

Sygn. akt:KIO 2311/24
KIO 2318/24
KIO 2319/24

WYROK

Warszawa, dnia 30 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Katarzyna Paprocka
Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki
Protokolant:Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2024 r. przez wykonawców:

A.T-Mobile Polska S.A. w Warszawie (KIO 2311/24),
B.Orange Polska S.A. w Warszawie (KIO 2318/24),
C.Netia S.A. w Warszawie (KIO 2319/24),

w postępowaniu prowadzonym przez Poczta Polska S.A. w Warszawie

przy udziale uczestników po stronie Odwołującego:

1.w postępowaniu o sygn. akt 2311/24, wykonawców:

A.Netia S.A.,
B.Orange Polska S.A.,

2.w postępowaniu o sygn. akt 2318/24, wykonawców:

A.Netia S.A.,
B.T-Mobile Polska S.A.,

3.w postępowaniu o sygn. akt 2319/24, wykonawców:

A.T-Mobile Polska S.A.,
B.Orange Polska S.A.,

orzeka:

KIO 2311/24

- 1.umarza postępowanie w części, tj. co do zarzutu 2 w zakresie odnoszącym się do Części III;
- 2.uwzględnia odwołanie w części, tj. co do zarzutu 1 w odniesieniu do Części I i III i nakazuje Zamawiającemu:
 - 2.1.unieważnienie dokonanej dnia 21 czerwca 2024 r. modyfikacji treści dokumentów postępowania, w zakresie dotyczącym pkt 2.4. wzorów umów dla Części I i III (Załącznik nr 11a oraz Załącznik nr 11c do SWZ), pkt 14.2.2 wzoru umowy dla Części I (Załącznik nr 11b do SWZ), pkt 14.2.2 wzoru umowy dla Części III (Załącznik nr 11c do SWZ) oraz pkt VI ppkt 1 SWZ w zakresie odnoszącym się do Części I i III;
 - 2.2.modyfikację, wynikającą z pkt 2.4 wzorów umów dla części I i III (Załącznik nr 11a oraz Załącznik nr 11c do SWZ) oraz z Rozdziału VI ppkt 1 SWZ, terminu realizacji Prac Wdrożeniowych przez wykonawcę poprzez wydłużenie go na okres 10 miesięcy od Daty Początkowej, w odniesieniu do Części I i Części III;
 - 2.3.modyfikację, wynikającą z pkt 14.2.2 wzoru umowy dla Części I (Załącznik nr 11a do SWZ), umownego prawa Zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku niepodpisania Częściowych Protokołów Odbioru dla określonej części Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, poprzez wydłużenie terminu przewidzianego na podpisanie Częściowych Protokołów Odbioru na okres 7 (siedmiu) miesięcy od Daty Początkowej;
 - 2.4.modyfikację, wynikającą z pkt 14.2.2 wzoru umowy dla Części III (Załącznik nr 11c do SWZ), umownego prawa Zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku niepodpisania Częściowych Protokołów Odbioru dla określonej części Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, poprzez wydłużenie terminu przewidzianego na podpisanie Częściowych Protokołów Odbioru na okres 8 (ośmiu) miesięcy od Daty Początkowej oraz zmniejszenie udziału Lokalizacji, dla których istnieje ten wymóg do 30%;
- 3.w pozostałym zakresie oddala odwołanie;
- 4.kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i Odwołującego w stosunku 2/3 i:
 - 4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy

złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

- 4.2.zasądza od Zamawiającego, Poczta Polska S.A. w Warszawie na rzecz Odwołującego, T-Mobile Polska S.A. w Warszawie, kwotę 12 400 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy czterysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO 2318/24

- 1.umarza postępowanie w części, tj. co do zarzutu 2b;
- 2.uwzględnia odwołanie w części, tj. co do zarzutu 1 oraz zarzutu 2c i nakazuje Zamawiającemu:
 - 2.1.unieważnienie dokonanej dnia 21 czerwca 2024 r. modyfikacji dokumentów zamówienia w zakresie wskazanym w pkt 2.1. sentencji wyroku w sprawie KIO 2311/24, a ponadto w zakresie dotyczącym pkt 2.4. wzoru umowy dla Części II (Załącznik nr 11b do SWZ) oraz pkt VI ppkt 1 SWZ w zakresie odnoszącym się do Części II;
 - 2.2.modyfikację treści dokumentów zamówienia w zakresie i w sposób wskazany w pkt 2.2., 2.3. i 2.4. sentencji wyroku w sprawie KIO 2311/24, a ponadto, wynikającego z pkt 2.4 wzoru umowy dla Części II (Załącznik nr 11b) oraz z Rozdziału VI ppkt 1 SWZ, terminu realizacji Prac Wdrożeniowych przez Wykonawcę, poprzez wydłużenie go na okres 10 miesięcy od Daty Początkowej, w odniesieniu do Części II;
- 3.w pozostałym zakresie oddala odwołanie;
- 4.kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i Odwołującego w stosunku 1/5 i:
 - 4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Orange Polska S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 4.2.zasądza od Zamawiającego, Poczta Polska S.A. w Warszawie na rzecz Odwołującego, Orange Polska S.A. w Warszawie, kwotę 3 720 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset dwadzieścia złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

KIO 2319/24

- 1.umarza postępowanie w części, tj. co do zarzutu 2b;
- 2.uwzględnia odwołanie w części, tj. co do zarzutu 1 oraz nakazuje Zamawiającemu unieważnienie modyfikacji treści dokumentów postępowania, w zakresie dotyczącym pkt 2.4. wzorów umów dla Części I, II i III (Załącznik nr 11a, Załącznik nr 11b oraz Załącznik nr 11c do SWZ) oraz pkt VI ppkt 1 SWZ w zakresie odnoszącym się do Części I, II i III;
- 3.modyfikację, wynikającego z pkt 2.4 wzorów umów dla części I, II i III (Załącznik nr 11a, Załącznik nr 11b oraz Załącznik nr 11c do SWZ) oraz z Rozdziału VI ppkt 1 SWZ, terminu realizacji Prac Wdrożeniowych przez wykonawcę, poprzez wydłużenie go na okres 10 miesięcy od Daty Początkowej, w odniesieniu do Części I, II i Części III;
- 4.w pozostałym zakresie oddala odwołanie;
- 5.kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i Odwołującego w stosunku 2/7 i:
 - 5.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Netia S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 5.2.zasądza od Zamawiającego, Poczta Polska S.A. w Warszawie na rzecz Odwołującego, Netia S.A. w Warszawie, kwotę 5 315 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy trzysta piętnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Poczta Polska S.A. w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „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 zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 maja 2024 r., pod nr: 2024/S 100-308588. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

KIO 2311/24

W dniu 1 lipca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy T-Mobile Polska S.A. od czynności modyfikacji dokumentów zamówienia, dokonanych przez Zamawiającego dnia 21 czerwca 2024 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz.

1605 ze zm., dalej jako „PZP”) w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP w zw. z art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 PZP poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy w sposób uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, nadmierny, naruszający zasady współzycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń w zakresie, w jakim:

1.1.Zamawiający w Rozdziale VI ust. 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) oraz pkt 2.4. Umowy przewidział termin realizacji wdrożenia w Części I oraz III, tj. termin „od Daty Początkowej przez okres 7 (słownie: siedmiu) miesięcy”;

1.2w pkt 14.2.2 umowy w odniesieniu do Części I-III wskazano, że Zamawiający ma możliwość odstąpienia od Umowy w przypadku:

- niepodpisania Częściowych Protokołów Odbioru w terminie 4 miesięcy od Daty Początkowej dla co najmniej 40% Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – co do Części I oraz
- niepodpisania Częściowych Protokołów Odbioru w terminie 4 miesięcy od Daty Początkowej dla co najmniej 50% Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – co do Części II oraz
- niepodpisania Częściowych Protokołów Odbioru w terminie 5 miesięcy od Daty Początkowej dla co najmniej 50% Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – co do Części III;

2.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 wskazał, 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.” (Rozdział 1 ust. 1.2 pkt 2 OPZ), oraz 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.” (Rozdział 1 ust. 1.3 pkt 5 OPZ).

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia modyfikacji dokumentów zamówienia dokonanej dnia 21 czerwca 2024 r. oraz wprowadzenia zmian w sposób uwzględniający argumentację odwołania, tj. poprzez:

1.modyfikację terminu realizacji wdrożenia określonego w Częściach I i III w następujący sposób:

1.1.Cześć 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. (...)” – pkt 2.4 Umowy;

1.2.Cześć 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. (...)” – pkt 2.4 Umowy;

1.3. Dokonanie analogicznej modyfikacji Rozdziału VI ust. 1 SWZ w odniesieniu do Części I i III;

2. 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;

3. wykreślenie Rozdziału 1 ust. 1.2 pkt 2 OPZ oraz Rozdziału 1 ust. 1.5 pkt 5 OPZ

Jak uzasadnił w odwołaniu, ustalony termin 7 miesięcy od Daty Początkowej na wykonanie Prac Wdrożeniowych jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, w stopniu ograniczającym, czy też eliminującym konkurencję w postępowaniu, bowiem przewidziany 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 usługi. Jak wskazał, niezależnie od tego, w której technologii – kablowej czy radiowej – wykonawca ma świadczyć usługi w celu transmisji danych, operator telekomunikacyjny potrzebuje okresu przygotowawczego w celu realizacji prac niezbędnych do świadczenia wymienionych usług. W tym okresie należy: podjąć działania mające na celu wydzierżawienie lub zestawienie łączy, wystąpić o stosowne pozwolenia i zezwolenia, stworzyć i uzgodnić dokumentację, przeprowadzić prace budowlane, uzyskać pozwolenia lub zgody, pozyskać urządzenia. W szczególności, przepisy prawa administracyjnego przewidują co do zasady 30-dniowy termin zobowiązujący do oczekiwania, z możliwości wydłużenia. Odwołujący podkreśla, że nie jest możliwe podejmowanie przez Wykonawcę jakichkolwiek inwestycji przed zawarciem umowy. Co więcej, jak wyjaśnił Odwołujący, w pkt 3.5 umowy Zamawiający wskazał, że „po akceptacji Harmonogramu Wykonawca przystąpi do faktycznej realizacji Prac Wdrożeniowych”, co – biorąc pod uwagę obowiązek przygotowania Harmonogramu w terminie 60 dni, który następnie będzie podlegał uzgodnieniom z Zamawiającym – de facto skraca czas na wykonanie prac wdrożeniowych do niecałych 4 miesięcy, zaś w Części I usługi mają być wdrażane w ponad 530 lokalizacjach, w Części II w ponad 100 lokalizacjach, a Część III obejmuje 4664 lokalizacji. Biorąc pod uwagę, że stosownie do pkt 14.2.2. umowy, Zamawiającemu przysługuje umowne prawo odstąpienia od umowy w przypadku niepodpisania w określonym terminie wskazanej ilości – 40/50% (w zależności od Części) – protokołów odbioru w ramach poszczególnych części zamówienia, wykonawca ma ok. 2 miesiące na wdrożenie usług w tym zakresie. Wg Odwołującego, oznacza to, że np. w Części III w terminie ok. 2,5 - 3 miesięcy (w zależności od tego czy Zamawiający zgłosi uwagi do harmonogramu wynikające np. z wdrożenia SD-WAN – co jest wysoce prawdopodobne) wykonawca powinien wdrożyć usługi dla ponad 2000 lokalizacji, co jest terminem oderwanym od rzeczywistości. Podkreślił przy tym, iż niniejsze postępowanie jest jednym z największych postępowań na usługi transmisji danych w Polsce – zaś „terminy na ukończenie Prac Wdrożeniowych zostały określone w sposób odpowiadający zamówieniom na kilkanaście lokalizacji.” Wg T-Mobile Polska S.A. (dalej: „T-Mobile”), problemu nie rozwiąże zastosowanie rozwiązań tymczasowych, gdyż ich zastosowanie również wymaga odpowiedniego przygotowania, jak również podnosi cenę oferty (wykonawca musi przewidzieć i wycenić dwa rozwiązania). W efekcie, zdaniem Odwołującego, zasadne jest wydłużenie terminów na wykonanie Prac Wdrożeniowych w Części I do 10 miesięcy, natomiast w Części III obejmującej 4664 lokalizacji – do 14 miesięcy. Jego zdaniem, 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. W odniesieniu do drugiego z zarzutów, dotyczącego wykorzystania infrastruktury innych operatorów – „ostatnia mila”, Odwołujący podniósł, iż sformułowane przez Zamawiającego postanowienia, w tym dotyczące składania ofert częściowych, uniemożliwiają dokonanie przez wykonawcę wyceny przedmiotu zamówienia, bowiem składając ofertę wykonawca nie ma wiedzy, któremu z operatorów, w tym temu wykonawcy, zostanie udzielone zamówienie w Części I, II i III, tj. w części, która będzie dla wykonawcy istotna w zakresie możliwości wykorzystania infrastruktury innego podmiotu, z zastrzeżeniem wyłączenia współdzielenia elementów infrastruktury na odcinku „ostatniej mili”. W związku z tym, zdaniem Odwołującego, zasadne jest wykreślenie Rozdziału 1 ust. 1.2 pkt 2 OPZ oraz Rozdziału 1 pkt 1.3 pkt 5 OPZ.

Na rozprawie, dnia 24 lipca 2024 r., dodał, że Zamawiający nie wskazuje na obiektywne potrzeby dot. tak krótkiego terminu, powołuje się wyłącznie na inne zamówienie, zaś zapewnienie ciągłości postępowania – w sytuacji gdy postępowanie zostało wszczęte za późno przez Zamawiającego – nie stanowi obiektywnej przesłanki. Nadto, stwierdził, że wymóg rozdzielania łączy w Części II jest uzasadniony, ale jest inny sposób na uniknięcie ryzyka wskazywanego przez Zamawiającego, np. wybór wykonawcy na łącze podstawowe i dopiero potem wybór wykonawcy na łącza zapasowe. Wykonawcy nie mogą dogadać się między sobą, bo byłaby jego zdaniem to zмова przetargowa. Wskazał też, że zamówienie podzielone jest na części, w związku z tym Zamawiający mógłby ustalić inne terminy składania ofert na części.

W odpowiedzi z dnia 15 lipca 2024 r. na odwołanie, Zamawiający:

1. częściowo uwzględnił zarzut nr 2, w związku z tym wykreślił z Załącznika nr 3 (OPZ) z Rozdziału 1 pkt. 1.3 ppkt 5 wymaganie, żeby łącza T5 w części III były 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;

2. wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Wyjaśnił, iż zarzuty dotyczące terminów wdrożenia (uruchomienia Usług WAN), są podnoszone przez trzech odwołujących, przy czym każdy z nich ma inne oczekiwania w tym zakresie. Dodał, że zarzuty te były już podnoszone i w ich konsekwencji Zamawiający przedłużył omawiany termin z 6 na 7 miesięcy oraz, że Odwołujący operator pomija przedstawioną przez Zamawiającego w poprzednim postępowaniu odwoławczym argumentację, w której Zamawiający wykazał, że z praktyki dotychczas realizowanych podobnych zamówień wynika, że omawiany termin jest całkowicie realny. Stwierdził, że „wdrożenie (uruchomienie usług) w ramach obecnie obowiązującej umowy nr K0076484 z dnia 25 marca 2019 r., trwało 8 miesięcy od dnia jej zawarcia, tj. od 25 marca 2019 r. do 30 listopada 2019 r. Obecne Postępowanie prowadzone jest w innej formule i w tym postępowaniu wykonawcy dostarczają tylko łącza. Nie uruchamiają usługi transmisji danych jako takiej i nie dostarczają, nie instalują i nie uruchamiają urządzeń, które dostarczane będą w odrębnym postępowaniu. Dodatkowo obecny przetarg podzielony jest na 3 Części i Zamawiający oczekuje przynajmniej dwóch Wykonawców. Łącznie do uruchomienia jest 5312 łączy (Część I - 536, Część II - 112, Część III - 4664 (łącza do Internetu) a nie ponad 9580 jak dotychczas. Skoro więc zakres prac w poprzedniej umowie był znacznie szerszy, a wystarczającym terminem uruchomienia usług było 8 miesięcy, Zamawiający nie widzi powodu, dla którego należy wydłużyć termin wdrożenia zgodnie z żądaniem Odwołującego.” W odniesieniu do żądania zmiany postanowień pkt 14.2.2 umowy dotyczących prawa do odstąpienia przez Zamawiającego od umowy, Zamawiający podkreślił, iż brak realizacji istotnej części umowy w uzgodnionych terminach oznacza, 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, a w efekcie odstąpienie od umowy. Wyjaśnił przy tym, iż „W dużej części lokalizacji każdy z Wykonawców posiada własną infrastrukturę lub ma możliwość wykorzystania istniejących łączy innych operatorów. Równocześnie, z wyłączeniem Lokalizacji T-0 to Wykonawca decyduje o tym, które Lokalizacje będzie uruchamiał w pierwszej kolejności, co oznacza, że możliwy jest taki ich dobór, by istotna część została uruchomiona w wymaganym terminie. Zamawiającemu zależy na tym, by łącza uruchamiane były sukcesywnie i by w toku realizacji Umowy widoczny był realny postęp.” W odniesieniu do zarzutu drugiego, w części nieuwzględnionej, tj. dotyczącej Części II podał, że nie może zgodzić się na postulowaną rezygnację z zakazu współdzielenia elementów infrastruktury na potrzeby realizacji tych części, bowiem ryzyka związane ze współdzieloną infrastrukturą (awaria jednego elementu infrastruktury jednocześnie zakłóci inny) są zbyt istotne i brak kwestionowanego zabezpieczenia mógłby narazić Zamawiającego na znaczne straty (brak zapewnienia ciągłości świadczenia usług). „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.”

Na rozprawie Zamawiający ustosunkowując się do twierdzeń T-Mobile dodał, że obecnie zawarta została umowa pomostowa żeby umożliwić świadczenie usługi w okresie przygotowania do realizacji zamówienia. Termin kwestionowany przez Odwołujących wynika właśnie stąd, by zapewnić ciągłość realizacji usługi WAN. W kwestii podnoszonych przez Odwołujących okoliczności niezależnych od wykonawców w postaci terminów administracyjnych wydłużających czas prac wdrożeniowych - zdaniem Zamawiającego, sankcje w postaci kar umownych oraz możliwości odstąpienia przez Zamawiającego – to są sankcje oparte na zasadzie winy, obawy wykonawców są zatem nieuzasadnione. Według Zamawiającego skala zamówienia jest podobna do poprzedniego zamówienia – tj. lista (zakres i liczba) lokalizacji jest taka sama. Zatem, można w istotnym zakresie przewidzieć zakres prac i kosztów. Wykonawcy wiedzą kto w jakiej lokalizacji dysponuje jaką infrastrukturą. Termin 1 miesiąca jest potrzebny na uruchomienie urządzeń SD-WAN dostarczanych w odrębnym zamówieniu. Zdaniem Odwołującego, termin 7-miesięcy jest dogodniejszy przez wyłączenie dostawy urządzeń SD-WAN do osobnego zamówienia. Zakres prac w tamtym postępowaniu był większy, bez względu na to czy były to łącza LTE, trzeba było uruchomić 9 tys. łączy. Jego zdaniem, dowody T-Mobile pokazują ogólne zjawiska co do pozyskiwania pozwoleń, warunków innych zamówień. Zakwestionował, by usługi dotyczyły w całości budowy łączy, jego zdaniem w tym wypadku mamy do czynienia z zamówieniem na usługi dot. łączy już doprowadzonych, z pewnymi wyjątkami (np. wymiany łączy miedzianego na światłowodowe – które będzie mogło iść tą samą drogą). To jest inny przypadek niż ten, na który przedstawiane są dowody. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie przedstawili konkretnych problemów dot. konkretnych lokalizacji Zamawiającego. Zamawiający zaprzeczył, że przystąpić do prac można dopiero po ustaleniu Harmonogramu, który należy przygotować w ciągu 60 dni. Umowa nie wyklucza prac przygotowawczych, ustaleń itd. przed przystąpieniem do realizacji. Wykonawca może uruchamiać łącza już w czasie przygotowywania Harmonogramu.

Do postępowania przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosili wykonawcy Netia S.A. oraz Orange Polska S.A., wnosząc o uwzględnienie odwołania.

KIO 2318/24

W dniu 1 lipca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Orange Polska S.A. (dalej: „Orange”) w zakresie dotyczącym czynności modyfikacji treści dokumentów zamówienia w postępowaniu.

Ww. czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1.art. 99 ust. 1 i 4 PZP na skutek modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia prowadzącej do tego, że opis przedmiotu zamówienia jest niewyczerpujący, niejednoznaczny i nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a ponadto może utrudniać uczciwą konkurencję z tego powodu, że uprzywilejowuje w sposób nieuzasadniony wykonawcę obecnie świadczącego usługi u Zamawiającego, poprzez wydłużenie terminu realizacji Prac Wdrożeniowych wskazanego w pkt 2.4. Projektu umowy dla części I, II i III w zdaniu trzecim i pkt VI ppkt. 1 SWZ o 1 miesiąc, tj. z 6 do 7 miesięcy od Daty Początkowej, który jest terminem zbyt krótkim i niewystarczającym na wykonanie Prac Wdrożeniowych i uruchomienie usług, i który nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na terminy realizacji przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia złożoności przedmiotu zamówienia oraz wydłużonych terminów dostaw sprzętu, a ponadto uprzywilejowuje w sposób nieuzasadniony wykonawcę obecnie świadczącego usługi u Zamawiającego, który będzie musiał prace wdrożeniowe wykonać tylko w ograniczonym zakresie, co utrudnia wykonawcy sporządzenie oferty, w tym skalkulowanie ceny ofert;
- 2.art. 99 ust. 1 PZP na skutek modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia prowadzącej do tego, że opis przedmiotu zamówienia jest niewyczerpujący, niejednoznaczny i nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, poprzez:
 - a)zmianę w punkcie 3.3 Projektu umowy dla części I, II i III dotyczącego sporządzenia przez wykonawcę Harmonogramu, polegającą wyłącznie na zastąpieniu pierwotnego postanowienia nowym brzmieniem – co bez jednoczesnego wydłużenia terminu na dostarczenie Zamawiającemu Harmonogramu nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia oraz nie uwzględnia złożoności przedmiotu zamówienia;
 - b)zmianę postanowienia punktu 1.2 podpunkt 23 w Rozdziale 1 OPZ skutkującą sprzecznością tego postanowienia, gdyż Zamawiający określił termin uruchomienia funkcjonalności dotyczących Raportów Systemu Monitorowania na 6 miesięcy od dnia podpisania umowy, a jednocześnie wymaga odbioru działającego Systemu Monitorowania w 4 miesiące od podpisania umowy, który to System ma potwierdzać prawidłowość wykonanego wdrożenia usług w każdej lokalizacji – co oznacza, że zmiana nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na terminy realizacji przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia złożoności przedmiotu zamówienia;
 - c)zmianę postanowienia 14.2.2 Projektu umowy dla Części I i III przewidujących sankcje w postaci odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w przypadku niepodpisania Częściowych Protokołów Odbioru wskazanej liczby Lokalizacji we wskazanym terminie, poprzez zmniejszenie w Części I liczby Lokalizacji do 40% (z pierwotnych 50%), dla których niepodpisanie Częściowych Protokołów Odbioru w terminie 4 miesięcy od Daty Początkowej stanowi podstawę odstąpienia od umowy oraz zmianę w Części III terminu niepodpisania Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 50% Lokalizacji na 5 miesięcy (z pierwotnych 4 miesięcy), co stanowi podstawę odstąpienia od umowy - co oznacza, że wykonawca musi wykonać Prace Wdrożeniowe wcześniej, niż termin zakończenia wskazany w pkt 2.4. Projektu umowy (7 miesięcy po modyfikacji tego postanowienia), co jest okresem nie uwzględniającym wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na terminy realizacji przedmiotu zamówienia, nie uwzględniającym złożoności przedmiotu zamówienia;
 - d)zmianę punktu 8.11 Projektu umowy dla Części I, II i III poprzez wskazanie, że Zamawiający może skorzystać z Opcji każdego rodzaju w całym okresie obowiązywania Umowy, z tym zastrzeżeniem, iż oświadczenie o skorzystaniu z Opcji może zostać złożone nie później niż na 6 miesięcy przed zakończeniem obowiązywania Umowy, co – z uwagi na fakt, że zamówienia w ramach Opcji mają być realizowane na takich samych warunkach jak zamówienie podstawowe – nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji takich zamówienia oraz nie uwzględnia złożoności przedmiotu zamówienia oraz może skutkować brakiem spłaty kosztów inwestycji poniesionych przez wykonawcę we wskazanym 6-miesięcznym okresie;
- 3.art. 137 ust. 6 PZP poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o czas niewystarczający do zapoznania się ze zmianami treści specyfikacji warunków zamówienia, które są istotne dla sporządzenia oferty i wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Orange wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby dokonał następujących zmian w dokumentach zamówienia:

- 1) wskazanie terminu na uruchomienie usługi (Prace Wdrożeniowe) wynoszącego 16 miesięcy od Daty Początkowej (projektowane postanowienia umowy pkt 2.4),
- 2) odpowiednio:
 - a) 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);
 - b) 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);
 - c) wykreślenie wymagania podpisania Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 40% 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 40% (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 40% 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 40% (pięćdziesięciu procent) Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (projektowane postanowienia umowy pkt 14.2.2);
 - d) 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),
- 3) przedłużenie terminu składania ofert do dnia 8 sierpnia 2024 r.

Odwolujący podniósł, że termin wykonania Prac Wdrożeniowych – 7 miesięcy od Daty Początkowej – jest tożsamy dla każdej z trzech Części zamówienia bez względu na liczbę lokalizacji w danej części i jako taki jest terminem zbyt krótkim i niewystarczającym na wykonanie Prac Wdrożeniowych i uruchomienie usług. W ocenie Odwołującego najkrótszym możliwym terminem wykonania tych działań jest termin wynoszący 120 dni od Daty Początkowej. Wyjaśnił, iż na proces wdrożenia usług kluczowy wpływ mają: opracowanie i przekazanie Zamawiającemu harmonogramu wdrożenia oraz dokumentacji, wdrożenie systemu monitorowania w terminie 4 miesiące od daty zawarcia umowy (Zamawiający wymaga, aby za pośrednictwem systemu monitorowania wykonawca potwierdzał prawidłowość wykonanego wdrożenia usługi w każdej z lokalizacji), konieczność budowy własnej infrastruktury kablowej do danych lokalizacji Zamawiającego, albo konieczność przeprowadzenia procesu wydzierżawienia istniejącej już w danej lokalizacji Zamawiającego infrastruktury telekomunikacyjnej. Odwołujący zwrócił przy tym uwagę na – istotny jego zdaniem fakt – że w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi WAN, Zamawiający nie tylko wyznaczył dłuższy termin wdrożenia usługi, ale także określił znacząco niższe (4-5 razy) wymagania dotyczące prędkości łączy poszczególnych kategorii. Podkreślił również, że istniejąca infrastruktura nie będzie mogła być wykorzystana przez wykonawców do wykonania zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem, bowiem w większości oparta jest na innej technologii, zatem wykonawca będzie musiał zbudować łącza optyczne (światłowodowe) lub radiowe, a co za tym idzie, przed rozpoczęciem budowy: wystąpić o stosowne pozwolenia i zezwolenia (przy czym przepisy prawa administracyjnego, przewidują co do zasady 30 dniowy termin udzielenia odpowiedzi, z możliwością jego wydłużenia, nadto 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, a czasem nawet o rok, zaś w przypadku prac ziemnych w terenie, pozyskanie zgód formalno-prawnych może wydłużyć budowę minimum o 210 dni, to samo dotyczy się konieczności uzyskania pozwoleń wodno-prawnych, uzgodnień z Lasami Państwowymi, z właścicielami działek prywatnych, ze spółkami związanymi z PKP), co więcej w opinii Odwołującego, część nieruchomości, na których będzie realizowana inwestycja, może mieć nieuregulowany stan prawny, 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. Z kolei, możliwość skorzystania z sieci lokalnej, tj. wydzierżawienia łączy od lokalnych operatorów, jest bardzo ograniczona i również czasochłonna. Nadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że nie jest możliwe podejmowanie przez Wykonawcę jakichkolwiek inwestycji, czy też rozpoczynanie procesu zakupowego niezbędnego sprzętu przed zawarciem umowy. Zdaniem Orange, niemożliwe jest również dotrzymanie 60-dniowego terminu dostarczenia Harmonogramu – zawierającego proces uruchomienia Systemu Monitorowania i łączy oraz opisy i procedury przełączania Usług dla poszczególnych Lokalizacji, bowiem jego przygotowanie wymaga przeprowadzenia

wizji lokalnej w każdej z ponad 5 tysięcy 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 lokalizacji. Odwołujący Orange podkreślił również brak możliwości dotrzymania ustalonych terminów dostarczenia Systemu Monitorowania oraz podpisania minimalnej części częściowych protokołów odbiorów, wskazując na następujące argumenty. Jego zdaniem, 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 odpowiednio 40% lokalizacji - Część I zamówienia i 50% lokalizacji - Część III zamówienia. Nie ma ponadto, jego zdaniem, 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). W odwołaniu stwierdził również, że faktyczny okres wdrożenia (tj. budowy sieci do lokalizacji Zamawiającego, instalowania usług w placówkach, czyli wszelkich prac instalacyjnych) będzie wynosił mniej niż 4 miesiące. W ocenie Odwołującego najkrótszym możliwym terminem wykonania wdrożenia Systemu Monitorowania jest termin wynoszący 6 miesięcy od Daty Początkowej, zaś podpisanie Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 40% w Lokalizacji w Części I i 50% Lokalizacji w Części III może nastąpić nie wcześniej niż przed upływem 12 miesięcy do Daty Początkowej. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego terminu skorzystania przez Zamawiającego z Opcji, Orange wskazał, iż termin ten jest niewystarczający, bowiem oznacza z dużym prawdopodobieństwem, że wykonawca nie będzie miał możliwości uruchomienia usług w tym terminie. Jest tak dlatego – jak wyjaśnił Orange – że 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. W takim przypadku, niemożliwe będzie również zrealizowanie przez wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji w terminie 60 dni od dnia złożenia oświadczenia. Na koniec wskazał, iż Zamawiający dokonał szeregu zmian treści SWZ mających wpływ na sporządzenie oferty, zaś termin składania ofert przedłużył do dnia 8 lipca 2024 r., co nie uwzględnia złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty.

Na rozprawie, dnia 24 lipca 2024 r., podniósł ponadto, że jego zdaniem 7 miesięcy wymagane jest tylko na czynności przygotowawcze. Wskazał, że nawet jeśli w 70% Lokalizacji istnieje infrastruktura miedziana to nie znaczy, że będzie możliwe jej wykorzystanie w związku z przewidzianymi przez Zamawiającego parametrami. Nadto, przejście z miedzi na światłowód wymaga robót ziemnych. Według Odwołującego brak jest kabli w ok. 2500 lokalizacji. Zwrócił uwagę na problem z przygotowaniem harmonogramu w tak krótkim terminie bez informacji źródłowych, np. związanych z wykorzystaniem istniejących łączy i dodał, że harmonogram przewiduje też konkretne informacje. Orange w swoim stanowisku podkreślił, że jest to trzecie postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia w kolejności. Drugie postępowanie zostało unieważnione ze względu na duże przekroczenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia jaką oferowała tylko jedna oferta. W obecnym postępowaniu, jak twierdzi, mamy te same warunki techniczne i wymagania. Kwestionowane postanowienia dokumentacji uderzają jego zdaniem tylko w wykonawcę. Podkreślił, że jest masa czynników, na które wykonawcy nie mają wpływu. Zwrócił też uwagę na OPZpkt 1.2 i zawarte tam wymaganie dostawy sprzętu na dużą skalę. Nadto, w odniesieniu do zarzutu dotyczącego wdrożenia Systemu Monitorowania wyjaśnił, iż żeby System działał nie można uruchamiać pojedynczych modułów, więc skoro wykonawca ma oddać jeden moduł, to jednocześnie musi stworzyć cały system i wszystkie moduły.

W odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający – Poczta Polska S.A. – wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odniesieniu do pierwszego zarzutu wskazał, iż: „obecnie realizowana umowa nr K0076484 z dnia 25 marca 2019 r. na świadczenie usług WAN, do której nawiązuje Odwołujący, ma dużo szerszy zakres, bowiem obejmuje ponad 4.790 lokalizacji, a każda lokalizacja posiada łącze podstawowe i zapasowe, co daje ponad 9.580 łączy. Umowa jest świadczona w formie usługowej i Wykonawca w trakcie wdrożenia musiał, oprócz uruchomienia łączy, skonfigurować i zainstalować routery CE w każdej lokalizacji. Wdrożenie w tym wypadku trwało 8 miesięcy od dnia jej zawarcia, tj. od 25 marca 2019 r. do 30 listopada 2019 r. Obecne Postępowanie prowadzone jest w innej formule i w tym postępowaniu wykonawcy dostarczają tylko łącza. Nie uruchamiają usługi transmisji danych jako takiej i nie dostarczają, nie instalują i nie uruchamiają urządzeń, które dostarczane będą w odrębnym postępowaniu. (...) Łącznie do uruchomienia jest 5.312 łączy (Część I - 536, Część II - 112, Część III – 4.664 (łącza do Internetu) (...)). Skoro więc zakres prac w przywoływanej przez Odwołującego umowie był znacznie szerszy, a wystarczającym terminem uruchomienia usług było 8 miesięcy, Zamawiający nie widzi powodu, dla którego należy wydłużyć termin wdrożenia, w szczególności aż do 16 miesięcy.” Jednocześnie, Zamawiający zwrócił uwagę, że każdy z trzech Odwołujących przedstawia ten sam zarzut, lecz różne żądania. „Odwołujący T-mobile nie domaga się w ogóle zmiany terminu uruchomienia usług dla Części II, dla Części III domaga się przedłużenia terminu do

14 miesięcy, a dla części I do 10 miesięcy. Odwołujący Netia natomiast nie domaga się w ogóle przedłużenia terminu uruchomienia dla Części III, a dla Części I i II domaga się przedłużenia do 8 miesięcy, czyli zaledwie o 1 miesiąc.” Stąd, wg Zamawiającego, żądania Odwołujących są wynikiem różnych podejść do realizacji umowy oraz do oceny ryzyk projektowych, a nie są podyktowane rzeczywistą niemożnością wykonania prac w terminie przewidzianym przez Zamawiającego. W odniesieniu do konieczności wydłużenia terminu na dostarczenie Harmonogramu do 4 miesięcy od Daty Początkowej, Zamawiający wskazał, iż: „przyczyną żądania może być błędna interpretacja charakteru harmonogramu opisanego w pkt 3.3. Projektów umów. Chodzi tu bowiem o harmonogram ramowy, który nie wymaga dokładnego rozpisywania instalacji dla poszczególnych lokalizacji. Tak precyzyjnemu określeniu zakresu prac służy harmonogram miesięczny, który będzie opracowywany w innym trybie. Ramowy zakres Harmonogramu wynika choćby z porównania definicji Harmonogramu i Harmonogramu Miesięcznego.” Z kolei, w odniesieniu do kwestii wydłużenia terminu na wdrożenie Systemu Monitorowania, Zamawiający podniósł, iż Odwołujący nie uzasadnił swojego stanowiska przyczynami technicznymi, czy innymi obiektywnymi uwarunkowaniami. Ponadto, zwrócił uwagę, iż kwestionowany pkt 1.2. ppkt 23 OPZ w Rozdziale 1 został ponownie zmodyfikowany dnia 12 lipca 2024 r. Dodatkowo, w odniesieniu do pkt 14.2.2 Projektów umowy dla Części I i III przewidujących sankcje w postaci odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w przypadku niepodpisania Częściowych Protokołów Odbioru wskazanej liczby Lokalizacji we wskazanym terminie wskazał, że Odwołujący nie uzasadnia powyższych żądań żadnymi obiektywnymi uwarunkowaniami, stąd „W ocenie Zamawiającego, żądania te skorelowane są z żądaniem ponad dwukrotnego wydłużenia terminu uruchomienia usług we wszystkich lokalizacjach i są wynikiem swoistej kalkulacji ryzyk Odwołującego, a nie są konsekwencją słusznych zarzutów co do prawidłowości sformułowania dokumentów zamówienia.” Dodał, że w ocenie Zamawiającego ww. oczekiwania nie są niemożliwe do zrealizowania, bowiem w dużej części lokalizacji każdy z Wykonawców posiada własną infrastrukturę lub ma możliwość wykorzystania istniejących łączy innych operatorów. Przy czym, Zamawiający nie narzucił liczby lokalizacji uruchamianych miesięcznie, lecz przewidział – jak to nazwał w odpowiedzi na odwołanie - „punkt kontrolny”, tj. kwestionowaną konstrukcję, która umożliwia rozwiązanie umowy, jeżeli istotna część łączy nie będzie uruchomiona w wymaganych terminach (odpowiednio dla Części I i III 4 i 5 miesięcy). W odniesieniu do przedostatniego zarzutu, Zamawiający uznał, iż żądanie przez Odwołującego wydłużenia powyższego terminu do 12 miesięcy jest bezzasadne, bowiem dłuższy okres uniemożliwia dostosowanie sieci WAN do potrzeby biznesowych Zamawiającego. W obecnie realizowanej umowie nr K0076484 okres ten wynosi 4 miesiące. Zwrócił również uwagę, iż Odwołujący nie przedstawił ku temu uzasadnienia obejmującego obiektywne okoliczności. Powołał się również na pkt 8.16 i 8.17 umów, w ramach których przewidział sytuacje nadzwyczajne, w których wykonanie opcji może pociągać za sobą nadmierne koszty. Wydłużony w związku z dokonanymi modyfikacjami termin składania ofert do 29 lipca 2024 r. uznał zaś za adekwatny.

Na rozprawie w dniu 24 lipca 2024 r. Zamawiający podniósł dodatkowo, co do terminu wdrożenia Systemu Monitorowania, że ostatnia zmiana SWZ z 12 lipca zakłada podział wdrożenia Systemu Monitorowania na 3 części, więc problem zniknął. Zmiana pozwala na uruchomienie najpierw 1 modułu, który ma konkretną funkcjonalność. Co do prawa opcji – z argumentacji Odwołującego wynika, zdaniem Zamawiającego, że problemem nie jest termin na skorzystanie z prawa Opcji, lecz termin realizacji Opcji, co do którego nie ma odwołania. Podkreślił, że przewidział możliwość przeniesienia Opcji do trybu zamówienia z wolnej ręki, którego wykonawca nie musi przyjąć (pkt 8.16 i 8.17 wzoru umowy).

Do niniejszego postępowania odwoławczego, przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosiły Netia S.A. oraz T-Mobile Polska S.A.

KIO 2319/24

W dniu 1 lipca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Netia S.A. od czynności modyfikacji dokumentów zamówienia, dokonanych przez Zamawiającego dnia 21 czerwca 2024 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 99 ust. 1, 2 i 4 w związku z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP”) poprzez:
 - 1.1.w zakresie części I i II – określenie w SWZ pkt VI ppkt 1 oraz w pkt 2.4 projektu umowy Załącznik nr 11 a, 11 b, siedziomiesięcznego terminu na prace wdrożeniowe,
 - 1.2.w zakresie części III – określenie w SWZ pkt VI ppkt 1 oraz w pkt 2.4 projektu umowy Załącznik nr 11c, siedziomiesięcznego 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 w zw. z art. 16 i 17 PZP 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:

2.1.dla części I, II w Załączniku nr 3 (OPZ) Rozdział 1 pkt. 1.2 ppkt. 2 zawarł wymaganie, że łącza T0-T3 w części I 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;

2.2.dla części III, w Załączniku nr 3 (OPZ) Rozdział 1 pkt. 1.3 ppkt. 5 zawarł wymaganie, że łącza T5 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;

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 PZP oraz art. 16 PZP poprzez sporządzenie dokumentacji postępowania w sposób naruszający zasady współżycia 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 PZP 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:

1.1.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

w Części I

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

(b)kategorii łączy T1 – T4 wyniesie więcej niż 6 (sześć) Awarii;

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

w Części II

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

(b)kategorii łączy T1 – T4 wyniesie więcej niż 6 (sześć) Awarii;

w Części III

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

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

(c)kategorii łączy T5 i T6- wyniesie więcej niż 30 (trzydzieści) Awarii.

1.2.przewidział dla części I 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”; zaś dla części III jako wystąpienie Awarii powodujących jednoczesne pozbawienie usługi dla minimum 40 Lokalizacji”;

1.3.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.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ i pozostałej dokumentacji postępowania poprzez nakazanie Zamawiającemu, odpowiednio do postawionych zarzutów:

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 oraz wykreślenie w pkt VI ppkt 1 SWZ oraz pkt 2.4. projektu umowy Załącznik nr 11a, 11b zdania „Po upływie 1 miesiąca od podpisania Całościowego Protokołu Odbioru, Wykonawca rozpocznie świadczenie Usługi we wszystkich Lokalizacjach wskazanych w Załączniku nr 2 – Wykaz Lokalizacji”;

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 oraz wykreślenie w pkt VI ppkt 1 SWZ oraz pkt 2.4. projektu umowy Załącznik nr 11c zdania „Po upływie 1 miesiąca od podpisania Całościowego Protokołu Odbioru, Wykonawca rozpocznie świadczenie Usługi we wszystkich Lokalizacjach wskazanych w Załączniku nr 2 – Wykaz Lokalizacji”;

2a)dla części I, II wykreślenie z Załącznika nr 3 (OPZ) Rozdział 1 pkt 1.2 ppkt 2 wymagania, żeby łącza T0-T3 w części I były 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;

2b) dla części III, wykreślenie w Załączniku nr 3 (OPZ) Rozdział 1 pkt 1.3 ppkt 5 wymagania, żeby łącza T5 w części II były 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, ewentualnie, doprecyzowanie i wskazanie w każdej z części postępowania, dla każdej z lokalizacji, w których Zamawiający wymaga, aby usługi były realizowane bez współdzielenia elementów infrastruktury, z jakich elementów infrastruktury dany wykonawca nie może korzystać, aby nie narazić się na współdzielenie elementów infrastruktury z wykonawcą części I postępowania;

3a) wykreślenie pkt 14.9.1 z Załączników 11a, 11b, 11c;

3b) określenie w Załączniku nr 3 (OPZ), w wierszu 2 Tabeli 11 (str. 30 OPZ) definicję Awarii Masowej dla części I i III 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”;

3c) 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.

Jak uzasadnił w odwołaniu, okres 7 miesięcy, w jakim wykonawca ma realizować prace wdrożeniowe, nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia, jest zbyt krótki, i faktycznie uniemożliwia realizację przedmiotu zamówienia. Wskazał, że budowa łączy jest procesem długotrwałym, w którym muszą zostać uwzględnione czynniki atmosferyczne, ukształtowanie terenu, konieczność uzyskania pozwoleń na zajęcie pasa drogowego, z kolei, możliwość rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych warunkowane jest koniecznością wykonania szeregu czynności przygotowawczych. Wskazał, że wykonawca 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. Podkreślił, iż Zamawiający przewidział w pkt 13.1 umowy kary umowne za nieukończenie Prac Wdrożeniowych w danej Lokalizacji w terminie. Żądany nowy termin na wdrożenie w przypadku części I i II – 8 miesięcy, zaś w przypadku Części III – 9 miesięcy. Odwołujący uzasadnił wskazując na konieczność 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), zawarcia z dysponentem kanalizacji odpowiedniej umowy dzierżawy (do 2 miesięcy), zamówienia materiałów i urządzeń oraz ich dostawą (minimum 5 miesięcy 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. W odniesieniu do zarzutów dotyczących uniemożliwienia współdzielenia elementów infrastruktury telekomunikacyjnej z innymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, Netia S.A. wskazała, że może to 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 uniemożliwia w praktyce zaprojektowanie sieci w sposób dający pewność, że zaprojektowane łącza dla części II i III nie będą posiadały wspólnych elementów infrastruktury z łączy wybudowanymi w ramach części I.” Dodał, że realizacja łączy z wykorzystaniem istniejącej infrastruktury innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych jest powszechną praktyką. Odwołujący twierdzi również, że 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. Argumentuje, że 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, a ponadto z dotychczasowego doświadczenia Odwołującego, który świadczy dla Zamawiającego usługi stanowiące przedmiot Postępowania od 2018 r. liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych niemal trzydziestokrotnie przekracza ilości wskazane przez Zamawiającego dla poszczególnych części zamówienia w pkt 14.9. 1 projektów umów. Nadto, ze względu na skalę projektu, który swoim zakresem obejmuje kilka tysięcy łączy, Odwołujący wnosi o zmianę definicji Awarii Masowej dla I i III części Postępowania, o której mowa w Załączniku nr 3 (OPZ), w wierszu 2 Tabeli nr 11 (str. 30 OPZ) jako „wystąpienie Awarii powodujących jednoczesne pozbawienie usługi dla minimum 100 Lokalizacji (...)”. Należy pamiętać zdaniem Odwołującego, że wystąpienie Awarii Masowej w rozumieniu OPZ, tj. wystąpienie Awarii powodujących jednoczesne pozbawienie usługi dla minimum 10 (część I) lub 40 Lokalizacji (część III) generuje

konieczność przygotowania dużej liczby raportów wg ściśle określonej procedury, w każdym miesiącu, co powoduje, że wykonawca nie ma obiektywnej możliwości spełnienia oczekiwań Zamawiającego w tym zakresie. Podkreślenia w ocenie Odwołującego wymaga również fakt, że w Rozdziale 5 ust. 6 OPZ, Zamawiający przewidział dodatkowe kary umowne w przypadku wystąpienia Awarii Masowej. Z kolei, 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) 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 zwrócił uwagę, że wykonawca nie ma dostępu i wglądu do tych danych w trybie online (brak możliwości jakiegokolwiek weryfikacji danych i nie zna sposobu działania Systemu Monitorowania, ani nie ma wpływu na sposób jego działania i jego utrzymanie.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, Odwołujący Netia zmodyfikował żądanie z odwołania co do zarzutu 3b i określenie procentowe wystąpienia awarii – tj. 8% a nie w odniesieniu do określonej liczby Lokalizacji. Wyjaśnił ponadto, że zaproponowane przez Netia terminy 8-9 miesięcy są minimalne, zaś Odwołujący popiera wnioski pozostałych Odwołujących, które jeszcze je wydłużają. Dodał, że Netia realizuje usługi na rzecz Zamawiającego od 2016 r. Wówczas termin na uruchomienie usługi wynosił 12 miesięcy. W 2019 r. został określony na 8 miesięcy przy większej liczbie lokalizacji, ale lokalizacje te pokrywały się z lokalizacjami z 2016 r., a ponadto wymagania w 2019 r. w zakresie parametrów łączy pozwalały na wykorzystanie łączy wybudowanych w 2016 r. W obecnym postępowaniu Zamawiający tak podwyższył parametry, że łączy muszą być wykonane od początku, nadto w obecnej umowie usługi w niektórych miejscach nie są oparte na technologii kablowej, gdyż nie było takiej możliwości, chodzi o ponad 100 lokalizacji. Jego zdaniem Zamawiający nie ma obiektywnej przyczyny w związku z wymaganiem na wdrożenie w 7 miesięcy. Zwrócił też uwagę na pkt 2.4 wzoru umowy – rozpoczęcie świadczenia usług ma nastąpić w terminie 1 miesiąca od podpisania protokołu co wydłuża czas do świadczenia usługi. W odniesieniu do zarzutu 3a odwołania argumentował, że według przedstawionych przez niego w dowodzie pt. „Liczba faktycznych awarii” awarii, które rzeczywiście wystąpiły na gruncie obecnie realizowanej umowy pewne jest, że umowa zostanie wypowiedziana po 3 miesiącach. Co do zarzutu dot. definicji Awarii Masowej, wyjaśnił, że definicja ta determinuje kary umowne i wiąże się ze szczegółową procedurą raportowania, co powoduje zablokowanie możliwości realizacji umowy z uwagi na dużą liczbę awarii i konieczność raportowania. Obliczył, że dla Części III definicja masowa dot. 0,86% lokalizacji.- a zatem brak jest konsekwencji przy tej definicji.

W odpowiedzi z dnia 15 lipca 2024 r. na odwołanie, Zamawiający:

- 1)uwzględnił odwołanie w zakresie Zarzutu 2b i w związku z tym wykreślił z Załącznika nr 3 (OPZ) z Rozdziału 1 pkt 1.3 ppkt 5 wymaganie, żeby łączy T5 w części III były realizowane z zapewnieniem, że dla danej lokalizacji nie będzie współdzielonych elementów infrastruktury na odcinku od węzła sieci szkieletowo dystrybucyjnej Wykonawcy do Urzędu CE Wykonawcy (tzw. ostatnia mila”) z Częścią I;
- 2)wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części.

Zamawiający wyjaśnił, iż Odwołujący nie wykazał, z jakiego powodu wykonanie prac w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego jest niemożliwe, wskazując jedynie na złożony charakter i duży zakres przedmiotowego zamówienia oraz pominął argumentację Zamawiającego podnoszoną w poprzednim postępowaniu odwoławczym. Wskazał ponadto, że nie może zgodzić się na postulowaną rezygnację z zakazu współdzielenia elementów infrastruktury na potrzeby realizacji Części I i II. Jak wyjaśnił, „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.” Zamawiający nie zgodził się również z argumentacją Odwołującego dotyczącą uprawnienia Zamawiającego do wypowiedzenia umowy, gdy liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych przekroczy określony w SWZ wymiar, czyli wówczas, gdy wykonawca nie zapewnia wymaganego poziomu usługi, w stopniu tak istotnym, że uniemożliwia to Zamawiającemu realne korzystanie z sieci WAN. W odniesieniu do zmodyfikowania definicji Awarii Masowej dla części I i II, Zamawiający wskazał, iż Odwołujący właściwie nie uzasadnia omawianego zarzutu, a jedynie wskazuje na fakt, iż z wystąpieniem Awarii Masowej wiążą się obowiązki (raporty) oraz sankcje (kary umowne). Dodał, że obecna praktyka na gruncie obowiązującej umowy nie potwierdza obaw Odwołującego, gdyż wynika z niej, że awarii jest kilka miesięcznie, bowiem łączy w tych częściach są stabilnymi łączy światłowodowymi, o niewielkiej podatności na awarie. Zamawiający wskazał, iż częściowo uwzględnił żądanie Odwołującego w tym zakresie modyfikując pkt 1 Rozdziału 5 OPZ. Jego zdaniem, 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. „Tymczasem Odwołujący obecnie domaga się już wyłącznie zmiany polegającej na tym, by dane źródłowe do wyliczeń

parametrów SLA pochodzący z własnego systemu monitorowania Wykonawcy. Z żądaniem takim Zamawiający nie może się zgodzić, a co więcej, Zamawiający nie uważa, by ustalanie jakości usługi w oparciu o dane pochodzące z systemu monitorowania Zamawiającego, w jakikolwiek sposób naruszało przepisy prawa."

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, Zamawiający podniósł, że zakres lokalizacji jest w zasadzie identyczny z tym z 2019 r. Jego zdaniem, być może będzie trzeba wcześniej wymienić łącza miedziane na światłowodowe, ale infrastruktura niezbędna do wymiany już istnieje. Według sprawdzonych w międzyczasie przez Zamawiającego danych, lokalizacji bez łącza kablowego jest 154. Zastrzegł, że w trudnych lokalizacjach Zamawiający przewidział możliwość zapewnienia łącza tymczasowego. Co do definicji Awarii Masowej uznał, że Odwołujący powinien zaskarżyć sankcje związane z wykorzystywaniem definicji Awarii Masowej. Co do zarzutu 3c – podniósł, że żaden przepis nie wprowadza określonych sposobów weryfikacji prawidłowości wykonania usługi przez Zamawiającego.

Do postępowania przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosili wykonawcy T-Mobile Polska S.A. oraz Orange Polska S.A., wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

W niniejszej sprawie, Izba stwierdziła, że wszystkie trzy odwołania nie zawierają braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od nich wpis w wymaganej wysokości. Nadto, odwołania nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba uznała również, że wszyscy trzej Odwołujący są uprawnieni do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiadają interes w uzyskaniu zamówienia i mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Jak wynika z odwołań, aktualne brzmienie dokumentów zamówienia utrudnia lub uniemożliwia Odwołującym, jako potencjalnym wykonawcom, przygotowanie, rzetelna wycenę oferty oraz jej złożenie, a co za tym idzie wybór oferty każdego z Odwołujących z osobna, jako najkorzystniejszej. Tym samym, Odwołujący mogą ponieść szkodę polegającą na pozbawieniu ich zysku wynikającego z możliwości uzyskania i wykonania przez nich przedmiotowego zamówienia. Spełnione są zatem, wynikające z art. 505 PZP, przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosili wykonawcy:

1. Netia S.A. – w postępowaniu o sygn. akt 2311/24 oraz 2318/24;
2. Orange Polska S.A. – w postępowaniu o sygn. akt 2311/24 oraz 2319/24;
3. T-Mobile Polska S.A. – w postępowaniu o sygn. akt 2318/24 oraz 2319/24.

Izba, w oparciu o art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 4 PZP, postanowiła umorzyć postępowanie w zakresie dotyczącym odwołania T-Mobile (sygn. KIO 2311/24) w części, tj. co do zarzutu 2 w zakresie odnoszącym się do Części III oraz w zakresie dotyczącym odwołania Netia (sygn. KIO 2319/24) w części, tj. co do zarzutu 2b, bowiem Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołania uwzględnił je w tym zakresie i wskazał, że wykreślił z Załącznika nr 3 (OPZ) z Rozdziału 1 pkt 1.3 ppkt 5 wymaganie, żeby łącza T5 w części III były 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. Z kolei, postępowanie dotyczące odwołania Orange w zakresie obejmującym rozpatrzenie zarzutu 2b zostało umorzone na podstawie art. 568 pkt 2 PZP, jako bezprzedmiotowe, bowiem – jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający – w dniu 12 lipca 2024 r. dokonał kolejnej modyfikacji SWZ dla części I i II, w ramach której dotychczasowy pkt.1.2 ppkt 23 OPZ w Rozdziale 1 otrzymał inne brzmienie. Wg informacji podanej na rozprawie przez Odwołującego, postanowienie to jest z kolei obecnie przedmiotem nowego odwołania.

Zgodnie z zawartym w Rozdziale IV SWZ opisem przedmiotu zamówienia, przedmiot zamówienia polega na świadczeniu usług transmisji danych na potrzeby sieci rozległej WAN Poczty Polskiej S.A., w postaci dostarczenia, skonfigurowania, wdrożenia i utrzymania infrastruktury (łącza, sprzęt), niezbędnej do świadczenia transmisji danych na potrzeby tej sieci WAN, a następnie świadczenia powyższych usług, w Lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego w załączniku nr 2 do projektu umowy, stanowiącym Załącznik nr 11a, 11b i 11c do SWZ (odpowiednio dla części), pogrupowanych ze względu na dostarczane łącza w kategoriach T0–T7, w podziale na 3 części: 1) Część I - łącza IP-VPN, 2) Część II - łącza IP-VPN, 3) Część III - łącza internetowe. Przedmiot zamówienia obejmuje Prace Wdrożeń oraz świadczenie Usług w zakresie określonym w projektach umów, stanowiących Załączniki nr 11a, 11b i 11c do SWZ (odpowiednio dla części) oraz Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 3 do SWZ.

W ramach przedmiotu zamówienia Wykonawca będzie zobowiązany w szczególności do: 1) zestawienia i utrzymania łączy dostępowych o parametrach określonych w OPZ, 2) instalacji i utrzymania urządzeń oraz oprogramowania niezbędnych do świadczenia usług określonych zgodnie z wymaganiami opisanymi w OPZ – dla każdej z lokalizacji, przez cały okres trwania umowy, 3) świadczenia usługi w sposób ciągły (tj. 24h na dobę), zgodnie z parametrami oraz na warunkach określonych w OPZ i projekcie umowy, 4) zachowania parametrów łączy – dostępności i jakości zgodnie z wymaganiami opisanymi w OPZ – dla każdej z lokalizacji, przez cały okres trwania umowy, 5) zapewnienia

Zamawiającemu dostępu do Systemu Monitorowania na warunkach określonych w OPZ, 6) zapewnienia obsługi technicznej sieci WAN na warunkach wskazanych w OPZ, w tym do udostępnienia Zamawiającemu wsparcia technicznego w ramach Help Desk czynnego całą dobę przez cały okres trwania umowy, 7) udostępnienia Systemu Monitorowania umożliwiającego w trybie online weryfikowanie parametrów dostępności i jakościowych pracy Usług, w tym łączny oraz urządzeń aktywnych sieci dostarczonych przez Wykonawcę, zgodnie z wymaganiami opisanymi w OPZ – dla każdej z lokalizacji, przez cały okres trwania umowy. 8) Przeprowadzenia warsztatów i prezentacji dotyczących Systemu Monitorowania oraz Urządzeń CE/Urządzeń Brzegowych, w zależności od Części postępowania, dla osób wskazanych przez Zamawiającego, na warunkach wskazanych w OPZ.

W świetle Rozdziału IV pkt 7 SWZ, Zamawiający na podstawie art. 441 PZP przewiduje zastosowanie prawa opcji w następującym zakresie:

- 1) Zmiany Przepustowości dla Lokalizacji, w których wdrożono łącza kategorii T0-T1 w przypadku Części I i II oraz kategorii T-0 w przypadku Części III, lub,
- 2) Opcji Nowych Lokalizacji, w ramach której Zamawiający ma prawo do zamówienia świadczenia Usług w Nowych Lokalizacjach i związanych z tym instalacji łączny, w kategorii od T0 do T5 w Części I, w kategorii od T0 do T4 w Części II oraz w kategorii T0 oraz T5-T7 w części III, lub,
- 3) Opcji Zmiany Kategorii, w ramach której Zamawiający ma prawo przez cały okres świadczenia Usług do zażądania od Wykonawcy zmiany kategorii łączny:
 - a) T0-T5 w Części I,
 - b) T0-T4 w Części II,
 - w istniejących Lokalizacjach, w których świadczone są Usługi – na wyższą lub niższą, jednorazowo o jedną kategorię w górę albo w dół, jednak w ilości nie większej niż 20% liczby Lokalizacji wskazanych w Wykazie Lokalizacji stanowiącym Załącznik nr 2 do projektu umowy rocznie,
 - c) w Części III - w istniejących Lokalizacjach, w których świadczone są Usługi - na wyższą lub na niższą, jednorazowo o jedną kategorię w górę albo w dół, jednak w ilości nie większej niż 20% liczby Lokalizacji wskazanych w Wykazie Lokalizacji stanowiącym Załącznik nr 2 do projektu umowy rocznie.

Możliwość skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji została zastrzeżona w pkt 8, z uwzględnieniem poniższych zasad: 1) Zamawiający jest uprawniony do skorzystania z prawa opcji w zakresie określonym w Rozdziale 8 projektu umowy, poprzez złożenie pisemnego oświadczenia o skorzystaniu z prawa opcji; 2) Zamawiający może skorzystać z prawa opcji w całości poprzez złożenie jednego oświadczenia lub w części składając odrębne oświadczenie w zakresie danego elementu objętego prawem opcji; 3) prawo opcji będzie realizowane przez Wykonawcę w zależności od potrzeb Zamawiającego, w całym okresie obowiązywania umowy.

Dalej, w pkt 10 SWZ, Zamawiający zastrzegł, iż Wykaz Kategorii Łączny, stanowiący Załącznik nr 10 do projektu umowy z powodu ochrony poufnego charakteru informacji w nim zawartych, nie może zostać udostępniony na stronie internetowej prowadzonego postępowania, zaś dostęp do tego dokumentu będzie możliwy poprzez przekazanie go przez Zamawiającego za pośrednictwem Platformy, po podpisaniu przez Wykonawcę Umowy o ochronie informacji Poczty Polskiej S.A. (NDA), której wzór stanowi załącznik nr 9 do SWZ.

W Rozdziale VI SWZ określony został termin wykonania zamówienia, tj. „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.”

W zakresie Części I i II Zamawiający ograniczył liczbę części zamówienia, którego może udzielić jednemu Wykonawcy, zgodnie z art. 91 ust. 3 PZP, 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: $\min \{(Ca1+Cb2), (Cb1+Ca2)\}$, gdzie C oznacza cenę, lit. a lub b oznaczają Część I lub II, a 1 i 2 oznaczają kolejno ofertę z najniższą ceną i z drugą ceną w danej części. 3) W oparciu o powyższe obliczenia, Zamawiający wybierze te dwie oferty, których suma cen będzie najniższa. 4) Jeżeli suma cen w obu parach ofert będzie taka sama, Zamawiający wybierze tę parę, w której oferta z najniższą ceną została złożona na Część I. 5) Jeżeli w którejś części wpłynie tylko jedna oferta, Zamawiający wybierze tę ofertę, natomiast w drugiej części wybrana zostanie oferta innego Wykonawcy. 6) Jeżeli w obu częściach oferty złoży tylko jeden Wykonawca, Zamawiający wybierze oferty tego Wykonawcy w Części I i Części II. Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych.

Zgodnie z Rozdziałem XXII pt. Sposób obliczania ceny, cena oferty brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 3 i 3a do SWZ) oraz projektem umowy (Załączniki nr 11a, 11b i 11c do SWZ odpowiednio dla części.

Termin składania ofert został ustalony do dnia 24 czerwca 2024 r. (pkt XX.5 SWZ).

Opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 3 do SWZ (jednocześnie Załącznik nr 1 do Umowy).

W pkt 1.2 OPZ określono wymagania dla Części I i II, w ramach których, w ppkt 2 zastrzeżono, 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.” Wg ppkt 9, „Wykonawca odpowiada za instalację, uruchomienie i utrzymanie urządzeń oraz oprogramowania niezbędnych dla funkcjonowania Systemu Monitorowania oraz zapewnienie dostępu do niego dla Zamawiającego, niezależnie w zakresie Części I i Części II.” Z kolei, wg ppkt 21: „Wykonawca udostępni funkcjonalność monitorowania online (nazywaną dalej Systemem Monitorowania) zapewniającą dostęp do wszystkich parametrów niezawodnościowych i jakościowych. Szczegółowy opis wymagań związanych z Systemem Monitorowania zawarty jest w załączniku „Opis wymagań dla Systemu Monitoringu i Raportowania”. „Działający System Monitorowania jest wymogiem koniecznym do odbioru uruchomionych łączy, dlatego też jego odbiór musi nastąpić nie później niż 4 miesiące od podpisania Umowy” (ppkt 23).

W pkt 1.3 OPZ określono wymagania dla Części III, w ramach których, w ppkt 5 zastrzeżono, 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.)” Wg ppkt 10, „Wykonawca odpowiada za instalację, uruchomienie i utrzymanie urządzeń oraz oprogramowania niezbędnych dla funkcjonowania Systemu Monitorowania dla Części III (tylko dla kategorii T0) oraz zapewnienie dostępu do niego dla Zamawiającego.” Z kolei, wg ppkt 14.4: „Wykonawca udostępni funkcjonalność monitorowania online (nazywaną dalej Systemem Monitorowania) zapewniającą dostęp do wszystkich parametrów niezawodnościowych i jakościowych. Szczegółowy opis wymagań związanych z Systemem Monitorowania zawarty jest w załączniku „Opis wymagań dla Systemu Monitoringu i Raportowania”. „Działający System Monitorowania jest wymogiem koniecznym do odbioru uruchomionych łączy, dlatego też jego odbiór musi nastąpić nie później niż 4 miesiące od podpisania Umowy” (ppkt 14.6).

Wg pkt 2.3 OPZ, w ramach Prac Wdrożeniowych Wykonawca przeprowadzi prezentację Systemu Monitorowania i przeszkoli trzy grupy po 8 osób wskazanych przez Zamawiającego, w zakresie jego użytkowania, w formie minimum dwudniowych warsztatów w siedzibie Zamawiającego.

Wg Rozdziału 3 ppkt 1.1.2, dla łączy kategorii T0–T4 Zamawiający wymaga uruchomienia łączy w terminie maksymalnie do 60 dni od zgłoszenia Opcji.

Definicja Awarii Masowej została określona w Załączniku nr 3 do SWZ (OPZ), w wierszu 2 Tabeli nr 11 jako: „Wystąpienie Awarii powodujących jednocześnie 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.”

Zgodnie z Rozdziałem 5 pt. Warunki niezawodności świadczenia usług oraz sposób obliczania opłaty w przypadku zaistnienia przerw, w pkt 1 wskazano, m.in. 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.”

Wg projektu umowy (Załącznik nr 11a do SWZ dot. Części I, Załącznik nr 11b do SWZ dot. Części II, Załącznik nr 11c do SWZ dot. Części III):

–Pkt 1: „Częściowy Protokół Odbioru”: „protokół odbioru Prac Wdrożeniowych dla danej Lokalizacji, podpisywany przez Zamawiającego i Wykonawcę zgodnie z procedurą wskazaną w pkt 4 Umowy;” (lit. d);

„Data Początkowa”: „data zawarcia niniejszej Umowy przez Strony;” (pkt e);

„Harmonogram”: „harmonogram opracowany przez Wykonawcę dotyczący terminów realizacji Prac Wdrożeniowych;” (lit. h);

„Lokalizacja”: „określone adresem i wskazane przez Zamawiającego miejsce w budynku, do którego ma zostać doprowadzona usługa łączy oraz w którym zainstalowane mają zostać Urządzenia CE. Każda Lokalizacja posiada identyfikator nadany przez Zamawiającego, który będzie wykorzystywany w ramach realizacji Umowy do jednoznacznego określenia Lokalizacji. Dodatkowo Lokalizacje będą identyfikowane współrzędnymi geograficznymi podanymi przez Zamawiającego. Wykaz Lokalizacji na dzień zawarcia Umowy stanowi Załącznik nr 2 do Umowy, natomiast kategorie łączy określono w Wykazie Kategorii Łączy stanowiącym Załącznik nr 10 do Umowy;” (lit. k);

„Okres Rozliczeniowy”: „miesiąc kalendarzowy;” (lit. n);

„Opcja”: „uprawnienie Zamawiającego do żądania zmiany zakresu lub sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, na warunkach określonych postanowieniami Umowy, mogące stanowić odpowiednio: Opcję Zmiany Przepustowości, Opcję Nowych Lokalizacji albo Opcję Zmiany Kategorii;” (lit. o);

„Prace Wdrożeniowe”: „wszelkie czynności mające na celu umożliwienie świadczenia Usług, w tym w szczególności przygotowanie infrastruktury oraz uruchomienie łączy dla wszystkich Lokalizacji, szczegółowo opisane w OPZ oraz w pkt 3 Umowy;” (lit. v);

„System Monitorowania”: „oprogramowanie udostępniane Zamawiającemu przez Wykonawcę w ramach świadczenia Usług umożliwiające w trybie online weryfikowanie parametrów dostępności i jakościowych pracy Usług, w tym łączy oraz urządzeń aktywnych sieci dostarczonych przez Wykonawcę. Elementy Systemu Monitorowania zostały szczegółowo opisane w OPZ;” (lit. z);

–pkt 2.4: „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 3.3: „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. 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. 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.”

–Pkt 3.5.:

„Po akceptacji Harmonogramu Wykonawca przystąpi do faktycznej realizacji Prac Wdrożeniowych.”

–Pkt 3.13:

„Dla łączy kategorii T5 Zamawiający dopuszcza uruchomienie łączy tymczasowych, na okres do 3 (trzech) miesięcy od momentu rozpoczęcia świadczenia Usług dla Lokalizacji, w których Wykonawca nie zakończył budowy infrastruktury docelowej w terminach określonych Umową. Liczba Lokalizacji, w których dopuszcza się uruchomienie łączy tymczasowych nie przekroczy 80 (osiemdziesiąt) Lokalizacji. W tym czasie dopuszcza się zastosowanie łączy zgodnie z postanowieniami Rozdziału 3.1 OPZ. W przypadku, gdy po upływie okresu, o którym mowa w zdaniu pierwszym, Wykonawca nadal świadczy usługi w danej Lokalizacji za pomocą łączy tymczasowych, Zamawiający może naliczyć karę umowną zgodnie z ust. 13.1 Umowy.”

–pkt 8.11,

w Części I: „Zamawiający może skorzystać z Opcji każdego rodzaju w całym okresie obowiązywania Umowy, z tym zastrzeżeniem, iż oświadczenie, o którym mowa w 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.”

–pkt 14.2.2,

w Części I-III: „Niezależnie od ustawowych podstaw do odstąpienia od Umowy Zamawiającemu przysługuje umowne prawo odstąpienia od Umowy w każdym z następujących przypadków: niepodpisania w terminie 4 (cztery) miesiące od Daty Początkowej Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 50% (pięćdziesięciu procent) Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.”,

–pkt 14.9.1,

w Części I: „Zamawiającemu przysługuje prawo do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym w każdym z następujących przypadków: 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;”

w Części II: „Zamawiającemu przysługuje prawo do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym w każdym z następujących przypadków: liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla kategorii łączy T0- T4 wyniesie więcej niż 4 Awarie;”

w Części III: „Zamawiającemu przysługuje prawo do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym w każdym z następujących przypadków:

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.”

W związku z tak określoną treścią dokumentów postępowania, Odwołujący wnieśli odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, kwestionując m.in. 6-miesięczny termin na wdrożenie usług. Zamawiający dnia 21 czerwca 2024 r. dokonał modyfikacji SWZ, zmieniając m.in. termin wdrożenia na 7 miesięcy we wszystkich Częściach, zasady odstąpienia od umowy określone w pkt 14.2.2 umowy oraz doprecyzowanie pojęcia „ostatniej mili”. W związku z tym, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że w tym zakresie zachodzi podstawa do umorzenia postępowania (sygn. KIO 1951/24, KIO 1964/24 oraz KIO 1980/24).

W dniu 21 czerwca 2024 r. Zamawiający wprowadził następujące zmiany w zakresie dokumentów postępowania, przytoczone w zakresie istotnym dla niniejszej sprawy:

- Rozdział 1 pkt 1.2 ppkt 2 OPZ: „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.”
- Rozdział 1 pkt 1.2 ppkt 23 OPZ: „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.”
- Rozdział 1 pkt 1.3 ppkt 5 OPZ: „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.”
- Rozdział 5 pkt 1 OPZ: „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.”
- Tabela nr 11 w OPZ, definicja Awarii Masowej:
 - w 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.”
 - w 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.”
- pkt 2.4 projektu umowy zd. 3 i 4 dla Części I-III oraz pkt VI ppkt 1 SWZ: „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.”;
- pkt 3.3 projektu umowy dla Części I-III: „W terminie 60 (sześćdziesięciu) dni od Daty Początkowej Wykonawca dostarczy Opiekunowi Umowy Zamawiającego projekt Harmonogramu 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.”

–pkt 8.11 projektu umowy dla Części I-III: „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 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.”

–pkt 14.2.2 projektu umowy

w Części I: „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,”

w Części III: „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,”

–pkt 14.9.1,

w Części I: „Zamawiającemu przysługuje prawo do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym w każdym z następujących przypadków: liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla (a) kategorii łączu T0 wyniesie więcej niż 4 Awarii; lub (b) kategorii łączu T1-T4 wyniesie więcej niż 6 Awarii; lub (c) kategorii łączu T5 wyniesie więcej niż 20 Awarii;”

w Części II: „Zamawiającemu przysługuje prawo do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym w każdym z następujących przypadków: liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla: (a) kategorii łączu T0 wyniesie więcej niż 4 Awarii; (b) kategorii łączu T1-T4 wyniesie więcej niż 6 Awarii.”

w Części III: „Zamawiającemu przysługuje prawo do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym w każdym z następujących przypadków: liczba Awarii w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych dla: (a) kategorii łączu T0 Awaria obydwu łączu wyniesie więcej niż 4 (cztery); lub (b) kategorii łączu T0 wyniesie więcej niż 8 (osiem) Awarii; lub (c) kategorii łączu T5 i T6 wyniesie więcej niż 30 (trzydzieści) Awarii.”

–Rozdział XIX pkt 2 SWZ: „Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych. Wykonawca może złożyć ofertę na dowolną liczbę części zamówienia.”

–Rozdział XX ust. 5 SWZ: „Ofertę należy złożyć przy użyciu Platformy do dnia 8 lipca 2024 roku do godziny 14:00.”

lżba zaliczyła w poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w dniu 8 lipca 2024 r., w tym w szczególności:

–ogłoszenie o zamówieniu,

–SWZ wraz z załącznikami,

–Uzasadnienie objęcia załącznika nr 10 do projektu umowy tajemnicą przedsiębiorstwa wraz z podpisanymi umowami o ochronie informacji Poczty Polskiej S.A.,

–Pytania i wyjaśnienia do SWZ,

–Modyfikacja treści załączników do SWZ z dnia 21 czerwca 2024 r. wraz z załącznikami;

–Protokół postępowania;

2) dokumenty załączone przez Odwołującego Orange w sprawie o sygn. KIO 2318/24 do odwołania, tj.:

–Kopia pozwolenia z 8 marca 2024 r. Małopolskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w Krakowie,

3) dokumenty złożone przez Odwołującego T-Mobile w sprawie o sygn. KIO 2311/24 na rozprawie w dniu 24 lipca 2024 r., tj.:

–Ekspertyza Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji z 23 lipca 2024 r.,

–Poglądowy harmonogram realizacji zamówienia;

–Lista postępowań na świadczenie usług WAN wraz z informacją o terminach stosowanych w tego typu realizacjach;

–Decyzja Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 16 maja 2023 r.,

–Decyzja Burmistrza Miasta Zakopane z 24 listopada 2021 r.;

–Harmonogram budowy łącza światłowodowego w pasie drogowym drogi wojewódzkiej nr 560 w Sierpcu wraz z decyzjami Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich;

–Zawiadomienie z Urzędu Miasta w Zakopanem z dnia 14 listopada 2023 r. o zmianie terminu załatwienia sprawy;

–Protokół częściowy odbioru wykonania prac z dnia 31 maja 2022 r. dot. budowy kabla światłowodowego wraz z notatką służbową oraz e-mailem Orange Polska z 29 lipca 2022 r.

4)dokumenty złożone przez Odwołującego Orange w sprawie o sygn. KIO 2318/24 na rozprawie w dniu 24 lipca 2024 r., tj.:

- Wybrane standardowe czynności - tabela (analiza własna);
- Zestawienie podobnych postępowań z uwzględnieniem przewidzianego czasu na wdrożenie (opracowanie własne);
- Pozwolenie Małopolskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków z 8 marca 2024 r.,
- Pismo Dyrektora Sądu Rejonowego w Łęborku z 24 października 2022 r.,
- Korespondencja mailowa z dnia 25 czerwca 2024 r.,
- Decyzja pozwolenie radiowe wydane przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej dnia 15 listopada 2022 r., nr DZC.WSZ.5101.928.2022.2,
- Decyzja pozwolenie radiowe wydane przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej dnia 15 listopada 2022 r., nr DZC.WSZ.5101.1169.2022.2;

5)dokumenty złożone przez Odwołującego Netia w sprawie o sygn. KIO 2319/24 na rozprawie w dniu 24 lipca 2024 r., tj.:

- Harmonogram wdrożenia usług (opracowanie własne);
- Zrzut z realizacji prac (opracowanie własne);
- Decyzja Miejskiego Konserwatora Zabytków Miasta Zielona Góra z 2 lutego 2023 r.,
- Decyzja Miejskiego Konserwatora Zabytków Miasta Zielona Góra z 25 kwietnia 2023 r.,
- Decyzja z 5 lipca 2022 r. Lubuskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków,
- Decyzja Miejskiego Konserwatora Zabytków Miasta Zielona Góra z 21 kwietnia 2022 r.,
- Uzgodnienie projektowanej rozbudowy – pismo z 8 kwietnia 2022 r.,
- Uzgodnienie projektowanej rozbudowy – pismo z 3 września 2021 r.,
- Decyzja Mazowieckiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków z 10 lutego 2023 r.,
- Tabele – Liczba faktyczna awarii (opracowanie własne);
- Wykres Poczta Polska CTT/NTT oraz MTTR 2022/2023 (opracowanie własne).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że zasadniczo wszystkie trzy odwołania zasługują na uwzględnienie w zakresie dotyczącym terminu realizacji Prac Wdrożeniowych, który pomimo dokonanej dnia 21 czerwca 2024 r. zmiany, zaskarżonej niniejszymi odwołaniami, w dalszym ciągu pozostaje ustalony w sposób niewystarczająco długi z pkt widzenia warunków zamówienia. Z tak ustalonym terminem wiążą się zbyt krótkie terminy przeznaczone na podpisanie Częściowych Protokołów Odbioru, z zastrzeżeniem prawa do odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego, w razie gdy w tym terminie dany udział Lokalizacji nie zostanie odebrany.

KIO 2311/24

W odwołaniu w sprawie o sygn. KIO 2311/24, Odwołujący T-Mobile kwestionował przede wszystkim termin wdrożenia usług ustalony dla Części I i Części III, z pominięciem Części II. Izba przyznała rację Odwołującemu, który wskazał, że termin dotyczący świadczenia usług jest jednym z elementów opisu przedmiotu zamówienia, dlatego Zamawiający powinien ten termin ustalić z uwzględnieniem wskazanych w art. 99 ust. 1, 2 i 4 PZP wymagań i okoliczności mających wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejsze zobowiązania wynikające z zawartej umowy. 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. Tym samym, przepis ten nie tylko wymaga od opisu przedmiotu zamówienia jednoznaczności i wyczerpującego wyjaśnienia, tak by nie pozostawały żadne wątpliwości co do przedmiotu i zakresu oferowanego zamówienia, lecz także uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ofert. Jakkolwiek, precyzyjność opisu w tym zakresie nie budziła wątpliwości – termin realizacji Prac Wdrożeniowych został określony w miesiącach liczonych od Daty Początkowej, to jednak zdecydowanie – jak wykazał Odwołujący – termin ten nie uwzględniał wymagań i okoliczności, od których zależy możliwość jego dotrzymania, a tym samym mających wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z definicją zawartą w Umowie, Prace Wdrożeniowe to wszelkie czynności mające na celu umożliwienie świadczenia Usług, w tym w szczególności przygotowanie infrastruktury oraz uruchomienie łączy dla wszystkich Lokalizacji. Jak wykazał Odwołujący, całe przedsięwzięcie dotyczące uruchomienia usługi w tak dużej liczbie Lokalizacji jest procesem bardzo czasochłonnym i wiąże się z koniecznością podjęcia szeregu działań, w tym w zależności od Lokalizacji, w postaci budowy lub wydzierżawienia łączy telekomunikacyjnych, w ramach których konieczne jest poczynienie uzgodnień, konsultacji, uzyskanie stosownych pozwoleń, zgód i opinii, a następnie dokonanie zgłoszeń.

Generalnie, wykonawca nie ma większego wpływu na czas ich uzyskiwania, w szczególności w postępowaniu administracyjnym. Jednocześnie, w świetle postanowień wzorów umów, nie jest możliwe podjęcie przez wykonawcę jakichkolwiek inwestycji przed zawarciem umowy. W ramach złożonych dowodów, Odwołujący wykazał, że czas potrzebny na samo wybudowanie łączy światłowodowych od momentu rozpoczęcia projektowania do uruchomienia łączy w obiekcie docelowym szacuje się na 7-9 miesięcy, zaś w ramach projektów bardziej złożonych, czas ten może ulec wydłużeniu o dalsze 5-6 miesięcy. W ramach zwalczania tej argumentacji, Zamawiający nie sprostął ciężarowi dowodowemu – nie przedłożył żadnych dowodów na twierdzenie, że ustalony przez niego czas 7 miesięcy jest wystarczający na realizację całości Prac Wdrożeniowych i uruchomienie usługi, w tym na fakt, że w poprzednim postępowaniu na udzielenie zamówienia na usługi WAN, dotyczącym obecnie obowiązującej umowy nr K0076484 z dnia 25 marca 2019 r., termin realizacji prac ustalony na 8 miesięcy był terminem wystarczającym. Stąd, przewidziany przez Zamawiającego termin 7 miesięcy wynosi tyle ile wg Odwołującego minimalny czas na samo wybudowanie łączy, nie uwzględniając sytuacji złożonych lub nieprzewidzianych, które mogą wystąpić, biorąc pod uwagę liczbę kilku tysięcy Lokalizacji w całej Polsce, których dotyczy zamówienie. Termin ten, jak wykazał Odwołujący, nie uwzględnia terminów wynikających ze wzoru umowy na dokonanie ustaleń między stronami, w tym dotyczących Harmonogramu, na co przewidziano 65 dni (dostarczenie projektu + czas na jego zatwierdzenie lub zgłoszenie uwag), przy czym, zgodnie ze wzorami umów, wykonawca ma przystąpić do faktycznej realizacji Prac Wdrożeniowych dopiero po akceptacji Harmonogramu. Czas przeznaczony na Prace Wdrożeniowe nie uwzględnia również czasu trwania okoliczności, które mogą wystąpić lub normalnie występują w toku budowy lub wydzierżawiania łączy, a nie są zależne od wykonawcy, takich jak czas trwania procedur administracyjnych. Przy czym, zupełnie nieprzekonująca jest argumentacja Zamawiającego, iż sytuacje takie nie obciążają wykonawcę, gdyż obowiązek zapłaty kar umownych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zależy od wystąpienia winy po stronie wykonawcy. Wyjaśnić w tym kontekście należy, iż przedmiotem zarzutów jest zastrzeżenie zbyt krótkiego terminu wykonania umowy, jako elementu obiektywnego, dotyczącego obu stron i wszystkich sytuacji, czy to zawinionych, czy to niezawinionych przez wykonawcę. Zatem, fakt, że w przypadku opóźnienia realizacji Prac Wdrożeniowych ze względu na przedłużającą się procedurę administracyjną, wykonawca nie będzie zobowiązany do zapłaty kar umownych – nie oznacza, że termin realizacji tych Prac nie powinien być określony w sposób adekwatny. Ustalenie stosownego terminu realizacji Prac uwzględnia nie tylko interesy wykonawcy, lecz również Zamawiającego, skoro ma to wpływ na cenę ofertową, czy też szeroko na realizację interesów Zamawiającego, który otrzyma zamówioną usługę świadczoną w sposób należyty. Niezasadna jest również argumentacja Zamawiającego wskazująca na brak możliwości dalszego wydłużenia czasu na Prace Wdrożeniowe ze względu na konieczność zapewnienia ciągłości świadczenia usług (dotychczasowa umowa na te usługi kończy się), skoro jak słusznie zaznaczył Odwołujący, nie jest to obiektywna potrzeba Zamawiającego, w sytuacji, gdy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte za późno lub przedłuża się. Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia w odpowiednim czasie, tak by zapewnić ciągłość korzystania z danych usług obciąża Zamawiającego, zaś okoliczność, że takie postępowanie może się przedłużyć ze względu na korzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej nie jest okolicznością niespotykaną (w przedmiotowej sprawie, niniejsze postępowanie jest trzecim wszczętym przez Zamawiającego w kolejności, dążącym do zapewnienia świadczenia usług transmisji danych na potrzeby sieci WAN). Niezasadny jest również argument, iż Zamawiający dopuścił rozwiązania tymczasowe na wypadek niezakończenia budowy infrastruktury docelowej w terminach określonych Umową, skoro rozwiązanie to – przewidziane w pkt 3.13 wzorów umów tylko co do Części I i Części III – dotyczy wyłącznie łączy określonych kategorii i w określonej, stosunkowo nielicznej ilości przypadków. W tym kontekście, za uzasadniony, Izba uznała również zarzut w części dotyczącej pkt 14.2.2 wzorów umów (Załącznik 11a i Załącznik 11c do SWZ), w odniesieniu do Części I i III, a dotyczący zastrzeżenia prawa odstąpienia przez Zamawiającego od umowy w przypadku niepodpisania w terminie 4 miesięcy dla Części I i 5 miesięcy dla Części III, licząc od Daty Początkowej, Częściowych Protokołów Odbioru odpowiednio dla co najmniej 40% i 50% Lokalizacji, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W istocie bowiem, wskazane postanowienia wzorów umów skracają termin realizacji Prac Wdrożeniowych co do 40% i 50% Lokalizacji w ramach danej Części, co de facto oznacza, że wykonawca jest zobowiązany do uruchomienia usług przed tym terminem, tj. w ciągu 4 miesięcy dla 214 Lokalizacji dla Części I oraz w ciągu 5 miesięcy dla 2332 Lokalizacji w Części III. Izba uznała, że te same argumenty przemawiają w tym przypadku za wydłużeniem

terminu na podpisanie Częściowych Protokołów Odbioru, co za wydłużeniem terminu Prac Wdrożeniowych co do wszystkich Lokalizacji. Skoro mowa jest generalnie o czynnościach i czasie ich trwania co do uruchomienia usługi, które mogą dotyczyć każdej z Lokalizacji z osobna, to ustalenie, że 40-50% usług ma być wdrożonych w terminie niemal o 30% krótszym – jest obarczone tym samym ryzykiem i tymi samymi zarzutami, co do nieuwzględnienia okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Innymi słowy, skoro Odwołujący wykazał, że co do zasady termin 7 miesięcy jest nieadekwatny, skoro mogą wystąpić okoliczności wpływające na wydłużenie prac wdrożeniowych, to tym bardziej nieadekwatny jest termin 4-5 miesięcy. Wg szacunków Odwołującego, uruchomienie usługi może być realne w przypadku mniejszej niż połowa liczby Lokalizacji, przy czym, w przypadku najliczniejszej Części III, Odwołujący domagał się również ograniczenia udziału Lokalizacji do 30%, których dotyczy skrócony termin, co też Izba uwzględniła. Izba uznała ponadto, iż ustalenie nieadekwatnych terminów wykonania zobowiązania umownego w niniejszym postępowaniu narusza dodatkowo art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP oraz wskazane w zarzucie 1 przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące zasady swobody umów (art. 353¹ Kodeksu cywilnego) oraz wzajemnego charakteru umowy (art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego). Zdecydowanie, niewłaściwe określenie terminu realizacji umowy, na niekorzyść jednej ze stron, tutaj: wykonawcy, nie jest działaniem Zamawiającego uwzględniającym opisane w art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP zasady, w tym zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości i proporcjonalności. Nadmierne obostrzenie po stronie wymaganych od wykonawcy terminów wykonania zamówienia zaburza uczciwą konkurencję, ponieważ wpływa na zawyżenie cen ofertowych, jest działaniem nieprzejrzystym i nieproporcjonalnym, tj. nieadekwatnym do celu jaki przyświecał Zamawiającemu, tj. zapewnienia ciągłości świadczenia usług. Wszak, pospieszna realizacja zamówienia nie służy jego jakości, rodzi ryzyko niedotrzymania terminów i może aktualizować przesłanki natychmiastowego rozwiązania umowy. Z kolei, przywołane wyżej przepisy Kodeksu cywilnego stosowane w niniejszym postępowaniu zgodnie z art. 8 ust. 1 PZP zastrzegają dla stron swobodę umów w granicach zgodności z ustawą, naturą stosunku i zasadami współżycia społecznego. W przypadku zaś umowy wzajemnej, a taką jest umowa o świadczenie usług, istotne jest by świadczenie jednej ze stron było odpowiednikiem świadczenia drugiej. Jak słusznie zauważył Odwołujący, sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia poprzez ustalenie nieadekwatnych terminów realizacji usług zaburza równowagę stron i wzajemność świadczeń.

Jednocześnie wskazać należy, iż Izba uznała, że termin, do którego powinien być wydłużony czas na realizację Prac Wdrożeniowych, a co za tym idzie również podpisanie Częściowych Protokołów Odbioru, zaproponowany przez Odwołującego jest zbyt długi w odniesieniu do Części III (odpowiednio 14 i 12 miesięcy) i prowadzi do zaburzenia równowagi praw stron, w ramach których uwzględnienia wymaga, iż realizacja usługi jest istotna dla Zamawiającego, w jak najkrótszym terminie. Z kolei, zaproponowany termin podpisania Częściowych Protokołów Odbioru dla Części I, tj. 9 miesięcy, w sytuacji gdy termin realizacji Prac Wdrożeniowych został określony na 10 miesięcy, niweczyłby sens wprowadzenia pkt 14.2.2 wzoru umowy (o czym było już powyżej). Jednocześnie, w świetle argumentacji Odwołującego i przedstawionych przez niego dowodów nie jest on uzasadniony. Sam fakt, że dla Części III Zamawiający przewidział najliczniejszy zakres Lokalizacji nie oznacza jednocześnie, że czas uruchomienia usługi w konkretnych, wchodzących w ten zakres Lokalizacjach, wydłuży się do 14 miesięcy. Odwołujący nie udowodnił również, by treść pkt 14.2.2 wzorów umowy w kontekście jego celu była nieproporcjonalna z pkt widzenia postanowień art. 99 ust. 1 PZP, co powodowałoby konieczność wykreślenia tego postanowienia z umowy. Izba stwierdziła, że zachowując wymagania co do adekwatności ustalonych terminów, Zamawiający może wprowadzić postanowienia do umowy mające na celu realną kontrolę przebiegu realizacji zamówienia i należytego oraz terminowego wykonywania zobowiązania przez wykonawcę, w szczególności poprzez zastrzeżenie prawa do odstąpienia od umowy w sytuacji, gdy postęp prac jest niezadowalający w stopniu zagrażającym terminowi realizacji zamówienia. W tej sytuacji, określenie, że co najmniej 30% zamówienia powinno być wdrożone przed upływem 80% przeznaczonego na to czasu jest postanowieniem dopuszczalnym, adekwatnym i uwzględniającym zasady współżycia społecznego określone profesjonalnym charakterem zamówienia, jak też interesy obu stron.

Izba nie uwzględniła zarzutu nr 1b odwołania, w zakresie dotyczącym Części II, w ramach której wykonawca ma uruchomić usługę w 112 Lokalizacjach, w tym w 56 Lokalizacjach w ciągu pierwszych 4 miesięcy. Podkreślić należy, że Odwołujący nie zarzucał Zamawiającemu nieadekwatnego określenia terminu realizacji Prac Wdrożeniowych co do Części II (zob. zarzut 1a), lecz w stosunku do tej Części wskazywał wyłącznie na określenie zbyt krótkiego terminu na podpisanie Częściowych Protokołów Odbioru w stosunku do 50% Lokalizacji, tj. terminu 4 miesięcy, przy czym nie wskazał na żadne szczególne okoliczności dotyczące tej Części uzasadniające wydłużenie ww. terminu, zaś argumentacja dotycząca dużej liczby Lokalizacji nie może mieć tutaj znaczenia. Zdaniem Izby brak jest możliwości

odniesienia co do tej Części zamówienia tej samej argumentacji, która przemawia za wydłużeniem terminu realizacji prac w Częściach I i III. Ponadto, w ramach Części II Odwołujący domagał się ustalenia, że Zamawiający może skorzystać z prawa do odstąpienia od umowy w przypadku niepodpisania Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 30% Lokalizacji w ciągu 6 miesięcy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, co de facto – w przypadku utrzymania 7-miesięcznego terminu realizacji Prac Wdrożeniowych, niweczyłoby sens zawartego w pkt 14.2.2 Umowy zastrzeżenia, w którym Zamawiający upatruje możliwość zapewnienia kontroli postępów prac w toku realizacji umowy. Zamawiającemu zależy na tym, by łącza uruchamiane były sukcesywnie i by w toku realizacji Umowy widoczny był realny postęp.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut nr 2 odwołania, w zakresie dotyczącym Części II i wiążącego się z nią wymogu realizacji łączy 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 (Rozdział 1 ust. 1.2 pkt 2 OPZ). Oznacza to, że zakaz wykorzystania na potrzeby Części II infrastruktury wykorzystywanej na potrzeby Części I na odcinku tzw. ostatniej mili – zostaje utrzymany. W pozostałym zakresie, wykonawcy mogą korzystać wspólnie z danej infrastruktury. Zakaz ten – w związku z uwzględnieniem części odwołania przez Zamawiającego – został uchylony dla Części III. Zamawiający wskazał, że istnieje różnica pomiędzy istotą zakazu w przypadku obu tych części, bowiem Część II obejmuje łącza o charakterze krytycznym z pkt widzenia organizacji Zamawiającego i realizacji jego kluczowych procesów biznesowych, a co za tym idzie współdzielenie infrastruktury z Części I wpływa na narażenie na ryzyka i znaczne straty po stronie Zamawiającego w razie zakłóceń i awarii. Optymalnym rozwiązaniem wg Zamawiającego jest realizacja Części I i II przez różnych wykonawców, co wynika z postanowień Rozdziału XIX ust. 1 pkt 1, 2 i 6 SWZ. Izby nie przekonały argumenty Odwołującego o utrudnieniu – ze względu na ten wymóg – wyceny zakresu prac dla Części II. Skoro, każdy z wykonawców na etapie przed złożeniem oferty na Część II wie, że na odcinku ostatniej mili nie będzie mógł korzystać z infrastruktury dla Części I, to z góry może założyć konieczność wykorzystania innej infrastruktury, a co za tym idzie obliczyć związane z tym koszty i wycenić ofertę. Argument Odwołującego mógłby mieć rację bytu w odniesieniu do łączy, które mogą być współdzielone, wówczas bowiem brak wiedzy odnośnie wykonawcy danej części, która będzie współdzielona nie pozwala na wycenę tych kosztów. Tym samym – argument, że wykonawca założy wykorzystanie infrastruktury operatora X – jak wyjaśnił Odwołujący – i takie rozwiązanie wyceni w ofercie, zaś finalnie okaże się, że zostanie wybrana oferta innego wykonawcy, co zmieni wycenę – nie może dotyczyć ostatniej mili, skoro na tym odcinku wykorzystanie infrastruktury innego operatora nie będzie możliwe. Bez względu na powyższe, wskazać również należy, iż Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił tego zarzutu, w szczególności nie wykazał, w jaki sposób wiedza na temat operatora wykorzystującego daną infrastrukturę lub brak tej wiedzy przekłada się na wycenę oferty. Izba uznała zatem, że w tej sytuacji Zamawiający prawidłowo opisał przedmiot zamówienia, gdyż wprowadzony wymóg jest precyzyjny, jasny i adekwatny do potrzeb Zamawiającego (art. 99 ust. 1, 2 i 4 PZP) i nie narusza zawartej w art. 16 pkt 1 PZP, zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców (w szczególności – skoro wymóg ten został zastrzeżony równo w stosunku do każdego z wykonawców składających ofertę, w tym również dotychczasowego operatora, o ile złoży ofertę), czy też zasad współżycia społecznego i równowagi stron, a co najmniej Odwołujący tego nie udowodnił. Dodatkowo, wymóg ten nie narusza zasad wynikających z art. 16 pkt 2 i 3 PZP, skoro jest przejrzysty, jasny i proporcjonalny, tj. służy celowi opisanemu przez Zamawiającego i jako taki jest konieczny. Zamawiający wyjaśnił, iż nie mógł zdecydować się na realizację zamówienia na kolejne Części obejmujące daną infrastrukturę w sekwencji, bowiem oznaczałoby to nadmierne przedłużenie postępowania.

KIO 2318/24

Izba uwzględniła odwołanie Orange w zakresie tożsamyh zarzutów, jak w przypadku odwołania T-Mobile, tj. zarzutów dotyczących terminu realizacji Prac Wdrożeniowych (pkt 1 odwołania) oraz prawa odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w przypadku niepodpisania Częściowych Protokołów Odbioru wskazanej części Lokalizacji w określonym terminie (pkt 2,c odwołania), toteż w ramach uzasadnienia wyroku, powołać należy się na uzasadnienie do wyroku w sprawie KIO 2311/24, z następującymi zastrzeżeniami. W niniejszej sprawie, Izba również uznała, że Odwołujący Orange udowodnił, że czas trwania prac wdrożeniowych wynosi więcej niż 7 miesięcy, z uwagi na przedłożone przez Odwołującego dowody w postaci m.in. decyzji administracyjnych wydanych przy podobnych zadaniach. Orange zasadnie dodał – do argumentacji Odwołującego T-Mobile – że nie można tracić z pola widzenia faktu, iż w ramach przedmiotowego zamówienia, wykonawca ma obowiązek również dostarczyć część sprzętu (Rozdział IV ust. 3 pkt 2 SWZ), a nadto skonsultować dostarczenie urządzeń SD-WAN z wykonawcą drugiego zamówienia na dostarczenie tych urządzeń (czemu Zamawiający nie zaprzeczył). Izba uznała za słuszny również argument, iż określony w związku z modyfikacją SWZ z dnia 21 czerwca 2024 r. termin wdrożenia usługi w sposób nieuzasadniony uprzywilejowuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi dla Zamawiającego, który będzie musiał prace wdrożeniowe wykonać tylko w ograniczonym zakresie, co zwiększa jego szanse na dochowanie terminu. Odwołujący

wskazywał również, iż na pracochłonność i czas trwania prac będzie mieć wpływ konieczność wdrożenia Systemu Monitorowania. W ramach dowodów, Orange przedłożył, m.in. decyzje i korespondencję w ramach uzgodnień w procesie inwestycyjnym wykonania łączy światłowodowych, potwierdzających że 7 miesięcy na prace wdrożeniowe jest czasem niewystarczającym, biorąc pod uwagę okoliczności, na które wykonawca nie ma wpływu. W szczególności, Orange wykazał, że również realizacja łączy radiowych trwa ponad 7 miesięcy, gdyż samo wydanie decyzji – pozwolenia radiowego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej trwa minimum 5 miesięcy, a nawet 7-8 m-cy, zwłaszcza w przypadku wydania pozwoleń dotyczących wschodnich rejonów Polski, graniczących z Białorusią, czy Ukrainą.

W tym samym zakresie, Izba przychyliła się do argumentacji Orange, iż – ze względu na postanowienia pkt 14.2.2 wzorów umów, wykonawca w istocie musi wykonać Prace Wdrożeniowe wcześniej, tj. przed upływem wskazanego w pkt 2.4. wzoru umowy terminu 7 miesięcy, co jest nierealne. Niemniej, skład orzekający uznał, że żądania Odwołującego w zakresie wydłużenia terminu realizacji Prac Wdrożeniowych (do 16 miesięcy), jak też wykreślenia postanowienia dotyczącego terminów podpisywania Częściowych Protokołów Odbiorów lub ich wydłużenia (do 12 miesięcy) są nieadekwatne, nieproporcjonalne i naruszają równowagę stron na korzyść wykonawcy.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie. Izba nie przyjęła za trafną argumentacji Odwołującego, iż nierealny jest termin dostarczenia Harmonogramu wynoszący 60 dni od Daty Początkowej. Rację ma Zamawiający podnosząc, iż Harmonogram jest harmonogramem ramowym, w przeciwieństwie do Harmonogramu Miesięcznego, który z kolei musi obejmować daty instalacji i uruchamiania łączy. Zgodnie ze zmodyfikowanym dnia 21 czerwca 2024 r. pkt 3.3. wzoru umowy, Harmonogram nie musi już zawierać – jak poprzednio – dat i opisów oraz procedur przełączania usług dla poszczególnych Lokalizacji, lecz jedynie ma specyfikować proces uruchomienia systemu monitorowania oraz łączy kategorii T-0, a dla pozostałych kategorii łączy jedynie ich liczbę uruchamianych w poszczególnych miesiącach. Tzn. że nie musi on obejmować dokładnego rozpisywania instalacji dla poszczególnych lokalizacji. Ponadto, zarzut ten pozostał nieudowodniony. Odwołujący nie wykazał, że nierealne jest opisane w Harmonogramie ww. procesów oraz oszacowanie liczby uruchamianych łączy w poszczególnych miesiącach. Nieprzekonująca jest również argumentacja Odwołującego Orange co do wskazanego w pkt 8.11 wzoru umowy dla wszystkich trzech Części – prawa Opcji, z którego Zamawiający może skorzystać, jeżeli oświadczenie o skorzystaniu zostanie złożone nie później niż na 6 miesięcy przed zakończeniem obowiązywania Umowy, jakoby postanowienie to nie uwzględniało wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji zamówienia oraz mogło skutkować brakiem spłaty kosztów inwestycji poniesionych przez wykonawcę. Zamawiający słusznie podniósł, iż oczekiwania Zamawiającego uwzględniają sytuacje nadzwyczajne, w których wykonanie opcji może pociągać za sobą nadmierne koszty, skoro w świetle pkt 8.16 i 8.17 wzorów umów, w takich sytuacjach istnieje możliwość dokonania zmiany Umowy lub udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Nadto, w ocenie Izby, Zamawiający słusznie argumentował, iż istotne znaczenie w kontekście argumentacji Odwołującego, powinien mieć zastrzeżony w pkt 8.11 wzoru umowy termin realizacji zamówienia wynikającego z Opcji, tj. 60 dni od dnia złożenia oświadczenia, a nie termin złożenia oświadczenia o skorzystaniu z prawa Opcji. Zwłaszcza, że w odwołaniu Orange sam zauważa np. w pkt 33, że „Możliwość rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych warunkowane jest koniecznością wykonania szeregu czynności przygotowawczych.”, a zatem argumentację odnosi do etapu realizacji Opcji. Izba oddaliła ponadto zarzut naruszenia art. 137 ust. 6 PZP, dotyczący zaniechania przedłużenia terminu składania ofert o czas niewystarczający do zapoznania się ze zmianami treści specyfikacji warunków zamówienia, z uwagi na brak wykazania przez Odwołującego, iż rzeczne zmiany wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert. Izba uznała, iż wprost przeciwnie charakter zmian wychodzących naprzeciw żądaniom Odwołujących powinien ułatwić im wycenę i złożenie ofert.

KIO 2319/24

W przypadku odwołania Netia, Izba w obecnym składzie również podzieliła zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP poprzez określenie w odniesieniu do Części I, II i III zbyt krótkiego terminu na prace wdrożeniowe. Izba uznała za zasadne, podnoszone przez Odwołującego argumenty, iż konieczność wykonania szeregu czynności przygotowawczych, w tym uzyskanie decyzji administracyjnych, jeżeli istnieje konieczność wybudowania łączy (a jest tak w części Lokalizacji) jest warunkiem możliwości rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych, zaś czynności te nie mogą być zrealizowane w czasie krótszym niż minimalny 8-9 miesięcy w zależności od Części. Zwłaszcza, że wg Odwołującego, który realizuje tożsame usługi na rzecz Zamawiającego od 2016 r., wówczas termin na uruchomienie usługi wynosił 12 miesięcy, zaś w postępowaniu w 2019 r. termin ten został określony na 8 miesięcy przy większej liczbie lokalizacji, ale lokalizacje te pokrywały się wówczas z lokalizacjami z 2016 r., a ponadto wymagania w 2019 r. w zakresie parametrów łączy pozwalały na wykorzystanie łączy wybudowanych w 2016 r. Odwołujący w tym kontekście zwrócił uwagę, iż w obecnym postępowaniu Zamawiający tak podwyższył parametry, że łączy muszą być wykonane od początku. Odwołujący zwrócił uwagę, tak jak Odwołujący Orange, że wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia urządzeń dedykowanych w ramach zamówienia, co obejmuje okres około 12 miesięcy. W ramach inicjatywy dowodowej przedstawił szereg decyzji organów administracji publicznej, z których

wynika, że postępowanie dotyczące wydania pozwolenia przez właściwego Konserwatora Zabytków nie trwa krócej niż 5 miesięcy (zob. wymaganie zawarte w pkt 1.3.5 OPZ). Podkreślił, że zaproponowane przez Netia terminy 8-9 miesięcy są minimalne, zaś jednocześnie popiera wnioski Odwołujących, które jeszcze je wydłużają. Wobec braku jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej po stronie Zamawiającego, Izba uznała ww. zarzut za zasadny i udowodniony.

Izba nie uwzględniła jednak pozostałych zarzutów odwołania, w tym zarzutu 2a dot. wymagania, by łączy T0-T3 w części II były 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 – argumentacja w tym zakresie została wyrażona w uzasadnieniu do wyroku wydanego w sprawie KIO 2311/24. W niniejszej sprawie, Odwołujący również nie udowodnił, by postanowienie to uniemożliwiało wycenę oferty, wobec braku wiedzy odnośnie przebiegu infrastruktury. Izba za niezasadny uznała również zarzut nr 3a w odniesieniu do opisanego warunków skorzystania przez Zamawiającego z prawa do natychmiastowego wypowiedzenia umowy w przypadku, gdy w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych wystąpi dana liczba Awarii. Nie zmienia tego faktu, argument Netii, nota bene nieudowodniony, iż na gruncie obecnej umowy, którą realizuje dla Zamawiającego ten Odwołujący, w ciągu trzech kolejnych Okresów Rozliczeniowych doszło do takiej liczby awarii (liczonej w setkach w przypadku Części I, a nawet tysiącach w przypadku Części III i kategorii łączy T5 i T6), która uzasadniałaby wypowiedzenie Umowy ze skutkiem natychmiastowym z winy wykonawcy. W ramach niniejszego zamówienia, Zamawiający wymaga dostawy usługi o określonych parametrach, innych niż w ramach poprzedniej umowy, co oznacza, że nie sposób potwierdzić, iż na gruncie nowej umowy będzie dochodzić do tej samej liczby Awarii. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, w przypadku Tabeli nr 11 zawartej w Załączniku nr 3 (OPZ) i umieszczonej w jej wierszu 2 definicji „Awarii Masowej”, niezasadny jest zarzut naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 i 17 PZP. Definicja ta spełnia wymagania wynikające z ww. regulacji, bowiem opisuje przedmiot zamówienia w sposób jasny, adekwatny i jednoznaczny. Odwołujący nie wskazywał, że definicja ta może wprowadzać w błąd lub powodować jakiegokolwiek rodzaju wątpliwości. Fakt, że z wystąpieniem Awarii Masowej wiążą się określone w umowie obowiązki, w tym obowiązki raportowania, nie oznacza sam przez siebie, że definicja narusza ww. przepisy, w tym nie uwzględnia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ofert i oszacowanie kosztów, zwłaszcza w sytuacji Netii, która – biorąc pod uwagę dane przedstawione w ramach dowodów – wie, jaką liczbę Awarii Masowych może przewidzieć. Izba uznała również za bezpodstawny ostatni zarzut odwołania dotyczący pozyskiwania danych źródłowych do wyliczeń parametrów SLA w ramach raportu miesięcznego z Systemu Monitorowania Zamawiającego – w ramach Części III. Zamawiający słusznie wskazał, iż brak jest jakichkolwiek norm nakazujących mu przyjęcie określonego sposobu weryfikacji należytego wykonywania umowy przez wykonawcę. Nadto, w razie jakichkolwiek wątpliwości co do danych pochodzących z Systemu Monitorowania Zamawiającego, wykonawca może zweryfikować i zakwestionować zebrane w ten sposób dane. Jeżeli przyjęto by sposób wskazany przez Odwołującego w żądaniu, tj. wprowadzenie postanowienia, zgodnie z którym dane źródłowe do wyliczeń parametrów SLA w ramach raportu miesięcznego pochodzą z Systemu Monitorowania Wykonawcy, to z kolei, w tej sytuacji, Zamawiający mógłby podnosić tożsame zarzuty i kwestionować przydatność tak opracowanych raportów. W efekcie Izba stwierdziła, że ww. postanowienia wzorów umów dla Części I-III oraz Opisu Przedmiotu Zamówienia nie naruszają przepisów art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 i 17 PZP oraz przepisów art. 483, art. 353¹ w zw. z art. 5 i art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, bowiem uwzględniają wymogi precyzyjności, przejrzystości, zachowania konkurencyjności i równowagi stron, a bynajmniej Odwołujący nie wykazał, że jest inaczej.

Biorąc powyższe pod uwagę, we wszystkich trzech sprawach, na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 zd. 1, art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. b i c PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 w zw. z 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 oraz ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.). W związku z częściowym uwzględnieniem każdego z trzech odwołań, Izba stosunkowo rozdzieliła koszty pomiędzy Odwołującego i Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....

.....