

WYROK

Warszawa, dnia 2 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2024 r. przez wykonawcę T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego - Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów nr 1, nr 2, nr 4;
2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu nr 3;
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony;
 - 3.2. zasądza od T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem 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:

Sygn. akt: KIO 880/24

Uzasadnienie

PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna, w imieniu której działa PGE Dystrybucja S.A. Oddział Skarżysko-Kamienna z siedzibą w Skarżysku - Kamiennej (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. - dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego, którego przedmiotem jest „Dostawa i utrzymanie kart SIM wraz ze świadczeniem usługi transmisji danych M2M w sieci komórkowej”, numer referencyjny: POST/DYS/OSK/LZA/00591/2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 marca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nr 141138-2024, numer wydania Dz.U. S: 48/2024. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) została opublikowana w tym samym dniu.

Wykonawca T-Mobile Polska S.A. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec postanowień SWZ, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 362 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2 do umowy – Opis Przedmiotu Zamówienia dalej jako: „OPZ”) w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy, a także w sposób preferujący wykonawcę aktualnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego, w zakresie w jakim Zamawiający wskazał zbyt krótki, nierealny termin dostawy Łączy do APN;
- 2) art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 362 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, w zakresie w jakim Zamawiający wskazał zbyt krótki termin dostawy kart USIM;
- 3) art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 362 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu

zamówienia oraz sporządzenia projektu umowy w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy, w zakresie w jakim Zamawiający wymaga dostawy karty USIM przez pracownika wykonawcy, bez udziału firm kurierskich i przewozowych;

- 4)art. 99 ust. 1 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 362 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, w zakresie w jakim Zamawiający wymaga świadczenia usług w technologii „2G oraz LTE” przez cały okres realizacji zamówienia i nie uwzględnił, że technologia 2G jest w Polsce (a także w Europie i na świecie) na etapie wyłaczania i istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że proces ten zakończy się przed zakończeniem okresu realizacji zamówienia, co więcej konieczność zapewnienia tej wycofywanej technologii powoduje wyższe ryzyko, gdyż jest to rozwiązanie coraz rzadziej wspierane, a więc bardziej podatne na ataki.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania:

- 1)modyfikacji poz. 4 tabeli zawartej w ust. 4 OPZ poprzez określenie, iż czas dostawy łącza do APN wynosi do 25 tygodni od dnia zawarcia umowy,
- 2)modyfikacji poz. 6 tabeli zawartej w ust. 4 OPZ poprzez wskazanie, że dostawa kart USIM, w przypadku pierwszego zamówienia nastąpi w terminie do 10 tygodni od dnia złożenia zamówienia, w a przypadku kolejnych zamówień, w terminie 14 dni roboczych od dnia złożenia zamówienia (nie wcześniej niż 10 tygodni od dnia złożenia pierwszego zamówienia),
- 3)modyfikacji pkt 3.4.16 OPZ oraz art. 5 pkt 5.3.10 projektu umowy poprzez wskazanie, że dostawy oraz odbiory kart USIM Wykonawca może realizować przy udziale firm przewozowych/kurierskich,
- 4)modyfikacji OPZ poprzez wskazanie, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w technologii 2G lub LTE.

W uzasadnieniu pierwszego zarzutu Odwołujący przywołał odnośne postanowienia OPZ i stwierdził m.in., że wymagania dotyczące SLA i sposobu jego weryfikacji wymuszają zapewnienie łącza światłowodowego, co oznacza, że przewidziany przez Zamawiającego termin na dostawę łącza do APN jest zbyt krótki. Termin dostawy łącza do APN jest jednym z elementów opisu przedmiotu zamówienia, dlatego Zamawiający musi ten termin ustalić z uwzględnieniem wskazanych w art. 99 ust. 1 Pzp wymagań i okoliczności mających wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejsze zobowiązania wynikające z zawartej umowy (tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2017, sygn. akt: KIO 1488/17).Przewidziany przez Zamawiającego okres na dostawę łącza do APN jedynie 25 dni roboczych jest okresem zbyt krótkim, zważywszy na rodzaj łącza jakie należy zapewnić oraz zakres prac jakie należy wykonać. Takie określenie terminu dostarczenia łącza do APN preferuje tych spośród dostawców usług, którzy już świadczą usługi we wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach. Niezależnie od technologii świadczenia usługi, operator telekomunikacyjny potrzebuje okresu przygotowawczego w celu realizacji prac niezbędnych do świadczenia tych usług. Co prawda Zamawiający nie wymaga obligatoryjnie świadczenia usług za pośrednictwem łącza w technologii światłowodowej, jednak wymagania dotyczące SLA pośrednio na to wskazują, żadna inna technologia nie zapewni wymaganych parametrów. Dla bezpieczeństwa i stabilności świadczenia usługi niezbędne jest dostarczenie usługi po sieci światłowodowej. W terminie wskazanym przez Zamawiającego, tj. 25 dni roboczych możliwe jest jedynie zestawienie łącza w technologii radiowej, która nie zapewni wskazanych powyżej parametrów. Odwołujący nie ma pewności, czy uzyska z Urzędu Komunikacji Elektronicznej kanał, który będzie tak szeroki, aby móc zestawić łącza 1 GB. Dodatkowo węzeł musi spełniać wytyczne odnośnie stabilności (odchyleń obiektów), nie można takiej radiolinii powiesić na maszcie, należy ją zamontować na kominie lub budynkach, aby zapewnić mniejsze drgania. Z powyższego wynika, że możliwość zapewnienia radiolinii, która spełni wymagania Zamawiającego (choć ta technologia tego nie umożliwi spełnienie tych wymagań w 100%), w rzeczywistości może być niemożliwa do realizacji. Wobec tego jedynym rozwiązaniem, które zapewni realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego jest technologia światłowodowa. Biorąc po uwagę wymagania Zamawiającego, uwarunkowania formalno-prawne przy budowie infrastruktury oraz terminy dostaw sprzętu definiowane przez producentów, termin narzucony przez Zamawiającego na dostawę łącza do APN jest nierealny, całkowicie oderwany od realiów rynkowych oraz zdecydowanie preferuje on wykonawcę obecnie świadczącego te usługi dla Zamawiającego. Z dużą dozą prawdopodobieństwa można stwierdzić, że przy takich warunkach ofertę będzie w stanie złożyć tylko wykonawca Polkomtel, obecnie je świadczący, a nawet jeżeli inny wykonawca zdecyduje się złożyć ofertę, to nie będzie ona konkurencyjna, gdyż będzie on musiał wliczyć w cenę oferty bardzo wysokie ryzyko kar umownych za niedotrzymanie terminu dostawy łącza do APN (4.000 zł za dzień

zwłoki- art. 12 pkt 12.7.2 projektu umowy). W tak krótkim czasie tylko wykonawca obecnie świadczący Zamawiającemu te usługi będzie w stanie „przygotować” infrastrukturę dla nowej umowy - bo w praktyce ma ją w pełni lub w znaczącej większości już przygotowaną. Pozostali Wykonawcy będą musieli taką infrastrukturę przygotować/wybudować, co biorąc pod uwagę obowiązujące w Polsce przepisy nie jest możliwe w tych terminach - budowa infrastruktury nie jest możliwa w ciągu 25 dni roboczych, a zaangażowanie większych zasobów kadrowych, technicznych i finansowych nie uczyni tego terminu realnym. Główne wymagania, które wpływają na okoliczność, że termin jest rażąco krótki, to:

- a. Konieczność podłączenia lokalizacji Zamawiającego do sieci WAN - trzeba wybudować lub/i pozyskać łącza w lokalizacjach Skarżysko-Kamienna Al. Marszałka J. Piłsudskiego 5 oraz Łódź ul. Tuwima 58, co choćby ze względu na uwarunkowania prawne nie jest możliwe w tak krótkim terminie – wymaga to przejścia procedury, która zostanie opisana w dalszej części odwołania;
- b. Konieczność uzyskania zgody właścicieli obiektów na instalację oraz uzgodnienie zakresu prac, uzgodnienia dokumentacji projektowej z Zamawiającym, właścicielem obiektu, Urzędami, uzgodnienia wykorzystania dostępności infrastruktury na terenie lokalizacji Zamawiającego, przebiegów trasowych itd.;
- c. Konieczność zapewnienia odpowiedniego sprzętu sieciowego.

Odwołujący stwierdził, że tak krótki termin realizacji łącza do APN jest niespotykany na rynku, gdzie standardem są tutaj raczej terminy realizacji sieci ustalone na poziomie 23-28 tygodni. Zdarza się nawet, że są to terminy jeszcze dłuższe i to niezależnie od liczby lokalizacji (budowa zgodnie z przepisami jednej lokalizacji zajmuje w praktyce tyle samo czasu co całej sieci, bo te prace dla każdej z lokalizacji odbywają się równolegle). Budowa łącz telekomunikacyjnych i uruchomienie usługi jest procesem czasochłonnym i wiąże się z podjęciem przez wyspecjalizowanych pracowników wykonawcy szeregu działań, w tym wydzierżawienia lub zestawienia łączy. Czas potrzebny wykonawcy na przygotowanie do świadczenia usług powinien uwzględniać, poza czasem przeprowadzenia prac związanych z pozyskaniem lub wybudowaniem łączy oraz instalacją infrastruktury, również czas niezbędny do uzyskania stosownych pozwoleń, zezwoleń, uzgodnień. Konieczność uzyskania szeregu zgód i pozwoleń powoduje, że proces budowy łącza może potrwać nawet kilka miesięcy. Biorąc pod uwagę najbardziej typowy przypadek budowy linii światłowodowej, z jakim spotykają się wykonawcy – tj. sytuację, gdy wybudowanie kompletnej linii światłowodowej wymaga budowy odcinka kanalizacji własnej oraz dzierżawy istniejącej kanalizacji od innego operatora np. od Orange Polska S.A., proces budowy z perspektywy wykonawcy wygląda następująco:

- a. Realizacja linii światłowodowej zaczyna się od wizji w terenie – trwa to 13 tygodnie. Wykonawca umawia się z właścicielem nieruchomości lub administratorem i zamawiającym w celu ustalenia miejsca dostarczenia usługi. Często zdarza się tak, że nie istnieje możliwość spotkania się z obiema stronami jednocześnie i w takiej sytuacji wizja musi de facto odbyć się dwukrotnie;
- b. Po spotkaniu konieczne jest pozyskanie rysunków budynku, na którym nanoszone są planowane przebiegi linii światłowodowej i pomieszczenia, gdzie dostarczana jest usługa. Następuje uzgodnienie z właścicielem/administratorem budynku i zamawiającym. Czas trwania tych uzgodnień to standardowo 30 dni, jednak z uwagi na stopień skomplikowania sprawy może ona potrwać nawet 60 dni. Wobec tego czas trwania tego etapu to średnio 4-8 tygodni;
- c. Wystąpienie do właściciela kanalizacji o ustalenie trasy przebiegu linii w kanalizacji w celu jej wydzierżawienia;
- d. Po otrzymaniu warunków od właściciela kanalizacji wykonawca przystępuje do wykonania projektu technicznego na dzierżawę kanalizacji. Projekt musi zostać zaakceptowany przez właściciela kanalizacji, co jednocześnie wiąże się z podpisaniem umowy na dzierżawę kanalizacji. Czas trwania tego procesu to standardowo ok. 4-8 tygodni;
- e. Następnie wykonawca musi wystąpić o mapę zasadniczą niezbędną do złożenia wniosku o Decyzję Lokalizacyjną. Czas złożenia wniosku i pozyskiwania mapy wynosi ok. 2 tygodni;
- f. Jeśli nieruchomość, przez którą ma przechodzić łącze lub budynek, do którego ma być ono podłączone jest wpisany do rejestru zabytków, budowa łącza wymaga uzyskania zgody konserwatora zabytków na instalację oraz uzyskania pozwolenie na budowę. W tym celu konieczne jest wykonanie projektu budowlanego. W takiej sytuacji konieczne jest również uzyskanie zgody od konserwatora zabytków na rozpoczęcie prac oraz uzyskanie nadzoru archeologicznego. Wymaga to również zawarcia umowy z muzeum na przejęcie artefaktów, które mogą zostać odkryte podczas prac budowlanych. Spełnienia opisanych powyżej wymogów konserwatora zabytków zajmuje standardowo od 5 do 20 tygodni;
- g. Kolejną okolicznością, którą należy mieć na uwadze jest sytuacja, gdy na trasie budowy łącza światłowodowego znajduje się rzeka lub inny ciek wodny i nie ma alternatywnej ścieżki poprowadzenia tego łącza. W takiej sytuacji

niezbędne jest wystąpienie do Wód Polskich o wydanie pozwolenia wodno-prawnego. Jednym z elementów poprzedzających wydanie takiego pozwolenia jest wykonanie operatu wodno-prawnego. Zwieńczeniem tej procedury jest podpisanie umowy z Wodami Polskimi. Czas wydawania pozwolenia wodno-prawnego, po przejściu wszystkich etapów pośrednich i uzyskaniu wszystkich niezbędnych pozwoleń, to standardowo 30 dni (z uwagi na stopień skomplikowania sprawy może on zostać przedłużone do 60 dni). Biorąc jednak pod uwagę czas trwania całej procedury związanej z zaangażowaniem Wód Polskich w proces budowy łącza, to w praktyce trwa on 12 - 26 tygodni;

- h. Podczas budowy łącza światłowodowego może się okazać, że na trasie jej przebiegu znajduje się droga krajowa lub autostrada podlegająca Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad. Taka inwestycja wymaga wówczas wystąpienia o decyzję lokalizacyjną. Z doświadczenia Odwołującego w realizacji analogicznych inwestycji wynika, że w przypadku niektórych rejonów procedura ta trwa 4 - 8 tygodni (standardowy termin 30 dni może zostać wydłużony do 60 dni);
- i. Następny krok, to wystąpienie o mapę zasadniczą do złożenia wniosku o decyzję Lokalizacyjną. Czas trwania tej procedury to standardowo ok. 2 tygodnie;
- j. Kolejna okoliczność wpływająca na czas trwania budowy łącza, to przecięcie trasy, którą ma biec łącze z linią kolejową lub terenem kolejowym. W takiej sytuacji również powstaje konieczność uzyskania decyzji lokalizacyjnej na tereny kolejowe, co wiąże się z koniecznością uzyskania map do celów projektowych kolejowych, wykonania projektu, uzgodnienie z Zespołem Uzgadniania Dokumentacji Projektowej, podpisaniem umowy z właścicielem terenu kolejowego, którym są zwykle różne podmioty związane z PKP. Z doświadczenia Odwołującego wynika, że czas trwania tej procedury jest bardzo niejednorodny i wynosi od 8 do nawet 78 tygodni;
- k. Jeśli okaże się, że na planowanej trasie budowy łącza znajdują się obszary infrastruktury objęte gwarancją wykonanych robót (gwarancja udzielona na nowobudowany fragment chodnika, jezdni, etc.) wykonawca musi przeprowadzić negocjacje i zawrzeć umowę z wykonawcą tych robót. Wiąże się to nie tylko z wydłużeniem procesu inwestycyjnego, ale również dodatkowymi kosztami. Standardowo proces ten trwa 4 - 8 tygodni, czasem powstaje konieczność przeprocesowania nowej gwarancji;
- l. Po otrzymaniu decyzji lokalizacyjnej należy wystąpić o mapy do celów projektowych i złożyć wniosek o uzgodnienie projektu na Naradzie Koordynacyjnej tzw. Zespołu Uzgodnień Dokumentacji. Na tej podstawie opracowywany jest projekt budowlany;
- m. W przypadku konieczności przejścia łącza przez działki prywatne lub miejskie (nie będące w tzw. pasie drogowym co reguluje decyzja lokalizacyjna), istnieje potrzeba ustalenia ich właścicieli i przeprowadzenia negocjacji w celu ustalenia warunków finansowych ze przejście przez te działki. Jeśli działki są własnością miasta/gminy wykonawca jest zobowiązany do podpisania dodatkowej umowy zobowiązującej wykonawcę do opłacenia kosztów wykonania operatu wyceniającego służebność, poniesienia kosztów aktu notarialnego dot. ustanowienia służebności przesyłu. Czas trwania takich negocjacji to 4-8 tygodni;
- n. Kolejny krok to przygotowywanie projektu organizacji ruchu i jego uzgodnienia (w zależności od kategorii drogi) z Policją i u Starosty lub Marszałka lub Prezydenta Miasta). Trwa to ok 6-8 tygodni;
- o. Następnie należy przygotować i złożyć wniosek o umieszczenie infrastruktury w gruncie (na stałe) i o czasowe zajęcie pasa drogowego na czas budowy. Zgodnie z przepisami urząd ma na odpowiedź 30 dni, ale istnieje możliwość wydłużenia tego czasu do 60 dni;
- p. Po przejściu wszystkich powyższych kroków i uzyskaniu niezbędnych dokumentów, na 5 dni roboczych przed planowanym rozpoczęciem prac budowlanych wykonawca składa wniosek do właściciela kanalizacji o udostępnienie infrastruktury (termin ten wynika z umowy z właścicielem kanalizacji);
- q. Czynności związane stricte z budową łącza, w zależności od długości linii i poziomu skomplikowania, trwają od kilku dni do ok. 3 tyg., przy założeniu, że nie wystąpią nieprzewidziane niedrożności kanalizacji dzierżawionej od obcego operatora. Wieloletnie doświadczenie Odwołującego w budowie łącz światłowodowych pokazuje, że w przypadku zadań typowych (czyli takich, w których nie występują utrudnienia typu konieczność angażowania konserwatora zabytków, Wód Polskich, podmiotów związanych z PKP, GDDKiA, obszarów objętych gwarancjami, problemy własnościowe z gruntami, inne nieprzewidziane problemy administracyjne, niedrożności dzierżawionej kanalizacji), standardowy czas realizacji łącza wynosi minimum 25 tygodni. Nieprzewidziane okoliczności i sytuacje dodatkowo ten proces wydłużają;

Następnie Odwołujący stwierdził, że czynności zarówno formalne, jak i techniczne konieczne dla wybudowania

infrastruktury w technologii światłowodowej zajmują odpowiedni czas, którego skrócenie nie jest możliwe nawet przy odpowiednim zaangażowaniu i potencjale wykonawców. Wykonawca nie ma np. wpływu na terminy wynikające z przepisów prawa administracyjnego, które przewidują co do zasady 30-dniowy termin, zobowiązujący do oczekiwania na odpowiedź, z możliwością jego wydłużenia. Tak m.in. również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2011 r., sygn. KIO 2124/11: „Izba z oczywistych względów przyznała rację odwołującemu, że wyznaczony czas na aktywację usługi musi uwzględniać również inne uwarunkowania - uzyskanie koniecznych decyzji administracyjnych: na zajęcie pasa drogowego, przydziału częstotliwości radiowej, czy uzgodnień kolizyjnych sieci uzbrojenia terenu.” W celu przygotowania do świadczenia usług, konieczne jest stworzenie i uzgodnienie dokumentacji projektowej, przeprowadzenie prac budowlanych, uzyskanie pozwoleń lub zgód albo dopełnienie obowiązków w zakresie zgłoszeń, zarówno bezpośrednio dotyczących budowy, jak i powiązanych (np. uzyskanie zgody na zajęcie pasa drogowego). Nie jest możliwe podejmowanie przez Wykonawcę jakichkolwiek inwestycji przed zawarciem umowy. Zatem wyłącznie stosowne wydłużenie terminu na wdrożenie umożliwi zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. W przeciwnym wypadku, krótki maksymalny termin na wykonanie prac staje się de facto kryterium ograniczającym, czy też eliminującym konkurencję w Postępowaniu. Ponadto Zamawiający przewidział w przypadku niedotrzymania terminu zestawienia Łącza do APN – 4000,00 zł za każdy dzień zwłoki. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia powinien uwzględnić istniejące realia rynkowe oraz potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu tak, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której dochodzi do zawężenia kręgu wykonawców poprzez nieuzasadnione w obiektywny sposób postanowienia SWZ. Nie można dopuścić do sytuacji, w której to opis przedmiotu zamówienia, a nie treść ofert, zdecydują komu Zamawiający udzieli zamówienia. Powyższe działanie Zamawiającego ma miejsce na etapie poprzedzającym składanie ofert, w konsekwencji czyni z opisu przedmiotu zamówienia quasi warunek udziału w postępowaniu. Cel, który zamierza osiągnąć Zamawiający przeprowadzając przedmiotowe postępowanie nie uzasadnia takiego ograniczenia. Przewidziany przez Zamawiającego czas na zapewnienie Łącza do APN - uruchomienie zwymiarowanej, redundantnej infrastruktury z wykorzystaniem dwóch niezależnych łączy do APN o przepływności min. 300 Mbit/s zestawionych przez wykonawcę do wskazanych przez Zamawiającego lokalizacji, zakończonych urządzeniami aktywnymi (routerami) Wykonawcy z uruchomioną funkcjonalnością automatycznego przełączania routingu między łączami w przypadku nieprawidłowego działania, w tym Awarii – jest krótszy niż czas przewidziany przez Zamawiającego na zwiększenie przepustowości na istniejących już łączach. Zgodnie z pkt 3.1.4 OPZ zwiększenie pasma na żądanie Zamawiającego każdego z łączy do 500 Mb/s ma nastąpić w terminie do 200 dni od daty podpisania Umowy, zaś czas przewidziany na budowę łącza to jedynie 25 dni roboczych.

Z uwagi na powyższe okoliczności, w ocenie Odwołującego należy dokonać modyfikacji dokumentów zamówienia poprzez wydłużenie terminu na dostawę łącza do APN do 25 tygodni od dnia zawarcia umowy, a co za tym idzie zbliżenie go do terminu przewidzianego dla zwiększenia przepustowości istniejących łączy. Budowa łącza od podstaw jest bardziej czasochłonna niż podwyższenie przepustowości łącza, wobec tego brak jakiegokolwiek uzasadnienia dla takich rozbieżności w tych terminach. O ile Zamawiający prawidłowo ocenił czasochłonność podwyższenia przepustowości łączy, o tyle zupełnie nieracjonalnie wskazał termin na dostawę łącza do APN, pomijając zupełnie, że sformułowane wymagania narzucają budowę łącza światłowodowego.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego terminu dostawy kart USIM Odwołujący wskazał na postanowienia OPZ i stwierdził, że w skrajnej sytuacji, wykonawca byłby zobowiązany do dostawy nawet 600.000 kart USIM w terminie 8 tygodni od dnia zawarcia umowy (pierwsze zamówienia Zamawiający mógłby bowiem złożyć już w pierwszym dniu obowiązywania umowy). Zdaniem Odwołującego przewidziany przez Zamawiającego termin dostawy kart USIM zamówionych w ramach pierwszego zamówienia, jak i terminy dostawy kolejnych zamówień, tj. 7 dni roboczych od dnia zamówienia, są zdecydowanie zbyt krótkie. Zamawiający nie wziął pod uwagę, że przedmiotem zamówienia nie są zwykłe karty SIM, które wykorzystywane są w telefonach komórkowych czy modemach, a tzw. karty wzmocnione, które nie są powszechnie stosowane, dlatego operatorzy telekomunikacyjni nie dysponują dużymi zapasami tego rodzaju kart. Zamawiane są one raczej pod konkretne realizacje. Wobec tego, aby zrealizować zamówienie konieczne jest zamówienie u producenta kart dedykowanych pod to konkretne postępowanie. Żaden z operatorów nie dysponuje takimi zapasami. Aby dotrzymać terminu dostawy określonych przez Zamawiającego, wykonawca musiałby zlecić produkcję jeszcze przed zawarciem umowy, a nawet przed rozstrzygnięciem postępowania. Wykonawca nie może się narażać na koszty, których rekompensaty może nie uzyskać.

Odwołujący podał, że proces dostawy kart USIM na rzecz Zamawiającego wymaga czasu niezbędnego na: dokonanie zamówienia kart u producenta, ich produkcję, dostarczenie kart do wykonawcy, przeprowadzenia przez wykonawcę testów, odpowiednią konfiguracją kart, dostarczenie kart do lokalizacji wskazanych przez Zamawiającego. Zgodnie z ofertą uzyskaną od jednego z producentów kart USIM, czas produkcji i dostawy kart do operatora to 6-7 tygodni

(przy czym oferta ta dotyczyła wolumenu jedynie 400.000 kart USIM, a w ramach pierwszego zamówienia Zamawiający może oczekiwać dostawy nawet ponad 600.000 kart). Termin ten nie uwzględnia ponadto czasu niezbędnego na przeprowadzenie przez wykonawcę testów, konfiguracji, czynności administracyjnych oraz czasu niezbędnego na proces dostawy kart do jednostek Zamawiającego. Z doświadczenia wykonawcy wynika, że czas niezbędny na dostawę pierwszej partii kart USIM powinien wynosić 10 tygodni od dnia zamówienia, zaś w przypadku kolejnych zamówień 14 dni roboczych od dnia zamówienia. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była „Dostawa kart SIM i świadczenie usług transmisji danych M2M w sieci komórkowej”, znak sprawy POST/DYSK/OSK/LZA/04498/2023, Zamawiający przewidział analogiczny termin dostawy kart USIM w ramach pierwszego zamówienia – 8 tygodni, jednak tamto postępowanie dotyczyło znacznie mniejszego wolumenu kart SIM, tj. 400.000 kart, a zatem czas niezbędny na produkcję i dostawę takiej ilości kart powinien być odpowiednio dłuższy, w tym przypadku niezbędny czas to 10 tygodni. Jeżeli chodzi o terminy dostawy kolejnych zamówień, to termin 7 dni roboczych również nie jest wystarczający. W celu realizacji zamówienia wykonawca musi wykonać procedurę polegającą m.in. na przyjęciu i weryfikacji zamówienia, jego zatwierdzenia, pakowania, wysyłki i transportu. Procedurę ta trwa łącznie ok. 14 dni roboczych. Czynności niezbędne do wykonania w ramach kolejnych zamówień będą więc trwały ok. 14 dni roboczych. Biorąc pod uwagę art. 12 pkt 12.7.1. projektu umowy i przewidzianą w tym postanowieniu karę umowną za zwłokę w dostarczeniu Kart USIM, zgodnie z zamówieniem w wysokości 25% wartości wyznaczonej jako iloczyn niedostarczonej liczby Kart USIM i wartości jednostkowej miesięcznego abonamentu netto, przy czym w żadnym wypadku nie mniej niż 100,00 zł za każde zakończone 7 dni kalendarzowe zwłoki, wydłużenie czasu dostawy kolejnych zamówień do 14 dni roboczych jest uzasadnione. W innym przypadku Odwołujący i pozostali wykonawcy, mając świadomość, że 7 dni roboczych nie wystarczy na dostawę kart USIM, będą zmuszeni uwzględnić w kalkulacji ceny oferty wskazane powyżej kary umowne, co przełoży się na ceny ofert i koszty, jakie będzie musiał ponieść Zamawiający.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego sposobu dostawy kart USIM, Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 3.4.16 OPZ „Dostawy oraz odbiory Kart USIM Wykonawca będzie realizował własnymi zasobami bez udziału firm przewozowych/kurierskich.” Analogicznie wskazano w art. 5 pkt 5.3.10 projektu umowy. Zamawiający potwierdził to również w wyjaśnieniach SWZ z dnia 15.03.2024 r. (pytanie nr 13), z których wynika, że Zamawiający wymaga, aby dostawę kart wykonał pracownik Wykonawcy. Zdaniem Odwołującego wymóg ten nie jest adekwatny do przedmiotu zamówienia. Obowiązek osobistego dostarczenia przez wykonawcę kart SIM jest sprzeczny z powszechną praktyką. Zasadniczo bowiem operatorzy telekomunikacyjni dostarczają karty SIM, urządzenia, itp. za pośrednictwem firm kurierskich lub przewozowych bez względu na rodzaj zamówienia i kategorię zamawiającego. Operatorzy telekomunikacyjni nie mają wypracowanych procedur dostawy i odbioru kart USIM, gdyż tak jak wskazano powyżej, nie jest to praktykowane. Nie posiadają odpowiednio dostosowanych pojazdów, przeszkolonych w tym zakresie i dedykowanych do tego pracowników czy wewnętrznych procedur dot. dostawy i przewozu. Konieczność osobistej dostawy kart SIM będzie się wiązała z wysokimi kosztami, które przełożą się na cenę ofert w postępowaniu, a co za tym idzie na wysokość kosztów, jakie będzie musiał ponieść Zamawiający, podczas gdy taki sposób realizacji dostaw nie będzie wcale oznaczał wyższej jakości, skuteczności, bezpieczeństwa czy wyższego standardu tego rodzaju usług. Praktyką jest powierzanie zakresu dot. dostarczania kart i urządzeń wyspecjalizowanym podmiotom. Profesjonalne firmy transportowe i kurierskie zapewniają wykonania tych usług z zachowaniem najwyższych standardów jakościowych. Posiadają odpowiedni sprzęt, wypracowane procedury, a każda przesyłka jest odpowiednio ubezpieczona. Zamawiający nie powinien mieć obaw przed tego typu sposobem dostawy, gdyż nawet w przypadku ewentualnych problemów z dostawą, obciążają one wykonawcę, to wykonawca procesuje po swojej stronie wszystkie potencjalne reklamacje związane z brakiem doręczenia przesyłki, jej zaginięciem lub uszkodzeniem, wobec tego Zamawiający nie jest obarczany tym zakresem. Wymóg, aby dostawa i odbiór kart USIM były wykonywane bezpośrednio przez pracownika wykonawcy, jest odosobniony w praktyce postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Zwracam uwagę, że żaden z przedsiębiorców energetycznych w przypadku dostawy tego rodzaju kart nie formułuje zakazów dostawy kart przez firmę kurierską lub przewozową. Tytułem przykładu Odwołujący wskazał na postępowania:

- a.postępowanie prowadzone przez ENEA Operator sp. z o.o., którego przedmiotem było „Świadczenie usług transmisji danych za pośrednictwem kart SIM (170.000 sztuk) dla układów pomiarowo-rozliczeniowych wraz z usługami APN”, oznaczenie sprawy: RPUZ/P/1036/2022/DT,
- b.postępowanie prowadzone przez Tauron, którego przedmiotem była „Dostawa usług transmisji danych GSM/LTE na potrzeby telemetryczne (LZO)”, nr postępowania PNP/TOK/00348/2024
- c.postępowanie wykonawcze do umów ramowych zawartej z T-Mobile i Polkomtel na usługi M2M prowadzone przez ENERGA-OPERATOR S.A., nr postępowania N/1/0004/2024.

Następnie Odwołujący stwierdził, że o ile dostarczenie kart USIM do Zamawiającego nie będzie w tym przypadku

podwykonawstwem, to nawet ograniczanie możliwości powierzenia podwykonawstwa, a zatem obowiązek osobistego wykonania określonego zakresu zamówienia jest możliwe tylko w szczególnych okolicznościach. Art. 121 Pzp przewiduje uprawnienie zamawiającego zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania części zamówienia (a zatem wyłącznie podwykonawstwa), ale wyłącznie w zakresie kluczowych zadań dotyczących zamówień na usługi, a nie każdego rodzaju zadań. Wobec tego zasadą jest, że każdy rodzaj zadań można podzlecić, a jedynie w odniesieniu do najbardziej znaczących zadań dot. przedmiotu zamówienia, zamawiający może wymagać osobistej ich realizacji przez wykonawcę. Analogicznie w tym przypadku, brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla wyłączenia możliwości korzystania z firm kurierskich czy przewozowych, które profesjonalnie trudnią się w tego rodzaju usługach. Dostarczenie kart nie jest krytyczne czy wrażliwe z punktu widzenia zagwarantowania należytego wykonania zamówienia, jest to czynność techniczna. Wprowadzone przez Zamawiającego ograniczenie jest wymaganiem nadmiernym i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Taki wymóg byłby uzasadniony, gdyby wykonawcy posiadali szczególne kwalifikacje, umiejętności, środki pozwalające na realizację tych usług na wyższym poziomie, jednak w tej sytuacji jest odwrotnie - firma kurierska z pewnością zapewni w tym zakresie wyższą jakość usług, niż wykonawca, który na co dzień takiego zakresu nie realizuje.

W uzasadnieniu czwartego zarzutu, Odwołujący podał, że zgodnie z ust. 2 pkt 2.1. OPZ „Przedmiotem zamówienia jest świadczenie przez Wykonawcę (zwanym dalej również „Operatorem”) usług telekomunikacyjnych na potrzeby Zamawiającego w szczególności usług telekomunikacyjnych telefonii komórkowej w zakresie pakietowej transmisji danych wraz z dostawą aktywnych i odpowiednio skonfigurowanych kart USIM zapewniających realizację Usług Transmisji Danych w technologii 2G/LTE.” W ust. 1 OPZ Zamawiający wyjaśnił, że przez „2G/LTE – Telefonía komórkowa drugiej generacji oraz LTE” rozumie „Zbiór wymaganych technologii komunikacyjnych 2G oraz LTE obsługiwanych przez modem, rozumianych jako dwa niezależne łącza komunikacyjne”. Zamawiający wymaga więc świadczenia usług w technologii 2G oraz LTE przez cały okres realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego ze względów technologicznych nie będzie to jednak możliwe i dlatego wskazane jest dopuszczenie możliwości świadczenia usług w technologii „2G lub LTE”. Operatorzy telekomunikacyjni planują bowiem w nadchodzących latach całkowite wyłączenie sieci 3G oraz 2G w całej Europie (proces ten już się rozpoczął i jest sukcesywnie kontynuowany). Również w Polsce najwięksi operatorzy komórkowi już zaczęli wyłączać sieci 2G i 3G. Z doniesień medialnych oraz oficjalnych informacji przekazywanych przez poszczególnych operatorów wynika np. że Polkomtel planuje zakończyć proces wyłączania sieci 3G i 2G do 2027 r., Orange zamierza wyłączyć 3G do końca 2025 r., a 2G do 2030 r. (informacja z oficjalnej strony internetowej Orange), również T-Mobile ma w planach, aby w niedalekiej przyszłości wyłączyć sieć 2G i 3G. Jest to dominujący trend na rynku telekomunikacyjnym zarówno w Europie, jak i Ameryce Północnej czy Azji. Są to zmiany techniczne wprowadzane w całej Europie i w pozostałej części świata i nie ma możliwości, aby na potrzeby jednego projektu operatorzy utrzymywali sieć 2G. Zmiany technologiczne dotyczą de facto wszystkich operatorów (każdy z nich na przestrzeni kilku następnych lat będzie zmuszony do rezygnacji z sieci 2G i 3G). Głównym powodem wyłączania sieci 2G i 3G jest potrzeba zwolnienia częstotliwości dla nowszych sieci 4G i 5G. Wraz z postępem technologicznym najstarsze technologie komórkowe stają się przestarzałe. Sieci 2G i 3G są wyłączane, aby zwiększyć przepustowość i poprawić wydajność nowszych sieci. Operatorzy są zmuszeni migrować pasmo ze starych technologii do nowszych, aby sprostać wymaganiom nowych rozwiązań. Ruch DATA 2G już teraz jest śladowy i stale maleje, podczas gdy przez 4G i 5G transferowane jest blisko 100% ruchu DATA. Aby adresować problemy pojemnościowe, operatorzy muszą przeznaczać pasmo wykorzystywane na potrzebny 2G na nowsze technologie, przez które transferowany jest ruch. Obecnie z uwagi m.in. na RODO oraz sytuację polityczną na świecie, operatorzy telekomunikacyjni bardzo uważnie śledzą wszystkie pojawiające się informacje o sposobach wykorzystywanych przez hakerów do ataków na infrastrukturę sieciową (IT, telco, aplikacje klientów itd.). Jeżeli pojawia się taka podatność, operatorzy z najwyższym priorytetem starają się jej przeciwdziałać. W tym celu najczęściej nie wystarcza tylko wiedza inżynierska pracowników operatora – konieczne są interwencje dostawców oprogramowania i sprzętu, a to oznacza, że dostawcy muszą również przygotowywać czasowe zabezpieczenia dla wszystkich swoich produktów. Dla rozwiązań, które wychodzą z użycia (2G i 3G) takie czasowe zabezpieczenia są rzadziej przygotowywane, co powoduje, że operator używający takich rozwiązań jest narażony na ryzyko związane z używaniem podatnych na ataki rozwiązań. Gdy operator posiada usługi wykorzystujące kilka pasm radiowych (jak np. 2G i LTE), to w przypadku braku zasięgu wyższej technologii (tu LTE), klient „spada” do technologii niższej (tu 2G). Jeżeli w sieci rdzeniowej rozwiązania obsługujące oba typy dostępu radiowego nie mają tych samych mechanizmów obrony sieci przed jednoczesnym masowym logowaniem się do sieci urządzeń klientów (jak np. zsynchronizowany restart urządzeń tego samego klienta, który ma setki tysięcy terminali), to klienci, którzy nie dostaną się do sieci LTE przełączają się do sieci 2G. W przypadku gdy rozwiązania w sieci 2G nie są odporne na tego rodzaju zachowanie klienta, może dojść do niedostępności sieci dla tego klienta i wszystkich pozostałych klientów. Im bardziej skomplikowana jest sieć operatora (obsługująca wiele typów dostępu), tym bardziej niezbędne jest, aby wszystkie jej elementy (sieci dostępowe, sieć rdzeniowa, systemy obsługujące klienta itd.)

miały równorzędne funkcjonalności pozwalające zaprojektować spójne rozwiązanie. Powyższe uzasadnia modyfikację OPZ poprzez dopuszczenie alternatywnego rozwiązania, tj. zastąpienie „2G oraz LTE” rozwiązaniem „2G lub LTE”. Odwołujący dodał, że urządzenia, które działają w sieci 2G będą prawidłowo funkcjonowały również w sieci LTE.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu nr 2 i zarzutu nr 4 oraz o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1 i nr 3.

W uzasadnieniu swojego stanowiska odniesieniu do zarzutu nr 1 Zamawiający podał w szczególności, że przeanalizował swoje potrzeby w ramach obecnego postępowania i ocenił na ile możliwe jest wydłużenie terminu dostawy łączy do APN, przy uwzględnieniu jego potrzeb, co skutkowało dokonaniem dodatkowej modyfikacji poz. 4 tabeli zawartej w ust. 4 OPZ poprzez określenie, iż czas dostawy Łącza do APN wynosi do 12 tygodni od dnia zawarcia umowy. Zamawiający wskazał, iż termin ten jest maksymalnym terminem w jakim muszą zostać dostarczone łączy do APN, aby zabezpieczyć potrzeby Zamawiającego w zakresie usługi transmisji danych (zakontraktowanych w ramach zamówienia) bez negatywnych konsekwencji dla procesu biznesowego Zamawiającego, w tym umożliwić m.in. realizację zobowiązań ustawowych. Zamawiający stwierdził, że ma pilną potrzebę i nie może wydłużyć terminu dostawy łączy do APN o czas żądany przez Odwołującego, co potwierdza chociażby skrócenie terminu na składanie ofert. Jest to postępowanie nieplanowane, ogłoszone z uwagi na zwiększone zapotrzebowanie w ramach Programu LZO i przesunięcie rozstrzygnięcia postępowania zakupowego na usługi wdrożenia i świadczenia usług wirtualnego operatora sieci komórkowej (MVNO). Zamawiający realizuje program masowej wymiany liczników energii elektrycznej na liczniki zdalnego odczytu (Program LZO), w których wykorzystywane są usługi transmisji danych M2M w sieci komórkowej świadczone przez wykonawców. Program LZO realizowany jest w celu wypełnienia zobowiązań Zamawiającego nałożonych na niego przez przepisy ustawy – prawo energetyczne, która zobowiązuje Zamawiającego m.in. do wyposażenia co najmniej 80 % odbiorców końcowych w liczniki zdalnego odczytu do końca roku 2028 (zgodnie z art. 11t ustawy – prawo energetyczne). Ponadto konieczność zapewnienia usług transmisji danych wynika z obowiązków wynikających z ustawy prawo energetyczne oraz ustawy o odnawialnych źródłach energii w zakresie instalacji liczników zdalnego odczytu w ramach procesu przyłączania mikroinstalacji (prosumentów) do sieci dystrybucyjnej i udostępniania danych profilowych dot. energii pobranej i wprowadzonej do sieci OSD przez odnawialne źródła energii. Od roku 2023 nie realizuje się instalacji w Spółce liczników niewyposażonych w funkcjonalność zdalnego odczytu, co determinuje konieczność zapewnienia usług transmisji danych na określonym poziomie. Usługa świadczona w ramach umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania zakupowego ma na celu zapewnienie zapotrzebowania w roku 2024 r. na karty USIM/M2M i usługi transmisji danych, w zastępstwie usługi dostarczanej w ramach postępowania wdrożenia i świadczenia usług wirtualnego operatora sieci komórkowej (MVNO). Postępowanie to realizowane na rzecz PGE Dystrybucji przez Spółkę w PGE Systemy S.A. w zakresie telemetrii (M2M) mającej zabezpieczyć zapotrzebowanie na karty USIM/M2M Programu LZO do czasu produkcyjnego uruchomienia usługi sieci łączności specjalnej LTE45C (sukcesywne uruchamianie usługi LTE450 na obszarze PGE Dystrybucja S.A. od I kwartału 2025 r.) ulega kolejnym przesunięciom wskutek długotrwałych procesów związanych z odwołaniem do KIO, a także skargi do Sądu Okręgowego. Powyższe powoduje, iż niniejsze postępowanie nie mogło zostać wszczęte wcześniej i ma wypełnić luki w świadczeniu usług transmisji danych, spowodowane ww. zwiększoną ilością wymian liczników w ramach programu LZO oraz opóźnieniem w rozstrzygnięciu ww. postępowania na MVNO. W związku z powyższym, z uwagi na konieczność uzasadnionych potrzeb Zamawiającego nieakceptowalne jest dla Zamawiającego wydłużenie terminu na uruchomienie usługi z obecnych około 12 tygodni do minimum 25 tygodni od dnia podpisania Umowy. Powyższe spowoduje poważne trudności z realizacją zapotrzebowania strony biznesu Programu Liczników Zdalnego Odczytu (LZO) na karty USIM/M2M w okresie czerwiec-październik 2024 r., a w konsekwencji realizacją zobowiązania ustawowego do wyposażenia co najmniej 35 % odbiorców końcowych w liczniki zdalnego odczytu do końca roku 2025 r. (art. 11t ust. 2 ustawy – prawo energetyczne). Brak zrealizowania zobowiązań ustawowych w zakresie wymian liczników na liczniki zdalnego odczytu może spowodować nałożenie kary przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki w wysokości do 15 % przychodu Zamawiającego. Zamawiający dodatkowo wskazał, że ma wątpliwości co do rzeczywistych potrzeb Odwołującego w zakresie wydłużenia terminu dostawy łączy do APN. W roku 2022 (POST/DYS/OSK/LZA/11230/2022) oraz 2023 (POST/DYS/OSK/LZA/04498/2023) Zamawiający przeprowadzał analogiczne postępowania zakupowe, gdzie zarówno Odwołujący, jak i przystępujący po stronie Odwołującego (Orange) złożyli ofertę, a czas na uruchomienie łączy do APN-ów wynosił około 5 tygodni (25 Dni Roboczych), czyli tak jak pierwotnie w niniejszym postępowaniu. Czas uruchomienia łączy do APN-ów dla tych postępowań nie był wtedy dla Wykonawców problemem. Także na etapie pytań zadawanych Zamawiającemu Wykonawcy nie poruszali tej kwestii jako problematycznej. Zamawiający na dowód przedstawił treść SWZ oraz zestawienie złożonych ofert z przywołanych powyżej postępowań. Powyższe zdaniem Zamawiającego potwierdza, że zapis jest proporcjonalny i nie dyskryminuje żadnego z wykonawców, skoro zarówno Odwołujący, jak i Orange Polska S.A (i także Polkomtel sp. z o.o.) złożyli oferty w warunkach tożsamyh jak warunki w niniejszym

postępowaniu. Powyższe wskazuje, iż warunek ten nie ma wpływu na rzeczywistą możliwość złożenia oferty przy kwestionowanym terminie dostawy łącza do APN. Powyższą wątpliwość co do faktycznych potrzeb Odwołującego w zakresie wydłużenia terminu dostawy łącza do APN potwierdza także opieszałość Odwołującego, czy Orange Polska S.A. w pozyskaniu wiedzy pozwalającej na prawidłową ocenę czasu niezbędnego do dostarczenia łącza w lokalizacjach wskazanych w niniejszym postępowaniu. Odwołujący wskazuje w odwołaniu, iż „realizacja linii światłowodowej zaczyna się od wizji w terenie – trwa to 1-3 tygodnie”, a jednocześnie nie skorzystał w tym zakresie z możliwości jakie daje mu SWZ i nie przeprowadził wizji lokalnej w obu lokalizacjach. Taka niefrasobliwość Odwołującego jest zastanawiająca, szczególnie w świetle zarzutów, które w tym zakresie formułuje. Zarówno Odwołujący, jak i Orange Polska nie ustalili u Zamawiającego dokładnej lokalizacji miejsca, gdzie ma być dostarczone łącza do APN, a mają taką możliwość w ramach wizji lokalnej przewidzianej w SWZ. Zamawiający ze względów bezpieczeństwa nie zawarł w SWZ dokładnych lokalizacji, bowiem w tych miejscach znajdują się Centra Przetwarzania Danych Zamawiającego – infrastruktura krytyczna w zakresie transmisji danych i ze względów bezpieczeństwa informacje o dokładnej lokalizacji (i możliwość oględzin tego miejsca) przekazywane są wykonawcom dopiero po podpisaniu stosownej klauzuli o zachowaniu poufności. Podmioty te nie były dotychczas zainteresowane ustaleniem lokalizacji tych miejsc, co pozwoliłoby im na precyzyjne określenie czasu realizacji łącza do APN. Z tej prawdopodobnie przyczyny pojawiły się w odwołaniu chybione zarzuty jakoby czas konieczny do realizacji łącza do APN powinien przewidywać m.in. konieczność pozyskania zgody konserwatora zabytków, czy GDDKiA. Gdyby Odwołujący wykonał wizję lokalną, wiedziałby, że w lokalizacjach serwerowni, w których Zamawiający planuje zakończyć łącza do APN-ów nie występują ww. ograniczenia w realizacji. Co więcej w lokalizacjach tych jest wielu dostawców, zarówno infrastruktury światłowodowej, jak i samych łącz cyfrowych, którzy z powodzeniem mogą zaspokoić oczekiwania Odwołującego w zakresie np. wydzierżawienia takiej infrastruktury. Jak Zamawiający ustalił u jednego z dostawców (Exatel), ma on zawarte umowy ramowe ze wszystkimi operatorami publicznymi i w ramach tych umów wydzierżawienie infrastruktury w lokalizacjach Zamawiającego trwałoby ok. 3 tygodni. Gdyby Odwołujący i Orange Polska sp. z o.o. wykazali większe zainteresowanie ustaleniem rzeczywistego terminu dostawy łącza do APN do lokalizacji Zamawiającego, z łatwością mogliby pozyskać te informacje, jak i te, że wskazywane przez Odwołującego w odwołaniu lokalizacje realizacji łącza do APN, nie są prawidłowe. Odwołujący wskazuje bowiem w odwołaniu: „Konieczność podłączenia lokalizacji Zamawiającego do sieci WAN – trzeba wybudować lub/i pozyskać łącza w lokalizacjach Skarżysko-Kamienna Al. Marszałka J. Piłsudskiego 5 oraz Łódź ul. Tuwima 58 co choćby ze względu na uwarunkowania prawne nie jest możliwe w tak krótkim terminie – wymaga to przejścia procedury, która zostanie opisana w dalszej części odwołania”. Nie jest Zamawiającemu wiadomo na jakiej podstawie Odwołujący twierdzi, iż to właśnie tam będzie budował łącza (takich informacji na pewno nie uzyskał od Zamawiającego). Gdyby Odwołujący skontaktował się z osobami wskazanymi w OPZ do udzielenia informacji szczegółowej wiedziałby, jakie Zamawiający przewiduje lokalizacje oraz jakie możliwości zestawienia łącz cyfrowych dają prawdziwe lokalizacje, gdzie mają być realizowane łącza, tymczasem postawiony Zamawiającemu zarzut oparto na błędnych przypuszczeniach i domniemaniach Wykonawcy.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 Zamawiający wskazał, iż uwzględnił ten zarzut odwołania i w dniu 25 marca 2024 r. dokonał stosownych modyfikacji treści SWZ w ten sposób, iż dokonał zmiany w Załączniku nr 1 do SWZ – OPZ w pkt. 4 Produkty i harmonogram wdrożenia poz. 6. Dostawa Kart USIM poprzez wskazanie, że dostawa kart USIM, w przypadku pierwszego zamówienia nastąpi w terminie do 10 tygodni od dnia złożenia zamówienia, w a przypadku kolejnych zamówień, w terminie 14 dni roboczych od dnia złożenia zamówienia (nie wcześniej niż 10 tygodni od dnia złożenia pierwszego zamówienia).

W odniesieniu do zarzutu nr 3 Zamawiający wskazał w szczególności, że w jego ocenie określenie takiego wymogu (tj. dostaw kart bez udziału firm kurierskich i przewozowych) nie narusza art. 99 ustawy Pzp, ani też art. 16pkt 2 i 3 ustawy Pzp (w zw. z art. 362 Pzp). Należy zauważyć, iż art. 121 ustawy Pzp przyznaje Zamawiającemu prawo do zastrzeżenia czynności do osobistego wykonania przez Wykonawcę i Zamawiający z tego prawa skorzystał. Zamawiający traktuje kwestię dostawy kart jako kluczowe zadanie w ramach zamówienia, w szczególności z punktu widzenia bezpieczeństwa świadczenia usług transmisji danych w ramach przedmiotu zamówienia. Ograniczenie możliwości ingerencji osób trzecich w oprogramowanie zawarte w kartach USIM jest kluczowe dla zapewnienia bezpieczeństwa świadczenia usług transmisji danych na obszarze działania PGE Dystrybucja S.A. (a jest to obszar niemalże połowy Polski). Karty USIM/M2M, będące przedmiotem zamówienia, będą wykorzystywane na tym obszarze zarówno na potrzeby transmisji danych z liczników zdalnego odczytu u odbiorców Zamawiającego (zarówno osób prywatnych, jak i firm), jak również w urządzeniach sieciowej infrastruktury krytycznej, takich jak sterowniki telemechaniki 110kV, wyłączniki, reklozery, a także bilansujące stacje transformatorowe. Zapewnienie bezpieczeństwa przesyłu danych dla tak szerokiego kręgu odbiorców (karty wykorzystywane są w masowej wymianie starych liczników m.in. u klientów na liczniki zdalnego odczytu – LZO) i kluczowych dla bezpieczeństwa całej sieci elektroenergetycznej elementów tej sieci

(m.in. z uwagi na zastosowanie w urządzeniach sieci infrastruktury krytycznej) jest podstawowym zadaniem i obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z ustawy – prawo energetyczne. Powyższy obowiązek nabiera szczególnego znaczenia z uwagi na strategiczne położenie obszaru działania PGE Dystrybucja S.A. - to w znacznej części tereny graniczące z Rosją, Białorusią oraz Ukrainą, co z uwagi na konflikt na Ukrainie, wiąże się z zakwalifikowaniem tych terenów jako szczególnie narażonych na ataki cybernetyczne. Obecna sytuacja geopolityczna, w tym wojna tuż za granicami, zmusza Zamawiającego do szczególnego zważenia na konieczność minimalizowania ryzyka cyberataków na sieć elektroenergetyczną, w tym liczniki u odbiorców, co mityguje m.in. poprzez ograniczenie jakiegokolwiek ingerencji czy kontaktu z kartami USIM/M2M podczas procesu transportu osób trzecich. Powyższe jest szczególnie istotne z uwagi na sposób dostawy takich kart. Dostarczane karty USIM/M2M nie są w żaden sposób opłombowane ani w inny sposób zabezpieczone przez ingerencją z zewnątrz. Dostęp do nich po otwarciu tekturowego pudełka (w które są pakowane po 250 lub 500 sztuk) jest niczym nieograniczony, a Zamawiający nie może w żaden sposób zweryfikować prób ingerencji w oprogramowanie karty USIM, które mogłyby mieć potencjalnie miejsce na etapie transportu. Także pozyskanie numeru seryjnego karty USIM przez osoby nieuprawnione (do czego wystarczy otwarcie pudełka) mogłoby spowodować potencjalne zagrożenie bezpieczeństwa dla infrastruktury krytycznej i urządzeń Zamawiającego. Prawdliwość działania Zamawiającego w tym zakresie (tj. wykluczenie firm kurierskich i przewozowych z dostaw kart) potwierdza także wcześniejsza praktyka w zakresie dostaw kart, stosowana w PGE Dystrybucja, która wykazuje, że dostawy wykonywane przez firmy kurierskie/przewozowe były zazwyczaj wykonywane bez należytego nadzoru nad zawartością przesyłki. Zdarzało się, że paczki były zostawiane przez kurierów u przypadkowych osób (nieupoważnionych od odbioru), czy nawet u innych podmiotów, które miały lokalizację w pobliżu danej siedziby Zamawiającego (miejsce odbioru przesyłki). Z uwagi na zaistnienie opisanych wyżej incydentów bezpieczeństwa w poprzednich latach oraz konieczność ograniczenia coraz większego ryzyka cyberataków (o czym była mowa powyżej), Zamawiający wymaga od Wykonawców dostaw kart USIM/M2M z pominięciem podmiotów trzecich. W odpowiedzi na pytania numer 2 z dnia 25 marca 2024 r. Zamawiający zwiększył minimalną ilość kart USIM/M2M w ramach jednej dostawy na 40 000 sztuk, co spowodowało, iż w ramach Umowy dopuszczono maksymalnie 15 dostaw kart USIM (w ciągu pierwszych 10 miesięcy trwania Umowy) do wskazanych lokalizacji. W ocenie Zamawiającego powyższe daje możliwość ograniczenia kosztów transportu w stosunku do wartości całego Zamówienia, które Wykonawca i tak musiałby ponieść na rzecz firm kurierskich/przewozowych. Jednocześnie wskazać należy, iż Zamawiający jest świadomy, iż Wykonawcy uwzględniają koszty transportu w cenie oferty i nawet jeśli są one wyższe, z uwagi na wyłączenie korzystania z firm kurierskich czy przewozowych, Zamawiający gotów jest je ponieść z uwagi na wymogi bezpieczeństwa. Należy podkreślić, iż z uwagi na kluczowy dla bezpieczeństwa pracy sieci charakter usług świadczonych w ramach umowy, kwestia bezpieczeństwa przesyłu danych jest dla Zamawiającego kluczowa i gotów jest ponosić związane z tym wyższe koszty dostaw kart. Dostawa kart USIM/M2M nie wymaga specjalistycznego sprzętu (istnieje możliwość dostawy zwykłym samochodem), ani dodatkowych uprawnień, co tylko potwierdza, iż taki wymóg w żaden sposób nie ogranicza kręgu wykonawców. Wyłączenie dostaw kart przez firmy przewozowe czy kurierskie służy zapewnieniu bezpieczeństwa w zakresie świadczonej przez wykonawcę usługi (mityguje ryzyko ingerencji podmiotów trzecich w karty a w konsekwencji w jakość i bezpieczeństwo świadczonej usługi transmisji danych), a brak zabezpieczeń systemowych kart powoduje, iż nie da się inaczej zapewnić ich bezpieczeństwa i w konsekwencji świadczenia bezpiecznych usług transmisji danych, jak poprzez ograniczenie ilości osób/podmiotów, które mają do nich dostęp.

W odniesieniu do zarzutu nr 4 Zamawiający podał, że uwzględnił ten i w dniu 25 marca 2024 r. dokonał stosownych modyfikacji treści SWZ w ten sposób, iż dokonał modyfikacji w Załączniku nr 1 do SWZ – OPZ, gdzie w pkt 3.1.7. OPZ wskazał, iż prywatny APN powinien zapewniać Usługi Transmisji Danych w technologii LTE oraz dodatkowo technologię 2G do czasu jej wyłączenia przez Wykonawcę. Natomiast w pkt 3.4.1. OPZ Zamawiający wskazał, iż Karty USIM muszą zapewniać realizację Usługi Transmisji Danych w technologii LTE oraz dodatkowo 2G do czasu jej wyłączenia przez Wykonawcę. W ocenie Zamawiającego powyższe modyfikacje w pełni odpowiadają zarzutowi nr 4 i zagospodarowują wątpliwości Odwołującego wyrażone w zarzucie nr 4, bowiem Wykonawca w przypadku braku możliwości świadczenia technologii 2G (w związku z jej wyłączeniem) nie ma obowiązku jej dostarczać w ramach Umowy.

Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że nie uwzględnił żądania nr 4, w którym Odwołujący żąda modyfikacji OPZ poprzez wskazanie, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w technologii 2G lub LTE, bowiem tak sformułowane żądanie jest sprzeczne z treścią zarzutu nr 4. W zarzucie nr 4 Wykonawca stwierdza, iż nie jest możliwe świadczenie usługi w technologii 2G oraz LTE przez cały okres umowy, bowiem „technologia 2G jest w Polsce (a także w Europie i na świecie) na etapie wyłączenia i istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że proces ten zakończy się przed zakończeniem okresu realizacji zamówienia, co więcej konieczność zapewnienia tej wycofywanej technologii powoduje

wyższe ryzyko, gdyż jest to rozwiązanie coraz rzadziej wspierane, a więc bardziej podatne na ataki". Jak wynika z powyższego, przyczyną sformułowania takiego zarzutu jest obawa Wykonawcy, iż nie będzie miał możliwości świadczenia usługi 2G przez cały okres umowy, na skutek jej wycofania z Polski w okresie trwania umowy. Powyższe koresponduje ze zmianą zapisów OPZ zaproponowanych przez Zamawiającego (wskazanych wyżej), bowiem gwarantują one Wykonawcy, iż będzie zobowiązany świadczyć usługę w technologii 2G do czasu jej wyłączenia przez Wykonawcę. Daje to Wykonawcy gwarancję, iż Zamawiający nie będzie żądał stosowania technologii 2G po jej wyłączeniu. Żądanie nr 4 oznacza natomiast, iż wykonawca będzie mógł świadczyć usługę według swego wyboru w technologii 2G lub LTE, co może wiązać się z interpretacją, iż np. nie musi gwarantować usługi w technologii LTE. Na taki zapis, który dopuszcza możliwość niedostarczania technologii LTE, Zamawiający nie może się zgodzić, bowiem usługa świadczona w technologii LTE jest podstawową usługą wymaganą w ramach przedmiotu zamówienia, a technologia 2G stosowana jest tylko tam, gdzie technologia LTE nie ma pokrycia (tj. gdzie wykonawca nie zapewnia zasięgu LTE). LTE to lepsza technologia niż 2G ze względu na dużą szybkość przesyłu danych, mniejsze opóźnienia przesyłanych pakietów a także wyższy poziom bezpieczeństwa ze względu na skuteczniejsze metody zabezpieczania transmisji danych poprzez wbudowane silne mechanizmy zabezpieczeń wykorzystujące nowoczesne, skuteczne algorytmy szyfrowania. Jednakże nie zapewnia pełnego pokrycia (tj. nie jest dostępna we wszystkich miejscach, gdzie wymagana jest transmisja danych z uwagi na brak zasięgu sieci wykonawcy). Z tej też przyczyny Zamawiający wymaga technologii LTE i dodatkowo (uzupełniająco) 2G. Natomiast przy takim sformułowaniu zapisu jak proponuje Wykonawca, Zamawiający nie mógłby być pewien, iż Wykonawca dostarczy mu usługę np. w technologii LTE, która jest dla niego kluczowa.

Do pisma zostały załączone: Informacje o zmianie SWZ z dnia 15 marca 2024 r., Załącznik nr 1 do SWZ – OPZ – uwzględniający wszystkie zmiany SWZ oraz zestawienie ofert w postępowaniu nr: POST/DYS/OSK/LZA/11230/202; POST/DYS/OSK/LZA/04498/2023.

Wykonawca Orange Polska S.A. (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego stając się uczestnikiem postępowania. W pisemnym stanowisku Przystępujący wniósł o uwzględnienie odwołania. Wykonawca Polkomtel Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, które następnie wycofał. W związku z tym nie stał się uczestnikiem postępowania. Tym samym żaden z wykonawców nie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W piśmie z 29 marca 2024 r. Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutu nr 1 oraz poparł stanowisko Zamawiającego co do zaistnienia podstaw do umorzenia postępowania w zakresie zarzutów nr 2 i 4. Na posiedzeniu z udziałem stron Odwołujący oświadczył, że podtrzymuje jedynie zarzut nr 3, oraz że sposób uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów nr 2 i 4 uznaje za spełniający jego oczekiwania.

W związku z powyższym, wobec wycofania przez Odwołującego zarzutu nr 1 odwołanie w tym zakresie podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp oraz wobec uwzględnienia przez Zamawiającego Zarzutów nr 2 i 4 odwołanie w tym zakresie podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła ww. dowody załączone przez strony do złożonych pism oraz złożone na rozprawie: przez Odwołującego w postaci dwóch certyfikatów potwierdzających wdrożenie systemu zarządzania jakością zgodnie z normą ISO 9001:2015 dotyczących DHL Parcel Sp. z o.o. i DPD Polska Sp. z o.o. oraz przez Zamawiającego w postaci trzech ofert pracy złożonych przez Poczta Polska S.A., InPost, DPD Polska Sp. z o.o.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 3.4.16 OPZ *„Dostawy oraz odbiory Kart USIM Wykonawca będzie realizował własnymi zasobami bez udziału firm przewozowych/kurierskich.”* Analogicznie wskazano w art. 5 pkt 5.3.10 projektu umowy.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 dotyczącego sposobu dostawy kart USIM podlega oddaleniu. Zarzut ten nie potwierdził się.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 362 Pzp. Według Odwołującego SWZ powinna przewidywać, że Wykonawca może realizować dostawy przy udziale firm przewozowych/kurierskich, a wprowadzone wyłączenie narusza art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 i 3 Pzp poprzez:

- 1) dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz sporządzenia projektu umowy w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty,
- 2) uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty,
- 3) nieadekwatny,
- 4) naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy.

Zdaniem Zamawiającego natomiast sporny wymóg nie narusza wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp. Zamawiający traktuje dostawę kart jako kluczowe zadanie w ramach zamówienia, w szczególności z punktu widzenia bezpieczeństwa świadczenia usług transmisji danych. Są one bowiem istotne dla bezpieczeństwa całej sieci elektroenergetycznej.

W ocenie Izby żaden z argumentów przedstawionych przez Odwołującego na poparcie swojego stanowiska nie potwierdza, że za sprawą wymogu, aby dostawa kart USIM była wykonywana przez Wykonawcę, bez udziału podmiotów trzecich, tj. firm przewozowych/kurierskich, nie narusza przepisów ustawy wskazanych przez Odwołującego.

Stosownie do art. 99 Pzp: *1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. 2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. 3. Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień. 4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. 5. Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. 6. Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności. 7. Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia konieczność przeniesienia praw własności intelektualnej lub udzielenia licencji.*

W myśl art. 16 ustawy Pzp: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.*

Zgodnie z art. 362 Pzp *Do udzielania zamówień sektorowych stosuje się przepisy:*

- 1) *działu II, z wyjątkiem , , , oraz z wyjątkiem przepisów rozdziału 3, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej;* 2) *działu IV, z wyjątkiem przepisów rozdziału 1, art. 319 ust. 1 oraz art. 325 ust. 2.*

Zauważenia wymaga, że Odwołujący nie uzasadnił, dlaczego jego zdaniem wymóg, aby dostawa kart USIM była wykonywana przez Wykonawcę, bez udziału firm przewozowych/kurierskich wskazuje na dokonanie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia oraz sporządzenie projektu umowy w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty.

W ocenie Izby postanowienia SWZ w tym zakresie są jasne i wyczerpujące, zawierają dostatecznie dokładne i zrozumiałe określenia, a także uwzględniają wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Dotyczą na równych zasadach wszystkich wykonawców i pozwalają na przygotowanie oferty. Nie zostało wykazane, aby utrudniały one uczciwą konkurencję.

W sprawie nie jest sporne, że objęte zamówieniem 600 000 sztuk kart USIM ma zostać dostarczone w maksymalnie 15 partiach do wskazanych lokalizacji w ciągu pierwszych 10 miesięcy trwania Umowy. W związku z tym

wykonawcy mają wiedzę tak co do przedmiotu zamówienia w omawianym zakresie, jak też co do czasu i sposobu jego realizacji, a zatem są w stanie przygotować swoje oferty uwzględniające konieczne koszty dostaw.

Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż dostarczanie przez wykonawcę kart SIM jest sprzeczne z powszechną praktyką, że zasadniczo operatorzy telekomunikacyjni dostarczają karty SIM, urządzenia, itp. za pośrednictwem firm kurierskich lub przewozowych, nie jest przekonującym argumentem w tym zakresie. Tym bardziej, że nie zostało wykazane, aby wymagany przez Zamawiającego sposób realizacji zamówienia utrudniał uczciwą konkurencję, jak też, aby nie był stosowany w innych postępowaniach, w których także Odwołujący i Przystępujący złożyli swoje oferty. W tym zakresie natomiast zwraca uwagę, że Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniu Zamawiającego, że brał udział w postępowaniu, w którym taki wymóg, został postawiony.

W związku z tym trudno uznać za przekonujący także argument, że operatorzy, nie posiadają odpowiednio dostosowanych pojazdów, przeszkolonych w tym zakresie i dedykowanych do tego pracowników czy wewnętrznych procedur dotyczących dostawy i przewozu. Jak wskazał Zamawiający, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, dostawa kart USIM nie wymaga specjalistycznych pojazdów, może nastąpić z wykorzystaniem samochodu osobowego. Nie wymaga też dodatkowych uprawnień. Kwestia natomiast doboru pracowników czy ewentualnych procedur wewnętrznych pozostaje w gestii każdego wykonawcy, którzy nie są w tym zakresie ograniczeni szczególnymi wymogami, poza tym, iż winni zabezpieczyć należyte wykonanie zamówienia w tym zakresie, tj. dostarczyć zamówione karty USIM w sposób zapewniający ich bezpieczeństwo.

Także za przekonujący nie można uznać argumentu odwołania, że konieczność osobistej dostawy kart SIM będzie się wiązała z wysokimi kosztami, które przełożą się na cenę ofert w postępowaniu, a co za tym idzie na wysokość kosztów, jakie będzie musiał ponieść Zamawiający. Odwołujący nie wyjaśnił przy tym, dlaczego uznaje, że koszty dostawy kart będą wyższe, gdy będą realizowane samodzielnie przez wykonawcę, niż gdyby były realizowane na zlecenie wykonawcy przez kuriera lub firmę przewozową na rzecz których - jak należy sądzić - musiałaby być dokonana przez wykonawcę zapłata także wliczona w cenę oferty.

Nie zostało także wykazane, aby sporny wymóg nie był adekwatny do przedmiotu zamówienia.

Sprawie nie jest sporne, iż karty USIM mają być wykorzystywane zarówno w układach pomiarowych jak i w urządzeniach infrastruktury krytycznej. Nie jest sporne, że karty USIM/M2M, będące przedmiotem zamówienia, będą wykorzystywane zarówno na potrzeby transmisji danych z liczników zdalnego odczytu u odbiorców Zamawiającego (zarówno osób prywatnych, jak przedsiębiorców), jak również w urządzeniach sieciowej infrastruktury krytycznej, takich jak sterowniki telemechaniki 110kV, wyłączniki, reklozery, a także bilansujące stacje transformatorowe. Nie jest też sporne, że dostarczane karty USIM/M2M nie są w żaden sposób opłombowane ani w inny sposób zabezpieczone przed ingerencją z zewnątrz. Jak wskazał Zamawiający, dostęp do nich po otwarciu tekturowego pudełka (karty są pakowane po 250 lub 500 sztuk) nie jest w żaden sposób ograniczony, a nawet pozyskanie numeru seryjnego karty USIM przez osoby nieuprawnione (do czego wystarczy otwarcie pudełka) mogłoby spowodować potencjalne zagrożenie bezpieczeństwa dla infrastruktury krytycznej i urządzeń Zamawiającego. Nadto, jak wskazał Zamawiający konieczność wyłączenia firm kurierskich i przewozowych z dostaw kart potwierdzają jego wcześniejsze doświadczenia w zakresie dostaw kart, które wykazują, że dostawy wykonywane przez firmy kurierskie/przewozowe były zazwyczaj wykonywane bez należytego nadzoru nad zawartością przesyłki. Zdarzało się, że paczki były zostawiane przez kurierów u przypadkowych osób (nieupoważnionych od odbioru), czy nawet u innych podmiotów, które miały lokalizację w pobliżu danej siedziby Zamawiającego (miejsce odbioru przesyłki). Z uwagi na zaistnienie opisanych incydentów bezpieczeństwa w poprzednich latach oraz konieczność ograniczenia coraz większego ryzyka cyberataków, wymóg dostaw kart USIM/M2M z pominięciem podmiotów trzecich, zdaniem Zamawiającego jest uzasadniony.

W ocenie Izby to, że dostawa kart niezbędnych do realizacji usługi ma być realizowana przez personel wykonawcy nie oznacza, że wymóg jest nieproporcjonalny do celu, któremu te karty mają służyć.

Zamawiający w wystarczający sposób uzasadnił, że sporny wymóg wynika z jego obiektywnie uzasadnionych potrzeb, związanych z bezpieczeństwem świadczonych usług, bowiem ogranicza ryzyko ingerencji podmiotów trzecich w karty, które nie są zabezpieczone, a w konsekwencji ogranicza ryzyko wpływu podmiotów trzecich na jakość i bezpieczeństwo świadczonej usługi transmisji danych, która to usługa, jak przyznał na rozprawie Odwołujący, jest kluczowa. Odwołujący i Przystępujący nie przedstawili przekonującej argumentacji oraz dowodów wskazujących na brak zasadności stanowiska Zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że z uwagi na to, iż dostarczane karty USIM są wprawdzie z procesorem, ale bez oprogramowania i dopiero po dyspozycji Zamawiającego są aktywowane, to ich dostawa nie wiąże się z zagrożeniem. Zdaniem natomiast Zamawiającego wgranie złośliwych systemów nie jest powiązane z aktywacją kart, nadto samo poznanie numerów seryjnych może stanowić zagrożenie z uwagi na możliwość

ich wykorzystania do zdublowania kart. Odwołujący nie wykazał, że to, iż karty w czasie transportu nie są aktywne, uniemożliwia ingerencję w nie, jak też, aby znajomość numerów seryjnych kart nie mogła zostać wykorzystana ze szkodą dla bezpieczeństwa usług objętych przedmiotem zamówienia. To, że istnieją firmy kurierskie, które posiadają certyfikat ISO w zakresie zarządzania jakością transportu przesyłek, na którą to okoliczność Odwołujący złożył dowody dla dwóch z nich, nie oznacza, że eliminuje to zagrożenie bezpieczeństwa związanego z dostępem do kart podmiotów trzecich, tym bardziej, że Odwołujący nie zakwestionował stanowiska Zamawiającego, że karty USIM nie są zabezpieczone. Nie można podzielić stanowiska Odwołującego, który w uzasadnieniu odwołania, wskazując na przepis art. 121 ustawy Pzp i stwierdzając, że dostarczenie kart USIM do Zamawiającego nie będzie w tym przypadku podwykonawstwem, podaje, że taka dostawa nie jest krytyczna czy wrażliwa z punktu widzenia zagwarantowania należytego wykonania zamówienia. W sytuacji bowiem, gdy sposób wykonania dostaw kart USIM w ramach realizacji zamówienia, służy zapewnieniu bezpieczeństwa świadczonych usług transmisji danych przy wykorzystaniu tych kart, należy uznać, że ma to kluczowe znaczenie dla celu, jaki Zamawiający zamierza osiągnąć wszczynając analizowane postępowanie.

Nie zostało także wykazane, aby sporny wymóg naruszał zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy. W tym zakresie zwraca uwagę, że Odwołujący nie podał, która z zasad współzycia społecznego została naruszona poprzez to, że w myśl postanowień SWZ wykonawca winien zrealizować dostawę kart USIM przy wykorzystaniu własnego personelu. Nie wskazał także w jaki sposób, jego zdaniem, za sprawą tego wymogu została naruszona równowaga stron umowy.

W podsumowaniu należy w szczególności stwierdzić, iż Zamawiający jako gospodarz postępowania, ma prawo i obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który pozwoli na osiągnięcie założonych celów. W analizowanym postępowaniu nie zostało wykazane, aby sporny wymóg stanowił przeszkodę w przygotowaniu i złożeniu oferty w postępowaniu, aby wykluczał z udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do jego wykonania, jak też, aby nie był proporcjonalny do celu, któremu ma służyć.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie zostało stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z tym odwołanie podlegało oddaleniu.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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).

Przewodnicząca: