

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 28.05.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński
Bartosz Stankiewicz
Joanna Stankiewicz-Baraniak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 28 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2024 r. przez Odwołującego – wykonawcę Netia spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Poczta Polska spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie przy udziale wykonawcy T-Mobile Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego Netia spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu 90 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 1616/24

Uzasadnienie

Poczta Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług rozległej sieci WAN_PP dla Poczty Polskiej S.A.” nr referencyjny: CZ.26.207.2024.D* (dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 kwietnia 2024 r. pod numerem 83/2024 248687-2024-PL.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest wyższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp

Dnia 6 maja 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca Netia spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu i zarzuca naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 483 Kodeksu cywilnego, art. 3531 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy oraz art. 16 Ustawy poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie w jakim Zamawiający nałożył na wykonawcę w Rozdziale 6, tabele 2-8 OPZ obowiązek zapłaty wygórowanych bonifikat, co stanowi nadmierną sankcję, oderwaną od wartości potencjalnej szkody Zamawiającego, prowadzącą do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, co w konsekwencji wykracza poza dopuszczalne granice swobody umów;

2. art. 487 § 2 w zw. z art. 3531 i art. 5 oraz Kodeksu cywilnego oraz art. 16 Ustawy poprzez sporządzenie dokumentów Postępowania, w tym wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę

stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę, a także naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia sposób nieprecyzyjny, nieproporcjonalny, niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów, opisanie cech usług w sposób nieproporcjonalny do wartości i celów przedmiotu zamówienia, w zakresie w jakim Zamawiający:

- a) nie przewidział w rozdziale IV pkt 11 SWZ oraz w pkt 5 projektu umowy możliwości negocjacji opłaty instalacyjnej w przypadku zmiany przepustowości i zmiany kategorii łączy;
 - b) nie przewidział w pkt 5 ppkt 12 i 13 projektu umowy ograniczenia w zmianie kategorii łączy maksymalnie o jedną kategorię;
 - c) przewidział w pkt 3.8 i 3.9 projektu umowy procedurę miesięcznego raportowania poziomów SLA oraz sposób akceptacji raportów w sposób niemożliwy do realizacji, naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy;
 - d) nie uwzględnił w dokumentacji postępowania ryzyk związanych z ogłoszonym przez producenta Cisco w dniu 25 listopada 2020 r. zakończeniem rozwoju rozwiązania Intelligent WAN (IWAN), polegających w szczególności na braku możliwości zapewnienia prawidłowego działania sieci WAN bez zastosowania rekomendowanej przez Cisco migracji wdrożonych sieci IWAN do rozwiązania SD-WAN;
 - e) nie przewidział w dokumentacji Postępowania odpowiedniego terminu na zmianę technologii, która wiązałaby się z uzyskaniem dla Zamawiającego produktów lepszej jakości, które wskazuje w punkcie 12 projektu umowy;
 - f) ustanowił podczas 9 miesięcznego okresu obowiązywania umowy, możliwość skorzystania z prawa opcji w zakresie: zmiany kategorii łączy (tabela 4 formularza cenowego), nowych lokalizacji (tabela 6 formularza cenowego), zmiany przepustowości (tabela 13-16 formularza cenowego) i uwzględnił w formularzu cenowym (załącznik nr 2 do SWZ) kalkulację opłat dla pełnych 9 miesięcy, podczas gdy opłaty mogą wystąpić jedynie w okresie 7 miesięcy lub krócej, co prowadzi do istotnego zawyżenia wartości oferty, bez jednoczesnej możliwości uzyskania pełnego wynagrodzenia wskazanego w formularzu cenowym,
- co uniemożliwia oszacowanie oferty i ryzyk związanych z realizacją zamówienia.

W związku z powyższym żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) zmniejszenia wysokości bonifikat określonych w OPZ w Rozdziale 6 w tabelach 2–8, poprzez ich obniżenie o 50 %.
- 2) modyfikacji rozdziału IV pkt 11 SWZ oraz pkt 5 projektu umowy w ten sposób, że możliwość udzielenia zamówień, o których mowa w art. 388 pkt 2 lit. c) Ustawy będzie przewidziana w przypadku, gdy skorzystanie przez Zamawiającego z Opcji Nowych Lokalizacji, opcji zmiany kategorii łączy oraz z opcji zmiany przepustowości, dla której koszt doprowadzenia usługi sieci WAN_PP i zainstalowania urządzeń sieciowych będzie przekraczał trzykrotność miesięcznego Wynagrodzenia za Usługę w przypadku skorzystania z opcji Nowych Lokalizacji oraz dwukrotność miesięcznego Wynagrodzenia za Usługę w przypadku opcji zmiany kategorii i opcji zmiany przepustowości;
- 3) modyfikacji pkt 5 ppkt 12 projektu umowy w ten sposób, że otrzyma on brzmienie:
„Zamawiający jest również uprawniony, do czasu rozpoczęcia Prac Wdrożeniowych dla danej Nowej Lokalizacji, do zażądania od Wykonawcy instalacji w Nowej Lokalizacji łączy odmiennej kategorii (wyższej albo niższej jednorazowo o jedną kategorię w górę albo w dół) niż określona w oświadczeniu, o którym mowa w ust. 5.15 poniżej. W takim przypadku Wykonawca jest uprawniony do Opłaty Instalacyjnej oraz Wynagrodzenia za Usługę w wysokości odpowiadającej kategorii łączy, zgodnie Załącznikiem nr 3 do Umowy – Oferta Wykonawcy (Formularz cenowy)”.
- 4) modyfikacji pkt 5 ppkt 13 projektu umowy w ten sposób, że otrzyma on brzmienie:
„Zamawiający ma prawo przez cały okres świadczenia Usług do zażądania od Wykonawcy zmiany kategorii łączy T0-T7 – w istniejących Lokalizacjach, w których świadczone są Usługi – wyższej albo niższej jednorazowo o jedną kategorię w górę albo w dół, jednak w liczbie nie większej niż 2% (dwa procent) wszystkich Lokalizacji. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 5.15 poniżej w wypadku opisanym w niniejszym ustępie może zostać złożone nie później niż 4 (cztery) miesiące przed zakończeniem obowiązywania Umowy”.
- 5) modyfikacji pkt 3 ppkt 8 projektu umowy w ten sposób, że otrzyma on brzmienie:
„Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania Zamawiającemu miesięcznego raportu uwzględniającego informacje dotyczące poziomów SLA, w tym związanych z dostępnością oraz parametrami technicznymi oraz czasów reakcji i czasów usunięcia Awarii i Awarii Masowych WAN w danych Lokalizacjach (w formie elektronicznej) (dalej jako: „Raport”) do 14. (czternastego) Dnia Roboczego miesiąca następującego po miesiącu, którego dotyczy Raport.”
- 6) modyfikacji pkt 3 ppkt 9 projektu umowy w ten sposób, że otrzyma on brzmienie:
„Raport, o którym mowa w ust. 3.8 zdanie pierwsze powyżej, wymaga akceptacji Opiekuna Umowy. Opiekun Umowy Zamawiającego ma prawo do zgłoszenia uwag do przedstawionego Raportu w terminie 5 Dni Roboczych od dnia jego

przekazania przez Wykonawcę. Wykonawca powinien odnieść się do zgłoszonych przez Zamawiającego uwag do Raportu w terminie 5 Dni Roboczych od dnia przekazania uwag do Raportu przez Zamawiającego lub przedstawić nowy Raport z uwzględnionymi zmianami zgłoszonymi przez Zamawiającego. Brak uzgodnienia i zaakceptowania treści Raportu przez Zamawiającego nie wstrzymuje wystawienia i przekazania faktury przez Wykonawcę oraz płatności Wynagrodzenia za Usługi."

7) modyfikacji dokumentacji Postępowania w sposób, który uwzględniłby wszelkie ryzyka wynikające z braku wsparcia producenta dla wszystkich urządzeń i oprogramowania używanych do świadczenia usług przy jednoczesnym zaniechaniu przenoszenia tego ryzyka na wykonawców;

8) modyfikacji dokumentacji Postępowania w sposób, który zapewni Wykonawcy termin 9 miesięcy na możliwość zamiany technologii, która wiązałaby się z uzyskaniem produktów lepszej jakości.

9) modyfikacji formularza ofertowego oraz postanowień umowy w zakresie realizacji prawa opcji, w ten sposób, że wynagrodzenie za usługi świadczone w ramach prawa opcji będzie kalkulowane na okres maksymalnie 7 miesięcy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania odwoławczego na jego korzyść, ponieważ wskazane w odwołaniu okoliczności uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej konkurencyjnej oferty w Postępowaniu, w szczególności uniemożliwiają Odwołującemu oszacowanie kosztów realizacji zamówienia. W konsekwencji, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia.

W dniu 10 maja 2024 r. wykonawca T-Mobile Polska S. A. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Dnia 24 maja 2024 r. Zamawiający, złożył odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił stanowisko, zgodnie z którym – po przeanalizowaniu zarzutów i żądań Odwołującego:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów 2a oraz 2b, w związku z czym uwzględnione w całości zostają żądania nr 2, 3 i 4.

2. częściowo uwzględnia zarzut nr 2c, oraz częściowo uwzględnia żądanie nr 5 oraz nr 6 w ten sposób, że:

a. Do projektu umowy zostaje dodany nowy pkt 3 ppkt 8 w brzmieniu:

Podstawą wystawienia faktur korygujących za bonifikaty są zaakceptowane odpowiednie raporty dotyczące bonifikat wskazane w OPZ. Rozliczenie faktur korygujących za bonifikaty powinno nastąpić najpóźniej w kolejnym Okresie Rozliczeniowym następującym po Okresie Rozliczeniowym, w którym odpowiednie raporty dotyczące bonifikat zostały przez Zamawiającego zaakceptowane. Zaakceptowanie przez Zamawiającego raportów lub dokonanie przez niego rozliczeń finansowych nie pozbawiają Zamawiającego prawa do dochodzenia roszczeń w sytuacji, gdy w późniejszym okresie zostaną ujawnione okoliczności mogące stanowić podstawę do podważenia prawidłowości takiego raportu lub rozliczeń dokonanych pomimo braku uzgodnienia raportu.

b. dotychczasowy pkt 3 ppkt 8 projektu umowy otrzyma nr 3 ppkt 9 oraz zostanie mu nadane brzmienie:

Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania Zamawiającemu miesięcznego raportu uwzględniającego informacje dotyczące poziomów SLA, w tym związanych z dostępnością oraz parametrami technicznymi oraz czasów reakcji i czasów usunięcia Awarii i Awarii Masowych WAN w danych Lokalizacjach (w formie elektronicznej) do 10. (dziesiątego) Dnia Roboczego miesiąca następującego po miesiącu, którego dotyczy powyższy raport. Wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia Zamawiającemu raportów offline oraz raportów rozliczeniowych zgodnie z zasadami określonymi w OPZ. Brak uzgodnienia i zaakceptowania przez Zamawiającego treści raportu, o którym mowa w zdaniu pierwszym, nie wstrzymuje wystawienia i przekazania faktury przez Wykonawcę oraz płatności Wynagrodzenia za Usługi.

c. dotychczasowy pkt 3 ppkt 9 projektu umowy otrzyma nr 3 ppkt 10 oraz zostanie mu nadane brzmienie:

Każdy raport, o którym mowa w Umowie (w szczególności w OPZ), Wykonawca zobowiązany jest przedstawić Opiekunowi Umowy Zamawiającego w terminie 10 (dziesięciu) Dni Roboczych od – odpowiednio – zakończenia Okresu Rozliczeniowego lub innego zdarzenia, którego będzie dotyczyć raport lub od którego będzie zależał raport. Każdy przekazany raport wymaga akceptacji Opiekuna Umowy Zamawiającego. Opiekun Umowy Zamawiającego ma prawo do zgłoszenia uwag do przedstawionego raportu w terminie 10 (dziesięciu). Dni Roboczych od dnia jego przekazania przez Wykonawcę. Wykonawca powinien odnieść się do zgłoszonych przez Zamawiającego uwag do raportu w terminie 5 (pięciu) Dni Roboczych od dnia przekazania uwag do raportu przez Zamawiającego lub przedstawić nowy raport z uwzględnionymi zmianami zgłoszonymi przez Zamawiającego.

d. w pkt 4 (Raportowanie) Załącznika nr 1 (Opis wymagań dla Systemu Monitoringu i Raportowania) do OPZ wykreślone zostaje następujące zdanie:

Terminy dostarczania raportów rozliczeniowych zostaną uzgodnione z Zamawiającym do terminu odbioru systemu

monitorowania.

3. częściowo uwzględnia zarzut nr 2d oraz żądanie nr 7, w ten sposób, że do projektu umowy zostaną dodane nowe postanowienia pkt 10 ppkt 17, pkt 10 ppkt 18 i pkt 10 ppkt 19 w brzmieniu:

pkt 10 ppkt 17:

Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za skutki braku wprowadzenia przez producenta poprawek bezpieczeństwa dla zastosowanych produktów Cisco w szczególności rozwiązania Cisco iWAN 2.x.x oraz routerów z rodziny Cisco ISR11xx, ISR44xx, ASR 1001, ASR 1001-X, ASR 1002-HX, CSR1000V działających w oparciu o oprogramowanie do wersji IO XE 17.3.x włącznie z zastrzeżeniem, że obie Strony przyjmują do wiadomości, że konsekwencje braku wprowadzenia przez producenta poprawek bezpieczeństwa dla zastosowanych ww. urządzeń mogą dotyczyć nie tylko poziomu świadczonych Usług (SLA), ale również powodować ograniczenia w dostępności sprzętu telekomunikacyjnego, możliwości jego naprawy lub wymiany oraz w możliwości rozbudowy całości lub części infrastruktury Zamawiającego w oparciu o urządzenia Cisco iWAN, przy czym w przypadku zaistnienia powyżej opisanych zdarzeń ciężar dowodu w zakresie wykazania wystąpienia powyższych okoliczności i powiązania ich z brakiem wprowadzenia przez producenta poprawek bezpieczeństwa dla ww. urządzeń Cisco oraz braku możliwości zastosowania obejścia w istniejącym rozwiązaniu, spoczywa na Wykonawcy. Za dowód, o którym mowa powyżej, Strony w szczególności uznają informację producenta Cisco.

Pkt 10 ppkt 18:

O ile będzie to technologicznie wykonalne, Wykonawca, wykazując się należyłą starannością wynikającą z profesjonalnego, zawodowego charakteru działalności Wykonawcy, podejmie działania w celu przywrócenia funkcjonalności urządzeń, także w przypadku wystąpienia zdarzeń, o których mowa w ust. 10.17 powyżej, z zastrzeżeniem, że nie może to spowodować nadmiarowych kosztów dla Wykonawcy, o ile Zamawiający nie wyrazi zgody na pokrycie tych kosztów. W celu usunięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że koszty mieszczące się w ramach standardowej obsługi projektu ponosi Wykonawca.

Pkt 10 ppkt 19:

W celu uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że w zakresie, w jakim brak wprowadzenia przez producenta poprawek bezpieczeństwa dla wskazanych w ust. 10.17 powyżej urządzeń Cisco iWAN nie wpływa na poziom Usług i odpowiedzialność Wykonawcy, Wykonawca pozostaje związany postanowieniami Umowy w zakresie odpowiedzialności oraz poziomu świadczonych Usług (SLA).

4. wnosi o oddalenie Odwołania w pozostałej części, to jest w zakresie zarzutów nr 1, nr 2e i nr 2f oraz żądań nr 1 8 i 9.

W dniu 27 maja 2024 r., przed otwarciem rozprawy, Odwołujący złożył pisemne oświadczenie, w którym wskazał, że cofa w całości odwołanie wniesione w niniejszej sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania. W myśl § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453), skład orzekający dokonuje czynności formalnoprawnych i sprawdzających, o których mowa w § 1, na posiedzeniu niejawnym, i w zależności od poczynionych ustaleń wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego w przypadkach, o których mowa w art. 568 pkt 1 lub 3 ustawy Pzp.

Odwołujący w dniu 27 maja 2024 r. złożył skuteczne oświadczenie o cofnięciu wniesionego przez siebie odwołania w całości. Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, art. 568 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 13 ust. 1 pkt 6 ww. rozporządzenia postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w tej sprawie.

Stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy, najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego – odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Ponieważ Odwołujący cofnął odwołanie wcześniej niż w dniu wyznaczonego terminu posiedzenia Izby z udziałem

stron, Izba na podstawie § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a powołanego rozporządzenia, postanowiła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł, stanowiącej 90 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....

.....

.....