),

naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp - poprzez określenie jednostronnie w rozdziale 4 pkt 4.2.4.5. i 4.2.4.6. wzoru umowy zbyt krótkich terminów dostawy urządzeń i akcesoriów, przy zaniechaniu opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do zakresu i harmonogramu dostaw w ramach zamówień cząstkowych, oraz zastrzeżenie w rozdziale 9 pkt 9.1.1.3. wzoru umowy rażąco wygórowanych kar umownych z tytułu opóźnienia w dostarczeniu Urządzeń i Akcesoriów,

naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 140 ust. 1 Pzp - poprzez sformułowanie wymagania w rozdziale 4 pkt 4.2.8. wzoru umowy zapewnienia przez Wykonawcę sygnału telefonii komórkowej z dedykowanej stacji bazowej BTS w standardach GSM, UMTS, LTE w ewentualnej nowej - nieokreślonej - lokalizacji Zamawiającego Poczta Polska S.A. w trakcie obowiązywania umowy, bez zapewnienia dostępności lokalizacji i pomieszczeń dla Wykonawcy oraz bez możliwości pobrania przez Wykonawcę opłat za usługę w wysokości uwzględniającej rzeczywiste koszty jej uruchomienia i świadczenia w nowej lokalizacji, co uniemożliwia Wykonawcy sporządzenie oferty,

naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp - poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w rozdziale 12 pkt 12.1.6. wzoru umowy, że odmowa zmiany umowy przez wykonawcę może nastąpić jedynie po podaniu istotnego powodu, co oznacza, że w zakresie wskazanym w rozdziale 12 pkt 12.1.6 wzoru umowy Zamawiający może dowolnie zmieniać zakres zamówienia, a Wykonawca ma jedynie formalną możliwość odmowy wyrażenia zgody na proponowane zmiany, z uwagi na to, że istotny charakter powodów odmowy będzie akceptował Zamawiający,

naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp poprzez zastrzeżenie w rozdziale 9 pkt 9.1.1.7. wzoru umowy rażąco wygórowanych kar umownych z tytułu opóźnienia w naprawie Awarii Poziom Krytyczny,

naruszenie ..... art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp poprzez ..... zastrzeżenie w rozdziale 9 pkt 9.1.1.5. wzoru umowy rażąco wygórowanych kar umownych z tytułu opóźnienia w rozpoczęciu świadczenia którejkolwiek z usług, objętych zamówieniem cząstkowym, opisanych w pkt 6.1.1. - 6.1.6. opisu przedmiotu zamówienia,

.naruszenie art. 29 ..... ust. 1 ..... P z p poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty w odniesieniu do usług opisanych w pkt 6.1.5. opisu przedmiotu zamówienia z uwagi na brak wskazania sposobu rozliczania usług, a także ich przewidywanego wolumenu,

.naruszenie ..... art. 29 ..... ust. 1 . P z p poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty w odniesieniu do usług opisanych w pkt 6.1.6. opisu przedmiotu zamówienia z uwagi na brak wskazania sposobu rozliczania usług, a także ich przewidywanego wolumenu wraz ze wskazaniem krajów inicjowania i zakańczania połączeń,

.naruszenie art. ..... 29 ust. 1 ..... P z p poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zastrzeżenie w pkt 6.8. opisu przedmiotu zamówienia prawa Zamawiającego do zmniejszenia zamówienia w zakresie usług oraz dostaw, co nie stanowi podstawy do jakichkolwiek roszczeń ze strony Wykonawcy,

.naruszenie art. 29 ust.1 …… P z p …… poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zastrzeżenie w pkt 5.1. opisu przedmiotu zamówienia obowiązku dostarczania kart SIM bezpośrednio do użytkowników końcowych przy zaniechaniu określenia maksymalnej liczby lokalizacji świadczenia usług,

.naruszenie art. ..... 29 ust. 1 ..... Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zastrzeżenie w pkt 10.1. opisu przedmiotu zamówienia obowiązku Wykonawcy odbioru od Zamawiającego i utylizacji urządzeń przy określenia maksymalnej liczby lokalizacji, których obowiązek ten będzie dotyczył, co uniemożliwia Wykonawcy sporządzenie oferty,

.naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zastrzeżenie w pkt 10.2. opisu przedmiotu zamówienia obowiązku Wykonawcy odkupu urządzeń, bez określenia wolumenu tychże, a także skonkretyzowania rodzaju urządzeń, co uniemożliwia Wykonawcy sporządzenie oferty, oraz określenie rażąco wygórowanych warunków odkupu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

zmianę opisu przedmiotu zamówienia poprzez:

wydłużenie wskazanego w rozdziale 4 pkt 4.2.4.1 wzoru umowy opisu przedmiotu zamówienia terminu uruchomienia usług określonych w pkt. 6.1.1. - 6.1.4 opisu przedmiotu zamówienia, do 10 Dni Roboczych,

doprecyzowanie postanowienia rozdziału 4 pkt 4.2.4.1 wzoru umowy poprzez nadanie mu brzmienia: „(...) lub w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 10 Dni Roboczych”,

doprecyzowanie postanowienia rozdziału 4 pkt 4.2.4.2 poprzez nadanie mu brzmienia: „w terminie wskazanym w Zamówieniu Cząstkowym, nie krótszym niż 10 Dni Roboczych”,

zmianę terminu na wystawienie interfejsu API dla Zamawiającego - Poczta Polska S.A. - na 3 miesiące od dnia podpisania umowy oraz zmniejszenie kary z tytułu opóźnienia w realizacji zamówienia w zakresie dostarczenia Aplikacji wsparcia oraz intefejsu API dla Zamawiającego Poczta Polska S.A. do wysokości 2 000,00 zł za dzień i uzależnienie tej kary od winy Wykonawcy,

zmianę opisu przedmiotu zamówienia poprzez jego uzupełnienie o następujące elementy:

wskazanie lokalizacji w których planowane jest świadczenie usług oraz do których planowana jest dostawa urządzeń, alternatywnie przynajmniej określenie maksymalnych ilości tych lokalizacji,

określenie ilości i rodzaju usług planowanych do uruchomienia oraz okresów w jakich mają być świadczone,

określenie ilości oraz rodzaju urządzeń i akcesoriów planowanych do zamówienia w podziale na okresy ich zamówienia (przynajmniej kwartał),

określenie maksymalnego terminu liczonego od dnia zawarcia umowy, w którym zostaną złożone przez Zamawiających wszystkie zamówienia w ramach zamówienia podstawowego,

określenie maksymalnego terminu liczonego od dnia zawarcia umowy, w którym zostaną złożone przez Zamawiających

wszystkie zamówienia cząstkowe w ramach prawa opcji (jeżeli Zamawiający z tego prawa będą korzystać),
określenie, że Zamawiający z każdym Urządzeniem lub Urządzeniami będą zobowiązani do zamówienia usług głosowych lub transmisji danych (tzn. że nie jest możliwe zamówienie przez nich tylko urządzeń, bez świadczonych usług), alternatywnie - określenie ilości poszczególnych rodzajów Urządzeń, które Zamawiający mogą zamówić bez konieczności jednoczesnego zamówienia usług głosowych lub transmisji danych,
zmianę opisu przedmiotu zamówienia poprzez:
wydłużenie terminu dostawy Urządzeń określonego w rozdziale 4 pkt 4.2.4.5 wzoru umowy do 20 dni roboczych,
wydłużenie terminu dostawy Akcesoriów określonego w rozdziale 4 pkt 4.2.4.6 wzoru umowy do 30 dni roboczych,
3)obniżenie kary określonej w rozdziale 9 pkt 9.1.1.3 wzoru umowy w dostarczeniu Urządzeń, Kart SIM, Serwisowych Kart SIM i Akcesoriów do wysokości 1 zł za każdy dzień (...) pomnożonej przez liczbę niedostarczonych Urządzeń, Kart SIM, Serwisowych Kart SIM i Akcesoriów oraz uzależnienie tej kary od winy Wykonawcy,
zmianę opisu przedmiotu zamówienia poprzez:
uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia i projektu umowy w taki sposób, aby w przypadku zmiany Głównej Lokalizacji Zamawiającego - Poczta Polska S.A. w trakcie obowiązywania umowy, Wykonawca był zobowiązany do zapewnienia sygnału telefonii komórkowej z dedykowanej stacji bazowej BTS w standardach GSM, UMTS, LTE w nowej Głównej Lokalizacji Zamawiającego - Poczta Polska S.A., jednakże zmiana taka byłaby dokonywana w ramach odrębnego zamówienia publicznego, na warunkach i zasadach odrębnie ustalonych przez Strony,
nakazanie Zamawiającemu zagwarantowanie Wykonawcy w trakcie obowiązywania umowy bezpłatnego dostępu do budynku i pomieszczeń w budynku, w których Zamawiający wymaga zapewnienia sygnału telefonii komórkowej z dedykowanej stacji bazowej BTS w standardach GSM, UMTS, LTE w celu wykonania niezbędnych prac montażowych i późniejszej obsługi serwisowej, oraz zgody właściciela budynku na wykonanie przez Wykonawcę prac montażowych i nieodpłatne posadowienie odpowiednich, niezbędnych do realizacji zamówienia urządzeń,
wykreślenie w rozdziale 12 pkt 12.1.6 wzoru umowy zastrzeżenia, że Wykonawca nie może odmówić zgody na wprowadzenie zmiany, bez podania na piśmie szczególnie istotnego powodu,
zmniejszenie wysokości kary umownej określonej w rozdziale 9 pkt 9.1.1.7 wzoru umowy z tytułu opóźnienia w naprawie Awarii Poziom Krytyczny do 2000 zł i uzależnienie kary od winy Wykonawcy,
zmniejszenie wysokości kary umownej określonej w rozdziale 9 pkt 9.1.1.5 wzoru umowy z tytułu opóźnienia w rozpoczęciu świadczenia którejkolwiek usług, objętych zamówieniem cząstkowym, opisanych w pkt 6.1.1 - 6.1.6 opisu przedmiotu zamówienia do 10 zł i uzależnienie kary od winy Wykonawcy,
doprecyzowanie, że świadczenie usług wskazanych w z pkt 6.1.5 opisu przedmiotu zamówienia będzie rozliczane wg stawek wskazanych przez Wykonawcę w pozycjach 27-32 Formularza rzeczowo-cenowego, stanowiącego Załącznik nr 1 do Formularza ofertowego, alternatywnie doprecyzowanie że do rozliczenia usług wskazanych w z pkt 6.1.5 opisu przedmiotu zamówienia będą miały zastosowanie stawki z cennika wykonawcy, na zasadach określonych w pkt 6.1.7. opisu przedmiotu zamówienia.
alternatywnie określenie, przynajmniej łącznie dla wszystkich numerów objętych zamówieniem, planowanych przez Zamawiającego maksymalnych ilości:
minut dla połączeń międzynarodowych do krajów Unii Europejskiej, w podziale na połączenie do sieci komórkowych i stacjonarnych,
minut dla połączeń w roamingu w krajach Unii Europejskiej,
sms-ów na terenie krajów Unii Europejskiej;
doprecyzowanie, że do rozliczenia usług wskazanych w pkt 6.1.6 opisu przedmiotu zamówienia będą miały zastosowanie stawki z cennika wykonawcy, na zasadach określonych w pkt 6.1.7. opisu przedmiotu zamówienia, alternatywnie, określenie, przynajmniej łącznie dla wszystkich numerów objętych zamówieniem, planowanych maksymalnych ilości:
minut dla połączeń międzynarodowych do krajów poza Unią Europejską, w podziale na poszczególne kraje oraz wykonywane do nich połączenia do sieci komórkowych i stacjonarnych,
- minut dla połączeń w roamingu dla krajów poza Unią Europejską, w podziale na poszczególne kraje
2. wykreślenie pkt. 6.8 opisu przedmiotu zamówienia,
alternatywnie doprecyzowanie, że Zamawiający ma prawo do rezygnacji z 20 % ilości usług oraz do rezygnacji z 20 % urządzeń i akcesoriów, z tym zastrzeżeniem że Zamawiający będzie rezygnował z takiej samej ilości usług oraz urządzeń i akcesoriów lub będzie rezygnował tylko z urządzeń i akcesoriów (czyli nie jest możliwa rezygnacja np. tylko z usług) oraz wskazanie okoliczności, w jakich może mieć miejsce rezygnacja z usług oraz urządzeń i akcesoriów,
3.uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o przynajmniej maksymalną ilość lokalizacji użytkowników końcowych, do których mają być dostarczane karty SIM oraz maksymalną ilość lokalizacji do których mają być dostarczone urządzenia i akcesoria,
4.określenie maksymalnej ilości lokalizacji Zamawiających, z których Wykonawca będzie zobowiązany odebrać urządzenia do utylizacji,
.zmianę opisu przedmiotu zamówienia poprzez:
określenie maksymalnej ilości urządzeń do odkupienia których będzie zobowiązany Wykonawca,
doprecyzowanie, że Wykonawca będzie zobowiązany do odkupienia jedynie urządzeń zakupionych uprzednio przez Zamawiającego od Wykonawcy w ramach realizacji umowy,
określenie maksymalnej ilości lokalizacji Zamawiających, z których Wykonawca będzie zobowiązany odebrać urządzenia przewidziane do odkupienia, częstotliwości odbioru tych urządzeń (np. podobnie jak określił to Zamawiający w przypadku urządzeń przewidzianych do utylizacji - nie częściej niż raz na kwartał) oraz maksymalnej ilości urządzeń przewidzianych do odkupienia przez Wykonawcę w poszczególnych przedziałach czasowych (np. 1000 szt. kwartalnie),
określenie, że w przypadku konieczności odkupienia przez Wykonawcę nieuszkodzonych urządzeń wartość odkupu będzie określana na podstawie indywidualnej oceny każdego egzemplarza urządzenia i wyceny jego wartości przez Wykonawcę,
wykreślenie wymagania dotyczącego konieczności odkupienia przez Wykonawcę uszkodzonych urządzeń Zamawiającego i określenie, że urządzenia uszkodzone mogą być poddane utylizacji przez Wykonawcę, na wezwanie Zamawiających.
Zarzut 3

Zgodnie z rozdziałem 4 pkt 4.2.5. wzoru umowy „Wykonawca zobowiązany jest do wystawienia interfejsu API dla Zamawiającego - Poczta Polska S.A. - zgodnie z umową i OPZ, w sposób i terminie wynikającym z Harmonogramu, nie później jednak niż w terminie, o którym mowa w Rozdziale 4 pkt. 4.2.1.” Zgodnie z rozdziałem 4 pkt 4.2.1.wzoru umowy i pkt 4 Załącznika nr 7 do umowy (OPZ) usługi mają być uruchomione w terminie do 20 dni roboczych od dnia podpisania umowy, z tym że Zamawiający zastrzega, iż prace wdrożeniowe muszą zostać zakończone przez Wykonawcę na 7 dni roboczych przed upływem tego terminu. Ponadto Zamawiający określa w pkt 4.1. Załącznika nr 7 do umowy (OPZ), że „szczegóły integracji zostaną ustalone na etapie tworzenia projektu technicznego”

Zamawiający ma zatem 13 dni roboczych od dnia podpisania umowy na wystawienie interfejsu API dla Zamawiającego - Poczta Polska S.A.
Zdaniem Odwołującego, termin 13 dni roboczych od dnia podpisania umowy jest nieadekwatny do zakresu prac związanych z wystawieniem interfejsu API w celu integracji systemu obsługi zgłoszeń Wykonawcy z systemem Zamawiającego oraz jest niewystarczający do wykonania i przetestowania prawidłowości działania takiego mechanizmu.
Systemy obsługi zgłoszeń Wykonawców są bardzo zaawansowanymi i skomplikowanymi narzędziami. Wszelkie prace związane z wykonaniem interfejsu API, w celu zapewnienia integracji pomiędzy systemami Wykonawcy i Zamawiającego muszą być poprzedzone szeregiem prac projektowych, poprzedzonych szczegółową analizą wymagań i systemu Zamawiającego. Ze względu na fakt, że SIWZ zawiera jedynie niewielki zakres informacji, niezbędnych do jednoznacznego określenia sposobu tej integracji, to na etapie realizacji umowy konieczne będzie podjęcie szeregu uzgodnień z Zamawiającym w celu omówienia szczegółów komunikacji. A więc w tym zakresie Wykonawca będzie uzależniony od dostępności pracowników Zamawiającego. Ponadto po wykonaniu interfejsu API konieczne będzie gruntowne przetestowanie komunikacji między systemami, co będzie również wiązało się z koniecznością znacznego zaangażowania pracowników Zamawiającego. Rzetelne i szczegółowe przetestowanie takiej integracji pomiędzy systemami jest istotne dla Wykonawcy, gdyż od prawidłowości jej działania będą uzależnione wartości kar, które mogą być naliczane przez Zamawiającego, np. z tytułu przerw w świadczeniu usług. Wszystkie te wskazane elementy wymagają dużego zaangażowania ze strony obu Stron umowy i czasu pracy, znacznie wykraczającego poza czas określony przez Zamawiającego. Po uwzględnieniu tych elementów (uzgodnień, testów) i czasu niezbędnego na ich realizację, może się okazać, że Wykonawca na faktyczne przygotowanie i udostępnienie interfejsu API ma termin zaledwie kilku dni, co jest czasem wręcz drastycznie krótkim biorąc po uwagę zakres wymaganych prac.
Zdaniem Odwołującego, tak krótki termin na realizację i udostępnienie interfejsu API jest nadmiernym żądaniem w stosunku do Wykonawcy, w sposób nieuzasadniony preferujący Wykonawcę aktualnie świadczącego usługi dla Zamawiającego. Dodatkowo Odwołujący wskazał, na uprzywilejowanie Wykonawcy aktualnie świadczącego usługi dodatkowo wzmacnia określona przez Zamawiającego w rozdziale 9 pkt 9.1.1.2 wzoru umowy drastycznie wysoka za opóźnienie w dostarczeniu tego interfejsu, w wysokości 10 000 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia. Wykonawca obecnie świadczący usługi dla Zamawiającego posiada już wdrożone rozwiązanie i może bez dokonywania żadnych działań lub przy stosunkowo niewielkich modyfikacjach po prostu kontynuować świadczenie tej usługi. Oznacza to, że nie potrzebuje żadnego dodatkowego czasu na wdrożenie i uruchomienie rozwiązania. W konsekwencji nie musi kalkulując ceny oferty uwzględniać dodatkowego ryzyka związanego z karami umownymi z tytułu opóźnienia w uruchomienia usługi. Kary takie będą natomiast musieli uwzględnić pozostali wykonawcy.
W ocenie Odwołującego, minimalny okres, który umożliwia Wykonawcom na wykonanie integracji pomiędzy systemami w tak szerokim zakresie wymaganym przez Zamawiającego to 3 miesiące od dnia podpisania umowy.
W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, a także preferuje w sposób nieuzasadniony wykonawcę aktualnie świadczącego usługi, wnoszę jak na wstępie.
Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w ten sposób, że dotychczasowy termin dla zobowiązania wynikającego z pkt 4.2.5 projektu umowy, tj. 20 Dni Roboczych od dnia podpisania umowy na wystawienie, wynikający z pkt 4.2.1 projektu umowy, wydłużony został do 35 Dni Roboczych. W ocenie Zamawiającego Wykonawca błędnie utożsamia zobowiązanie do wystawienia interfejsu API z dokonaniem samej integracji systemów Wykonawcy i Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że zgodnie z pkt 4.1 OPZ w brzmieniu po modyfikacji termin na wykonanie integracji systemów wynosi 65 Dni Roboczych od dnia zgłoszenia przez Zamawiającego do przystąpienia do integracji.

Zarzut 5

Zgodnie z pkt 4.2.4.5 i 4.2.4.6 wzoru umowy Wykonawca będzie zobowiązany do dostawy urządzeń i akcesoriów w terminie odpowiednio 10 i 20 dni roboczych od dnia złożenia zamówienia cząstkowego.
Odwołujący wskazał, że na chwilę obecną nie są znane zakresy zamówień cząstkowych ani harmonogram planowanych dostaw, a Zamawiający będą dopiero po podpisaniu umowy dokonywać wyboru i zamówienia modeli urządzeń (z listy zaproponowanej przez Wykonawcę w ofercie). Zatem określone przez Zamawiającego terminy są drastycznie krótkie. Jak wyjaśnił Odwołujący, zamówienie cząstkowe może obejmować konieczność uruchomienia nawet kilkunastu tysięcy usług oraz dostarczenia do użytkowników takiej ilości kart SIM oraz wielokrotnie większej ilości urządzeń i akcesoriów (np. telefonów i wybranych dla danego modelu akcesoriów). Ze względów logistycznych nie jest możliwie pozyskanie przez Wykonawcę w tak krótkim czasie tak dużej ilości urządzeń i akcesoriów oraz zorganizowanie ich jednoczesnej wysyłki do kilku lub kilkunastu tysięcy użytkowników. Tym bardziej, że Zamawiający nie określa żadnego harmonogramu dostaw i zamówień, a Zamawiający będą dopiero dokonywać wyboru modeli po podpisaniu umowy, więc Wykonawcy w żaden sposób nie są w stanie się do przygotować do realizacji umowy.
Odwołujący wskazał także, że ze względu na wielkość zamówienia i możliwość wyboru przez Zamawiających dowolnych modeli urządzeń (z szerokiej listy jaka musi wskazać Wykonawca) Wykonawcy będą musieli zamówić i zorganizować dostawę tych modeli dopiero po ich wyborze przez Zamawiających. Więc oprócz logistyki po stronie Wykonawców na termin dostaw wpływać będą również możliwości realizacyjne producentów tych urządzeń, na co Wykonawca nie ma wpływu. A w świetle postanowień Rozdziału 9 projektu umowy Wykonawca ma odpowiadać za opóźnienia, a nie zwłokę w realizacji.
W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie uwzględnił w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, jak wolumen i termin dostaw, co sprawia, że opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymagań określonych w art. 29 ust. 1 Pzp.

Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, w ramach której zmodyfikował zasady odpowiedzialności wykonawców na odpowiedzialność „z tytułu zwłoki" w realizacji poszczególnych zadań przewidzianych w pkt 9.1, jak również określony został harmonogram planowanych dostaw i Usług.
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podkreślił, że wbrew twierdzeniom Wykonawcy, terminy określone w pkt 42.4.5 projektu umowy — tj. 10 Dni Roboczych od chwili złożenia zamówienia na dokonanie dostawy Urządzeń oraz 20 Dni Roboczych na dostawę Akcesoriów nie są terminami uniemożliwiającym realizację Wykonawcy poszczególnych Zamówień Cząstkowych. Zamawiający wskazał, że Strony zobowiązane są do opracowania projektu technicznego, Harmonogramu realizacji dostaw oraz uruchamiania Usług, w związku z czym Wykonawca prawidłowo nadzorując jej realizację będzie w stanie na bieżąco zabezpieczać niezbędne wolumeny Urządzeń i Akcesoriów. Zamawiający podkreślił także, że przedmiotowe Urządzenia, Usługi służą Zamawiającemu do codziennego i bieżącego funkcjonowania i realizowania procesów biznesowych, w związku z czym Zamawiający nie może pozwolić sobie na zbyt długie procesy „przestoju" w oczekiwaniu na dostawy czy też rozpoczęcie świadczeń Usług.
Zamawiający zauważył, że stawianie wykonawcom określonych wymagań na etapie realizacji umowy, które przekładają

się jedynie na ich wynagrodzenie i zwiększony nakład sił oraz środków na etapie realizacji zamówienia, nie ogranicza uczestnikom postępowania możliwości samego uczestnictwa w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Każdy wykonawca bowiem mając świadomość obowiązków wynikających z treści umowy może ocenić, czy jest w stanie należycie zrealizować zobowiązanie z niej wynikające oraz ocenić jakie koszty są z tymi wymaganiami związane.

Zarzut 8

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w rozdziale 9 pkt 9.1.1.7 wzoru umowy przewidział rażąco wysokie kary umowne z tytułu opóźnienia w naprawie Awarii Poziom Krytyczny - w wysokości 5 000 zł za każdy dzień opóźnienia. Zgodnie z definicją z Załącznika nr 6 do umowy Awaria poziom krytyczny obejmuje m.in. brak dostępności usług SIP Trunk i łączy.
Jak wyjaśnił Odwołujący: „Awaria usług SIP trunk lub łączy swej istocie jest sytuacją losową i wynikającą w zdecydowanej większości przypadków z okoliczności niezależnych do Wykonawcy (takich np. jak awaria urządzeń dostępowych lub uszkodzenie kabla przez osoby trzecie). W przypadku kabli światłowodowych (a takie medium musi być wykorzystane do uruchomienia łączy dla Zamawiającego) awarie takie zdarzają się stosunkowo rzadko, ale ze względu na zakres prac koniecznych do podjęcia (np. konieczność wymiany kabla) charakteryzują się w większości przypadków dłuższym czasem naprawy. W interesie Zamawiającego i Wykonawcy jest żeby takich przerw w świadczeniu usług było jak najmniej i trwały jak najkrócej, jednak ze względu na tę losowość nie można ich wykluczyć. Postanowienie w praktyce oznacza, ze każda awaria tych usług może skutkować dla Wykonawcy ogromnymi karami umownymi. Tak daleko idące konsekwencje w przypadku awarii łącza są, zdaniem Wykonawcy, niewspółmierne do szkody poniesionej przez Zamawiającego i stopnia zawinienia Wykonawcy, zwłaszcza, że zgodnie z brzmieniem umowy, przesłanka naliczenia kary jest niezależna od winy Wykonawcy."
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że szczegółowo określił okoliczności, których zaistnienie pociągnie odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu kar umownych. Podkreślił, że kary umowne nie stanowią przeszkody w uzyskaniu zamówienia. To nie wykonawcy, ale Zamawiający ponosi ryzyko i ciężar nieterminowej albo nienależytej realizacji zamówienia, w związku czym to on decyduje o środkach jego zabezpieczenia; okoliczność, iż w subiektywnej ocenie Odwołującego przewidziane wartości kar umownych są wygórowane nie uprawnia Odwołującego do kwestionowania postanowienia SIWZ w tym zakresie i narzucania Zamawiającemu preferowanych i akceptowalnych przez Odwołującego wartości i nie jest wystarczające do ingerencji w treść przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego.
W ocenie Zamawiającego terminy określone w projekcie Umowy są terminami realnymi i możliwymi do realizacji. Przedmiotowe terminy są analogiczne do tych, które wynikają z obecnie obowiązujące umowy i nie stanowiły problemu w złożeniu przez zarówno przez Odwołującego, jak innych wykonawców oferty.
Dalej Zamawiający wskazał, że Strony powinny wypracować projekt techniczny, ustalić harmonogram realizacji dostaw Urządzeń i Akcesoriów i uruchamiania Usług, aby wyeliminować ryzyko problemów logistycznych i zapewnieniem bieżącego zapotrzebowania wynikającego z przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że dokonał modyfikacji SIWZ, w której określił planowany harmonogram dostaw i uruchamiania Usług w okresie obowiązywania umowy.
Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący mając świadomość obowiązków wynikających z treści umowy, jego zakresu, terminów może ocenić, czy jest w stanie należycie zrealizować zobowiązanie z niej wynikające oraz ocenić jakie koszty są z tymi wymaganiami związane, jak również jest w stanie oszacować ryzyka i odpowiednio skalkulować je w ofercie.
Zmawiający podkreślił, że dokonał modyfikacji SIWZ, w której przewidział odpowiedzialność z tytułu zwłoki a nie opóźnienia w realizacji poszczególnych świadczeń przez wykonawców, co w ocenie Zamawiającego oznacza także, że zarzut Odwołującego jest bezzasadny.

Zarzut 9

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w rozdziale 9 pkt 9.1.1.5 wzoru umowy przewidział rażąco wysokie kary umowne z tytułu opóźnienia w rozpoczęciu świadczenia którejkolwiek usług, objętych zamówieniem cząstkowym, opisanych w pkt 6.1.1 -6.1.6 OPZ - w wysokości 100 zł za każdy dzień opóźnienia, pomnożonej przez liczbę nieuruchomionych usług oraz liczbę kart SIM.
Odwołujący wyjaśnił, że na chwilę obecną nie są znane zakresy zamówień cząstkowych ani harmonogram planowanych uruchomień, ilość usług planowanych do uruchomienia w ramach zamówień cząstkowych może być bardzo duża, a określony w pkt 4.2.4.1 i 4.2.4.2 wzoru umowy termin na uruchomienie tych usług jest bardzo krótki, to kara określona przez Zamawiającego jest drastycznie wysoka. Zamówienie cząstkowe może obejmować konieczność uruchomienia nawet kilkunastu tysięcy usług. Ze względów logistycznych nie jest możliwie jednoczesne wykonanie tak dużej ilości aktywacji usług. W konsekwencji zdaniem Odwołującego, przewidziane kary umowne są niewspółmiernie duże do szkody jaką może ponieść Zamawiający, a ponadto do ich naliczenia może przyczynić się sam Zamawiający poprzez zbyt późne składanie Zamówień Cząstkowych.
Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, w której wskazał sposób rozliczania usług opisanych w pkt 6.1.5 i 6.1.6. W ocenie Zamawiającego podniesiony przez Odwołującego zarzut stał się bezprzedmiotowy.

Sygn. akt KIO 2206/18

Wykonawca T-Mobile S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
t. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także utrudniającym uczciwą konkurencję w zakresie, w jakim w SIWZ i Załączniku nr 7 do SIWZ - Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) Zamawiający:
ż podał danych dotyczących wykorzystania abonamentów ze wskazaniem połączeń głosowych, SMS i MMS do wszystkich sieci, połączeń wykonywanych w ramach roamingu z podziałem na strefy, wykorzystania pakietów transmisji danych w kraju i w ramach roamingu, co uniemożliwia wykonawcy należyte oszacowanie cen poszczególnych abonamentów, a w konsekwencji ceny oferty i w nieuzasadniony sposób uprzywilejowuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego;
pkt 5.2. OPZ wskazuje, że miejscem dostarczenia Zamawiającym Urządzeń i Akcesoriów oraz Kart SIM i Serwisowych Kart SIM z Zamówienia Cząstkowego są Lokalizacje wskazane w załączniku nr 13 do Umowy, przy czym opublikowany przez Zamawiającego załącznik nr 13 do Umowy nie został wypełniony (pusta tabela do uzupełnienia) co powoduje, że wykonawcy nie są w stanie ustalić do ilu lokalizacji i gdzie położonych będą zobowiązani realizować dostawy co uniemożliwia oszacowanie kosztów z tym związanych i uwzględnienie ich w cenie oferty;
pkt 5.3 OPZ zastrzegają sobie prawo wprowadzenia zmian do Lokalizacji określonych w załączniku nr 10 i 13 do Umowy poprzez wprowadzenie nowej Lokalizacji na terenie RP, bez dookreślenia chociażby przybliżonego położenia tej lokalizacji co uniemożliwia wykonawcy oszacowanie kosztów ewentualnych dostaw i uwzględnienie ich w cenie oferty. Zamawiający nie precyzuje również ile nowych Lokalizacji może zostać wprowadzonych w okresie realizacji zamówienia;
d)zgodnie z pkt 5.5 OPZ zastrzegają sobie prawo zażądania od wykonawcy dostarczenia po jednym egzemplarzu

testowym wybranych modeli Urządzeń i Akcesoriów spośród wszystkich wskazanych w Ofercie Wykonawcy w ramach Zamówienia Podstawowego, a Wykonawca zobowiązany będzie do dostarczenia Urządzeń do celów testowych w terminie 3 Dni Roboczych od daty przekazania mu żądania w tym zakresie (analogiczne postanowienie znajduje się w rozdziale 4 pkt 4.2.3.5 Projektu Umowy), nie precyzując czy dostarczone do testów Urządzenia i Akcesoria zostaną zwrócone wykonawcy po przeprowadzeniu testów, w jaki sposób i w jakim zakresie oraz przez kogo, będą one testowane a także kto będzie ponosił odpowiedzialność za ich uszkodzenie lub zniszczenie. Ponadto, przewidziany przez Zamawiających termin dostawy Urządzeń do testów jest zbyt krótki;

pkt 5.12 OPZ wymaga, żeby ceny jednostkowe dla poszczególnych Urządzeń i Akcesoriów nie przekraczały 400 zł netto i były zgodne z zakresami kosztowymi określonymi w Załączniku 3 do OPZ Tabela 3 oraz w rozdziale 8 pkt 8.1.3 Projektu Umowy wskazuje, że wysokość wynagrodzenia za każdą licencję niezbędną do prawidłowego korzystania przez Zamawiającego z Przedmiotu Umowy, nie będzie wyższa niż 400 zł netto, co powoduje, że wykonawca zobowiązany jest zaoferować ceny w oderwaniu od rzeczywiście ponoszonych przez niego kosztów, a także uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji tego elementu zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty;

kt 6.8 OPZ w niejednoznaczny i nieprecyzyjny sposób określił możliwość zmniejszenia zamówienia w zakresie Usług oraz dostawy Urządzeń i Akcesoriów, co powoduje, że wykonawca nie jest w stanie ustalić jaki zakres Usług i dostaw na pewno zostanie przez niego zrealizowany;

pkt 7.6.6.2 OPZ wskazał, że w przypadku stwierdzenia przez danego Zamawiającego nieskuteczności usunięcia Awarii lub Wady, Zamawiający dokona powtórnego Zgłoszenia Serwisowego, z zastrzeżeniem, że czas usunięcia Awarii lub Wady liczy się do chwili pierwotnego Zgłoszenia Serwisowego;

odnie z pkt 7.8.1 OPZ wszelkie czynności związane z naprawą Urządzeń i Akcesoriów w ramach napraw gwarancyjnych będą wykonywane za pośrednictwem Wykonawcy, w przypadku napraw pozagwarancyjnych - Wykonawca wskaże co najmniej 2 autoryzowane serwisy, w których można dokonać takiej naprawy, co wskazuje na Urządzenia i Akcesoria bardzo wąskiego grona producentów, a także w nieuzasadniony sposób istotnie ogranicza możliwość doboru Urządzeń przez wykonawcę;

kt 9.3 i 9.4 OPZ przewidział zbyt krótkie terminy na odpowiednio zapewnienie stabilnego zasięgu oferowanych Usług na terenie Węzłów Ekspedycyjno-Rozdzielczych Zamawiającego - Poczty Polskiej S.A. oraz na zapewnienie sygnału telefonii komórkowej z dedykowanej stacji bazowej BTS dla Lokalizacji Głównej Zamawiającego - Poczty Polskiej S.A.;

odnie z pkt 10 OPZ wykonawca zobowiązany jest do odebrania Urządzeń od Zamawiającego i ich zutylizowania oraz odkupienia Urządzeń od Zamawiającego na zasadach określonych w OPZ, w tym po cenach ustalonych na zasadach określonych w OPZ;

t. 353^1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie załącznika nr 5 do SIWZ - Projekt Umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, zaburzający wzajemność świadczeń i niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim:

konawca jest zobowiązany rozpocząć świadczenie Usług dla każdego Zamawiającego, od Dnia Uruchomienia Usług, wskazanego dla niego w Harmonogramie, który jest częścią Projektu Technicznego, jednak nie później niż w terminie 20 Dni Roboczych od dnia podpisania Umowy (rozdział 4 pkt 4.2.1 Projektu Umowy), który to termin jest zbyt krótki i możliwy do dotrzymania jedynie przez wykonawcę obecnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego, gdyż tylko ten wykonawca nie będzie musiał przeprowadzić procedury przenoszenia obecnie użytkowanej przez Zamawiającego numeracji do własnej sieci;

pkt 5.1 Projektu Umowy, Zamawiający przewidział procedurę akceptacji Projektu Technicznego, zgodnie z którą Zamawiający może zgłosić uwagi do Projektu Technicznego, a wykonawca jest zobowiązany je uwzględnić, bez wprowadzenia jakiegokolwiek ograniczenia maksymalnego czasu trwania procedury akceptacji Projektu Technicznego, po której Zamawiający już nie będzie mógł zgłaszać uwag lub ograniczenia co do ilości kolejnych tur zgłaszania przez Zamawiającego uwag, przy jednoczesnym wprowadzeniu zastrzeżenia, że Protokół Odbioru Projektu Technicznego, podpisany bez uwag i zastrzeżeń ze strony Zamawiającego, stanowi warunek rozpoczęcia przez Wykonawcę świadczenia Usług (ostatnie zdanie pkt 5.1.2 Projektu umowy);

konawca zgodnie z rozdziałem 7, pkt 7.5 Projektu Umowy oraz pkt 7.11 OPZ zobowiązany jest do jednorazowej wymiany Urządzeń z Grupy A, na których świadczony jest Abonament VIP, który to obowiązek został określony przez Zamawiającego w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, co uniemożliwia wykonawcy oszacowanie kosztów realizacji tego elementu przedmiotu zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty. Ponadto, termin określony w pkt 7.5.2 Projektu Umowy w ciągu, którego wykonawca zobowiązany jest dostarczyć lub wymienić Urządzenia jest zbyt krótki biorąc pod uwagę skalę i zakres zamówienia oraz zakres czynności jakie wykonawca musi podjąć w tym celu;.

mawiający w rozdziale 9 Projektu Umowy:

pkt 9.1.1.1 do 9.1.1.14 przewidział kary umowne za opóźnienia, a nie za zwłokę;

e przewidział żadnego ograniczenia procentowego, co do wysokości kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w toku obowiązywania Umowy;

e wprowadził procedury reklamacyjnej, która umożliwiałaby wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń co do zasadności nałożenia kary umownej oraz jej wysokości, a także usunięcie naruszeń przed jej nałożeniem;

mawiający ma prawo* powstrzymać się z zapłatą jakiejkolwiek części wynagrodzenia na rzecz wykonawcy do czasu dostarczenia przez wykonawcę wszystkich dokumentów, którymi posługiwał się on lub osoby trzecie działające na jego zlecenie do chwili odstąpienia, wygaśnięcia albo rozwiązania Umowy lub które utworzył lub uzyskał w związku z wykonywaniem Umowy (rozdział 13, ust. 13.1.5);

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ oraz załączników do SIWZ, poprzez:

1. wprowadzenie do SIWZ oraz OPZ następujących zmian:

danie w SIWZ danych dotyczących aktualnego (bieżącego) zużycia (wykorzystania) abonamentów ze wskazaniem co najmniej połączeń głosowych (w tym na infolinie), SMS i MMS do wszystkich sieci, połączeń wykonywanych w ramach roamingu z podziałem na strefy, wykorzystania pakietów transmisji danych w kraju i w ramach roamingu co najmniej za okres ostatniego roku;

danie w Załączniku nr 13 do Umowy konkretnych Lokalizacji (w tym ich liczby) do których Wykonawca będzie zobowiązany prowadzić dostawy (pkt 5.2 OPZ);

kazanie w pkt 5.3 OPZ listy planowanych nowych Lokalizacji, ewentualnie wykreślenie tego postanowienia OPZ oraz określenie liczby nowych lokalizacji jakie mogą zostać wprowadzone przez Zamawiającego w okresie obowiązywania umowy;

kazanie w pkt 5.5 OPZ oraz w rozdziale 4 pkt 4.2.3.5 Projektu Umowy, że dostarczone do testów Urządzenia i Akcesoria zostaną zwrócone Wykonawcy w terminie 5 Dni Roboczych po zakończenia testów (w przypadku braku zwrotu Urządzenia w tym terminie Wykonawca będzie uprawniony do obciążenia Zamawiającego kosztami w wysokości co

najmniej równowartości niezwróconego Urządzenia), w jaki sposób, w jakim zakresie i przez kogo (Zamawiający, podmiot zewnętrzny), będą one testowane oraz wskazanie, że od momentu dostawy Urządzeń do Zamawiającego do chwili ich zwrotu Wykonawcy, Zamawiający ponosi odpowiedzialność za ich uszkodzenie lub zniszczenie. Zmodyfikowanie terminu na dostawę Urządzeń do testów poprzez wskazanie, że będzie on wynosił 14 Dni Roboczych;

unięcie górnej granicy cen jednostkowych poszczególnych Urządzeń, Akcesoriów i licencji oraz umożliwienie wykonawcy określenia kosztów z tym związanych zgodnie z ich rzeczywistą wysokością (pkt 5.12 OPZ oraz w rozdziale 8 pkt 8.1.3 Projektu Umowy);

reślenie w sposób jednoznaczny i precyzyjny możliwości zmniejszenia zamówienia w zakresie Usług oraz dostawy Urządzeń i Akcesoriów (pkt 6.8 OPZ);

reślenie w pkt 7.6.6.2 OPZ, że w przypadku stwierdzenia przez danego Zamawiającego nieskuteczności usunięcia Awarii lub Wady, Zamawiający dokona powtórnego Zgłoszenia Serwisowego, z zastrzeżeniem, że czas usunięcia Awarii lub Wady liczy się do chwili powtórnego Zgłoszenia Serwisowego;

skazanie w pkt 7.8.1 OPZ, że w przypadku napraw pozagwarancyjnych - Wykonawca wskaże autoryzowany serwis lub serwisy, w których można dokonać takiej naprawy;

ianę terminu przewidzianego w pkt 9.3 OPZ z 20 Dni Roboczych od momentu zgłoszenia przez Zamawiającego na co najmniej 60 Dni ' Roboczych oraz terminu określonego w pkt 9.4 OPZ z 21 Dni Roboczych na 100 Dni Roboczych;

kreślenie pkt 10 OPZ oraz pozostałych postanowień OPZ i Projektu Umowy dotyczących obowiązku Utylizacji i odkupienia Urządzeń od Zamawiających;

2. wprowadzenie do załącznika nr 5 do SIWZ Projekt Umowy następujących zmian:

odyfikację rozdziału 4 pkt 4.2.1 Projektu Umowy poprzez wskazanie, że wykonawca jest zobowiązany rozpocząć świadczenie Usług dla każdego Zamawiającego, od Dnia Uruchomienia Usług, wskazanego dla niego w Harmonogramie, który jest częścią Projektu Technicznego, jednak nie później niż w terminie 20 Dni Roboczych od dnia przeniesienia wszystkich obecnie używanych przez Zamawiającego numerów telefonicznych do sieci Wykonawcy, oraz pozostałych terminów wskazanych w rozdziale 4 oraz w innych postanowienia Projektu Umowy, których początkiem jest dzień podpisania umowy poprzez zastąpienie sformułowania *„od podpisania Umowy"* sformułowaniem *„od dnia przeniesienia wszystkich obecnie używanych przez Zamawiającego numerów telefonicznych do sieci Wykonawcy",* a w konsekwencji również rozdziału 4, pkt 4.1.1 Umowy, poprzez wskazanie, że umowa obowiązuje od dnia jej zawarcia, a Usługi będą świadczone przez okres 24 miesięcy od Dnia Uruchomienia Usług lub do wyczerpania kwoty Wartości Umowy w zależności, która z tych przesłanek nastąpi wcześniej.

prowadzenie w pkt 5.1 Projektu Umowy, ograniczenia maksymalnego czasu trwania procedury akceptacji Projektu Technicznego, po której, Zamawiający już nie będzie mógł zgłaszać uwag lub ograniczenia co do ilości kolejnych tur zgłaszania przez Zamawiającego uwag, ewentualnie usunięcia zastrzeżenia, że Protokół Odbioru Projektu Technicznego, podpisany bez uwag i zastrzeżeń ze strony Zamawiającego, stanowi warunek rozpoczęcia przez Wykonawcę świadczenia Usług (ostatnie zdanie pkt ,5.1.2 Projektu umowy);

dnoznaczne określenie w Formularzu rzeczowo - cenowym maksymalnej liczby poszczególnych Urządzeń z Grupy A jakie będzie zobowiązany wymienić lub dostarczyć wykonawca przez cały okres obowiązywania Umowy (rozdział 7, pkt 7.5 Projektu Umowy oraz pkt 7.11 OPZ) oraz wskazanie w pkt 7.5.2 Projektu Umowy, że wykonawca będzie każdorazowo zobowiązany do wymiany lub dostarczenia Urządzeń w terminie ustalonym przez strony nie krótszym niż 20 Dni Roboczych od dnia zgłoszenia żądania;

odyfikację rozdziału 9 Projektu Umowy w następujący sposób:

skazanie w rozdziale 9 pkt 9.1.1.1 do 9.1.1.14 Projektu Umowy, że kary umowne należą się Zamawiającemu za zwłokę, a nie za opóźnienie;

prowadzenie ograniczenia procentowego wysokości kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w okresie trwania Umowy (nie więcej niż 30%) w stosunku do wypłaconego Wykonawcy wynagrodzenia, ewentualnie do wysokości maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego umową;

prowadzenie postanowienia zgodnie z którym każdorazowe naliczenie kar umownych przewidzianych w umowie zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie Wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz ustalenie istnienia przesłanek naliczenia kar umownych;

kreślenie ostatniego zdania ust. 13.1.5 rozdział 13 tj. wykreślenie: *„Do czasu dostarczenia przez Wykonawcę wszystkich wyżej wymienionych dokumentów, Zamawiający ma prawo powstrzymać się z zapłatą jakiejkolwiek części Wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy."* ewentualnie wskazanie w tym postanowieniu Umowy katalogu dokumentów, których zaniechanie zwrócenia uzasadniać będzie powstrzymanie się przez Zamawiającego z zapłatą wynagrodzenia do czasu ich dostarczenia przez wykonawcę, z oznaczeniem górnej granicy wynagrodzenia, z zapłatą której Zamawiający może się powstrzymać.

I. Odnośnie zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego, szereg postanowień dotyczących opisu przedmiotu zamówienia zostało sformułowanych przez Zamawiającego w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie jej kosztów; jak również w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także utrudniającym uczciwą konkurencję, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp.

W zakresie zarzutu opisanego pod literą d) (Dostawa Urządzeń i Akcesoriów do testów) Odwołujący wskazał, że w pkt 5.5 OPZ Zamawiający zastrzegł prawo zażądania od wykonawcy dostarczenia po jednym egzemplarzu testowym wybranych modeli Urządzeń i Akcesoriów spośród wszystkich wskazanych w Ofercie Wykonawcy w ramach Zamówienia Podstawowego, a Wykonawca zobowiązany będzie do dostarczenia Urządzeń do celów testowych w terminie 3 Dni Roboczych od daty przekazania mu żądania w tym zakresie (analogiczne postanowienie znajduje się w rozdziale 4 pkt 4.2.3.5 Projektu Umowy).

Zdaniem Odwołującego, formułując przedmiotowe postanowienie Zamawiający nie sprecyzował, czy dostarczone do testów Urządzenia i Akcesoria zostaną zwrócone Wykonawcy po przeprowadzeniu testów, w jaki sposób i w jakim zakresie oraz przez kogo, będą one testowane oraz kto będzie ponosił odpowiedzialność za ich uszkodzenie lub zniszczenie w trakcie testów. Biorąc pod uwagę, że wykonawca dostarczy po jednym egzemplarzu wybranych modeli spośród wszystkich wskazanych z Ofercie w ramach Zamówienia Podstawowego to koszt dostawy takich Urządzeń i Akcesoriów może wynieść nawet kilkadziesiąt tysięcy złotych na jednego Zamawiającego.

Odwołujący wskazał także, że przewidziany przez Zamawiających 3 dniowy termin na przekazanie tych urządzeń od momentu zgłoszenia żądania jest terminem zbyt krótkim, biorąc pod uwagę, że wykonawca będzie musiał skompletować zestaw wybranych przez danego Zamawiającego modeli spośród modeli wskazanych w ofercie i dostarczyć go Zamawiającemu. W przypadku, gdy kilku Zamawiających zdecyduje się skorzystać z tej możliwości Wykonawca będzie musiał przygotować równocześnie kilka różnych zestawów urządzeń.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie wskazał, że dokonał modyfikacji SIWZ 6 listopada 2018 r. Uwzględnił zarzut dotyczący doprecyzowania procedury testowej i częściowo uwzględnił zarzut w zakresie wydłużenia terminów

dostawy Urządzeń i Akcesoriów. W dokonanej modyfikacji Zamawiający wydłużył termin do 5 dni roboczych. W opinii Zamawiającego brak jest uzasadnienia do przyjęcia terminu dostawy Urządzeń i Akcesoriów do testów, w wymiarze 14 Dni Roboczych

W zakresie zarzutu opisanego pod literą e) (Ograniczenie wysokości cen jednostkowych) Odwołujący wskazał, że w pkt 5.12 OPZ wprowadzono wymóg, zgodnie z którym ceny jednostkowe dla poszczególnych Urządzeń i Akcesoriów nie przekroczą 400 zł netto i będą zgodne z zakresami kosztowymi określonymi w Załączniku 3 do OPZ Tabela 3. W rozdziale 8 pkt 8.1.3 Projektu Umowy wskazano, że wysokość wynagrodzenia za każdą licencję niezbędną do prawidłowego korzystania przez Zamawiającego z Przedmiotu Umowy, nie będzie wyższa niż 400 zł netto.

W ocenie Odwołującego, wprowadzenie takich ograniczeń powoduje, że wykonawca zobowiązany jest zaoferować ceny Urządzeń, Akcesoriów i Licencji w oderwaniu od rzeczywiście ponoszonych przez niego kosztów. Powyższe powoduje, że część kosztów zakupu urządzeń wykonawca będzie zmuszony uwzględnić w cenie abonamentu. Nawet jednak w takiej sytuacji wykonawca nie będzie w stanie oszacować kosztów realizacji tego elementu zamówienia i uwzględnić ich w cenie oferty.

Odwołujący podniósł także, że sposób ukształtowania przez Zamawiającego postanowień OPZ, przede wszystkim przewidziana w pkt 6.8 OPZ możliwość zmniejszenia zakresu zamówienia powoduje, że wykonawca nie będzie miał pewności czy okres przez który Zamawiający będą opłacać abonament pozwoli na pokrycie kosztów zakupu, Urządzeń i Akcesoriów. Nie można również wykluczyć sytuacji, w której Zamówienie Cząstkowe zostanie złożone na kilka miesięcy przed zakończeniem obowiązywania umowy, co spowoduje, czas pozostały do końca jej obowiązywania nie będzie wystarczający na pokrycie kosztów zakupu urządzeń.

W treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie tego zarzutu i oświadczył, że:

- określanie przez Zamawiających w zamówieniach górnych granic cen jednostkowych Urządzeń i Akcesoriów, dostarczanych wraz z Usługami, jest powszechnie przyjętą praktyką na rynku usług telekomunikacyjnych. Takie zresztą praktyki stosują w umowach, poza zamówieniami publicznymi, operatorzy i to zarówno wobec klientów korporacyjnych, jak i indywidualnych;
- w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, w którym również brał udział Odwołujący 2, jak również pozostali Odwołujący wymagania w zakresie cen jednostkowych i licencji były sformułowane identycznie i żaden z Wykonawców nie zakwestionował tych postanowień;
- po dokonanych modyfikacjach, czyli po wprowadzeniu Załącznika Nr 6 do SIWZ — Analiza wykorzystania abonamentów za ostatnie 12 miesięcy (analiza ruchu) oraz Załącznika Nr 7 do SIWZ - Planowany harmonogram zamówień cząstkowych Urządzeń, Akcesoriów i Usług, a także po doprecyzowaniu postanowień w zakresie ewentualnej rezygnacji przez Zamawiającego z części Zamówienia Podstawowego, brak jest jakichkolwiek przesłanek, które uniemożliwiałyby Wykonawcom, w tym Odwołującemu 2, prawidłowe skalkulowanie ofert i ustalenie opłat abonamentowych na poziomie, który zapewni każdemu z nich opłacalność kontraktu;
- nie ulega wątpliwości, że przez pierwsze miesiące Zamawiający będzie korzystał z bardzo dużej ilości Usług na posiadanych w chwili obecnej Urządzeniach i Akcesoriach, co tylko potwierdza argumentację przytoczoną powyżej, że właściwe oszacowanie opłat abonamentowych pozwoli Odwołującemu na zrekompensowanie przyjętych górnych granic cen jednostkowych, bo Usługi będą już świadczone, a dostaw Urządzeń i Akcesoriów jeszcze nie będzie.

W zakresie zarzutu opisanego pod literą g) (Stwierdzenie nieskuteczności usunięcia Awarii) Odwołujący wskazał, że z pkt 7.6.6.2 OPZ wynika, że w przypadku stwierdzenia przez danego Zamawiającego nieskuteczności usunięcia Awarii lub Wady, Zamawiający w terminie 1 Dnia Roboczego dokona powtórnego Zgłoszenia Serwisowego, z zastrzeżeniem, że czas usunięcia Awarii lub Wady liczy się do chwili pierwotnego Zgłoszenia Serwisowego.

Zdaniem Odwołującego, zestawienie czasu jaki ma wykonawca na usunięcie Awarii (w przypadku Awarii od 5 minut do 24 godzin) z okresem, w którym Zamawiający może dokonać powtórnego Zgłoszenia Serwisowego prowadzi do wniosku, że przyznanie Zamawiającemu tego uprawnienia jest nieuzasadnione i narusza zasady współżycia społecznego. W okresie, w którym Zamawiający może dokonać powtórnego Zgłoszenia Serwisowego nie ulega zawieszeniu termin przewidziany dla wykonawcy na usuniecie Awarii lub Wady. W przypadku powtórnego dokonania przez Zamawiającego zgłoszenia serwisowego czas usunięcia tej Awarii lub Wady liczy się od chwili pierwszego Zgłoszenia Serwisowego danej Awarii lub Wady, a zatem już w momencie dokonania przez Zamawiającego powtórnego zgłoszenia wykonawca będzie opóźniał się z usunięciem Awarii lub Wady o 1 Dzień Roboczy, a zatem co najmniej o 8 godzin (jeśli liczyć że dzień roboczy trwa 8 godzin) lub 24 godziny (jeśli liczyć dzień roboczy jako 24 godziny) za które mogą mu zostać naliczone bardzo wysokie kary umowne. Zgodnie z rozdziałem 9 pkt 9.1.1.7 kara umowna za opóźnienie w naprawie Awarii Poziom Krytyczny wynosi 5.000 zł za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia.

W treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu. Brak jest w ocenie Zamawiającego uzasadnienia dla żądania Wykonawcy, aby czas usunięcia awarii lub Wady liczyć do chwili powtórnego Zgłoszenia serwisowego w sytuacji, gdy Awaria lub Wada nie została skutecznie usunięta w ramach pierwotnego Zgłoszenia Serwisowego. Przyjęcie żądania Odwołującego w tym zakresie, oznaczałoby wyrażenie zgody na usuwanie Awarii i Wady w bliżej nieokreślonym czasie.

W zakresie zarzutu opisanego pod literą i) (Zapewnienie stabilnego zasięgu) Odwołujący wskazał, że w pkt 9 OPZ określającym szczegółowe wymagania dotyczące zapewnienia stabilnego zasięgu oferowanych Usług w pkt 9.3 i 9.4:

„9.3. W wypadku braku możliwości zapewnienia stabilnego zasięgu oferowanych Usług na terenie Węzłów Ekspedycyjno-Rozdzielczych Zamawiającego - Poczty Polskiej S.A. - wyszczególnionych w Załączniku nr 4 do OPZ, Wykonawca za zgodą Zamawiającego - Poczta Polska S.A. - dostarczy i zainstaluje Repeater (min. 4-zakresowy wzmacniacz GSM) w terminie do 20 Dni Roboczych od momentu zgłoszenia przez Zamawiającego - Poczta Polska S.A. - problemów z zasięgiem w tych Lokalizacjach. W przypadku braku możliwości instalacji lub braku zgody Zamawiającego- Poczta Polska S.A. - na powyższe rozwiązanie, Wykonawca przedstawi inne rozwiązanie mające na celu poprawę jakości sygnału GSM.

9.4. W przypadku Lokalizacji Głównej Zamawiającego - Poczty Polskiej S.A. - Office Hub, Wykonawca będzie zobowiązany w ramach realizacji Zamówienia zapewnić sygnał telefonii komórkowej Standard *GSM,* UTMS, LTE z dedykowanej stacji bazowej (BTS). Dedykowany BTS ma zagwarantować emisję sygnału w standardach *GSM,* UMTS, LTE na całej powierzchni budynku Lokalizacji Głównej Zamawiającego, a w szczególności pomieszczeniach biurowych, socjalnych, salach konferencyjnych, korytarzach, windach i parkingach podziemnym, przy czym siła sygnału wewnątrz budynku ma być wyższa o 6 dB od siły sygnału osiąganego na zewnątrz budynku. Dedykowany BTS musi zostać zaprojektowany w sposób zapewniający Zamawiającemu bezproblemowe korzystanie w Lokalizacji Głównej Zamawiającego z Usług telefonii komórkowej Standard *GSM,* UTMS, LTE dla minimum 1200 pracowników Zamawiającego. Zamawiający - Poczta Polska S.A. - wymaga zapewnienia sygnału telefonii komórkowej z dedykowanej stacji bazowej BTS w standardach *GSM,* UTMS, LTE w nieprzekraczalnym terminie do 21 dni od dnia zawarcia Umowy lub zgłoszenia żądania.

Zdaniem Odwołującego, terminy przewidziane w przytoczonych powyżej postaniach są zbyt krótkie na poprawienie stabilności zasięgu zapewnienie sygnału z dedykowanej stacji bazowej BTS. Wykonanie czynności związanych z

doborem i zainstalowaniem urządzeń oraz zapewnieniem dedykowanej stacji BTS wymaga podjęcia szeregu czasochłonnych czynności weryfikacyjnych i inwestycyjnych, które nie są możliwe do zrealizowania w określonych przez Zamawiającego terminach. Dotyczy to w szczególności zapewnienia dedykowanej stacji BTS, której wybudowanie może wymagać uzyskania szeregu pozwoleń i zezwoleń.
W treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że w związku z modyfikacją SIWZ z dnia 6 listopada 2018 r, uwzględnił zarzut częściowo poprzez zmianę postanowień pkt 9.3 i 9.4 OPZ, w których wydłużył terminy na dostawę i zainstalowanie Repeatora oraz dedykowanej stacji bazowej BTS do 35 dni roboczych. Przy określaniu terminów, w ramach dokonanej modyfikacji, Zamawiający wziął pod uwagę rzeczywisty termin zainstalowania Stacji BTS w Głównej Lokalizacji Zamawiającego-Poczta Polska, przez operatora obecnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego. Termin ten wyniósł 48 dni kalendarzowych, gdyż umowa została zawarta przez Strony w dniu 30 lipca 2015 r., a do odbioru przystąpiono w dniu 17.09.2015 r. Ponadto należy nadmienić, ze Odwołujący 2 w żaden sposób nie uzasadnił swoich żądań w tym zakresie. Ponadto warto nadmienić, że Odwołujący 2 w żaden sposób nie uzasadnił swoich żądań w zakresie zaproponowanych terminów.
II. Odnośnie zarzutów dotyczących Projektu Umowy.
W ocenie Odwołującego, Zamawiający w załączniku nr 5 do SIWZ - Projekt Umowy zawarł szereg postanowień, które naruszają przepis art. 353^1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 23 oraz art. 139 ust. 1 Pzp.
W zakresie zarzutu opisanego pod literą a) (Data Uruchomienia Usług) Odwołujący wskazał, że Wykonawca jest zobowiązany rozpocząć świadczenie Usług dla każdego Zamawiającego, od Dnia Uruchomienia Usług, wskazanego dla niego w Harmonogramie, który jest częścią Projektu Technicznego, jednak nie później niż w terminie 20 Dni Roboczych od dnia podpisania Umowy (rozdział 4 pkt 4.2.1 Projektu Umowy), który to termin jest zbyt krótki i w nieuzasadniony sposób preferuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi na rzecz. Zamawiającego, gdyż tylko ten wykonawca nie będzie musiał przeprowadzić procedury przenoszenia numeracji do własnej sieci.
Odwołujący wyjaśnił, że procedura przenoszenia numeracji jest sformalizowana i została uregulowana w ustawie Prawo telekomunikacyjne oraz aktach wykonawczych. Wykonawca może wystąpić do innego operatora o przeniesienie do jego sieci numerów MSiSDN użytkowanych przez Zamawiającego dopiero po podpisaniu Umowy z Zamawiającymi. Dopiero podpisania umowa daje wykonawcy uprawnienie do wystąpienia z takim wnioskiem w imieniu Zamawiającego. Sam moment przeniesienia numerów jest zależny od działania operatora dawcy (operatora który obecnie świadczy usługi na rzecz Zamawiającego). Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć jak długo potrwa procedura przeniesienia numerów po stronie operatora dawcy, a tym samym czy uda mu się uruchomić Usługi we wskazanym przez Zamawiającego terminie 20 Dni Roboczych od dnia podpisania umowy.
Zgodnie z rozdziałem 4, pkt 4.2.9 Projektu Umowy, każdy z Zamawiających, w terminie 5 Dni Roboczych od daty zawarcia Umowy, przekaże Wykonawcy wykaz numerów do przeniesienia wraz zdanymi teleadresowymi użytkowników, przygotowany zgodnie z Załącznikiem nr 10 do Umowy. Powyższe powoduje, że wykonawca z którym zostanie zawarta umowa (inny niż obecny operator) będzie mógł wystąpić o przeniesienie numeracji nie po podsianiu umowy, a dopiero po otrzymaniu od Zamawiających wykazów o których mowa w pkt 4.2.9 Projektu Umowy. Tym samym, czas jaki pozostanie mu na uruchomienie usług będzie wynosił nie 20 Dni Roboczych, a jedynie 15 Dni Roboczych. Realnie będzie on jeszcze krótszy, gdyż zgodnie z rozdziałem 4, pkt 4.2.1 Projektu Umowy wykonawca najpóźniej na 7 Dni Roboczych przed rozpoczęciem świadczenia Usług zakończy Prace Wdrożeniowe i zgłosi każdemu z Zamawiających, na piśmie, gotowość do świadczenia Usług. Tym samym realny czas jako pozostanie wykonawcy na przeniesienie numeracji i przygotowanie do świadczenia usług wyniesie jedynie 8 Dni Roboczych. W takim terminie nie jest możliwym przeniesienie numeracji dla takiego wolumeny numerów jaki jest objęty przedmiotem zamówienia. Z kolei za niedotrzymanie tego terminu na wykonawcę mogą zostać nałożone kary umowne przewidziane w rozdziale 9 Umowy.
Odwołujący argumentował także, że umowa dotyczy nie jednego, a siedmiu Zamawiających i z każdym z nich testy, procedury odbiorów i uruchomienie Usług muszą zostać przeprowadzone oddzielenie co dodatkowo wydłuża cały proces.
Jak podkreślał Odwołujący, do momentu przeniesienia numeracji wykonawca nie ma możliwości wykonywania innych czynności związanych z przygotowaniem do świadczenia usług, np. nie jest w stanie opracować Harmonogramu, który stanowi element Projektu Technicznego, a w którym należy określić harmonogram realizacji Umowy dla każdego z Zamawiających w tym Prac Wdrożeniowych, dostawy Urządzeń, Kart SIM i Akcesoriów oraz Usług. Powyższe powoduje, że oprócz modyfikacji rozdziału 4 pkt 4.1.1. Projektu Umowy konieczne jest również odpowiednie zmodyfikowanie pozostałych terminów przewidzianych w umowie, tak żeby nie były one obliczane od dnia zawarcia Umowy, a od dnia przeniesienia numeracji do sieci wykonawcy.
W treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że nie widzi podstaw dla określenia terminu rozpoczęcia świadczenia Usług od dnia przeniesienia wszystkich obecnie używanych przez Zamawiającego numerów telefonicznych do sieci Wykonawcy, w sytuacji gdy zgodnie z Prawem telekomunikacyjnym numery winny być przeniesione w ciągu jednego dnia. Zamawiający dokonał stosownej modyfikacji SIWZ wydłużając termin rozpoczęcia świadczenia Usług na 35 Dni Roboczych od podpisania Umowy przy jednoczesnej modyfikacji innych postanowień umownych, dotyczących m.in. przekazania Wykonawcy wykazu numerów do przeniesienia w dniu podpisania Umowy, czy też usunięcia wymogu, że podpisany bez uwag i zastrzeżeń Protokół Odbioru Projektu Technicznego stanowi warunek rozpoczęcia świadczenia Usług (obecnie wymogiem tym jest przekazanie uzgodnionego Harmonogramu oraz procedur uruchamiania Kart SIM i Serwisowych Kart SIM).
Po dokonanych modyfikacjach, w opinii Zamawiającego, nie zachodzą, żadne przesłanki, które uniemożliwiałyby wykonawcy wywiązanie się z obowiązku uruchomienia Usług, w terminie określonym w pkt 4.2.1 Projektu Umowy, a zatem zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.
W zakresie zarzutu opisanego pod literą c) (Wymiana Urządzeń z grupy A) Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem 7 pkt 7.5 „Projektu Umowy wykonawca zobowiązany jest do jednorazowej wymiany Urządzeń z Grupy A: tabletów oraz telefonów komórkowych, na których jest świadczony Abonament VIP, w okresie od dnia podpisania Protokołu odbioru danego Urządzenia do końca obowiązywania gwarancji Wykonawcy, zgodnie z pkt 7.3.1 i w przypadkach opisanych w pkt 7.5.2 Projektu Umowy. W pkt 7.5.2 Projektu Umowy wskazano, że Wykonawca jest zobowiązany każdorazowo do dostarczenia lub wymiany Urządzeń, w terminie 3 Dni Roboczych od dnia zgłoszenia żądania, na ten sam model Urządzenia lub na jego technologicznego następcę. Stosownie do pkt 7.5.3 Projektu Umowy, dostarczenie bądź wymiana Urządzenia w ramach usługi VIP nastąpi zgodnie z postanowieniami pkt 7.11 OPZ.
Zgodnie z pkt 7.11 OPZ, zgłoszenia w ramach usługi VIP dla Urządzeń (tabletów z Grupy A oraz telefonów komórkowych z Grupy A, na których jest świadczony Abonament VIP), opisanej w Rozdziale 7 pkt 7.5 Umowy realizowane będą według następujących zasad: Wykonawca będzie zobowiązany, w terminie 3 Dni Roboczych od dnia zgłoszenia żądania, do: jednorazowego nieodpłatnego dostarczenia Urządzenia tego samego modelu lub jego następcy technologicznego - w przypadku kradzieży bądź zagubienia dotychczas użytkowanego Urządzenia, jednorazowej nieodpłatnej wymiany Urządzenia na ten sam model lub jego następcę technologicznego - w przypadku uszkodzenia mechanicznego, nie podlegającego gwarancji, dotychczas użytkowanego Urządzenia,

Obowiązek jednorazowej wymiany Urządzeń z Grupy A, na których świadczony jest Abonament VIP został określony w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, co uniemożliwia wykonawcy oszacowanie kosztów realizacji tego elementu przedmiotu zamówienia i uwzględnienie ich w. cenie oferty. Na podstawie przywołanych postanowień wykonawca nie jest bowiem w stanie ustalić czy przez jednorazową wymianę należy rozumieć jednorazową wymianę z dowolnego powodu oraz jednorazową wymianę w okolicznościach, o których mowa w pkt 7.11.1.1 i jednorazową wymianę w okolicznościach, o których mowa w pkt 7.11.1.2 OPZ, a zatem, ze wykonawca powinien uwzględnić *de facto* uwzględnić 3 krotną możliwość wymiany danego Urządzenia z Grupy A, czy jednorazową wymianę w przypadku wystąpienia okoliczności o których mowa w pkt 7.11.1.1 i jednokrotną wymianę w okolicznościach o których mowa w 7.11.1.2 OPZ (czyli de facto 2 krotną wymianę), czy też jednokrotną wymianę w przypadku wystąpienia okoliczności, o których mowa w o których mowa w pkt 7.11.1.1 lub 7.11.1.2 OPZ (czyli tylko w jednym z tych przypadków).
Termin określony w pkt 7.5.2 Projektu Umowy w ciągu, którego wykonawca zobowiązany jest dostarczyć lub wymienić Urządzenia jest zbyt krótki biorąc pod uwagę skalę i zakres zamówienia oraz zakres czynności jakie wykonawca musi podjąć w tym celu. Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył liczby Urządzeń w stosunku do których jednocześnie może zostać zgłoszone takie żądanie. Ponadto, wykonawca musi mieć zapewniony odpowiedni czas na pozyskanie urządzenia (jeżeli nie ma go na swoich stanach magazynowych) lub ewentualne zweryfikowanie i dostarczenie następcy technologicznego.
W treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający oświadczył, że w jego opinii zarzut krotności wymiany (dostarczenia) Urządzeń z Grupy A jest niezasadny, jednakże w celu rozwiania wątpliwości Wykonawców dokonał stosownej modyfikacji postanowienia pkt 7.11.1 OPZ i dodał w OPZ pkt 7.11.6.
Zamawiający wskazał, że w związku z modyfikacją SIWZ uwzględnił częściowo zarzut i doprecyzował pkt 7.11.1 oraz dopisał w OPZ pkt 7.11.6.
Zamawiający nie wyraził zgody na przedłużenie terminu dostarczenia Urządzeń z Grupy A, na których świadczony jest Abonament VIP, do 20 Dni Roboczych, gdyż Urządzenia te są przypisane do kadry kierowniczej Zamawiającego i trudno sobie wyobrazić, aby członkowie Zarządu, Dyrektorzy Pionów, czy też Dyrektorzy Regionów przez blisko miesiąc pozostawali bez Urządzenia. W opinii Zamawiającego wprowadzenie do OPZ pkt 7.11.6 rozwiązuje ten problem.
W zakresie zarzutu opisanego pod literą d) pkt 3 (Zarzut dotyczący braku procedury reklamacyjnej) Odwołujący zwrócił uwagę na §9 Projektu Umowy, w którym nie przewidziano procedury reklamacyjnej umożliwiającej wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń, co do zasadności nałożenia na niego kary umownej. W opinii Odwołującego, kary umowne powinny przysługiwać Zamawiającemu tylko i wyłącznie w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z winy wykonawcy, co w praktyce oznacza konieczność istnienia procedury, w toku której strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk.
W zakresie tego zarzutu, w treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu, który po wprowadzeniu modyfikacji w sposobie naliczania kar umownych (za zwłokę, nie za opóźnienie) nie ma większego sensu, gdyż Zamawiający mając świadomość, że brak winy zwalnia wykonawcę z odpowiedzialności każdorazowo przed naliczeniem kary umownej musi się zwracać (w dobrze pojętym swoim interesie) do wykonawcy o wyjaśnienia przyczyn niedotrzymania terminów, aby nie naliczać niezasadnie lub w sposób nieprawidłowy kar umownych.
Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie kwestii podnoszonych przez Odwołujących w odwołaniach. Treść modyfikacji Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie.
Odwołujący Orange Polska S.A oświadczył, że cofa zarzuty odwołania opisane w pkt 1, 2, 4, 6, 7 oraz od 10-15.
Odwołujący T-Mobile Polska S.A. oświadczył, że cofa zarzuty odwołania opisane w pkt 1 lit. a, b, c, f, h, j oraz pkt 2 lit. b, d, 1, 2 oraz lit. e.
Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołań.
W związku z oświadczeniem Odwołującego Orange Polska S.A o cofnięciu zarzutów odwołania opisanych w pkt 1, 2, 4, 6, 7 oraz od 10-15 Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie tych zarzutów.
W związku z oświadczeniem Odwołującego T-Mobile Polska S.A. o cofnięciu zarzutów odwołania opisanych w pkt w pkt 1 lit. a, b, c, f, h, j oraz pkt 2 lit. b, d, 1, 2 oraz lit. e Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie tych zarzutów.
Na rozprawie zostały rozpoznane pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu Odwołującego Orange Polska S.A. opisane w punkcie 3,5,8,9 odwołania, a także podniesione w odwołaniu Odwołującego T-Mobile Polska S.A. w punkcie 1 litera: d, e, g, i oraz w punkcie 2 litera a,c,d3) odwołania.
Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stan sprawy na chwilę zamknięcia rozprawy, oświadczenia, stanowiska i dowody Stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.
Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do wniesienia odwołań, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Sygn. akt: KIO 2199/18
Izba uznała za bezzasadny zarzut opisany w punkcie 3 odwołania Wykonawcy Orange Polska S.A.
Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w ten sposób, że dotychczasowy termin dla zobowiązania wynikającego z pkt 4.2.5 projektu umowy, tj. 20 Dni Roboczych od dnia podpisania umowy na wystawienie, wynikający z pkt 4.2.1 projektu umowy, wydłużony został do 35 Dni Roboczych.
Zamawiający zwrócił uwagę, że Wykonawca błędnie utożsamia zobowiązanie do wystawienia interfejsu API z dokonaniem samej integracji systemów Wykonawcy i Zamawiającego. Zgodnie z pkt 4.1 OPZ w brzmieniu po modyfikacji termin na wykonanie integracji systemów wynosi 65 Dni Roboczych od dnia zgłoszenia przez Zamawiającego do przystąpienia do integracji. Do tego twierdzenia Odwołujący nie odniósł się. Nie wykazał także, aby taki termin realizacji był nierealny. Powyższe oznacza, że zarzut Odwołującego jest bezzasadny.
Izba uznała za bezzasadny zarzut opisany w punkcie 5 odwołania Wykonawcy Orange Polska S.A.
Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, w ramach której zmodyfikował zasady odpowiedzialności wykonawców na odpowiedzialność „z tytułu zwłoki" w realizacji poszczególnych zadań przewidzianych w pkt. 9.1, jak również określony został harmonogram planowanych dostaw i Usług.
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podkreślił, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, terminy określone w pkt. 42.4.5 projektu umowy — tj. 10 Dni Roboczych od chwili złożenia zamówienia na dokonanie dostawy Urządzeń oraz 20 Dni Roboczych na dostawę Akcesoriów, nie są terminami uniemożliwiającym realizację wykonawcy poszczególnych Zamówień Cząstkowych.
W ocenie Izby Zamawiający uzasadnił w sposób dostateczny, że określone terminy wynikają z jego obiektywnych potrzeb, codziennego i bieżącego funkcjonowania i realizowania procesów biznesowych, w związku z czym Zamawiający nie może pozwolić sobie na zbyt długie procesy „przestoju" w oczekiwaniu na dostawy, czy też rozpoczęcie świadczenia Usług. Należy zauważyć, że Zamawiający jest uprawniony do dokonania takiego opisu przedmiotu zamówienia, aby odpowiadał on rzeczywistym, uzasadnionym potrzebom. Odwołujący natomiast nie wykazał, że terminy wskazane w treści odwołania są nierealne. W tym zakresie nie przedstawił żadnych dowodów jak chociażby przykładowych

harmonogramów realizacji takiej usługi.
Dodatkowo Zamawiający wskazał, że strony zobowiązane są do opracowania projektu technicznego, Harmonogramu realizacji dostaw oraz uruchamiania Usług, w związku z czym wykonawca prawidłowo nadzorując realizację umowy, będzie w stanie na bieżąco zabezpieczać niezbędne wolumeny Urządzeń i Akcesoriów. Oznacza to także, że Wykonawca będzie miał realny wpływ i wiedzę w zakresie terminów realizacji zamówienia. Wbrew zatem stanowisku Odwołującego, postanowienie dotyczące terminów nie jest wyłącznie jednostronne.
Izba podziela także stanowisko Zamawiającego: że stawianie wykonawcom określonych wymagań na etapie realizacji umowy, które przekładają się jedynie na ich wynagrodzenie i zwiększony nakład sił oraz środków na etapie realizacji zamówienia, nie ogranicza uczestnikom postępowania możliwości samego uczestnictwa w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Każdy wykonawca bowiem mając świadomość obowiązków wynikających z treści umowy może ocenić, czy jest w stanie należycie zrealizować zobowiązanie z niej wynikające oraz ocenić jakie koszty są z tymi wymaganiami związane.
W związku z powyższym Izba za bezzasadny uznała zarzut Odwołującego dotyczący jednostronnego określenia we wzorze umowy zbyt krótkich terminów dostawy urządzeń i akcesoriów.
Izba uznała także za bezzasadne zarzuty opisane w punkcie 8 i 9 odwołania.
Izba podziela stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym kary umowne nie stanowią przeszkody w uzyskaniu zamówienia.
W ocenie Izby, Zamawiający uprawniony był do określenia w treści umowy kar umownych, nawet jeśli są one bardzo wysokie. Wynika to z faktu, że jest to usprawiedliwione uzasadnionymi okolicznościami - Zamawiający ponosi ryzyko i ciężar nieterminowej albo nienależytej realizacji zamówienia, tym samym uzasadnione jest uruchomienie środków dyscyplinujących (jak określili Odwołujący i Przystępujący T-Mobile kary umowne).
Ponadto Zamawiający wyjaśnił, czemu nie zaprzeczył Odwołujący i Przystępujący po stronie Odwołującego, że terminy przewidziane dla realizacji umowy w niniejszym postępowaniu są analogiczne do tych, które wynikają z obecnie obowiązującej umowy i nie stanowiły przeszkody w złożeniu oferty zarówno przez Odwołującego, jak i innych wykonawców. Powyższa okoliczność oznacza, że terminy określone w projekcie umowy są terminami realnymi i możliwymi do realizacji, a co za tym idzie, konieczność naliczenia kar umownych praktycznie nie ma zastosowania. Oznacza to zatem, że wbrew twierdzeniu Odwołującego i Przystępującego T-Mobile, kara umowna nie stanowi podstawy dla Zamawiającego do uzyskania dodatkowego dochodu (na co wskazywał Przystępujący T-Mobile), ale wystąpienie podstawy do jej naliczenia stanowi okoliczność naprawdę wyjątkową, formę mobilizacji wykonawcy do prawidłowej i terminowej realizacji zamówienia. Taka okoliczność oznacza także brak uprzywilejowania jednej ze stron umowy.
Ponadto Zamawiający wskazał na okoliczność, że dokonał modyfikacji SIWZ, w której określił planowany harmonogram dostaw i uruchamiania Usług w okresie obowiązywania umowy, przez co zarzut opisany pod nr 9 stał się bezprzedmiotowy. Określenie harmonogramu oznacza także ograniczenie ryzyka wystąpienia konieczności naliczenia kar umownych, jak również zmniejszenia nierówności stron umowy. Wykonawca bowiem będzie miał realny wpływ na poszczególne terminy, a także pełną wiedzę w zakresie wymaganych terminów, co z kolei wpłynie na zmniejszenie zagrożenia wystąpienie sytuacji, skutkującej naliczeniem kary umownej przez Zamawiającego.
Odwołujący mając świadomość obowiązków wynikających z treści umowy, jej zakresu oraz terminów realizacji, może ocenić, czy jest w stanie należycie zrealizować zobowiązanie z niej wynikające oraz ocenić, jakie koszty są z tymi wymaganiami związane, jak również jest w stanie oszacować ryzyka i odpowiednio skalkulować je w ofercie.
Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, w której została przewidziana, zgodnie z zawartym w odwołaniu wnioskiem Odwołującego i Przystępującego T-Mobile, odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu zwłoki, a nie opóźnienia w realizacji poszczególnych świadczeń. Okoliczność ta oznacza, że wykonawca, przed naliczeniem kary umownej przez Zamawiającego, będzie miał możliwość wykazania ewentualnie okoliczności niezawinionych przez wykonawcę, a wpływających na niedotrzymanie określonych w umowie terminów jej realizacji. Dokonana przez Zamawiającego modyfikacja SIWZ wpływa więc na fakt, że Zamawiający nie będzie mógł naliczyć kar umownych bezpodstawnie. Natomiast okoliczność, że kary umowne zostaną naliczone z tytułu nieterminowej realizacji zamówienia, spowodowanej zawinionym działaniem lub zaniechaniem wykonawcy, w ocenie Izby nie stanowi w żadnym razie naruszenia przepisów prawa. Jak wskazano powyżej, kary umowne mają funkcję motywująca wykonawcę do prawidłowej realizacji zamówienia i nie stanowią przeszkody w uzyskaniu zamówienia.
W konsekwencji Izba uznała, że zarzuty Odwołującego dotyczące zbyt wygórowanych kar umownych określonych przez Zamawiającego w treści umowy, są bezzasadne.
Sygn. akt: KIO 2206/18
W odniesieniu do zarzutu opisanego w punkcie I pod literą d) Izba wskazuje, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że nie jest w stanie dostarczyć egzemplarzy testowych w wymaganym przez Zamawiającego terminie. Nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie swoich twierdzeń, w tym w szczególności nie przedstawił harmonogramu skompletowania urządzenia czy dostawy. Zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśnił, że postanowienie dotyczy urządzeń testowych, których liczba wyniesie kilkanaście sztuk, nie będą to tysiące urządzeń. Tym samym, w ocenie Izby trudno uznać, aby postanowienie przewidziane przez Zamawiającego naruszało jakiekolwiek przepisy prawa. Należy zauważyć, że w trakcie rozprawy Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniu, że w przypadku klientów indywidualnych możliwe jest dostarczenie urządzeń telefonicznych nawet w terminie 24, czy 48 godzin. Zatem skoro możliwe jest dostarczenie dla klienta indywidulanego (w skali krajowej może to być kilkadziesiąt urządzeń jednocześnie) urządzeń w tak krótkim czasie (jedna, dwie doby), to całkowicie niezrozumiałe jest twierdzenie Odwołującego o niemożliwości dostarczenia urządzeń testowych (w ilości kilkunastu czy nawet 30 sztuk) dla Zamawiającego w ciągu jednego tygodnia. Skoro tak, to zarzut postawiony przez Odwołującego jest zupełnie bezpodstawny. Odwołujący nie wykazał, aby termin wyznaczony przez Zamawiającego naruszał jakiekolwiek przepisy prawa, czy zasady wskazane w ustawie.
W ocenie Izby, okoliczność niezawarcia przez Zamawiającego postanowień, zgodnie z którymi Zamawiający miałby zostać obciążony kosztami w przypadku braku zwrotu urządzenia wykonawcy, nie stanowi naruszenia jakiegokolwiek przepisu ustawy. Wykonawca dysponuje środkami prawnymi, które może wykorzystać celem odzyskania urządzenia od Zamawiającego (w szczególności wynikającymi z przepisów Kodeksu cywilnego i Kodeksu postępowania cywilnego).
Ponadto Zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśnił, że wszelkie modele testowe (nawet te, których Zamawiający dokona wyboru), zostaną zwrócone wykonawcy i nie będą zaliczane w poczet dostaw. Oznacza to zminimalizowanie ryzyka braku zwrotu urządzenia. Tym samym, twierdzenie Odwołującego o konieczności dodatkowego obciążania kosztami Zamawiającego jest bezpodstawne.
W odniesieniu do zarzutu opisanego pod literą e) Izba wskazuje, że w trakcie rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że nie jest prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że wykonawca jest zobowiązany zaoferować ceny w oderwaniu od rzeczywiście ponoszonych kosztów, co także uniemożliwić ma oszacowanie kosztów realizacji tego elementu zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty wykonawcy.
Zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśnił (a twierdzeniem tym Odwołujący nie zaprzeczył), że zdecydował, że w ramach

umowy zakupi urządzenia w niższej cenie, zaś koszt tych urządzeń zostanie wliczony do ceny abonamentu. Ilość zamawianych usług odpowiada ilości urządzeń. Powyższe oznacza, że wykonawca nie pozostanie z niespłaconym urządzeniem, bowiem koszt jego zakupu zawarty będzie w cenie abonamentu.
Nie można także uznać za prawidłowe twierdzenie Odwołującego o braku możliwości skalkulowania oferty z uwagi na brak wiedzy co do ilości zamawianych przez Zamawiającego urządzeń. Jak wyjaśnił Zamawiający, wykonawca zgodnie z treścią umowy ma zagwarantowaną realizację 80% dostaw i usług. Zamawiający zastrzegł, że nie zrezygnuje z usług, a jeśli tak się stanie, to analogicznie zrezygnuje z dostaw. Skoro zatem zakup urządzenia jest ściśle związany z zapłatą abonamentu, to nie wystąpi sytuacja, w której Zamawiający nie zakupi od wykonawcy urządzenia za 400 złotych, nie spłacając go w abonamencie. Oznacza to, że argumentacja Odwołującego jest bezpodstawna.
Zamawiający w trakcie rozprawy przedłożył dowód w postaci opisu przedmiotu zamówienia dotychczas realizowanego. Postanowienia w dotychczas realizowanym zamówieniu były analogiczne. Wykonawcy nie zgłaszali zarzutów w zakresie postanowień SIWZ. Złożyli oferty w ramach postępowania. Dotychczasowy wykonawca, będący przystępującym w niniejszym postępowaniu odwoławczym, również nie zgłosił zastrzeżeń co do realizacji dotychczasowej umowy. Oznacza to, że realizacja zamówienia przy tak skonstruowanej umowie jest realna i nie naraża wykonawców na straty.
W konsekwencji należało uznać, że przyjęcie przez Zamawiającego wymagania w pkt. 5.12 OPZ, aby ceny jednostkowe dla poszczególnych Urządzeń i akcesoriów nie przekraczały 400 zł netto i były zgodne z zakresami kosztowymi określonymi przez Zamawiającego w załączniku do OPZ i w treści projektu umowy, nie narusza w żaden sposób art. 29 ust. 1 i 2 ani też art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny lub w sposób, który uniemożliwiłby sporządzenie oferty.
W odniesieniu do zarzutu opisanego pod literą g) Izba w całości popiera stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym brak uzasadnienia dla żądania Wykonawcy, aby czas usunięcia Awarii lub Wady liczyć do chwili powtórnego Zgłoszenia serwisowego w sytuacji, gdy Awaria lub Wada nie została skutecznie usunięta w ramach pierwotnego Zgłoszenia Serwisowego. Przyjęcie żądania Odwołującego oznaczałoby wyrażenie zgody na usuwanie Awarii i Wady w bliżej nieokreślonym czasie.
W ocenie Izby, dopuszczalne jest w ramach zasady swobody umów określenie postanowienia, jakie warunki muszą zostać spełnione, aby awaria została uznana za usuniętą. To treść umowy decyduje o tym, co stanowi awarię, oraz kiedy awaria uznawana jest za usuniętą. Takie stanowisko potwierdził Sąd Apelacyjny w Warszawie w przywołanym przez Zamawiającego w trakcie rozprawy wyroku z 18 maja 2016 (sygn. akt VI ACa 331/15). Przyjęcie zatem przez Zamawiającego postanowienia w punkcie 7.6.6.2 OPZ, zgodnie z którym w przypadku stwierdzenia przez danego Zamawiającego nieskuteczności usunięcia Awarii lub Wady, Zamawiający dokona powtórnego Zgłoszenia Serwisowego z zastrzeżeniem, że czas usunięcia Awarii lub Wady liczy się do chwili pierwotnego Zgłoszenia Serwisowego, nie może zostać uznane za naruszające przepisy prawa, utrudniające sporządzenie oferty czy naruszające uczciwą konkurencję. W ocenie Izby zapis ten stanowi przejaw dbałości Zamawiającego o szybkie i skuteczne usuwanie awarii, a zatem prawidłową realizację umowy.
W odniesieniu do zarzutu opisanego pod literą i) Izba wskazuje, że orzekając miała na uwadze stan sprawy z chwili zamknięcia rozprawy.
Zamawiający wyjaśnił, że dokonał modyfikacji SIWZ, w której zmienił postanowienia pkt. 9.3 i 9.4 OPZ, w których wydłużył terminy na dostawę i zainstalowanie Repeatora oraz dedykowanej stacji bazowej BTS do 35 dni roboczych. Zamawiający wyjaśnił, że dokonując określenia terminów, w ramach dokonanej modyfikacji, wziął pod uwagę rzeczywisty termin zainstalowania Stacji BTS w Głównej Lokalizacji Zamawiającego-Poczta Polska, przez operatora obecnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego. Termin ten wyniósł 48 dni kalendarzowych. Powyższa okoliczność, w ocenie Izby oznacza, że termin ten jest realny, skoro jeden z operatorów dokonał instalacji w takim terminie.
Ponadto, Odwołujący nie uzasadnił żądań w zakresie zaproponowanych terminów – 60 i 100 dni. Nie przedstawił w tym zakresie dowodów np. w postaci harmonogramów, z których wynikałoby, jaki rzeczywiście termin byłby terminem realnym. Odwołujący w trakcie rozprawy wskazywał, że nie jest w stanie przewidzieć wszystkich okoliczności i czasu, jakie musi uwzględnić. Ponadto podniósł, że siedziba Zamawiającego to budynek, którego Zamawiający nie jest właścicielem. Odwołujący nie zaprzeczył jednak, że każdy z wykonawców (będących operatorami telekomunikacyjnymi – Odwołujący i Przystępujący do niniejszego postępowania odwoławczego) posiada światłowody przy ulicy Rodziny Hiszpańskich, przy której obecnie znajduje się siedziba Zamawiającego. Posiada także umowy zawarte z właścicielem budynku. Okoliczność ta zmniejsza prawdopodobieństwo wystąpienia konieczności instalowania dodatkowej infrastruktury przez wykonawcę, a co za tym idzie, zmniejsza także ryzyko wydłużenia czasu instalacji. Powyższe oznacza także, że Wykonawcy znana jest zarówno infrastruktura jak i możliwości, które mogą mieć wpływ na ewentualny czas instalacji.
Sytuacje nadzwyczajne, których nikt nie mógł przewidzieć, mogą wystąpić zawsze. Jest to ryzyko, z którym każdy z wykonawców powinien się liczyć. Izba w tym zakresie miała na uwadze okoliczność, że w ramach dokonanej modyfikacji SIWZ Zamawiający przewidział odpowiedzialność wykonawcy w przypadku wystąpienia zwłoki, co oznacza, że wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności w przypadku wystąpienia okoliczności niezawinionych przez wykonawcę.
Powyższe okoliczności potwierdzają, że postanowienie Zamawiającego w tym zakresie nie narusza art. 29 ust. 1 i 2, ani też art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny lub w sposób, który uniemożliwiłby sporządzenie oferty.
Izba uznała za nieuzasadniony zarzut opisany w punkcie II pod literą a).
Zgodnie z art. 71 b ustawy Prawo telekomunikacyjne, przeniesienie numeru następuje nie później niż w terminie jednego dnia roboczego od dnia wskazanego w umowie o świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych z przeniesieniem przydzielonego numeru jako dnia rozpoczęcia świadczenia usług przez nowego dostawcę usług.
Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ, wydłużając termin rozpoczęcia świadczenia usług do 35 dni roboczych od podpisania umowy, przy jednoczesnej modyfikacji innych postanowień umownych, dotyczących m.in. przekazania wykonawcy wykazu numerów do przeniesienia w dniu podpisania umowy, czy też usuwając wymóg, że podpisany bez uwag i zastrzeżeń Protokół Odbioru Projektu Technicznego stanowi warunek rozpoczęcia świadczenia Usług (obecnie wymogiem tym jest przekazanie uzgodnionego Harmonogramu oraz procedur uruchamiania Kart SIM i Serwisowych Kart SIM).
Powyższe oznacza przyjęcie warunków korzystnych dla wykonawców, gdzie już w chwili podpisania umowy wykonawcy znany będzie wykaz numerów do przeniesienia. Biorąc pod uwagę wskazaną powyżej regulację art. 71 b ustawy Prawo telekomunikacyjne (wskazującą 1 dzień na dokonanie przeniesienia numerów) oraz okoliczność, że zamawiający dodatkowo wydłużył termin rozpoczęcia świadczenia usług do 35 dni roboczych od podpisania umowy, należy stwierdzić, że postanowienie to nie narusza przepisów prawa.
Izba uznała za nieuzasadniony zarzut Odwołującego opisany w punkcie II pod literą c).
Izba miała na uwadze uzasadnione potrzeby Zamawiającego – Zamawiający wyjaśnił, że urządzenia grupy A, na których świadczony jest Abonament VIP, przypisane są do kadry kierowniczej Zamawiającego i trudno sobie wyobrazić, aby

członkowie Zarządu, Dyrektorzy Pionów, czy też Dyrektorzy Regionów, przez blisko miesiąc pozostawali bez Urządzenia.
Ponadto w ocenie Izby, Odwołujący nie dowiódł okoliczności, że termin określony w pkt 7.5.2 Projektu Umowy, w ciągu którego wykonawca zobowiązany jest dostarczyć lub wymienić Urządzenia, jest zbyt krótki. Jak wskazano powyżej, Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniu, że w przypadku klientów indywidualnych, możliwe jest dostarczenie urządzeń telefonicznych nawet w terminie 24, czy 48 godzin. Zatem skoro możliwe jest dostarczenie dla klienta indywidulanego (w skali krajowej może to być kilkadziesiąt rządzeń jednocześnie) urządzeń w tak krótkim czasie (jedna, dwie doby), to całkowicie niezrozumiałe jest twierdzenie niemożliwości dostarczenia urządzeń dla Zamawiającego w ciągu jednego tygodnia.
W ocenie Izby, nie stanowi także naruszenia przepisów ustawy okoliczność, że Wykonawca winien dokonać kalkulacji ryzyka. Pewne okoliczności, zwłaszcza te losowe, o jakich mowa w przypadku tego postanowienia umowy (jak kradzież, zniszczenie) są nieprzewidywalne i w tym zakresie kalkulacja ryzyka jest konieczna. Tym bardziej, że ryzyko jest immanentnie związane z prowadzeniem działalności i powinno być szacowane przez każdego przedsiębiorcę. W tym kontekście należy także oceniać wymaganie zabezpieczenia ewentualnej wymiany określonej ilości urządzeń (maksymalnie 116). W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, aby termin wyznaczony przez Zamawiającego naruszał jakiekolwiek przepisy prawa, czy zasady wskazane w ustawie.
W odniesieniu do zarzutu opisanego w punkcie II pod literą d pkt 3) Izba podziela stanowisko Zamawiającego. W pierwszej kolejności Izba zauważa, że stosownie do art. 191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba rozstrzygając postępowanie bierze pod uwagę stan sprawy ustalony w toku postępowania, a zatem z chwili zamknięcia rozprawy. Izba wzięła zatem pod uwagę, że Zamawiający wprowadził modyfikację w sposobie naliczania kar umownych (za zwłokę, nie za opóźnienie). Powyższa okoliczność oznacza, że brak winy zwalnia wykonawcę z odpowiedzialności za niedotrzymanie określonych w umowie terminów. Zatem każdorazowo przed naliczeniem kary umownej, Zamawiający powinien zwrócić się do wykonawcy z prośbą o wyjaśnienia przyczyn niedotrzymania terminów, aby nie naliczać niezasadnie lub w sposób nieprawidłowy kar umownych. Powyższa okoliczność oznacza, że dodatkowa procedura reklamacyjna, o jaką wnosi Odwołujący, nie jest niezbędna, gdyż sposób naliczania kar umownych przewidziany przez Zamawiającego wymusza przeprowadzenie korespondencji reklamacyjnej przed takim naliczeniem kar.
W świetle powyższego, Izba za bezzasadny uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 353^1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w związku z art. 14 w związku z art. 23 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez brak wprowadzenia procedury reklamacyjnej, która umożliwiałaby wprowadzenie zastrzeżeń co do zasadności nałożenia kary umownej oraz jej usunięcie (a także usunięcie naruszeń przed jej nałożeniem).
Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości
i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:
……

Członkowie:
……
……