

Sygn. akt: KIO 1965/21
KIO 1968/21

WYROK
z dnia 18 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Członkowie: Andrzej Niwicki
 Anna Osiecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A) w dniu 1 lipca 2021 r. przez Odwołującego – **T-Mobile Polska Spółka Akcyjna** ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa (sygn. akt KIO 1965/21);

B) w dniu 1 lipca 2021 r. przez Odwołującego – **Orange Polska Spółka Akcyjna** Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa (sygn. akt KIO 1968/21);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Prokuratura Krajowa**, ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa

przy udziale

Wykonawcy **Orange Polska Spółka Akcyjna** Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1965/21, po stronie Odwołującego

Wykonawcy **T-Mobile Polska Spółka Akcyjna** ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1968/21 po stronie Odwołującego

Wykonawcy **Netia Spółka Akcyjna** ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1965/21 i KIO 1968/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1

A. Oddala odwołanie wniesione przez T-Mobile Polska S.A. (sygn. akt KIO 1965/21).

B. Oddala odwołanie wniesione przez Orange Polska S.A. (sygn. akt KIO 1968/21).

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego T-Mobile Polska S.A. (sygn. akt KIO 1965/21) i Orange Polska S.A. (sygn. akt KIO 1968/21) i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 zł 00 gr. (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez obu Odwołujących tytułem wpisu od odwołań, w tym:
- 2.1.1. kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1965/21);
- 2.1.2. kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1968/21);
- 2.2. Zasądza od Odwołującego T-Mobile S.A. na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w sprawie odwoławczej o sygn. akt KIO 1965/21;
- 2.3. Zasądza od Odwołującego Orange Polska S.A. rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w sprawie odwoławczej o sygn. akt KIO 1968/21.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1965/21
KIO 1968/21

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Prokuraturę Krajową na *zakup usług transmisji danych dla jednostek organizacyjnych prokuratury* (nr postępowania PK XF 261.17.2021) ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 21 czerwca 2021 r., 2021/S 118-310535, wobec czynności sporządzenia wzoru umowy – załącznika nr 2 do swz oraz opisanie przedmiotu zamówienia, zasad określania wynagrodzenia wykonawcy oraz postanowień umownych, wniesione zostały 1 lipca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej odwołania przez wykonawców: T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1965/21) oraz Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1968/21).

Odwołujący w sprawie sygn. akt KIO 1965/21 zarzucił Zamawiającemu:

Sporządzenie w sposób niejednoznaczny, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty oraz naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążające wykonawcę postanowień swz w zakresie, w jakim:

- 1.w § 2 ust. 1 pkt 14 lit. f wzoru umowy – Zamawiający oczekuje zapewnienia zdalnego przeglądania pełnej konfiguracji w trybie „tylko do odczytu” Urządzeń CE zainstalowanych we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego;
- 2.§ 4 ust. 9 pkt 1 wzoru umowy – Zamawiający przewidział nieograniczoną możliwość zmian lokalizacji łącza transmisji danych (przeniesienia łącza do innej lokalizacji);
- 3.§ 4 ust. 9 pkt 2 wzoru umowy – Zamawiający przewidział obowiązek uruchomienia usługi w nowej lokalizacji, bez określenia maksymalnej ilości takich zmian oraz doprecyzowania rodzaju, parametrów i ilości usług przewidzianych do uruchomienia;
- 4.§ 4 ust. 9 pkt 3 wzoru umowy – Zamawiający zastrzegł na swoją rzecz uprawnienie do zaprzestania świadczenia usługi w dowolnej lokalizacji;
- 5.§ 4 ust. 9 pkt 4 wzoru umowy – Zamawiający przewidział możliwość nieograniczonego zwiększenia lub zmniejszenia przepustowości łącza w danej lokalizacji, w związku ze zmianami, o których mowa w § 4 ust. 9 pkt 1 lub 2 wzoru umowy;
- 6.§ 4 ust. 9 pkt 5 wzoru umowy – Zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy polegającej na uruchomieniu dodatkowych usług zwiększających poziom bezpieczeństwa realizowanej usługi, bez doprecyzowania i bez wskazania ograniczeń ilości i zakresu takich zmian;
- 7.§ 4 ust. 9 pkt 6 wzoru umowy – Zamawiający w sposób nieprecyzyjny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich okoliczności istotnych dla przygotowania i wyceny ofert przewidział możliwość jednostronnej zmiany umowy polegającej na zestawieniu dodatkowych kanałów transmisji danych realizowanych w ramach połączeń xWDM opisanych w rozdziale IX OPZ lub likwidacji poszczególnych kanałów transmisji danych;
- 8.§ 4 ust. 9 pkt 7 i 8 wzoru umowy – Zamawiający w sposób nieprecyzyjny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich okoliczności istotnych dla przygotowania i wyceny oferty przewidział możliwość jednostronnej zmiany umowy polegającej na zestawieniu dodatkowych połączeń w relacjach innych niż wskazane w rozdziale IX Załącznika nr 1 do umowy;
- 9.§ 4 ust. 9 pkt 9 i 10 wzoru umowy – Zamawiający w sposób nieprecyzyjny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich okoliczności istotnych dla przygotowania i wyceny oferty przewidział obowiązek zwiększenia na wniosek Zamawiającego ilości analiz złośliwego oprogramowania oraz ilości scenariuszy użycia systemu bezpieczeństwa;
- 10.§ 4 ust. 10 wzoru umowy – Zamawiający w sposób naruszający równowagę stron i uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty przewidział, że:
 - a.Zmiany wynagrodzenia ustalane będą odpowiednio i z uwzględnieniem wynagrodzeń wskazanych w § 8;
 - b.W wypadku zmiany w świadczonych usługach zdeteminowanych zmiana adresu siedziby danej jednostki Prokuratury w okresie do 100 dni od dnia zawarcia umowy, zmiany takie nie będą prowadzić do zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy;
11. Zamawiający w § 4 ust. 12 wzoru umowy zobowiązuje Wykonawcę do wykonania zlecenia zgodnie z rekomendacją eksperta wybranego przez Zamawiającego w zakresie maksymalnej pracochłonności albo wykonalności zlecenia oraz pokrycia kosztów wykonania zleconej przez Zamawiającego ekspertyzy w przypadku, gdy opinia eksperta potwierdzi nieprawidłowość stanowiska Wykonawcy w odniesieniu do wniosku Zamawiającego, o którym mowa w § 4 ust. 9 wzoru umowy;
- 12.Zamawiający przewidział nadmiernie wysokie kary umowne w przypadkach opisanych w § 9 ust. 16, 17 i 18 wzoru umowy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień swz i załączników w sposób uwzględniający argumentację odwołania zawartą w uzasadnieniu.

Postanowienia § 2 ust. 1 pkt 14 lit f oraz § 4 wzoru umowy zostały sformułowane w sposób uniemożliwiający jednoznaczne i dokładne określenie zakresu obowiązków Wykonawców, a zarazem – uniemożliwiający wycenę oferty w sposób zapewniający nie tylko rentowność projektu, ale pokrycie wszystkich kosztów realizacji zamówienia. Zasadne jest doprecyzowanie postanowień wzoru umowy i zakreślenie wyraźnych ram zobowiązań umownych Wykonawcy, jak również ustalenie zasad wynagradzania w przypadku zmiany zakresu zamówienia, które pozwolą na pokrycie kosztów świadczenia, których wartość jest aktualnie niemożliwa do przewidzenia.

Odwołujący w sprawie sygn. akt KIO 1968/21 zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Ustawy, tj. art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2, 3 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na:

- a)brak jednoznacznego określenia, czy Zamawiający dopuszcza zaoferowanie urządzeń używanych, czy też wyklucza zaoferowanie urządzeń używanych, co uniemożliwia skalkulowanie ceny oferty z uwagi na to, że wykonawca nie wie, czy musi uwzględnić urządzenia nowe, czy może wykorzystać urządzenia używane, w konsekwencji może wpływać na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (§ 4 ust. 15 pkt 3 wzoru umowy) oraz narusza zasadę przejrzystości;
- b)brak jednoznacznego określenia, czy wymaganie dotyczące zaoferowania nowych urządzeń i wykluczenie zaoferowania urządzeń używanych dotyczy wszystkich urządzeń telekomunikacyjnych, w tym urządzeń sieci szkieletowej wykonawcy, czy jedynie urządzeń dostarczanych w ramach realizacji zamówienia tak jak zostały zdefiniowane w § 1 pkt 48 wzoru umowy, co uniemożliwia skalkulowanie ceny i ocenę przez wykonawcę, czy w ogóle realizacja zamówienia jest możliwa oraz narusza zasadę przejrzystości.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany dokumentów przez jednoznaczne określenie wymagań co do urządzeń CE, że wymagane jest dostarczenie nowych urządzeń CE do realizacji umowy, ewentualnie, jeżeli

Zamawiający dopuszcza urządzenia używane – wykreślenia zapisów par 4 ust. 15 pkt 3 (niemożliwych do zweryfikowania określił dla urządzeń opisu „nieregenerowane, nienaprawiane i nie refabrykowane”), doprecyzowanie, że wymaganie dotyczące urządzeń określonych w § 4 ust. 15 pkt 3) wzoru umowy odnosi się jedynie do urządzeń dostarczanych w ramach zamówienia, tak jak zostały one określone w definicjach legalnych zawartych w § 1 pkt 48 wzoru umowy z wyłączeniem modemów, mediakonwerterów i innych urządzeń będących zakończeniem infrastruktury kablowej lub radiowej Wykonawcy lub Podwykonawcy instalowanych przed Routerem CE.

Zamawiający złożył na posiedzeniu odpowiedzi wnosząc o oddalenie obu odwołań.

Do postępowań odwoławczych przystąpili wzajemnie Odwołujący oraz wykonawca Netia S.A po stronie Zamawiającego.

Na posiedzeniu Izba oddaliła opozycję Odwołującego Orange Polska S.A. zgłoszoną wobec przystąpienia Netia S.A po stronie Zamawiającego, kwestionując istnienie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Ponieważ żądania odwołania zmierzają wyłącznie do doprecyzowania postanowień SWZ w sposób pozwalający na złożenie ofert porównywalnych (czemu służyć ma jednoznaczne wskazanie, czy obowiązkiem wykonawcy jest zaoferowanie wyłącznie nowych urządzeń, tj. wykluczenie możliwości wykorzystania sprzętu używanego), odwołanie może wpłynąć jedynie korzystnie na sytuację każdego wykonawcy. W interesie wszystkich wykonawców pozostaje bowiem takie ustalenie wymagań SWZ, które pozwoli zapewnić porównywalność ofert. Wykonawca Netia podnosił, iż jego interes w przystąpieniu po stronie Zamawiającego wyraża się w okoliczności, że przygotował ofertę według postanowień w brzmieniu aktualnym, a nakazanie ewentualnej zmiany doprowadzi do konieczności poniesienia dalszych nakładów podyktowanych potrzebą dostosowania do zmienionych warunków zamówienia, co również może przełożyć się na sporządzenie oferty mniej korzystnej i narazić może na dalsze straty wykonawcę. W jego ocenie odwołanie jest bezzasadne przede wszystkim w świetle odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 7 z dnia 21 lipca 2021 r., w której Zamawiający wyjaśnił, że nie stawia wymagania dostarczenia urządzeń nowych. Nie leży w interesie wykonawcy wydłużenie procedury na skutek złożonego odwołania w sytuacji, kiedy sam takich kroków nie podejmował.

Oddalając opozycję Izba uznała, iż oddalenie odwołania może leżeć w interesie wykonawcy, jeżeli można w sposób obiektywny stwierdzić, iż zmiana warunków zamówienia zgodnie z żądaniami odwołania, może prowadzić do konieczności dostosowania oferty, co będzie generowało dalsze nakłady. Ponieważ Odwołujący dąży do wykreślenia opisu dotyczącego oceny urządzeń używanych, zmiana ta będzie faktycznie oznaczała brak jakichkolwiek ograniczeń, co może przełożyć się na nieporównywalność ofert, co może spowodować, iż poniesione nakłady nie będą miały przełożenia na wynik oceny ofert.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanek z art. 528 ust. 1 Pzp do odrzucenia odwołania.

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ odwołania dotyczą czynności polegającej na opisie warunków realizacji świadczenia objętego przedmiotem zamówienia Odwołujący mają interes w tym, aby doprowadzić do zgodnych z ich oczekiwaniami postanowień przyszłej umowy w zakresie pozwalającym na przygotowanie konkurencyjnej oferty, pozwalającej na realizację zamówienia za wskazaną w ofercie cenę. Ponieważ zarzuty obu Odwołujących sprowadzały się do wspólnej tezy, iż obecny kształt postanowień umowy może prowadzić do nieporównywalności ofert, należy przyjąć, że zmiany o jakie wnoszą będą mogły wpłynąć na sposób kalkulacji ceny ofert, jak również samą realizację świadczenia.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania obu odwołań.

Odwołujący T-Mobile Polska S.A. na posiedzeniu przed rozprawą cofnął w części zarzuty odwołania ograniczając je do podstawy wskazanej w punktach 4-8 i 10a. Na rozprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskiem Zamawiającego wycofał również odwołanie w zakresie opisanym w punktach 5 i 7. W świetle tych oświadczeń o wyniku rozstrzygnięcia zdecydowała ocena zarzutów, jakie Odwołujący podtrzymał na rozprawie.

Odwołujący Orange Polska S.A. podtrzymał w całości zarzuty, których zasadność podlegała ocenie z uwzględnieniem odpowiedzi, jakiej udzielił Zamawiający na pytanie nr 7 w piśmie z 21 lipca 2021 r. (po wniesieniu odwołania).

Rozpoznając zarzuty Izba uznała, iż oba odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 1965/21.

Odwołanie T-Mobile Polska S.A. zasadniczo dotyczyło możliwości dokonania zmian, jakie Zamawiający zastrzegł w projektowanej treści umowy w drodze jednostronnej czynności (na wniosek Zamawiającego), które polegać miałyby na: zaprzestaniu świadczenia usługi w dowolnej lokalizacji (§ 4 ust. 9 pkt 3), możliwości uruchomienia dodatkowych usług (§ 4 ust. 9 pkt 5), zestawieniu dodatkowych połączeń w relacjach innych niż wskazane w rozdziale IX Załącznika nr 1 do umowy (§ 4 ust. 9 pkt 7 i 8) oraz zasad zmiany wynagrodzenia wynikającego z modyfikacji zakresu świadczenia (§ 4 ust. 10).

Odwołujący kwestionując niedostateczny sposób opisu zmian wskazywał na konsekwencje, jakie dla wykonawcy miałyby ich pozostawienie bez doprecyzowania, co odnosił do braku możliwości uzyskania zwrotu kosztów, jakie poniesienie w związku z koniecznością zestawienia łączy (koszt budowy łączy w lokalizacjach Zamawiającego). Zamawiający określił w § 4 ust. 9-12 wymagania, które wykonawca uwzględni w kalkulacji kosztów, jakie będzie musiał ponieść w celu przygotowania sieci do świadczenia usługi w kilkudziesięciu lokalizacjach dla określonej przepustowości łączy, a wskazane i podtrzymane w odwołaniu zapisy, zdaniem Odwołującego, pozostawiają zbyt duże ryzyka, jakie wykonawca będzie musiał kalkulować w koszt, co będzie miało wpływ na zachowanie porównywalności ofert. Zamawiający nie określił minimalnego okresu świadczenia usługi w danej lokalizacji, a w odpowiedzi na odwołanie odsyła do zasad zmiany wynagrodzenia ustalonego w par. 8 ust. 1 wzoru umowy wskazując, że zastrzegł, iż zmiany wysokości

wynagrodzenia nie przekroczyć kwoty stanowiącej 60% łącznego wynagrodzenia wykonawcy. Odwołujący wyjaśniał, że wykonawca w kwocie wynagrodzenia dokona jedynie oszacowania średniego kosztu świadczenia usługi, co uwzględni w cenie abonamentowej. W przypadku zmiany lokalizacji koszty doprowadzenia infrastruktury do innej lokalizacji generować będą znaczne nakłady wynikające z potrzeby zestawienia tej infrastruktury, które nie znajdą pokrycia w tak ustalonej kwocie wynagrodzenia.

Izba ustaliła w oparciu o brzmienie załącznika nr 2 do swz – wzoru umowy, iż Zamawiający wskazał, jako odrębny element wynagrodzenia, tj. obok opłaty abonamentowej również wynagrodzenie za zestawienie, uruchomienie i oddanie do eksploatacji zabudowanych urządzeniami aktywnymi łączy (§ 8 ust. 1), które zgodnie z ust. 4 tego paragrafu, nie może przekroczyć 15% wartości umowy określonej w ust. 1 oraz będzie płatne jednorazowo na podstawie Protokołu Odbioru Końcowego Usługi w ciągu 30 dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury VAT wraz z Protokołem Odbioru Końcowego. Zamawiający doprecyzował, że punktem wyjścia dla wyliczenia tej wartości pozostaje cena abonamentowa, co zostało wyrażone wzorem działania, jakie Zamawiający wskazał w odpowiedzi na pytania. W ocenie Odwołującego wynagrodzenie ustalone na podstawie tego działania nie pokryje kosztów świadczenia usługi związanych z zestawieniem łączy i stąd kwestionuje brak ograniczenia możliwości zmian świadczenia usługi, co rozliczane jest w kwocie abonamentowej.

Rozliczenie kosztów związanych ze zmianą zakresu świadczenia (uruchomienia nowych łączy, przeniesienia łączy do innej lokalizacji) nastąpić ma również na podstawie wynagrodzenia za zestawienie, uruchomienie i oddanie do eksploatacji. Zamawiający wprowadził dodatkowy mechanizm weryfikacji kosztów, jakie wykonawca będzie wykazywał dla potrzeb wprowadzenia zmian, wskazując na możliwość poddania ocenie biegłego pracochłonności lub wykonalności zlecenia zgodnie z wnioskiem (§4 ust. 8, 9, 11, 12). Do wzoru umowy Zamawiający sporządził załącznik zawierający zestawienie obejmujące sporządzony opis lokalizacji w tabeli Excel, gdzie uwzględniono również już planowane zmiany, do jakich zapewne dojdzie w trakcie świadczenia umowy. W wyjaśnieniach z dnia 29 lipca w odpowiedzi na pytanie nr 50 Zamawiający wskazał 6 jednostek Prokuratury, co do których już może wskazać, że będą wprowadzane zmiany.

Oddalając odwołanie Izba nie przyjęła argumentów, które Odwołujący podnosił, a które zasadniczo sprowadzić można do tezy, iż wysokość wynagrodzenia ustalonego za zestawienie łączy, nie uwzględni rzeczywistych kosztów, jakie wykonawca z tego tytułu poniesie, co miało wskazywać, że ich rozliczenie będzie możliwe w oparciu o opłatę abonamentową. Sprowadzając zatem zarzuty do tej tezy Izba uznała odwołanie za nieskuteczne, gdyż w odwołaniu nie ma zarzutu wadliwego określenia sposobu ustalenia kwoty wynagrodzenia, jakie wykonawca otrzyma na początku umowy w związku z przygotowaniem łączy do świadczenia usługi transmisji danych. Odwołujący nie kwestionował zarówno ustalonej wartości 15% umowy, która stanowiła wartość graniczną wynagrodzenia za zestawienie łączy, jak również samego działania dla jej wyliczenia, dla którego punktem wyjścia jest opłata abonamentowa. Co ważne Odwołujący nie kwestionował możliwości określenia ceny świadczenia usługi dla opisanych w swz lokalizacji, a zatem należało przyjąć, iż rozliczenie ewentualnych zmian w oparciu o analogiczne zasady, jakie obowiązują przy wycenie oferty, pozwoli na pokrycie kosztów ich wprowadzenia. Wykonawca otrzyma bowiem, w przypadku konieczności zmiany lokalizacji na nową dodatkowe wynagrodzenie za zestawienie łączy, którego podstawą wyliczenia będzie opłata abonamentowa określona dla danego parametru łączy (taka sama w ofercie dla każdej lokalizacji). Zamawiający opisał szczególny tryb ustalania wynagrodzenia, przewidując również możliwość uzyskania opinii biegłego, co czyni ten mechanizm obiektywnie przejrzystym dla każdego wykonawcy.

Izba uznała za gołosłowne zarzuty braku zapewnienia jednoznaczności postanowień umowy, co miało wskazywać na uprzywilejowanie dotychczasowego wykonawcy usług, realizującego obecnie umowę na rzecz Zamawiającego. Warunki dotyczące zakresu obowiązków umownych dotyczą na tych samych zasadach każdego potencjalnego wykonawcy. Nie ma żadnych podstaw do twierdzenia, jakoby obecny usługodawca miał szerszą wiedzę na temat możliwych zmian, jakie mogą wystąpić w trakcie realizacji czteroletniego kontraktu. Zamawiający wprowadził obiektywne mechanizmy rozliczania kosztów zmian lokalizacji łączy i ich parametrów, odnosząc się kwot wskazanym w ofercie, na postawie których wykonawcy dokona wyliczenia kosztów łącznie dla 394 lokalizacji Zamawiającego. Ponownie należy podkreślić, że Odwołujący nie kwestionował poprawności działania opisującego sposób wyliczenia wynagrodzenia za zestawienie łączy, stąd Izba pominęła jako składane wyłącznie na potrzeby odwołania twierdzenie, iż ustalona w ofercie kwota wynagrodzenia za zestawienie łączy nie będzie pokrywała rzeczywistych kosztów przygotowania do świadczenia usługi.

Sygn. akt KIO 1968/21.

Odwołujący Orange Polska S. A. zarzuty odwołania faktycznie sprowadził do kwestii związanej z rzekomym brakiem jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia w zakresie ustalenia możliwości wykorzystania wyłącznie urządzeń nowych i dopuszczalności wykorzystania urządzeń używanych. Odwołujący nie podniósł w odwołaniu zarzutu wadliwości opisu dotyczącego możliwości skorzystania z urządzeń używanych „nieregenerowanych, nienaprawianych i nieprefabrykowanych”, chociaż wnosił o wykreślenie tego opisu z § 4 ust. 15 pkt 3 wzoru umowy. Żądania nie miały jednak przełożenia na określenie zarzutu postawionego w odwołaniu oraz jego uzasadnienia. Odnosząc się do opisu ujętego w § 4 ust. 15 pkt 3 wzoru umowy, wykonawca odnosił się faktycznie do niejednoznaczności w zakresie ustalenia, czy urządzenia użyte do realizacji przedmiotu umowy – routery CE – muszą być nowe.

Zamawiający po złożeniu odwołań udzielał odpowiedzi na pytania do swz i dokonał drobnych zmian w brzmieniu zaskarżonych postanowień wzoru umowy (załącznik nr 2 do swz). W odpowiedzi z dnia 21 lipca 2021 r. na pytanie nr 7 dotyczące § 4 ust. 12, czy *Zamawiający oczekuje aby wszystkie urządzenia użyte do realizacji Umowy były nowe i objęte wsparciem producenta przez cały okres świadczenia usługi?* Zamawiający wskazał, iż nie definiuje takiego wymagania. Zamawiający na rozprawie potwierdził, iż dopuszcza urządzenia używane i wskazał, iż mają być one dopuszczone do obrotu powszechnego i powinny być nieregenerowane, nienaprawiane i nieprefabrykowane. Wyjaśnienia Zamawiającego nie zmieniały w tym zakresie postanowień swz (§ 4 ust. 12). W odpowiedzi na odwołanie Orange Polska S.A. Zamawiający wyjaśnił, iż urządzenia nie muszą być nowe, ale mają być w stanie technicznym, który nie wymagał będzie żadnych czynności koniecznych do przywrócenia ich do stanu pełnej używalności i zapewniającym za ich pośrednictwem możliwości należytego wykonania umowy, tj. niezakłóconej transmisji danych.

Oddalając odwołanie Izba uznała, iż wyjaśnienia jakich udzielił Zamawiający nie pozostawiały wątpliwości co do ustalenia, że wykonawcy mogą zarówno skorzystać z urządzeń nowych, jak i używanych pod warunkiem, że będą one dopuszczone do obrotu powszechnego, będą nieregenerowane, nienaprawiane i nieprefabrykowane. Wskazując w odwołaniu na procedurę weryfikacji urządzeń, która została przeniesienia na etap ich dostarczenia, wykonawca nie kwestionował zapisu § 4 ust. 3 i nie żądał wprowadzenia zmiany postanowień umowy w tym zakresie. Samo żądanie

wykreślenia opisu „nieregenerowane, nienaprawiane i nierefabrykowane”, faktycznie wskazuje na dążenie do pozostawienia poza kontrolą Zamawiającego tego elementu świadczenia, które może obiektywnie wpłynąć na jakość świadczonej usługi. Brzmienie postanowień swz, w ocenie Izby jest jednoznaczne, a Zamawiający pozostawia wykonawcom odpowiedni dobór urządzeń, co może być również przedmiotem wyjaśnień na etapie oceny ofert, w sytuacji gdyby zaistniały uzasadnione wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty. Odwołujący nie dążył do ograniczenia możliwości zaoferowania wyłącznie nowych urządzeń, formułując wyłącznie żądanie wskazania, czy taki wymóg Zamawiający określił w swz. Udzielona w tym zakresie odpowiedź na pytanie nr 7 oznacza, iż dostarczone urządzenia nie muszą być nowymi. Należy zauważyć, iż dostarczane urządzenia zainstalowane zostaną w lokalizacjach i stanowić będą własność wykonawcy w okresie świadczenia usług oraz po ich zakończeniu (§ 2 wzoru umowy). Oznacza to, iż Zamawiający mógł pozostawić wykonawcom dobór właściwych urządzeń, wyznaczając jedynie standard, którego rozumienie nie powinno nastręczać wątpliwości wśród profesjonalistów. Wskazany w umowie sposób weryfikacji tych urządzeń pozwoli ustalić, czy spełnione zostaną oczekiwania względem urządzeń używanych.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 11 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania przez Odwołujących wysokości 30.000,00 zł oraz koszty Zamawiającego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika odrębnie w każdej ze spraw w wysokości wykazanej rachunkami przedłożonym z tytułu reprezentacji w obu sprawach połączonych i obciążyła nimi strony stosownie do wyniku postępowania Odwołujących.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....