

Sygn. akt:KIO 1951/24
KIO 1964/24
KIO 1980/24

WYROK

Warszawa, dnia 01.07.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Agata Mikołajczyk**
Członkowie: **Monika Banaszekwicz**
Marek Bienias

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2024 r. przez wykonawcę:

1)**TMobile Polska S.A z/s w Warszawie** (ul. Marynarska 12, 02674 Warszawa);

2)**NETIA S.A z/s w Warszawie** (ul. Poleczki 13, 02822 Warszawa)

3)**Orange Polska S.A z/s w Warszawie** (Al. Jerozolimskie 160, 02326 Warszawa)

w postępowaniu prowadzonym przez: **Poczta Polska S.A z/s w Warszawie**(ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 00940 Warszawa)

przy udziale Uczestników po stronie Odwołującego:

A.**Orange Polska S.A z/s w Warszawie**(Al. Jerozolimskie 160, 02326 Warszawa) w sprawie o sygn. akt: KIO 1951/24; KIO 1964/24;

B.**TMobile Polska Business Solutions z/s w Warszawie**(ul. Marynarska 12, 02674 Warszawa) w sprawie o sygn. akt: KIO 1951/24; KIO 1964/24;

C.**TMobile Polska S.A z/s w Warszawie**(ul. Marynarska 12, 02674 Warszawa) w sprawie o sygn. akt: KIO 1964/24; KIO 1980/24;

orzeka:

sygn. akt KIO 1951/24

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wskazanych w odwołaniu w punkcie III w podpunktach:

a) ppkt 1a i ppkt 1b oraz ppkt 2c i ppkt 3f oraz ppkt 4; **b)** ppkt 2d w zakresie dotyczącym rozdziału V ust.15 OPZ; ppkt 2e, ppkt 3c, ppkt 3d, ppkt 3e, ppkt 3g, ppkt 3h oraz ppkt 3i; **c)** ppkt 2a, ppkt 2b i ppkt 3b;

2.Oddala odwołanie w zakresie zarzutów wskazanych w punkcie III w ppkt: ppkt 2d w części dotyczącej postanowienia z pkt 13.16 Projektu umowy oraz ppkt 3a;

3.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego -TMobile Polska S.A z/s w Warszawie(ul. Marynarska 12, 02674 Warszawa) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

sygn. akt KIO 1964/24

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wskazanych w odwołaniu w punktach: a) pkt 3b; **b)** pkt 2c, pkt 3d, pkt 3f i pkt 3g oraz pkt 3h; **c)** pkt 1a, pkt 1b, pkt 2a, pkt 2b, pkt 3a, pkt 3c i pkt 3e;

2.Oddala odwołanie w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 3i;

3.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego -NETIA S.A z/s w Warszawie(ul. Poleczki 13, 02822 Warszawa) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

sygn. akt KIO 1980/24

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wskazanych w odwołaniu w punkcie III podpunktach:a) ppkt 1f; **b)** ppkt 1a, ppkt 1b, ppkt 1c, ppkt 1d, ppkt 1e, ppkt 2a, ppkt 4;

2.Oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów wskazanych w pkt III podpunktach:ppkt 1g, ppkt 1h, ppkt 2b i ppkt 3a, ppkt 3b, ppkt 3c, ppkt 3d;

3.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego -Orange Polska S.A z/s w Warszawie(Al. Jerozolimskie 160, 02326 Warszawa) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

.....
.....
.....

Sygn. akt: KIO 1951/24
KIO 1964/24

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2024r. przez wykonawców:

- 1) wykonawcę T-Mobile Polska S.A. z/s w Warszawie (Odwołujący T-Mobile) – sprawa o sygn. akt: KIO 1951/24
- 2) wykonawcę NETIA S.A. z/s w Warszawie (Odwołujący NETIA) - sprawa o sygn. akt: KIO 1964/24
- 3) wykonawcę Orange Polska z/s w Warszawie (Odwołujący Orange) - sprawa o sygn. akt: KIO 1980/24

w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Poczta Polska S.A z/s w Warszawie. Przedmiotem zamówienia publicznego jest: „zapewnienie świadczenia usług transmisji danych na potrzeby sieci WAN dla Poczty Polskiej S.A. Wewnętrzny identyfikator: CZ.26.312.2024.DC” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 24 maja 2024 r. w Dz. Urz. UE numer publikacji ogłoszenia: 308588-2024, numer wydania: Dz.U. S: 100/2024.

Sygn. akt: KIO 1951/24

Wykonawca T-Mobile (Odwołujący T-Mobile) podał:

(...)

III. ZARZUTY

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że w toku przedmiotowego Postępowania naruszono następujące przepisy ustawy:

1. art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 13 Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w części III w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania, jak również w sposób nieproporcjonalny i nadmierny, tj. Zamawiający wymaga, aby:

a. wykonawca wykazał się następującym doświadczeniem: *„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaze, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – należycie wykonał lub wykonuje (dotyczy świadczeń okresowych lub ciągłych) co najmniej 2 (dwie) umowy dla różnych podmiotów, gdzie dla każdej z nich przedmiotem realizacji były lub są usługi dostępu do Internetu, przy czym każda z usług transmisji danych była lub jest wykonywana dla co najmniej 200 lokalizacji (rozumianych jako osobne adresy pocztowe), w tym obejmowała swoim zakresem usługi Anty-DDoS dla co najmniej pięciu lokalizacji, i była świadczona nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy.”* – pkt 5.1.9 lit. a Ogłoszenia o zamówieniu, Rozdział VIII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret i SWZ;

b. wykonawca wykazał się podstawą do dysponowania następującą osobą do realizacji zamówienia: „Kierownik projektu – min. 1 (jedna) osoba, który posiada co najmniej:

- doświadczenie w prowadzeniu co najmniej dwóch złożonych projektów (jako kierownik projektu) infrastruktury sieciowo-serwerowej (wymagane doświadczenie obejmujące minimum dwa projekty z zakresu sieci WAN/LAN). Przez projekty złożone Zamawiający rozumie projekty z zakresu łączności do Internetu dla co najmniej 100 lokalizacji (rozumianych jako osobne adresy pocztowe), w tym obejmowała swoim zakresem usługi Anty-DDoS dla co najmniej pięciu lokalizacji” - pkt 5.1.9 lit. b Ogłoszenia o zamówieniu, Rozdział VIII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret ii SWZ;

2. art. 353 (1) w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, nadmierny, naruszający zasady współzycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń, w zakresie w jakim w:

a. Zamawiający przewidział następujący termin realizacji wdrożenia w Części I-III:

- „Umowa zostaje zawarta na czas oznaczony. Umowa wchodzi w życie z Data Początkowa i obowiązuje do upływu okresu 36 (trzydziestu sześciu) miesięcy od podpisania Całościowego Protokołu Odbioru, o którym mowa w ust. 4.4 Projektu umowy, albo do momentu wyczerpania kwoty określonej w ust. 11.3 projektu umowy, w zależności, które z powyższych dwóch zdarzeń wystąpi wcześniej. Prace Wdrożeniowe będą realizowane przez Wykonawcę od Daty Początkowej przez okres 6 (słownie: sześciu) miesięcy. Po 2 (dwóch) miesiącach od zakończenia Prac Wdrożeniowych, Wykonawca będzie świadczył Usługi we wszystkich Lokalizacjach wskazanych w Załączniku nr 2 – Wykaz Lokalizacji.” – Rozdział VI ust. 1 SWZ;
- „Umowa zostaje zawarta na czas oznaczony. Umowa wchodzi w życie z Data Początkowa i obowiązuje do upływu okresu 38 (trzydziestu ośmiu) miesięcy od podpisania Całościowego Protokołu Odbioru, o którym mowa w ust. 4.4 Umowy, albo do momentu wyczerpania kwoty określonej w ust. 11.3 Umowy, w zależności, które z powyższych dwóch zdarzeń wystąpi wcześniej. Prace Wdrożeniowe będą realizowane przez Wykonawcę od Daty Początkowej przez okres 6 (słownie: sześciu) miesięcy. Po upływie 2 (dwóch) miesięcy od podpisania Całościowego Protokołu Odbioru Wykonawca rozpocznie świadczenie Usług we wszystkich Lokalizacjach wskazanych w Załączniku nr 2 – Wykaz Lokalizacji” – pkt 2.4 Umowy
- „W terminie 5 (pięciu) Dni Roboczych od daty otrzymania Harmonogramu Opiekun Umowy Zamawiającego zatwierdzi Harmonogram albo zgłosi do niego uwagi, w szczególności uwagi związane z harmonogramem realizacji w ramach

odrębnej umowy prac związanych z wdrożeniem Urządzeń SD-WAN. Wykonawca uwzględni uwagi Zamawiającego i przedstawi Harmonogram do ponownej akceptacji na piśmie albo przedstawi przyczyny nieuwzględnienia uwag w Harmonogramie. Ostateczne brzmienie Harmonogramu musi uzyskać Opiekuna Umowy Zamawiającego.
– pkt 3.4 Umowy

- „Wykonawca zobowiązany jest do współdziałania ze wskazanym przez Zamawiającego podmiotem odpowiedzialnym za wdrożenie w ramach odrębnej umowy Urządzeń SD-WAN w zakresie umożliwiającym realizację celu i przedmiotu Umowy, jakim jest zapewnienie ciągłości świadczenia usług WAN PP.” – pkt 3.6 Umowy;
- b. W pkt 14.2.2 umowy wskazano, że Zamawiający ma możliwość odstąpienia od Umowy w przypadku „niepodpisania w terminie 4 (czterech) miesięcy od Daty Początkowej Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 50% (pięćdziesięciu procent) Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”;
- c. w pkt 8.18.1 i 8.18.2 umowy Część I-III oraz Rozdziale IV ust. 14 pkt 1 i 2 SWZ wskazano, że: „Wykonawca w terminie 15 (piętnastu) dni od otrzymania od Zamawiającego oświadczenia o skorzystaniu z Opcji przedstawi Zamawiającemu pisemną kalkulację kosztu przeprowadzenia prac dla tej Opcji. W przypadku braku przekazania przez Wykonawcę kalkulacji w terminie, o którym mowa w poprzednim zdaniu, wykonanie obowiązków wynikających ze skorzystania przez Zamawiającego z Opcji nastąpi na takich samych warunkach jak realizacja części podstawowej przedmiotu Umowy, w tym w zakresie Prac Wdrożeniowych oraz świadczenia Usług”, „na wniosek Opiekuna Technicznego Zamawiającego, w wyznaczonym dodatkowym terminie nie krótszym niż 7 (siedem) dni, Wykonawca przedstawi w niezbędnym zakresie dodatkowe wyjaśnienia oraz stosowne środki dowodowe dotyczące kalkulacji wskazanej w ust. 8.18.1 powyżej, a także adekwatności i zasadności przewidzianych w niej kosztów”;
- d. w pkt 13.16 umowy (część I-III) wskazano, że „Łączna maksymalna wysokość kar umownych naliczonych zgodnie z Umową, nie może przekroczyć kwoty równej 50% (pięćdziesięciu procent) Wartości Umowy brutto określonej w ust. 11.1 Umowy”, a w rozdziale 5 ust. 15 OPZ określono, że „Maksymalna łączna wartość bonifikat przewidzianych niniejszym rozdziałem w tym z tytułu przekroczenia gwarantowanego czasu reakcji i czasu usunięcia Awarii, dostępności miesięcznej, dostępności rocznej, parametrów QoS w danym Okresie Rozliczeniowym, z tytułu braku próbek w danym Okresie Rozliczeniowym oraz SLA na liczbę Awarii w ciągu 3 Okresów Rozliczeniowych nie będzie wyższą niż 100% wartości Wynagrodzenia za Usługi za Okres Rozliczeniowy dla danej Lokalizacji.” (w zw. z art. 436 pkt 3 Pzp);
- e. w pkt 14.9.1 i 14.9.2 umowy Część I-II wskazano, że „Zamawiającemu przysługuje prawo do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym w każdym z następujących przypadków: 14.9.1. liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla: (a) kategorii łączy T0-T4 wyniesie więcej niż 4 Awarie lub (b) kategorii łączy T5 wyniesie więcej niż 15 Awarii, 14.9.2 czas usunięcia Awarii dla którejkolwiek z kategorii łączy lub Systemu Monitorowania zostanie przekroczony o więcej niż 500% (pięćset procent) względem gwarantowanego poziomu SLA określonego w Tabeli nr 6 w OPZ”, a w przypadku Części III umowy: „Zamawiającemu przysługuje prawo do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym w każdym z następujących przypadków: 14.9.1. liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla: (a) kategorii łączy T0 wyniesie więcej niż 6 Awarii lub (b) kategorii łączy T5 i T6 wyniesie więcej niż 30 (trzydzieści) Awarii, 14.9.2 czas usunięcia Awarii dla którejkolwiek z kategorii łączy lub Systemu Monitorowania zostanie przekroczony o więcej niż 500% (pięćset procent) względem gwarantowanego poziomu SLA określonego w Tabeli nr 6 w OPZ”;
- 3. art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, nadmierny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie w jakim Zamawiający:
 - a. w odniesieniu do Definicji wymagań dla łączy Internet w kategoriach w Części III wskazał, że dla Kategorii łączy T5 i T6: „W przypadku łączy xDSL wymagana jest maksymalna możliwa prędkość synchronizacji linii (zależna od fizycznych parametrów linii) dostępnej w Lokalizacji z prędkością łączy co najmniej 40/5 Mb/s”, a dla Kategorii łączy T7: „W przypadku łączy xDSL wymagana jest maksymalna możliwa prędkość synchronizacji linii (zależna od fizycznych parametrów linii) dostępnej w Lokalizacji z prędkością łączy co najmniej 20/2 Mb/s” – Rozdział 1 ust. 1.1 pkt 3 tabela nr 2 lit. a i b OPZ;
 - b. wskazał, że: „Łącza T0-T5 muszą być realizowane na bazie własnej infrastruktury lub łączy na odcinku „ostatniej mili”. Możliwe jest wykorzystanie łączy innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, pod warunkiem że dla Części II w danej lokalizacji nie będzie współbieżnych odcinków dla „ostatniej mili” z Częścią I)” - Rozdział 1 ust. 1.2 pkt 2 OPZ, jak również, że „Łącza T5 muszą być realizowane na bazie własnej infrastruktury i/lub łączy na odcinku „ostatniej mili”. Możliwe jest wykorzystanie łączy innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, pod warunkiem że dla Części III w danej lokalizacji nie będzie współbieżnych odcinków dla „ostatniej mili” z Częścią I)” – Rozdział 1 ust. 1.3 pkt 5 OPZ;
 - c. wskazał, że „Dla łączy kategorii T0–T4 Zamawiający wymaga uruchomienia łączy w terminie maksymalnie do 60 dni od zgłoszenia Opcji” – Rozdział 3 ust. 1.1 pkt 2 OPZ;

d.wskazał, że w Części III „Dla łączy w kategorii od T5–T6 Zamawiający wymaga uruchomienia łącza T7 lub Zestawu Mobilnego w terminie do 1 tygodnia od daty zgłoszenia, a łącza docelowe muszą być uruchomione w terminie do 90 dni od zgłoszenia” - Rozdział 3 ust. 1.1 pkt 4 ppkt 4.1 OPZ

e.wskazał, że w Części III „Dla łączy kategorii T5–T6 Zamawiający dopuszcza uruchomienie łączy tymczasowych, na czas do 3 miesięcy, dla Lokalizacji w których Wykonawca rozpoczął budowę infrastruktury docelowej. W tym czasie dopuszcza się zastosowanie łączy w kategorii niższej, zaakceptowanej przez Zamawiającego lub Zestawów Mobilnych. Zastosowanie Zestawów Mobilnych wymaga uprzedniego uzyskania zgody Zamawiającego, w tym w zakresie wykorzystania w danej Lokalizacji listy dopuszczalnych operatorów infrastrukturalnych sieci ruchomych (4G/5G/LTE).” – Rozdział 3 ust. 1.1 pkt4 ppkt 4.2 OPZ

f.określił, że „Wykonawca zobowiązany jest w terminie 2 tygodni od zgłoszenia Zamawiającego, na przekazanie informacji o warunkach technicznych w danej Lokalizacji na uruchomienie łącza.” – Rozdział 2 ust. 1.1 pkt 7 OPZ;

g.określił w Rozdziale 5 ust. 11 Tabela 3-6 OPZ wygórowane, nieadekwatne, nadmierne oraz zaburzające wzajemność świadczeń bonifikaty;

h.wskazał, że „Bonifikaty udzielane są przez Wykonawcę w przypadku niedotrzymania w danym okresie jakościowych warunków świadczenia usług (SLA i QoS) opisanych poniżej (por. tabele 2–8). Wykonawca prześle niezbędne dane źródłowe do wyliczeń parametrów SLA w ramach raportu miesięcznego. Dane źródłowe będą dostępne także dla Zamawiającego w trybie online za pośrednictwem Systemu Monitorowania w Części I i Części II, a także dla łączy T0 w Części III. W przypadku łączy T5-T7 w Części III dane źródłowe do wyliczeń parametrów SLA w ramach raportu miesięcznego będą pochodziły z Systemu Monitorowania Zamawiającego” – Rozdział 5 ust. 1 OPZ, jak również, że: „Instalator (przedstawiciel Wykonawcy) po uruchomieniu łącza w danej Lokalizacji przeprowadzi testy potwierdzające parametry łącza w oparciu o: 1.1. odpowiedni moduł Systemu Monitorowania Wykonawcy dla łączy w Części I i Części II, 1.2. odpowiedni moduł Systemu Monitorowania Wykonawcy dla łączy w kategorii T0 w Części III, 1.3. odpowiedni moduł Systemu Monitorowania Zamawiającego dla łączy kategorii T5-T7 w Części III.” – rozdział 3 ust. 1.4 pkt 1 OPZ;

i.przewidział, że „Działający System Monitorowania jest wymogiem koniecznym do odbioru uruchomionych łączy, dlatego też jego odbiór musi nastąpić nie później niż 4 miesiące od podpisania Umowy” – Rozdział 1 ust. 1.2 pkt 23, jak również, że „Działający System Monitorowania jest wymogiem koniecznym do odbioru uruchomionych łączy, dlatego też jego odbiór musi nastąpić nie później niż 4 miesiące od podpisania Umowy” – Rozdział 1 ust. 1.3 pkt 14.6 OPZ (w związku z zarzutem dotyczącym terminu realizacji wdrożenia).

4. art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1,3 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty oraz wewnętrznie sprzeczny w zakresie, w jakim Zamawiający wskazał w w Rozdziale XIX ust. 2 SWZ, że „nie dopuszcza możliwości składania ofert częściowych” a jednocześnie w Rozdziale XIX ust. 1 pkt 5 SWZ wskazał „Jeżeli w którejś części wpłynie tylko jedna oferta, Zamawiający wybierze tę ofertę, natomiast w drugiej części wybrana zostanie oferta innego Wykonawcy”.

IV. ŻĄDANIA

Odwolujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień Ogłoszenia o zamówieniu, SWZ i Załączników, w sposób uwzględniający argumentację odwołania zawartą w Uzasadnieniu, tj.:

1. Modyfikacji warunku udziału w postępowaniu określonego dla Części III w pkt 5.1.9 lit. a i b Ogłoszenia o zamówieniu, Rozdziale VIII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret i i ii SWZ w następujący sposób:

„b) Dla Części III:

i.Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaze, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – należycie wykonał lub wykonuje (dotyczy świadczeń okresowych lub ciągłych):

- co najmniej 2 (dwie) umowy dla różnych podmiotów, gdzie dla każdej z nich przedmiotem realizacji były lub są usługi dostępu do Internetu, przy czym każda z usług transmisji danych była lub jest wykonywana dla co najmniej 100 lokalizacji (rozumianych jako osobne adresy pocztowe) i była świadczona nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy, lub alternatywnie: co najmniej 2 (dwie) umowy dla różnych podmiotów, gdzie dla każdej z nich przedmiotem realizacji były lub są usługi transmisji danych świadczone w oparciu o infrastrukturę sieciową IP VPN, przy czym każda z usług transmisji danych była lub jest wykonywana dla co najmniej 100 lokalizacji (rozumianych jako osobne adresy pocztowe) i była świadczona nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy

oraz

- co najmniej 2 (dwie) umowy dla różnych podmiotów, gdzie dla każdej z nich przedmiotem realizacji były usługi antyDDoS.

Zamawiający dopuszcza łączenie umów wskazanych w tiret 1 z tymi wskazanymi w tiret 2 jeżeli przedmiot zamówienia obejmował łącznie usługi dostępu do Internetu/ transmisji danych oraz usługi antyDDoS.

ii.Kierownik projektu – min. 1 (jedna) osoba, który posiada co najmniej:

- doświadczenie w prowadzeniu co najmniej dwóch złożonych projektów (jako kierownik projektu) infrastruktury sieciowo-serwerowej (wymagane doświadczenie obejmujące minimum dwa projekty z zakresu sieci WAN/LAN). Przez projekty złożone Zamawiający rozumie projekty z zakresu łączności do Internetu dla co najmniej 100 lokalizacji (rozumianych jako osobne adresy pocztowe), w tym obejmujące swoim zakresem usługi AntyDDoS dla co najmniej pięciu lokalizacji. Alternatywnie do powyższego:

- doświadczenie w prowadzeniu co najmniej dwóch złożonych projektów (jako kierownik projektu) infrastruktury sieciowo-serwerowej (wymagane doświadczenie obejmujące minimum dwa projekty z zakresu sieci WAN/LAN). Przez projekty złożone Zamawiający rozumie projekty z zakresu usług transmisji danych świadczone w oparciu o infrastrukturę sieciową IP VPN dla co najmniej 100 lokalizacji (rozumianych jako osobne adresy pocztowe)

oraz

- doświadczenie w prowadzeniu dwóch projektów dla różnych podmiotów obejmujących usługi antyDDoS.

Zamawiający dopuszcza łączenie umów wskazanych w tiret 1 z tymi wskazanymi w tiret 2 jeżeli ich przedmiot obejmował łącznie usługi transmisji danych oraz usługi antyDDoS”

- pozostała treść warunku w zakresie niekwestionowanym bez zmian;

2. Modyfikacji terminu realizacji wdrożenia określonego w Częściach I-III w następujący sposób:

a. Część I: „Umowa zostaje zawarta na czas oznaczony. Umowa wchodzi w życie z Datą Początkową i obowiązuje do upływu okresu 38 (trzydziestu ośmiu) miesięcy od podpisania Całościowego Protokołu Odbioru, o którym mowa w ust. 4.4 Umowy, albo do momentu wyczerpania kwoty określonej w ust. 11.3 Umowy, w zależności, które z powyższych dwóch zdarzeń wystąpi wcześniej. Prace Wdrożeniowe będą realizowane przez Wykonawcę od Daty Początkowej przez okres 10 (słownie: dziesięciu) miesięcy. Po upływie 2 (dwóch) miesięcy od podpisania Całościowego Protokołu Odbioru Wykonawca rozpocznie świadczenie Usług we wszystkich Lokalizacjach wskazanych w Załączniku nr 2 – Wykaz Lokalizacji” – pkt 2.4 Umowy;

b. Część II: „Umowa zostaje zawarta na czas oznaczony. Umowa wchodzi w życie z Datą Początkową i obowiązuje do upływu okresu 38 (trzydziestu ośmiu) miesięcy od podpisania Całościowego Protokołu Odbioru, o którym mowa w ust. 4.4 Umowy, albo do momentu wyczerpania kwoty określonej w ust. 11.3 Umowy, w zależności, które z powyższych dwóch zdarzeń wystąpi wcześniej. Prace Wdrożeniowe będą realizowane przez Wykonawcę od Daty Początkowej przez okres 7 (słownie: siedmiu) miesięcy. Po upływie 2 (dwóch) miesięcy od podpisania Całościowego Protokołu Odbioru Wykonawca rozpocznie świadczenie Usług we wszystkich Lokalizacjach wskazanych w Załączniku nr 2 – Wykaz Lokalizacji” – pkt 2.4 Umowy;

c. Część III: „Umowa zostaje zawarta na czas oznaczony. Umowa wchodzi w życie z Datą Początkową i obowiązuje do upływu okresu 38 (trzydziestu ośmiu) miesięcy od podpisania Całościowego Protokołu Odbioru, o którym mowa w ust. 4.4 Umowy, albo do momentu wyczerpania kwoty określonej w ust. 11.3 Umowy, w zależności, które z powyższych dwóch zdarzeń wystąpi wcześniej. Prace Wdrożeniowe będą realizowane przez Wykonawcę od Daty Początkowej przez okres 14 (słownie: czternastu) miesięcy. Po upływie 2 (dwóch) miesięcy od podpisania Całościowego Protokołu Odbioru Wykonawca rozpocznie świadczenie Usług we wszystkich Lokalizacjach wskazanych w Załączniku nr 2 – Wykaz Lokalizacji” – pkt 2.4 Umowy;

d. Dokonanie analogicznej modyfikacji Rozdziału VI ust. 1 SWZ, a dodatkowo ujednoczenie postanowień SWZ z Umową w zakresie terminu świadczenia usług;

Dla Części I-III:

e. Doprecyzowanie pkt 3.4 Umowy w odniesieniu do uzgodnienia harmonogramu realizacji w ramach odrębnej umowy prac związanych z wdrożeniem Urządzeń SD-WAN poprzez wskazanie, że terminy zaproponowane przez wykonawcę w Harmonogramie w ramach niniejszej Umowy, które są zgodne z terminami określonymi w niniejszej Umowie nie będą skracane w związku z harmonogramem wdrożenia Urządzeń SD-WAN,

z uwagi na to, że na treść tego dokumentu wykonawca niniejszego zamówienia nie ma jakiegokolwiek wpływu;

f. Doprecyzowanie w 3.6 umowy na czym konkretnie współdziałanie wykonawcy z wykonawcą odpowiedzialnym za wdrożenie w ramach odrębnej umowy urządzeń SD-WAN ma polegać, jak również wskazanie, że Zamawiający będzie nadzorować i koordynować realizację zamówień bez przerzucania w tym zakresie obowiązków na wykonawcę.

3. wykreślenie pkt 14.2.2 Umowy lub względnie jego zmodyfikowanie w ten sposób, że Zamawiający może skorzystać z prawa do odstąpienia od umowy w przypadku niepodpisania w terminie 9 miesięcy dla Części I, 6 miesięcy dla Części II i 12 miesięcy dla Części III od Daty Początkowej Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 30% Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy;

4. Modyfikacji pkt 8.18.1 i 8.18.2 umowy Część I-III oraz Rozdziału IV ust. 14 pkt 1 i 2 SWZ w ten sposób, że termin na przedstawienie pisemnej kalkulacji kosztu przeprowadzenia prac wyniesie 15 dni roboczych lub 30 dni kalendarzowych, a termin na dodatkowe wyjaśnienia zostanie zmieniony na 7 dni roboczych, względnie 14 dni kalendarzowych;

5. Doprecyzowanie w pkt 13.16 Umowy Część I-III, że ustalony limit dotyczy również bonifikat;

6. Modyfikację Rozdziału 5 ust. 15 OPZ poprzez obniżenie ustalonego w nim limitu do 50%;

7. Wykreślenie pkt 14.9.1 i pkt 14.9.2 umowy dla Części I-III, względnie dokonanie modyfikacji w następujący sposób:

- a. Część I-II „Zamawiającemu przysługuje prawo do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym w każdym z następujących przypadków: 14.9.1. liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla: (a) kategorii łączy T0-T4 wyniesie więcej niż 8 Awarii lub (b) kategorii łączy T5 wyniesie więcej niż 30 Awarii, 14.9.2 czas usunięcia Awarii dla którejkolwiek z kategorii łączy lub Systemu Monitorowania zostanie przekroczony o więcej niż 500% (pięćset procent) względem gwarantowanego poziomu SLA określonego w Tabeli nr 6 w OPZ – przy czym przed skorzystaniem ze swojego uprawnienia w takim przypadku Zamawiający zweryfikuje przyczyny braku usunięcia Awarii oraz wyznaczy Wykonawcy dodatkowy, odpowiedni termin na usunięcie naruszeń. W przypadku, gdy przyczyny braku usunięcia Awarii są niezawinione przez Wykonawcę Zamawiającemu nie przysługuje prawo do odstąpienia od umowy”,
- b. Część III: „Zamawiającemu przysługuje prawo do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym w każdym z następujących przypadków: 14.9.1. liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla: (a) kategorii łączy T0 wyniesie więcej niż 12 Awarii lub (b) kategorii łączy T5 i T6 wyniesie więcej niż 60 (sześćdziesiąt) Awarii, 14.9.2 czas usunięcia Awarii dla którejkolwiek z kategorii łączy lub Systemu Monitorowania zostanie przekroczony o więcej niż 500% (pięćset procent) względem gwarantowanego poziomu SLA określonego w Tabeli nr 6 w OPZ” - przy czym przed skorzystaniem ze swojego uprawnienia w takim przypadku Zamawiający zweryfikuje przyczyny braku usunięcia Awarii oraz wyznaczy Wykonawcy dodatkowy, odpowiedni termin na usunięcie naruszeń. W przypadku, gdy przyczyny braku usunięcia Awarii są niezawinione przez Wykonawcę Zamawiającemu nie przysługuje prawo do odstąpienia od umowy”,
8. Modyfikację Rozdziału 1 ust. 1.1 pkt 3 tabela nr 2 lit. a i b OPZ w następujący sposób:
„a) Dotyczy Kategorii T5: W przypadku łączy xDSL wymagana jest maksymalna możliwa prędkość synchronizacji linii (zależna od fizycznych parametrów linii) dostępnej w Lokalizacji z prędkością łącza co najmniej 8/1Mb/s.
b) Dotyczy Kategorii T6: W przypadku łączy xDSL wymagana jest maksymalna możliwa prędkość synchronizacji linii (zależna od fizycznych parametrów linii) dostępnej w Lokalizacji z prędkością łącza co najmniej 6/1 Mb/s.
c) dotyczy Kategorii T7: W przypadku łączy xDSL wymagana jest maksymalna możliwa prędkość synchronizacji linii (zależna od fizycznych parametrów linii) dostępnej w Lokalizacji z prędkością łącza co najmniej 4/1Mb/s.”
9. Wykreślenie z Rozdziału 1 ust. 1.2 pkt 2 OPZ oraz z Rozdziału 1 ust.1.3 pkt 5 OPZ;
10. Modyfikację Rozdziału 3 ust. 1.1 pkt 2 OPZ poprzez jego ujednoczenie z pkt 8.11 Umowy, który przewiduje dwa terminy wykonania prawa Opcji – 60 i 90 dni;
11. Modyfikację Rozdziału 3 ust. 1.1 pkt 4 ppkt 4.1 OPZ w ten sposób, że „Dla łączy w kategorii od T5–T6 Zamawiający wymaga uruchomienia łącza T7 lub Zestawu Mobilnego w terminie do 3 tygodni od daty zgłoszenia, a łącza docelowe muszą być uruchomione w terminie do 90 dni od zgłoszenia”;
12. Modyfikację Rozdziału 3 ust. 1.1 pkt 4 ppkt 4.2 OPZ w ten sposób, że: „Dla łączy kategorii T5–T6 Zamawiający dopuszcza uruchomienie łączy tymczasowych, na czas do 6 miesięcy, dla Lokalizacji w których Wykonawca rozpoczął budowę infrastruktury docelowej. W tym czasie dopuszcza się zastosowanie łączy w kategorii niższej, zaakceptowanej przez Zamawiającego lub Zestawów Mobilnych. Zastosowanie Zestawów Mobilnych wymaga uprzedniego uzyskania zgody Zamawiającego, w tym w zakresie wykorzystania w danej Lokalizacji listy dopuszczalnych operatorów infrastrukturalnych sieci ruchomych (4G/5G/LTE).”;
13. Modyfikację Rozdziału 3 ust. 1.1 pkt 7 OPZ poprzez wydłużenie określonego w nim terminu do 3 tygodni;
14. Zmodyfikowanie Rozdziału 5 ust. 11 OPZ w zakresie wysokości bonifikat w następujący sposób:
a. Tabela 3 i 4 – zmniejszenie bonifikat wskazanych w kolumnie 6 do 0,1% (dla wszystkich kategorii łączy);
b. Tabela 5 – zmniejszenie bonifikaty z kolumny 5 tabeli dla kategorii łączy T0-T4 do 15%;
c. Tabela 6 – zmniejszenie bonifikat z kolumny 6 tabeli dla kategorii T0-T4 do 3% oraz dla kategorii T5 w Części I do 1%.
15. Modyfikację Rozdziału 5 ust. 1 OPZ w następujący sposób: „Bonifikaty udzielane są przez Wykonawcę w przypadku niedotrzymania w danym okresie jakościowych warunków świadczenia usług (SLA i QoS) opisanych poniżej (por. tabele 2–8). Wykonawca prześle niezbędne dane źródłowe do wyliczeń parametrów SLA w ramach raportu miesięcznego. Dane źródłowe będą dostępne także dla Zamawiającego w trybie online za pośrednictwem Systemu Monitorowania w Części I-III.”
16. Modyfikację Rozdziału 3 ust. 1.4 pkt 1 OPZ i nadanie mu brzmienia: „Instalator (przedstawiciel Wykonawcy) po uruchomieniu łącza w danej Lokalizacji przeprowadzi testy potwierdzające parametry łącza w oparciu o: odpowiedni moduł Systemu Monitorowania Wykonawcy dla łączy w Części I, Części II i Części III”;
17. Modyfikację Rozdziału 1 ust. 1.2 pkt 23 OPZ oraz ust. 1.3 pkt 14.6 OPZ w następujący sposób: „Działający System Monitorowania jest wymogiem koniecznym do odbioru uruchomionych łączy, dlatego też jego odbiór musi nastąpić nie później niż 30 dni przed odbiorem łączy”.
18. Jednoznaczne doprecyzowanie w Rozdziale XIX ust. 2 oraz ust. 1 pkt 5 SWZ czy Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych.

V. ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH

1. Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 24 maja 2024 r. W tym dniu zostało opublikowane Ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty postępowania na Platformie. Odwołanie wniesione w dniu 3 czerwca 2024 r., jest zatem odwołaniem wniesionym z zachowaniem ustawowego terminu.

2. Odwołujący uścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

VI. INTERES I SZKODA

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego (ukształtowane w Postępowaniu warunki zamówienia i warunki realizacji usługi) uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia i przygotowanie oraz rzetelną wycenę prawidłowej oferty, a tym samym, wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia mogą okazać się niemożliwe. Wskazujemy ponadto, iż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu przystąpienia do postępowania, złożenia oferty i ubiegania się o udzielenie zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z ustawą ww. :czynność Zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwość uzyskania przed Odwołującego przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu stanowiska podał:

(...)

VII. Warunek udziału w postępowaniu – zdolność techniczna i zawodowa.

1.Stosownie do treści art. 112 ust. 1 Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Zgodnie z art. 16 pkt 1-3 Pzp zamawiający jest zobowiązany do poszanowania zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności oraz zasady przejrzystości.

2.Zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2018r. KIO/KU 27/18, której wnioski zachowują aktualność na gruncie obowiązującej obecnie ustawy Pzp: "kwestia proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doczekała się kompleksowej analizy w doktrynie i judykaturze KIO i ETS (obecnie - TSUE), Izba ogólnie wskazuje, że określenie „proporcjonalny” oznacza tyle co „zachowujący właściwą proporcję”. Miarą owej właściwej proporcji jest zachowanie niezbędnej równowagi między interesem polegającym na uzyskaniu rękami należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, którzy nie mogą być z góry eliminowani przez wprowadzanie nadmiernych wymagań podmiotowych. Innymi słowy - warunek proporcjonalny to warunek, który nie jest nadmierny, czego stwierdzenie wymaga przeprowadzenia tzw. testu proporcjonalności, polegającego na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu (zob. przykładowo wyrok z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, czy z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C- 376/08 Serrantoni Srl i Consortio stabile edili Scrl v. Comune di Milano)."

3.Sformułowany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określony w pkt 5.1.9 lit. a Ogłoszenia o zamówieniu, Rozdziale VIII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret i SWZ dotyczący Części III zamówienia jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim ograniczający uczciwą konkurencję. Zgodnie z ww. warunkiem Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał się następującym doświadczeniem:

„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – należycie wykonał lub wykonuje (dotyczy świadczeń okresowych lub ciągłych) co najmniej 2 (dwie) umowy dla różnych podmiotów, gdzie dla każdej z nich przedmiotem realizacji były lub są usługi dostępu do Internetu, przy czym każda z usług transmisji danych była lub jest wykonywana dla co najmniej 200 lokalizacji (rozumianych jako osobne adresy pocztowe), w tym obejmowała swoim zakresem usługi Anty-DDoS dla co najmniej pięciu lokalizacji, i była świadczona nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy.”

4. Zamawiający sformułował warunek w sposób bardzo szczegółowy oraz ograniczający konkurencję, a wybór wykonawcy w ramach niniejszego postępowania zdolnego wykonać zamówienie nie uzasadnia formułowania tego typu wymagań. W interesie Zamawiającego jest, aby konkurencja była jak najszersza przy zachowaniu proporcjonalnego poziomu warunku. Przedmiotem niniejszego zamówienia są usługi, które może wykonać wyłącznie kilku największych operatorów telekomunikacyjnych działających na rynku, w związku z czym zasadne i konieczne jest takie ukształtowanie wymagań, które nie ograniczy jeszcze dodatkowo udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy z powodzeniem będą w stanie wykonać zamówienie.

5.Odnosząc się do poszczególnych elementów warunku należy wskazać, że Zamawiający bezzasadnie:

a.Ogranicza możliwość wskazywania usług dostępu do Internetu,

b.Każda z usług powinna być wykonywana dla co najmniej 200 lokalizacji,

c.Wskazuje, że każda z usług powinna obejmować swoim zakresem usługi Anty-DDoS dla co najmniej pięciu lokalizacji.

6. Odnosząc się do pierwszego z ww. ograniczeń należy wskazać, iż przedmiotem zamówienia są usługi transmisji danych. W Części III Zamawiający wskazał, że wykonawca będzie świadczyć usługi transmisji danych polegające na dostawie Internetu. Usługi dostępu do Internetu są usługami polegającymi na transmisji danych. Aby zapewnić ww. usługi wykonawca powinien zestawić łącza telekomunikacyjne – Zamawiający w dalszej części omawianego warunku wskazał, że „każda z usług transmisji danych była lub jest wykonywana dla co najmniej 200 lokalizacji”. W Części I i II Zamawiający wskazał, że doświadczenie obejmuje usługi transmisji danych świadczony w oparciu o infrastrukturę sieciową IP VPN.

Aby świadczyć usługi w Części III wykonawca będzie zobowiązany zestawić analogiczne łącza jak w przypadku Części I i II. W celu realizacji usług operator zestawi łącza do transmisji danych. Z uwagi na specyfikę dosyć rzadką praktyką rynkową jest zamawianie kilkuset łączy do internetu, o wiele częstsze jest zamawianie łączy VPN. Wykonawca który potrafi wykonać łącza do sieci VPN będzie zdolny do tego, żeby wykonać łącza do Internetu. Zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp warunek udziału w postępowaniu powinien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a nie z nim identyczny. Tym samym, zasadne i konieczne jest zmodyfikowanie ww. warunku i dopuszczenie doświadczenia analogicznego jak w przypadku Części I i II, tj. usług transmisji danych świadczonych w oparciu o infrastrukturę sieciową IP VPN.

7. Zasadne również jest zmodyfikowanie ilości lokalizacji, w których usługi transmisji miały być świadczone. W Rozdziale VIII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret i SWZ Zamawiający wymaga min 200 lokalizacji co jest wymaganiem nadmiernym. Dla porównania, w Rozdziale VIII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret ii SWZ w odniesieniu do doświadczenia Kierownika projektu Zamawiający wskazał, że osoba ta powinna legitymować się doświadczeniem w realizacji co najmniej dwóch złożonych projektów (jako kierownik projektu) infrastruktury sieciowo-serwerowej (wymagane min. Dwa projekty z zakresu sieci WAN/LAN), przy czym przez projekty złożone Zamawiający rozumie projekty z zakresu łączy dostępu do Internetu dla co najmniej 100 lokalizacji rozumianych jako odrębne adresy pocztowe). Skoro Kierownik projektu realizujący usługi w Części III zamówienia może wykazać się doświadczeniem obejmującym projekty dla 100 lokalizacji i Zamawiający klasyfikuje tego typu projekty jako projekty złożone, to bezzasadne jest wymaganie w analogicznym doświadczeniu tyle, że od wykonawcy projektów obejmujących co najmniej 200 lokalizacji.

8. Zamawiający wymaga ponadto w treści warunku, że każda z usług powinna obejmować swoim zakresem usługi Anty-DDoS dla co najmniej pięciu lokalizacji. Sposób sformułowania warunku udziału w postępowaniu w tym obszarze wskazuje, że wykonawca powinien wykazać się doświadczeniem w realizacji bardzo złożonych wielolokalizacyjnych usług, z których każda miała dodatkowo zawierać usługi AntyDDoS. Jeżeli chodzi o usługę antyDDoS to powszechną praktyką jest centralizacja usług zwłaszcza w zakresie cyberbezpieczeństwa. Usługa AntyDDoS chroni adresację, a nie łącze fizyczne. W związku z tym, jedna usługa AntyDDoS może chronić jednocześnie wiele adresacji IP udostępnionych w wielu lokalizacjach. Nie jest też spotykane, aby w ramach jednego kontraktu/umowy klient zamawiał 5 niezależnych usług AntyDDoS. Należy również stwierdzić, że usługa Anty-DDoS ma być zgodnie z Rozdziałem I ust. 1.3 pkt 13 OPZ świadczona wyłącznie dla kategorii T0. Cały przedmiot zamówienia w Części III obejmuje kategorie T0, T5, T6 i T7. Lokalizacje w ramach kategorii T5-T7 stanowią przeważającą część przedmiotu zamówienia. Zgodnie z OPZ usługa Anty-DDoS obejmuje mniejszą ilość lokalizacji niż ta wskazana w warunku. Sformułowany warunek w zakresie, usługa powinna obejmować swoim zakresem usługi Anty-DDoS dla co najmniej pięciu lokalizacji jest zatem również warunkiem ograniczającym konkurencję. Rozdzielenie warunku w ten sposób, że wykonawca wylegitymuje się doświadczeniem dotyczącym usług dostępu do Internetu/ transmisji danych oraz dwoma usługami AntyDDoS będzie wystarczające (proporcjonalne) dla zweryfikowania czy wykonawca daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Fakt, że przedmiot niniejszego zamówienia obejmuje zestawienie łączy wraz z usługą AntyDDoS (tylko w zakresie lokalizacji o kategorii T0) nie oznacza, że tożsame doświadczenie powinno być wymagane w ramach warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca, który zrealizował te usługi tyle, że w ramach odrębnych umów ma analogiczne doświadczenie dające rękojmię należytego wykonania niniejszego zamówienia publicznego.

9. W konsekwencji, konieczne staje się również zmodyfikowanie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.9 lit. b Ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziale VIII ust. 1 pkt 4 lit. b tiret ii SWZ – zarzut dotyczący doświadczenia Kierownika Projektu. Warunek udziału w postępowaniu w ww. zakresie został sformułowany w sposób analogiczny jak warunek dotyczący doświadczenia wykonawcy i dla uzasadnienia jego zmiany aktualna pozostaje argumentacja powołana powyżej.

10. Należy wskazać, że zaproponowane przez Odwołującego zmiany warunku poszerzą krąg wykonawców zdolnych wykonać zamówienie, ale jednocześnie nie prowadzą do obniżenia wymagań w zakresie doświadczenia. Propozycja zmiany warunku nie wyklucza wykonawców, którzy już teraz go spełniają, a dąży wyłącznie do dopuszczenia do postępowania podmiotów – operatorów telekomunikacyjnych, którzy posiadają analogiczne doświadczenie w realizacji zamówień podobnych do tego objętego postępowaniem. VIII. Opis przedmiotu zamówienia oraz umowy – aspekty ogólne.

1. W związku z brzmieniem art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, aktualny pozostaje dorobek orzecznictwa i doktryny dotyczący art. 29 ust. 1 poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. W powyższym zakresie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się:

a. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2014-09-11, KIO 1786/14 „Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 29-31 ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia odzwierciedla rzeczywiste potrzeby zamawiającego, umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo. Zgodnie z 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Tak wysokie wymagania w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia mają na celu zarówno wskazanie wykonawcom, czego dokładnie oczekuje zamawiający, jak i umożliwienie zamawiającemu na etapie oceny ofert weryfikację, czy złożone oferty są zgodne z przygotowanym opisem.” b. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2015-05-18, KIO 897/15

„Art. 29 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ.”

3. Ponadto, również w myśl art. 16 ustawy Pzp, czynności Zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców oraz zachowywać zasadę proporcjonalności.

IX. Zarzut dotyczący terminu realizacji wdrożenia, związanej z tym możliwości odstąpienia od umowy, jak również terminu opracowania harmonogramu.

1. Zamawiający wskazał dla Części I-II następujące terminy wdrożenia usług:

a. „Umowa zostaje zawarta na czas oznaczony. Umowa wchodzi w życie z datą Początkową, i obowiązuje do upływu okresu 36 (trzydziestu sześciu) miesięcy od podpisania Całościowego Protokołu Odbioru, o którym mowa w ust. 4.4 Projektu umowy, albo do momentu wyczerpania kwoty określonej w ust. 11.3 projektu umowy, w zależności, które z powyższych dwóch zdarzeń wystąpi wcześniej. Prace Wdrożeniowe będą realizowane przez Wykonawcę, od daty Początkowej przez okres 6 (słownie: sześciu) miesięcy. Po 2 (dwóch) miesiącach od zakończenia Prac Wdrożeniowych, Wykonawca będzie świadczył Usługi we wszystkich Lokalizacjach wskazanych w Załączniku nr 2 – Wykaz Lokalizacji” – Rozdział VI ust. 1 SWZ b. „Umowa zostaje zawarta na czas oznaczony. Umowa wchodzi w życie z datą Początkową, i obowiązuje do upływu okresu 38 (trzydziestu ośmiu) miesięcy od podpisania Całościowego Protokołu Odbioru, o którym mowa w ust. 4.4 Umowy, albo do momentu wyczerpania kwoty określonej w ust. 11.3 Umowy, w zależności, które z powyższych dwóch zdarzeń wystąpi wcześniej. Prace Wdrożeniowe będą realizowane przez Wykonawcę, od daty Początkowej przez okres 6 (słownie: sześciu) miesięcy. Po upływie 2 (dwóch) miesięcy od podpisania Całościowego Protokołu Odbioru Wykonawca rozpocznie świadczenie Usług we wszystkich Lokalizacjach wskazanych w Załączniku nr 2 – Wykaz Lokalizacji” – pkt 2.4 Umowy

c. „W terminie 5 (pięciu) Dni Roboczych od daty otrzymania Harmonogramu Opiekun Umowy Zamawiającego zatwierdzi Harmonogram albo zgłosi do niego uwagi, w szczególności uwagi związane z harmonogramem realizacji w ramach odrębnej umowy prac związanych z wdrożeniem Urządzeń SD-WAN. Wykonawca uwzględni uwagi Zamawiającego i przedstawi Harmonogram do ponownej akceptacji na piśmie albo przedstawi przyczyny nieuwzględnienia uwag w Harmonogramie. Ostateczne brzmienie Harmonogramu musi uzyskać akceptację Opiekuna Umowy Zamawiającego.” – pkt 3.4 Umowy

d. „Wykonawca zobowiązany jest do współdziałania ze wskazanym przez Zamawiającego podmiotem odpowiedzialnym za wdrożenie w ramach odrębnej umowy Urządzeń SD-WAN w zakresie umożliwiającym realizację celu i przedmiotu Umowy, jakim jest zapewnienie ciągłości świadczenia usług WAN PP.” – pkt 3.6 Umowy.

2. Zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Termin rozpoczęcia świadczenia usług jest jednym z elementów opisu przedmiotu zamówienia, dlatego Zamawiający musi ten termin ustalić z uwzględnieniem wskazanych w art. 99 ust. 1 Pzp wymagań i okoliczności mających wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejsze zobowiązania wynikające z zawartej umowy (tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2017, sygn. akt: KIO 1488/17).

3. Wskazany termin na wykonanie Prac Wdrożeniowych jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Przewidziany przez Zamawiającego okres na uruchomienie transmisji danych oraz na wykazanie gotowości świadczenia usług transmisji danych jest okresem zbyt krótkim, zważywszy na zakres prac jakie należy wykonać przed rozpoczęciem świadczenia usług.

4. Zamawiający wymaga w Części I i II świadczenia usług w technologii kablowej dla lokalizacji w kategorii T0 i T1 oraz w technologii radiowej lub radiowej w kategoriach T2-T5. W przypadku Części III usługi mają być świadczone z wykorzystaniem łącz kablowych dla lokalizacji kategorii T0 a dla pozostałych T5-T7 wykonawca może wykorzystać łącza kablowe lub radiowe.

5. Niezależnie od tego, w której technologii wykonawca ma świadczyć usługi w celu transmisji danych operator

telekomunikacyjny potrzebuje okresu przygotowawczego w celu realizacji prac niezbędnych do świadczenia wymienionych usług.

6. Przede wszystkim budowa łączy telekomunikacyjnych i uruchomienie usługi jest procesem czasochłonnym i wiąże się z podjęciem przez wyspecjalizowanych pracowników wykonawcy szeregu działań, w tym wydzierżawienia lub zestawienia łączy. Przed rozpoczęciem budowy niezbędnej infrastruktury wykonawca musi wystąpić o stosowne pozwolenia i zezwolenia. Wobec tego czas potrzebny wykonawcy na przygotowanie do świadczenia usług powinien uwzględniać, poza czasem przeprowadzenia prac związanych z pozyskaniem lub wybudowaniem łączy oraz instalacją infrastruktury, również czas niezbędny do uzyskania stosownych pozwoleń i zezwoleń. Budowa łączy światłowodowego jest bardzo czasochłonnym procesem, który wymaga uzyskania szeregu zgód i pozwoleń, co w efekcie powoduje, że może potrwać nawet kilka miesięcy.

7. Bez względu na to, czy wykonawcy zdecydują się na wybudowanie własnej infrastruktury, czy też skorzystają z ofert dzierżawy infrastruktury od innego operatora w każdym z tych przypadków, konieczne jest zapewnienie Wykonawcy wystarczającego czasu na przygotowanie do świadczenia usług i wykonanie wszystkich związanych z tym czynności faktycznych i prawnych. Czynności zarówno formalne, jak i praktyczne konieczne dla wybudowania infrastruktury zajmują odpowiedni czas, którego skrócenie nie jest możliwe nawet przy odpowiednim zaangażowaniu i potencjale Wykonawców. Wykonawca nie ma np. wpływu na terminy wynikające z przepisów prawa administracyjnego, które przewidują co do zasady 30-dniowy termin, zobowiązujący do oczekiwania na odpowiedź, z możliwością jego wydłużenia. Tak m.in. również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2011 r., sygn. KIO 2124/11: „Izba z oczywistych względów przyznała rację odwołującemu, że wyznaczony czas na aktywację usługi musi uwzględniać również inne uwarunkowania - uzyskanie koniecznych decyzji administracyjnych: na zajęcie pasa drogowego, przydziału częstotliwości radiowej, czy uzgodnień kolizyjnych sieci uzbrojenia terenu.”

8. W celu przygotowania do świadczenia usług, konieczne jest stworzenie i uzgodnienie dokumentacji, przeprowadzenie prac budowlanych, uzyskanie pozwoleń lub zgód albo dopełnienie obowiązków w zakresie zgłoszeń, zarówno bezpośrednio dotyczących budowy, jak i powiązanych (np. uzyskanie zgody na zajęcie pasa drogowego). Wykonawca musi również pozyskać urzędzenia niezbędne do wykonania umowy, których terminy dostawy są obecnie wydłużone.

9. Podkreślenia wymaga, iż nie jest możliwe podejmowanie przez Wykonawcę jakichkolwiek inwestycji przed zawarciem umowy. Co więcej, w pkt 3.5 umowy Zamawiający wskazał, że „po akceptacji Harmonogramu Wykonawca przystąpi do faktycznej realizacji Prac Wdrożeniowych”. Skoro w niniejszym postępowaniu wykonawca powinien przygotować Harmonogram w terminie 60 dni, który następnie będzie podlegał uzgodnieniom z Zamawiającym, to de facto czas na wykonanie prac wdrożeniowych skraca się do niecałych 4 miesięcy. W Części I usługi mają być wdrażane w ponad 530 lokalizacjach, w Części II w ponad 100 lokalizacjach, a Część III obejmuje 4664 lokalizacji. Co więcej, stosownie do pkt 14.2.2 umowy Zamawiającemu przysługuje umowne prawo odstąpienia od umowy w przypadku niepodpisania w terminie 4

miesiący od Daty Początkowej Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 50% Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Biorąc pod uwagę ww. zastrzeżenie oraz termin uzgodnienia Harmonogramu, Wykonawca ma ok. 2 miesiące na wdrożenie usług w 50% lokalizacji. Niniejsze postępowanie jest jednym z największych postępowań na usługi transmisji danych w Polsce, a terminy na ukończenie Prac Wdrożeniowych zostały określone w sposób odpowiadający zamówieniom na kilka lokalizacji. Nie sposób uznać, że tak określone terminy są proporcjonalne i adekwatne do przedmiotu zamówienia. Zastosowanie rozwiązań tymczasowych również nie rozwiązuje problemu nierealności terminu, gdyż wykonawca musi finalnie wdrożyć rozwiązanie docelowe, zastosowanie rozwiązań tymczasowych również wymaga odpowiedniego przygotowania, jak również podnosi cenę oferty (wykonawca musi przewidzieć i wycenić dwa rozwiązania), co z kolei jest niekorzystne dla Zamawiającego, który ustalił cenę jako jedyne kryterium wyboru oferty.

10. Również świadczenie usług z wykorzystaniem radiolinii wymaga przygotowania i nie jest możliwe w tak znacznej ilości lokalizacji przeprowadzenia wdrożenia w terminie zakreślonym obecnie w umowie. Wykonawca jest zobowiązany dokonać uzgodnień z zarządcą budynku, w którym ma być świadczona usługa, sprawdzić czy są techniczne możliwości posadowienia anteny, zakupić urządzenie etc.

11. Zatem, wyłącznie stosowna modyfikacja postanowień dokumentów zamówienia umożliwi zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. W przeciwnym wypadku, wyznaczony termin na wykonanie prac staje się de facto kryterium ograniczającym, czy też eliminującym konkurencję w tym postępowaniu.

12. Powyższą argumentację potwierdza również orzecznictwo: „W ocenie Zespołu Arbitrów kluczowe znaczenie dla odpowiedzi na tak sformułowane pytanie ma treść opinii Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 26.01.2006r. wydanej w odpowiedzi na pytanie skierowane przez Prezesa UZP. Z treści tej opinii jednoznacznie wynika, iż określenie wspomnianego terminu [termin rozpoczęcia realizacji świadczenia usługi – przyp. wł.] przy uwzględnieniu skali przedsięwzięcia oraz uwarunkowań technicznych oraz organizacyjnych świadczenia usługi, stanowi barierę uniemożliwiającą złożenie oferty konkurencyjnej wobec dotychczasowego wykonawcy. Opinia ta pochodząca od fachowego, specjalistycznego organu administracji rządowej zasługuje na uwzględnienie. Podważa ona tym samym stanowisko Odwołującego co do terminów świadczenia usług określonych w innych postępowaniach prowadzonych w podobnych sprawach, a także wystarczającego czasu dla innych wykonawców na przygotowanie się do wykonania

powyższego zamówienia. Nie można przy tym zasadnie przyjąć, iż ci inni wykonawcy powinni już rozpocząć przygotowania do świadczenia usług objętych przetargiem z momentem opublikowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego.” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 lutego 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-533/06).

13. Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, powinien uwzględnić istniejące realia rynkowe oraz potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu tak, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której dochodzi do zawężenia kręgu wykonawców poprzez nieuzasadnione w obiektywny sposób postanowienia SWZ. Nie można dopuścić do sytuacji, w której to opis przedmiotu zamówienia, a nie treść ofert, zdecydują komu Zamawiający udzieli zamówienia. Powyższe działanie Zamawiającego ma miejsce na etapie poprzedzającym składanie ofert, w konsekwencji czyni z opisu przedmiotu zamówienia quasi warunek udziału w postępowaniu. Cel, który zamierza osiągnąć Zamawiający przeprowadzając przedmiotowe postępowanie nie uzasadnia takiego ograniczenia.

14. Zasadne zatem jest wydłużenie terminów na wykonanie Prac Wdrożeniowych w Części I do 10 miesięcy, w Części II do 7 miesięcy, natomiast w Części III obejmującej 4664 lokalizacji konieczne jest wydłużenie terminu do 14 miesięcy.

15. Konieczne jest również wykreślenie pkt 14.2.2 Umowy lub względnie dokonanie jego modyfikacji w ten sposób, że Zamawiający może skorzystać z prawa do odstąpienia od umowy w przypadku niepodpisania w terminie 9 miesięcy dla Części I, 6 miesięcy dla Części II i 12 miesięcy dla Części III od Daty Początkowej Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 30% Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Wskazany pkt 14.2.2 Umowy skraca i tak nierealny obecnie termin wykonania zamówienia.

16. W konsekwencji zasadne będzie również dokonanie modyfikacji Rozdziału 1 ust. 1.2 pkt 23 oraz ust. 1.3 pkt 14.6 OPZ, w których Zamawiający przewidział, że „Działający System Monitorowania jest wymogiem koniecznym do odbioru uruchomionych łączy, dlatego też jego odbiór musi nastąpić nie później niż 4 miesiące od podpisania Umowy”. Wykonawca nie neguje, że System Monitorowania powinien być dostarczony odpowiednio wcześniej, tj. przed odbiorem łączy, jednak w wyniku modyfikacji terminu wdrożenia, o którym mowa powyżej, zasadne będzie przesunięcie terminu oddania samego Systemu Monitorowania. Dodać należy, że Zamawiający przewidział bardzo szczegółowe wymagania w zakresie Systemu Monitorowania określone w Załączniku nr 1 do OPZ. Wymagania opisane przez Zamawiającego narzucają nie tylko określone funkcjonalności, ale również sposób ich realizacji. Tak szczegółowy opis wymaga czasu na przeprowadzenie niezbędnych prac programistycznych oraz wewnętrznych testów poprawności.

17. W odniesieniu do pkt 3.4 i 3.6 umowy należy wskazać, że Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek współdziałania z wykonawcą prac związanych z wdrożeniem Urządzeń SD-WAN w ramach odrębnej umowy. Wykonawca nie ma wpływu na to, kto będzie realizować odrębną umowę i jakim terminie podmiot ten będzie wykonywać swoje zadania. Zasadne i konieczne jest doprecyzowanie, że terminy zaproponowane przez wykonawcę w Harmonogramie nie będą skracane w sytuacji, gdy są zgodne z terminami wynikającymi z niniejszej Umowy tylko z tego względu, że Zamawiający będzie starał się dopasować tempo realizacji prac do harmonogramu innego wykonawcy. Zamawiający nie wskazał również na czym, współdziałanie wykonawcy z wykonawcą usług wdrożenia Urządzeń SD-WAN miałyby polegać. Przy tak ogólnym opisie przedmiotu zamówienia wykonawca nie jest w stanie skalkulować oferty, gdyż nie zna zakresu obowiązków, które ma realizować.

18. Wobec powyższego, konieczne i niezbędne jest dokonanie modyfikacji treści dokumentów zamówienia, która zapewni zgodność prowadzonego postępowania

z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Obecnie sformułowane wymagania w zakresie terminu realizacji oraz odbiorów uniemożliwiają złożenie oferty na konkurencyjnych warunkach.

19. Dodatkowo, Zamawiający powinien usunąć sprzeczność pomiędzy postanowieniami umowy oraz SWZ w zakresie okresu świadczenia usług. W Rozdziale VI ust. 1 SWZ wskazano, że usługi będą świadczone przez okres 36 miesięcy od podpisania Całościowego Protokołu Odbioru, a w umowie jest wskazanie na okres 38 miesięcy. Postanowienia w tym zakresie powinny być spójne, gdyż wykonawca powinien mieć wiedzę na jaki okres zostaje zawarta umowa.

X. Zarzut dotyczący terminu przedstawienia kalkulacji dotyczącej zamówienia podobnego oraz dodatkowych wyjaśnień.

1. Zgodnie z pkt 8.18.1 i 8.18.2 umowy Część I-III: „Wykonawca w terminie 15 (piętnastu) dni od otrzymania od Zamawiającego oświadczenia o skorzystaniu z Opcji przedstawi Zamawiającemu pisemna kalkulacje kosztu przeprowadzenia prac dla tej Opcji. W przypadku braku przekazania przez Wykonawcę kalkulacji w terminie, o którym mowa w poprzednim zdaniu, wykonanie obowiązków wynikających ze skorzystania przez Zamawiającego z Opcji nastąpi na takich samych warunkach jak realizacja części podstawowej przedmiotu Umowy, w tym w zakresie Prac Wdrożeniowych oraz świadczenia Usług”, „na wniosek Opiekuna Technicznego Zamawiającego, w wyznaczonym dodatkowym terminie nie krótszym niż 7 (siedem) dni, Wykonawca przedstawi w niezbędnym zakresie dodatkowe wyjaśnienia oraz stosowne środki dowodowe dotyczące kalkulacji wskazanej w ust. 8.18.1 powyżej, a także adekwatności i zasadności przewidzianych w niej kosztów.”

2. Analogiczna procedura została przewidziana w Rozdziale IV ust. 14 pkt 1 i 2 SWZ.

3. Z powyższych postanowień dokumentów zamówienia wynika, że w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z możliwości udzielania zamówienia, o którym mowa w art. 388 pkt 2 lit. c Pzp, w przypadku skorzystania z prawa Opcji Nowych Lokalizacji, Opcji Zmiany Kategorii lub Zmiany Przepustowości Wykonawca ma wyznaczony termin na

przedłożenie kalkulacji kosztów oraz złożenie dodatkowych wyjaśnień lub dowodów jeżeli okażą się niezbędne. Zamawiający wskazał, że brak złożenia kalkulacji przez wykonawcę w terminie 15 dni będzie oznaczał realizację prawa Opcji na warunkach, na których świadczona jest usługa w części podstawowej.

4. Terminy wskazane dla wykonawcy są niewystarczające dla złożenia wymaganych dokumentów. Przykładowo, w celu weryfikacji możliwości świadczenia usług w nowej lokalizacji i kosztów z tym związanych wykonawca musi dokonać szeregu weryfikacji. Przygotowanie kalkulacji kosztów wymaga zaangażowania zespołu pracowników wykonawcy, dokonania sprawdzeń (również technicznych możliwości i uwarunkowań na miejscu), przygotowania środków dowodowych, w tym również zaangażowania osób decyzyjnych do zatwierdzenia wysokości kosztów. Prace wykonawcy w tym zakresie wymagają również przeprowadzenia wstępnych uzgodnień z podmiotami trzecimi, co znacznie wydłuża czas przygotowania kalkulacji. Przygotowana przez wykonawcę kalkulacja ma natomiast zasadnicze znaczenie dla udzielenia zamówienia z art. 388 pkt 2 lit. c Pzp. Brak przedłożenia kalkulacji lub złożenie niewystarczających środków dowodowych, jak również przedłożenie niewystarczających dodatkowych wyjaśnień spowoduje, że wykonawca będzie zobowiązany do świadczenia usług na zasadach opisanych w warunkach podstawowych, mimo iż faktyczne koszty mogą być wyższe, spełniające przesłanki do uruchomienia zamówienia z art. 388 pkt 2 lit. c Pzp.

5. Zaproprowany termin jest zatem niewystarczający w związku z czym, zasadne i konieczne jest wydłużenie terminów z pkt 8.18.1 i 8.18.2 umowy do 15 dni roboczych (względnie 30 kalendarzowych) oraz 7 dni roboczych (względnie 14 dni kalendarzowych).

XI. Zarzut dotyczący limitu odpowiedzialności w zakresie kar umownych i bonifikat.

1. W pkt 13.16 wskazano, że „Łączna maksymalna wysokość kar umownych naliczonych zgodnie z Umową, nie może przekroczyć kwoty równej 50%

(pięćdziesięciu procent) Wartości Umowy brutto określonej w ust. 11.1 Umowy”

2. Powyższe postanowienie umowne powinno przewidywać, że w limicie odpowiedzialności wykonawcy mieszczą się zarówno kary umowne, jak i bonifikaty.

a. Zgodnie z art. 436 pkt 3 Pzp „Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności: łączną maksymalną wysokość kar umownych, których

mogą dochodzić strony.” W pkt 13.16 umowy Zamawiający ustalił limit 50% wysokości wynagrodzenia wykonawcy z tytułu kar umownych. Zamawiający pominął jednak, że w OPZ (m.in. rozdział 5) uregulował on dodatkowe kary, tym razem w formie bonifikat za niedotrzymanie warunków SLA oraz QoS.

b. Zamawiający posługując się odmienną nomenklaturą próbuje więc obejść wprost wskazany w Pzp obowiązek wskazania w umowie limitu kar umownych. Zgodnie z art. 483 § 1 KC „Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).” W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający zastrzegł bonifikaty za niedotrzymanie wymagań dostępności oraz jakościowych, przy czym, zostały one de facto ustalone w kwocie pieniężnej. Przewidziane przez Zamawiającego bonifikaty stanowią więc klasyczną postać kar umownych, wobec tego nie było jakichkolwiek podstaw, aby w ich zakresie wyłączyć obowiązek przewidziany w art. 436 pkt 3 Pzp – dotyczący określenia maksymalnego limitu tych kar. Co więcej, jak było opisane powyżej Zamawiający wprost dopuszcza łączenie kar umownych i bonifikat (Zamawiający rozróżnia te pojęcia w umowie), co tylko potwierdza, że stanowią one w zasadzie analogiczną karę finansową mającą na celu zdyscyplinowanie wykonawcy do należytej realizacji umowy.

c. Określenie maksymalnej wysokości kar umownych, do których zapłaceniu zobowiązany może być wykonawca na podstawie umowy ma służyć zachowaniu równowagi stron umowy. Znajduje to potwierdzenie nie tylko wprost w nowej ustawie Pzp, ale nawet w orzecznictwie Izby wydanym na gruncie poprzedniej ustawy, w której nie było analogicznego przepisu – ustawa nie wskazywała wówczas wprost na obowiązek umieszczenia w umowie limitu kar umownych, a Izba mimo wszystko zauważyła konieczność wprowadzania takiego ograniczenia do umów – por. cytowany powyżej wyrok KIO z dnia 4 września 2018 r., sygn. akt: KIO 1601/18).

d. Minimalnym zabezpieczeniem równości stron umowy jest wprowadzenie ograniczenia wysokości kar umownych, czemu ustawodawca dał wyraz w art. 436 pkt 3 Pzp. Wymóg ten odnosi się do wszystkich kar umownych bez względu na to czego dotyczą i jakiej nomenklatury używa Zamawiający do ich określenia. Ratio legis tego przepisu było umożliwienie wykonawcy oszacowania ryzyka związanego z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, a w konsekwencji ochrona wykonawcy przez nakładaniem kar w rażąco wygórowanej wysokości.

e. Należy wskazać, że w Rozdziale 5 ust. 15 OPZ Zamawiający określił, że „Maksymalna łączna wartość bonifikat przewidzianych niniejszym rozdziałem w tym z tytułu przekroczenia gwarantowanego czasu reakcji i czasu usunięcia Awarii, dostępności miesięcznej, dostępności rocznej, parametrów QoS w danym Okresie Rozliczeniowym, z tytułu braku próbek w danym Okresie Rozliczeniowym oraz SLA na liczbę Awarii w ciągu 3 Okresów Rozliczeniowych nie będzie wyższą niż 100% wartości Wynagrodzenia za Usługi za Okres Rozliczeniowy dla danej Lokalizacji.” Zastrzeżony limit dotyczy wynagrodzenia za Okres Rozliczeniowy w danej Lokalizacji i przewiduje możliwość pozbawienia Wykonawcy wynagrodzenia w całości. Dodać należy, że skoro kary umowne i bonifikaty mogą być kumulowane to limit może być przekroczony (por. pkt 13.19

umowy). Ustalenie limitu za dany Okres Rozliczeniowy za daną Lokalizację w wysokości 100% jest działaniem

wygórowanym i nie pozwala wykonawcy na skalkulowanie ryzyka związanego z realizacją zamówienia.

f. Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia zasadne jest wskazanie, że limit kar, o którym mowa w pkt 13.16 umowy dotyczy również bonifikat, jak również zasadne jest obniżenie limitu określonego w Rozdziale 5 ust. 15 OPZ do 50%.

XII. Zarzut dotyczący możliwości wypowiedzenia umowy.

1. W pkt 14.9.1 i 14.9.2 umowy Część I-II wskazano, że „Zamawiającemu przysługuje prawo do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym w każdym z następujących przypadków: 14.9.1. liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla: (a) kategorii łączy T0-T-4 wyniesie więcej niż 4 Awarie lub (b) kategorii łączy T5 wyniesie więcej niż 15 Awarii, 14.9.2 czas usunięcia Awarii dla którejkolwiek z kategorii łączy lub Systemu Monitorowania zostanie przekroczony o więcej niż 500% (pięćset procent) względem gwarantowanego poziomu SLA określonego w Tabeli nr 6 w OPZ”, a w przypadku Części III: „Zamawiającemu przysługuje prawo do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym w każdym z następujących przypadków: 14.9.1. liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla: (a) kategorii łączy T0 wyniesie więcej niż 6 Awarii lub (b) kategorii łączy T5 i T6 wyniesie więcej niż 30 (trzydzieści) Awarii, 14.9.2 czas usunięcia Awarii dla którejkolwiek z kategorii łączy lub Systemu Monitorowania zostanie przekroczony o więcej niż 500% (pięćset procent) względem gwarantowanego poziomu SLA określonego w Tabeli nr 6 w OPZ”.

2. Wskazane powyżej uprawnienia Zamawiającego zostały zastrzeżone dla przypadków wystąpienia określonej ilości Awarii oraz braku usunięcia Awarii dla którejkolwiek z kategorii łączy lub Systemu Monitorowania skutkującego przekroczeniem 500% względem gwarantowanego poziomu SLA określonego w tabeli nr 6 w OPZ. Należy wskazać, że wszystkie ww. przypadki są całkowicie oderwane od tego czy ich wystąpienie lub eskalacja wynikły z przyczyn, za których wystąpienie wykonawca ponosi odpowiedzialność. Przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług transmisji danych w systemie ciągłym 24h/7dni w tygodniu dla setek (Część I i II) oraz tysięcy (Część III) lokalizacji. Występowanie Awarii przy usługach o takiej skali może mieć miejsce, a ich przyczyny mogą być różne. Przykładowo, w przypadku przecięcia kabla w wyniku prowadzenia prac budowlanych w odległej lokalizacji istnieje zagrożenie braku możliwości usunięcia Awarii w terminie wyznaczonym w tabeli nr 6 OPZ. Są to sytuacje nadzwyczajne, jednak przy tej skali zamówienia mogą wystąpić.

Obecnie sformułowana przesłanka odstąpienia od umowy nie uzależnia natomiast możliwości złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy z pkt 14.9.2 Umowy od winy wykonawcy. Zamawiający przed odstąpieniem od umowy powinien dokładnie sprawdzić okoliczności naruszeń i wezwać wykonawcę do należytej realizacji wyznaczając mu w tym celu dodatkowy czas.

3. W związku z tym, zasadne i konieczne jest wykreślenie pkt 14.9.1 i 14.9.2 z umowy, względnie dokonanie modyfikacji pkt 14.9.1 i 14.9.2 umowy poprzez zmianę ilości Awarii, których wystąpienie uprawnia Zamawiającego do skorzystania ze swoich uprawnień, jak również uprzednie zweryfikowanie przez Zamawiającego przyczyn braku dotrzymania przez Wykonawcę czasu usunięcia Awarii w odniesieniu do łączy lub Systemu Monitorowania.

XIII. Zarzut dotyczący synchronizacji łączy xDSL.

1. Zamawiający w Rozdziale 1 ust. 1.1 pkt 3 OPZ wskazał wymagania dotyczące przepustowości, realizacji transmisji i typów łączy dla łączy kategorii T0-T7 dla Części III:

2. Zastrzeżenia wskazane w lit. a i b w odniesieniu do łączy T5-T7 odnoszące się do minimalnej przepływności łączy xDSL są wygórowane. Zamawiający dopuścił wykonanie zamówienia z zastosowaniem łączy xDSL jednak minimalna przepływność na tego typu łączach co do zasady nie jest gwarantowana i osiągnięcie wymaganych parametrów jest niemożliwe lub co najmniej znacznie utrudnione. Specyfiką technologii xDSL, o której mowa w w/w wymaganiu jest brak gwarancji prędkości na łączy oraz jej stabilności (utrzymanie w czasie). Przy tym typie łączy określa się maksymalne wartości – co z resztą Zamawiający uczynił wskazując, że „w przypadku łączy xDSL wymagana jest maksymalna możliwa prędkość synchronizacji linii (zależna od fizycznych parametrów linii) dostępnej w Lokalizacji (...)”. Minimalne wartości nie są w tym przypadku gwarantowane. Zamawiający dopuszcza zastosowanie łączy xDSL w związku z czym, powinien dokonać opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymagań, tj. uwzględniając fakt, że dla ww. kategorii wartości minimalne w zakresie przepływności mogą nie zostać osiągnięte.

3. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że łączy xDSL są najbardziej optymalne pod względem kosztowym. Dla przypomnienia, zamówienie w Części III obejmuje ponad 4600 lokalizacji, a zatem wybór sposobu świadczenia usług przy tej skali zamówienia ma zasadniczy wpływ na cenę oferty. Z dokumentów zamówienia wynika natomiast, że dla Zamawiającego cena jest istotna i została ustalona jako jedyne kryterium oceny ofert – por. Rozdział XXIII ust. 1 SWZ.

4. Należy również wskazać, że Zamawiający znacznie podniósł wymagania w odniesieniu do ww. łączy xDSL. W ramach obecnie realizowanej umowy oraz w ramach prowadzonego postępowania na Świadczenie usług rozległej sieci WAN_PP dla Poczty Polskiej S.A.” numer referencyjny: CZ.26.207.2024.DC dotyczącego świadczenia usług WAN przez okres 9 miesięcy wymagania w ww. zakresie są zdecydowanie niższe:

Kategoria łącza	Prędkość łącza podstawowego [Mb/s]	Prędkość łącza zapasowego [Mb/s]	Typ łącza	Realizacja transmisji łącza podstawowego /zapasowego
1	2	3	4	5
T0	1000	1000	Kablowe	IP VPN/IP VPN
T1	200	200	Kablowe	IP VPN/IP VPN
T2	100	100	Kablowe/ radiolinia	IP VPN/IP VPN
T3	20	20	Kablowe/ radiolinia	IP VPN/IP VPN
T4	8	80/4 a)	Kablowe/ radiolinia	IP VPN/IP VPN
T5	80/4b)	8/1 e)	Kablowe/ radiolinia/ LTE	IP VPN/ (Internet z IPsec/Prywatny APN)
T6	80/4c)	6/1 e)	Kablowe/ radiolinia/ LTE	IP VPN/ (Internet z IPsec/Prywatny APN)
T7	80/4 d)	4/1 e)	Kablowe/ LTE	IP VPN/ (Internet z IPsec/Prywatny APN)

- a) Maksymalna prędkość synchronizacji linii (zależna od fizycznych parametrów linii) dostępnej w Lokalizacji. Minimalna prędkość łącza nie mniejsza niż 4/4 Mb/s.
- b) Maksymalna prędkość synchronizacji linii (zależna od fizycznych parametrów linii) dostępnej w Lokalizacji. Minimalna prędkość łącza nie mniejsza niż 8/1 Mb/s.
- c) Maksymalna prędkość synchronizacji linii (zależna od fizycznych parametrów linii) dostępnej w Lokalizacji. Minimalna prędkość łącza nie mniejsza niż 6/1 Mb/s.
- d) Maksymalna prędkość synchronizacji linii (zależna od fizycznych parametrów linii) dostępnej w Lokalizacji. Minimalna prędkość łącza nie mniejsza niż 4/1 Mb/s.
- e) Maksymalna prędkość synchronizacji linii (zależna od fizycznych parametrów linii) dostępnej w Lokalizacji. Oczekiwane jest pasmo nie niższe niż podana wartość

5. Brak jest zatem uzasadnienia dla podwyższenia wymagań w odniesieniu do łączy xDSL w zakresie ich minimalnej przepływności.

6.

XIV. Zarzut dotyczący wykorzystania infrastruktury innych operatorów.

1. Zamawiający wskazał na następujące wymagania związane z realizacją przedmiotu zamówienia:

a. Dla Części I i II: „Łącza T0-T5 muszą być realizowane na bazie własnej infrastruktury lub łączy na odcinku „ostatniej mili”. Możliwe jest wykorzystanie łączy innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, pod warunkiem że dla Części II w danej lokalizacji nie będzie współbieżnych odcinków dla „ostatniej mili” z Częścią I) - Rozdział 1 ust. 1.2 pkt 2 OPZ,

b. Dla Części III: „Łącza T5 muszą być realizowane na bazie własnej infrastruktury i/lub łączy na odcinku „ostatniej mili”. Możliwe jest wykorzystanie łączy innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, pod warunkiem że dla Części III w danej lokalizacji nie będzie współbieżnych odcinków dla „ostatniej mili” z Częścią I) – Rozdział 1 ust. 1.3 pkt 5 OPZ. 2. Jednocześnie w pkt XIX ust. 1 i 6 Zamawiający wskazał, że:

„W zakresie Części I i II Zamawiający ogranicza liczbę części zamówienia, którego może udzielić jednemu Wykonawcy, zgodnie z art. 91 ust. 3 PZP, z zastrzeżeniem pkt 6 poniżej, w oparciu o poniższe zasady:

- 1) W każdej z ww. części za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta najtańsza, chyba że oferty najtańsze w obu częściach będą pochodzić od tego samego Wykonawcy.
- 2) Jeżeli jeden Wykonawca miałby uzyskać zamówienie zarówno w Części I jak i Części II, to wybór oferty najkorzystniejszej zostanie dokonany na podstawie poniższego wzoru (...)
- 6) Jeżeli w obu częściach oferty złoży tylko jeden Wykonawca, Zamawiający wybierze oferty tego Wykonawcy w Części I i Części II.”

3. Z wymagań Zamawiającego wynika, iż jego intencją jest udzielenie zamówienia w Częściach I i II innemu podmiotowi. Stosownie do powołanych powyżej postanowień OPZ możliwe jest wykorzystanie jednak infrastruktury innego operatora pod warunkiem, że dla Części II w danej lokalizacji nie będzie współbieżnych odcinków dla „ostatniej mili” z Częścią I. W przypadku Części III w danej lokalizacji Zamawiający wyklucza współbieżne odcinki dla ostatniej mili z Częścią I. Sformułowane przez Zamawiającego postanowienia uniemożliwiają dokonanie przez wykonawcy wyceny przedmiotu zamówienia. Wykonawca składając ofertę w prowadzonym postępowaniu powinien wycenić zakres prac, w tym związanych z przygotowaniem infrastruktury niezbędnej do świadczenia usług. Wykonawca nie ma jednak wiedzy, któremu z operatorów zostanie udzielone zamówienie w Części I, II i III. Może się okazać, że wykonawca założy wykorzystanie infrastruktury operatora X, gdyż takie rozwiązanie będzie bardziej optymalne, jednak jeżeli oferta tego operatora zostanie wybrana w innej części, o której mowa w Rozdziale 1 ust. 1.2 pkt 2 lub ust. 1.3 pkt 5 OPZ, to

wykonawca będzie musiał zmienić zakładany przez siebie na etapie postępowania sposób świadczenia usług. Co więcej, Zamawiający dopuszcza jednak sytuację, w której w przypadku złożenia oferty wyłącznie przez jednego z wykonawców na Część I i II zostanie wybrana oferta tego samego wykonawcy (bez ograniczenia) – w takim przypadku ograniczenie określone w Rozdziale 1 ust. 1.2 pkt 2 OPZ pozostaje de facto postanowieniem martwym. Skoro Zamawiający dopuszcza możliwość realizacji przedmiotu zamówienia przez tego samego operatora w Części I i II to wykonawca będzie mógł skorzystać ze swojej infrastruktury. Dodatkowo, skoro nie ma ograniczeń w możliwości uzyskania zamówienia na Część III to również ten sam wykonawca może realizować zamówienie za pomocą własnej infrastruktury.

4. W związku z powyższym, zasadne jest wykreślenie Rozdziału 1 ust. 1.2 pkt 2 OPZ oraz Rozdziału 1 pkt 1.3 pkt 5 OPZ. XV. Zarzut dotyczący terminu uruchomienia łącza - Rozdział 3 ust. 1.1 OPZ.

1. W Rozdziale 3 ust. 1.1 pkt 1 Zamawiający wskazał, że zastrzega sobie prawo do rozbudowy sieci WAN_PP o dodatkowe Lokalizacje, zmiany Lokalizacji, rezygnacji z Lokalizacji, migrację łącza pomiędzy kategoriami – zgodnie z postanowieniami umowy. W związku z tym Zamawiający wskazał na następujące terminy realizacji zamówienia:

a. Rozdział 3 ust. 1.1 pkt 2 OPZ „Dla łącza kategorii T0-T4 Zamawiający wymaga uruchomienia łącza w terminie maksymalnie do 60 dni od zgłoszenia Opcji”

b. Rozdział 3 ust. 1.1 pkt 4 ppkt 4.1 OPZ Zamawiający wskazał, że w Części III „Dla łącza w kategorii od T5–T6 Zamawiający wymaga uruchomienia łącza T7 lub Zestawu Mobilnego w terminie do 1 tygodnia od daty zgłoszenia, a łącza docelowe muszą być uruchomione w terminie do 90 dni od zgłoszenia.”

2. Zamawiający określił również w Rozdziale 3 ust. 1.1 pkt 4 ppkt 4.2 OPZ, że w przypadku Części III „Dla łącza kategorii T5–T6 Zamawiający dopuszcza uruchomienie łącza tymczasowych, na czas do 3 miesięcy, dla Lokalizacji w których Wykonawca rozpoczął budowę infrastruktury docelowej. W tym czasie dopuszcza się zastosowanie łącza w kategorii niższej, zaakceptowanej przez Zamawiającego lub Zestawów Mobilnych. Zastosowanie Zestawów Mobilnych wymaga uprzedniego uzyskania zgody Zamawiającego, w tym w zakresie wykorzystania w danej Lokalizacji listy dopuszczalnych operatorów infrastrukturalnych sieci ruchomych (4G/5G/LTE).”

3. Przede wszystkim termin określony w Rozdziale 3 ust. 1.1 pkt 2 OPZ, dotyczący realizacji prawa Opcji, jest rozbieżny z pkt 8.11 umowy, zgodnie z którym „Zamawiający może skorzystać z Opcji każdego rodzaju w całym okresie obowiązywania Umowy, z tym zastrzeżeniem, iż oświadczenie, o którym mowa ust. 8.12 poniżej może zostać złożone nie później niż na 4 (cztery) miesiące przed zakończeniem obowiązywania Umowy. Termin realizacji przez Wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji nie będzie dłuższy niż 60 (sześćdziesiąt) dni od dnia złożenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 8.12 poniżej. Na uzasadniony wniosek Wykonawcy, w szczególności w przypadku utrudnionych warunków technicznych dla danej Lokalizacji, Zamawiający w zakresie określonych Lokalizacji może wyrazić zgodę na wydłużenie terminu realizacji przez Wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji do maksymalnie 90 (dziewięćdziesięciu) dni”. W umowie w odniesieniu do Opcji wskazane są dwa terminy realizacji, natomiast w treści OPZ wyłącznie termin 60 dni. Treść dokumentów zamówienia jest w tym zakresie rozbieżna i może budzić wątpliwości interpretacyjne. OPZ powinna być zatem ujednoczona z umową.

4. Wskazane w rozdziale 3 ust. 1.1 pkt 4 ppkt 4.1 OPZ termin 1 tygodnia jest niewystarczający dla zrealizowania opisanych czynności. W celu uruchomienia łącza w zakresie określonym w ww. postanowieniu umownym wykonawca powinien przeprowadzić szereg czynności, które nie są możliwe do ukończenia w 1 tydzień. Wyznaczony przez Zamawiającego termin obejmuje dni kalendarzowe, co faktycznie pozostawia zaledwie kilka dni roboczych na realizację całego zgłoszenia. Niezbędne jest w szczególności odebranie zgłoszenia Zamawiającego, weryfikacja poprawności zgłoszenia (w szczególności czy zostało podpisane przez osobę uprawnioną, zgodność parametrów etc.), przekazanie danych do systemu CRM, przeprocesowanie zamówienia do kierownika projektu, przygotowanie ścieżek konfiguracyjnych dla zestawionej usługi, zlecenie wydania routera wraz kartą SIM do komórki odpowiedzialnej za logistykę, zlecenie do wybranego podwykonawcy, podwykonawca umawia się na wizytę do placówki, podwykonawca uruchamia usługę w koordynacji z kierownikiem projektu, weryfikacja zestawionej usługi z Zamawiającym.

5. Co więcej, zgodnie z Rozdziałem 3 ust. 1.1 pkt 7 wykonawca ma 2 tygodnie od zgłoszenia Zamawiającego na przekazanie informacji o warunkach technicznych w danej Lokalizacji na uruchomienie łącza, co również jest terminem nierealnym. Wykonawca musi mieć możliwość dokonania realnego sprawdzenia lokalizacji i oceny technicznej – temu służy powołany Rozdział 3 ust. 1.1 pkt 7 OPZ oraz pkt 8.15 umowy. Sprawdzenie lokalizacji, w szczególności jeżeli zgłoszenie będzie dotyczyło ich większej liczby wymaga czasu. Operator musi zlecić przeprowadzenie oceny odpowiednim pracownikom, którzy pojadą na miejsce, ocenią warunki techniczne, dokonają wstępnych uzgodnień etc. Zasadne i konieczne jest zatem również wydłużenie ww. terminu.

6. Uruchomienie infrastruktury wymaga czasu i okres 3 miesięcy wskazany w Rozdziale 3 ust. 1.1 pkt 4 ppkt 4.2 OPZ z pewnością nie jest wystarczający. Zastosowanie niższej kategorii łącza, które jest wskazane jako rozwiązanie przejściowe wymaga wybudowania infrastruktury sieciowej. Tak określony czas nie uwzględnia wszystkich wymagań, jakie wykonawca powinien uwzględnić przy sporządzaniu oferty (art. 99 ust. 1 Pzp). Jak było wskazywane Część III obejmuje ponad 4600 lokalizacji. Dla porównania, w ramach Części I i II, w których lokalizacji jest kilkadziesiąt Zamawiający w Rozdziale 3 ust. 1.1 pkt 3 wskazał, że „W Części I dla łącza kategorii T5 Zamawiający dopuszcza uruchomienie łącza tymczasowych

realizowanych na bazie łączy dostępowych do Internetu, przy czym powinny być one zakończone Urządzeniem CE i spełniać wymagania SLA jak dla łączy kategorii T5 z Części I, na czas do 6 miesięcy, dla Lokalizacji, w których Wykonawca rozpoczął budowę „infrastruktury docelowej”.

7. W ocenie Odwołującego nie ma uzasadnienia, aby w taki sposób różnicować sytuację wykonawcy w ramach ww. części zamówienia. Zasadne i konieczne jest wydłużenie ww. terminu wskazanego w Rozdziale 3 ust. 1.1 pkt 4 ppkt 4.2 OPZ do 6 miesięcy analogicznie jak w przypadku Części I i II.

XVI. Zarzut dotyczący wysokości bonifikat.

1. W Rozdziale 5 ust. 11 tabela 3-6 OPZ Zamawiający przewidział następujący system bonifikat w przypadku obniżenia dostępności świadczonych usług:

Bonifikata za przekroczenie czasu niedostępności usługi określonego w powyższej Tabeli, liczona jest za każdą kolejną, rozpoczętą godzinę powyżej tego czasu w okresie ostatniego roku kalendarzowego dla każdej Lokalizacji osobno zgodnie z powyższą tabelą. W przypadku krótszego okresu niż rok świadczenia usługi, bonifikata będzie liczona proporcjonalnie do czasu świadczenia usługi.

Bonifikata roczna wyliczana jest niezależnie od Bonifikaty miesięcznej dla danej Lokalizacji, jej wysokość wynikająca z tytułu niedotrzymania rocznego parametru dostępności usługi nie przekroczy sumarycznej wartości rocznego Wynagrodzenia za Usługi za dane łączy.

Wartość bonifikaty rocznej za daną Lokalizację nie jest pomniejszana o naliczone bonifikaty miesięczne.

Bonifikata za przekroczenie czasu niedostępności usługi określonego w powyższej Tabeli, liczona jest za każdą kolejną, rozpoczętą godzinę powyżej tego czasu w okresie ostatniego Okresu Rozliczeniowego dla każdej Lokalizacji osobno zgodnie z powyższą tabelą.

Bonifikata za przekroczenie liczby Awarii określona w powyższej Tabeli liczona jest za każdą kolejną Awarię w okresie ostatnich trzech Okresów Rozliczeniowych dla każdej Lokalizacji osobno po przekroczeniu liczby Awarii zgodnie z powyższą tabelą. Wartość bonifikaty za daną Lokalizację liczona jest od sumy Wynagrodzenia za Usługi za trzy Okresy Rozliczeniowe i nie jest pomniejszana o bonifikaty miesięczne wynikające z czasu niedostępności Usług oraz czasu usunięcia Awarii.

Bonifikata za przekroczenie czasu reakcji oraz czasu usunięcia Awarii określonego w powyższej tabeli, liczona jest za każdą kolejną, rozpoczętą godzinę powyżej tego czasu w okresie ostatniego, jednego Okresu Rozliczeniowego dla każdej Lokalizacji osobno zgodnie z powyższą tabelą.

2. Jak było wskazane powyżej bonifikata jest rodzajem kary umownej mającej na celu zdyscyplinowanie wykonawcy, który będzie realizował umowę w sprawie zamówienia publicznego. Jednakże jej nadużywanie (tak jak w przypadku przedmiotowego projektu umowy) narusza zasady współżycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron. Zgodnie z aktualnym stanowiskiem Prezesa UZP oraz Ministra Inwestycji i Rozwoju, system zamówień publicznych nie powinien wprowadzać rażącej nierówności stron umowy i prowadzić do nadużycia pozycji zamawiającego, poprzez m.in. wprowadzanie nadmiernie wygórowanych i nie ograniczonych w żaden sposób kar umownych nakładanych na wykonawcę.

3. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej: „Izba uznała, że zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający określił w umowie wiele przypadków, które mogą powodować naliczenie kar umownych. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności. W związku z powyższym Izba nakazała określenie limitu kar umownych do wysokości kary przewidzianej za niewykonanie zamówienia, co umożliwi również wykonawcom ocenę ryzyka i należyłą wycenę oferty” (wyrok KIO z dnia 4 września 2018 r. KIO 1601/18).

4. Bonifikaty określone w tabeli nr 3 i 4 (kolumna 5), nr 5 (kolumna 5 poz. 1 dla kategorii łączy T—T4), jak również nr 6 (kolumna 5 poz. 1 dla kategorii łączy TT4 oraz poz. 2 dla kategorii łączy T5) są rażąco wygórowane, zostały ustalone na poziomie nieadekwatnym w stosunku do naruszenia, za które zostały one przewidziane oraz w stosunku do zakresu przedmiotu zamówienia. Wskazane w ww. postanowieniach umowy uchybienia choć słusznie są sankcjonowane bonifikatami, to jednak nie mogą sankcjami wygórowanymi. Zasadne jest zatem ograniczenie wskazanych bonifikat o połowę. Tak zastrzeżone bonifikaty zabezpieczają interes Zamawiającego, ale jednocześnie są adekwatne do rodzaju uchybienia.

5. Warto wskazać, że bonifikaty z tytułu naruszenia rocznego SLA, SLA w danym Okresie Rozliczeniowym, liczby Awarii w ciągu 3 miesięcy czy czasu reakcji i usunięcia Awarii są karami, które mogą podlegać kumulacji. Jedno zdarzenie może np. skutkować naliczeniem bonifikaty z tytułu przekroczenia SLA rocznego oraz SLA w Okresie Rozliczeniowym, a jeżeli Wykonawca opóźni się z usunięciem Awarii to również bonifikatą z tego tytułu. Tak rozbudowany system bonifikat w OPZ, jak również dodatkowych kar wskazanych w umowie nie powinien być nadmierny tylko służyć swojej funkcji dyscyplinującej wykonawcę.

XVII. System Monitorowania Zamawiającego.

1. Zgodnie z Rozdziałem 5 ust. 1 OPZ „wskazał, że „Bonifikaty udzielane są przez Wykonawcę w przypadku

niedotrzymania w danym okresie jakościowych warunków świadczenia usług (SLA i QoS) opisanych poniżej (por. tabele 2–8). Wykonawca przekaże niezbędne dane źródłowe do wyliczeń parametrów SLA w ramach raportu miesięcznego. Dane źródłowe będą dostępne także dla Zamawiającego w trybie online za pośrednictwem Systemu Monitorowania w Części I i Części II, a także dla łączy T0 w Części III. W przypadku łączy T5-T7 w Części III dane źródłowe do wyliczeń parametrów SLA w ramach raportu miesięcznego będą pochodziły z Systemu Monitorowania Zamawiającego.”

2. Stosownie do Rozdziału 3 ust. 1.4 pkt 1 OPZ:

„Instalator (przedstawiciel Wykonawcy) po uruchomieniu łączy w danej Lokalizacji przeprowadzi testy potwierdzające parametry łączy w oparciu o:

- 1.1. odpowiedni moduł Systemu Monitorowania Wykonawcy dla łączy w Części I i Części II,
- 1.2. odpowiedni moduł Systemu Monitorowania Wykonawcy dla łączy w kategorii T0 w Części III,
- 1.3. odpowiedni moduł Systemu Monitorowania Zamawiającego dla łączy kategorii T5-T7 w Części III.”

3. Z ww. postanowień OPZ wynika, że w przypadku łączy T5-T7 w Części III dane źródłowe do wyliczeń parametrów SLA w ramach raportu miesięcznego będą pochodziły z Systemu Monitorowania Zamawiającego. Na etapie odbiorów przedstawiciel wykonawcy powinien również potwierdzić parametry łączy SLA Systemu Monitorowania Zamawiającego dla łączy kategorii T5-T7 dla Części III. Tak sformułowane wymagania są bezzasadne. Wykonawca w ramach przedmiotu zamówienia dostarcza System Monitorowania – szczegółowe parametry tego systemu zostały opisane w Załączniku nr 1 do OPZ – Opis wymagań dla Systemu Monitoringu i Raportowania. Jednym z celów Systemu Monitoringu jest przedstawianie raportów SLA.

4. Odwoływanie się do wyliczeń parametrów SLA czy przeprowadzanie testów w oparciu o System Monitorowania Zamawiającego jest niezasadne skoro przedmiotem zamówienia jest wykonanie takiego systemu przez Wykonawcę. Tego typu działanie jest również niezgodne z praktyką rynkową. Skoro Wykonawca udostępnia System Monitoringu umożliwiający weryfikację parametrów SLA, system ten podlega akceptacji Zamawiającego, to dane źródłowe do wyliczeń parametrów SLA powinny pochodzić z systemu dostarczanego przez Wykonawcę. W przypadku wątpliwości Zamawiającego zawsze jest możliwość ich zweryfikowania na drodze wyjaśnień.

XVIII. Składanie ofert częściowych.

1. Stosownie do pkt IV ust. 1 SWZ przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług transmisji danych na potrzeby sieci rozległej WAN Zamawiającego w podziale na 3 części:

- a. Część I – łączy IP-VPN,
- b. Część II – łączy IP-VPN,
- c. Część III – łączy internetowe.

2. W Rozdziale XIX ust. 2 SWZ Zamawiający wskazał, że „nie dopuszcza możliwości składania ofert częściowych” (analogiczne zastrzeżenie znalazło się w Formularzach cenowych dla Części I-III – por. poz. 5 Wytycznych i zaleceń), a jednocześnie w Rozdziale XIX ust. 1 SWZ ustalił zasady wyboru oferty najkorzystniejszej dotyczące ograniczenia liczby części zamówienia, którego może udzielić jednemu wykonawcy zgodnie z art. 91 ust. 3 Pzp. W pkt 5 Rozdziału XIX ust. 1 SWZ Zamawiający wskazał, że „Jeżeli w którejś części wpłynie tylko jedna oferta, Zamawiający wybierze tę ofertę, natomiast w drugiej części wybrana zostanie oferta innego Wykonawcy.”

3. Z powyższego wynika, że z jednej strony Zamawiający jednoznacznie wyklucza możliwość składania ofert częściowych, a z drugiej wskazuje na sytuację, w której wykonawcy złożą oferty na różne części zamówienia. Powyższe postanowienia dokumentów zamówienia są niejednoznaczne i wymagają doprecyzowania – czy wykonawca powinien złożyć ofertę na więcej niż jedną część (wszystkie 3 części) czy możliwe jest złożenie oferty np. na część I a na pozostałe nie. Informacje o tym czy możliwe jest składanie ofert częściowych czy wykonawca powinien złożyć ofertę na cały przedmiot zamówienia są informacjami podstawowymi i nie powinny budzić wątpliwości interpretacyjnych.

XIX. W związku z powyższą argumentacją, wnoszę o uwzględnienie odwołania.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie odwołującego zgłosili: (1) Orange Polska S.A. z/s w Warszawie [Uczestnik Orange]; (2) T-Mobile Polska Business Solutions Sp. z o.o. z/s w Warszawie [Uczestnik T-Mobile Polska Business Solutions] – wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Uczestnik Orange w piśmie procesowym z dnia 21.06.2024 r. podał: (...) w uzupełnieniu do zgłoszonego przystąpienia, podtrzymuję wniosek o uwzględnienie odwołania i przedstawiam poniższą argumentację.

I. Co do zarzutów dotyczących określonych w dokumentach zamówienia warunków udziału w postępowaniu (zarzuty 1a i 1b): Przystępujący w pełni popiera stanowisko i argumenty Odwołującego.

II. Co do zarzutu dotyczącego terminu realizacji wdrożenia, związanej z tym możliwości odstąpienia od umowy, jak również terminu opracowania harmonogramu (zarzut 2a) oraz zarzutu dotyczącego określenia terminu odbioru Systemu Monitorowania (zarzut 3i): Przystępujący w pełni popiera stanowisko i argumenty Odwołującego.

III. Co do zarzutu dotyczącego przewidzianego w dokumentach zamówienia prawa Zamawiającego do odstąpienia od Umowy w przypadku „niepodpisania w terminie 4 (czterech) miesięcy od Daty Początkowej Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 50% Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy” (zarzut 2b): Przystępujący w pełni popiera stanowisko i argumenty Odwołującego.

IV.Co do zarzutu dotyczącego terminu przedstawienia kalkulacji dotyczącej zamówienia podobnego oraz dodatkowych wyjaśnień (zarzut 2c): Przystępujący w pełni popiera stanowisko i argumenty Odwołującego.

V.Co do zarzutu dotyczącego limitu odpowiedzialności w zakresie kar umownych i bonifikat (zarzut 2d): Przystępujący w pełni popiera stanowisko i argumenty Odwołującego.

VI. Co do zarzutu dotyczącego możliwości wypowiedzenia umowy (zarzut 2e): Przystępujący w pełni popiera stanowisko i argumenty Odwołującego.

VII. Co do zarzutu dotyczącego określenia w dokumentach zamówienia 60-dniowego terminu uruchomienia łącza dla łączy kategorii T0–T4 w ramach opcji (zarzut 3c):Przystępujący w pełni popiera stanowisko i argumenty Odwołującego.

VIII. Co do zarzutu dotyczącego określenia w dokumentach 1-tygodniowego terminu uruchomienia łącza T7 lub Zestawu Mobilnego dla łączy w kategorii T5-T6 oraz uruchomienia łączy docelowych w terminie 90 dni (zarzut 3d): Przystępujący w pełni popiera stanowisko i argumenty Odwołującego.

IX. Co do zarzutu dotyczącego przewidzenia w dokumentach zamówienia możliwości uruchomienia łączy tymczasowyc na czas do 3 miesięcy dla łączy kategorii T5–T6 w lokalizacjach, w których Wykonawca rozpoczął budowę infrastruktui docelowej, z dopuszczeniem w tym czasie zastosowania łączy w kategorii niższej zaakceptowanej przez Zamawiającego lub Zestawów Mobilnych (zarzut 3e): 1. Przystępujący w pełni popiera stanowisko i argumenty Odwołującego. 2.

Podkreślenia wymaga, że możliwość zastosowania rozwiązania tymczasowego zależy od wyłącznej decyzji Zamawiającego, z OPZ wynika, że taka decyzja może zostać podjęta przez Zamawiającego dopiero na etapie wdrożenia. Oznacza to, że Wykonawca przygotowując ofertę i kalkulując koszty i cenę nie ma podstaw do założenia, że będzie mógł zastosować rozwiązanie tymczasowe. Uprawnienie Wykonawcy do ewentualnego skorzystania z rozwiązania tymczasowego dla określonej liczby lokalizacji powinno być dla przewidziane w sposób jednoznaczny w SWZ tak, aby ten element świadczenia został uwzględniony już w toku przygotowania oferty składanej w Postępowaniu.

X. Co do zarzutu dotyczącego przewidzenia w dokumentach zamówienia obowiązku Wykonawcy przekazania w terminie 2 tygodni informacji o warunkach technicznych w danej lokalizacji na uruchomienie łącza (zarzut 3f): Przystępujący w pełni popiera stanowisko i argumenty Odwołującego.

XI. Co do zarzutu określenia w dokumentach zamówienia wygórowanych, nieadekwatnych, nadmiernych oraz zaburzających wzajemność świadczeń bonifikat (zarzut 3g): Przystępujący w pełni popiera stanowisko i argumenty Odwołującego.

XII.Co do zarzutu określenia w dokumentach zamówienia, że bonifikaty będą udzielane przez Wykonawcę w oparciu o dane źródłowe do wycień parametrów SLA pochodzące z systemu monitorowania Zamawiającego (zarzut 3h): 1. Przystępujący w pełni popiera stanowisko i argumenty Odwołującego.2. Zaskarżone wymaganie Zamawiającego jest nieadekwatne do warunków świadczenia usługi, za które odpowiada Wykonawca i przerzucające na Wykonawcę odpowiedzialność za czynniki, na które Wykonawca nie ma wpływu. 3. System monitorowania Zamawiającego nie jest znany Wykonawcy. Wykonawca nie ma dostępu do tego systemu, nie ma wiedzy jaki konkretnie "odcinek" usługi będzie ten system monitorował, jak będzie skonfigurowany, etc. Jednocześnie Zamawiający stawia wymaganie, aby na podstawie wyniku z tego systemu – systemu Zamawiającego, Wykonawca sam naliczał dla siebie ewentualne kary i bonifikaty. 4. Wykonawca – nie mając dostępu online do systemu monitorowania Zamawiającego, a jedynie otrzymując raporty po zakończeniu danego miesiąca - nie będzie miał możliwości zareagowania na zdarzenia, przykładowo dokonując przebudowy łącza, poprawiając jakość pracy łącza, itp. 5. Zasadne jest żądanie zmiany treści SWZ w ten sposób, aby rozliczanie SLA dla parametrów jakościowych, jakie są wymagane przez Zamawiającego oraz przeprowadzenie odbioru zainstalowanego w danej placówce łącza, dokonywane było na podstawie systemu monitorowania wdrożonego przez Wykonawcę, a nie na podstawie systemu monitorowania Zamawiającego. (...)

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 21.06.2024 r.) podał:

(...)

Po przeanalizowaniu zarzutów i żądań Odwołującego, Zamawiający:

1.uwzględnia Odwołanie w zakresie:

- a.Zarzutów 1a i 1b, w związku z czym uwzględnione zostają żądania zawarte w pkt 1.
- b.Zarzutu 2c, w związku z czym uwzględnione zostają żądania zawarte w pkt 4.
- c.Zarzutu 3f, w związku z czym uwzględnione w całości zostaje żądanie nr 13.
- d.Zarzutu 4, w związku z czym uwzględnione zostaje żądanie nr 18

2.częściowo uwzględnia:

- a.Zarzut 2, żądania nr 2a, 2b, 2c i 2d
- b.Zarzut 2b, żądanie nr 3,
- c.Zarzut 2e, żądanie nr 7,
- d.Zarzut 3d, żądanie nr 11,
- e.Zarzut 3e, żądanie nr 12
- f.Zarzut 3g, żądanie nr 14

g. Zarzut 3h, żądania nr 15 i 16,

h. Zarzut 3i, żądanie nr 17, w związku z czym Zamawiający dokonuje modyfikacji dokumentów zamówienia w sposób opisany w uzasadnieniu niniejszej odpowiedzi.

3. Zamawiający wnosi o oddalenie Odwołania w pozostałej części.

W uzasadnieniu stanowiska podał:

Zarzuty uwzględnione

Zamawiający uznał odwołanie za uzasadnione w zakresie:

a. Zarzutów 1a i 1b, w związku z czym uwzględnione zostają żądania zawarte w pkt 1.

b. Zarzutu 2c, w związku z czym uwzględnione zostają żądania zawarte w pkt 4.

c. Zarzutu 3f, w związku z czym uwzględnione w całości zostaje żądanie nr 13.

d. Zarzutu 4, w związku z czym uwzględnione zostaje żądanie nr 18.

4. Zarzuty uwzględnione w części

Zamawiający uznał odwołanie za częściowo uzasadnione w zakresie poniżej wskazanych żądań: 2 a, 2 b 2 c i 2 d w związku z tym dokona wskazanych poniżej modyfikacji SWZ:

a. Zarzut 2, żądania 2 a, 2 b, 2 c i 2 d Zamawiający uznał za częściowo uzasadnione i w związku z tym dokona modyfikacji SWZ w taki sposób, że dotychczasowy wymóg z pkt 2.4. Projektu umowy dla części I, II i III w zdaniu trzecim i czwartym oraz pkt. VI ppkt. 1 SWZ w zdaniu trzecim i czwartym otrzyma brzmienie:

„Prace Wdrożeniowe będą realizowane przez Wykonawcę od Daty Początkowej przez okres 7 (słownie: siedmiu) miesięcy. Po upływie 1 (słownie: jednego) miesiąca od podpisania Całościowego Protokołu Odbioru Wykonawca rozpocznie świadczenie Usług we wszystkich Lokalizacjach wskazanych w Załączniku nr 2 – Wykaz Lokalizacji.”

W ocenie Zamawiającego termin realizacji prac wdrożeniowych jest adekwatny do wymaganego zakresu prac, jednak wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Wykonawców, Zamawiający dokonuje jego przedłużenia.

Odwołujący opiera swoje żądanie na własnych oczekiwaniach co do czasochłonności poszczególnych działań podejmowanych w ramach prac wdrożeniowych, a nie obiektywnych okolicznościach implikujących konieczność wydłużenia terminu.

W tym miejscu należy zauważyć, że obecnie realizowana umowa nr K0076484 z dnia 25 marca 2019r. na świadczenie usług WAN obejmuje dużo szerszy zakres, bowiem obejmuje ponad 4790 lokalizacji, a każda lokalizacja posiada łącze podstawowe i zapasowe, co daje ponad 9580 łączy. Umowa jest świadczona w formie usługowej i Wykonawca w trakcie wdrożenia musiał, oprócz uruchomienia łączy, skonfigurować i zainstalować routery CE w każdej lokalizacji oraz centralną infrastrukturę sterującą. Wdrożenie trwało tylko 8 miesięcy od dnia jej zawarcia, tj. od 25 marca 2019 r. do 30 listopada 2019 r., pomimo, że – jak zaznaczono powyżej, zakres wdrożenia był kilkakrotnie większy.

Obecne Postępowanie prowadzone jest w innej formule i w tym postępowaniu wykonawcy dostarczają tylko łącza. Nie uruchamiają usługi transmisji danych jako takiej. Dodatkowo przetarg podzielony jest na 3 Części i Zamawiający oczekuje przynajmniej dwóch Wykonawców. Łącznie do uruchomienia jest 5312 łączy (Cześć I – 536, Część II – 112, Część III – 4664 (łącza do internetu) a nie ponad 9580 jak dotychczas. Dlatego czas określony przez Zamawiającego jest realny i wystarczający.

e. Zarzut 2b żądanie 3 Zamawiający uznał za częściowo uzasadnione, w związku z czym dokona modyfikacji SWZ w taki sposób, że:

pkt 14.2.2. projektu umowy dla Części I otrzyma brzmienie:

niepodpisania w terminie 4 (czterech) miesięcy od Daty Początkowej Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 40% (czterdziestu procent) Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy;

pkt 14.2.2. projektu umowy dla Części III otrzyma brzmienie:

14.2.2. niepodpisania w terminie 5 (pięciu) miesięcy od Daty Początkowej Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 50% (pięćdziesięciu procent) Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy;”

Zamawiający podkreśla, że uprawnienie do odstąpienia od umowy nie jest sankcją, tylko sposobem rozwiązania istotnego problemu Zamawiającego, jakim jest brak postępów w realizacji kluczowego projektu umożliwiającego realizację zadań Poczty Polskiej. Umowa musi być realizowana zgodnie z założonym harmonogramem, w szczególności niedopuszczalna jest sytuacja, w której przez pierwsze miesiące Wykonawca nie podejmuje żadnych czynności lub występują istotne problemy, a całość lub większość prac wykonywana jest w ostatnim okresie. Brak realizacji tak istotnej części umowy w uzgodnionych terminach oznaczałoby, że Wykonawca w praktyce nie jest zdolny do wykonania zamówienia, w związku z czym konieczne jest podjęcie działań naprawczych, w tym zmierzających do realizacji projektu z udziałem innego wykonawcy. Równocześnie, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom

Odwołującego, Zamawiający dokonał obniżenia parametrów uzasadniających wykorzystanie omawianego mechanizmu.

f. Zarzut 2 e, żądanie 7 Zamawiający uznał za częściowo uzasadnione, w związku z czym dokona modyfikacji SWZ w taki sposób, że:

pkt 14.9.1 projektu umowy dla Części I uzyska brzmienie: liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla:

(a) kategorii łączy T0 wyniesie więcej niż 4 Awarie; lub

(b) kategorii łączny T1-T4 wyniesie więcej niż 6 Awarii; lub

(c) kategorii łączny T5 wyniesie więcej niż 20 Awarii;

pkt 14.9.1 projektu umowy dla Części II uzyska brzmienie: liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla:

(1) kategorii łączny T0 wyniesie więcej niż 4 Awarie; lub

(b) kategorii łączny T1-T4 wyniesie więcej niż 6 Awarii;

pkt 14.9.1 projektu umowy dla Części III uzyska brzmienie:

liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla:

(a) kategorii łączny T0 Awaria obydwu łączny wyniesie więcej niż 4 (cztery); lub

(b) kategorii łączny T0 wyniesie więcej niż 8 (osiem) Awarii; lub

(c) kategorii łączny T5 i T6 wyniesie więcej niż 30 (trzydzieści) Awarii;

oraz

W projektach umowy dla Części I, II i III wykreślony zostanie pkt 14.9.2.

Kwestionowane postanowienia projektowanej umowy przewidują uprawnienie Zamawiającego do zakończenia współpracy z wykonawcą, który nie zapewnia wymaganego poziomu usługi, w stopniu tak istotnym, że uniemożliwia to Zamawiającemu realne korzystanie z Sieci WAN. Postulowane przez Odwołującego dalsze obniżenie poziomu jakości usługi jest nieakceptowalne. Należy podkreślić, że okoliczności uzasadniające wypowiedzenie umowy mają realne przełożenie na funkcjonowanie organizacji Zamawiającego i w razie ich wystąpienia konieczne będzie poszukiwanie rozwiązań umożliwiających realizację jego zadań, w tym także zastąpienie dotychczasowego wykonawcy podmiotem, który jest zdolny do wykonania zamówienia. Dodatkowo, wymagania Zamawiającego nie są wygórowane, ale odpowiadają realiom projektowym. Przykładowo, powtarzające się awarie łączny o kategorii T-0 nie są możliwe do zaakceptowania, ponieważ mają one charakter krytyczny z uwagi na fakt, że cały system zarządzania siecią WAN znajduje się w lokalizacjach o tej kategorii. Oznacza to, że awaria łączny powoduje brak możliwości komunikacji także w lokalizacjach o niższych kategoriach. Równocześnie, Zamawiający, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Wykonawcy, obniża dotychczasowe parametry w przedmiotowym zakresie.

g. Zarzut 3d żądanie 11 Zamawiający uznał za częściowo uzasadnione, w związku z czym dokona modyfikacji SWZ w taki sposób, że ust. 1.1 pkt 4 ppkt 4.1 Rozdziału 3 OPZ uzyska brzmienie:

Dla łączny w kategorii od T5–T6 Zamawiający wymaga uruchomienia łączny T7 lub Zestawu Mobilnego w terminie do 2 tygodni od daty zgłoszenia, a łączny docelowe muszą być uruchomione w terminie do 90 dni od zgłoszenia.

Zamawiający nie zgadza się z oceną, że przewidziany w SWZ tygodniowy termin jest nierealny i konieczne jest jego wydłużenie do aż trzech tygodni. Realizacja omawianego wymagania możliwa jest w szczególności poprzez dostarczenie zestawu mobilnego, co nie wymaga żadnych prac projektowych czy instalacyjnych, a jedynie dostarczenia urządzenia (routera) z kartą SIM, fizycznie do placówki Zamawiającego. Podmiot profesjonalnie świadczący usługi objęte przedmiotowym zamówieniem nie powinien mieć żadnego problemu z realizacją tego rodzaju zadania w tygodniowym terminie. Wychodząc jednak naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego, Zamawiający wydłuża kwestionowany termin do dwóch tygodni.

h. Zarzut 3e żądanie 12 Zamawiający uznał za częściowo uzasadnione, w związku z czym dokona modyfikacji SWZ w taki sposób, że ust. 1.1 pkt 4 ppkt 4.2 Rozdziału 3 OPZ uzyska brzmienie:

Dla łączny kategorii T5–T6 Zamawiający dopuszcza uruchomienie łączny tymczasowych, na czas do 4 miesięcy, dla Lokalizacji w których Wykonawca rozpoczął budowę infrastruktury docelowej. W tym czasie dopuszcza się zastosowanie łączny w kategorii niższej, zaakceptowanej przez Zamawiającego lub Zestawów Mobilnych. Zastosowanie Zestawów Mobilnych wymaga uprzedniego uzyskania zgody Zamawiającego, w tym w zakresie wykorzystania w danej Lokalizacji listy dopuszczalnych operatorów infrastrukturalnych sieci ruchomych (4G/5G/LTE).

Należy podkreślić, że rozwiązanie proponowane przez Zamawiającego stanowi z góry zakładane ustępstwo wobec wykonawców, polegające na tym, że Zamawiający dopuszcza sytuację, w której wykonawca rozpoczął budowę docelowej infrastruktury, lecz nie będzie w stanie uruchomić usługi w wymaganym terminie. W takiej sytuacji, Zamawiający dopuszcza uruchomienie na pewien czas rozwiązania zastępczego, czyli łączny tymczasowych. Łączny takie co do zasady są wykonywane w oparciu o infrastrukturę o gorszych parametrach, co oznacza ograniczenie jakości usług. Nie jest dopuszczalne, by stan „tymczasowy”, czyli świadczenie usług o ograniczonej funkcjonalności, utrzymywał się przez okres wskazywany przez Odwołującego, czyli przez aż pół roku. Równocześnie, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego, Zamawiający wydłuża kwestionowany czas do 4 miesięcy.

i. Zarzut 3g, żądanie 14 Zamawiający uznał za częściowo uzasadnione, w związku z czym dokona modyfikacji SWZ polegającej na obniżeniu wysokości bonifikat o około 10% (odpowiednie zmiany zostały wprowadzone do dokumentów zamówienia).

j. Zarzut 3h, żądania 15 i 16 Zamawiający uznał za częściowo uzasadnione, w związku z czym dokona modyfikacji SWZ w taki sposób, że pkt. 1 Rozdziału 5 OPZ uzyska brzmienie:

„1. Bonifikaty udzielane są przez Wykonawcę w przypadku niedotrzymania w danym okresie jakościowych warunków

świadczenia usług (SLA i QoS) opisanych poniżej (por. tabele 2–8).

1.1. Wykonawca przekaże niezbędne dane źródłowe do wyliczeń parametrów SLA w ramach raportu miesięcznego. Dane źródłowe będą dostępne także dla Zamawiającego w trybie online za pośrednictwem Systemu Monitorowania w Części I i Części II, a także dla łączy T0 w Części III.

1.2. W przypadku łączy T5-T7 w Części III dane źródłowe do wyliczeń parametrów SLA w ramach raportu miesięcznego będą pochodziły z Systemu Monitorowania Zamawiającego. Na etapie przygotowania projektu technicznego zostanie uzgodniony i udokumentowany w Opisie Technicznym sposób dostępu Wykonawcy do Systemu Monitorowania Zamawiającego, z uwzględnieniem dostępu do informacji dotyczących monitorowanych paramaterów SLA oraz danych źródłowych wykorzystywanych do ich obliczenia.”

Żądanie w brzmieniu zawartym w odwołaniu nie jest możliwe do uwzględnienia. Zamawiający nie oczekuje zbudowania przez Wykonawcę systemu monitorowania ani wykorzystywania w projekcie systemu monitorowania Wykonawcy dla części III, dla łączy o kategoriach T-5 – T-7 – nie jest to przedmiotem zamówienia. System tego rodzaju budowany jest w ramach projektu dostawy urządzeń SD-WAN i bonifikaty będą naliczane w oparciu o dane pochodzące z tego systemu. Wykonawca ma możliwość dostępu do systemu monitorowania i możliwość weryfikowania prawidłowości danych. Zamawiający dokonał modyfikacji, która precyzuje tą kwestię i zabezpiecza – w ocenie Zamawiającego – słuszny interes Wykonawcy.

k. Zarzut 3i, żądanie 17 Zamawiający uznał za częściowo uzasadnione, w związku z czym dokona modyfikacji SWZ w taki sposób, że pkt.1.2 ppkt 23 OPZ w Rozdziale 1 OPZ uzyska brzmienie:

Działający System Monitorowania jest wymogiem koniecznym do odbioru uruchomionych łączy, dlatego też jego odbiór musi nastąpić nie później niż 4 miesiące od podpisania Umowy z zastrzeżeniem że funkcjonalności dotyczące Raportów Systemu Monitorowania muszą być uruchomione w terminie do 6 miesięcy od podpisania umowy.

System monitorowania powinien posiadać w szczególności posiadać moduł pomiaru łączy, który jest niezbędny do weryfikacji parametrów uzasadniających odbiór. Wykonanie tego systemu w terminie 4 miesięcy od zawarcia umowy jest kluczowe z uwagi na zakładany harmonogram odbioru łączy. Zamawiający, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego, dopuszcza jednakże uruchomienie niektórych funkcjonalności Systemu Monitorowania w terminie o 2 miesiące późniejszym.

5. Zarzuty nieuwzględnione

Zamawiający nie uwzględnił następujących zarzutów i żądań:

a. Zarzut 2, żądanie 2 e

Zamawiający nie uznaje zarzutu za uzasadniony. Kwestionowane postanowienie wzoru umowy dotyczy trybu uzgadniania pomiędzy Stronami szczegółowego harmonogramu realizacji projektu. Żądanie założenia z góry, że przy takich uzgodnieniach nie będą brane pod uwagę jakiegokolwiek okoliczności dotyczące organizacji Zamawiającego, jest z definicji niemożliwe do uwzględnienia. Istotą uzgodnień jest bowiem właśnie dostosowanie harmonogramu do potrzeb Zamawiającego i możliwości Wykonawcy, z uwzględnieniem np. dokładnie takich uwarunkowań, jakich pominięcia domaga się Wykonawca, czyli równoległe prowadzonych projektów mających wpływ na realizację umowy. Kwestionowane postanowienie ma w istocie charakter informacyjny – także w razie jego wykreślenia

Zamawiający musiałby w procesie uzgodnień harmonogramu brać pod uwagę uwarunkowania związane z wdrożeniem rozwiązania SD-WAN.

b. Zarzut 2, żądanie 2 f

Zamawiający nie uznaje zarzutu za uzasadniony. Kwestionowane postanowienie przewiduje ogólną klauzulę zobowiązującą Wykonawcę do współdziałania z innymi uczestnikami projektu budowy sieci WAN. Potrzeba takiej współpracy jest naturalna, bowiem dostawa łączy oraz dostawa urządzeń SD-WAN składają się na jedno rozwiązanie zapewniające Zamawiającemu dostęp do Internetu i realizację zakładanych funkcjonalności. Zakres niezbędnego współdziałania na obecnym etapie nie jest możliwy do przewidzenia – analogicznie, jak nie jest możliwy do ustalenia konkretny zakres wynikającego z przepisów prawa obowiązku współdziałania Zamawiającego. Jest oczywiste, że w projektach o tak dużej skali i wartości, jak objęty przedmiotowym zamówieniem, nie jest możliwe precyzyjne opisanie wszelkich działań, które przez cały okres realizacji umowy mają być podejmowane przez Strony. Równocześnie Zamawiający potwierdza, że nadzór i koordynacja realizacji prac Wykonawców spoczywa na Zamawiającym, przy czym jest to okoliczność niewymagająca dokonywania jakichkolwiek zmian w treści dokumentów zamówienia.

c. Zarzut 2 d, żądanie nr 5 i 6

W ocenie Zamawiającego żądanie Odwołującego nie zmierza do „doprecyzowania” treści SWZ, lecz do zmiany sposobu rozliczeń w wypadku obniżenia jakości usługi, poprzez zastosowanie mechanizmu bonifikat. Żądania sprowadzając się do istotnego (o połowę) obniżenia limitu bonifikat, przy czym należy zwrócić uwagę, że kwestionowany limit 100% wynagrodzenia dotyczy konkretnej lokalizacji, a nie wynagrodzenia łącznego. Tak więc nawet w razie obniżenia jakości usługi tak znacznie, że naliczone zostaną bonifikaty w maksymalnej wartości, nie będzie to oznaczało utraty przez Wykonawcę wynagrodzenia, lecz jedynie wynagrodzenia dla lokalizacji, w której doszło do obniżenia jakości. Równocześnie Zamawiający zwraca uwagę na fakt, iż w związku z innymi postulatami Wykonawców, wysokość bonifikat uległa obniżeniu.

d. Zarzut 3a, żądanie nr 8

Zamawiający nie uznaje zarzutu za uzasadniony. W obecnie zawartej umowie w przedmiocie świadczenia usług sieci WAN faktycznie występują łącza wskazywane przez Wykonawcę, jednak są to łącza w technologii IP-VPN z gwarancjami lokalizacji jakościowych. Wskutek przedmiotowego postępowania łącza te mają zostać zastąpione łączami internetowymi bez gwarancji, ale z większą przepustowością co wynika z potrzeb biznesowych Zamawiającego. Dotychczasowe łącza w niektórych lokalizacjach są wykorzystywane bardzo intensywnie (w szczególności upload) co utrudnia świadczenie usług dla klientów. Uwzględnienie żądania oznaczałoby, że część placówek pocztowych nie mogłaby świadczyć usług dla Klientów, w tym takich, jak telefonia IP, przekazywanie informacji o doręczeniach przesyłek sądowych, płatności elektroniczne czy wypłaty z rachunku Banku Pocztowego (realizowane przez placówki pocztowe). Duża przepustowość łącza wymagana jest także dla realizacji zadań takich, jak monitoring placówek. Zamawiający nie może więc zaakceptować poziomów wskazywanych przez Odwołującego w żądaniu.

e. Zarzut 3b, żądanie nr 9

Zamawiający nie uznaje postulatu wykreślenia ust. 1.2. pkt 2 oraz ust. 1.3. pkt 5 rozdziału I OPZ za uzasadniony. Wymagania te są niezbędne dla zachowania bezpieczeństwa i stabilności usług sieci WAN. Równocześnie Zamawiający informuje, że zmodyfikuje kwestionowane postanowienia i nada im brzmienie:

ust. 1.2. pkt 2:

Łącza T0-T3 w Części II muszą być realizowane z zapewnieniem, że dla danej lokalizacji nie będzie współdzielonych elementów infrastruktury na odcinku od węzła sieci szkieletowo-dystrybucyjnej Wykonawcy do Urzędnia CE Wykonawcy (tzw. „ostatnia mila”) z Częścią I. oraz

ust. 1.3. pkt 5:

Łącza T5 w Części III muszą być realizowane z zapewnieniem, że dla danej lokalizacji nie będzie współdzielonych elementów infrastruktury na odcinku od węzła sieci szkieletowo-dystrybucyjnej Wykonawcy do Urzędnia Brzegowego Wykonawcy (tzw. „ostatnia mila”) z Częścią I.

Jednocześnie, Zamawiający nie może zaakceptować rezygnacji z zakazu współdzielenia elementów infrastruktury na potrzeby realizacji poszczególnych Części. Należy mieć na uwadze, że w zakresie Części I i II Zamawiający ograniczył liczbę części zamówienia, którego może udzielić jednemu Wykonawcy, zgodnie z np. 91 ust. 3 PZP. Oznacza to, że Część I i II będą realizowali różni wykonawcy, co ma np. zmniejszyć ryzyko zakłóceń obejmujących obie Części jednocześnie. Ograniczenie w zakresie współdzielonych elementów infrastruktury jest elementem założonej pierwotnie mitygacji ryzyk i ma na celu uniknięcie sytuacji, w której awaria jednego elementu infrastruktury zakłóci realizację więcej niż jednej Części jednocześnie. Innymi słowy, celem Zamawiającego jest, aby wykonawcy realizujący poszczególne Części nie korzystali z tej samej drogi kablowej, co jest podyktowane przede wszystkim kwestiami bezpieczeństwa i dążeniem do zapewnienia ciągłości świadczenia usług.

Dotychczas, taka praktyka pozwoliła Zamawiającemu niejednokrotnie uniknąć awarii krytycznych. Zdarza się bowiem, że np. podczas robót budowlanych drogi kablowe są uszkodzane, a dzięki ograniczeniom we współdzieleniu elementów infrastruktury, takie uszkodzenie nie zakłóca działania całej sieci.

f. Zarzut 3c, żądanie 10

Zarzut oraz żądanie Odwołującego są niezrozumiałe, a wskazywane przez Odwołującego postanowienia nie wymagają ujednoczenia. Pkt 8.11 Umowy przewiduje, że podstawowy termin realizacji zamówienia wynikającego z Opcji wynosi 60 dni, a za zgodą Zamawiającego, w wypadku uzasadnionego wniosku Wykonawcy, może być przedłużony do 90. Pomędzy wskazywanymi postanowieniami nie występuje więc sprzeczność.

Sygn. akt: KIO 1964/24

Wykonawca NETIA (Odwołujący NETIA) podał, że (...):

Odwołujący wnosi odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu i zarzuca naruszenie przez Zamawiającego:

1.art. 99 ust. 1, 2 i 4 oraz art. 16 pkt 1) i 3), art. 17 ust. 1 Ustawy, poprzez:

a)w zakresie części I, II określenie w SWZ pkt. VI ppkt 1 oraz w pkt. 2.4 projektu umowy stanowiącego Załącznik nr 11 a i 11 b, sześciomiesięcznego terminu na prace wdrożeniowe;

b)w zakresie części III określenie wSWZ pkt. VI ppkt 1 oraz w pkt. 2.4 projektu umowy stanowiącego Załącznik nr 11c, sześciomiesięcznego terminu na prace wdrożeniowe;

w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia, jako terminu zbyt krótkiego, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i faktycznie uniemożliwiający realizację przedmiotu zamówienia w wyznaczonym terminie;

2.w zakresie części I, II, III Postępowania, naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 oraz art. 16 i 17 ust. 1 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia sposób nieprecyzyjny, nieproporcjonalny, niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów, opisanie cech usług w sposób nieproporcjonalny do wartości i celów przedmiotu zamówienia, w zakresie w jakim Zamawiający:

a)dla części I, II w Załączniku nr 3 (OPZ) Rozdział 1 pkt. 1.2 ppkt. 2 nie doprecyzował co należy rozumieć pod

twierdzeniem, że „łącza T0-T5 muszą być realizowane na bazie własnej infrastruktury lub łączy na odcinku „ostatniej mili” oraz uniemożliwił dla części II w danej lokalizacji realizację łączy przy współbieżnych odcinkach dla „ostatniej mili” z częścią I.

b) dla części III, w Załączniku nr 3 (OPZ) Rozdział 1 pkt. 1.3 ppkt. 5 nie doprecyzował co należy rozumieć pod twierdzeniem, że „łącza T5 muszą być realizowane na bazie własnej infrastruktury i/lub łączy na odcinku „ostatniej mili” oraz uniemożliwił dla części III w danej lokalizacji realizację łączy przy współbieżnych odcinkach dla „ostatniej mili” z częścią I.

c) dla części I, II, III w Załączniku nr 3 (OPZ), Rozdział 3 pkt 1.4. ppkt 1 oraz w Rozdziale 4 pkt 1.5. ppkt 3 zaniechał opisanie wymagań do zbudowania wymaganej komunikacji i nie opisał parametrów, jakie ma spełniać wymagane API;

3.art. 483 Kodeksu cywilnego, art. 3531 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy oraz art. 16 Ustawy poprzez sporządzenie dokumentacji Postępowania w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę a także naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia sposób nieprecyzyjny, nieproporcjonalny, niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów, opisanie cech usług w sposób nieproporcjonalny do wartości i celów przedmiotu zamówienia, w zakresie w jakim Zamawiający:

a) przewidział dla części I, II i III w projekcie umów stanowiących załączniki nr 11a, 11b, 11c, pkt 14.9.1 prawo wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku, gdy: liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla:

(a) kategorii łączy T0 wyniesie więcej niż 6 (sześć) Awarii; lub

(b) kategorii łączy T5 i T6 wyniesie więcej niż 30 (trzydzieści) Awarii;

b) przewidział dla części I, II i III w projekcie umów stanowiących załączniki nr 11a, 11b,

11c, pkt 14.9.2 prawo wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym w

przypadku, gdy czas usunięcia Awarii dla którejkolwiek z kategorii łączy lub Systemu Monitorowania zostanie przekroczony o więcej niż 500% (pięćset procent) względem gwarantowanego poziomu SLA określonego w Tabeli nr 6 w OPZ;

c) przewidział dla części I, II i III, w Załączniku nr 3 (OPZ), w wierszu 2 Tabeli nr 11 (str. 30 OPZ) definicję Awarii Masowej jako : „wystąpienie Awarii powodujących jednoczesne pozbawienie usługi dla minimum 10 Lokalizacji z tym samym problemem na danym obszarze lub w ramach podłączenia do konkretnych zasobów dostępowych, spowodowanych czynnikami leżącymi po stronie infrastruktury sieciowej Wykonawcy, zgłoszone przez Zamawiającego”;

d) przewidział dla części I, II i III w projekcie umów stanowiących załączniki nr 11a, 11b,

11c, pkt 13.8, 13.9, 13.10, 13.11, 13.12, 13.13 dotkliwe kary umowne oraz w Rozdziale 5 OPZ, w tabelach 2-8 bonifikaty za naruszenie SLA;

e) przewidział dla części III w Załączniku nr 3 (OPZ), Rozdział 5, pkt 1, że dane niezbędne do rozliczania bonifikat będą pochodziły z Systemu Monitorowania Zamawiającego;

f) przewidział dla części III, w Załączniku nr 3 (OPZ), Rozdział 5 pkt 5, że „W Części III dla Lokalizacji z łączyami o kategorii T0, bonifikaty za niedotrzymanie wymagań SLA będą naliczane niezależnie dla każdego z łączy w danej Lokalizacji od wartości 60% Wynagrodzenia za Usługi dla danej Lokalizacji”;

g) przewidział dla części I, II III , w Załączniku nr 3 (OPZ), Rozdział 5 pkt 7, 2 dniowy termin na potwierdzenie czasu i przyczyn Awarii Masowych;

h) przewidział dla części I, II i III, w Załączniku nr 3 (OPZ), Rozdział 5, pkt 14, że „gwarantowane są parametry jakościowe (QoS) dla dowolnej pary Lokalizacji. Bonifikaty naliczane są na podstawie pomiaru parametrów jakości z Lokalizacji T0, zaś Zamawiający może dodatkowo badać zgodność parametrów jakości pomiędzy dwoma dowolnymi Lokalizacjami w sieci WAN Zamawiającego z wartościami parametrów QoS”;

i) przewidział dla części I, II i III w projekcie umów stanowiących załączniki nr 11a, 11b, 11c, pkt 15.5., możliwość wydłużenia Umowy w przypadku przesunięcia harmonogramu wdrożenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub na czas odrębnych umów zawartych przez Zamawiającego w przedmiocie dostawy Urządzeń SD-WAN, „przy jednoczesnym zachowaniu stawek Opłat Instalacyjnych oraz stawek Wynagrodzenia za Usługi objętych Ofertą Wykonawcy.

Wniosek co do rozstrzygnięcia:

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

1a) określenie terminu realizacji prac wdrożeniowych wskazanych w pkt. VI ppkt. 1 SWZ oraz pkt. 2.4. projektu umowy Załącznik nr 11a, 11b na 8 miesięcy od daty początkowej;

wykreślenie w pkt. VI ppkt. 1 SWZ oraz pkt. 2.4. projektu umowy Załącznik nr 11a, 11b zdania Po 2 (dwóch) miesiącach od zakończenia Prac Wdrożeniowych, Wykonawca będzie świadczył Usługi we wszystkich Lokalizacjach wskazanych w Załączniku nr 2;

1b)określenie terminu realizacji prac wdrożeniowych wskazanych w pkt. VI ppkt. 1 SWZ oraz pkt. 2.4. projektu umowy Załącznik nr 11 c na 9 miesięcy od daty początkowej.

wykreślenie w pkt. VI ppkt. 1 SWZ oraz pkt. 2.4. projektu umowy Załącznik nr 11c zdania Po 2 (dwóch) miesiącach od zakończenia Prac Wdrożeniowych, Wykonawca będzie świadczył Usługi we wszystkich Lokalizacjach wskazanych w Załączniku nr 2;

2a)dla części I, II w Załączniku nr 3 (OPZ) Rozdział 1 pkt. 1.2 ppkt. 2,

doprecyzowanie co należy rozumieć pod twierdzeniem, że „łącza T0-T5 muszą być realizowane na bazie własnej infrastruktury lub łączy na odcinku „ostatniej mili” oraz wykreślenie części zdania: „pod warunkiem że dla Części II w danej lokalizacji nie będzie współbieżnych odcinków dla „ostatniej mili” z Częścią I”;

2b)dla części III, w Załączniku nr 3 (OPZ) Rozdział 1 pkt. 1.3 ppkt. 5

doprecyzowanie co należy rozumieć pod twierdzeniem, że „łącza T5 muszą być realizowana na bazie własnej infrastruktury i/lub łączy na odcinku „ostatniej mili” oraz wykreślenie w pkt.1.3 ppkt 5 Rozdziału 1 Załącznika nr 3 (OPZ) części zdania: „pod warunkiem, że dla części III w danej lokalizacji nie będzie współbieżnych odcinków dla „ostatniej mili” z Częścią I;

2c)wykreślenie pkt. 1.4 ppkt 1 z Rozdziału 3 i wykreślenie pkt. 1.5 ppkt. 3 z Rozdziału 4;

ewentualnie:

opisanie w wyczerpujący sposób wymagań do zbudowania wymaganej komunikacji oraz parametrów, jakie ma spełniać wymagane API, tak aby Wykonawca mógł wycenić koszty dostosowania systemów wykonawcy oraz realizacji łączy, które nie będzie miało współbieżnych odcinków.

3a)określenie pkt. 14.9.1 w Załącznikach 11a, 11b, 11c prawa wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym w następujący sposób:

„14.9.1. liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla:

(a)pojedynczego łączy w lokalizacji w kategorii łączy T0-T4 wyniesie więcej niż 10 Awarii dla pojedynczego łączy ; lub

(b)pojedynczego łączy w lokalizacji w kategorii łączy T5 wyniesie więcej niż 15 Awarii dla pojedynczego łączy”;

3b)wykreślenie pkt. 14.9.2 z projektów umów stanowiących Załącznik 11a, 11b, 11c;

3c)określenie w Załączniku nr 3 (OPZ), w wierszu 2 Tabeli 11 (str.30 OPZ) definicję Awarii Masowej jako:

„wystąpienie Awarii powodujących jednoczesne pozbawienie Usługi dla minimum 100

Lokalizacji z tym samym problemem na danym obszarze lub w ramach podłączenia do konkretnych zasobów dostępowych spowodowanych czynnikami leżącymi po stronie infrastruktury sieciowej Wykonawcy, zgłoszone przez Zamawiającego”

3d)obniżenie kary umownej przewidzianej w pkt 13.8, 13.9, 13.10, 13.11, 13.12, 13.13 projektów umów stanowiących załączniki nr 11a, 11b, 11c oraz bonifikat przewidzianych w Załączniku nr 3 (OPZ) w Rozdziale 5 w tabelach 2–8 dotyczących parametrów SLA - o 50%;

3e)wskazanie w pkt. 1 Rozdziału 5 Załącznika nr 3 (OPZ), że w przypadku łączy T5-T7 w Części III dane źródłowe do wyliczeń parametrów SLA w ramach raportu miesięcznego będą pochodziły z

Systemu Monitorowania Wykonawcy; ewentualnie

zobowiązanie Zamawiającego do przekazania Wykonawcy dostępu do swojego systemu, oraz pełnych danych źródłowe;

3f)wskazanie dla części III, w Załączniku nr 3 (OPZ), Rozdział 5 pkt 5, że:

„W Części III dla Lokalizacji z łączy o kategorii T0, bonifikaty za niedotrzymanie wymagań SLA będą naliczane niezależnie dla każdego z łączy w danej Lokalizacji od wartości 50% Wynagrodzenia za Usługi dla danej Lokalizacji”;

3g)wykreślenie pkt 7 z Rozdziału 5 Załącznika nr 3 (OPZ);

3h)określenie dla części I, II i III, w Załączniku nr 3 (OPZ), Rozdział 5, pkt 14, że:

„gwarantowane są parametry jakościowe (QoS) dla dowolnej pary Lokalizacji w ramach tej samej części zamówienia. Bonifikaty naliczane są na podstawie pomiaru parametrów jakości z Lokalizacji T0, zaś Zamawiający może dodatkowo badać zgodność parametrów jakości pomiędzy dwoma dowolnymi Lokalizacjami w sieci WAN Zamawiającego z wartościami parametrów QoS tylko w ramach tej samej części zamówienia”.

3i)usunięcie w projektach umów stanowiących załączniki nr 11a, 11b, 11c, w pkt 15.5., sformułowania „przy jednoczesnym zachowaniu stawek Opłat Instalacyjnych oraz stawek Wynagrodzenia za Usługi objętych Ofertą Wykonawcy”.

(...)

Wskazał (...) Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Wskazane w odwołaniu okoliczności uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej konkurencyjnej oferty w Postępowaniu. W konsekwencji, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia. Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, że Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 Ustawy.

W uzasadnieniu stanowiska podał:

Ad Zarzuty opisane w pkt 1a) i 1b)

Zamawiający oczekuje, że prace wdrożeniowe będą realizowane dla 536 lokalizacji w części I; „112 lokalizacji w części II i 4664 lokalizacje w części III przez Wykonawcę od Daty Początkowej przez okres 6 (słownie: sześciu) miesięcy”.

Okres ten, w świetle argumentów przedstawionych poniżej, nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia, jest zbyt krótki, i faktycznie uniemożliwia realizację przedmiotu zamówienia.

Odwolujący wskazuje, że przedmiot zamówienia obejmuje nie tylko świadczenie usług transmisji danych ale również budowę łączy w lokalizacjach Zamawiającego. Budowa łączy jest procesem długotrwałym, w którym muszą zostać uwzględnione czynniki atmosferyczne, ukształtowanie terenu, konieczność uzyskania pozwoleń na zajęcie pasa drogowego. Powszechnie wiadomym jest fakt, że samo uzyskanie decyzji administracyjnej jest procesem trwającym do kilku miesięcy. Możliwość rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych warunkowane jest koniecznością wykonania szeregu czynności przygotowawczych. Regułą jest, że wykonawcy najpierw podejmują czynności mające na celu przygotowanie się do świadczenia usługi, obejmujące zaprojektowanie i wybudowanie nowej infrastruktury lub pozyskanie istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej od podmiotów trzecich, a następnie przystępują do wykonywania „właściwych” usług telekomunikacyjnych. W zależności od warunków technicznych istniejących w danej lokalizacji Zamawiającego, Wykonawca może albo skorzystać z własnych łączy dostępowych (o ile je posiada), względnie je wybudować, ewentualnie wdzierżawić od innego operatora telekomunikacyjnego. Jednocześnie, w każdym scenariuszu musi dokonać wizji lokalnej we wszystkich lokalizacjach, przygotować projekt podłączenia, zamówić, dostarczyć, skonfigurować i zestawić odpowiednie urządzenia, przy czym regułą jest, że sama dostawa urządzeń dedykowanych do zapewnienia świadczenia usług obejmuje okres około 12 miesięcy. Wykonawcy przygotowując ofertę muszą zatem w sposób jednoznaczny ocenić w jakim czasie będą mogli przygotować się do rozpoczęcia wykonywania usług na rzecz Zamawiającego.

Odwolujący podnosi, iż na wykonanie czynności przygotowawczych, o których mowa powyżej, wykonawcy powinni mieć zagwarantowane co najmniej 8 miesięcy od dnia zawarcia Umowy dla części I i II oraz co najmniej 9 miesięcy od dnia zawarcia umowy dla części III. Tylko taki termin umożliwi wykonawcy, który nie posiada własnych łączy dostępowych we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego, należyte przygotowanie się do świadczenia usługi telekomunikacyjnej.

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

Warto pokreślić, że zgodnie pkt. 13.1 projektu Umowy dla części I, II, III, za nieukończenie Prac Wdrożeniowych dla danej Lokalizacji w terminie określonym w 2.4 Umowy, Zamawiający może naliczyć kary umowne w wysokości od 1350 zł do 40.000 zł, w zależności od kategorii łącza, za każdy dzień opóźnienia.

Minimalny czas niezbędny na wdrożenie usługi wynosi dla części I i II to 8 miesięcy; dla części III to 9 miesięcy. Jest to czas niezbędny dla przeprowadzenia wszystkich czynności koniecznych dla faktycznego doprowadzenia infrastruktury do nowych lokalizacji. Podkreślenia wymaga fakt, iż usługi należy dostarczyć do 536 lokalizacji w części I; do 112 lokalizacji w części II i do 4664 lokalizacje w części IIIz lokalizowanych na obszarze całego kraju. Należy zestawić po 2 łącza jednocześnie zachowując dla części rozdzielność dróg która implikuje konieczność budowy nowych przyłączy budynkowych redundantnych w stosunku do już istniejących w lokalizacji Zamawiającego wymagającej wykluczenia współbieżnych odcinków sieci. W przeciwieństwie to postępowania z 2018 r. należy zapewnić przyłącza redundantne bez względu na kategorię lokalizacji.

Wskazany powyżej okres determinowany jest koniecznością wystąpienia do dysponentów istniejącej infrastruktury o warunki dzierżawy kanalizacji teletechnicznych (minimum 2 miesiące), przeprowadzenia niezbędnych prac projektowych, poprzedzonych wizją lokalną w poszczególnych lokalizacjach i uzgodnieniami z Zamawiającym (minimum 3 miesiące) oraz właścicielami nieruchomości na terenie których mieszczą się lokalizacje Zamawiającego, zawarcia z dysponentem kanalizacji odpowiedniej umowy dzierżawy (do 2 miesięcy), zamówienia materiałów i urządzeń oraz ich dostawą (minimum 5 miesięcy, czas ten może się jednak wydłużyć nawet do 12 miesięcy), wykonania prac budowlanych (minimum 3 miesiące) oraz, w razie potrzeby, uzyskania wymaganych zgód, decyzji administracyjnych, w tym zezwoleń na zajęcie pasa drogowego, czy na zlokalizowanie w pasie drogowym obiektów budowlanych lub urządzeń, ustanowienia odpowiednich służebności.

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

Odwolujący wskazuje na przykładowe orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, z których wynika, iż termin realizacji

zamówienia powinien uwzględniać specyfikę przedmiotu zamówienia, okoliczności jego wykonania oraz przebieg procedury związanej z jego udzieleniem:

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

Ad Zarzuty opisane w pkt 2 a) i 2 b)

Umożliwienie wykorzystania łączy innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych w sposób opisany dla części I, II w Załączniku nr 3 (OPZ) Rozdział 1 pkt. 1.2 ppkt. 2 oraz dla części III, w Załączniku nr 3 (OPZ) Rozdział 1 pkt. 1.3 ppkt. 5 może prowadzić do sytuacji, w której wykonawca nie jest w stanie spełnić wymagań Zamawiającego.

Brak wiedzy o tym, w jaki sposób inny Wykonawca składający ofertę na łącza w części 1 zaprojektował swoją sieć i czy się może pokrywać z projektowaną siecią w części 2 lub części 3 w zakresie wykorzystania istniejącego przyłącza budynkowego oraz trasy sieci na odcinku ostatniej mili, tworzy warunki w których Wykonawca jest zmuszony zaprojektować i wycenić koszt budowy sieci oraz redundantnego przyłącza budynkowego w niemożliwym do przewidzenia miejscu, wykluczającym współbieżność tras sieci dla łączy w części 1 z łączami w części 2 lub 3. Spełnienie takiego wymogu jest możliwe jedynie w sytuacji, gdy usługi do każdej z Części zamówienia będzie dostarczał tylko jeden Wykonawca – posiada on wtedy pełną wiedzę o zaprojektowanym przebiegu każdego łącza. W świetle pkt XIX SWZ taki scenariusz jest jednak ograniczony jedynie do sytuacji, gdy w obu częściach oferty złoży tylko jeden Wykonawca, bowiem tylko w tym przypadku Zamawiający wybierze oferty tego samego Wykonawcy dla Części I i Części II.

Ad Zarzuty opisane w pkt 2c)

Obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie wymagań dotyczących sposobu realizacji zamówienia w sposób, który pozwoliłby na dokonanie jego wyceny. Wykonawca powinien dysponować pełną wiedzą dotyczącą przedmiotu zamówienia. Tymczasem, brak opisu wymagań interfejsu API wpływa na brak możliwości wyceny kosztów dostosowania systemów wykonawcy. Z kolei brak wiedzy odnośnie tego do jakiego łącza ma być zaprojektowane łącze, które nie będzie miało współbieżnych odcinków wpływa na brak możliwości wyceny kosztów realizacji takiego łącza.

Ad Zarzuty opisane w pkt 3 a)-i) Uwagi ogólne

Wskazać należy, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego, tworzy pomiędzy Zamawiającym i wykonawcą stosunek zobowiązaniowy, do którego w zakresie nieuregulowanym przepisami Ustawy, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Zasada swobody umów, o której mowa w art. 3531 Kodeksu cywilnego, a zgodnie z którą Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego doznaje na gruncie przepisów Ustawy istotnego ograniczenia. Wynika to z uprawnień i obowiązków Zamawiającego, wyrażonego w art. 134 pkt 20) Ustawy, do zawarcia w Specyfikacji Warunków Zamówienia istotnych postanowień umownych. W konsekwencji, Zamawiający jest uprawniony do samodzielnie ukształtowania warunków umowy, na których treść wykonawca nie ma żadnego wpływu. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający może kształtować warunki umowy w sposób całkowicie dowolny. Zgodnie z orzecznictwem KIO, „nie uznaje się zasadności argumentacji, że skoro waloryzacja została uregulowana w ustawie i uregulowane zostały zasady zamówień publicznych w art. 16 p.z.p., to odwołujący nie może powoływać się na przepisy kodeksu cywilnego. Przeciwnie, skoro ustawodawca w ustawie nie określił, że świadczenia zamawiającego i wykonawcy nie mają być ekwiwalentne, a jednocześnie nie uregulował zasady ekwiwalentności świadczeń wzajemnych w ustawie, to konieczne jest odwołanie się do kodeksu cywilnego i uregulowanej w nim zasady ekwiwalentności. W przeciwnym bowiem wypadku brak byłoby jednoznacznego miernika porównywalności świadczeń zamawiającego i wykonawcy przez pryzmat, którego można byłoby ocenić czy klauzula waloryzacyjna przewidziana przez zamawiającego pozwala na zachowanie tej równowagi w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Z delegacji ustawowej art. 8 ust. 1 Ustawy wynika, że skoro ustawodawca nie zdecydował się uregulować odmiennie charakteru zamówienia niż reguluje to umowa wzajemna na gruncie k.c., to możliwe jest odesłanie do art. 487 § 1 k.c. i wskazanie na konieczność oceny umowy przez pryzmat odpowiadania sobie świadczeń wzajemnych i oceny naruszenia tej równowagi także w taki sposób, który jest sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa i zasadami współżycia społecznego również nie pochwalamy nadużycia prawa prowadzącego do nierównej pozycji stron umowy wzajemnej”.

Ad Zarzuty opisane w pkt 3a)

Sankcja w postaci wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym w sytuacji opisywanej w pkt 14.9.1. projektów umów stanowiących załączniki nr 11a, 11b, 11c jest niewspółmierna i nieproporcjonalna do ewentualnej szkody poniesionej przez Zamawiającego. Odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z postanowieniami OPZ, w kategoriach T0-T4 i w kategorii T5 wszystkie łącza posiadają łącza redundantne, co oznacza, że placówki Zamawiającego będą miały zapewnione nieprzerwane działanie, pomimo wystąpienia awarii. Co więcej, za naruszenie warunków SLA (w tym za wystąpienie Awarii, Zamawiający przewidział możliwość naliczenia dotkliwych kar umownych, co stanowi rekompensatę poniesionej ewentualnie szkody z tego tytułu.

Ad Zarzuty opisane w pkt 3b)

Zgodnie z OPZ tabela nr 6, czas usuwania awarii dla kategorii T0-T4 powinien być równy lub krótszy niż 4 godziny. W konsekwencji, przekroczenie tej wartości o 500% oznacza, że gdyby usunięcie awarii trwało powyżej 24 godzin, Zamawiający mógłby wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym. Analogicznie, czas usuwania awarii dla kategorii T5 powinien być równy lub mniejszy niż 8 godzin, co oznacza, że jeżeli usunięcie awarii trwałoby powyżej 48h, byłaby możliwość wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego. Odwołujący zwraca uwagę, że sytuacje przekroczenia czasu usuwania Awarii o 500% zdarzają się często, zwłaszcza w przypadku awarii spowodowanych dewastacją infrastruktury telekomunikacyjnej, w wyniku prowadzenie prac budowlanych, drogowych lub prac związanych z modernizacją torów kolejowych, przez wykonawców bez nadzoru, przy jednoczesnym zaniechaniu powiadomienia Operatora telekomunikacyjnego o tych pracach. Dotychczasowe doświadczenie Odwołującego jako Operatora telekomunikacyjnego oraz statystyki awarii, którymi Odwołujący dysponuje, wskazują, że podczas realizacji zamówienia należy się spodziewać miesięcznie około kilkunastu awarii trwających powyżej 24 lub 48 godzin. Ponownie zwracamy uwagę, że zgodnie z postanowieniami OPZ, w kategoriach T0-T4 i w kategorii T5 wszystkie łącza posiadają łącza redundantne, co oznacza, że placówki Zamawiającego będą miały zapewnione nieprzerwane działanie, pomimo wystąpienia awarii, zaś za naruszenie warunków SLA (w tym za wystąpienie Awarii), Zamawiający przewidział możliwość naliczenia dotkliwych kar umownych. W konsekwencji, również i w tym przypadku, sankcja ta jest niewspółmierna i nieproporcjonalna do ewentualnej szkody poniesionej przez Zamawiającego.

Ad Zarzuty opisane w punkcie 3c)

Ze względu na skalę projektu, który swoim zakresem obejmuje kilka tysięcy łączy, Odwołujący wnosi o zmianę definicji Awarii Masowej, o której mowa w Załączniku nr 3 (OPZ), w wierszu 2 Tabeli nr 11 (str. 30 OPZ) *„wystąpienie Awarii powodujących jednoczesne pozbawienie usługi dla minimum 100 Lokalizacji”*.

Jest to tym bardziej uzasadnione, że zgodnie z Rozdziałem 5 pkt 7 OPZ został przewidziany dwudniowy termin na potwierdzenie czasu i przyczyn Awarii Masowej. W opinii Odwołującego, procedura raportowania została obszernie opisana w pkt 5 Projektu Umowy, postanowieniach OPZ, oraz w załączniku nr 1 do OPZ „Opis Systemu Monitoringu”. Postanowienia dotyczące obowiązków Wykonawcy i terminów przygotowania raportów z awarii są bardzo restrykcyjne.

Wprowadzenie kolejnych raportów jakie miałyby przygotowywać Wykonawca z każdej awarii masowej, rozumianej jako wystąpienie Awarii powodujących jednoczesne pozbawienie usługi dla minimum 10 Lokalizacji, w terminie 2 dni roboczych jest nierealne z opisanych poniżej względów technicznych. Pozostawienie definicji Awarii Masowej w dotychczasowym brzmieniu, spowoduje, że będą one występowały w liczbie od kilkunastu do nawet kilkudziesięciu miesięcznie, co generuje konieczność przygotowania tyleż samo raportów w każdym miesiącu. Dla Awarii Masowych komunikacja odbywa się drogą e-mailową, niedostępne lokalizacje przekazywane są w pliku excel. Zamawiający, w trakcie jednej Awarii Masowej, wysyła kilka lub kilkanaście maili z załącznikami, które różnią się między sobą liczbą dostępnych lokalizacji i mają różne czasy otwarcia i rozwiązania awarii niemalże dla każdej placówki. Wykonawca musi zatem przejrzeć wszystkie e-maile z danej Awarii Masowej i zrobić ręcznie zestawienie Awarii Masowej. Utrzymanie dotychczasowej definicji Awarii Masowej przy jednoczesnym zachowaniu ww procedury raportowania powoduje, że wykonawca nie ma obiektywnej możliwości spełnienia oczekiwań Zamawiającego w tym zakresie. Podkreślenia wymaga również fakt, że w Rozdziale 5 ust. 6 OPZ, Zamawiający przewidział dodatkowe kary umowne w przypadku wystąpienia Awarii Masowej. W konsekwencji, utrzymanie obecnej definicji Awarii Masowej będzie skutkowało zwielokrotnieniem bonifikat z tytułu SLA, które będą naliczane w wysokości nieadekwatnej do ewentualnej szkody.

Zarzuty opisane w pkt 3d)

W Projekcie Umowy w ust. 13.8, 13.9, 13.10, 13.11, 13.12, 13.13 oraz OPZ w Rozdziale 5 w tabelach 2– 8 Zamawiający przewidział kary umowne i bonifikaty, które będą naliczane za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu Umowy (w szczególności za niedotrzymanie w danym okresie jakościowych warunków świadczenia usług (SLA i QoS).

Z uwagi na specyficzny charakter umowy w sprawie zamówienia publicznego, należy zgodzić się ze stanowiskiem Prezesa UZP wyrażonym w Raporcie Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczącym stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych z dnia marca 2018 r[1]. iż „bardzo ważne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jaki kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu. Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody – tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych. (...) Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego zainteresowania wykonawców ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego,

co wpływa na konkurencyjność postępowań oraz niekiedy konieczność ich unieważnienia. W takim przypadku wykonawcy na etapie sformułowania warunków umownych mają pełne prawo kwestionować czynności podjęte przez zamawiających jako naruszające zasadę proporcjonalności udzielania zamówień publicznych, a przez to niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych". Stanowisko Prezesa UZP znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w którym podkreśla się, iż „nie można akceptować takich mechanizmów, które pozbawią wykonawcy przychodu z tytułu świadczonej usługi. Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie"[2]. Tymczasem, postanowienia dotyczące kar i bonifikat określonych w Projekcie Umowy w ust. 13.9, 13.10, 13.11, 13.12, 13.13 w OPZ w Rozdziale 6 w tabelach 2–8 powodują nadmierną nierówność stron stosunku zobowiązaniowego. W/w kary i bonifikaty tracą charakter dyscyplinujący i stają się de facto źródłem dochodu Zamawiającego. Ze względu na znaczną ilość bonifikat przewidzianych w Projekcie Umowy w ust. 13.9, 13.10, 13.11, 13.12, 13.13 oraz w OPZ w Rozdziale 6 w tabelach 2–8 interes Zamawiającego jest w wystarczającym stopniu zabezpieczony, nie ma więc konieczności nadużywania instytucji kar umownych i zastrzegania ich w nadmiernej wysokości. Z tych względów, zasadny jest wniosek Odwołującego o ich obniżenie o 50%.

Ad Zarzuty opisane w pkt 3e)

Wniosek Odwołującego o zmianę pkt. 1 Rozdziału 5 Załącznika nr 3 (OPZ), w ten sposób, że w przypadku łączy T5-T7 w Części III dane źródłowe do wyliczeń parametrów SLA w ramach raportu miesięcznego będą pochodziły z Systemu Monitorowania Wykonawcy (a nie z Systemów Zamawiającego) jest zasadny bowiem ma na celu wyeliminowanie sytuacji, w której Wykonawca nie ma żadnego wpływu na wyliczenia parametrów SLA, a w konsekwencji na wysokość naliczonych kar umownych za ich niedotrzymanie. Odwołujący zwraca uwagę, że Wykonawca nie ma dostępu i wglądu do tych danych w trybie online (brak możliwości jakiegokolwiek weryfikacji danych. Wykonawca nie zna sposobu działania tego systemu, jakości i niezawodności łączy w oparciu o które System ten działa i zbiera informacje. Wykonawca nie ma również możliwości skoordynowania danych z tego systemu z pracami planowymi, zaplanowanymi przerwami w działaniu poszczególnych łączy, pracami wynikającymi z prac po stronie Zamawiającego.

Ad Zarzuty opisane w punkcie 3f)

W Załączniku nr 3 (OPZ), Rozdział 5 pkt 5, Zamawiający przewidział, że *W Części III dla Lokalizacji z łącami o kategorii T0, bonifikaty za niedotrzymanie wymagań SLA będą naliczane niezależnie dla każdego z łączy w danej Lokalizacji od wartości 60% Wynagrodzenia za Usługi dla danej Lokalizacji.*"

W ocenie Odwołującego naliczanie bonifikat od wartości 60% wynagrodzenia w sytuacji tak dużego projektu jest sankcją nadmierną i nieadekwatną do poniesionej szkody. Tym bardziej, że zgodnie z postanowieniami OPZ, w kategoriach T0 wszystkie łącza posiadają łącza redundantne, co oznacza, że placówki Zamawiającego będą miały zapewnione nieprzerwane działanie, pomimo wystąpienia awarii, zaś za naruszenie warunków SLA (w tym za wystąpienie Awarii), Zamawiający przewidział możliwość naliczenia dotkliwych kar umownych. W konsekwencji, zasadne jest zmniejszenie podstaw naliczania bonifikat do 50% Wynagrodzenia za Usługi dla danej Lokalizacji.

Ad Zarzuty opisane w pkt 3g)

Odwołujący wskazuje, że przedmiotem zamówienia jest uruchomienie i utrzymanie przez Wykonawcę 536 lokalizacji w części I; 112 lokalizacji w części II i 4664 lokalizacji w części IIIz lokalizowanych na obszarze całego kraju Przy tak dużej skali projektu potwierdzenie i zdefiniowanie przyczyn awarii masowej, w ciągu 2 dni jest w ocenie Odwołującego niemożliwe.

W opinii Odwołującego, procedura raportowania została obszernie opisana w pkt 5 Projektu Umowy, postanowieniach OPZ, oraz w załączniku nr 1 do OPZ „Opis Systemu Monitoringu”. Postanowienia dotyczące obowiązków Wykonawcy i terminów przygotowania raportów z awarii są bardzo restrykcyjne.

Wprowadzenie kolejnych raportów jakie miałyby przygotowywać Wykonawca z każdej awarii masowej, rozumianej jako wystąpienie Awarii powodujących jednoczesne pozbawienie usługi dla minimum 10 Lokalizacji, w terminie 2 dni roboczych jest nierealne z opisanych poniżej względów technicznych. Pozostawienie definicji Awarii Masowej w dotychczasowym brzmieniu, spowoduje, że będą one występowały w liczbie od kilkunastu do nawet kilkudziesięciu miesięcznie, co generuje konieczność przygotowania tyleż samo raportów w każdym miesiącu. Dla Awarii Masowych komunikacja odbywa się drogą e-mailową, niedostępne lokalizacje przekazywane są w pliku excel. Zamawiający, w trakcie jednej Awarii Masowej, wysyła kilka lub kilkanaście maili z załącznikami, które różnią się między sobą liczbą dostępnych lokalizacji i mają różne czasy otwarcia i rozwiązania awarii niemalże dla każdej placówki. Wykonawca musi zatem przejrzeć wszystkie e-maile z danej Awarii Masowej i zrobić ręcznie zestawienie Awarii Masowej. Utrzymanie dotychczasowej definicji Awarii Masowej przy jednoczesnym zachowaniu ww. procedury raportowania powoduje, że wykonawca nie ma obiektywnej możliwości spełnienia oczekiwań Zamawiającego w tym zakresie.

Ad Zarzuty opisane w pkt 3i)

Zamawiający podzielił sposób podłączenie placówek na 3 części. Może to oznaczać, że będą to 3 różne sieci, które nie są ze sobą powiązane. W lokalizacjach typu T1-T4 będą dostarczone dwa łącza- jedno w ramach części I i jedno w ramach części II, w lokalizacjach T5 dwa łącza :- jedno w ramach części I i jedno w ramach części III, a w T6-T7 łącza w ramach części III.

Kwestionowane postanowienie dotyczące możliwości sprawdzania parametrów między dowolną parą Lokalizacji będzie powodować, że mierzona trasa może obejmować łącza świadczone przez dwóch różnych Wykonawców .

Przykład 1: pomiar z lokalizacji T6 do T1 będzie obejmować część realizowaną z części III oraz część realizowaną z części I lub II.

Przykład 2: pomiar z lokalizacji T1 do innej lokalizacji T1 może odbywać obejmować łącza dostarczane przez Wykonawcę części I lub Wykonawcę części I i II.

Wykonawca może natomiast jedynie gwarantować parametry łącza, które są realizowane tylko przez Wykonawcę w ramach danej części zamówieni, której będzie świadczył usługi.

Możliwość sprawdzania parametrów między dowolną parą Lokalizacji spowoduje, że dany Wykonawca może nie odpowiadać za całość trasy na jakiej testowane są parametry. W takim przypadku nie ma możliwości gwarantowania parametrów przez jednego z Wykonawców, ponieważ nie jest on jedynym, który odpowiada za parametry całego połączenia między danymi lokalizacjami.

Ad Zarzuty opisane w pkt 3 i)

W projekcie umów stanowiących załączniki nr 11a, 11b, 11c, punkcie 15.5., Zamawiający przewidział możliwość wydłużenia Umowy w przypadku przesunięcia harmonogramu wdrożenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub na czas odrębnych umów zawartych przez Zamawiającego w przedmiocie dostawy Urządzeń SD-WAN, „przy jednoczesnym zachowaniu stawek Opłat Instalacyjnych oraz stawek Wynagrodzenia za Usługi objętych Ofertą Wykonawcy”.

Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z pkt 15.5. okres obowiązywania Umowy może zostać wydłużony o 36 miesięcy, co oznacza, że Wykonawca musi zamrozić stawki za instalację oraz za usługi przez łączny maksymalny okres 74 miesięcy (38 plus 36 miesięcy). Mając na uwadze wysoką inflację, wynikającą w szczególności ze wzrostu kosztów energii elektrycznej, kosztów wynagrodzeń pracowników, kosztów licencji, suportów i dzierżawy infrastruktury etc. tak sformułowane postanowienia przerzucają całość ryzyka inflacji na wykonawcę i mogą doprowadzić do sytuacji, w której realizacja zamówienia okaże się całkowicie nierentowna.

Ocena ww. postanowień umowy przez pryzmat odpowiadania sobie świadczeń wzajemnych prowadzi do wniosku, że przerzucenie całego ryzyka wzrostu cen w tak długim okresie stanowi naruszenie równowagi Stron umowy wzajemnej, jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa i zasadami współzycia społecznego.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie odwołującego zgłosili: (1) Orange Polska S.A. z/s w Warszawie [Uczestnik Orange]; (2) T-Mobile Polska Business Solutions Sp. z o.o. z/s w Warszawie [Uczestnik T-Mobile Polska Business Solutions]; (3) T-Mobile Polska S.A. z/s w Warszawie – wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Uczestnik Orange w piśmie procesowym z dnia 21.06.2024 r. podał: (...) w uzupełnieniu do zgłoszonego przystąpienia, podtrzymuję wniosek o uwzględnienie odwołania i przedstawiam poniższą argumentację.

I. Co do zarzutów dotyczących określonego w dokumentach zamówienia sześciomiesięcznego terminu na prace wdrożeniowe w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia, jako terminu zbyt krótkiego, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i faktycznie uniemożliwiający realizację przedmiotu zamówienia w wyznaczonym terminie (zarzuty 1a i 1b): 1. Przystępujący w pełni popiera stanowisko i argumenty Odwołującego. 2. Określony przez Zamawiającego termin wykonania prac wdrożeniowych (dla części I – III zamówienia) jest bez wątpienia zbyt krótkim terminem, niewystarczającym do właściwej realizacji prac niezbędnych do wykonania wdrożenia. 3. Podkreślenia wymaga, że określone przez Zamawiającego w Postępowaniu warunki wykonania zamówienia, wymagania i zakres prac, są zdecydowanie większe niżeli w poprzednich zamówieniach na świadczenie usług będących przedmiotem zamówienia (tj. zamówienie będące przedmiotem postępowania prowadzonego przez Poczta Polska w 2018 r., a także zamówienie będące przedmiotem postępowania prowadzonego przez Poczta Polska w 2022 r. – finalnie unieważnionego). Należy zwrócić uwagę choćby na wymagania dotyczące przepustowości łącza, która w zamówieniu będącym przedmiotem Postępowania jest średnio 5 razy większa od tej, jaka była wymagana przez Zamawiającego w poprzednio udzielanych zamówieniach. Takie znaczące podniesienie parametrów i wymagań w praktyce oznacza dla Wykonawców istotne ograniczenie możliwości zastosowania istniejącej infrastruktury miedzianej (kable miedziane). Tym samym konieczne będzie budowanie do placówek Zamawiającego kabli optycznych, czy też instalowanie dedykowanych radiolinii. A przy tym czas, w jakim Wykonawca ma wdrożyć to rozwiązanie w przedmiotowym zamówieniu jest znacznie krótszy niż miało to miejsce w poprzednio udzielanych zamówieniach - w 2018r. dla wdrożenia przewidziany był termin około 8,5 miesiąca, zaś w 2022r. był to termin 10 miesięcy. 4. Z tej przyczyny okresy wydłużenia terminu wykonania prac wdrożeniowych, o które wnosi Odwołujący, wydają się niewystarczające. Odwołujący wnosi o wydłużenie terminu na wykonanie prac wdrożeniowych do odpowiednio 8 miesięcy – część I i II zamówienia, oraz do 9 miesięcy – część III zamówienia. W ocenie przystępującego – biorąc pod uwagę zakres prac wdrożeniowych określony w OPZ i warunki wykonania zamówienia, wydłużenie terminu wykonania prac wdrożeniowych powinno nastąpić do 16 miesięcy od daty początkowej.

II. Co do zarzutu dotyczącego przewidzianego w dokumentach zamówienia prawa Zamawiającego do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku, gdy: liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla: (a) kategorii łączy T0 wyniesie więcej niż 6 (sześć) Awarii; lub (b) kategorii łączy T5 i T6 wyniesie więcej niż 30 (trzydzieści) Awarii (zarzut 3a): 1.

Przystępujący w pełni popiera stanowisko i argumenty Odwołującego. 2. Wypowiedzenie umowy przez Zamawiającego jest bardzo daleko idącą sankcją, która oznacza przedterminowe zakończenie umowy w sprawie zamówienia publicznego. W wyroku z dn. 26.01.2023 r. sygn. KIO 104/23, skład orzekający uznał, że cechą stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umów zawieranych w reżimie prawa zamówień publicznych jest trwałość, rozumiana w ten sposób, że ustawa Pzp nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania tego stosunku przez żadną ze stron. Ustawodawca dał wyraz zasadzie trwałości i ciągłości stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy o udzielenie zamówienia publicznego poprzez określenie w Rozdziale 4 ustawy Pzp sytuacji uzasadniających odstąpienie do realizacji umowy oraz jej unieważnienie. 3. Celem umowy o zamówienie publiczne jest realizacja określonego świadczenia. Wykonawcy kalkulując ceny ofertowe biorą pod uwagę różne czynniki, uzależniając ceny od długości trwania świadczenia, jego wielkości, zakładając także czynniki ryzyka na odpowiednim poziomie, tak aby zapewnić zysk z realizacji zamówienia. 4. Biorąc pod uwagę powyższe zasadne jest zarzut podniesiony przez Odwołującego. Sankcja przewidziana przez Zamawiającego jest zdecydowanie nieadekwatna do wskazanego naruszenia wymagań dotyczących jakości świadczonej usługi. Liczba 30 awarii łączy w ramach części III zamówienia, w której łącznie jest ponad 4,6 tys. łączy jest zdecydowanie nieadekwatna jako podstawa do wypowiedzenia umowy. 5. Należy zwrócić uwagę, że w zakresie części III zamówienia wymagane przez Zamawiającego usługi to najprostsze, standardowe usługi dostępu do Internetu publicznego – usługi takie w zakresie parametrów jakościowych są przez dostawców świadczone na zasadzie best effort, gdyż dostawcy nie są w stanie zagwarantować jakości usług w Internecie publicznym. Tymczasem Zamawiający wymaga zapewnienia usługi dostępu do publicznej sieci Internet, a jednocześnie zastrzega parametry jakościowe, które ma zapewnić Wykonawca. Zachodzi więc uzasadniona obawa, że w praktyce wiele łączy w części III zamówienia będzie miało zgłoszenia awarii ze względu na niedotrzymywanie parametrów jakościowych niezależnie od Wykonawcy. 6. Należy także zwrócić uwagę, że lokalizacje z łączy kategorii T0 będą posiadały łączy zapasowe (pomiędzy częściami I i II), co oznacza, że pomimo awarii Zamawiający co do zasady będzie posiadał 1 aktywną usługę. 7. Słusznie podkreślił Odwołujący, że wszystkie łączy do placówek Zamawiającego posiadają łączy redundantne, co oznacza, że placówki Zamawiającego będą miały zapewnione nieprzerwane działanie, pomimo wystąpienia awarii. Dodatkowo, naruszenie warunków SLA, w tym za wystąpienie Awarii, Zamawiający przewidział możliwość naliczenia dotkliwych kar umownych, co stanowi rekompensatę poniesionej ewentualnie szkody z tego tytułu.

III. Co do zarzutu dotyczącego przewidzianego w dokumentach zamówienia prawa Zamawiającego do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku, gdy czas usunięcia Awarii dla którejkolwiek z kategorii łączy lub Systemu Monitorowania zostanie przekroczony o więcej niż 500% (pięćset procent) względem gwarantowanego poziomu SLA określonego w Tabeli nr 6 w OPZ (zarzut 3b): 1. Przystępujący w pełni popiera stanowisko i argumenty Odwołującego. 2.

Wymaga podkreślenia, że Odwołujący aktualnie świadczy usługi dla Zamawiającego i ma wiedzę co do liczby zgłaszanych awarii i przyczyn takich awarii. Jak podnosi Odwołujący, jego dotychczasowe doświadczenie oraz statystyki awarii, którymi dysponuje, wskazują, że podczas realizacji zamówienia należy się spodziewać miesięcznie około kilkunastu awarii trwających powyżej 24 lub 48 godzin. 3. słusznie zatem podkreślą Odwołujący, że zgodnie z postanowieniami OPZ, w kategoriach T0T4 i w kategorii T5 wszystkie łączy posiadają łączy redundantne, co oznacza, że placówki Zamawiającego będą miały zapewnione nieprzerwane działanie, pomimo wystąpienia awarii, zaś za naruszenie warunków SLA, w tym za wystąpienie Awarii, Zamawiający przewidział możliwość naliczenia dotkliwych kar umownych. 4. Sankcja przewidziana przez Zamawiającego jest niewspółmierna i nieproporcjonalna do ewentualnej szkody poniesionej przez Zamawiającego.

IV. Co do zarzutu dotyczącego określenia w dokumentach zamówienia definicji Awarii Masowej jako : „wystąpienie Awarii powodujących jednoczesne pozbawienie usługi dla minimum 10 Lokalizacji z tym samym problemem na danym obszarze lub w ramach podłączenia do konkretnych zasobów dostępowych, spowodowanych czynnikami leżącymi po stronie infrastruktury sieciowej Wykonawcy, zgłoszone przez Zamawiającego” (zarzut 3c): Przystępujący w pełni popiera stanowisko i argumenty Odwołującego.

V. Co do zarzutu dotyczącego określenia w dokumentach zamówienia dotkliwych kar umownych i bonifikat za naruszenie SLA (zarzut 3d); Przystępujący w pełni popiera stanowisko i argumenty Odwołującego.

VI. Co do zarzutu dotyczącego określenia w dokumentach zamówienia dla części III zamówienia, że dane niezbędne do rozliczania bonifikat będą pochodziły z Systemu Monitorowania Zamawiającego (zarzut 3e): 1. Przystępujący w pełni popiera stanowisko i argumenty Odwołującego. 2.

Podkreślenia wymaga fakt, że w zakresie części III zamówienia usługi świadczone w ok. 4,6 tys. lokalizacji będą monitorowane przez system monitorowania Zamawiającego, który to system nie jest znany Wykonawcy. Wykonawca nie

ma wiedzy jaki jest to system, nie wie, czy będzie miał do niego dostęp, jaki konkretnie "odcinek" usługi będzie ten system monitorował, jak będzie skonfigurowany, etc. Jednocześnie Zamawiający stawia wymaganie, aby na podstawie wyniku z tego systemu – systemu Zamawiającego, Wykonawca sam naliczał dla siebie ewentualne kary i bonifikaty. Jest to wymaganie nieadekwatne, przerzucające na Wykonawcę odpowiedzialność za czynniki, na które Wykonawca nie ma wpływu. 3. Należy wziąć także pod uwagę ten aspekt wymagań sformułowanych przez Zamawiającego, że Wykonawca – nie mając dostępu online do systemu monitorowania Zamawiającego, a jedynie otrzymując raporty po zakończeniu danego miesiąca - nie będzie miał możliwości zareagowania na zdarzenia, przykładowo dokonując przebudowy łącza, poprawiając jakość pracy łącza, itp.

VII. Co do zarzutu dotyczącego określenia w dokumentach zamówienia dla części III, że dla Lokalizacji z łączyami o kategorii T0, bonifikaty za niedotrzymanie wymagań SLA będą naliczane niezależnie dla każdego z łączy w danej Lokalizacji od wartości 60% Wynagrodzenia za Usługi dla danej Lokalizacji (zarzut 3f):Przystępujący w pełni popiera stanowisko i argumenty Odwołującego.

VIII. Co do zarzutu dotyczącego określenia w dokumentach zamówienia 2-dniowego terminu na potwierdzenie czasu i przyczyn Awarii Masowych (zarzut 3g): Przystępujący w pełni popiera stanowisko i argumenty Odwołującego.

IX. Co do zarzutu dotyczącego określenia w dokumentach zamówienia, że gwarantowane są parametry jakościowe (QoS dla dowolnej pary Lokalizacji, bonifikaty naliczane są na podstawie pomiaru parametrów jakości z Lokalizacji T0, że Zamawiający może dodatkowo badać zgodność parametrów jakości pomiędzy dwoma dowolnymi Lokalizacjami w sieci WAN Zamawiającego z wartościami parametrów QoS (zarzut 3h):1. Przystępujący w pełni popiera stanowisko i argumenty Odwołującego. 2. Zasadne jest twierdzenie, że Wykonawca może gwarantować parametry łącza, które s realizowane przez tego Wykonawcę w ramach danej części zamówieni, której ten Wykonawca będzie świadczył usług Wykonawca nie tylko nie może gwarantować parametrów łącza, których samodzielnie nie realizuje, ale także nie może ponosić odpowiedzialności za niedotrzymanie parametrów łącza realizowanych przez inny podmiot. 3.

Z drugiej strony dopuszczenie możliwości sprawdzania parametrów między dowolną parą lokalizacji spowoduje, że Wykonawca może nie odpowiadać za całość trasy na jakiej testowane są parametry. Poszczególne części zamówienia mogą być realizowane przez różnych Wykonawców, co komplikuje badanie zgodności parametrów jakości "pomiędzy dwoma dowolnymi lokalizacjami w sieci WAN Zamawiającego" i budzi wątpliwości, jak miałyby takie badanie przebiegać, skoro jedno z tych łączy może być dostarczane przez innego wykonawcę. 4. Słusznie podnosi Odwołujący, że w takim przypadku nie ma możliwości gwarantowania parametrów przez jednego z Wykonawców, ponieważ nie jest on jedynym wykonawcą odpowiadającym za parametry całego połączenia między danymi lokalizacjami.

X. Co do zarzutu dotyczącego przewidzenia w dokumentach zamówienia możliwości wydłużenia Umowy w przypadku przesunięcia harmonogramu wdrożenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub na czas odrębnych umów zawartych przez Zamawiającego w przedmiocie dostawy Urządzeń SD-WAN, przy jednoczesnym zachowaniu stawek Opłat Instalacyjnych oraz stawek Wynagrodzenia za Usługi objętych Ofertą Wykonawcy (zarzut 3i):Przystępujący w pełni popiera stanowisko i argumenty Odwołującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 21.06.2024 r.) podał:

(...)

Po przeanalizowaniu zarzutów i żądań Odwołującego, Zamawiający:

1.uwzględnia Odwołanie w zakresie (według numeracji zarzutów nadanej w Odwołaniu):

a.Zarzutu nr 3b i wykreśla pkt. 14.9.2 z Załącznika nr 11a – Projekt umowy dla części I (dalej jako: „Projekt umowy dla Części I”), Załącznika nr 11b – Projekt umowy dla części II (dalej jako: „Projekt umowy dla Części II”), Załącznika nr 11c – Projekt umowy dla części III (dalej jako: „Projekt umowy dla Części III”);

b.Zarzutu nr 3h w ten sposób, że pkt 14 Rozdział 5 OPZ otrzyma brzmienie:

„Gwarantowane są parametry jakościowe (QoS) dla dowolnej pary Lokalizacji realizowanych w danej Części I, II, III. Bonifikaty naliczane są na podstawie pomiaru parametrów jakości z Lokalizacji T0. Zamawiający może dodatkowo badać zgodność parametrów jakości pomiędzy dwoma dowolnymi Lokalizacjami w sieci WAN Zamawiającego z wartościami parametrów QoS.”

2.częściowo uwzględnia następujące zarzuty (według numeracji nadanej w Odwołaniu):

a.Zarzut 1 lit. a) i b) w ten sposób, że dotychczasowy wymóg z pkt 2.4. Projektu umowy dla części I, II i III w zdaniu trzecim i czwartym oraz pkt. VI ppkt. 1 SWZ w zdaniu trzecim i czwartym otrzyma brzmienie:

„Prace Wdrożeniowe będą realizowane przez Wykonawcę od Daty Początkowej przez okres ~~słownie: sześciu~~ 7 (słownie: siedmiu) miesięcy. Po upływie ~~dwóch~~ 1 (słownie: jednego) miesiąca od podpisania Całościowego Protokołu Odbioru Wykonawca rozpocznie świadczenie Usług we wszystkich Lokalizacjach wskazanych w Załączniku nr 2 – Wykaz Lokalizacji.”

b.Zarzut nr 2a w ten sposób, że dotychczasowy wymóg z Rozdziału 1 pkt 1.2 ppkt 2 OPZ otrzyma brzmienie:

„Łącza T0-T5-T3 w Części II muszą być realizowane z zapewnieniem że dla danej lokalizacji nie będzie współdzielonych elementów infrastruktury na odcinku od węzła sieci szkieletowo-dystrybucyjnej Wykonawcy do Urządzenia CE Wykonawcy (tzw. "ostatnia mila") z Częścią I. ~~na bazie własnej infrastruktury lub łącza na odcinku od węzła telekomunikacyjnego. Możliwe jest wykorzystanie łącza innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, pod warunkiem że~~

dla Części II w danej lokalizacji nie będzie współbieżnych odcinków dla „ostatniej mili” z Częścią I).”

c.Zarzut nr 2b w ten sposób, że dotychczasowy wymóg z Rozdziału 1. ust. 1.3. pkt 5 OPZ otrzyma brzmienie:

„Łącza T5 w Części III muszą być realizowane na bazie własnej infrastruktury i/lub łączy na odcinku „ostatniej mili”. Możliwe jest wykorzystanie łączy innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, pod warunkiem że dla Części III w danej lokalizacji nie będzie współbieżnych odcinków dla „ostatniej mili” z Częścią I) z zapewnieniem że dla danej lokalizacji nie będzie współdzielonych elementów infrastruktury na odcinku od węzła sieci szkieletowo-dystrybucyjnej Wykonawcy do Urządzenia Brzegowgo Wykonawcy (tzw. "ostatnia mila") z Częścią I.”

d.Zarzut nr 2c w ten sposób, że w Rozdziale 1 pkt 1.1 OPZ dopisuje punkt 5 w brzmieniu:

„Wykonawca zagwarantuje pulę 80 MD (roboczo-dni) na prace programistyczne i integracyjne związane z przygotowaniem interfejsów API, o których mowa w dalszej części dokumentu.”

e.Zarzut nr 3a w ten sposób, że dotychczasowy wymóg z pkt 14.9.1. Projektu umowy dla Części I, II i III otrzyma brzmienie:

projekt umowy dla Części I

liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla:

- 1) kategorii łączy T0-T4 wyniesie więcej niż 4 Awarie; lub
- 1) kategorii łączy T1-T4 wyniesie więcej niż 6 Awarii; lub
- 1) kategorii łączy T5 wyniesie więcej niż 45 20 Awarii;"

projekt umowy dla Części II

liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla: kategorii łączy T0-T4 wyniesie więcej niż 4 Awarie;

- 1) kategorii łączy T0 wyniesie więcej niż 4 Awarie; lub
- 1) kategorii łączy T1-T4 wyniesie więcej niż 6 Awarii."

projekt umowy dla Części III

liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla:

- 1) kategorii łączy T0 wyniesie więcej niż 6 (sześć) Awarii; lub
- 1) kategorii łączy T5 i T6 wyniesie więcej niż 30 (trzydzieści) Awarii;"
- 1) kategoria łączy T0 Awaria obydwu łączy wyniesie więcej niż 4 (cztery); lub
- 1) kategorii łączy T0 wyniesie więcej niż 8 (osiem) Awarii; lub
- 1) kategorii łączy T5 i T6 wyniesie więcej niż 30 (trzydzieści) Awarii."

Zarzut nr 3c w ten sposób, że dotychczasowy definicja „Awarii masowej” z pkt 2 Tabeli 11 OPZ otrzyma brzmienie:

Awaria Masowa	<p><u>Dla Części I i II</u></p> <p>Wystąpienie Awarii powodujących jednoczesne pozbawienie usługi dla minimum 10 Lokalizacji z tym samym problemem na danym obszarze lub w ramach podłączenia do konkretnych zasobów dostępowych, spowodowanych czynnikami leżącymi po stronie infrastruktury sieciowej Wykonawcy, zgłoszone przez</p> <p>Zamawiającego. Weryfikacja następuje na podstawie danych z Systemu Monitorowania.</p> <p><u>Dla Części III</u></p> <p>Wystąpienie Awarii powodujących jednoczesne pozbawienie usługi dla minimum 40 Lokalizacji z tym samym problemem na danym obszarze lub w ramach podłączenia do konkretnych zasobów dostępowych, spowodowanych czynnikami leżącymi po stronie infrastruktury sieciowej Wykonawcy, zgłoszone przez</p> <p>Zamawiającego. Weryfikacja następuje na podstawie danych z Systemu Monitorowania.</p>
----------------------	--

g.Zarzut nr 3d w ten sposób, że obniża kary umowne przewidziane w pkt 13.8, 13.9, 13.10, 13.11, 13.12, 13.13 Projektów umów dla Części I, II i III oraz bonifikat przewidzianych w Załączniku nr 3 (OPZ) w Rozdziale 5 w tabelach 2–8 dotyczących parametrów SLA - o około 10%.

h.Zarzut nr 3e w ten sposób, że dotychczasowy wymóg z pkt 1 Rozdziału 5 OPZ otrzyma następujące brzmienie:

„1. Bonifikaty udzielane są przez Wykonawcę w przypadku niedotrzymania w danym okresie jakościowych warunków świadczenia usług (SLA i QoS) opisanych poniżej (por. tabele 2–8).

1.1. Wykonawca przekaze niezbędne dane źródłowe do wyliczeń parametrów SLA w ramach raportu miesięcznego. Dane źródłowe będą dostępne także dla Zamawiającego w trybie online za pośrednictwem Systemu Monitorowania w Części I i Części II, a także dla łączy T0 w Części III.

1.2. W przypadku łączy T5-T7 w Części III dane źródłowe do wyliczeń parametrów SLA w ramach raportu miesięcznego będą pochodziły z Systemu Monitorowania Zamawiającego.

„Na etapie przygotowania projektu technicznego zostanie uzgodniony i udokumentowany w Opisie Technicznym sposób dostępu Wykonawcy do Systemu Monitorowania Zamawiającego, z uwzględnieniem dostępu do informacji dotyczących monitorowanych parametrów SLA oraz danych źródłowych wykorzystywanych do ich obliczenia.”

i. Zarzut nr 3g w ten sposób, że dotychczasowy wymóg z pkt 7 z Rozdziału 5 OPZ otrzyma brzmienie:

„Czasy i przyczyny Awarii Masowych będą potwierdzane w czasie 2 4 Dni Roboczych od zakończenia Awarii Masowej. Wykonawca w oparciu o zestawienie Lokalizacji otrzymane w zgłoszeniach Awarii Masowych przekaze stosowne informacje Zamawiającemu odnośnie czasu trwania Awarii, Lokalizacji nią objętych oraz co było jej przyczyną.”

3. Zamawiający wnosi o oddalenie Odwołania w pozostałej części, to jest w zakresie zarzutów opatrzonych w Odwołaniu nr 3i, 3f.

W uzasadnieniu stanowiska podał:

(...)

3. Zarzuty uwzględnione

Zamawiający uznał odwołanie za uzasadnione w zakresie zarzutów 3b i 3h, w związku z czym dokonał stosownych modyfikacji SWZ, wskazanych w petitum niniejszego pisma.

4. Zarzuty uwzględnione w części

[Zarzut 1a i b]

5.1. Odwołujący żądał określenia terminu realizacji prac wdrożeniowych wskazanych w pkt. VI ppkt. 1 SWZ oraz pkt. 2.4. Projektu umowy dla Części I, II i III na 8 miesięcy od daty początkowej.

5.2. Z przeprowadzonej analizy technicznej oraz z doświadczenia Zamawiającego wynika, że już pierwotny, 6-miesięczny termin powinien być wystarczający dla wykonawcy. Niemniej jednak, wychodząc naprzeciw żądaniom Odwołującego, który oczekiwał wydłużenia powyższego terminu o 2 miesiące, Zamawiający przedłużył termin realizacji prac wdrożeniowych o miesiąc, tj. do 7 miesięcy. W konsekwencji, Zamawiający zmodyfikował w pkt. VI ppkt 1 SWZ oraz pkt. 2.4. Projektu umowy dla Części I, II i III również zdanie czwarte, które otrzymało brzmienie „Po 1 (słownie: jednym) miesiącu od zakończenia Prac Wdrożeniowych, Wykonawca będzie świadczył Usługi we wszystkich Lokalizacjach wskazanych w Załączniku nr 2”.

5.3. Odwołujący opiera swoje żądanie jedynie na sporządzonym przez siebie harmonogramie, którego nie załączył do Odwołania. Niezależnie od tego, czy rzeczony harmonogram zostanie przedstawiony na rozprawie czy nie, nadal będzie to jedynie dokument odzwierciedlający subiektywne przekonanie Odwołującego co do czasochłonności prac wdrożeniowych, a nie obiektywna okoliczność implikująca konieczność wydłużenia terminu do 8 miesięcy.

5.4. W tym miejscu należy zauważyć, że obecnie realizowana umowa nr K0076484 z dnia 25 marca 2019r. na świadczenie usług WAN obejmuje dużo szerszy zakres, bowiem obejmuje ponad 4790 lokalizacji, a każda lokalizacja posiada łącze podstawowe i zapasowe, co daje ponad 9580 łączy. Umowa jest świadczona w formie usługowej i Wykonawca w trakcie wdrożenia musiał, oprócz uruchomienia łączy, skonfigurować i zainstalować routery CE w każdej lokalizacji oraz centralną infrastrukturę sterującą. Wdrożenie trwało tylko 8 miesięcy od dnia jej zawarcia, tj. od 25 marca 2019 r. do 30 listopada 2019 r., pomimo, że – jak zaznaczono powyżej, zakres wdrożenia był kilkakrotnie większy.

5.5. Obecne Postępowanie prowadzone jest w innej formule i w tym postępowaniu wykonawcy dostarczają tylko łącza. Nie uruchamiają usługi transmisji danych jako takiej. Dodatkowo przetarg podzielony jest na 3 Części i Zamawiający oczekuje przynajmniej dwóch Wykonawców. Łącznie do uruchomienia jest 5312 łączy (Cześć I - 536, Część II - 112, Część III - 4664 (łącza do internetu) a nie ponad 9580 jak dotychczas. Dlatego czas określony przez Zamawiającego jest realny i wystarczający.

[Zarzut 2a i 2b]

5.6. Stawiając Zarzut 2a Odwołujący zażądał modyfikacji dla części I, II w Załączniku nr 3 (OPZ) Rozdział 1 pkt 1.2 ppkt 2, tj. doprecyzowania co należy rozumieć pod twierdzeniem, że „łącza T0-T5 muszą być realizowane na bazie własnej infrastruktury lub łączy na odcinku „ostatniej mili” oraz wykreślenia części zdania: „pod warunkiem, że dla Części II w danej lokalizacji nie będzie współbieżnych odcinków dla „ostatniej mili” z Częścią I”.

5.7. Stawiając Zarzut 2b Odwołujący zażądał modyfikacji dla części III, w Załączniku nr 3 (OPZ) Rozdział 1 pkt 1.3 ppkt 5, tj. doprecyzowania co należy rozumieć pod twierdzeniem, że „łącza T5 muszą być realizowane na bazie własnej infrastruktury i/lub łączy na odcinku „ostatniej mili” oraz wykreślenia z pkt.1.3 ppkt 5 Rozdziału 1 Załącznika nr 3 (OPZ) części zdania: „pod warunkiem, że dla części III w danej lokalizacji nie będzie współbieżnych odcinków dla „ostatniej mili” z Częścią I.

5.8. Zamawiający częściowo uwzględnił powyższe zarzuty doprecyzowując pkt 1.2 ppkt 2 OPZ wskazując, że „łącza T0-T3 w Części II muszą być realizowane z zapewnieniem że dla danej lokalizacji nie będzie współdzielonych elementów infrastruktury na odcinku od węzła sieci szkieletowo-dystrybucyjnej Wykonawcy do Urządzenia CE Wykonawcy (tzw. "ostatnia mila") z Częścią I.” oraz pkt 1.3 ppkt 5 OPZ wskazując, że „łącza T5 w Części III muszą być realizowane z zapewnieniem że dla danej lokalizacji nie będzie współdzielonych elementów infrastruktury na odcinku od węzła sieci szkieletowo-dystrybucyjnej Wykonawcy do Urządzenia Brzegowego Wykonawcy (tzw. "ostatnia mila") z Częścią I.”

5.9. Jednocześnie, Zamawiający nie może zgodzić się na postulowaną rezygnację z zakazu współdzielenia elementów infrastruktury na potrzeby realizacji poszczególnych Części.

Należy mieć na uwadze, że w zakresie Części I i II Zamawiający ograniczył liczbę części zamówienia, którego może udzielić jednemu Wykonawcy, zgodnie z art. 91 ust. 3 PZP. Oznacza to, że Część I i II będą realizowali różni wykonawcy, co ma m.in. zmniejszyć ryzyko zakłóceń obejmujących obie Części jednocześnie.

5.10. Ograniczenie w zakresie współdzielonych elementów infrastruktury jest elementem założonej pierwotnie mitygacji ryzyk i ma na celu uniknięcie sytuacji, w której awaria jednego elementu infrastruktury zakłóci realizację więcej niż jednej Części jednocześnie. Innymi słowy, celem Zamawiającego jest, aby wykonawcy realizujący poszczególne Części nie korzystali z tej samej drogi kablowej, co jest podyktowane przede wszystkim kwestiami bezpieczeństwa i dążeniem do zapewnienia ciągłości świadczenia usług.

5.11. Dotychczas, taka praktyka pozwoliła Zamawiającemu niejednokrotnie uniknąć awarii krytycznych. Zdarza się bowiem, że np. podczas robót budowlanych uszkodzane są drogi kablowe, a właśnie dzięki ograniczeniom we współdzieleniu elementów infrastruktury, takie uszkodzenie nie zakłóca działania całej sieci.

[Zarzut 2c]

5.12. Stawiając Zarzut 2c, Odwołujący zażądał wykreślenia pkt. 1.4 ppkt 1 z Rozdziału 3 i wykreślenie pkt. 1.5 ppkt. 3 z Rozdziału 4 OPZ, ewentualnie opisanie w wyczerpujący sposób wymagań do zbudowania wymaganej komunikacji oraz parametrów, jakie ma spełniać wymagane API, tak aby Wykonawca mógł wycenić koszty dostosowania systemów wykonawcy oraz realizacji łącza, które nie będzie miało współbieżnych odcinków.

5.13. W uzasadnieniu, Odwołujący wskazał, że „brak opisu wymagań interfejsu API wpływa na brak możliwości wyceny kosztów dostosowania systemów wykonawcy.”

5.14. Zamawiający częściowo uwzględnił powyższy zarzut, dodając w Rozdziale 1 pkt 1.1 OPZ punkt 5 w brzmieniu: „Wykonawca zagwarantuje pulę 80 MD (roboczo-dni) na prace programistyczne i integracyjne związane z przygotowaniem interfejsów API, o których mowa w dalszej części dokumentu.”

5.15. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, istota problemu wskazanego przez Odwołującego, została zaadresowana. Jednocześnie, na obecnym etapie, Zamawiający nie ma możliwości dokładnego opisu wymagań interfejsu API.

[Zarzut 3a]

5.16. Odwołujący stawiając zarzut 3a zażądał określenia pkt. 14.9.1 w Projektach umowy dla Części I, II i III przesłanek wykonania prawa wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym w następujący sposób: „14.9.1. liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla:

(a) pojedynczego łącza w lokalizacji w kategorii łączy T0-T4 wyniesie więcej niż 10 Awarii dla pojedynczego łącza ; lub

(b) pojedynczego łącza w lokalizacji w kategorii łączy T5 wyniesie więcej niż 15 Awarii dla pojedynczego łącza”.

5.17. Co istotne, uzasadnienie powyższego Zarzutu jest bardzo lakoniczne i sprowadza się w zasadzie do jednego zdania, tj. że sankcja w postaci wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym w sytuacji opisywanej w pkt 14.9.1. Projektów umów jest niewspółmierna i nieproporcjonalna do ewentualnej szkody poniesionej przez Zamawiającego. Z tego względu, w ocenie Zamawiającego, nie został dopełniony wymóg formalny dla Odwołania w tym zakresie, bowiem nie przedstawiono prawidłowego uzasadnienia zarzutu, w szczególności nie wskazano, w jaki sposób kwestionowane postanowienie narusza interes Wykonawcy i z jakim przepisem prawa jest ono sprzeczne.

5.18. Niezależnie od powyższego, choć zarzut nie został należycie uzasadniony, a żądanie jest nadmiarowe i nieuzasadnione, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego, Zamawiający częściowo uwzględnił zarzut i zwiększył próg awarii uprawniających do wypowiedzenia umowy, łagodząc tę sankcję. Tym samym dokonał następujących modyfikacji pkt 14.9.1 w poszczególnych Projektach umowy:

Projekt umowy dla Części I było:

„14.9.1. liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla:

(a) kategorii łączy T0-T4 wyniesie więcej niż 4 Awarie; lub

(b) kategorii łączy T5 wyniesie więcej niż 15 Awarii;” jest:

„14.9.1. liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla:

(a) kategorii łączy T0 wyniesie więcej niż 4 Awarie; lub

(b) kategorii łączy T1-T4 wyniesie więcej niż 6 Awarii; lub

(c) kategorii łączy T5 wyniesie więcej niż 20 Awarii;”

Projekt umowy dla Części II było:

„14.9.1. liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla kategorii łączy T0-T4 wyniesie więcej niż 4 Awarie; ” jest:

„14.9.1. liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla:

(a) kategorii łączy T0 wyniesie więcej niż 4 Awarie; lub

(b) kategorii łączy T1-T4 wyniesie więcej niż 6 Awarii.”

Projekt umowy dla Części III było:

„14.9.1. liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla:

- (a) kategorii łączy T0 wyniesie więcej niż 6 (sześć) Awarii; lub
(b) kategorii łączy T5 i T6 wyniesie więcej niż 30 (trzydzieści) Awarii; " jest:
"14.9.1. liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla:
(a) kategorii łączy T0 Awaria obydwu łączy wyniesie więcej niż 4 (cztery); lub
(b) kategorii łączy T0 wyniesie więcej niż 8 (osiem) Awarii; lub
(c) kategorii łączy T5 i T6 wyniesie więcej niż 30 (trzydzieści) Awarii."

5.19. W ocenie Zamawiającego, powyższa modyfikacja w sposób dostateczny łagodzi sankcję opisaną w pkt 14.9.1 Projektów umów, mając jednocześnie na uwadze, konieczność odpowiedniego zabezpieczenia interesu Zamawiającego.

5.20. Kwestionowane postanowienia Projektu umów przewidują uprawnienie Zamawiającego do zakończenia współpracy z wykonawcą, który nie zapewnia wymaganego poziomu usługi, w stopniu tak istotnym, że uniemożliwia to Zamawiającemu realne korzystanie z sieci WAN. Postulowane przez Odwołującego dalsze obniżenie poziomu jakości usługi jest nieakceptowalne. Należy podkreślić, że okoliczności uzasadniające wypowiedzenie umowy mają realne przełożenie na funkcjonowanie organizacji Zamawiającego i w razie ich wystąpienia konieczne będzie poszukiwanie rozwiązań umożliwiających realizację jego zadań, w tym także zastąpienie dotychczasowego wykonawcy podmiotem, który jest zdolny do wykonania zamówienia. Dodatkowo, wymagania Zamawiającego nie są wygórowane, ale odpowiadają realiom projektowym. Przykładowo, powtarzające się awarie łączy o kategorii T-0 nie są możliwe do zaakceptowania, ponieważ mają one charakter krytyczny z uwagi na fakt, że cały system zarządzania siecią WAN znajduje się w lokalizacjach o tej kategorii. Oznacza to, że awaria łącza powoduje brak możliwości komunikacji także w lokalizacjach o niższych kategoriach.

[Zarzut 3c]

5.21. Stawiając Zarzut 3c Odwołujący zażądał określenia w wierszu 2 Tabeli nr 11 OPZ definicję Awarii Masowej jako: „wystąpienie Awarii powodujących jednoczesne pozbawienie Usługi dla minimum 100 Lokalizacji z tym samym problemem na danym obszarze lub w ramach podłączenia do konkretnych zasobów dostępowych spowodowanych czynnikami leżącymi po stronie infrastruktury sieciowej Wykonawcy, zgłoszone przez Zamawiającego”.

5.22. Zamawiający uwzględnił częściowo żądanie Odwołującego, modyfikując definicję Awarii Masowej w następujący sposób:

„ Dla Części I i II

Wystąpienie Awarii powodujących jednoczesne pozbawienie usługi dla minimum 10 Lokalizacji z tym samym problemem na danym obszarze lub w ramach podłączenia do konkretnych zasobów dostępowych, spowodowanych czynnikami leżącymi po stronie infrastruktury sieciowej Wykonawcy, zgłoszone przez Zamawiającego. Weryfikacja następuje na podstawie danych z Systemu Monitorowania.

Dla Części III

Wystąpienie Awarii powodujących jednoczesne pozbawienie usługi dla minimum 40 Lokalizacji z tym samym problemem na danym obszarze lub w ramach podłączenia do konkretnych zasobów dostępowych, spowodowanych czynnikami leżącymi po stronie infrastruktury sieciowej Wykonawcy, zgłoszone przez Zamawiającego. Weryfikacja następuje na podstawie danych z Systemu Monitorowania.”

5.23. Jak wynika z powyższego, definicja Awarii Masowej została dostosowana do bieżących ilości łączy w każdej z Części. Należy jednocześnie zauważyć, że w Części II przewidziano 112 lokalizacji. Uwzględnienie żądania Odwołującego w całości oznaczałoby, że awaria musiałaby wystąpić w niemal wszystkich lokalizacjach tej Części, aby można było stwierdzić Awarię Masową.

5.24. Należy też zauważyć, że w obecnie obowiązującej umowie Definicja Awarii Masowej obejmuje 10 Lokalizacji przy ilości lokalizacji przekraczającej 4700, co oznacza, że tego rodzaju podejście nie uniemożliwia realizacji projektu oraz jest faktycznie akceptowalne dla Wykonawcy.

[Zarzut 3d]

5.25. Stawiając Zarzut 3d Odwołując zażądał obniżenia kary umownej przewidzianej w pkt 13.8, 13.9, 13.10, 13.11, 13.12, 13.13 Projektów umów dla Części I, II i III oraz bonifikat przewidzianych w Załączniku nr 3 (OPZ) w Rozdziale 5 w tabelach 2–8 dotyczących parametrów SLA - o 50%.

5.26. Zamawiający częściowo uwzględnił żądanie, obniżając wysokość kar umownych i bonifikat o około 10%, odpowiednio w postanowieniach Projektów umów dla Części I, II i III oraz OPZ wskazanych przez Odwołującego.

5.27. Dalsze obniżenie kar i bonifikat, byłoby bezpodstawne oraz istotnie godziłoby w uzasadniony interes Zamawiającego, naruszając jednocześnie równowagę stron.

[Zarzut 3e]

5.28. Stawiając Zarzut 3e Odwołujący zażądał wskazania w pkt 1 Rozdziału 5 OPZ, że „w przypadku łączy T5-T7 w Części III dane źródłowe do wyliczeń parametrów SLA w ramach raportu miesięcznego będą pochodziły z Systemu Monitorowania Wykonawcy; ewentualnie zobowiązanie Zamawiającego do przekazania Wykonawcy dostępu do swojego systemu, oraz pełnych danych źródłowych”.

5.29. W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że „Wykonawca nie ma dostępu i wglądu do tych danych w trybie online (brak

możliwości jakiegokolwiek weryfikacji danych. Wykonawca nie zna sposoby działania tego systemu, jakości i niezawodności łączy w oparciu o które System ten działa i zbiera informacje. Wykonawca nie ma również możliwości skoordynowania danych z tego systemu z pracami planowymi, zaplanowanymi przerwami w działaniu poszczególnych łączy, pracami wynikającymi z prac po stronie Zamawiającego.”

5.30. Zamawiający częściowo uwzględnił powyższe żądanie modyfikując pkt 1 Rozdziału 5 OPZ nadając mu następujące brzmienie:

„1. Bonifikaty udzielane są przez Wykonawcę w przypadku niedotrzymania w danym okresie jakościowych warunków świadczenia usług (SLA i QoS) opisanych poniżej (por. tabele 2–8).

5.31. Wykonawca przekaże niezbędne dane źródłowe do wyliczeń parametrów SLA w ramach raportu miesięcznego. Dane źródłowe będą dostępne także dla Zamawiającego w trybie online za pośrednictwem Systemu Monitorowania w Części I i Części II, a także dla łączy T0 w Części III.

5.32. W przypadku łączy T5-T7 w Części III dane źródłowe do wyliczeń parametrów SLA w ramach raportu miesięcznego będą pochodziły z Systemu Monitorowania Zamawiającego.

Na etapie przygotowania projektu technicznego zostanie uzgodniony i udokumentowany w Opisie Technicznym sposób dostępu Wykonawcy do Systemu Monitorowania Zamawiającego, z uwzględnieniem dostępu do informacji dotyczących monitorowanych parametrów SLA oraz danych źródłowych wykorzystywanych do ich obliczenia.”

5.33. Kluczowy w powyższej zmianie jest ostatni akapit, z którego wynika, że Wykonawca otrzyma dostęp do Systemu Monitorowania Zamawiającego, na zasadach uzgodnionych na etapie przygotowania projektu technicznego.

5.34. Biorąc pod uwagę uzasadnienie zarzutu przedstawione w Odwołaniu, powyższa modyfikacja, w ocenie Zamawiającego, czyni zadość żądaniom Odwołującego w wystarczającym stopniu, adresując istotę problemu zasygnalizowaną w Odwołaniu.

[Zarzut 3g]

5.35. Stawiając Zarzut nr 3g Odwołujący zażądał wykreślenia pkt 7 Rozdziału 5 OPZ. W uzasadnieniu zarzutu Odwołujący wskazał, że „utrzymanie dotychczasowej definicji Awarii Masowej przy jednoczesnym zachowaniu ww. procedury raportowania powoduje, że wykonawca nie ma obiektywnej możliwości spełnienia oczekiwań Zamawiającego w tym zakresie.”

5.36. Z uwagi na powyższe, Zamawiający zmodyfikował pkt 7 Rozdziału 5 OPZ, wydłużając termin na potwierdzenie czasu i przyczyny Awarii Masowych z 2 do 4 Dni Roboczych od zakończenia Awarii Masowej, czyli dwukrotnie. Jednocześnie, definicja Awarii Masowej również została zmodyfikowana. Zamawiający nie może się jednak zgodzić na uwzględnienie całości żądania Odwołującego, całkowitego wykreślenia pkt 7 Rozdziału 5 OPZ, ponieważ Awaria Masowa z uwagi na istotny wpływ na działanie sieci WAN PP, powinna zostać usunięta, a jej przyczyny powinny zostać wyjaśnione oraz wykonawca powinien podjąć kroki mające na celu niedopuszczenie do podobnej sytuacji w przyszłości. Brak określenia terminu spowoduje, że informacje o przyczynach Awarii Masowej mogą nie zostać przekazane do Zamawiającego.

5.37. Tym samym, Odwołanie w pozostałym zakresie tego zarzutu zasługuje w ocenie Zamawiającego na oddalenie.

Zarzuty nieuwzględnione

[Zarzut 3f]

6.1. Stawiając Zarzut 3f, Odwołujący zażądał wskazania dla części III, w Załączniku nr 3 (OPZ), Rozdział 5 pkt 5, że „W Części III dla Lokalizacji z łączy o kategorii T0, bonifikaty za niedotrzymanie wymagań SLA będą naliczane niezależnie dla każdego z łączy w danej Lokalizacji od wartości 50% Wynagrodzenia za Usługi dla danej Lokalizacji”.

6.2. W uzasadnieniu, Odwołujący wskazał, że „w ocenie Odwołującego naliczanie bonifikat od wartości 60% wynagrodzenia w sytuacji tak dużego projektu jest sankcją nadmierną i nieadekwatną do poniesionej szkody. Tym bardziej, że zgodnie z postanowieniami OPZ, w kategoriach T0 wszystkie łącza posiadają łącza redundantne, co oznacza, że placówki Zamawiającego będą miały zapewnione nieprzerwane działanie, pomimo wystąpienia awarii, zaś za naruszenie warunków SLA (w tym za wystąpienie Awarii), Zamawiający przewidział możliwość naliczenia dotkliwych kar umownych.”

6.3. Zamawiający wnosi o oddalenie tego zarzutu jako bezpodstawnego.

6.4. Zamawiający wyjaśnia, że wymaganie dotyczy lokalizacji Data Center Zamawiającego, czyli lokalizacji kluczowych z punktu widzenia prowadzenia biznesu. Łącza, o których mowa, będą służyły do agregacji ruchu z placówek pocztowych. Oba łącza, które dostarcza Wykonawca będą pracować jednocześnie i awaria jednego z nich może spowodować wysycenie drugiego łączy co doprowadzi w efekcie do braku lub znaczących trudności w obsłudze klienta. Dlatego wysokość bonifikat ma zdyscyplinować Wykonawcę do realizacji usługi w wysokim standardzie jakościowym ze względu na jej krytyczność.

[Zarzut 3i]

6.5. Stawiając zarzut nr 3i Odwołujący zażądał usunięcia w Projektach umów dla Części I, II i III sformułowania *przy jednoczesnym zachowaniu stawek Opłat Instalacyjnych oraz stawek Wynagrodzenia za Usługi objętych Ofertą Wykonawcy*”.

6.6. W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że „okres obowiązywania Umowy może zostać wydłużony o 36 miesięcy, co oznacza, że Wykonawca musi zamrozić stawki za instalację oraz za usługi przez łączny maksymalny okres 74 miesięcy

(38 plus 36 miesięcy). Mając na uwadze wysoką inflację, wynikającą w szczególności ze wzrostu kosztów energii elektrycznej, kosztów wynagrodzeń pracowników, kosztów licencji, suportów i dzierżawy infrastruktury etc. tak sformułowane postanowienia przerzucają całość ryzyka inflacji na wykonawcę i mogą doprowadzić do sytuacji, w której realizacja zamówienia okaże się całkowicie nierentowna. Ocena ww. postanowień umowy przez pryzmat odpowiadania sobie świadczeń wzajemnych prowadzi do wniosku, że przerzucenie całego ryzyka wzrostu cen w tak długim okresie stanowi naruszenie równowagi Stron umowy wzajemnej, jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa i zasadami współżycia społecznego.”

6.7. W odniesieniu do powyższego, Zamawiający wskazuje przede wszystkim, że Projekty umów przewidują osobne mechanizmy waloryzacyjne (pkt 15.3. Projektu umowy dla Części I, II i III). Tym samym, argumentacja dotycząca przerzucenia ryzyka wzrostu kosztów na wykonawcę jest całkowicie nieuzasadniona.

6.8. Założeniem Zamawiającego jest natomiast to, aby wykonawcy już na etapie składania ofert wycenili stawki Opłat Instalacyjnych oraz Wynagrodzenia za Usługi, co ma na celu, z jednej strony umożliwienie sprawniejszego planowania budżetu, a z drugiej strony uniknięcie ewentualnej inżynierii cenowej po stronie wykonawcy, który może próbować wykorzystać przewagę negocjacyjną nad Zamawiającym.

Sygn. akt: KIO 1980/24

Wykonawca Orange (Odwołujący Orange) podał (...)

II. Odwołujący jako Wykonawca posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a jednocześnie może ponieść szkodę na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz mogący utrudniać uczciwą konkurencję, a jednocześnie zawarł w umowie zakazane postanowienia i nie zawarł wszystkich wymaganych postanowień wymaganych dla umowy w sprawie zamówienia publicznego, co utrudnia Odwołującemu złożenie oferty i uzyskanie zamówienia. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do usunięcia niezgodności dokumentów zamówienia z ustawą i pozwoli na przygotowanie i złożenie, a w konsekwencji na uzyskanie zamówienia w Postępowaniu. Wobec powyższego, należy uznać

Odwołującego za podmiot uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp.

III. Zamawiającemu zarzucam dokonanie następujących naruszeń przepisów ustawy:

1. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty poprzez:

a) wskazanie zbyt krótkiego terminu na uruchomienie usługi (Prace Wdrożeniowe) wynoszącego 6 miesięcy (projektowane postanowienia umowy pkt 2.4), który nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na terminy realizacji przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia złożoności przedmiotu zamówienia oraz wydłużonych terminów dostaw sprzętu;

b) wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na dostarczenie Zamawiającemu Harmonogramu zawierającego daty oraz opisy i procedury przełączania Usług dla poszczególnych Lokalizacji - wynoszącego 60 dni (projektowane postanowienia umowy pkt 3.3), w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia oraz nie uwzględniający złożoności przedmiotu zamówienia;

c) wskazanie zbyt krótkiego terminu na wdrożenie Systemu Monitorowania, za pośrednictwem którego wykonawca ma potwierdzać prawidłowość wykonanego wdrożenia usług w każdej lokalizacji, wynoszącego 4 miesiące (opis przedmiotu zamówienia pkt 1.2 pkt 23), który nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na terminy realizacji przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia złożoności przedmiotu zamówienia;

d) zastrzeżenie sankcji w postaci odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w przypadku niepodpisania w terminie 4 miesięcy od Daty Początkowej Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 50% Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (projektowane postanowienia umowy pkt 14.2.2), co oznacza, że wykonawca ma tylko 4 miesiące na wykonanie Prac Wdrożeniowych – a więc mniej niż 6 miesięcy, o których mowa w pkt 2.4 projektowanych postanowień umowy), a ten okres nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na terminy realizacji przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia złożoności przedmiotu zamówienia;

e) zgłoszenie realizacji zamówień w ramach Opcji najpóźniej w terminie 4 (czterech) miesięcy przed wygaśnięciem terminu obowiązywania Umowy (projektowane postanowienia umowy pkt 8.11), w sytuacji gdy zamówienia w ramach Opcji mają być realizowane na takich samych warunkach jak zamówienie podstawowe, co nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji takich zamówienia oraz nie uwzględniający złożoności przedmiotu zamówienia oraz może skutkować brakiem spłaty kosztów inwestycji poniesionych przez wykonawcę we wskazanym 4-miesięcznym okresie; f) wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na dostarczenie Zamawiającemu pisemnej kalkulacji kosztu przeprowadzenia prac dla Opcji, z której Zamawiający chce skorzystać, wynoszącego 15 dni od otrzymania od Zamawiającego oświadczenia o skorzystaniu z Opcji (projektowane postanowienia umowy pkt 8.18.1), w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia oraz nie uwzględniający złożoności przedmiotu zamówienia, co skutkować może brakiem możliwości oszacowania przez wykonawcę zakresu inwestycji w tak krótkim terminie i przygotowania odpowiednich dokumentów potwierdzających zakres i koszt

inwestycji;

g) zastrzeżenie prawa Zamawiającego do skorzystania z Opcji Zmiany Przepustowości, Opcji Nowych Lokalizacji, Opcji Zmiany Kategorii po cenach określonych w ofercie wykonawcy złożonej w postępowaniu - Załącznik 3 do Umowy – Oferta Wykonawcy (Formularz Ofertowy i Formularz Cenowy) (projektowane postanowienia umowy pkt 8.6 – 8.8), co nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na realizację takich zamówień w ramach Opcji oraz nie uwzględniający złożoności przedmiotu zamówienia oraz może skutkować brakiem spłaty kosztów inwestycji poniesionych przez wykonawcę w związku z wykonaniem zamówień w ramach Opcji;

h) zastrzeżenie, że wykonawca zobowiązany jest do współdziałania ze wskazanym przez Zamawiającego podmiotem odpowiedzialnym za wdrożenie w ramach odrębnej umowy Urządzeń SD-WAN w zakresie umożliwiającym realizację celu i przedmiotu Umowy jakim jest zapewnienie ciągłości świadczenia usług WAN PP, a także uzależnienie zatwierdzenia harmonogramu od realizacji odrębnej umowy związanej z wdrożeniem urządzeń SD-WAN, przy jednoczesnym zaniechaniu określenia zakresu takiej współpracy, zasad współpracy i zwolnienia wykonawcy z odpowiedzialności w przypadku, gdy brak lub niewłaściwa współpraca wpływać będzie negatywnie na wykonanie Umowy przez Wykonawcę; - co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp;

2. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, poprzez:

a) wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na wykonanie Prac Wdrożeniowych nie uwzględniającego złożoności przedmiotu zamówienia i wydłużonych terminów dostaw urządzeń, który uprzywilejowuje w sposób nieuzasadniony wykonawcę obecnie świadczącego usługi u Zamawiającego, który będzie musiał prace wdrożeniowe wykonać tylko w ograniczonym zakresie;

b) dopuszczenie uruchomienia łączy tymczasowych przez wykonawcę wyłącznie po uzyskaniu uprzedniej zgody Zamawiającego, co zarówno uprzywilejowuje w sposób nieuzasadniony wykonawcę obecnie świadczącego usługi u Zamawiającego, który dysponuje już niezbędną infrastrukturą w lokalizacjach Zamawiającego, a nadto przerzuca na wykonawców ryzyko braku zgody Zamawiającego, co wymusza uwzględnienie w przygotowaniu i kalkulacji oferty kosztów związanych z zapewnieniem infrastruktury bez wykorzystania łączy tymczasowych i ryzyk potencjalnych kar umownych z tytułu zwłoki w uruchomieniu usług w lokalizacjach;

- co stanowi naruszenie art. 99 ust. 4 Pzp;

3. Zawarcie w projektowanych postanowieniach umowy niedopuszczalnych postanowień umownych z uwagi na zastrzeżenie możliwości zmniejszania zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wielkości, ani wartości świadczenia stron, poprzez:

a) zastrzeżenie uprawnienia Zamawiającego do jednostronnego zmniejszania liczby lokalizacji - nie więcej niż łącznie 10% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla wszystkich kategorii łączy – T0 oraz T5-T7 – w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji oraz nie więcej niż 40% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla danej kategorii łączy w stosunku do liczby Lokalizacji dla danej kategorii, podanej w Wykazie Kategorii Łączy (projektowane postanowienia umowy pkt 9.1.1), co oznacza, że Wykonawca nie ma pewności, ile usług będzie świadczył i przez jaki okres czasu, co utrudnia oszacowanie kosztów i zakresu świadczenia i ryzyk związanych z realizacją zamówienia, co tym bardziej utrudnia sporządzenie oferty, że wysokość Opłaty Instalacyjnej została sztucznie ograniczona przez Zamawiającego;

b) zastrzeżenie uprawnienia Zamawiającego do jednostronnej rezygnacji z nie więcej niż 40% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji po 31 grudnia 2025 r. , niezależnie od warunków opisanych w innych postanowieniach umowy (projektowane postanowienia umowy pkt 9.1.2), co utrudnia oszacowanie kosztów i zakresu świadczenia i ryzyk związanych z realizacją zamówienia, co tym bardziej utrudnia sporządzenie oferty, że wysokość Opłaty Instalacyjnej została sztucznie ograniczona przez Zamawiającego;

c) zastrzeżenie uprawnienia Zamawiającego do rozwiązania Umowy w całości lub w części z okresem wypowiedzenia 30 dni oraz z możliwością wielokrotnego skorzystania z tego uprawnienia w zakresie wypowiedzenia Umowy w części, w przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego skutkujących obowiązkiem Zamawiającego powierzenia całości lub części usług transmisji danych, lub innych usług stanowiących przedmiot Umowy innemu niż Wykonawca podmiotowi lub jednostce lub brakiem możliwości kontynuacji wykonania Umowy na przewidzianych Umową warunkach (projektowane postanowienia umowy pkt 14.11), co oznacza, że Wykonawca nie ma pewności, ile usług będzie świadczył i przez jaki okres czasu, co utrudnia oszacowanie kosztów i zakresu świadczenia i ryzyk związanych z realizacją zamówienia;

d) wprowadzenie w pkt 8.16 i 8.17 projektowanych postanowień umowy oraz w instrukcji wypełniania formularza cenowego ograniczenia wysokości Opłaty Instalacyjnej, która w przypadku Opcji Nowych Lokalizacji nie może przekroczyć równowartości trzykrotności miesięcznego Wynagrodzenia (abonamentu) za Usługi dla danej Lokalizacji, a we wszystkich pozostałych przypadkach nie może przekroczyć równowartości dwukrotności miesięcznego Wynagrodzenia (abonamentu) za Usługi dla danej Lokalizacji, w sytuacji, gdy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wykonawca w związku z realizacją zamówienia będzie ponosił koszty (m.in. koszty inwestycji, czy zakupu części usług od podwykonawców), a jednocześnie nie będzie miał gwarancji, że wynagrodzenie zapłacone przez Zamawiającego pokryje

poniesione koszty z uwagi na limit opłaty instalacyjnej, brak wynagrodzenia w postaci abonamentu w przypadku rezygnacji przez Zamawiającego z części lokalizacji lub rozwiązania przez Zamawiającego Umowy w całości lub w części, także brak możliwości uzyskania dodatkowego wynagrodzenia w przypadku wcześniejszego zakończenia świadczenia usługi;
- co stanowi naruszenie art. 433 pkt 4 ustawy;

4. Wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert nieuwzględniającego złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do ich przygotowania i złożenia w związku ze znacznym stopniem skomplikowania zamówienia, które obejmuje świadczenie usług w ponad 4600 lokalizacjach, - co stanowi naruszenie art. 131 ust. 1 ustawy.

IV. Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących zmian w dokumentach zamówienia:

1.a) wskazanie terminu na uruchomienie usługi (Prace Wdrożeniowe) wynoszącego 16 miesięcy od Daty Początkowej (projektowane postanowienia umowy pkt 2.4);

1.b) wyznaczenie terminu na dostarczenie Zamawiającemu Harmonogramu zawierającego daty oraz opisy i procedury przełączania Usług dla poszczególnych Lokalizacji - wynoszącego 4 miesiące od Daty Początkowej (projektowane postanowienia umowy pkt 3.3);

1.c) wskazanie terminu na wdrożenie Systemu Monitorowania, za pośrednictwem którego wykonawca ma potwierdzać prawidłowość wykonanego wdrożenia usług w każdej lokalizacji, wynoszącego 6 miesięcy od podpisania Umowy (opis przedmiotu zamówienia pkt 1.2 ppkt 23); 1.d) wykreślenie wymagania podpisania Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 50% Lokalizacji przed upływem 4 miesięcy od Daty Początkowej oraz sankcji w postaci odstąpienia od Umowy w przypadku niepodpisania w terminie 4 (czterech) miesięcy od Daty Początkowej Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 50% (pięćdziesięciu procent) Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (projektowane postanowienia umowy pkt 14.2.2); ewentualnie: zmianę wymagania podpisania Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 50% Lokalizacji przed upływem 12 miesięcy od Daty Początkowej oraz modyfikację sankcji w postaci odstąpienia od Umowy w przypadku niepodpisania w terminie 12 (dwunastu) miesięcy od Daty Początkowej Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 50% (pięćdziesięciu procent) Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (projektowane postanowienia umowy pkt 14.2.2);

1.e) wskazanie, że zgłoszenie realizacji zamówień w ramach Opcji może nastąpić najpóźniej w terminie 12 (dwunastu) miesięcy przed wygaśnięciem terminu obowiązywania Umowy (projektowane postanowienia umowy pkt 8.11);

1.f) wyznaczenie terminu na dostarczenie Zamawiającemu pisemnej kalkulacji kosztu przeprowadzenia prac dla Opcji, z której Zamawiający chce skorzystać, wynoszącego co najmniej 30 dni od otrzymania od Zamawiającego oświadczenia o skorzystaniu z Opcji (projektowane postanowienia umowy pkt 8.18.1);

1.g) wykreślenie prawa Zamawiającego do skorzystania z Opcji Zmiany Przepustowości, Opcji Nowych Lokalizacji, Opcji Zmiany Kategorii po cenach określonych w ofercie wykonawcy złożonej w postępowaniu - Załącznik 3 do Umowy – Oferta Wykonawcy (Formularz Ofertowy i Formularz Cenowy) (projektowane postanowienia umowy pkt 8.6 – 8.8);

1.h) wykreślenie pkt 3.4 i 3.6. projektowanych postanowień umowy;

2.a) wskazanie terminu na uruchomienie usługi (Prace Wdrożeniowe) wynoszącego 16 miesięcy od Daty Początkowej (projektowane postanowienia umowy pkt 2.4);

2.b) dopuszczenie uruchomienia łączny tymczasowych przez wykonawcę na podstawie decyzji wykonawcy;

3.a) zastrzeżenie uprawnienia Zamawiającego do zmniejszenia liczby lokalizacji nie Zamawiającego z uprawnienia, o którym mowa w ust. 9.1 nie stanowi dla Wykonawcy podstawy do kierowania wobec Zamawiającego jakichkolwiek roszczeń z tego tytułu, z tym jednak zastrzeżeniem, iż w wyniku realizacji przedmiotowego uprawnienia łączna wartość wynagrodzenia należnego za wykonanie całego przedmiotu Umowy nie może wynosić mniej niż 90% (dziewięćdziesiąt procent) Wartości Umowy;

3.b) zastrzeżenie uprawnienia Zamawiającego do zmniejszenia liczby lokalizacji nie więcej niż łącznie 30% Lokalizacji dla wszystkich kategorii łączny – T0 oraz T5-T7 – w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji po 31 grudnia 2025 r., z jednoczesnym zobowiązaniem Zamawiającego do korzystania z 70% Lokalizacji dla wszystkich kategorii łączny w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji" oraz wprowadzenie postanowienia o uiszczaniu przez Zamawiającego opłaty z tytułu wcześniejszego zakończenia świadczenia usługi w przypadku, gdy Zamawiający zrezygnuje z lokalizacji po 31 grudnia 2025 r.;

3.c) wykreślenie postanowienia 14.11 projektowanych postanowień umowy, ewentualnie – w przypadku utrzymania postanowienia pkt 14.11 projektowanych postanowień umowy:

- wprowadzenie postanowienia o uiszczaniu przez Zamawiającego opłaty z tytułu rozwiązania przez Zamawiającego Umowy w całości lub w części na podstawie pkt 14.11 projektowanych postanowień umowy;

3.d) wykreślenie ograniczenia wysokości opłaty instalacyjnej z pkt 8.16 i 8.17 projektowanych postanowień umowy oraz z instrukcji wypełniania formularza cenowego; 4. przedłużenie terminu składania ofert do dnia 27 lipca 2024 r.

(...)

W uzasadnieniu stanowiska podał:

(...)

Uwagi wstępne

1. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wywierającą wpływ na niemalże wszystkie czynności dokonywane przez Zamawiającego w toku całego postępowania. Jednymi z podstawowych zasad, którymi musi się kierować Zamawiający sporządzając opis przedmiotu zamówienia są jednoznaczność oraz wyczerpujący charakter opisu przedmiotu zamówienia, a także uwzględnienie wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie panuje zgodność zarówno, co do tego, jak istotną czynnością jest sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, jak i co do tego, że opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać Wykonawcy bez żadnych wątpliwości i dodatkowych interpretacji ustalić co musi zaoferować oraz jakie są wymagania Zamawiającego. 3. Opis przedmiotu zamówienia powinien zostać dokonany w sposób jednoznaczny, ma wskazać Wykonawcom rzeczywisty zakres zamówienia przy użyciu przejrzystych określeń, nie może pominąć żadnych informacji mających wpływ na sporządzenie oferty (tak: B. Artymowicz i in.

[w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H. Nowak i M. Winiarz, UZP, Warszawa 2021, s. 339). Podobne stanowisko prezentuje M. Stachowiak, stwierdzając, że „Podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że Wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, stwierdzić, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane), oraz że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w opisie uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić Wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty” (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 99.). Zamawiający nie spełnił tych wymagań formułując OPZ w przedmiotowym postępowaniu.

II. Zarzuty dotyczące opisanego przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty poprzez wskazanie zbyt krótkich terminów na uruchomienie usługi i przedstawienie harmonogramu zawierającego daty oraz opisy i procedury przełączania Usług dla poszczególnych Lokalizacji

4. Termin wdrożenia usług - Zamawiający dla każdej z części zamówienia zastrzega identyczny okres wdrożenia tj. 6 miesięcy od Daty Początkowej (tj. od daty zawarcia umowy). Warto zaznaczyć, iż termin wdrożenia jest taki sam niezależnie od zakresu wdrożenia będącego przedmiotem w poszczególnych częściach:

-część 1 to wdrożenie 536 usług

-część 2 to wdrożenie 112 usług

-część 3 to wdrożenie 4 664 usługi

5. Ponadto na proces wdrożenia usług kluczowy wpływ mają:

-opracowanie i przekazanie Zamawiającemu harmonogramu wdrożenia, na tę czynność Zamawiający przewidział 60 dni od daty zawarcia umowy (należy tutaj mieć na uwadze, iż Zamawiający wprowadza proces akceptacji harmonogramu, tym samym dając sobie kolejne 5 dni roboczych na akceptacje bądź zgłoszenie wykonawcy uwag do przedłożonego harmonogramu, czyli de facto okres uzgodnienia przez strony harmonogramu w praktyce może wykroczać ponad okres 60 dni, podczas gdy 6 miesięczny termin wdrożenia już biegnie),

-wdrożenie systemu monitorowania – istotne gdyż Zamawiający wymaga, aby za pośrednictwem systemu monitorowania wykonawca potwierdzał prawidłowość wykonanego wdrożenia usługi w każdej z lokalizacji; na tę czynność Zamawiający przewidział 4 miesiące od daty zawarcia umowy.

6. W celu przygotowania do świadczenia usług Wykonawca potrzebuje czasu na okres przygotowawczy podczas którego będzie przeprowadzał albo proces budowy własnej infrastruktury kablowej do danych lokalizacji Zamawiającego, albo będzie przeprowadzał proces wydzierżawienia istniejącej już w danej lokalizacji Zamawiającego infrastruktury telekomunikacyjnej.

7. Budowa światłowodowych przyłączy telekomunikacyjnych jest procesem złożonym i czasochłonnym. Przed rozpoczęciem budowy niezbędnej infrastruktury Wykonawca musi wystąpić o stosowne pozwolenia i zezwolenia, zaś ewentualne skrócenie czynności formalnych nie jest możliwe nawet przy zaangażowaniu i potencjale Wykonawców. Wykonawcy nie mają wpływu choćby na terminy wynikające z przepisów prawa administracyjnego, które przewidują co do zasady 30 dniowy termin udzielenia odpowiedzi, z możliwością jego wydłużenia. Co więcej, istotną część placówek Zamawiającego jest zlokalizowana w obiektach które są wpisane do rejestru zabytków, wówczas sam proces formalno-administracyjny uzyskania stosownych zgód na budowę infrastruktury kablowej, czy też radiowej wydłuża się o kolejne minimum kilkadziesiąt dni.

8. Budowa telekomunikacyjnych łączy światłowodowych jest procesem czasochłonnym i wiąże się z podjęciem szeregu działań. Przed rozpoczęciem budowy infrastruktury wykonawca musi wystąpić o stosowne pozwolenia i zezwolenia.

9. Każda inwestycja wymagająca prac ziemnych w terenie (a takich jest zdecydowanie najwięcej), z punktu widzenia wyłącznie samych zgód formalnych – prawnych (wynikających m in. z aktów: Prawo Budowlane, Prawo Geodezyjne i

Kartograficzne, Ustawa o drogach publicznych, Prawo o ruchu drogowym, KPA), których pozyskanie w wielu przypadkach musi mieć charakter szeregowy, to czas minimum 210 dni.

10. Część uzgodnień w praktyce wykonawca może uzyskać szybciej niż wynika to z przepisów, nie mniej będą też inwestycje dla których uzyskanie zgody będzie trwało dłużej.

11. Odwołujący podkreśla, że powyższe 210 dni zakłada, że wszystkie składane wnioski uzyskują pozytywną opinię już w „pierwszym podejściu” co przy tak dużej liczbie inwestycji w praktyce nie jest to możliwe. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż powodem ewentualnego odrzucenia wniosków nie jest wyłącznie ich nieprawidłowe wypełnienie – Urząd może odrzucić wniosek (i w praktyce tak się właśnie dzieje), przykładowo na skutek posiadanej wiedzy o innych trwających bądź planowanych inwestycjach w np. infrastrukturę gazową, której przebieg będzie kolidował z propozycją planowanego (w składanym przez wykonawcę wniosku) przebiegu kabla światłowodowego.

12. Dodatkowo dochodzi czas związany z działaniami Operatora w kwestii planowania, projektowania (w tym pracy geodety w terenie w celu stworzenia MDCP – Mapy do celów projektowych), wykonania, odbioru i uruchomienia usług.

13. Dodatkowo część z tych inwestycji będzie miało potrzebę dodatkowych działań związanych z uzyskaniem pozwoleń wodno-prawnych, uzgodnień z Lasami Państwowymi, z spółkami związanymi z PKP (np. czasochłonne uzgodnienie z Zakładem Linii Kolejowych kończy się dodatkowo wytyczną, że o konieczności wejścia w teren musimy poinformować na 180 dni przed rozpoczęciem prac), uzgodnienia z Konserwatorem Zabytków (w przypadku gdy na trasie są stanowiska archeologiczne to z automatu poza czasem na samo uzgodnienie, dochodzi konieczność wejścia w tryb „zgłoszenia” – dodatkowe 21 dni) uzgodnienia z właścicielami działek prywatnych. W takich przypadkach wymagane uzgodnienia mogą wydłużać inwestycje o dodatkowe kilka miesięcy.

14. Dodatkowo część nieruchomości, na których będzie realizowana inwestycja, może mieć nieuregulowany stan prawny (np. odmienne interpretacje Zarządów Dróg), lub może być rozpoczęta inna inwestycja (np. przebudowa skrzyżowania) co spowoduje konieczność przeplanowania trasy (wydłużenie czasu) lub w skrajnym przypadku wstrzymanie działań (w przypadku gdy ukształtowanie terenu i istniejąca infrastruktura na tym terenie uniemożliwia alternatywną trasę).

15. Z kolei proces dzierżawy istniejącej infrastruktury od innego podmiotu również jest procesem czasochłonnym – w dużym uproszczeniu niezbędne jest pozyskanie stosowych ofert, potwierdzenie technicznych możliwości wykorzystania infrastruktury innego operatora (ewentualnie przeprowadzenie procesu inwestycji polegającego na budowie stosownych punktów styku), wynegocjowanie warunków handlowych oraz formalne skwitowanie dzierżawy z właścicielem.

16. Niezależnie od sposobu realizacji usług do Zamawiającego trzeba mieć na uwadze skalę przedsięwzięcia tj. dostawę usług do blisko 5 tysięcy lokalizacji (dla Części III) – czyli w praktyce Wykonawca będzie musiał prowadzić równolegle setki inwestycji oraz setki równoległych uzgodnień z dziesiątkami innych operatorów posiadającymi infrastrukturę w placówkach Zamawiającego.

17. Zwracamy również uwagę, iż nie jest możliwe podejmowanie przez Wykonawcę jakichkolwiek inwestycji, czy też rozpoczynanie procesu zakupowego niezbędnego sprzętu przed zawarciem umowy. Zatem jedynie stosowna modyfikacja dokumentacji przetargowej określająca odpowiednią ilość miesięcy na przygotowanie usługi umożliwi zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie Wykonawców.

18. Termin opracowania harmonogramu – Wskazany w projektowanych postanowieniach umowy 60 dniowy termin dostarczenia projektu Harmonogramu zawierającego daty oraz opisy i procedury przełączania Usług dla poszczególnych Lokalizacji nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia.

19. Dotrzymanie 60-dniowego terminu dostarczenia Harmonogramu jest niemożliwe. Przygotowanie harmonogramu realizacji prac wdrożeniowych wymaga co najmniej przeprowadzenia wizji lokalnej w każdej z 4 664 lokalizacji Zamawiającego, przeanalizowania danych dotyczących architektury sieci WAN Zamawiającego, weryfikacji istniejącej infrastruktury sieciowej, sprawdzenia warunków technicznych, w tym występowania infrastruktury Odwołującego lub innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w poszczególnych lokalizacjach, wykonania prac koncepcyjnych dotyczących podłączenia poszczególnych lokalizacji do sieci, ustalenia szczegółów technicznych dotyczących podłączenia z każdą z 4664 lokalizacji, wreszcie opracowania harmonogramu wdrożenia.

20. W ocenie Odwołującego najkrótszym możliwym terminem wykonania tych działań jest termin wynoszący 120 dni od Daty Początkowej.

III. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty poprzez zastrzeżenie 4 miesięcznego terminu na wdrożenie Systemu Monitorowania, a także zastrzeżenie sankcji w postaci odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w przypadku niepodpisania w terminie 4 miesięcy od Daty Początkowej Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 50% Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (projektowane postanowienia umowy pkt 14.2.2)

21. Wdrożenie Systemu Monitorowania -Zamawiający wymaga, aby za pośrednictwem systemu monitorowania wykonawca potwierdzał prawidłowość wykonanego wdrożenia usługi w każdej z lokalizacji). Na wdrożenie systemu monitorowania Zamawiający wyznaczył okres 4 miesięcy od daty zawarcia umowy – niezależnie od tego, że na uruchomienie usług Zamawiający przewidział 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a dodatkowo w terminie 60 dni od dnia zawarcia umowy wykonawca musi przedstawić projekt harmonogramu zawierającego daty oraz opisy i procedury

przełączania Usług dla poszczególnych Lokalizacji.

22. Dodatkowo Zamawiający zastrzega sobie uprawnienie do odstąpienia od umowy w sytuacji niepodpisania w terminie 4 miesięcy od daty początkowej (tj. daty zawarcia umowy)

Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 50% lokalizacji z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (pkt. 14.2.2. Projektu Umowy).

23. Należy także zwrócić uwagę na wymaganie Zamawiającego, aby: "(...) w okresie Prac Wdrożeniowych Lokalizacje instalowane w poszczególne dni będą rozłożone równomiernie na obszarze Polski oraz w poszczególnych miesiącach będzie uruchamiane po około 1000 Lokalizacji w Części III" (pkt 1.2. ppkt 3 OPZ).

24. Analiza powyższych wymagań Zamawiającego i terminów, jakie określił Zamawiający na realizację tych wymagań już na wstępie, bez specjalnego wchodzenia w szczegóły procesu wdrożenia wynika, że te terminy są nie do spełnienia. Jest tak z następujących przyczyn:

1) zakładając, że wykonawca ma 4 miesiące na wdrożenie systemu monitorowania (licząc od dnia zawarcia umowy) nie jest możliwe spełnienie warunku wdrożenia i skutecznego przekazania zamawiającemu 50% lokalizacji które na podstawie pkt 14.2.2. Umowy ma odbyć się na podstawie podpisanych przez strony Częściowych Protokołów Odbioru, bowiem potwierdzenie poprawności uruchomionych usług musi oraz samo wygenerowanie Protokołów Częściowych (zgodnie z wymaganiem Zamawiającego) musi się odbyć za pomocą systemu monitorowania które musi uprzednio wdrożyć wykonawca;

2) w konsekwencji wykonawca będzie narażony na rozwiązanie umowy przez Zamawiającego oraz sankcje finansowe,

3) nie ma możliwości spełnienia warunku (dla Części III), aby w poszczególnych miesiącach było uruchamiane po 1000 lokalizacji - przy łącznej liczbie lokalizacji w ramach Części III,

tj. 4 664 lokalizacji, miesięcznie będzie musiało być wdrażanych nie mniej niż ~1,3 tys. lokalizacji),

25. Tym samym faktyczny okres wdrożenia (tj. budowy sieci do lokalizacji Zamawiającego, instalowania usług w placówkach, czyli wszelkich prac instalacyjnych) będzie wynosił mniej niż 4 miesiące.

26. W ocenie Odwołującego najkrótszym możliwym terminem wykonania wdrożenia systemu monitorowania jest termin wynoszący 6 miesięcy od Daty Początkowej.

27. Niezasadne jest w opisanych okolicznościach żądanie, aby już po 4 miesiącach od Daty Początkowej wykonawca uruchomił usługi w co najmniej 50% Lokalizacji, w związku z czym Odwołujący wnosi o wykreślenie tego wymagania i związanej z nim sankcji w postaci prawa Zamawiającego do odstąpienia od Umowy..

IV. Zarzuty dotyczące opisanego przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w związku z zastrzeżeniem Opcji

28. W odniesieniu do Opcji istotną kwestią utrudniającą sporządzenie oferty jest wskazanie przez Zamawiającego arbitralnego jednolitego terminu na zrealizowanie przez Wykonawcę prac wynikających z prawa Opcji.

29. Zgodnie z pkt 8.11 projektowanych postanowień umowy Zamawiający może skorzystać z Opcji każdego rodzaju w całym okresie obowiązywania Umowy, z tym zastrzeżeniem, iż oświadczenie, o którym mowa ust. 8.12 (oświadczenie o skorzystaniu z Opcji) może zostać złożone nie później niż na cztery (4) miesiące przed zakończeniem obowiązywania Umowy.

30. Świadczenie usług transmisji danych wymaga infrastruktury teleinformatycznej, która niezależnie od tego, w jakim medium jest zrealizowana (czy to kable, czy radiolinie), jest rozmieszczona w określony sposób geograficznie. Co więcej, infrastruktura każdego z wykonawców, co do zasady jest rozmieszczona w inny sposób. Są miejsca, gdzie jest rozbudowana i są miejsca, gdzie jest szczątkowa.

31. Fakt, że wykonawca świadczy usługi o danych parametrach w danej Lokalizacji nie oznacza, że może w dowolny sposób zwiększać przepustowość, czy kategorię łączy. Takie zmiany są ograniczone posiadaną infrastrukturą w danej Lokalizacji, która, jak już była o tym mowa powyżej, jest rozmieszczona geograficznie w sposób niejednorodny i w niektórych obszarach jest bardziej rozbudowana, niż w innych. W konsekwencji, w przypadku określonych Lokalizacji dany Wykonawca może po prostu nie mieć infrastruktury wymaganej do tego, aby zrealizować prawo opcji bez dokonania niezbędnych inwestycji, polegających na rozbudowie infrastruktury, co może w szczególności wiązać się z koniecznością zestawienia łączy światłowodowych i poniesienia dużych nakładów.

32. Zamawiający zastrzegł, że termin realizacji przez wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji nie będzie dłuższy niż 60 dni od dnia złożenia oświadczenia. O ile w przypadku Lokalizacji, w której Wykonawca posiada niezbędną infrastrukturę dotrzymanie takich terminów jest możliwe, o tyle, w przypadku konieczności dokonania prac, w szczególności zestawienia łączy światłowodowych, terminy te mogą się okazać nierealne z uwagi na czas trwania procesu inwestycyjnego w Polsce.

33. Odwołujący podkreśla, że realizacja prawa opcji, może oznaczać konieczność budowy łączy w lokalizacjach Zamawiającego. Budowa łączy jest procesem długotrwałym, w którym muszą zostać uwzględnione czynniki atmosferyczne, ukształtowanie terenu, konieczność uzyskania pozwoleń na zajęcie pasa drogowego. Powszechnie wiadomym jest fakt, że samo uzyskanie decyzji administracyjnej jest procesem trwającym do kilku miesięcy.

34. Możliwość rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych warunkowane jest koniecznością wykonania szeregu czynności przygotowawczych. Regułą jest, że wykonawcy najpierw podejmują czynności mające na celu przygotowanie

się do świadczenia usługi, obejmujące zaprojektowanie i wybudowanie nowej infrastruktury lub pozyskanie istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej od podmiotów trzecich, a następnie przystępują do wykonywania „właściwych” usług telekomunikacyjnych. W zależności od warunków technicznych istniejących w danej lokalizacji Zamawiającego, wykonawca może albo skorzystać z własnych łączy dostępowych (o ile je posiada), względnie je wybudować, ewentualnie wydzierżawić od innego operatora telekomunikacyjnego. Jednocześnie, w każdym scenariuszu musi dokonać wizji lokalnej we wszystkich lokalizacjach, przygotować projekt podłączenia, zamówić, dostarczyć, skonfigurować i zestawić odpowiednie urządzenia, przy czym regułą jest, że sama dostawa urządzeń dedykowanych do zapewnienia świadczenia usług obejmuje okres od kilku do kilkunastu tygodni.

35. W świetle tych faktów zastrzeżenie Zamawiającego, że może złożyć oświadczenie o skorzystaniu z Opcji na 4 miesiące przed końcem obowiązywania Umowy oznacza z dużym prawdopodobieństwem, że wykonawca nie będzie miał możliwości uruchomienia usług w tym terminie.

36. Uwzględniając powyższe oczywiście niezasadne jest również wymaganie Zamawiającego, aby wykonawca dostarczył Zamawiającemu pisemną kalkulację kosztu przeprowadzenia prac dla Opcji, z której Zamawiający chce skorzystać, w terminie 15 dni od otrzymania od Zamawiającego oświadczenia o skorzystaniu z Opcji.

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

38. Określony przez Zamawiającego termin, w jakim może złożyć oświadczenie i skorzystaniu z Opcji nie gwarantuje również, że w okresie pozostałym do zakończenia Umowy wykonawca otrzyma wynagrodzenie za świadczenie usług w ramach Opcji pokrywające poniesione koszty uruchomienia usług w Opcji – w skrajnym przypadku wykonawca będzie świadczył usługi tylko przez 2 miesiące.

39. Niezależnie od powyższego sporządzenie oferty w zakresie Opcji uniemożliwia również sposób wynagrodzenia z tytułu prawa opcji określony w pkt 8.6 – 8.8 projektowanych postanowieniach umowy. Jest on analogiczny dla każdego z rodzajów Opcji i zakłada wynagrodzenie oparte na cenach, które wykonawca musi z góry określić składając ofertę w Postępowaniu (Załącznik 3 do Umowy – Oferta Wykonawcy (Formularz Ofertowy i Formularz Cenowy)).

40. Należy podkreślić, że jedynie pozornie wynagrodzenie to uwzględnia koszty instalacji, zgodnie bowiem z instrukcją zawartą w Formularzu Ofertowym „Wysokość opłaty instalacyjnej w przypadku Opcji Nowych Lokalizacji nie może przekroczyć równowartości trzykrotności miesięcznego Wynagrodzenia (abonamentu) za Usługi dla danej Lokalizacji, we wszystkich pozostałych przypadkach nie może przekroczyć równowartości dwukrotności miesięcznego Wynagrodzenia (abonamentu) za Usługi dla danej Lokalizacji”. Tym samym opłata instalacyjna nie jest pochodną rzeczywiście poniesionych kosztów, lecz pochodną wysokości abonamentu.

41. Co jest tym bardziej absurdalne, że w wysokość abonamentu przy arbitralnie określonej wysokości opłaty instalacyjnej musi uwzględniać koszty instalacji, które musi ponieść Wykonawca, aby zrealizować prace wynikające ze skorzystania przez Zamawiającego z Opcji.

42. Podkreślić należy, że jedynym czasowym ograniczeniem dla Zamawiającego, co do skorzystania z prawa opcji jest to, że nie może on złożyć oświadczenia o skorzystaniu z Opcji później niż na 4 miesiące przed zakończeniem trwania Umowy. Sprawia to, że Wykonawca nie ma możliwości oceny w kalkulacji ceny oferty przez jaki okres będzie świadczył usługi w Lokalizacjach objętych Opcją, a zatem nie może określić przez jaki czas będzie otrzymywał Wynagrodzenie za Usługi w Lokalizacji i nie wie, w jaki sposób mógłby w kalkulować w cenę abonamentu koszty instalacji przekraczające wynagrodzenie wynikające z opłaty instalacyjnej.

43. Podsumowując, Zamawiający ukształtował postanowienia Umowy w taki sposób, że Wykonawca musi skalkulować w cenie oferty Opcję nie wiedząc, czy, a jeśli tak, to jakie inwestycje będzie musiał zrealizować, a jeśli inwestycje będą konieczne będzie musiał je wykonać w arbitralnie narzuconym terminie, nieuwzględniającym prac, jakie dla wykonania Opcji są niezbędne, a to wszystko będzie musiał skalkulować w ramach sztucznie określonej Opłaty Instalacyjnej oraz Wynagrodzenia za świadczenie Usługi, co do którego nie będzie wiedział, przez jaki okres, w danej lokalizacji objętej prawem Opcji, będzie ją otrzymywał. To nie jest przygotowywanie oferty w oparciu o opis przedmiotu zamówienia, to jest zgadywanie. W przypadku możliwości skorzystania przez Zamawiającego z Opcji niezależnie od tego czy Wykonawca posiada warunki techniczne, czy też nie, prawidłowe skalkulowanie ceny oferty jest niemożliwe.

V. Zarzuty dotyczące opisanego przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w związku z zastrzeżeniem zobowiązania wykonawcy do współdziałania z innym podmiotem realizującym inne usługi dla Zamawiającego

44. W projektowanych postanowieniach umowy w pkt 3.4 i 3.6. zamawiający zastrzegł, że:

„3.4. W terminie 5 (pięciu) Dni Roboczych od daty otrzymania Harmonogramu Opiekun Umowy Zamawiającego zatwierdzi Harmonogram albo zgłosi do niego uwagi, w szczególności uwagi związane z harmonogramem realizacji w ramach odrębnej umowy prac związanych z wdrożeniem Urządzeń SD-WAN. Wykonawca uwzględni uwagi Zamawiającego i przedstawi Harmonogram do ponownej akceptacji na piśmie albo przedstawi przyczyny nieuwzględnienia uwag w Harmonogramie. Ostateczne brzmienie Harmonogramu musi uzyskać akceptację Opiekuna Umowy Zamawiającego.

„3.6. Wykonawca zobowiązany jest do współdziałania ze wskazanym przez Zamawiającego podmiotem odpowiedzialnym za wdrożenie w ramach odrębnej umowy Urządzeń SD-WAN w zakresie umożliwiającym realizację celu i przedmiotu Umowy, jakim jest zapewnienie ciągłości świadczenia usług WAN PP.”

45. Przywołane postanowienia nakładają na wykonawcę, który uzyska zamówienie w Postępowaniu, obowiązek współpracy z podmiotem, który to podmiot zostanie wybrany w innym zupełnie niezależnym od niniejszego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę urządzeń SD WAN.

46. Przy tym trudno wyobrazić sobie, na czym owa współpraca pomiędzy wykonawcą i innym podmiotem miałyby polegać, jaki miałby być jej zakres, w jaki sposób realizacja przedmiotu tego drugiego zamówienia miałyby wpływać na realizację przedmiotu zamówienia niniejszego Postępowania, ponieważ Zamawiający zaniechał określenia tych wszystkich elementów i okoliczności w OPZ i projektowanych postanowieniach umowy.

47. Nie zasługuje na akceptację działanie Zamawiającego polegające na powiązaniu jakimiś niedookreślonymi zależnościami zakresów dwóch zupełnie niezależnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

48. Zdaniem Odwołującego niedopuszczalne jest również uzależnianie akceptacji harmonogramu wdrożenia usług będących przedmiotem niniejszego Postępowania od "(...) harmonogramu realizacji w ramach odrębnej umowy prac związanych z wdrożeniem Urządzeń SD-WAN" (o czym jest mowa w pkt 3.4 projektowanych postanowień umowy). Proces wdrożenia usług sieci WAN jest procesem złożonym, w szczególności dla wykonawcy który obecnie nie świadczy przedmiotowych usług Zamawiającemu, gdzie konkretne terminy realizacji usługi będą uzależnione od szeregu czynników typu: zakończenie inwestycji polegających na budowie infrastruktury kablowej do lokalizacji Zamawiającego, zakończenie procesu negocjacji z innymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi których finalnym przedmiotem będzie wydzierżawienie od nich usług do lokalizacji Zamawiającego, etc., a nie od terminu realizacji w jakim nieznanym na ten moment podmiot będzie realizował jakiś przedmiot z innego, niezależnego postępowania przetargowego.

49. Należy podkreślić, że wykonawca chcący złożyć ofertę w niniejszym Postępowaniu nie jest w stanie z dokumentów zamówienia wywnioskować niczego konkretnego poza faktem „zobowiązania go do współpracy z innym wykonawcą”. Reasumując, wykonawca nie wie jak szacować ewentualne koszty „owej współpracy”, nie wie również jak szacować ryzyko takiej współpracy.

50. W związku z powyższym zasadne jest żądanie wykreślenia wymagań z pkt 3.4 i 3.6. projektowanych postanowień umowy.

VI. Zarzut opisanego przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na wykonanie Prac Wdrożeniowych

51. Termin Prac Wdrożeniowych jest okresem zbyt krótkim zważywszy na zakres prac jakie wykonawca musi wykonać przez rozpoczęciem świadczenia usług, jak również mając na uwadze obecne realia rynkowe w tym przede wszystkim terminy dostaw sprzętu. W tym miejscu należy podkreślić, iż 6 miesięczny okres wdrożenia preferuje obecną dostawcę usługi która jest przedmiotem niniejszego postępowania.

52. Przedmiotem niniejszego postępowania jest świadczenie usług transmisji danych na potrzeby sieci WAN dla Poczty Polskiej. Wymaganiem Zamawiającego jest zapewnienie w każdej z ponad 4 600 lokalizacji dwóch niezależnych łączy – podstawowego i zapasowego (łącza mają działać równolegle). W praktyce wykonawca będzie musiał zrealizować instalację ponad 9,5 tysiąca łączy/usług w blisko 5 tys. lokalizacjach Zamawiającego rozmieszczonych na obszarze całego kraju. Z całą świadomością należy podkreślić, iż niniejsze zamówienie jest największym (pod kątem liczności usług) z jakim mierzą się Wykonawcy na rynku polskim.

53. Do realizacji usług o których jest mowa powyżej wykonawca potrzebuje dodatkowo zapewnić sprzęt sieciowy (Urządzenia CE oraz System Sterowania Połączeniami i System Monitorowania), który to sprzęt dla każdego wykonawcy nieświadzącego aktualnie Zamawiającemu usługi dla sieci WAN musi zostać uprzednio zakupiony na rynku. Dostępność sprzętu sieciowego nawet w okresie przed pandemią COVID-19 oraz wojną na Ukrainie wynosił średnio (w zależności od konfiguracji) od 3 do 5 miesięcy. Aktualna sytuacja na rynku IT jest w zakresie planowania i przewidywania dostaw dramatycznie zła. W obecnych realiach wiodący producenci sprzętu sieciowego oraz ich autoryzowani dystrybutorzy za minimalne terminy dostaw sprzętu w standardowej konfiguracji uznają okres 7 – 9 miesięczny (gdzie dla konfiguracji odbiegających od standardowych jest to już 12 miesięczny czas dostawy) co więcej normalną praktyką staje się przesuwanie w czasie wstępnie uzgodnionych terminów dostaw, zaś skrajnie nawet kasowanie złożonych zamówień. Powyższe jest związane z powszechnie występującym obecnie problemem braku dostępności podzespołów (półprzewodników) w całej branży IT. Na sytuację o której mowa powyżej Wykonawcy nie mają żadnego wpływu, ponadto nie mogą przyjąć żadnych środków zaradczych w postaci przykładowo zbudowania stoku, gdyż sprzęt sieciowy jest zamawiany u producentów w konkretnej specyfikacji, która musi odpowiadać wymaganiom realizowanego w danym momencie projektu.

54. W celu przygotowania do świadczenia usług wykonawca potrzebuje czasu na okres przygotowawczy podczas którego będzie przeprowadzał albo proces budowy własnej infrastruktury kablowej do danych lokalizacji Zamawiającego, albo będzie przeprowadzał proces wydzierżawienia istniejącej już w danej lokalizacji Zamawiającego infrastruktury telekomunikacyjnej.

55. Budowa światłowodowych przyłączy telekomunikacyjnych jest procesem złożonym i czasochłonnym. Przed rozpoczęciem budowy niezbędnej infrastruktury wykonawca musi wystąpić o stosowne pozwolenia i zezwolenia, zaś ewentualne skrócenie czynności formalnych nie jest możliwe nawet przy zaangażowaniu i potencjale wykonawców. Wykonawcy nie mają wpływu choćby na terminy wynikające z przepisów prawa administracyjnego, które przewidują co do zasady 30 dniowy termin udzielenia odpowiedzi, z możliwością jego wydłużenia. Co więcej istotną częścią placówek Zamawiającego jest zlokalizowana w obiektach które są wpisane do rejestru zabytków, wówczas sam proces formalno-administracyjny uzyskania stosownych zgód na budowę infrastruktury kablowej, czy też radiowej wydłuża się o kolejne minimum kilkadziesiąt dni.

56. Z kolei proces dzierżawy istniejącej infrastruktury od innego podmiotu również jest procesem czasochłonnym – w dużym uproszczeniu niezbędne jest pozyskanie stosownych ofert, potwierdzenie technicznych możliwości wykorzystania infrastruktury innego operatora (ewentualnie przeprowadzenie procesu inwestycji polegającego na budowie stosownych punktów styku), wynegocjowanie warunków handlowych oraz formalne skwitowanie dzierżawy z właścicielem.

57. Niezależnie od sposobu realizacji usług do Zamawiającego trzeba mieć na uwadze skalę przedsięwzięcia tj. dostawę usług do blisko 5 tysięcy lokalizacji – czyli w praktyce wykonawca będzie musiał prowadzić równoległe setki inwestycji oraz setki równoległych uzgodnień z dziesiątkami innych operatorów posiadającymi infrastrukturę w placówkach Zamawiającego.

58. Zwracamy również uwagę, iż nie jest możliwe podejmowanie przez wykonawcę jakichkolwiek inwestycji, czy też rozpoczynanie procesu zakupowego niezbędnego sprzętu przed zawarciem umowy. Zatem jedynie stosowna modyfikacja dokumentacji przetargowej określająca odpowiednią ilość miesięcy na przygotowanie usługi umożliwi zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

VII. Zarzut opisanego przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję poprzez dopuszczenie uruchomienia łączy tymczasowych przez wykonawcę wyłącznie po uzyskaniu uprzedniej zgody Zamawiającego

59. W OPZ w Rozdziale 3 pkt 1.1, ppkt 4.2. Zamawiający wskazał, że „Dla łączy kategorii T5–T6 Zamawiający dopuszcza uruchomienie łączy tymczasowych, na czas do 3 miesięcy, dla Lokalizacji w których Wykonawca rozpoczął budowę infrastruktury docelowej. W tym czasie dopuszcza się zastosowanie łączy w kategorii niższej, zaakceptowanej przez Zamawiającego lub Zestawów Mobilnych. Zastosowanie Zestawów Mobilnych wymaga uprzedniego uzyskania zgody Zamawiającego, w tym w zakresie wykorzystania w danej Lokalizacji listy dopuszczalnych operatorów infrastrukturalnych sieci ruchomych (4G/5G/LTE).”

60. Zamawiający dopuszcza zastosowanie przez wykonawców z łączy tymczasowych zastrzegając jednocześnie, iż wymagana będzie uprzednio zgoda Zamawiającego. Krótko mówiąc na etapie przygotowywania ofert wykonawca nie wie, czy Zamawiający wyrazi zgodę na zastosowanie łącza tymczasowego, a nie posiadając takiej wiedzy wykonawca będzie musiał przyjąć założenie skrajnie niekorzystne czyli brak stosownej zgody ze strony Zamawiającego (czyli wykonawca będzie musiał tak kalkulować koszty, aby zrealizować zakres bez potrzeby zastosowania łączy tymczasowych przyjmując również rezerwy na potencjalne kary umowne będące wynikiem opóźnień w realizacji, finalnie będzie to skutkowało przeniesieniem kosztów na finalną cenę oferty, skrajnie zaś mogą uniemożliwić wykonawcy złożenie oferty).

61. Reasumując, dopuszczenie przez Zamawiającego łączy tymczasowych dla lokalizacji w których wykonawca rozpoczął budowę infrastruktury docelowej, okaże się bezprzedmiotowe.

62. W tych okolicznościach zasadne jest żądanie modyfikacji OPZ w taki sposób, aby możliwość ewentualnego skorzystania przez wykonawców z łączy tymczasowych była tylko i wyłącznie decyzją wykonawcy.

VIII. Zarzuty zawarcia w projektowanych postanowieniach umowy niedopuszczalnych postanowień umownych z uwagi na zastrzeżenie możliwości zmniejszania zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wielkości, ani wartości świadczenia stron

63. Zgodnie z art. 433 ustawy projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

64. Jak przyjmuje się w doktrynie „Ostatnim postanowieniem niedozwolonym w świetle art. 433 pkt 4 Pzp jest wprowadzenie do umowy postanowień związanych z możliwością ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stron.

65. Co do zasady możliwe jest ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego, jeżeli Zamawiający w dokumentach zamówienia określił minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron. Powyższe może nastąpić w trybie zmiany umowy przewidzianym w art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

- 1) określają rodzaj i zakres zmian,
- 2) określają warunki wprowadzenia zmian,
- 3) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy.

66. Do obowiązków Zamawiającego należy zdefiniowanie minimalnego zakresu świadczenia na podstawie zawartej umowy, gwarantujące wykonawcy związane z tym zakresem umowy wynagrodzenie. Przewidziane w warunkach zamówienia zmiany umowy wynikające z bieżących potrzeb Zamawiającego nie mogą zostać z góry wyłączone czy ograniczone – bez względu na uwarunkowania techniczne wykonawcy, ale ich wprowadzenie zarówno w odniesieniu do zakresu i terminu, jak i rozliczeń winno być ujęte w sposób czytelny i jednoznaczny w warunkach zamówienia.

67. A zatem za niedozwoloną praktykę należy uznać projektowane postanowienie umowy, które przewiduje możliwość samodzielnego, jednostronnego decydowania przez Zamawiającego o ograniczeniu zakresu świadczenia w trakcie realizacji zamówienia, jeśli

w umowie nie jest wskazana minimalna gwarantowana wielkość lub wartość świadczenia stron.

68. A contrario nie można uznać projektowanego postanowienia umowy za niedozwoloną w świetle art. 433 pkt 4 Pzp, jeżeli Zamawiający przewidzi możliwość ograniczenia zakresu świadczenia w pewnych ściśle określonych sytuacjach, jednocześnie wskazując minimalną wielkość lub wartość tego świadczenia.” (za: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H. Nowak i M. Winiarz, B. Artymowicz i in., UZP, Warszawa 2021, ss. 1150 i 1151).

69. Biorąc pod uwagę powyższe, możliwość rezygnacji przez Zamawiającego z części przedmiotu umowy, jak również możliwość rozwiązania umowy z przyczyn niezależnych od wykonawcy, stanowi niezgodne z przepisami ustawy ograniczenie zakresu umowy i utrudnia dalece wykonawcom przygotowanie oferty, oszacowanie zakresu świadczenia i kosztów realizacji usług.

70. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, iż podejmując decyzje o ubieganiu się o udzielenie zamówienia wykonawca musi mieć pewność, że wykonując zamówienie zgodnie z zawartą umową otrzyma wynagrodzenie pokrywające poniesione przez wykonawcę koszty wykonania zamówienia.

71. Tymczasem już tylko z zastrzeżenia jakiego dokonał Zamawiający w pkt 9.12 projektowanych postanowień umowy wynika, że już po 31 grudnia 2025r. (czyli w praktyce już kilka miesięcy po zakończeniu wdrożenia przez wykonawcę) możliwe będzie zrezygnowanie przez Zamawiającego z maksymalnie 40% wszystkich usług w danej części (przykładowo dla części nr III stanowi to 1 866 lokalizacji !!!).

72. Zamawiający zastrzegł także dla siebie jednostronne uprawnienie zmniejszenia liczby lokalizacji - łącznie do 10% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla wszystkich kategorii łączy – T0 oraz T5-T7 – w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji oraz do 40% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla danej kategorii łączy w stosunku do liczby Lokalizacji dla danej kategorii, podanej w Wykazie Kategorii Łączy (projektowane postanowienia umowy pkt 9.1.1). Oznacza to nie tylko, że wykonawca nie ma pewności, ile usług będzie świadczył i przez jaki okres czasu, co utrudnia oszacowanie kosztów i zakresu świadczenia i ryzyk związanych z realizacją zamówienia. Zastrzeżenie to ma też taki skutek, że wykonawca może nie uzyskać od Zamawiającego wynagrodzenia za świadczenie usług pokrywającego koszty, które wykonawca faktycznie poniósł w celu świadczenia tych usług, bowiem Zamawiający sztucznie ograniczył wysokość Opłaty Instalacyjnej.

73. W tych okolicznościach limit, który wprowadził Zamawiający w pkt 9.3 projektowanych postanowień umowy powinien ulec zwiększeniu do 90% Wartości Umowy. uzasadnieniem tego żądania jest fakt, iż poziom marży, z jakim w aktualnych warunkach rynkowych składane są oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, wynosi 10-15%, a to oznacza, że w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z uprawnienia do zmniejszenia liczby lokalizacji w pełnym przewidzianym zakresie dla wykonawcy pozostanie wynagrodzenie uwzględniające 5% marży.

74. Odwołujący zaznacza, że co do zasady umowy w sprawach zamówień publicznych zawierane są na czas oznaczony, a cechą takich umów jest ich trwałość rozumiana w ten sposób, że przepisy Ustawy nie przewidują możliwości dowolnego rozwiązywania takich umów w całości lub w części zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawcę. Jeżeli taka umowa jest wykonywana należyście, to powinna obowiązywać do upływu terminu jej wykonywania.

75. Przy opisie przedmiotu zamówienia, który przygotował zamawiający w Postępowaniu, wykonawca nie tyle musi dokonywać dodatkowych interpretacji, aby ocenić zakres świadczenia, do którego zobowiązał się w ofercie, lecz po prostu zgadywać.

76. Zastrzeżenia dokonane przez Zamawiającego pozwalające Zamawiającemu na jednostronne zmniejszenie liczby lokalizacji, pozwalające na odstąpienie od umowy z przyczyn niezależnych od wykonawcy, w tym większym stopniu sprawia, że zakres świadczenia jest nieoznaczony.

IX. Zarzut zawarcia w projektowanych postanowieniach umowy niedopuszczalnych postanowień umownych z uwagi na ograniczenie wysokości opłaty instalacyjnej

77. W pkt 8.16 i 8.17 projektowanych postanowień umowy oraz w instrukcji wypełniania formularza cenowego Zamawiający wprowadził ograniczenie wysokości Opłaty Instalacyjnej, która w przypadku Opcji Nowych Lokalizacji nie może przekroczyć równowartości trzykrotności miesięcznego Wynagrodzenia (abonamentu) za Usługi dla danej Lokalizacji, a we wszystkich pozostałych przypadkach nie może przekroczyć równowartości dwukrotności miesięcznego Wynagrodzenia (abonamentu) za Usługi dla danej Lokalizacji,

78. Ograniczenie to oznacza, że opłata instalacyjna nie jest pochodną kosztów rzeczywiście poniesionych przez wykonawcę w związku z przygotowaniem, wdrożeniem i świadczeniem usług, lecz pochodną wysokości abonamentu.

79. Ograniczenie to oznacza również, że wysokość abonamentu za świadczenie usług przy arbitralnie określonej wysokości opłaty instalacyjnej musi uwzględniać koszty instalacji, które musi ponieść wykonawca, aby rozpocząć świadczenie usług.

80. Tak ukształtowane warunki zamówienia odnoszą ten skutek, że w sytuacji, gdy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wykonawca w związku z realizacją zamówienia będzie ponosił koszty (m.in. koszty inwestycji, czy zakupu części usług od podwykonawców), wykonawca nie będzie miał gwarancji, że wynagrodzenie zapłacone przez Zamawiającego pokryje te poniesione koszty. Decyduje o tym właśnie limit opłaty instalacyjnej, a także brak wynagrodzenia, jakie otrzyma wykonawca w postaci abonamentu, w przypadku rezygnacji przez Zamawiającego z części lokalizacji lub rozwiązania przez Zamawiającego Umowy w całości lub w części.

X. Zarzut wyznaczenia zbyt krótkiego terminu składania ofert

81. Zgodnie z art. 131 ust. 1 ustawy Zamawiający wyznacza terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofert wstępnych oraz ofert, z uwzględnieniem złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do ich przygotowania i złożenia, z tym że terminy te nie mogą być krótsze niż ustawowe terminy minimalne, o ile są one określone.

82. Zamawiający w Postępowaniu nie spełnił wymogu wynikającego z art. 131 ust. 1 Pzp uwagi na to, że nie wyznaczył odpowiednio długiego terminu, uwzględniającego stopień złożoności przedmiotu zamówienia, w szczególności liczbę lokalizacji, w których mają być świadczone usługi (tj. 4 664 dla części III, 536 dla części I).

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie odwołującego zgłosił wykonawca T-Mobile Polska S.A. z/s w Warszawie [Uczestnik T-Mobile Polska] – wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 24.06.2024 r.) podał:

(...) Po przeanalizowaniu zarzutów i żądań Odwołującego, Zamawiający:

1. **uwzględni** Odwołanie w zakresie (według numeracji zarzutów nadanej w Odwołaniu):

a. Zarzutu 1f i modyfikuje punkt 8.18.1 Projektu umowy dla Części I, II i III w następujący sposób:

"Wykonawca w terminie ~~15 (piętnastu)~~ 30 (trzydziestu) dni od otrzymania od Zamawiającego oświadczenia o skorzystaniu z Opcji przedstawi Zamawiającemu pisemną kalkulację kosztu przeprowadzenia prac dla tej Opcji. W przypadku braku przekazania przez Wykonawcę kalkulacji w terminie, o którym mowa w poprzednim zdaniu, wykonanie obowiązków wynikających ze skorzystania przez Zamawiającego z Opcji nastąpi na takich samych warunkach jak realizacja części podstawowej przedmiotu Umowy, w tym w zakresie Prac Wdrożeniowych oraz świadczenia Usług."

2. **częściowo uwzględni** następujące zarzuty (według numeracji nadanej w Odwołaniu):

a. Zarzut 1 lit. a) i 2a w ten sposób, że dotychczasowy wymóg z pkt 2.4. Projektu umowy dla części I, II i III w zdaniu trzecim i pkt. VI ppkt. 1 SWZ w zdaniu trzecim otrzyma brzmienie:

„Prace Wdrożeniowe będą realizowane przez Wykonawcę od Daty Początkowej przez okres ~~6 (słownie: sześciu)~~ 7 (słownie: siedmiu) miesięcy.”

b. Zarzut 1 lit. b) w ten sposób, że dotychczasowy punkt 3.3. Projektu umowy dla części I, II i III otrzyma brzmienie:

„W terminie 60 (sześćdziesięciu) dni od Daty Początkowej Wykonawca dostarczy Opiekunowi Umowy Zamawiającego projekt Harmonogramu zawierający daty oraz opisy i procedury przełączania Usług dla poszczególnych Lokalizacji specyfikujący proces uruchomienia Systemu Monitorowania i łączy kategorii T0, a dla pozostałych kategorii łączy przewidywaną liczbę uruchamianych łączy w poszczególnych miesiącach. Harmonogram będzie przekazany w formie elektronicznej (pliki w formacie .pdf oraz pliki edytowalne w formacie .doc lub .xls) do Opiekuna Umowy ze strony Zamawiającego wskazanego w ust. 17.3.1 Umowy. Wraz z Harmonogramem Zamawiającemu zostanie przekazana Dokumentacja określona w OPZ, w szczególności zostanie przekazany opis sieci i projekt techniczny zawierający architekturę i opis elementów funkcjonalnych, topologię logiczną z uwzględnieniem obecnej infrastruktury, propozycję konfiguracji dla urządzeń oraz wytyczne do ich implementacji, a także procedury przełączania Usług dla poszczególnych Lokalizacji. Harmonogram nie może modyfikować założeń Umowy, zgodnie z którymi etap Prac Wdrożeniowych musi zostać zakończony w terminie, o którym mowa w ust. 2.4 zdanie pierwsze Umowy.”

c. Zarzut 1 lit. c) w ten sposób, że dotychczasowy punkt 1.2 podpunkt 23 w Rozdziale 1 OPZ otrzyma brzmienie:

"Działający System Monitorowania jest wymogiem koniecznym do odbioru uruchomionych łączy, dlatego też jego odbiór musi nastąpić nie później niż 4 miesiące od podpisania Umowy, z zastrzeżeniem że funkcjonalności dotyczące Raportów Systemu Monitorowania muszą być uruchomione w terminie do 6 miesięcy od podpisania umowy."

d. Zarzut 1 lit. d) w ten sposób, że dotychczasowy punkt 14.2.2 Projektu umowy dla Części I i III otrzyma brzmienie:

dla Części I

"niepodpisania w terminie 4 (czterech) miesięcy od Daty Początkowej Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 50% 40 % (pięćdziesięciu czterdziestu procent)

Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy;"

dla Części III

"niepodpisania w terminie ~~4 (czterech)~~ 5 (pięciu) miesięcy od Daty Początkowej

Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 50% (pięćdziesięciu procent)

Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy;"

e.Zarzut 1 lit. e) w ten sposób, że dotychczasowy punkt 8.11 Projektu umowy dla Części I, II i III otrzyma brzmienie:

"Zamawiający może skorzystać z Opcji każdego rodzaju w całym okresie obowiązywania Umowy, z tym zastrzeżeniem, iż oświadczenie, o którym mowa ust. 8.12 poniżej może zostać złożone nie później niż na 4 (cztery) miesiące 6 (sześć) miesięcy przed zakończeniem obowiązywania Umowy. Termin realizacji przez Wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji nie będzie dłuższy niż 60

(sześćdziesiąt) dni od dnia złożenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 8.12 poniżej. Na uzasadniony wniosek Wykonawcy, w szczególności w przypadku utrudnionych warunków technicznych dla danej Lokalizacji, Zamawiający w zakresie określonych Lokalizacji może wyrazić zgodę na wydłużenie terminu realizacji przez Wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji do maksymalnie 90 (dziewięćdziesięciu) dni. "

Zarzut 4 w ten sposób, że dotychczasowy termin składania ofert zostaje zmieniony na dzień 8 lipca 2024 r.

3. **Zamawiający wnosi o oddalenie** Odwołania w pozostałej części, to jest w zakresie (według numeracji nadanej w Odwołaniu) Zarzutu 1g, Zarzutu 1h, Zarzutu 2b, Zarzutu 3a, Zarzutu 3b, Zarzutu 3c i Zarzutu 3d.

W uzasadnieniu stanowiska podał:

(...)

3. Zarzuty uwzględnione

Zamawiający uznał odwołanie za uzasadnione w zakresie Zarzutu 1f.

4. Zarzuty uwzględnione w części

[Zarzut 1a i 2a]

4.1. Stawiając Zarzut nr 1a i 2a Odwołujący zażądał wskazania terminu na uruchomienie usługi (Prace Wdrożeniowe) wynoszącego 16 miesięcy od Daty Początkowej, czyli wydłużenia pierwotnego terminu o 10 miesięcy.

4.2. Z przeprowadzonej analizy technicznej oraz z doświadczenia Zamawiającego wynika, że już pierwotny, 6-miesięczny termin powinien być wystarczający dla wykonawcy. Niemniej jednak, Zamawiający przedłużył termin realizacji prac wdrożeniowych o miesiąc, tj. do 7 miesięcy.

4.3. Odwołujący opiera swoje żądanie na własnej estymacji czasochłonności poszczególnych działań podejmowanych w ramach prac wdrożeniowych, a nie obiektywnych okolicznościach implikujących konieczność wydłużenia terminu do 16 miesięcy. Pierwszym przedstawionym w Odwołaniu argumentem na poparcie żądania jest to, że „Zamawiający wprowadza proces akceptacji harmonogramu, tym samym dając sobie kolejne 5 dni roboczych na akceptację bądź zgłoszenie wykonawcy uwag do przedłożonego harmonogramu, czyli de facto okres uzgodnienia przez strony harmonogramu w praktyce może wykroczyć ponad okres 60 dni, podczas gdy 6 miesięczny termin wdrożenia już biegnie”. Oczywistym jest, że Zamawiający musi mieć czas na weryfikację i akceptację harmonogramu. Jednocześnie, to od wykonawcy zależy, czy harmonogram będzie prawidłowy i rzetelny, a tym samym, czy będzie podlegał akceptacji w pierwszej wersji, czy też będzie wymagał poprawek.

4.4. W tym miejscu należy zauważyć, że obecnie realizowana umowa nr K0076484 z dnia 25 marca 2019r. na świadczenie usług WAN obejmuje dużo szerszy zakres, bowiem obejmuje ponad 4790 lokalizacji, a każda lokalizacja posiada łącze podstawowe i zapasowe, co daje ponad 9580 łączy. Umowa jest świadczona w formie usługowej i Wykonawca w trakcie wdrożenia musiał, oprócz uruchomienia łączy, skonfigurować i zainstalować routery CE w każdej lokalizacji oraz centralną infrastrukturę sterującą. Wdrożenie trwało tylko 8 miesięcy od dnia jej zawarcia, tj. od 25 marca 2019 r. do 30 listopada 2019 r., pomimo, że – jak zaznaczono powyżej, zakres wdrożenia był kilkakrotnie większy.

4.5. Obecne Postępowanie prowadzone jest w innej formule i w tym postępowaniu wykonawcy dostarczają tylko łącza. Nie uruchamiają usługi transmisji danych jako takiej. Dodatkowo przetarg podzielony jest na 3 Części i Zamawiający oczekuje przynajmniej dwóch Wykonawców. Łącznie do uruchomienia jest 5312 łączy (Cześć I - 536, Część II - 112, Część III - 4664 (łącza do Internetu) a nie ponad 9580 jak dotychczas. Dlatego czas określony przez Zamawiającego jest realny i wystarczający.

4.6. Nie jest również prawdą, że 6-miesięczny okres wdrożenia preferuje obecnego dostawcę usługi, która jest przedmiotem niniejszego Postępowania. W każdej z lokalizacji, któryś z największych operatorów ma już swoją infrastrukturę. W poszczególnych obszarach Polski dominuje infrastruktura różnych operatorów. Nawet obecnie świadczący usługi wykonawca, w niektórych lokalizacjach korzysta z infrastruktury innego operatora. Tym samym, nie można jednoznacznie określić, który z wykonawców jest w lepszej pozycji wyjściowej w tym zakresie. Ponadto, każdy wykonawca, który uzyska Zamówienie będzie musiał dostarczyć brakujące elementy infrastruktury sieciowej, w tym, zestawić brakujące łącza.

[Zarzut 1b]

4.7. Stawiając Zarzut 1b, Odwołujący zażądał wyznaczenia terminu na dostarczenie Zamawiającemu Harmonogramu zawierającego daty oraz opisy i procedury przełączania Usług dla poszczególnych Lokalizacji - wynoszącego 4 miesiące od Daty Początkowej.

4.8. W uzasadnieniu żądania, Odwołujący wskazał, że „dotrzymanie 60-dniowego terminu dostarczenia Harmonogramu

jest niemożliwe. Przygotowanie harmonogramu realizacji prac wdrożeniowych wymaga co najmniej przeprowadzenia wizji lokalnej w każdej z 4 664 lokalizacji Zamawiającego, przeanalizowania danych dotyczących architektury sieci WAN Zamawiającego, weryfikacji istniejącej infrastruktury sieciowej, sprawdzenia warunków technicznych, w tym występowania infrastruktury Odwołującego lub innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w poszczególnych lokalizacjach, wykonania prac koncepcyjnych dotyczących podłączania poszczególnych lokalizacji do sieci, ustalenia szczegółów technicznych dotyczących podłączenia z każdą z 4664 lokalizacji, wreszcie opracowania harmonogramu wdrożenia.”

4.9. Powyższe uzasadnienie sugeruje, że przyczyną żądania może być błędna interpretacja charakteru harmonogramu opisanego w pkt 3.3. Projektów umów. Chodzi tu o harmonogram ramowy, który nie wymaga dokładnego rozpisywania instalacji dla poszczególnych lokalizacji, bowiem temu służy harmonogram miesięczny.

4.10. Zamawiający nie zgadza się zatem na wydłużenie terminu, ale zmodyfikował pkt 3.3. Projektów umów, doprecyzowując, co rzeczony harmonogram powinien zawierać. W ocenie Zamawiającego, powyższa modyfikacja powinna rozstrzygnąć wszelkie ewentualne wątpliwości Odwołującego.

[Zarzut 1c]

4.11. Stawiając Zarzut 1c, Odwołujący zażądał wskazania terminu na wdrożenie Systemu Monitorowania, za pośrednictwem którego wykonawca ma potwierdzać prawidłowość wykonanego wdrożenia usług w każdej lokalizacji, wynoszącego 6 miesięcy od podpisania Umowy (pkt 1.2 ppkt 23 OPZ).

4.12. Zamawiający zmodyfikował pkt 1.2 ppkt 23 OPZ nadając mu brzmienie:

Działający System Monitorowania jest wymogiem koniecznym do odbioru uruchomionych łączy, dlatego też jego odbiór musi nastąpić nie później niż 4 miesiące od podpisania Umowy, z zastrzeżeniem, że funkcjonalności dotyczące Raportów Systemu Monitorowania muszą być uruchomione w terminie do 6 miesięcy od podpisania umowy.”

4.13. System Monitorowania jest niezbędny do weryfikacji jakości i parametrów oddawanych przez wykonawcę łączy oraz ich odbioru. Z uwagi na to że raporty rozliczeniowe nie mają krytycznego znaczenia w tym okresie, Zamawiający wydłużył czas na ich przygotowanie, dając tym samym więcej czasu na wykonanie wszystkich prac w tym zakresie.

[Zarzut 1d]

4.14. Stawiając Zarzut 1d Odwołujący zażądał wykreślenia wymagania podpisania Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 50% Lokalizacji przed upływem 4 miesięcy od Daty Początkowej oraz sankcji w postaci odstąpienia od Umowy w przypadku niepodpisania w terminie 4 (czterech) miesięcy od Daty Początkowej Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 50% (pięćdziesięciu procent) Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (projektowane postanowienia umowy pkt 14.2.2); ewentualnie: zmianę wymagania podpisania Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 50% Lokalizacji przed upływem 12 miesięcy od Daty Początkowej oraz modyfikację sankcji w postaci odstąpienia od Umowy w przypadku niepodpisania w terminie 12 (dwunastu) miesięcy od Daty Początkowej Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 50% (pięćdziesięciu procent) Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (projektowane postanowienia umowy pkt 14.2.2).

4.15. Zamawiający zmodyfikował pkt 14.2.2. Projektu umowy dla Części I i III, łagodząc wymogi. Zamawiający nie mógł jednak uwzględnić żądania w całości, bowiem nie może dopuścić do sytuacji, w której wykonawca uruchamia większość łączy na koniec okresu wdrożenia, bowiem Zamawiający nie będzie w stanie w oparciu o te łącza uruchomić komunikacji w swoich placówkach w tak krótkim czasie.

4.16. Zamawiający podkreśla, że uprawnienie do odstąpienia od umowy nie jest sankcją, tylko sposobem rozwiązania istotnego problemu Zamawiającego, jakim jest brak postępów w realizacji kluczowego projektu umożliwiającego realizację zadań Poczty Polskiej. Umowa musi być realizowana zgodnie z założonym harmonogramem, w szczególności niedopuszczalna jest sytuacja, w której przez pierwsze miesiące Wykonawca nie podejmuje żadnych czynności lub występują istotne problemy, a całość lub większość prac wykonywana jest w ostatnim okresie. Brak realizacji tak istotnej części umowy w uzgodnionych terminach oznaczałby, że Wykonawca w praktyce nie jest zdolny do wykonania zamówienia, w związku z czym konieczne jest podjęcie działań naprawczych, w tym zmierzających do realizacji projektu z udziałem innego wykonawcy. Równocześnie, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego, Zamawiający dokonał obniżenia parametrów uzasadniających wykorzystanie omawianego mechanizmu.

[Zarzut 1e]

4.17. Stawiając Zarzut 1e, Odwołujący zażądał wskazania, że zgłoszenie realizacji zamówień w ramach Opcji może nastąpić najpóźniej w terminie 12 (dwunastu) miesięcy przed wygaśnięciem terminu obowiązywania Umowy (projektowane postanowienia umowy pkt 8.11).

4.18. W odpowiedzi na powyższe żądanie, Zamawiający zmienił maksymalny termin

zgłoszenia realizacji zamówień w ramach Opcji z 4 na 6 miesięcy przed zakończeniem obowiązywania Umowy.

4.19. Jednocześnie, Zamawiający wskazuje, że żądanie przez Odwołującego wydłużenia powyższego terminu do 12 miesięcy jest bezzasadne. W obecnie realizowanej umowie nr K0076484, oraz w unieważnionym postępowaniu na „Świadczenie usług operatora sieci rozległej WAN_PP dla Poczty Polskiej S.A.”, nr CZ.26.408.2022.DC okres ten wynosił 4 miesiące. Dłuższy okres uniemożliwia dostosowanie sieci WAN do potrzeb biznesowych Zamawiającego.

[Zarzut 4]

4.20. Stawiając Zarzut nr 4, Odwołujący zażądał przedłużenia terminu na składanie ofert do dnia 27 lipca 2024 r.

4.21. Zamawiający częściowo uwzględnił powyższy zarzut, zmieniając termin składania ofert na 8 lipca 2024 r.

5. Zarzuty nieuwzględnione

[Zarzut 1g]

5.1. Stawiając Zarzut 1g, Odwołujący zażądał wykreślenie prawa Zamawiającego do skorzystania z Opcji Zmiany Przepustowości, Opcji Nowych Lokalizacji, Opcji Zmiany

Kategorii po cenach określonych w ofercie wykonawcy złożonej w postępowaniu -

Załącznik 3 do Umowy – Oferta Wykonawcy (Formularz Ofertowy i Formularz Cenowy) (projektowane postanowienia umowy pkt 8.6 – 8.8).

5.2. Zamawiający nie może uwzględnić tego zarzutu, ponieważ opcje są niezbędne dla działalności Zamawiającego i pozwalają dostosować sieć WAN do bieżących potrzeb. Wykonawcy już na etapie składania ofert mając wskazać stawki dla prawa opcji, co ma na celu z jednej strony umożliwienie sprawniejszego planowania budżetu, a z drugiej strony uniknięcie ewentualnej inżynierii cenowej po stronie wykonawcy, który może próbować wykorzystać przewagę negocjacyjną nad Zamawiającym.

5.3. Zamawiający zwraca ponadto uwagę na fakt, iż nie jest prawdą, że Wykonawca nie może przewidzieć zakresu prac i może być zmuszony do poniesienia nadmiernych kosztów. Zakres świadczeń dodatkowych w ramach opcji opisany jest precyzyjnie, a dodatkowo, Zamawiający przewidział mechanizm, który chroni Wykonawcę przed nadmiernymi kosztami. Zgodnie z pkt 8.16 i 8.17 projektów umów:

Skorzystanie przez Zamawiającego z Opcji Nowych Lokalizacji prowadzące do wskazania Nowej Lokalizacji, dla której koszt doprowadzenia Usług i zainstalowania Urządzeń CE przekracza wysokość zryczałtowanej Opłaty Instalacyjnej ograniczonej do trzykrotności miesięcznego wynagrodzenia (abonamentu – Wynagrodzenia za Usługi), co Wykonawca wykaże stosownymi środkami dowodowymi, wymaga zmiany Umowy zgodnie z treścią pkt 15 Umowy lub będzie przedmiotem zamówienia z wolnej ręki udzielanego w trybie art. 388 pkt 2 lit. c PZP.

Skorzystanie przez Zamawiającego z Opcji Zmiany Kategorii lub Opcji Zmiany Przepustowości, którego koszt (Opłata Instalacyjna) przekracza dwukrotność miesięcznego Wynagrodzenia za Usługi, co Wykonawca wykaże stosownymi środkami dowodowymi, będzie przedmiotem zamówienia z wolnej ręki udzielanego w trybie art. 388 pkt 2 lit. c PZP.

5.4. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, powyższy zarzut powinien zostać oddalony w całości.

[Zarzut 1h]

5.5. Stawiając Zarzut 1h, Odwołujący żądał wykreślenia pkt 3.4 i 3.6. z Projektu umów dla

Części I, II i III.

5.6. Zgodnie z pkt 3.4. Projektu umów „W terminie 5 (pięciu) Dni Roboczych od daty otrzymania Harmonogramu Opiekuna Umowy Zamawiającego zatwierdzi Harmonogram albo zgłosi do niego uwagi, w szczególności uwagi związane z harmonogramem realizacji w ramach odrębnej umowy prac związanych z wdrożeniem Urządzeń SDWAN. Wykonawca uwzględni uwagi Zamawiającego i przedstawi Harmonogram do ponownej akceptacji na piśmie albo przedstawi przyczyny nieuwzględnienia uwag w Harmonogramie. Ostateczne brzmienie Harmonogramu musi uzyskać akceptację Opiekuna Umowy Zamawiającego.”

5.7. Natomiast zgodnie z pkt 3.6. Projektu umów „Wykonawca zobowiązany jest do współdziałania ze wskazanym przez Zamawiającego podmiotem odpowiedzialnym za wdrożenie w ramach odrębnej umowy Urządzeń SD-WAN w zakresie umożliwiającym realizację celu i przedmiotu Umowy, jakim jest zapewnienie ciągłości świadczenia usług WAN PP.”

5.8. Zamawiający wnosi o oddalenie powyższego zarzutu w całości.

5.9. Kwestionowane postanowienia Projektów umów dotyczą trybu uzgadniania pomiędzy

Stronami szczegółowego harmonogramu realizacji projektu oraz uwzględniają możliwość wpływu na realizację przedmiotowego zamówienia, jaki może być wywarty przez równolegle prowadzony projekt dostawy urządzeń SD-WAN, w oparciu o które zbudowana będzie sieć WAN. Oba projekty są ze sobą ściśle powiązane, a ich efektem (niemożliwym do osiągnięcia bez łącznej realizacji obydwu umów) ma być uruchomienie usług dostępu do sieci WAN Poczty Polskiej. Żądanie założenia z góry, że przy uzgodnieniach projektowych nie będą brane pod uwagę istotne okoliczności dotyczące organizacji Zamawiającego, jest z definicji niemożliwe do uwzględnienia. Istotą uzgodnień jest bowiem właśnie dostosowanie harmonogramu do potrzeb Zamawiającego i możliwości Wykonawcy, z uwzględnieniem m.in. dokładnie takich uwarunkowań, jakich pominięcia domaga się Wykonawca, czyli równolegle prowadzonych projektów mających wpływ na realizację umowy. Kwestionowane postanowienie ma w istocie charakter informacyjny – także w razie jego wykreślenia

Zamawiający musiałby w procesie uzgodnień harmonogramu brać pod uwagę uwarunkowania związane z wdrożeniem rozwiązania SD-WAN. Komunikacja i współpraca wykonawcy z podmiotem odpowiedzialnym za wdrożenie w ramach odrębnej umowy Urządzeń SD-WAN jest niezbędna dla prawidłowej realizacji niniejszego Zamówienia. Jednocześnie, z punktu widzenia wykonawcy nie powinno mieć znaczenia, czy współdziała w powyższym zakresie z Zamawiającym, czy podmiotem przez Zamawiającego wskazanym. W szczególności, fakt współdziałania z podmiotem innym niż Zamawiający, nie generuje w tym przypadku dodatkowych istotnych obowiązków po stronie wykonawcy. Potrzeba takiej współpracy jest naturalna, bowiem dostawa łączy oraz dostawa urządzeń SD-WAN składają się na jedno rozwiązanie

zapewniające Zamawiającemu dostęp do Internetu i realizację zakładanych funkcjonalności. Zakres niezbędnego współdziałania na obecnym etapie nie jest możliwy do przewidzenia – analogicznie, jak nie jest możliwy do ustalenia konkretny zakres wynikającego z przepisów prawa obowiązku współdziałania Zamawiającego. Jest oczywiste, że w projektach o tak dużej skali i wartości, jak objęty przedmiotowym zamówieniem, nie jest możliwe precyzyjne opisanie wszelkich działań, które przez cały okres realizacji umowy mają być podejmowane przez Strony. Równocześnie Zamawiający podkreśla, że nadzór i koordynacja realizacji prac Wykonawców spoczywa na Zamawiającym.

[Zarzut 2b]

5.10. Stawiając Zarzut 2b, Odwołujący zażądał dopuszczenia uruchomienia łączy tymczasowych przez wykonawcę na podstawie decyzji wykonawcy.

5.11. W ocenie Odwołującego, dopuszczenie uruchomienia łączy tymczasowych przez wykonawcę wyłącznie po uzyskaniu uprzedniej zgody Zamawiającego, uprzywilejowuje w sposób nieuzasadniony wykonawcę obecnie świadczącego usługi u Zamawiającego, który dysponuje już niezbędną infrastrukturą w lokalizacjach Zamawiającego, a nadto przerzuca na wykonawców ryzyko braku zgody Zamawiającego, co wymusza uwzględnienie w przygotowaniu i kalkulacji oferty kosztów związanych z zapewnieniem infrastruktury bez wykorzystania łączy tymczasowych i ryzyk potencjalnych kar umownych z tytułu zwłoki w uruchomieniu usług w lokalizacjach.

5.12. Zamawiający wnosi o oddalenie powyższego zarzutu jako bezzasadnego.

5.13. Zgodnie z Rozdziałem 3 pkt 1.1, ppkt 4.2. OPZ „Dla łączy kategorii T5–T6 Zamawiający dopuszcza uruchomienie łączy tymczasowych, na czas do 3 miesięcy, dla Lokalizacji w których Wykonawca rozpoczął budowę infrastruktury docelowej. W tym czasie dopuszcza się zastosowanie łączy w kategorii niższej, zaakceptowanej przez Zamawiającego lub Zestawów Mobilnych. Zastosowanie Zestawów Mobilnych wymaga uprzedniego uzyskania zgody Zamawiającego, w tym w zakresie wykorzystania w danej

Lokalizacji listy dopuszczalnych operatorów infrastrukturalnych sieci ruchomych (4G/5G/LTE).”

5.14. Należy podkreślić, że rozwiązanie proponowane przez Zamawiającego stanowi z góry zakładane ustępstwo wobec wykonawców, polegające na tym, że Zamawiający dopuszcza sytuację, w której wykonawca rozpoczął budowę docelowej infrastruktury, lecz nie będzie w stanie uruchomić usługi w wymaganym terminie. W takiej sytuacji, Zamawiający dopuszcza uruchomienie na pewien czas rozwiązania zastępczego, czyli łączy tymczasowych. Łączy takie co do zasady są wykonywane w oparciu o infrastrukturę o gorszych parametrach, co oznacza ograniczenie jakości usług. Nie jest dopuszczalne, by zastosowanie rozwiązania „tymczasowego”, czyli świadczenie usług o ograniczonej funkcjonalności, było uzależnione wyłącznie od decyzji wykonawcy. Jednocześnie, z dotychczasowej praktyki w zakresie usług WAN wynika, że Zamawiający nie odmawiał wykonawcom możliwości uruchamiania łączy tymczasowych, jeżeli faktycznie w danej lokalizacji występowały problemy z zapewnieniem łącza o wymaganych parametrach.

5.15. Niezależnie od powyższego, w odpowiedzi na odwołanie innego wykonawcy, Zamawiający wydłużył czas stosowania łączy tymczasowych do 4 miesięcy.

[Zarzut 3a i 3b]

5.16. Stawiając Zarzut 3a, Odwołujący zażądał zastrzeżenia uprawnienia Zamawiającego do zmniejszania liczby lokalizacji nie więcej niż łącznie 50 Lokalizacji dla wszystkich kategorii łączy – T0 oraz T5-T7 – w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie

Lokalizacji z jednoczesnym zobowiązaniem Zamawiającego do korzystania z 70% Lokalizacji dla wszystkich kategorii łączy w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji, a ponadto modyfikację pkt 9.3 projektowanych postanowień umowy poprzez wskazanie, że skorzystanie przez Zamawiającego z uprawnienia, o którym mowa w ust. 9.1 nie stanowi dla Wykonawcy podstawy do kierowania wobec Zamawiającego jakichkolwiek roszczeń z tego tytułu, z tym jednak zastrzeżeniem, iż w wyniku realizacji przedmiotowego uprawnienia łączna wartość wynagrodzenia należnego za wykonanie całego przedmiotu Umowy nie może wynosić mniej niż 90% (dziewięćdziesiąt procent) Wartości Umowy.

5.17. Stawiając Zarzut 3b, Odwołujący zażądał zastrzeżenia uprawnienia Zamawiającego do zmniejszenia liczby lokalizacji nie więcej niż łącznie 30% Lokalizacji dla wszystkich kategorii łączy – T0 oraz T5-T7 – w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie

Lokalizacji po 31 grudnia 2025 r., z jednoczesnym zobowiązaniem Zamawiającego do korzystania z 70% Lokalizacji dla wszystkich kategorii łączy w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji” oraz wprowadzenie postanowienia o uiszczaniu przez Zamawiającego opłaty z tytułu wcześniejszego zakończenia świadczenia usługi w przypadku, gdy Zamawiający zrezygnuje z lokalizacji po 31 grudnia 2025 r.

5.18. Zamawiający wnosi o oddalenie powyższego zarzutu jako bezzasadnego.

5.19. W uzasadnieniu Odwołujący wskazuje, że „za niedozwoloną praktykę należy uznać projektowane postanowienie umowy, które przewiduje możliwość samodzielnego, jednostronnego decydowania przez Zamawiającego o ograniczeniu zakresu świadczenia w trakcie realizacji zamówienia, jeśli w umowie nie jest wskazana minimalna gwarantowana wielkość lub wartość świadczenia stron.” Następnie, Odwołujący wskazuje, że „przy opisie przedmiotu zamówienia, który przygotował zamawiający w Postępowaniu, wykonawca nie tyle musi dokonywać dodatkowych interpretacji, aby ocenić zakres świadczenia, do którego zobowiązał się w ofercie, lecz po prostu zgadywać.”

5.20. Powyższe stanowisko Odwołującego nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy, bowiem w

dokumentacji przetargowej wskazano liczbę bazową lokalizacji oraz wartość, o jaką ta liczba może zostać zmniejszona. Tym samym, każdy wykonawca bez trudu może obliczyć rzeczoną minimalną gwarantowaną wielkość świadczenia. Tym samym, mechanizm przewidziany przez Zamawiającego jest zgodny zarówno z prawem, jak i praktyką biznesową.

5.21. Natomiast w zakresie uprawnienia Zamawiającego, o którym mowa w pkt 9.1.2 Projektów umów, zgodnie z którym, w przypadku, kiedy Zamawiający przestanie pełnić rolę operatora wyznaczonego, po 31 grudnia 2025 roku, Zamawiający może zrezygnować z nie więcej niż 40% (czterdziestu procent) Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji, niezależnie od warunków opisanych w powyższych punktach, należy wskazać, że zaprzestanie pełnienia funkcji operatora wyznaczonego, jest okolicznością całkowicie niezależną od Zamawiającego.

5.22. W zakresie Zarzut 3b, należy wskazać, że zgodnie z 9.1.1. Projektów umów „Zamawiający może zrezygnować z nie więcej niż łącznie 10% (dziesięciu procent) Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla wszystkich kategorii łączy – T0 oraz T5-T7 – w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji oraz nie więcej niż 40% (czterdziestu procent) Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla danej kategorii łączy w stosunku do liczby Lokalizacji dla danej kategorii, podanej w Wykazie Kategorii Łączy.”

5.23. Zgodnie z obecnie realizowaną umową nr K0076484 z dnia 25 marca 2019r. na świadczenie usług WAN, Zamawiający może zrezygnować łącznie z 20% lokalizacji (czyli dwukrotnie większej liczby lokalizacji niż w niniejszym Postępowaniu) oraz z 40% lokalizacji z danej kategorii.

[Zarzut 3c]

5.24. Stawiając Zarzut 3c, Odwołujący żąda wykreślenia postanowienia 14.11 z Projektów umów, ewentualnie – w przypadku utrzymania powyższego postanowienia, wprowadzenie postanowienia o uiszczaniu przez Zamawiającego opłaty z tytułu rozwiązania przez Zamawiającego Umowy w całości lub w części na podstawie pkt 14.11 Projektów umów.

5.25. W ocenie Odwołującego, postanowienie z pkt 14.11 Projektów umów, utrudnia oszacowanie kosztów i zakresu świadczenia i ryzyk związanych z realizacją zamówienia.

5.26. Zamawiający wnosi o oddalenie tego zarzutu jako bezzasadnego.

5.27. Odwołujący pomija fakt, że w pierwszym zdaniu pkt 14.11 wskazano, iż „w przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązujących skutkujących obowiązkiem Zamawiającego powierzenia całości lub części usług transmisji danych, lub innych usług stanowiących przedmiot niniejszej Umowy innemu niż Wykonawca podmiotowi lub jednostce lub brakiem możliwości kontynuacji wykonania Umowy na przewidzianych Umową warunkach, Zamawiający ma prawo do rozwiązania Umowy w całości lub w części.” Jak wynika z przytoczonego fragmentu, chodzi o sytuacje, kiedy to de facto ustawodawca zdecyduje o konieczności zmiany wykonawcy. Jest to okoliczność niezależna od Zamawiającego.

5.28. Jednocześnie, należy mieć na uwadze, że w ostatnim zdaniu pkt 14.11 wskazano, iż „Zamawiający zobowiązuje się, że nie będzie korzystać z prawa do wypowiedzenia Umowy w całości lub w części wynikającego z postanowienia niniejszego ustępu wcześniej niż przed upływem 30 (trzydziestu) miesięcy od dnia podpisania Umowy.” Jest to okres, który Zamawiający przewidział dla vacatio legis, w przypadku ewentualnej zmiany przepisów. Jednocześnie, jest to okres gwarantowany dla wykonawcy, co oznacza, że minimalny zakres świadczeń został przez Zamawiającego zdefiniowany.

[Zarzut 3d]

5.29. Stawiając Zarzut 3d, Odwołujący zażądał wykreślenia ograniczenia wysokości opłaty instalacyjnej z pkt 8.16 i 8.17 Projektu umów oraz z instrukcji wypełniania formularza cenowego.

5.30. Zamawiający wnosi o oddalenie tego zarzutu jako bezzasadnego. Powyższe ograniczenia mają na celu uniknięcie sytuacji, w której wykonawca większość kosztów wkalkuluje w opłatę instalacyjną (którą zamawiający poniesie na etapie wdrożenia) a abonament wyceni bardzo nisko. Wówczas trudno byłoby uzyskać odpowiednią jakość usług, ponieważ system kar i bonifikat nie działałby skutecznie, a wykonawca, który większość zakładanego wynagrodzenia otrzymałby niejako „z góry”, nie ponosiłby ryzyka związanego z ewentualnym nienależytym wykonywaniem umowy. Równocześnie, Zamawiający przewidział mechanizm, który ma za zadanie chronić wykonawcę, to jest założył, że w wypadku konieczności nieprzewidzianego poniesienia przez niego nadmiernych kosztów, realizacja danego świadczenia nie będzie następowała automatycznie, lecz będzie przedmiotem zamówienia z wolnej ręki w trybie przewidzianym w art. 388 pkt 2 lit. c PZP. Poniżej Zamawiający przytacza pełne brzmienie kwestionowanych postanowień.

5.31. Zgodnie z pkt 8.16 Projektu umowy „Skorzystanie przez Zamawiającego z Opcji Nowych Lokalizacji prowadzące do wskazania Nowej Lokalizacji, dla której koszt doprowadzenia Usług i zainstalowania Urządzeń CE przekracza wysokość zryczałtowanej Opłaty Instalacyjnej ograniczonej do trzykrotności miesięcznego wynagrodzenia (abonamentu – Wynagrodzenia za Usługi), co Wykonawca wykaże stosownymi środkami dowodowymi, wymaga zmiany Umowy zgodnie z treścią pkt 15 Umowy lub będzie przedmiotem zamówienia z wolnej ręki udzielanego w trybie art. 388 pkt 2 lit. c PZP”.

5.32. Zgodnie z pkt 8.17 Projektu umowy „Skorzystanie przez Zamawiającego z Opcji Zmiany Kategorii lub Opcji Zmiany Przepustowości, którego koszt (Opłata Instalacyjna) przekracza dwukrotność miesięcznego Wynagrodzenia za Usługi, co Wykonawca wykaże stosownymi środkami dowodowymi, będzie przedmiotem zamówienia z wolnej ręki udzielanego w trybie art. 388 pkt 2 lit. c PZP”.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej zarządzeniem z dnia 19 czerwca 2024 r. zarządził na podstawie art. 544 ust.

2 ustawy – Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp lub Pzp) łączne rozpoznanie przez skład orzekający skład Krajową Izbę Odwoławczą (Izba lub KIO) odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2024 r. przez wykonawców: T-Mobile Polska S.A. [sygn. akt: KIO 1951/24] (Odwołujący T-Mobile lub wykonawca T-Mobile); NETIA S.A. [sygn. akt: KIO 1964/24] (Odwołujący Netia lub wykonawca Netia); Orange Polska S.A. [sygn. akt: KIO 1980/24] (Odwołujący Orange lub wykonawca Orange).

Sygn. akt KIO 1951/24

Wnoszący odwołanie, wykonawca T-Mobile (Odwołujący T-Mobile) w punkcie III odwołania wskazał na zarzuty w podpunktach 1a, 1b, 2a, 2b, 2c 2d i 2e oraz 3a, 3b, 3c, 3d, 3e, 3f, 3g, 3 h i 3i oraz 4. Z kolei w punkcie IV sformułował żądania w zakresie każdego z zarzutów opisanych w wymienionych punktach.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 21.06.2024 r.) podał, że :

- 1.uwzględnił odwołanie w całości w zakresie zarzutów: z podpunktu 1a i 1b oraz zarzutu z podpunktu 2c i zarzutu z podpunktu 3f a także zarzutu z podpunktu 4 i uwzględnił odpowiednio żądania zawarte w odwołaniu.
- 2.częściowo uwzględnił: zarzut z podpunktu 2b, zarzut z podpunktu 2e, zarzut z podpunktu 3d, zarzut z podpunktu 3e, zarzut z podpunktu 3g, zarzut z podpunktu 3h oraz zarzut z podpunktu 3i.
- 3.nie uwzględnił zarzutów w pozostałym zakresie wnosząc o ich oddalenie.

Z kolei Odwołujący T-Mobile na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 26 czerwca 2024 r. podał, że: w zakresie zarzutu z podpunktu 1a i 1b oraz zarzutu z podpunktu 2c i zarzutu z podpunktu 4 wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego z uwagi na uwzględnienie żądań wykonawcy; w zakresie zarzutu 2d dotyczącej rozdziału V ust.15 OPZ(opis przedmiotu zamówienia) oraz zarzutu z podpunktu 2e i zarzutów z podpunktów: 3c, 3 d i 3 e oraz zarzutów z podpunktów: 3g, 3h i 3i – w zakresie nieuwzględnionym przez zamawiającego oświadczył o ich cofnięciu.

W pozostałym zakresie co do zarzutów z podpunktów: 2a, 2b i zarzutu z podpunktu 2d w zakresie pkt 13.16 Projektu umowy oraz zarzutów z podpunktów: 3a i 3b oświadczył, że te zarzuty podtrzymuje.

Izba stwierdziła, że Zamawiający w piśmie z dnia 21.06.2024 r. poinformował wykonawców, że na podstawie art. 137 ust. 1 ustawy Pzp dokonuje modyfikacji treści załączników do SWZ. Te zmiany zostały w dniu 21 czerwca 2024 r. skierowane do publikacji na platformie SmartPZP pod adresem: - na której prowadzone jest to postępowanie.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba w sentencji wyroku w jego punkcie 1 orzekła o umorzeniu postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów wskazanych w odwołaniu w punkcie III w podpunktach (ppkt):

- a)ppkt 1a i ppkt 1b oraz ppkt 2c i ppkt 3f oraz ppkt 4;
- b)ppkt 2d w zakresie dotyczącym rozdziału V ust.15 OPZ; ppkt 2e, ppkt 3c, ppkt 3d, ppkt 3e, ppkt 3g, ppkt 3h oraz ppkt 3i;
- c)ppkt 2a, ppkt 2b i ppkt 3b;

Jak wskazano w pkt 1 lit. c) Izba umorzyła także postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu podniesionego w odwołaniu w pkt III ppkt 2b) o czym poniżej.

Natomiast - zgodnie z pkt 2 sentencji - w zakresie zarzutów wskazanych w odwołaniu w punkcie III: ppkt 2d w części dotyczącej postanowienia z pkt 13.16 Projektu umowy oraz ppkt 3a orzekła o ich oddaleniu.

W odniesieniu do zarzutów wskazanych w sentencji w punkcie 1 lit. a) i lit. b) Izba uwzględniła odpowiednio przepis art. 522 ust.1 i ust.3 ustawy Pzp W przypadku postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie przystąpienia zostały zgłoszone wyłącznie po stronie odwołującego, a w zakresie zarzutów częściowo uwzględnionych w części nieuwzględnionej Odwołujący cofnął zarzuty.

W myśl zatem powołanego art. 522 ust.1 i ust.3 ustawy Pzp:

„1.W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”.

Az kolei

„3.W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów”.

Izba jednocześnie uwzględniając modyfikacje wprowadzone do dokumentacji w dniu 21.06.2024 r. stwierdziła, że w zakresie zarzutów wskazanych w sentencji w pkt 1 lit. c) postępowanie odwoławcze podlega również umorzeniu, w tym przypadku na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

W myśl wskazanego art. 568 pkt 2 ustawy Pzp: *„Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w*

przypadku: (...) 2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne(...)

Uwzględniając zatem powołany przepis Izba uznała, że postępowanie odwoławcze stało się zbędne w związku z wprowadzoną zmianą treści dokumentacji postępowania, co prowadziło do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Dokonanie bowiem prawomocnej czynności zmieniającej sporne postanowienia czyni zarzuty i żądania dotyczące ich zmian, które to zmiany nie w pełni odpowiadają żądaniom przedstawionym w odwołaniu, bezprzedmiotowymi. Sporne bowiem postanowienia stanowiące podstawę do sformułowania zarzutów w odwołaniu wniesionym w dniu 3.06.2024r. przestały istnieć, co powoduje *de facto* brak substratu zaskarżenia w postępowaniu. W sensie prawnym bowiem nie istnieją już postanowienia, których zmiany domaga się w odwołaniu wykonawca. Nowe postanowienia stanowią nowy substrat zaskarżenia. W tym stanie rzeczy zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie w oparciu o art. 568 pkt 2 Pzp. Postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie stało się zbędne.

Wobec powyższych ustaleń Izba skierowała do rozpoznania na rozprawie zarzuty z punktu III podpunktu 2d w części dotyczącej postanowienia z pkt 13.16 Projektu umowy oraz zarzuty z podpunktu 3a i 3b odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia, które to zarzuty nie zostały uwzględnione oraz, których nie dotyczy modyfikacja z dnia 21.06.2024 r., i które zostały przez wykonawcę T-Mobile podtrzymane.

Rozpoznając zarzut opisany w punkcie III ppkt 2d - części dotyczącej postanowienia z pkt 13.16 Projektu umowy - Izba miała na uwadze, że wykonawca T-Mobile podnosząc ten zarzut wskazał na naruszenie art. 353 (1) w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, nadmierny, naruszający zasady współżycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń.

Zgodnie ze wskazanym pkt 13.16 Projektu umowy (część I-III): *Łączna maksymalna wysokość kar umownych naliczonych zgodnie z Umową, nie może przekroczyć kwoty równej 50% (pięćdziesięciu procent) Wartości Umowy brutto określonej w ust. 11.1 Umowy*. W punkcie 5 części IV odwołania Odwołujący T-Mobile domaga się: *5. Doprecyzowanie w pkt 13.16 Umowy Część I-III, że ustalony limit dotyczy również bonifikat;*

W uzasadnieniu stanowiska wykonawca wskazał (pkt XI.) także na naruszenie art. 436 pkt 3 Pzp zgodnie z którym: *„Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności: łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony.”* Z kolei – jak podał wykonawca - *W pkt 13.16 umowy Zamawiający ustalił limit 50% wysokości wynagrodzenia wykonawcy z tytułu kar umownych. Zamawiający pominął jednak, że w OPZ (m.in. rozdział 5) uregulował on dodatkowe kary, tym razem w formie bonifikat za niedotrzymanie warunków SLA oraz QoS.”* Zdaniem Odwołującego: *„Powyższe postanowienie umowne powinno przewidywać, że w limicie odpowiedzialności wykonawcy mieszczą się zarówno kary umowne, jak i bonifikaty”.*

Izba w tym przypadku nie uwzględniając tego zarzutu i mając na uwadze wskazywany w odwołaniu art. 436 pkt 3 ustawy Pzp, podzieliła stanowisko Zamawiającego, że żądanie Odwołującego nie zmierza do „doprecyzowania” treści postanowienia Umowy, lecz do zmiany sposobu rozliczeń w wypadku obniżenia jakości usługi, poprzez zastosowanie mechanizmu bonifikat. W Projekcie umowy (projektowane postanowienia umowy lub PPU) określono bowiem dla każdej z części *łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony.”* Wynika to z punktu 13.10 zgodnie z którym: *„Łączna wysokość kar umownych określonych w ust. 13.9 powyżej nie przekroczy 4% (czterech procent) Wartości Umowy brutto określonej w ust. 11.1 Umowy”.*

Izba ponadto zwraca uwagę, że mechanizm bonifikat – opłat - uregulowany w rozdziale 5. OPZ (opis przedmiotu zamówienia) związany jest z Warunkami niezawodności świadczenia usług. Ich sposób obliczania został określony w przypadku przerw w dostępności usługi. Ich wartość wyrażona w procentach została określona w tabelach, a podstawą jej ustalania – zgodnie z pkt 2 rozdziału 5 OPZ - a podstawą jej ustalenia jest – odpowiednio – wysokość rocznego lub miesięcznego Wynagrodzenia za Usługi netto. W przypadku naliczenia bonifikaty Wynagrodzenie za Usługi zostanie pomniejszone o wysokość naliczonej bonifikaty.

Natomiast kary umowne o których mowa w punkcie 13 dotyczą okoliczności wskazanych w ramach tego punktu w następujących ppktach:

- (13. 1, 13. 2, 13.3) - nieukończenia Prac Wdrożeniowych dla danej Lokalizacji;
- (13.5) - naruszenia przez Wykonawcę jego obowiązków wynikających z Umowy w zakresie zachowania poufności i ochrony aktywów informacyjnych Zamawiającego,;
- (13.6) - rozwiązania (zarówno odstąpienia, jak i wypowiedzenia) Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy
- (13.7) - nie przedstawienia Zamawiającemu przez Wykonawcę dokumentów, o których mowa w ust. 3.3, 3.7, 3.8 oraz 4.5 Umowy w wymaganych terminach
- (13.8) - spadku dostępności – w skali miesiąca_ dla systemu zgłoszeń (Help Desk) spadnie poniżej wymagań określonych w Rozdziale 4 pkt 4.5 ppkt 4 OPZ

W przypadku kar umownych ich wysokość – odpowiednio do zdarzenia [13.1, 13.7, 13.9] - określona została kwotowo z

zastrzeżeniem cytowanego pkt 13.10.

W punkcie 13.9. Projektu umowy wskazano, że „W przypadku, gdy dla danej Lokalizacji wysokość bonifikat udzielonych zgodnie z postanowieniami Rozdziału 5 OPZ w dwóch następujących po sobie miesiącach przekroczy 50% (pięćdziesiąt procent) miesięcznego Wynagrodzenia za Usługi dla tej Lokalizacji, Zamawiający ma prawo żądać od Wykonawcy zapłaty kary umownej w następującej wysokości odpowiadającej kategorii łącza w tej Lokalizacji:

13.9.1. T0 – 10 000 (dziesięć tysięcy) złotych,

13.9.2. T1 – 5 000 (pięć tysięcy) złotych,

13.9.3. T2 – 2 700 (dwa tysiące siedemset) złotych,

13.9.4. T3 – 1 300 (tysiąc trzysta) złotych,

13.9.5. T4 – 650 (sześćset pięćdziesiąt) złotych,

13.9.6. T5 – 330 (trzysta trzydzieści) złotych,

13.10. Łączna wysokość kar umownych określonych w ust. 13.9 powyżej nie przekroczy 4% (czterech procent) Wartości Umowy brutto określonej w ust. 11.1 Umowy”.

Izba zwraca także uwagę, że wskazany pkt 13.16 Projektu umowy dotyczy łącznej maksymalnej wysokości kar umownych naliczanych zgodnie z Umową od Wartości brutto Umowy określonej w ust. 11.1 Umowy i ich wysokość od tej podstawy nie może przekroczyć kwoty równej 50% (Wartości Umowy brutto). W myśl z kolei punktu 13.17. „Kary opisane w ust. 13.9 powyżej zostaną pomniejszone o bonifikaty dotyczące dostępności miesięcznej, bonifikaty dotyczące liczby Awarii i bonifikaty jakościowe”. Tym samym Izba nie dostrzegła, aby postanowienie punktu 13.16 uwzględniając także inne cytowane powyżej oraz wskazany punkt 13.17 świadczyły o naruszeniu art. 436 pkt 3 ustawy Pzp. Niewątpliwie żądanie wykonawcy zmierza do istotnego obniżenia limitu bonifikat. Z kolei kwestionowany limit 100% wynagrodzenia netto dotyczy konkretnej lokalizacji, a nie wynagrodzenia łącznego brutto. Zatem – jak podał Zamawiający – (...) w razie obniżenia jakości usługi tak znacznie, że naliczone zostaną bonifikaty w maksymalnej wartości, nie będzie to oznaczało utraty przez Wykonawcę wynagrodzenia, lecz jedynie wynagrodzenia netto dla lokalizacji, w której doszło do obniżenia jakości”. Izba zwraca także dodatkowo uwagę, że według pisma z dnia 21.06.2024 r. uwzględnione zostało żądanie co do modyfikacji żądanych bonifikat w ramach zmian rozdziału 5 OPZ.

Reasumując Izba stwierdza, że także nie został wykazany podnoszony w ramach ppunktu 2d odwołania (pkt III) zarzut naruszenia art. 353 (1) w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp jakoby sporządzony wzór umowy uniemożliwia przygotowanie i wycenę oferty, jest nieadekwatny, nadmierny, naruszający zasady współzycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń.

Rozpoznając zarzut opisany w części III pkt 3a Izba miała na uwadze, że wykonawca T-Mobile podnosząc te zarzuty wskazał na naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp stwierdzając, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, nadmierny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy.

W odniesieniu do zarzutu z punktu 3a wskazał na Definicję wymagań dla łącza Internet w kategoriach w Części III – Rozdział 1 ust. 1.1 pkt 3 tabela nr 2 lit. a i b OPZ-podnosząc, że dla Kategorii łącza T5 i T6: „W przypadku łącza xDSL wymagana jest maksymalna możliwa prędkość synchronizacji linii (zależna od fizycznych parametrów linii) dostępnej w Lokalizacji z prędkością łącza co najmniej 40/5 Mb/s”, a dla Kategorii łącza T7: „W przypadku łącza xDSL wymagana jest maksymalna możliwa prędkość synchronizacji linii (zależna od fizycznych parametrów linii) dostępnej w Lokalizacji z prędkością łącza co najmniej 20/2 Mb/s”.

W punkcie 8 cz. IV wniósł o modyfikację tych postanowień i dalszą alternatywną modyfikację na rozprawie w dniu 26.06.2024 r.

W uzasadnieniu do tego zarzutu (XIII odwołania) wskazał, że:

- w odniesieniu (...) do łącza T5-T7 odnoszące się do minimalnej przepływności łącza xDSL są wygórowane. Zamawiający dopuścił wykonanie zamówienia z zastosowaniem łącza xDSL jednak minimalna przepływność na tego typu łączach co do zasady nie jest gwarantowana i osiągnięcie wymaganych parametrów jest niemożliwe lub co najmniej znacznie utrudnione.

- (...) łącza xDSL są najbardziej optymalne pod względem kosztowym (...);

(...) zamówienie w Części III obejmuje ponad 4600 lokalizacji, a zatem wybór sposobu świadczenia usług przy tej skali zamówienia ma zasadniczy wpływ na cenę oferty (...);

(...) dla Zamawiającego cena jest istotna i została ustalona jako jedyne kryterium oceny ofert – por. Rozdział XXIII ust. 1 SWZ (...);

(...) Zamawiający znacznie podniósł wymagania w odniesieniu do ww. łącza xDSL. W ramach obecnie realizowanej umowy oraz w ramach prowadzonego postępowania na Świadczenie usług rozległej sieci WAN_PP dla Poczty Polskiej S.A.” numer referencyjny: CZ.26.207.2024.DC dotyczącego świadczenia usług WAN przez okres 9 miesięcy wymagania w ww. zakresie są zdecydowanie niższe (...);

(...) Brak jest zatem uzasadnienia dla podwyższenia wymagań w odniesieniu do łącza xDSL w zakresie ich

minimalnej przepływności (...)

Na rozprawie jako dowody przedłożył: ekspertyzę z dnia 13.06.2024 r. Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki Telekomunikacji na okoliczność wykazania, że: (1) wskazane dla części III minimalne przepływności łączy xDSL są w praktyce niemożliwe do zagwarantowania dla wszystkich lokalizacji. (2).

postawione przez Zamawiającego wymagania powodują praktyczne wyłączenie możliwości zastosowania tej technologii w celu świadczenia usług.

W tej ekspertyzie – w podsumowaniu pkt 4 – autor stwierdza:

(...) Zamawiający stawiając bezwzględne wymaganie zapewnienia określonych przepustowości dla łączy asymetrycznych nie bierze pod uwagę faktycznej jakości dostępnych łączy abonenckich we wszystkich wskazanych lokalizacjach. Biorąc pod uwagę, że mamy do czynienia z 4664 lokalizacjami, prawdopodobieństwo że wszystkie z nich będą spełniać parametry jakościowe i odległościowe łączy jest w praktyce znikome. Oznacza to również, że potencjalny oferent nie może w praktyce zagwarantować spełnienia wymagań przepływności łączy na poziomie 40/5Mb/s czy 20/2 mb/s dla wszystkich lokalizacji. Postawienie takiego wymagania, bez dopuszczenia obniżonych wymagań dla pewnej części lokalizacji (tak, jak to było zapisane w aktualnie obowiązujących warunkach świadczenia usługi) powoduje praktyczne wyłączenie tej technologii. Operator pragnący świadczyć usługę spełniającą tak postawione wymagania musi albo zgodzić się na ryzyko niespełnienia wymagań dla części łączy, gdyż nie ma wpływu na jakość łączy dzierżawionych przez innych operatorów, albo zrezygnować ze startu w przetargu. Jedynie dysponent łączy, znając ich charakterystykę, wie które łączy mogą spełnić takie wymagania, a które nie. Może wówczas przebudować te łączy albo zastąpić je łączy światłowodowymi. Nie może jednak zrobić tego żaden inny operator, nie dysponujący własnymi łączy do wskazanych w przetargu lokalizacji. Tym samym postawienie sztywnego warunku odnośnie wymaganej przepustowości bez dopuszczenia zakresu przepustowości pomiędzy wartością maksymalną a minimalną w praktyce uniemożliwia realizację tego zamówienia z wykorzystaniem łączy xDSL operatorom innym, niż właściciel łączy do danego obiektu.

Także drugi z przedłożonych na rozprawie dowodów – opracowanie własne wykonawcy T-Mobile obrazujące pracę wybranych łączy – ma dowodzić zasadności tego zarzutu

Ta argumentacja nie stanowi - zdaniem Izby - o naruszeniu art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp. Te przepisy bowiem określają następujące reguły:

(...) 1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. (...)

4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Zdaniem Izby z argumentacji Odwołującego jak i przedstawionych dowodów nie wynika, aby opis tych wymagań był niezrozumiały czy nie uwzględniał okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty lub co najistotniejsze świadczył o niemożliwości świadczenia. Według argumentacji Odwołującego jak i wskazanej ekspertyzy wynika bowiem, że osiągnięcie wymaganych parametrów nie tyle jest niemożliwe co znacznie utrudnione. Odwołujący w odniesieniu do wymagań dla łączy Internet w kategoriach w Części III (rozdział 1 ust. 1.1 pkt 3 tabela nr 2 lit. a i b OPZ) przede wszystkim wskazuje (jak wyżej), że to wymaganie ma zasadniczy wpływ na cenę oferty, a łączy xDSL są najbardziej optymalne pod względem kosztowym.

Odwołujący także nie wykazał, aby opis tych wymagań naruszał zasady według art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp: W myśl tego przepisu bowiem: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny”. Okoliczności podnoszone przez wykonawcę T-Mobile – cytowane powyżej - nie dowodzą takich naruszeń. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał: *(...) W obecnej zawartej umowie w przedmiocie świadczenia usług sieci WAN faktycznie występują łączy wskazywane przez Wykonawcę, jednak są to łączy w technologii IP-VPN z gwarancjami lokalizacji jakościowych. Wskutek przedmiotowego postępowania łączy te mają zostać zastąpione łączy internetowymi bez gwarancji, ale z większą przepustowością co wynika z potrzeb biznesowych Zamawiającego. Dotychczasowe łączy w niektórych lokalizacjach są wykorzystywane bardzo intensywnie (w szczególności upload) co utrudnia świadczenie usług dla klientów.*

Izba także stwierdza, że wykonawca T-Mobile nie podważył twierdzenia Zamawiającego, że akceptacja poziomów wskazywanych przez Odwołującego w żądaniu – także po modyfikacji - powodowałoby, że część placówek pocztowych nie mogłaby świadczyć usług dla Klientów, w tym takich jak telefonia IP, przekazywanie informacji o doręczeniach

przesyłek sądowych, płatności elektroniczne czy wypłaty z rachunku Banku Pocztowego (realizowane przez placówki pocztowe) oraz, że duża przepustowość łączy wymagana jest także dla realizacji zadań takich, jak monitoring placówek.

W odniesieniu do zarzutu z punktu 3b wykonawca T-Mobile wskazał na:

- Rozdział 1 ust. 1.2 ppkt 2 OPZ „Łącza T0-T5 muszą być realizowane na bazie własnej infrastruktury lub łączy na odcinku „ostatniej mili”. Możliwe jest wykorzystanie łączy innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, pod warunkiem że dla Części II w danej lokalizacji nie będzie współbieżnych odcinków dla „ostatniej mili” z Częścią I”;

- Rozdział 1 ust. 1.3 ppkt 5 OPZ zgodnie z którym: „Łącza T5 muszą być realizowane na bazie własnej infrastruktury i/lub łączy na odcinku „ostatniej mili”. Możliwe jest wykorzystanie łączy innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, pod warunkiem że dla Części III w danej lokalizacji nie będzie współbieżnych odcinków dla „ostatniej mili” z Częścią I”.

Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 21 czerwca 2024 r. zaskarżonym postanowieniom zostało nadane nowe brzmienie:

- ust. 1.2. ppkt 2: „Łącza T0-T3 w Części II muszą być realizowane z zapewnieniem, że dla danej lokalizacji nie będzie współdzielonych elementów infrastruktury na odcinku od węzła sieci szkieletowo-dystrybucyjnej Wykonawcy do Urządzenia CE Wykonawcy (tzw. „ostatnia mila”) z Częścią I”.

- ust. 1.3. pkt 5 nadając mu brzmienie: „Łącza T5 w Części III muszą być realizowane z zapewnieniem, że dla danej lokalizacji nie będzie współdzielonych elementów infrastruktury na odcinku od węzła sieci szkieletowo-dystrybucyjnej Wykonawcy do Urządzenia Brzegowego Wykonawcy (tzw. „ostatnia mila”) z Częścią I”.

Tym samym decyzją Zamawiającego wynikającą z pisma z dnia 21.06.2024 r. skarżone postanowienia zostały zmienione. Zatem, także w tym zakresie zarzut nie mógł być rozpoznany przez Izbę co do jego meritum, albowiem po zmianie – modyfikacji - wskazanych postanowień decyzją z dnia 21.06.2024 r. sporne postanowienie stanowiące podstawę do sformułowania zarzutu w odwołaniu wniesionym w dniu 3.06.2024r. przestało istnieć, co powoduje *de facto* brak substratu zaskarżenia w postępowaniu odwoławczym. Tym samym, pomimo skierowania tego zarzutu do rozpoznania na rozprawie, Izba uwzględniając odpowiednio przepis art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, orzekła o umorzeniu postępowania odwoławczego w zakresie tego zarzutu i powyższe uwzględniła w punkcie 1 lit. c) sentencji.

W konkluzji Izba stwierdza, że w zakresie rozpoznawanym przez Izbę nie stwierdzono naruszenia przepisu art. 16 i art. 17 ust.1 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp oraz art. 353 (1) w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp i art. 433 pkt 3 ustawy Pzp.

Sygn. akt KIO 1964/24

Wnoszący odwołanie, wykonawca Netia (Odwołujący Netia) wskazał na zarzuty w punktach: pkt 1 od a) do b); pkt 2 od a) do c); pkt 3 od a) do i). Te zarzuty Izba oznaczyła odpowiednio jako zarzuty: pkt 1a, pkt 1b, pkt 2a, pkt 2b, pkt 2c, pkt 3a, pkt 3b, pkt 3c, pkt 3d, pkt 3e, pkt 3f, pkt 3g, pkt 3h, pkt 3i.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 21.06.2024 r.) podał, że :

4.uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu z pkt 3b i 3h;

5.częściowo uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutów z pkt 1a, pkt 1b, pkt 2a, pkt 2b, 2c, pkt 3a, pkt 3c, pkt 3d i pkt 3e.

6.nie uwzględnił zarzutu w pozostałym zakresie wnosząc o ich oddalenie.

Odwołujący Netia na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 26 czerwca 2024r. podał, że:

3)w zakresie zarzutu z punktu 3b wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego z uwagi na uwzględnienie żądań wykonawcy;

4)w zakresie zarzutu z pkt 2c i pkt 3d w zakresie nieuwzględnionym przez zamawiającego oświadczył o ich cofnięciu;

5)w zakresie zarzutu z pkt 3f i pkt 3g oraz 3h oświadczył o ich cofnięciu.

W pozostałym zakresie co do zarzutów z punktów: 1a i 1b, 2a i 2b, 3a, 3e oraz 3i oświadczył, że te zarzuty podtrzymuje.

Izba stwierdziła, że Zamawiający w piśmie z dnia 21.06.2024 r. poinformował wykonawców, że na podstawie art. 137 ust. 1 ustawy Pzp dokonuje modyfikacji treści załączników do SWZ. Te zmiany zostały w dniu 21 czerwca 2024 r. skierowane do publikacji na platformie SmartPZP pod adresem: - na której prowadzone jest to postępowanie.

Izba w sentencji wyroku w jego punkcie 1 orzekła o umorzeniu postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów wskazanych w punktach (pkt):

d)pkt 3b;

e)pkt 2c, pkt 3d, pkt 3f i pkt 3g oraz pkt 3h;

c); pkt 1a, pkt 1b, pkt 2a, pkt 2b, pkt 3a, pkt 3c i pkt 3e;

Natomiast - zgodnie z pkt 2 sentencji - w zakresie zarzutu wskazanego w odwołaniu w punkcie 3i - orzekła o jego oddaleniu.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w sentencji w punkcie 1 lit. a) i lit. b) Izba uwzględniła odpowiednio przepis art. 522 ust.1 i ust.3 ustawy Pzp oraz art. 520 ust.1 Pzp.

W przypadku postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie przystąpienia zostały zgłoszone wyłącznie po stronie odwołującego, a w zakresie zarzutów częściowo uwzględnionych w części nieuwzględnionej Odwołujący cofnął zarzuty.

W myśl zatem powołanego art. 522 ust.1 i ust.3 ustawy Pzp:

„1. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

(...)

3. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów”.

W myśl z kolei powołanego art. 520 ust.1: *„Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. W odniesieniu do zarzutów z punktu pkt 3f i pkt 3g oraz 3h wykonawca oświadczył o ich cofnięciu. Stosując zatem odpowiednio przepis art. 520 ust.1 także w zakresie tych zarzutów Izba orzekła o umorzeniu postępowania odwoławczego.*

Izba jednocześnie – podobnie jak w sprawie KIO 1951/24 -uwzględniając modyfikacje wprowadzone do dokumentacji w dniu 21.06.2024 r. stwierdziła, że w zakresie zarzutów wskazanych w sentencji w pkt 1 lit. c) postępowanie odwoławcze podlega również umorzeniu, w tym przypadku na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

W myśl wskazanego art. 568 pkt 2 ustawy Pzp: *„Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: (...) 2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne(...)”*

Uwzględniając zatem powołany przepis Izba uznała, że postępowanie odwoławcze stało się zbędne w związku z wprowadzoną zmianą treści dokumentacji postępowania, co prowadziło do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Dokonanie bowiem prawomocnej czynności zmieniającej sporne postanowienia czyni zarzuty i żądania dotyczące ich zmian, które to zmiany nie w pełni odpowiadają żądaniom przedstawionym w odwołaniu, bezprzedmiotowymi. Sporne bowiem postanowienia stanowiące podstawę do sformułowania zarzutów w odwołaniu wniesionym w dniu 3.06.2024r. przestały istnieć, co powoduje *de facto* brak substratu zaskarżenia w postępowaniu. W sensie prawnym bowiem nie istnieją już postanowienia, których zmiany domaga się w odwołaniu wykonawca. Nowe postanowienia stanowią nowy substrat zaskarżenia. W tym stanie rzeczy zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie w oparciu o art. 568 pkt 2 Pzp. Postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie stało się zbędne.

Wobec powyższych ustaleń Izba skierowała do rozpoznania na rozprawie zarzuty z punktu 3i, który to zarzut nie został uwzględniony przez Zamawiającego oraz, którego nie dotyczy modyfikacja z dnia 21.06.2024 r., i który zostały przez wykonawcę Netia podtrzymany.

Rozpoznając zarzut z punktu 3i) Izba miała na uwadze, że wykonawca Netia podnosząc zarzut naruszenia w zakresie części I, II, III Postępowania art. 99 ust. 1, 2 i 4 oraz art. 16 i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp wskazał na punkt 15.5 Projektu umowy (w zakresie każdej z części - odpowiednio załączniki nr 11a, 11b, 11c), w którym Zamawiający przewidział możliwość wydłużenia Umowy w przypadku przesunięcia harmonogramu wdrożenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub na czas odrębnych umów zawartych przez Zamawiającego w przedmiocie dostawy Urządzeń SD-WAN, „*przy jednoczesnym zachowaniu stawek Opłat Instalacyjnych oraz stawek Wynagrodzenia za Usługi objętych Ofertą Wykonawcy*”. Wniósł o usunięcie w we wskazanych projektach umów w pkt 15.5., sformułowania „*przy jednoczesnym zachowaniu stawek Opłat Instalacyjnych oraz stawek Wynagrodzenia za Usługi objętych Ofertą Wykonawcy*”. Na rozprawie ograniczył żądanie do stawek Opłat Instalacyjnych.

W uzasadnieniu zarzutu wskazał m.in., że (...) *zgodnie z pkt 15.5. okres obowiązywania Umowy może zostać wydłużony o 36 miesięcy, co oznacza, że Wykonawca musi zamrozić stawki za instalację oraz za usługi przez łączny maksymalny okres 74 miesięcy (38 plus 36 miesięcy). Mając na uwadze wysoką inflację, wynikającą w szczególności ze wzrostu kosztów energii elektrycznej, kosztów wynagrodzeń pracowników, kosztów licencji, suportów i dzierżawy infrastruktury etc. tak sformułowane postanowienia przerzucają całość ryzyka inflacji na wykonawcę i mogą doprowadzić do sytuacji, w której realizacja zamówienia okaże się całkowicie nierentowna. Ocena ww. postanowień umowy przez pryzmat odpowiadania sobie świadczeń wzajemnych prowadzi do wniosku, że przerzucenie całego ryzyka wzrostu cen w tak długim okresie stanowi naruszenie równowagi Stron umowy wzajemnej, jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa i zasadami współżycia społecznego”.*

Izba mając na uwadze treść wskazanych przepisów uznała, że argumentacja wykonawcy nie stanowi o naruszeniu art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp. Te przepisy bowiem odnoszą się do przedmiotu zamówienia i określają następujące reguły:

(...) 1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.
(...)

4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów”.

Kwestionowane postanowienie umowy, w sposób precyzyjny definiuje podstawy przedłużenia umowy przy jednoczesnym zachowaniu stawek Opłat Instalacyjnych oraz stawek Wynagrodzenia za Usługi objętych Ofertą Wykonawcy. W tym przypadku naruszenie przepisów Działu VII ustawy Pzp nie jest podnoszone.

Także Odwołujący nie wykazał, aby to postanowienie naruszało zasady według art. 16 i art. 17 ust.1 ustawy Pzp: W myśl tych przepisów bowiem:

„art. 16. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny”.

„Art. 17.1: Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz

2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów”.

Okoliczności podnoszone przez wykonawcę T-Mobile – cytowane powyżej - nie dowodzą takich naruszeń. Izba ponadto, mając na uwadze Postanowienia projektu umowy, nie tylko punktu 15.5, w tym przypadku również pkt 15.3. dla Części I, II i III, zgodziła się z Zamawiającym, że Projekty umów przewidują odrębnie mechanizmy waloryzacyjne. Zgodnie z tym postanowieniem: „W danym przypadku określonym w ust. 15.2 lub ust. 15.4 powyżej Strony dopuszczają możliwość zmiany Umowy, w zakresie terminu, sposobu lub zakresu jego realizacji oraz wysokości wynagrodzenia Wykonawcy”. Tym samym, argumentacja dotycząca przerzucenia ryzyka wzrostu kosztów na wykonawcę nie została wykazana. Zamawiający natomiast wykazywał, że wprowadzenie takiego ograniczenia miało na celu, aby wykonawcy już na etapie składania ofert wycenili stawki Opłat Instalacyjnych oraz Wynagrodzenia za Usługi, co umożliwiła Zamawiającemu realne planowanie budżetu, a także pozwala na uniknięcie ewentualnej inżynierii cenowej po stronie wykonawcy.

W konkluzji Izba stwierdza, że w zakresie rozpoznawanym przez Izbę nie stwierdzono naruszenia przepisu art. 16 i art. 17 ust.1 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp.

Sygn. akt KIO 1980/24

Wnoszący odwołanie, wykonawca Orange (Odwołujący Orange) wskazał na zarzuty w punkcie III w podpunktach: pkt 1 od a) do b); pkt 2 od a) do c); pkt 3 od a) do i). Te zarzuty Izba oznaczyła odpowiednio jako zarzuty: 1a, 1b, 2a, 2b, 2c, 3a, 3b, 3c, 3d, 3e, 3f, 3g, 3h, 3 i.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 21.06.2024 r.) podał, że :

7.uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu z 1 lit. f;

8.częściowo uwzględnił odwołanie co do zarzutu 1 lit. a, 1 lit. c, 1 lit. d, 1 lit. e oraz zarzut 4.

9.nie uwzględnił zarzutu w pozostałym zakresie wnosząc o ich oddalenie.

Odwołujący Orange na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 26.06.2024r. podał, że wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu 1f. W pozostałym zakresie oświadczył, że zarzuty podtrzymuje w całości.

Izba stwierdziła, że Zamawiający w piśmie z dnia 21.06.2024 r. poinformował wykonawców, że na podstawie art. 137 ust. 1 ustawy Pzp dokonuje modyfikacji treści załączników do SWZ. Te zmiany zostały w dniu 21 czerwca 2024 r. skierowane do publikacji na platformie SmartPZP pod adresem: - na której prowadzone jest to postępowanie.

Izba w sentencji wyroku w jego punkcie 1 orzekła o umorzeniu postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów wskazanych w punkcie III podpunktach (ppkt):

a) ppkt 1f;

b) ppkt 1a, ppkt 1b, ppkt 1c, ppkt 1d, ppkt 1e, ppkt 2a oraz ppkt 4.

Natomiast - zgodnie z pkt 2 sentencji - w zakresie zarzutów wskazanych w odwołaniu w podpunktach: ppkt 1g, ppkt 1h, ppkt 2b i ppkt 3a, ppkt 3b, ppkt 3c, ppkt 3d - orzekła o jego oddaleniu.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w sentencji w punkcie 1f) Izba uwzględniła odpowiednio przepis art. 522 ust.1 ustawy Pzp.

W przypadku postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie przystąpienia zostały zgłoszone wyłącznie po stronie odwołującego.

W myśl zatem wskazanego art. 522 ust.1 ustawy Pzp: „1.W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”.

Izba jednocześnie – podobnie jak w sprawie KIO 1951/24 oraz KIO 1964/24 uwzględniając modyfikacje wprowadzone do dokumentacji w dniu 21.06.2024 r. stwierdziła, że w zakresie zarzutów wskazanych w sentencji w pkt 1 lit. b) w zakresie zarzutów z ppkt 1a, ppkt 1b, ppkt 1c, ppkt 1d, ppkt 1e, ppkt 2a oraz ppkt 4 postępowanie odwoławcze podlega również umorzeniu, w tym przypadku na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

W myśl wskazanego art. 568 pkt 2 ustawy Pzp: „Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: (...) 2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się w innej przyczynie zbędne lub niedopuszczalne;(...)

Uwzględniając zatem powołany przepis Izba uznała, że postępowanie odwoławcze stało się zbędne w związku z wprowadzoną zmianą treści dokumentacji postępowania, co prowadziło do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Dokonanie bowiem prawomocnej czynności zmieniającej sporne postanowienia czyni zarzuty i żądania dotyczące ich zmian, które to zmiany nie w pełni odpowiadają żądaniom przedstawionym w odwołaniu, bezprzedmiotowymi. Sporne bowiem postanowienia stanowiące podstawę do sformułowania zarzutów w odwołaniu wniesionym w dniu 3.06.2024r. przestały istnieć, co powoduje *de facto* brak substratu zaskarżenia w postępowaniu. W sensie prawnym bowiem nie istnieją już postanowienia, których zmiany domaga się w odwołaniu wykonawca. Nowe postanowienia stanowią nowy substrat zaskarżenia. W tym stanie rzeczy zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie w oparciu o art. 568 pkt 2 Pzp. Postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie stało się zbędne.

Wobec powyższych ustaleń Izba skierowała do rozpoznania na rozprawie zarzuty wskazane w pkt III podpunktach: ppkt 1g, ppkt 1h, ppkt 2b i ppkt 3a, ppkt 3b, ppkt 3c, ppkt 3d, które to zarzuty nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego oraz, których nie dotyczy modyfikacja z dnia 21.06.2024 r., i które zostały przez wykonawcę Orange podtrzymane.

Rozpoznając zarzut z pkt III ppkt g) Izba miała na uwadze, że podnosząc ten zarzut wykonawca Orange wskazał na naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp wskazując, że: „zastrzeżenie prawa Zamawiającego do skorzystania z Opcji Zmiany Przepustowości, Opcji Nowych Lokalizacji, Opcji Zmiany Kategorii po cenach określonych w ofercie wykonawcy złożonej w postępowaniu - Załącznik 3 do Umowy – Oferta Wykonawcy (Formularz Ofertowy i Formularz Cenowy) (projektowane postanowienia umowy pkt 8.6 – 8.8), (...) nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na realizację takich zamówień w ramach Opcji oraz nie uwzględniający złożoności przedmiotu zamówienia oraz może skutkować brakiem spłaty kosztów inwestycji poniesionych przez wykonawcę w związku z wykonaniem zamówień w ramach Opcji”. Wniósł o „wykreślenie prawa Zamawiającego do skorzystania z Opcji Zmiany Przepustowości, Opcji Nowych Lokalizacji, Opcji Zmiany Kategorii po cenach określonych w ofercie wykonawcy złożonej w postępowaniu - Załącznik 3 do Umowy – Oferta Wykonawcy (Formularz Ofertowy i Formularz Cenowy) (projektowane postanowienia umowy pkt 8.6 – 8.8) (...)

Ta argumentacja nie stanowi o naruszeniu art. 99 ust. 1 Pzp. W myśl wskazanego artykułu:

(...) 1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. (...)

Tak jak podał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, i co nie zostało podważone przez Odwołującego i Uczestnika, opcje są niezbędne dla działalności Zamawiającego i pozwalają dostosować sieć WAN do bieżących potrzeb. Ponadto zakres prac wymaganych wskazano w SWZ i w formularzu ofertowym. Zatem nie jest prawdziwe twierdzenie, że wykonawca nie ma możliwości przewidzieć zakresu prac do wykonania w ramach opcji i z tego powodu miałby ponieść nadmierne koszty. Ponadto Zamawiający przewidział mechanizm, który chroni Wykonawcę przed nadmiernymi kosztami. Zgodnie z pkt 8.16 i 8.17 projektów umów:

„8.16.Skorzystanie przez Zamawiającego z Opcji Nowych Lokalizacji prowadzące do wskazania Nowej Lokalizacji, dla której koszt doprowadzenia Usług i zainstalowania Urządzeń CE przekracza wysokość zryczałtowanej Opłaty Instalacyjnej ograniczonej do trzykrotności miesięcznego wynagrodzenia (abonamentu – Wynagrodzenia za Usługi), co Wykonawca wykaże stosownymi środkami dowodowymi, wymaga zmiany Umowy zgodnie z treścią pkt 15 Umowy lub będzie przedmiotem zamówienia z wolnej ręki udzielanego w trybie art. 388 pkt 2 lit. c PZP.

8.17.Skorzystanie przez Zamawiającego z Opcji Zmiany Kategorii lub Opcji Zmiany Przepustowości, którego koszt (Opłata Instalacyjna) przekracza dwukrotność miesięcznego Wynagrodzenia za Usługi, co Wykonawca wykaże stosownymi środkami dowodowymi, będzie przedmiotem zamówienia z wolnej ręki udzielanego w trybie art. 388 pkt 2 lit. c PZP”.

W konkluzji Izba wskazuje, że prawo opcji jest narzędziem przewidzianym w Prawie zamówień publicznych (art.

31 ust.2 Pzp) oraz dyrektywach unijnych. Ma ono na celu m.in. uelastycznienie warunków realizacji zamówienia publicznego i najczęściej zastrzegane jest – jak wskazuje doktryna i orzecznictwo - ze względu na niepewność co do dysponowania środkami finansowymi pozwalającymi na realizację całej inwestycji lub w celu zabezpieczenia ciągłości świadczenia usług publicznych. Przepisy Pzp (podobnie dyrektywy 2014/24/UE i 2014/25/UE) nie zawierają definicji legalnej „opcji”, ale opierając się na orzecznictwie i doktrynie można przyjąć, że opcja to jednostronne uprawnienie zamawiającego do określenia zakresu świadczeń wykonywanych przez wykonawcę w ramach maksymalnego zakresu przedmiotu umowy wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia. W konsekwencji wykonawcy wskazując w ofercie stawki dla prawa opcji, umożliwiają Zamawiającemu realne planowanie budżetu, a jednocześnie pozwalają na uniknięcie ewentualnej inżynierii cenowej po stronie wykonawcy, który może próbować wykorzystać przewagę negocjacyjną.

Podnosząc zarzut w punkcie III ppkt 1h) wykonawca Orange także wskazał na naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp podnosząc, że: (...) zastrzeżenie, że wykonawca zobowiązany jest do współdziałania ze wskazanym przez Zamawiającego podmiotem odpowiedzialnym za wdrożenie w ramach odrębnej umowy Urządzeń SD-WAN w zakresie umożliwiającym realizację celu i przedmiotu Umowy jakim jest zapewnienie ciągłości świadczenia usług WAN PP, a także uzależnienie zatwierdzenia harmonogramu od realizacji odrębnej umowy związanej z wdrożeniem urządzeń SD-WAN, przy jednoczesnym zaniechaniu określenia zakresu takiej współpracy, zasad współpracy i zwolnienia wykonawcy z odpowiedzialności w przypadku, gdy brak lub niewłaściwa współpraca wpłynąć będzie negatywnie na wykonanie Umowy przez Wykonawcę”. Wniósł o „wykreślenie pkt 3.4 i 3.6. projektowanych postanowień umowy”.

Także ta argumentacja nie stanowi o naruszeniu art. 99 ust. 1 Pzp. Jak już wskazano zgodnie z tym przepisem (...) Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. (...)

Zgodnie z pkt 3.4. Projektu umów (PPU) - tak jak wskazywał Zamawiający „W terminie 5 (pięciu) Dni Roboczych od daty otrzymania Harmonogramu Opiekun Umowy Zamawiającego zatwierdzi Harmonogram albo zgłosi do niego uwagi, w szczególności uwagi związane z harmonogramem realizacji w ramach odrębnej umowy prac związanych z wdrożeniem Urządzeń SDWAN. Wykonawca uwzględni uwagi Zamawiającego i przedstawi Harmonogram do ponownej akceptacji na piśmie albo przedstawi przyczyny nieuwzględnienia uwag w Harmonogramie. Ostateczne brzmienie Harmonogramu musi uzyskać akceptację Opiekuna Umowy Zamawiającego.”

Z kolei zgodnie z pkt 3.6. Projektu umów „Wykonawca zobowiązany jest do współdziałania ze wskazanym przez Zamawiającego podmiotem odpowiedzialnym za wdrożenie w ramach odrębnej umowy Urządzeń SD-WAN w zakresie umożliwiającym realizację celu i przedmiotu Umowy, jakim jest zapewnienie ciągłości świadczenia usług WAN PP.”

Zatem kwestionowane postanowienia Projektów umów dotyczą trybu uzgadniania pomiędzy Stronami szczegółowego harmonogramu realizacji projektu oraz uwzględniają możliwość wpływu na realizację przedmiotowego zamówienia, jaki może być wywarty przez równolegle prowadzony projekt dostawy urządzeń SD-WAN, w oparciu o które zbudowana będzie sieć WAN, jednakże w ramach zatwierdzonego Harmonogramu, który jest kluczowy. Tak jak wskazał Zamawiający i co nie zostało podważone: Zamawiający w procesie uzgodnień harmonogramu będzie musiał brać pod uwagę uwarunkowania związane z wdrożeniem rozwiązania SD-WAN. Komunikacja i współpraca wykonawcy z podmiotem odpowiedzialnym za wdrożenie w ramach odrębnej umowy Urządzeń SD-WAN jest niezbędna dla prawidłowej realizacji także tego Zamówienia. Oba projekty bowiem – jak wskazywał Zamawiający, co również nie było podważane - są ze sobą ściśle powiązane, a ich efektem (niemożliwym do osiągnięcia bez łącznej realizacji obydwu umów) ma być uruchomienie usług dostępu do sieci WAN Poczty Polskiej”.

Tym samym Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, że założenie z góry- jak w żądaniu - że przy uzgodnieniach projektowych nie będą brane pod uwagę istotne okoliczności dotyczące organizacji Zamawiającego, jest z definicji obiektywnie niemożliwe do uwzględnienia. Kwestionowane postanowienie ma w istocie charakter informacyjny, a istotą uzgodnień jest dostosowanie szczegółowego harmonogramu do potrzeb Zamawiającego i możliwości wykonawcy, z uwzględnieniem m.in. równolegle prowadzonych projektów mających wpływ na realizację umowy. Niewątpliwie w procesie uzgodnień harmonogramu Zamawiający - jak podał - będzie musiał brać pod uwagę uwarunkowania związane z wdrożeniem rozwiązania SD-WAN.

Izba także zgodziła się z Zamawiającym, że (...) z punktu widzenia wykonawcy nie powinno mieć znaczenia, czy współdziała w powyższym zakresie z Zamawiającym, czy podmiotem przez Zamawiającego wskazanym. W szczególności, fakt współdziałania z podmiotem innym niż Zamawiający, nie generuje w tym przypadku dodatkowych istotnych obowiązków po stronie wykonawcy. Potrzeba takiej współpracy jest naturalna, bowiem dostawa łączy oraz dostawa urządzeń SD-WAN składają się na jedno rozwiązanie zapewniające Zamawiającemu dostęp do Internetu i realizację zakładanych funkcjonalności. Zakres niezbędnego współdziałania na obecnym etapie nie jest możliwy do przewidzenia – analogicznie, jak nie jest możliwy do ustalenia konkretny zakres wynikający z przepisów prawa obowiązku współdziałania Zamawiającego. Jest oczywiste, że w projektach o tak dużej skali i wartości, jak objęty przedmiotowym zamówieniem, nie jest możliwe precyzyjne opisanie wszelkich działań, które przez cały okres realizacji umowy mają być podejmowane przez Strony. Równocześnie Zamawiający podkreśla, że nadzór i koordynacja realizacji prac Wykonawców spoczywa na Zamawiającym”.

W zakresie zarzutu z pkt III ppkt 2b wykonawca Orange wskazał na naruszenie: art. 99 ust.4 Pzp podnosząc: (...)

dopuszczenie uruchomienia łączów tymczasowych przez wykonawcę wyłącznie po uzyskaniu uprzedniej zgody Zamawiającego, co zarówno uprzywilejowuje w sposób nieuzasadniony wykonawcę obecnie świadczącego usługi u Zamawiającego, który dysponuje już niezbędną infrastrukturą w lokalizacjach Zamawiającego, a nadto przerzuca na wykonawców ryzyko braku zgody Zamawiającego, co wymusza uwzględnienie w przygotowaniu i kalkulacji oferty kosztów związanych z zapewnieniem infrastruktury bez wykorzystania łączów tymczasowych i ryzyk potencjalnych kar umownych z tytułu zwłoki w uruchomieniu usług w lokalizacjach”.

Powołany w zakresie tego zarzutu art. 99 ust.4 Pzp stanowi: „4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów”. Wykonawca wniósł o „dopuszczenie uruchomienia łączów tymczasowych przez wykonawcę na podstawie decyzji wykonawcy”.

Zgodnie z Rozdziałem 3 pkt 1.1, ppkt 4.2. OPZ:

„Dla łączów kategorii T5–T6 Zamawiający dopuszcza uruchomienie łączów tymczasowych, na czas do 3 miesięcy, dla Lokalizacji w których Wykonawca rozpoczął budowę infrastruktury docelowej. W tym czasie dopuszcza się zastosowanie łączów w kategorii niższej, zaakceptowanej przez Zamawiającego lub Zestawów Mobilnych. Zastosowanie Zestawów Mobilnych wymaga uprzedniego uzyskania zgody Zamawiającego, w tym w zakresie wykorzystania w danej Lokalizacji listy dopuszczalnych operatorów infrastrukturalnych sieci ruchomych (4G/5G/LTE).”

Zamawiający zatem – jak podał w odpowiedzi - dopuszcza sytuację, w której wykonawca rozpoczął budowę docelowej infrastruktury, lecz nie będzie w stanie uruchomić usługi w wymaganym terminie. W takiej sytuacji, Zamawiający dopuszcza uruchomienie na pewien czas rozwiązania zastępczego, czyli łączów tymczasowych. Łącza takie co do zasady są wykonywane w oparciu o infrastrukturę o gorszych parametrach, co oznacza ograniczenie jakości usług. Zdaniem Izby wykonawca Orange nie wykazał, aby zastosowanie rozwiązania „tymczasowego”, czyli świadczenie usług o ograniczonej funkcjonalności, za zgodą Zamawiającego naruszało wskazany art. 99 ust.4 ustawy Pzp, a bez jego zgody nie naruszało tego przepisu. W tym przypadku, także odnosząc się do powołanej przez Zamawiającego praktyki w zakresie usług WAN, trudno zakładać nie wyrażenie takiej zgody - możliwości uruchamiania łączów tymczasowych - jeżeli faktycznie w danej lokalizacji wystąpią problemy z zapewnieniem łącza o wymaganych parametrach. Także argumentacja co do tego postanowienia o uprzywilejowaniu w sposób nieuzasadniony wykonawcy obecnie świadczącego usługi u Zamawiającego oraz o przerzuceniu na wykonawcę ryzyka braku zgody Zamawiającego i ryzyk potencjalnych kar umownych z tytułu zwłoki w uruchomieniu usług w lokalizacjach, jest wynikiem subiektywnego przekonania wykonawcy i nie dowodzi naruszenia okoliczności wskazanych art. 99 ust.4 Pzp.

Zarzuty z pkt III ppkt 3 oparte zostały na naruszeniu art. 433 pkt 4 Pzp. Odwołujący Orange wskazał:

„3.Zawarcie w projektowanych postanowieniach umowy niedopuszczalnych postanowień umownych z uwagi na zastrzeżenie możliwości zmniejszania zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wielkości, ani wartości świadczenia stron, poprzez:

a)zastrzeżenie uprawnienia Zamawiającego do jednostronnego zmniejszania liczby lokalizacji - nie więcej niż łącznie 10% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla wszystkich kategorii łączów – T0 oraz T5-T7 – w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji oraz nie więcej niż 40% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla danej kategorii łączów w stosunku do liczby Lokalizacji dla danej kategorii, podanej w Wykazie Kategorii Łączów (projektowane postanowienia umowy pkt 9.1.1), co oznacza, że Wykonawca nie ma pewności, ile usług będzie świadczył i przez jaki okres czasu, co utrudnia oszacowanie kosztów i zakresu świadczenia i ryzyk związanych z realizacją zamówienia, co tym bardziej utrudnia sporządzenie oferty, że wysokość Opłaty Instalacyjnej została sztucznie ograniczona przez Zamawiającego;

b)zastrzeżenie uprawnienia Zamawiającego do jednostronnej rezygnacji z nie więcej niż 40% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji po 31 grudnia 2025 r. , niezależnie od warunków opisanych w innych postanowieniach umowy (projektowane postanowienia umowy pkt 9.1.2), co utrudnia oszacowanie kosztów i zakresu świadczenia i ryzyk związanych z realizacją zamówienia, co tym bardziej utrudnia sporządzenie oferty, że wysokość Opłaty Instalacyjnej została sztucznie ograniczona przez Zamawiającego;

c)zastrzeżenie uprawnienia Zamawiającego do rozwiązania Umowy w całości lub w części z okresem wypowiedzenia 30 dni oraz z możliwością wielokrotnego skorzystania z tego uprawnienia w zakresie wypowiedzenia Umowy w części, w przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązujących skutkujących obowiązkiem Zamawiającego powierzenia całości lub części usług transmisji danych, lub innych usług stanowiących przedmiot Umowy innemu niż Wykonawca podmiotowi lub jednostce lub brakiem możliwości kontynuacji wykonania Umowy na przewidzianych Umową warunkach (projektowane postanowienia umowy pkt 14.11), co oznacza, że Wykonawca nie ma pewności, ile usług będzie świadczył i przez jaki okres czasu, co utrudnia oszacowanie kosztów i zakresu świadczenia i ryzyk związanych z realizacją zamówienia;

d)wprowadzenie w pkt 8.16 i 8.17 projektowanych postanowień umowy oraz w instrukcji wypełniania formularza cenowego

ograniczenia wysokości Opłaty Instalacyjnej, która w przypadku Opcji Nowych Lokalizacji nie może przekroczyć równowartości trzykrotności miesięcznego Wynagrodzenia (abonamentu) za Usługi dla danej Lokalizacji, a we wszystkich pozostałych przypadkach nie może przekroczyć równowartości dwukrotności miesięcznego Wynagrodzenia (abonamentu) za Usługi dla danej Lokalizacji, w sytuacji, gdy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wykonawca w związku z realizacją zamówienia będzie ponosił koszty (m.in. koszty inwestycji, czy zakupu części usług od podwykonawców), a jednocześnie nie będzie miał gwarancji, że wynagrodzenie zapłacone przez Zamawiającego pokryje poniesione koszty z uwagi na limit opłaty instalacyjnej, brak wynagrodzenia w postaci abonamentu w przypadku rezygnacji przez Zamawiającego z części lokalizacji lub rozwiązania przez Zamawiającego Umowy w całości lub w części, także brak możliwości uzyskania dodatkowego wynagrodzenia w przypadku wcześniejszego zakończenia świadczenia usługi (...)

W zakresie zarzutu z ppkt 3a wykonawca Orange wniósł:

✓ o „zastrzeżenie w pkt 9.1.1 PPU uprawnienia Zamawiającego do zmniejszania liczby lokalizacji nie więcej niż łącznie 50 Lokalizacji dla wszystkich kategorii łączy – T0 oraz T5-T7 – w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji z jednoczesnym zobowiązaniem Zamawiającego do korzystania z 70% Lokalizacji dla wszystkich kategorii łączy w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji,

✓ modyfikację pkt 9.3 PPU poprzez wskazanie, że skorzystanie przez Zamawiającego z uprawnienia, o którym mowa w ust. 9.1 nie stanowi dla Wykonawcy podstawy do kierowania wobec Zamawiającego jakichkolwiek roszczeń z tego tytułu, z tym jednak zastrzeżeniem, iż w wyniku realizacji przedmiotowego uprawnienia łączna wartość wynagrodzenia należnego za wykonanie całego przedmiotu Umowy nie może wynosić mniej niż 90% (dziewięćdziesiąt procent) Wartości Umowy.

W zakresie zarzutu z ppkt 3b wykonawca Orange wniósł:

✓ zastrzeżenie - w pkt 9.1.2 PPU -uprawnienia Zamawiającego do zmniejszenia liczby lokalizacji nie więcej niż łącznie 30% Lokalizacji dla wszystkich kategorii łączy – T0 oraz T5-T7 – w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji po 31 grudnia 2025 r., z jednoczesnym zobowiązaniem Zamawiającego do korzystania z 70% Lokalizacji dla wszystkich kategorii łączy w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji” oraz

✓ wprowadzenie postanowienia o uiszczeniu przez Zamawiającego opłaty z tytułu wcześniejszego zakończenia świadczenia usługi w przypadku, gdy Zamawiający zrezygnuje z lokalizacji po 31 grudnia 2025 r.

Powołany przez wykonawcę art. 433 pkt 4 ustawy Pzp stanowi: „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: (...) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Odwolujący kwestionując wskazane postanowienia wskazał w uzasadnieniu na niedozwoloną praktykę, która przewiduje możliwość samodzielnego, jednostronnego decydowania przez Zamawiającego o ograniczeniu zakresu świadczenia w trakcie realizacji zamówienia, jeśli w umowie nie jest wskazana minimalna gwarantowana wielkość lub wartość świadczenia stron.

Taka sytuacja nie wynika z kwestionowanych postanowień. W dokumentacji przetargowej bowiem – jak zwracał uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - wskazano liczbę bazową lokalizacji oraz wartość, o jaką ta liczba może zostać zmniejszona. Tym samym, każdy wykonawca bez trudu może obliczyć rzeczoną minimalną gwarantowaną wielkość świadczenia. Tym samym, mechanizm przewidziany przez Zamawiającego jest zgodny zarówno z prawem, jak i praktyką biznesową”.

Z kolei zaprzestanie pełnienia funkcji operatora wyznaczonego, jest okolicznością całkowicie niezależną od Zamawiającego i w zakresie uprawnienia Zamawiającego, o którym mowa w pkt 9.1.2 Projektów umów, jak wynika z kwestionowanego postanowienia, „w przypadku, kiedy Zamawiający przestanie pełnić rolę operatora wyznaczonego, po 31 grudnia 2025 roku, Zamawiający może zrezygnować z nie więcej niż 40% (czterdziestu procent) Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji, niezależnie od warunków opisanych w powyższych punktach”.

Ponadto zgodnie z pkt 9.1.1. PPU „Zamawiający może zrezygnować z nie więcej niż łącznie 10% (dziesięciu procent) Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla wszystkich kategorii łączy – T0 oraz T5-T7 – w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji oraz nie więcej niż 40% (czterdziestu procent) Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla danej kategorii łączy w stosunku do liczby Lokalizacji dla danej kategorii, podanej w Wykazie Kategorii Łączy.”

W zakresie zarzutu z ppkt 3c wykonawca Orange wniósł o wykreślenie postanowienia 14.11 z PPU, ewentualnie – w przypadku utrzymania powyższego postanowienia, wprowadzenie postanowienia o uiszczeniu przez Zamawiającego opłaty z tytułu rozwiązania przez Zamawiającego Umowy w całości lub w części na podstawie pkt 14.11 Projektów umów.

Izba ponownie wskazuje na powołany przez wykonawcę – także w zakresie tego zarzutu - art. 433 pkt 4 ustawy Pzp w myśl którego: „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: (...) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Wskazany pkt 14.11 PPU stanowi: „W przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego skutkujących obowiązkiem Zamawiającego powierzenia całości lub części usług transmisji danych, lub innych usług stanowiących przedmiot niniejszej Umowy innemu niż Wykonawca podmiotowi lub jednostce lub brakiem możliwości kontynuacji wykonania Umowy na przewidzianych Umową warunkach, Zamawiający ma prawo do rozwiązania Umowy w

całości lub w części. Okres wypowiedzenia wynosi 30 (trzydzieści) dni, a wypowiedzenie jest skuteczne z dniem, na który przypada koniec miesiąca kalendarzowego. Z uprawnienia do wypowiedzenia Umowy w części, o którym mowa w niniejszym ustępie Zamawiający może skorzystać wielokrotnie w takim zakresie, w jakim będzie to konieczne ze względu na potrzebę zastosowania się przez Zamawiającego do obowiązków określonych w przepisach powszechnie obowiązującego prawa po zmianie. Zamawiający zobowiązuje się, że nie będzie korzystać z prawa do wypowiedzenia Umowy w całości lub w części wynikającego z postanowienia niniejszego ustępu wcześniej niż przed upływem 30 (trzydziestu) miesięcy od dnia podpisania Umowy. Z treści tego postanowienia bezspornie wynika, że zakończenie umowy (jej rozwiązaniem) może być spowodowane okolicznościami obiektywnymi, niezależnymi od woli Zamawiającego – skutkiem decyzji ustawodawcy. Ponadto – jak słusznie podkreślał Zamawiający- w zdaniu ostatnim w tym punkcie – wskazano okres (30 miesięcy), który Zamawiający przewidział dla *vacatio legis*, w przypadku ewentualnej zmiany przepisów. Niewątpliwie, jest to okres gwarantowany dla wykonawcy, co oznacza, że minimalny zakres świadczeń został przez Zamawiającego zdefiniowany.

W zakresie zarzutu z ppkt 3d wykonawca Orange wniósł o wykreślenie ograniczenia wysokości opłaty instalacyjnej z pkt 8.16 i 8.17 PPU oraz z instrukcji wypełniania formularza cenowego. Izba ponownie wskazuje na powołany przez wykonawcę – także w zakresie tego zarzutu - art. 433 pkt 4 ustawy Pzp w myśl którego: „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: (...) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Nawiązując do stanowiska Izby w zakresie zarzutu z pkt III ppkt g) i cytowanych powyżej spornych punktów PPU - 8.16 i 8.17 – Izba przede wszystkim stwierdza, że sporne postanowienia odnoszące się do ustalonego limitu opłaty instalacyjnej nie dotyczą zakresu zamówienia. Izba ponadto zgodziła się z Zamawiającym, że takie ograniczenie pozwala na uniknięcie sytuacji, w której wykonawca większość kosztów w kalkuluje w opłatę instalacyjną (którą zamawiający poniesie na etapie wdrożenia) a abonament wyceni bardzo nisko. Wówczas można mówić o ryzyku uzyskania odpowiedniej jakości usług, gdy system kar i bonifikat nie działałby skutecznie, a wykonawca, który większość zakładanego wynagrodzenia otrzymałby niejako „z góry”, nie ponosiłby ryzyka związanego z ewentualnym nienależytym wykonywaniem umowy. Izba zwraca też ponownie uwagę na przewidziany mechanizm przewidziany PP, zgodnie z którym w przypadku konieczności nieprzewidzianego poniesienia przez wykonawcę nadmiernych kosztów, realizacja danego świadczenia nie będzie następowała automatycznie, lecz będzie przedmiotem zamówienia z wolnej ręki w trybie przewidzianym pkt 8.16. i pkt 8.17 PPU, a mianowicie :

- ✓ pkt 8.16.: „Skorzystanie przez Zamawiającego z Opcji Nowych Lokalizacji prowadzące do wskazania Nowej Lokalizacji, dla której koszt doprowadzenia Usług i zainstalowania Urządzeń CE przekracza wysokość zryczałtowanej Opłaty Instalacyjnej ograniczonej do trzykrotności miesięcznego wynagrodzenia (abonamentu – Wynagrodzenia za Usługi), co Wykonawca wykaże stosownymi środkami dowodowymi, wymaga zmiany Umowy zgodnie z treścią pkt 15 Umowy lub będzie przedmiotem zamówienia z wolnej ręki udzielanego w trybie art. 388 pkt 2 lit. c PZP”].
- ✓ pkt 8.17 Projektu umowy „Skorzystanie przez Zamawiającego z Opcji Zmiany Kategorii lub Opcji Zmiany Przepustowości, którego koszt (Opłata Instalacyjna) przekracza dwukrotność miesięcznego Wynagrodzenia za Usługi, co Wykonawca wykaże stosownymi środkami dowodowymi, będzie przedmiotem zamówienia z wolnej ręki udzielanego w trybie art. 388 pkt 2 lit. c PZP”.

W konkluzji Izba stwierdza, że w zakresie rozpoznawanym przez Izbę nie stwierdzono naruszenia przepisu art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp oraz art. 433 pkt 4 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

.....
.....
.....